



*Biblioteka*

CRIMEN

36

*Ova tematska monografija nastala je  
kao rezultat rada na Projektu br. 179051  
„Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“  
koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije*

© Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 2016.

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovano, presnimano ili prenošen bilo kojim sredstvom – elektronskim, mehaničkim, kopiranjem, snimanjem, ili na bilo koji drugi način bez prethodne saglasnosti autora i izdavača.

[www.ius.bg.ac.rs](http://www.ius.bg.ac.rs)

# KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

VI deo

*Tematska monografija*

*Urednik*

Đorđe Ignjatović

*Recenzenti*

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2016.



## SADRŽAJ

PREDGOVOR .....	VII
<i>Zoran Stojanović</i> GARANTIVNA FUNKCIJA KRIVIČNOG PRAVA .....	1
<i>Đorđe Ignjatović</i> MIGRACIJE KAO KRIMINOLOŠKI PROBLEM – EVROPSKA ISKUSTVA... ..	16
<i>Milan Škulić</i> POLOŽAJ ŽRTVE KRIVIČNOG DELA/OŠTEĆENOG U KRIVIČNOPRAVNOM SISTEMU SRBIJE UOPŠTE I U ODNOSU NA DIREKTIVU EU 2012-29 .....	40
<i>Goran P. Ilić</i> PRAVO NA ŽALBU PROTIV KRIVIČNE PRESUDE KAO OSNOVNO LJUDSKO PRAVO .....	81
<i>Nataša Delić</i> VOLJA I NAMERA U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU .....	92
<i>Milovan M. Mitrović</i> MAGNUM CRIMEN ILI ZLOČIN BEZ KAZNE? .....	117
<i>Boris Begović</i> MERENJE DRUŠTVENIH TROŠKOVA KRIMINALA: OSNOVNA METODOLOŠKA PITANJA .....	130
<i>Đorđe Đorđević</i> KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA MALOLETNIH LICA U OBLASTI SEKSUALNIH ODNOSA U NAŠEM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU ....	155
<i>Igor Vuković</i> PRAVNA PRIRODA ODUZIMANJA IMOVINE PROISTEKLE IZ KRIVIČNOG DELA (TZV. PROŠIRENOG ODUZIMANJA) .....	167
<i>Marija Karanikić Mirić</i> ISTORIJA IDEJE O MORALNOJ ŠTETI U MODERNOM SRPSKOM GRAĐANSKOM PRAVU .....	183

---

<i>Biljana Simeunović-Patić</i> POVRAT – KRIMINOLOŠKI ASPEKTI .....	195
<i>Ljubinka Kovačević</i> POJAM ZLOSTAVLJANJA NA RADU U ZAKONODAVSTVU I SUDSKOJ PRAKSI REPUBLIKE SRBIJE .....	214
<i>Vanja Bajović</i> SLUČAJ MILENKOVIĆ – <i>NE BIS IN IDEM</i> U KRIVIČNOM I PREKRŠAJNOM POSTUPKU .....	243
<i>Ivan Đokić</i> O OBJEKTIVNOJ STRANI ODUSTANKA OD IZVRŠENJA KRIVIČNOG DELA .....	259
<i>Natalija Lukić</i> KORIŠĆENJE, OTKRIVANJE I PREPORUČIVANJE INSAJDERSKIH INFORMACIJA .....	272
<i>Ivana Marković</i> OSTVARENJE OPRAVDANIH INTERESA KAO OSNOV ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI .....	289

## PREDGOVOR

Šesti tom kolektivne monografije *Kaznena reakcija u Srbiji* objavljuje se zahvaljujući odluci nadležnih da se projekti koje finansira republičko Ministarstvo za nauku produže i u 2016. Time je članovima istraživačkog tima pružena prilika da nastave aktivnosti za još jednu godinu i saopšte naučnoj i stručnoj javnosti rezultate da kojih su baveći se svojim istraživačkim temama došli posle objavljivanja petog toma 2015. godine.

Tako je profesor Zoran Stojanović u svom prilogu nastojao da utvrdi u kojoj meri krivično pravo Srbije ostvaruje garantivnu funkciju koja se, najjednostavnije govoreći, svodi na poštovanje načela *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, a razrađuje se nizom principa koji – uzeti zajedno – konstituišu jedan od temelja modernog krivičnog prava. Autor smatra da je zakonodavstvo Srbije usaglašeno sa standardima koje u pogledu garantivne funkcije uspostavljaju konvencije o ljudskim pravima i Evropski sud formiran radi njihove zaštite. Međutim, praksa zahvaljujući kojoj je poslednjih decenija u Srbiji došlo do ranije nezabeležene dinamika izmena krivičnog prava nosi opasnost da njegova garantivna funkcija dođe u drugi plan u odnosu na njegovu zaštitnu funkciju.

Đorđe Ignjatović se fokusira na kriminološku dimenziju migracija u Evropi i konstatuje da u periodu posle II svetskog rata u odnosu prema migrantima možemo zapaziti dva perioda od kojih se prvi može nazvati „razdobljem prosperiteta“, a drugi „erom globalizacije“. Analiziran je način na koji je u naučnoj literaturi (uključujući i onu u Srbiji) tretiran jedan od aspekata problema odnosa migracije – kriminalitet koji se odnosi na objašnjenje faktora koji migrante vode u zločin. On je izabran zato što od načina na koji se u shvata ovaj vid kriminalne aktivnosti, zavisi i stav domicilnog stanovništva prema imigrantima. U tom pogledu, kriminologija može odlučujuće doprineti da se iz ove oblasti otklone ksenofobija i čak rasizam koji se provlače kroz objašnjenja koja mediji i desničarski pokreti u nekim zemljama Starog kontineta nude građanima.

U svom radu Milan Škulić izlaže o položaju žrtve krivičnog dela odn. oštećenog u krivičnom sistemu Srbije ukazujući pre svega da se ne radi o sinonimima (pojam „oštećeni“ koji se preferira u procesnom krivičnom pravu je širi od „žrtve krivičnog dela“ koji se koristi u materijalnom). Autor nastoji da utvrdi koliko su norme našeg prava usklađene sa standardima sadržanim u Direktivi br. 2012/29 Parlamenta i Saveta Evrope i konstatuje da u tom pogledu ne postoji bitnija neusaglašenost. Međutim, to ne znači da u periodu do 2017. godine ne bi trebalo izvršiti nekolike izmene u materijalnom, procesnom i izvršnom krivičnom pravu Srbije. Posebnu vrednost rada čini niz predloga kako bi trebalo da glase novelirane norme, a u više slučajeva to se čini ukazivanjem na moguća alternativna rešenja.

O pravu na žalbu protiv krivične presude kao bitnom ljudskom pravu piše Goran Ilić. Svesno ostavljajući po strani stavove u doktrini, on u prvi plan on stavlja

praksu Eropskog suda za ljudska prava čije odluke su interesantne naročito kada se radi o mogućim ograničenjima prava na žalbu u krivičnim stvarima (delo malog značaja, izricanje osude od strane najvišeg suda u zemlji i sl.). Zaključak autora je da pravo na žalbu nije u 'strazburškom sistemu zaštite prava i sloboda' u istom rangu sa pravom na pravično suđenje i zabranom *ne bis in idem*.

Odnos volje i namere zaokuplja pažnju Nataše Delić. Posle iscrpne analize kako se ove kategorije shvataju u psihologiji i u našem materijalnom krivičnom pravu, ona konstatuje da se prva od njih – volja – javlja kao konstitutivni element pojedinih instituta opšteg dela (radnja, uračunljivost, umišljaj, dobrovoljni odustanak), dok se o nameri govori u posebnom delu krivičnog prava kao o obeležju bića pojedinih krivičnih dela. U radu je sadržan i osvrt na dominantan stav u doktrini po kome sâmo postojanje namere automatski podrazumeva direktni umišljaj.

Prilog Milovana Mitrovića vraća se temi koju su odavno otvorili filozofi, etičari, sociolozi, pravnici – ali i radikalni kriminolozi: kako objasniti činjenicu da krivičnoj odgovornosti podležu učinioци relativno sitnijih dela, dok istovremeno izvršioци najtežih zločina („*magnum crimen*“) čiji štetni efekti su višestruko teži – ostaju nekažnjeni. Kako su to u slučaju krivica za najozbiljniju krizu ekonomije SAD iz 2008. (čije efekti se osećaju i danas u celom svetu) formulisali američki kritički kriminolozi: „njihov zločin je preveliki da bi bio predmet krivičnog progona“. Autor daje svoje viđenje uzroka stanja u kome se nalazi srpsko društvo, tražeći ih u delovanju „međunarodnog faktora“ i domaće koristoljubive i nekompetentne elite. Sadejstvo ova dva činioca dovelo je do toga da prelaz iz socijalizma u „divlji kapitalizam“ bude u Srbiji još traumatskiji no u većini bivših komunističkih država.

Boris Begović piše o metodološkim problemima merenja društvenih troškova kriminaliteta. On detaljno razrađuje u kriminologiji odavno poznatu dihotomiju „cene zločina“ koja se izražava kroz neposredne (posledica su samih kriminalnih aktivnosti učinilaca) i posredne (odnose se na funkcionisanje sistema kontrole kriminaliteta) troškove. Autor dodaje da pitanje društvenih troškova kriminaliteta treba dovesti u vezu sa društvenim rastom i daje smernica dalje proučavanje.

U tekstu čiji je autor Đorđe Đorđević izlaže se o krivičnim mehanizmima zaštite maloletnika u sferi polnih odnosa. Dat je pregled o kojim konkretnim inkriminacijam se radi i ukazano na dinamiku i strukturu presuđenog kriminaliteta tog tipa. Autor se osvrće i na posebne mere za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode maloletnika sadržane u tzv. „Marijinom zakonu“ i saglašava se sa argumentima kojima je u stručnoj i naučnoj javnosti on osporavan – od same opravdanosti donošenja, preko niza pravnih problema koje sadrži (zabrana uslovnog otpusta, nezastarevanje dela, pravne posledice osude) – do mogućnosti sprovođenja u praksi. Autor se na kraju pita da li nam je takav zakon uopšte potreban?

Institutom tzv. proširenog prava na oduzimanje imovinske koristi koja je proistekla iz krivičnog dela pozabavio se Igor Vuković. Taj institut je u naše krivično pravo uveden 2008. godine da bi se stvorio pravni osnov za oduzimanje imovine koja se ne može smatrati neposrednim rezultatom krivičnog dela (u takvim slučajevima se primenjuje 'redovno oduzimanje imovinske koristi'). Nastojeći da odgovori na pitanje o pravnoj prirodi 'vanrednog oduzimanja imovinske koristi' u tekstu se



razmatraju: dilema da li se radi o meri *sui generis* ili o kazni; odnos sa konfiskacijom imovine, novčanom kaznom, pravnim posledicama osude i merama bezbednosti. Najzad, ukazuje se i na mogućnost da ovaj institut bude u budućnosti transformisan u druge sankcije i institute krivičnog prava.

Marija Karanikić u kontekstu rada Komisije za izradu građanskog zakonika izlaže o različitim shvatanjima moralne štete u našem pravu i pokušajima da se (u meri u kojoj je to moguće) ona objektivizuje. To bi imalo poseban značaj u situacijama u kojima je zahtev za naknadu moralne štete nastao zbog izvršenja krivičnog dela jer bi to uticalo na strukturu odštetnih zahteva u krivičnim postupcima.

Kao rezultat uvida u bogatu stranu i domaću literaturu i empirijske podatke o recidivu, Biljna Simeunović zaključuje kako nam je potreban novi kriminološki pristup u kome bi dosadašnji model suzbijanja povrata pooštavanjem kažnjavanja trebalo zameniti delovanjem usmerenim na jačanje volje prestupnika da odustane od daljeg vršenja krivičnih dela. U tom smislu dobrodošle su, ne samo postpenalna pomoć, nego i sve druge aktivnosti kojima zajednica pokazuje da ne isključuje trajno činioca, već na njega i dalje računa.

Ljubinka Kovačević ukazuje na niz otvorenih pitanja sa kojima se sreću oni koji primenjuju Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu iz 2010. Njegovo donošenje je samo prvi korak u zaštiti od onoga što se obično naziva „mobing“ i praksa mora iznaći pravu meru u situaciji koju obeležava sukob dva opravdana interesa: sa jedne strane je zaštita zaposlenih od zlostavljanja; sa druge, da se njome ne ugroze normalno obavljanje delatnosti i vršenje upravljačke i disciplinske vlasti. Sudska praksa, uz to, mora utvrditi standarde za razlikovanje zlostavljanja na radu od diskriminatornog uznemiravanja na radu, kako ih ne bi mešala kao do sada.

Od prvih srednjevekovnih pokušaja da se zaštite fundamentalna ljudska prava kao njihov garant pojavljuje se zabrana dvostrukog kažnjavanja za isto delo (*ne bis in idem*). Vanja Bajović razmatra njegov domašaj u kontekstu presude Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Milenković protiv Srbije* u kome je Sud našao da je navedeno načelo povređeno. Posle analize nekih od najvažnijih odluka Suda i domaćih zakonskih rešenja i prakse naših sudova, ukazuje se da posebnu pažnju treba posvetiti slučajevima u kojima se paralelno vodi krivični i prekršajni postupak.

Ivan Đokić uzeo je za predmet proučavanja objektivnu stranu instituta dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog dela, naročito se pozabavivši situacijama u kojima se radi o nedovršenom i dovršenom pokušaju. Autor ističe da ovo pitanje nije samo doktrinarno, već ima i praktične konsekvence.

Natalija Lukić se bavi onim što se u anglosaksonskoj literaturi naziva *insider trading* a regulisano je u našem pravu u Zakonu o tržištu kapitala kroz inkriminaciju Korišćenje, otkrivanje preporučivanje insajderskih informacija. Posle izlaganja o osnovu inkriminisanja i elementima bića tog krivičnog dela, razmatra se njegov odnos sa krivičnim delom Odavanje poslovne tajne i na kraju konstatuje da je – za razliku od većine ostalih slučajeva – kazna zaprećena za delo iz Zakona o tržištu kapitala osetno niža od one koja je predviđena za takve delatnosti u drugim zemljama.

Osnov za isključenje protivpravnosti kod nekih krivičnih dela je ostvarenje opravdanih interesa. Prikazom rešenja u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Nemač-

ke Ivana Marković započinje analizu koju završava ukazivanjem na dilemu koja ovde stoji pred savremenim krivičnim zakonodavcima: kako naći pravu meru između zaštite prava lica kome određene tvrdnje mogu naškoditi i slobode mišljenja i izražavanja.

Kao što se vidi, šesnaest članova istraživačkog tima na preko tri stotine strana još jednom je pokazalo koliko su materija protivzakonitog ponašanja i njegova kontrola složena i prožeta otvorenim pitanjima – kako na normativnom planu, tako i u praksi. Od brojnih doktrinarnih dilema koje imaju itekako značajne konsekvence u životu, preko prilagođavanja međunarodnim standardima o zaštiti ljudskih prava, posebno žrtava krivičnih dela, odgovora na migracije i zabrinjavajuće stanje recidivizma, zaštite maloletnika, zlostavljanja na radu, naknade moralne štete, „cene zločina... – do pokušaja da se sociološki pronikne u uzroke stanja u kome se nalazimo.

Ono što se može zapaziti čak i na osnovu letimičnog uvida u ovu knjigu su bogatstvo literature i istraživački naponi na kojima su autori zasnovali svoje argumente i opredeljenja. Čitaoci se sa njima ne moraju složiti, ali i to će im biti od koristi jer će na taj način ojačati svoje stavove.

Verujući da je ovo poslednji tom kolektivne monografije *Kaznena reakcija u Srbiji*, priređivač oseća potrebu da izrazi zadovoljstvo što je na istoimenom projektu šest godina sarađivao sa šesnaest istraživača čiji doprinos se neće završiti objavljivanjem ove 36. knjige u Ediciji Crimen. Većina njih će do kraja ove kalendarske godine rezultate svog istraživanja objaviti u stranim i domaćim časopisima i zbornicima ili ih prezentovati na naučnim skupovima u Srbiji i svetu.

U Beogradu,  
jula 2016.

UREDNIK

## GARANTIVNA FUNKCIJA KRIVIČNOG PRAVA

**Apstrakt:** Garantivna funkcija krivičnog prava koja je izuzetno važna za ostvarivanje principa pravne države obezbeđuje se usvajanjem i sprovođenjem načela zakonitosti. Građanima se garantuje da neće biti osuđeni za neko ponašanje koje pre nego što je učinjeno nije zakonom bilo predviđeno kao krivično delo, kao i da im neće biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija koja u vreme izvršenja dela nije bila predviđena zakonom. Osim zabrane retroaktivne primene zakona kojim se ustanovljavaju nova krivična dela (ili proširuje kriminalna zona kod postojećih), sa aspekta garantivne funkcije naročito je značajan onaj segment načela zakonitosti koji zahteva da krivičnopravna norma bude što određenija, tj. da se iz nje može saznati koje ponašanje predstavlja krivično delo. Suviše neodređene zakonske norme koje ne ispunjavaju taj uslov, ne mogu obezbediti ni vršenje garantivne funkcije krivičnog prava. Iako i u krivičnom zakonodavstvu Srbije postoje nedovoljno određene norme, ipak se može konstatovati da su u pogledu načela zakonitosti poštovani uobičajeni standardi. Ako se krivično zakonodavstvo Srbije posmatra sa aspekta standarda koje postavlja Evropska konvencija o ljudskim pravima i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, takođe se može konstatovati da su ti standardi poštovani. Međutim, to nije dovoljno za nedvosmisleni odgovor da krivično pravo Srbije u punoj meri obavlja garantivnu funkciju. Svoju garantivnu funkciju krivično pravo bi trebalo da ostvaruje ne samo putem načela zakonitosti nego čitavom svojom orijentacijom, odnosno načinom na koje se ono stvara i primenjuje. Nestabilno i široko postavljeno krivično zakonodavstvo sa sudskom praksom koja i sama pokazuje određene slabosti u primeni prava koje još više dolaze do izražaja zbog čestih i brojnih izmena zakonodavstva, negativno utiču na ostvarivanje garantivne funkcije krivičnog prava.

**Ključne reči:** garantivna funkcija, načelo zakonitosti, krivično zakonodavstvo, retroaktivna primena, načelo određenosti.

### 1. UVOD

Savremeno krivično pravo polazi od toga da niko ne sme biti podvrgnut samovoljnom kažnjavanju, te da država može pojedincu da oduzme ili ograniči slobodu ili druga važna dobra samo u slučajevima i na način koji su predviđeni zakonom. To je suština garantivne funkcije krivičnog prava.<sup>1</sup> Pošto garantivna funkcija sadrži zabranu primene krivičnog prava u slučajevima u kojima se nisu stekli uslovi za tu primenu, a načelo zakonitosti određuje te uslove, ona se pre svega zasniva na načelu

---

\* redovni profesor, [zorans@ius.bg.ac.rs](mailto:zorans@ius.bg.ac.rs)

1 U domaćoj literaturi garantivnoj funkciji nije posvećena odgovarajuća pažnja. I u ranijoj jugoslovenskoj literaturi retki su bili autori koji su ukazivali na značaj ove funkcije krivičnog prava. Jedan od njih bio je i Zlatarić koji je isticao da garantivna funkcija putem načela zakonitosti štiti građane ne samo od samovolje pravosudnih organa, već i od samovolje samog zakonodavca. Up. B. Zlatarić, *Krivično pravo, 1 svezak*, Zagreb, 1970, str. 76.

zakonitosti. Ta funkcija je, prema tome, neraskidivo vezana za načelo zakonitosti. Sa ozbiljnijim razvojem nauke krivičnog prava i pojavom klasične škole ovo načelo dobija svoje istaknuto mesto što je odraz širih društvenih promena zasnovanih na idejama Prosvetiteljstva. Iako načelo zakonitosti ima i svoje druge aspekte, u vreme njegovog nastanka u prvom planu je bila garantivna funkcija, tj. nastojanje da se prilikom kažnjavanja ograniči arbitrarnost sudije, a u krajnjoj liniji arbitrarnost same države. Od tada je postalo uobičajeno da se načelo zakonitosti izražava latinском formulacijom *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Od svoje pojave pa do danas suština načela zakonitosti nije značajnije menjana. Ono znači da niko ne može biti kažnjen za neko ponašanje, odnosno da prema njemu ne može biti primenjena krivična sankcija, ako pre nego što ga je preduzeo ono nije bilo zakonom predviđeno kao krivično delo i ako nije za isto bila zakonom propisana kazna. Načelo zakonitosti ima dva svoja dela: prvi se odnosi na propisivanje nekog ponašanja kao krivičnog dela (*nullum crimen sine lege*), a drugi deo zahteva da kazna ili druga krivična sankcija, da bi mogla biti primenjena, mora biti prethodno propisana zakonom (*nulla poena sine lege*).<sup>2</sup> Danas se, međutim, garantivna funkcija mora dovesti u vezu sa ljudskim pravima. U stvari, ona služi ostvarivanju osnovnih ljudskih prava i time još više dobija na značaju. Da li se ona i u kojoj meri zaista ostvaruje, drugo je pitanje ali to pitanje se može postaviti i kada je reč o drugim ljudskim pravima.

## 2. GARANTIVNA FUNKCIJA KRIVIČNOG PRAVA I NAČELO ZAKONITOSTI

Obavljanje garantivne funkcije krivičnog prava koja je izuzetno važna za ostvarivanje principa pravne države obezbeđuje se putem načela zakonitosti. Pravna država ne samo da štiti građane krivičnim pravom, ona ih mora zaštititi i od krivičnog prava. Osnovni cilj načela zakonitosti jeste sprečavanje samovoljnog, nepredvidljivog kažnjavanja bez zakona, ili na osnovu neodređenog ili retroaktivnog zakona. Načelo zakonitosti određuje položaj čoveka u društvu i granice njegovog slobodnog delovanja. Ono je garancija za ostvarivanje prava čoveka i brana protiv proizvoljne i samovoljne prinude prema čoveku.<sup>3</sup> Garantivna funkcija u izvesnom smislu predstavlja protivtežu, ograničenje i korektiv zaštitnoj funkciji krivičnog prava. Osnov garantivne funkcije predstavlja samoograničenje državne prinude u oblasti krivičnog prava što je neophodna pretpostavka za ostvarivanje pravne sigurnosti u smislu da neko može biti gonjen samo za ono što je unapred bilo propisano kao krivično delo i za šta je već bila predviđena krivična sankcija. To je jedno od najznačajnijih dostignuća krivičnog prava i principa pravne države. U vezi sa tim je i poznata Listova izreka da je krivično pravo „magna charta“ zločinaca.<sup>4</sup> Krivično pravo koje vodi računa

2 Uobičajeno je da se ta formulacija veže za ime A. Feuerbaha. Ipak, formulacija koja je danas uobičajena, ne sreće se kod njega u identičnom obliku. Up. A. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1. Auflage, 1801, p. 20.

3 N. Srzentić, *Principi krivičnog zakonodavstva – osnova za određivanje krivične represije, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu* br. XXXVI, 1989, str. 279.

4 F. v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II Band*, Berlin, 1905, p. 80.

o garantivnoj funkciji jeste i „magna charta“ svih građana jer im garantuje da neće biti kažnjeni i gonjeni za ono što unapred nije bilo predviđeno kao krivično delo. Ipak, načelo zakonitosti u tom pogledu ima ograničene domete. Ono samo po sebi ne može da zaštiti pojedinca i građanina od arbitrarnih zahvata države u odnosu na njegova osnovna prava. Načelo zakonitosti čak i onda kada je dosledno sprovedeno u pozitivnom pravu nije konačno i univerzalno rešenje problema zaštite pojedinca od samovoljne deprivacije slobode ili života od strane države.<sup>5</sup> Takođe, garantivna funkcija koja se ostvaruje putem načela zakonitosti nema nikakav (ili skoro nikakav) značaj za legitimnost krivičnopravne norme. Garantivnu funkciju krivičnog prava mogu obavljati i norme koje su sa aspekta načela legitimnosti sporne.

Osim zabrane retroaktivne primene krivičnog prava (*nulla poena sine lege praevia*), načelo zakonitosti ima još tri segmenta. Tako, *nulla poena sine lege scripta*, isključuje primenu nepisanog, pre svega običajnog prava. Samo pisanim krivičnim zakonom mogu se propisivati krivična dela i sankcije što je danas karakteristika krivičnog zakona koja se podrazumeva, jer su zakoni pravni akti koji se uvek donose u pisanoj formi. Zatim, *nulla poena sine lege certa*, predstavlja načelo određenosti koje nalaže da krivičnopravne norme u što je moguće višem stepenu budu određene i precizne. *Lex certa* (certus-određen) znači da krivičnim zakonom mora u što većoj meri biti precizno određeno ponašanje koje predstavlja krivično delo i kazna za njega. U krivičnom pravu treba izbegavati neodređene norme, kao što su npr. generalne klauzule. Najzad, *nulla poena sine lege stricta*, sadrži zabranu stvaranja prava putem analogije. *Lex stricta* (strictus-tačan, uzak, izričit) znači da krivični zakon obuhvata samo ono na šta se odnosi, a ne i neke slične situacije. Iako je razlikovanje navedena četiri segmenta odavno prisutno,<sup>6</sup> tek u novije vreme se uviđa složenost načela zakonitosti i njegova slojevitost, odnosno višedimenzionalnost. Inače, četiri segmenta načela zakonitosti odnose se na oba njegova dela: i na *nullum crimen sine lege* i na *nulla poena sine lege*. Oni su ipak od većeg značaja i dolaze više do izražaja kod prvog dela, tj. kod pravila *nullum crimen sine lege*.

Za ostvarivanje garantivne funkcije neophodno je da načelo zakonitosti ima sveobuhvatan karakter. Ono bi trebalo da važi ne samo za posebni (što je nesporno), već i za opšti deo krivičnog zakonodavstva, jer se bez preciznih odredaba kojima se propisuju instituti opšteg dela ne može utvrditi gde su granice zabranjenog ponašanja u konkretnom slučaju. U nekim slučajevima čak je težište određivanja šta je krivično delo na odredbama opšteg dela, odnosno karakter nekog ponašanja kao kriminalnog može se videti pre svega iz odredaba opšteg dela dok su odredbe posebnog dela tu u drugom planu (na primer, kod nepravih krivičnih dela nečinjenja).

5 Papa konstatuje da je to saznanje danas postalo opšte usvojeno među teoretičarima krivičnog prava (M. Papa, Harmonization of General Principles of Criminal Law: A Critical Report on the Debate, in: *International Criminal Law: Quo vadis? Nouvelles etudes penales*, No 19, 2004, p. 355).

6 Između ostalih vid. E. Schmidhäuser, *Strafrecht*, AT, 2, Auflage, Tübingen, 1984, p. 30–33. Takođe i: B. Schünemann, *Nulla poena sine lege?: Rechtsteoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, 1978. U stranoj literaturi je to shvatanje toliko prošireno već duže vreme, da je čak teško utvrditi ko ga je prvi zastupao. Kod nas je ono relativno skoro usvojeno. O tome se prvi put govori tek pre dve decenije. Vid. Z. Stojanović, *Krivični zakon SR Jugoslavije sa komentarom*, Beograd, 1995, str. 18.

Za ostvarivanje osnovne ideje na kojoj se zasniva načelo zakonitosti od naročito značaja je pitanje tumačenja krivičnopравnih normi. Iz načela zakonitosti neposredno proizlazi da je nedozvoljeno stvaranje prava putem analogije.<sup>7</sup> Međutim, i neke druge vrste tumačenja imaju kreativnu ulogu u stvaranju prava. U nekim slučajevima tumačenje neke norme izlazi iz sfere na koju se ta norma odnosi, tj. koju ona nedvosmisleno „pokriva“, čime se postavlja i pitanje poštovanja načela zakonitosti. Tako, ne samo tumačenje putem analogije, već i ekstenzivno tumačenje, a u nekim slučajevima i logičko i teleološko tumačenje, mogu preći granice koje postavlja načelo zakonitosti. Načelo zakonitosti nalaže da se krivičnopравna norma ispravno primeni, tj. ono zabranjuje da se pod nju podvedu ona ponašanja koja ona ne obuhvata. Međutim, ne predstavlja svako pogrešno tumačenje, odnosno pogrešna primena od strane sudova, kršenje načela zakonitosti.

Iako je načelo zakonitosti i kvalitet krivičnopравnih normi u prvom planu, i pitanje tumačenja i primene prava ima veliki značaj. Garantivna funkcija krivičnog prava ostvaruje se jednim delom i kroz stabilnu sudsku praksu, tj. takvu primenu prava koja je predvidljiva. Ona, međutim, ne bi mogla biti ostvarivana samo ili pretežno putem stavova sudske prakse.<sup>8</sup> Nemogućnost ostvarivanja garantivne funkcije bez punog poštovanja načela zakonitosti u evropskom kontinentalnom pravnom sistemu, pa i u savremenom anglosaksonskom sistemu,<sup>9</sup> ne znači negiranje značaja sudske prakse koja, krećući se u okvirima koje postavlja načelo zakonitosti, preciznije određuje gde i kako je povučena linija između kriminalnog ponašanja i onoga koje ne predstavlja krivično delo. Odavno je kao nerealno, pa i naivno, napušteno shvatanje, da se zakon može primenjivati mehanički bez ikakve kreativne

7 Po pravilu, ta se zabrana ne unosi izričito u krivične kodekse jer proizlazi iz načela zakonitosti. Ipak, Krivični zakonik Ruske federacije iz 1996 godine sadrži tu zabranu: „Применение уголовного закона по аналогии не допускается“ (члан 3 УК РФ). Moguće objašnjenje za upoštenje izričite zabrane analogije u krivične kodekse tih zemalja jeste da je u bivšem Sovjetskom Savezu u određenim periodima bila dozvoljena analogija i u krivičnom pravu, pa se i postsovjetskom vremenu u praksi nailazi na slučajeve korišćenja nedozvoljene analogije. Jedan takav slučaj iznosi A. B. Наумов, *Российское уголовное право*, Том 1, 4-издание, Москва, 2007, str. 51.

8 Nailazi se i na takva (u literaturi veoma retka) shvatanja koja relativizuju i umanjuju značaj načela zakonitosti koje, navodno, nije više u stanju da odgovori izazovima savremenih društava pa se rešenje vidi u davanju veće uloge sudskoj praksi u stvaranju prava. U našoj literaturi takav stav zastupa M. Majić, Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (II deo), *Anali Правног факултета у Београду*, 2/2009, str. 29–53. Kritiku tog stava vid. kod M. Škulić, Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Правног факултета у Београду*, 1/2010, str. 66–106.

9 U zemljama koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu vrlo se jasno zapaža trend koji znači drastično sužavanje, pa i lišavanje prava sudova da stvaraju krivičnopравne norme što se sve više smatra ekskluzivnim pravom parlamenta, odnosno zakonodavne vlasti. Ni u tom sistemu sudovi više nemaju pravo da stvaraju nova krivična dela ili da proširuju kriminalnu zonu kod postojećih. I značaj onih krivičnih dela koja su ranije kroz sudsku praksu stvorena (*common law crimes*) danas je u tim zemljama vrlo mali. U SAD ona više ne postoje na federalnom nivou, a ukinule su ih i većina saveznih država. U državama u kojima su zadržana, ona se retko (i često neuspešno) primenjuju u praksi. Tako J. Gardener, T. Anderson, *Criminal Law*, Eleventh Edition, Wadsworth, Belmont, 2012, p. 25–26. I u Engleskoj (sa Velsom) danas je uloga sudske prakse u stvaranju krivičnog prava vrlo ograničena. Engleski sudovi više ne pretenduju da imaju ovlašćenje da stvaraju nova krivična dela. Vid. A. Ashwort, J. Horder, *Principles of Criminal Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, 2013, p. 58.

uloge suda. Zahtev da krivičnopravna norma bude što određenija ne znači negiranje izvesnog slobodnog prostora za sudsko tumačenje, pa se u tom smislu može govoriti o relativizaciji načela određenosti. Potrebno je da krivičnopravna norma bude *dovoljno* određena, a ne i određena u nekom apsolutnom smislu.<sup>10</sup> Norma je dovoljno određena onda kada prosečan građanin može da shvati koje je ponašanje njome obuhvaćeno, tj. koje ponašanje predstavlja krivično delo. Međutim, u nekim slučajevima to nije lak zadatak ni za sudove i krivičnopravnu doktrinu, a kamoli za prosečnog građanina. Naročito onda kada postoji trajnije neslaganje doktrine i sudske prakse u smislu zastupanja suprotnih stavova u pogledu tumačenja neke norme, zakonodavac bi morao (kada je to moguće) normu da precizira, bez obzira da li će stati na stranu sudske prakse ili doktrine.<sup>11</sup>

### 3. NAČELO ZAKONITOSTI I EVROPSKA KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda od 4. novembra 1950. godine (stupila na snagu 3. septembra 1953) sadrži načelo zakonitosti u članu 7. Ovo načelo je formulisano na način koji je preuzet iz Univerzalne deklaracije o pravima čoveka koja je usvojena i proklamovana rezolucijom Generalne skupštine OUN 10. decembra 1948. godine.

Odredba stava 1. člana 7. Evropske konvencije predviđa da niko neće biti smatran krivim za krivično delo zbog činjenja ili propuštanja, koje nije predstavljalo krivično delo po unutrašnjem ili međunarodnom pravu u vreme kada je izvršeno. Takođe, ne može se izreći stroža kazna od one koja je bila propisana u vreme izvršenja krivičnog dela. U stavu 2. člana 7. predviđeno je da odredba ovog člana neće uticati na suđenje i kažnjavanje bilo koga zbog činjenja ili propuštanja, koje je u vreme izvršenja bilo kažnjivo na osnovu opštih pravnih načela koje priznaju civilizovani narodi. Odredba člana 7. Konvencije ima šire značenje jer se, između ostalog, na njoj zasnivaju i rešenja u nekim drugim odredbama Konvencije (čl. 5. i 6).<sup>12</sup>

Da nije odredbe stava 2. člana 7. moglo bi se konstatovati da je načelo zakonitosti u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima postavljeno na standardan, uobičajen način. Kada je u pitanju unutrašnje pravo i krivično pravosuđe jedne zemlje, nije sasvim jasno da li odredba stava 1. daje dovoljan osnov, i pod kojim uslovima, za osude za krivična dela na osnovu međunarodnog prava koja nisu predviđena i domaćim krivičnim zakonodavstvom.<sup>13</sup> I dalje je vladajuće shvatanje da to može biti osnov za osudu od strane domaćeg krivičnog pravosuđa samo u slučaju da su is-

10 Čini se da je to danas postalo nesporno. O tome više vid. H. Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, München, 2015, p. 47–49.

11 Z. Stojanović, *Die Auslegung der Strafwissenschaft in der praktischen Anwendung*, Sonderdruck aus: Festschrift für I. Roxin, C. F. Müller, 2012, p. 112.

12 Tako G. Picca, *Le principe de légalité (art. 7 CEDH) et la réaction sociale au phénomène criminel, Etudes en Hommage a Alice Yotopoulos – Marangopoulos*, Athens, Bruxelles, 2006, p. 1132.

13 Tako G. Corstens, J. Pradel, *European Criminal Law*, Kluwer, The Hague, London, New York, 2002, p. 360.

punjeni uslovi koje zahteva domaće krivično zakonodavstvo. Ako ti uslovi uključuju i zahtev da se prethodno međunarodno pravo preuzme u domaće zakonodavstvo, a to nije učinjeno, delo neće biti kažnjivo. Još je manje jasan odnos odredbe stava 2. prema odredbi stava 1. kada se radi o međunarodnom pravu kao osnovu za načelo zakonitosti. Naime, i opšta pravna načela koje priznaju civilizovani narodi bi se mogla smatrati delom međunarodnog prava. Treba uzeti da je reč o izuzetku u smislu da delo ni prema međunarodnom pravu još ne postoji kao krivično delo, tj. da ta opšta načela još nisu pretvorena u važeće međunarodno pravo, a da se prema tim načelima neko ponašanje može smatrati kriminalnim.<sup>14</sup> Ova odredba Konvencije nije u dovoljnoj meri jasna i određena da bi mogla da se uzme kao osnov za kažnjavanje. Zato ne iznenađuje činjenica da u pogledu nje ne postoji opšti konsenzus zemalja članica Saveta Evrope.<sup>15</sup>

Za ispravno shvatanje odredbe člana 7. Evropske konvencije od značaja je sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava. Činjenica da se ovaj sud u relativno malom broju predmeta bavio pitanjem povrede člana 7. Konvencije ide u prilog tvrđenju da se načelo zakonitosti poštuje u zemljama članicama Saveta Evrope. Od posebnog značaja za primenu i ostvarivanje načela zakonitosti, a time i za garantivnu funkciju krivičnog prava, su dve odluke Evropskog suda za ljudska prava u kojima su zauzeti i određeni opšti stavovi. Tako, Sud je zauzeo stav da pojam kazne treba najšire tumačiti i tim pojmom obuhvatiti sve sankcije koje pogađaju učinioca krivičnog dela. U slučaju Welch radilo se o retroaktivnoj primeni mere oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom (koja, kao što je poznato, ni u krivičnom pravu Srbije nema karakter ne samo kazne, nego ni krivične sankcije), pa je Sud, polazeći od najšireg shvatanja pojma kazne zauzeo stav da se radi o povredi člana 7. stav 1. Konvencije.<sup>16</sup> Sa aspekta garantivne funkcije krivičnog prava ovakav stav je ispravan s obzirom da je reč o meri koja ipak pogađa učinioca iako mu se ne oduzima nešto što je njegovo, odnosno nešto što je legalno stekao. Uostalom, navedena mera ima različit položaj u krivičnom pravu pojedinih zemalja.

Drugi slučaj tiče se poznatog problema sa kojim su se sudovi u Nemačkoj posle ujedinjenja suočili u pogledu poštovanja principa *nullum crimen sine lege* u slučajevima suđenja za ubistva begunaca iz bivše DDR preko granice između dve Nemačke. Jedan od tih slučajeva dospeo je i pred Evropski sud za ljudska prava.<sup>17</sup> Trojica osuđenih su prilikom pokretanja postupka pred Evropskim sudom isticali da je povređena odredba člana 7. Evropske konvencije i da *ex post facto* tumačenje krivičnog prava bivše DDR od strane pravosuđa ujedinjene Nemačke nije bilo zasnovano na sudskoj praksi u DDR, kao i da je bilo nemoguće za njih da u vreme

14 Slično Corstens i Pradel. *Ibid.*, p. 362.

15 Tako, na primer, odredba stava 2. člana 7. nije ratifikovana od strane Nemačke (iako je samoj Evropskoj konvenciji dat visok status u nemačkom pravu, tj. ona ima status saveznog zakona) s obrazloženjem da ona predstavlja kršenje ustavnog načela zakonitosti. O tome vid. C. Roxin, *Strafrecht, AT*, 4. Auflage, München, 2006, p. 145.

16 ECHR 9. Feb. 1995, Welch, series A, no. 307-A. Isti stav zauzet je odmah potom i u slučaju Jamil (ECHR 8. Jun. 1995, Jamil, series A, no. 3 20).

17 Streletz, Kessler and Krenz v. Germany, Judgement (Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98), Judgement, Strasbourg, 22 March 2001.



događaja predvide da bi oni zbog toga mogli biti krivično gonjeni. Iako krivično pravo DDR-a inkriminiše ubistvo kao i podstrekavanje na njega, ubistvo begunaca se nije smatralo krivičnim delom zbog postojanja zakonskog osnova isključenja protivpravnosti u ovom slučaju. Evropski sud je, međutim, smatrao da odredba člana 7. Evropske konvencije nije povređena zato što je zakonski osnov isključenja protivpravnosti u ovom slučaju bio u suprotnosti sa ustavom i zakonodavstvom same DDR kao i u suprotnosti sa određenim međunarodnim aktima koja je ratifikovala i DDR. U ovom slučaju je, dakle, zauzet stav da se zakonske odredbe koje su postojale u vreme izvršenja krivičnog dela mogu u promenjenim političkim prilikama sasvim drugačije tumačiti. Ne ulazeći u pitanje legitimnosti gde bi se sigurno mogli pronaći argumenti za ovakvu odluku, nemačko pravosuđe je u ovom i sličnim slučajevima bilo suočeno sa teškim i složenim problemom kolizije legitimnog i legalnog i verovatno je Evropski sud za ljudska prava ispravno postupio time što je pronašao koliko toliko prihvatljive razloge da taj stav podrži. Ipak, takvo tumačenje nije na liniji ostvarivanja garantivne funkcije krivičnog prava. Teško se može tvrditi da su osuđeni u ovom slučaju mogli da predvide da će posle promene režima pravo bivše DDR biti *ex post facto* tumačeno na potpuno drugačiji način.

Evropski sud za ljudska prava uspostavlja supranacionalnu sudsku kontrolu poštovanja Evropske konvencije o ljudskim pravima. I u odnosu na načelo zakonitosti primenjujući član 7. Evropske konvencije on postavlja određene standarde koje mora poštovati svaka država članica Saveta Evrope. Reč je o minimalnim standardima, što znači da svaka zemlja može postaviti i više standarde u pogledu načela zakonitosti.<sup>18</sup> Zemlje članice Evropske unije nisu u tom pogledu otišle dalje postavljajući neke više standarde. Štaviše, u aktima EU u oblasti krivičnog prava se nedovoljno vodi računa o zahtevu da krivičnopravne norme moraju biti što određenije. To je posledica težnje da se u oblastima u kojima je EU pokazala interes da ujednači krivično pravo zemalja članice granice kriminalne zone što šire postave (primeri za to jesu suzbijanje terorizma, rasizma, ksenofobije i ilegalnog zapošljavanja).<sup>19</sup> Iako se radi o kriminalnopolitičkoj proceni opravdanosti proširivanja kriminalne zone zbog težine i prirode nekih krivičnih dela, neprihvatljivo je da se preterano širokim i nepreciznim krivičnopravnim normama dovede u pitanje ostvarivanje osnovnih prava čoveka, a time istovremeno i garantivne funkcije krivičnog prava. Drugi razlog jeste da je uglavnom reč o tzv. okvirnim odlukama (pre stupanja na snagu Lisabonskog sporazuma) koje, kao što im i naziv govori, ostavljaju određeni prostor zemljama članicama da prilikom implementacije tih okvirnih odluka izvrše njihovu konkretizaciju. Sa aspekta garantivne funkcije na ovom mestu zaslužuje da se ukaže i na

18 Od toga koliko se visoko postave ti standardi zavisi i ocena stanja u nekoj zemlji u pogledu poštovanja načela zakonitosti. Kao primer se može navesti rad B. Schünemann-a koji smatra da je stanje u pogledu poštovanja načela zakonitosti u Nemačkoj veoma nezadovoljavajuće navodeći primere povrede svih segmenata načela zakonitosti, ističući da se teško može naći neka druga pravna norma koja uživa tako visok prestiž, a da se u praksi toliko često o njoj ne vodi računa (B. Schünemann, *op. cit.*, p. 8). Iz citiranog rada se može zaključiti da autor ima vrlo stroge i visoke kriterijume i standarde u pogledu načela zakonitosti, pa stoga ovakva njegova ocena ne iznenađuje.

19 Up. F. Zimmerman, *Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung*, ZIS, 1/2009, p. 1–10.

problem koji se javlja u vezi sa Evropskim nalogom za hapšenje.<sup>20</sup> Krivično pravo zemlje članice EU čiji je neko državljanin ne garantuje mu da neće biti kažnjen i za neko delo koje krivičnim zakonodavstvom te zemlje nije predviđeno kao krivično delo ukoliko je ono predviđeno zakonodavstvom druge zemlje članice, a ta zemlja izda nalog za njegovo hapšenje i predaju radi vođenja krivičnog postupka. Iako je ta mogućnost ograničena na određena (ali brojna) krivična dela (član 2 Evropskog naloga za hapšenje), to ozbiljno dovodi u pitanje garantivnu funkciju krivičnog prava. U stvari, državljaninu neke zemlje članice EU garantuje se da ne može biti kažnjen za neko delo koje pre nego što je učinjeno nije bilo predviđeno krivičnim zakonodavstvom bilo koje zemlje članice EU. Iako se ne može tvrditi da to otvara mogućnost arbitrarnosti i kažnjavanja bez zakona, to uvodi visok stepen neizvesnosti tako da značajno slabi garantivnu funkciju krivičnog prava. Evropski nalog za hapšenje, nema sumnje, predstavlja efikasan instrumenat za suzbijanje kriminaliteta u zemljama članicama EU, ali je on upravo dobar primer kako garantivna i zaštitna funkcija mogu doći u sukob. Na njegovom primeru se vidi da efikasnije obavljanje zaštitne funkcije može za posledicu da ima slabljenje garantivne funkcije krivičnog prava.

#### 4. NAČELO ZAKONITOSTI, GARANTIVNA FUNKCIJA I KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO SRBIJE

Načelo zakonitosti je u savremenim pravnim sistemima podignuto na rang ustavnog načela. To je razumljivo s obzirom na širi značaj ovog načela. Taj širi značaj na planu ljudskih prava daje mu upravo garantivna funkcija. Osim u Ustavu Srbije (član 34. stav 1), načelo zakonitosti kao jedno od osnovnih načela krivičnog prava predviđeno je i u Krivičnom zakoniku Srbije (član 1. KZ).<sup>21</sup> S obzirom na to da je načelo zakonitosti u krivičnom zakonodavstvu Srbije formulisano na način koji je danas u savremenim zakonodavstvima manje – više uobičajen, osnovno pitanje koje se u vezi sa ovim načelom postavlja jeste da li je ono dosledno sprovedeno u celokupnom krivičnom zakonodavstvu i u primeni krivičnog prava i da li obezbeđuje obavljanje garantivne funkcije krivičnog prava.

Sa aspekta načela zakonitosti pažnju zaslužuje i pitanje određivanja opšteg pojma krivičnog dela i unošenja društvene opasnosti u taj pojam, a u vezi sa tim i preispitivanje instituta neznatne društvene opasnosti. Sa ovim pitanjem su se suočile naročito bivše socijalističke zemlje. U nekima od njih, pa i u Srbiji, odustalo se od unošenja društvene opasnosti u opšti pojam krivičnog dela, a institut neznatne društvene opasnosti je transformisan u tzv. delo malog značaja. Iako se odavno odustalo od toga da društvena opasnost u konkretnim slučajevima treba da ima prednost u odnosu na načelo zakonitosti, zadržavanje društvene opasnosti u krivičnom zakonodavstvu, kao i instituta neznatne društvene opasnosti i danas pred-

20 Okvirna odluka EU 2002/584/JHA iz 2002. godine koja je stupila na snagu 1. januara 2004. godine u sedam zemalja članica, a od 2007. godine u svim zemljama članicama EU.

21 Izričito propisivanje načela zakonitosti u Srbiji ima dugu tradiciju. Prvi put je ono uneto u Kaznitelni zakonik Kneževine Srbije od 1860. godine: „Za koje delo nije u zakonu, pre nego što je učinjeno, kazano, da će se i kako će se kazniti onaj koji ga učini, za ono se ne može niko ni osuditi“ (§ 2).

stavlja određenu pretnju za striktno poštovanje načela zakonitosti.<sup>22</sup> Zemlje nastale na teritoriji bivše Jugoslavije ne zahtevaju za postojanje krivičnog dela i društvenu opasnost (što je bilo sadržano u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu), a neke od njih (Crne Gora i Slovenija) su u novije vreme odustale i od dela malog značaja kao osnova za isključenje postojanja krivičnog dela (nastalog modifikacijom instituta neznatne društvene opasnosti) rešavajući to pitanje, kao i ostale evropske zemlje, u okviru krivičnog procesnog prava primenom načela oportuniteta. I u oblasti odmeravanja kazne u krivičnom pravu Srbije stepen društvene opasnosti nije više kriterijum za izbor i odmeravanje kazne, jer to vodi još nižem stepenu vezanosti suda zakonom u oblasti krivičnih sankcija.<sup>23</sup>

U pogledu jezgra načela zakonitosti, tj. zabrane retroaktivne primene krivičnih zakona (osim ako nisu blaži po učinioca) u sudskoj praksi u Srbiji se ne mogu uočiti slučajevi kršenja načela zakonitosti.<sup>24</sup> Neki problemi koji su se javljali u vezi sa pitanjem koji je zakon za učinioca blaži, ne predstavljaju kršenje ovog načela. Tako, kod retroaktivne primene nekih inkriminacija kao blažih (kao primer se može navesti krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica iz člana 234. KZ) suštinski nije reč o sasvim novim inkriminacijama, odnosno nije reč o tome da neko ponašanje nije moglo biti smatrano krivičnim delom pre uvođenja te inkriminacije već o izmenjenom zakonskom opisu koji zadržava kontinuitet sa ranijom inkriminacijom (u navedenom primeru sa onom iz člana 359. KZ). Postulat „*lex praevia*“ se, dakle, poštuje u krivičnom pravu Srbije. Slično je i sa postulatom „*lex stricta*“, tj. sa zabranom stvaranja novih krivičnih dela putem analogije. Sudskoj praksi u Srbiji se ne bi moglo prebaciti da koristi kreativnu analogiju.<sup>25</sup> Ipak, treba imati u vidu da tumačenje putem analogije koje je pod određenim uslovima dozvoljeno (ali ne i poželjno) može u nekim slučajevima da preraste u kreativnu analogiju i kršenje načela

22 Društvena opasnost može biti kriminalnopolitički kriterijum koji zakonodavac koristi prilikom donošenja odluke o tome da li će neko ponašanje predvideti kao krivično delo, ali ne i krivičnopravni pojam koji bi sudovi primenjivali u praksi. Iako neke bivše socijalističke zemlje koje su u svojim krivičnim zakonicima zadržale društvenu opasnost određujući opšti pojam krivičnog dela danas ipak prednost daju načelu zakonitosti, nema razloga da se u krivičnopravnoj normi nađe pojam koji ima samo deklarativni značaj. Više o tome vid. З. Стоянович, Общественная опасность и уголовное законодательств. У: *Категория „цель“ в уголовном, уголовно-иуни-тальном праве и криминологиши*, Москва, 2009, стр. 779–782.

23 Relativno malobrojne bivše socijalističke zemlje koje su zadržale društvenu opasnost kao elemenat pojma krivičnog dela, daju joj veliki značaj i u oblasti izbora krivičnih sankcija i odmeravanja kazne. Šošin upozorava na to da rešenje u KZ Ruske federacije (član 60. stav 3) koje predviđa da sud prilikom izbora i odmeravanja kazne procenjuje i stepenuje društvenu opasnost *in concreto* daje sudu suviše široka ovlašćenja i otvara određene načelne nedoumice oko pitanja da li opšti pojam krivičnog dela treba da kao konstitutivni elemenat sadrži i društvenu opasnost. Ур. С. В. Шошин, Степень общественной опасности в современном российском уголовном праве. У: *Актуальні проблеми юридичної науки*, Частина четверта, Хмельницький, 2009, стр. 122–123.

24 To konstatuje i N. Srzentić, *op. cit.*, str. 279.

25 Jedini slučaj koji bi se mogao navesti iz ranije jugoslovenske sudske prakse jeste stav (odluka Saveznog suda Kps 36/82 od 9.07.1982) da se krivično delo povrede ugleda države može učiniti ne samo u odnosu na žive predstavnike najviših organa vlasti, već i u odnosu na mrtve, tj. bivše predstavnike vlasti. Iako se to nije obrazlagalo time da se inkriminacijom štite i bivši predstavnici vlasti, već da je povreda ugleda pokojnog Josipa Broza istovremeno i povreda ugleda cele zemlje, reč je o nedozvoljenoj analogiji koja je bila politički motivisana.

zakonitosti. Za razliku od nespornih slučajeva kreativne analogije, u pogledu takvih graničnih slučajeva, ne bi se moglo sa sigurnošću tvrditi da ih u sudskoj praksi nije bilo. Ukoliko bi tako došlo do stvaranja bića krivičnog dela koje se striktno ne zasniva na zakonskom opisu, dovelo bi se u pitanje i ostvarivanje garantivne funkcije.

Na pitanje da li se načelo zakonitosti poštuje i u pogledu određenosti krivično-pravnih normi (*lex certa*) kojima se predviđaju krivična dela, kao i u oblasti propisivanja i primene krivičnih sankcija, nije jednostavno odgovoriti. Moglo bi se tvrditi da neke norme nisu određene u meri u kojoj to nalaže načelo zakonitosti. Iako je načelo određenosti kao deo šireg načela zakonitosti i samo neodređeno jer je teško postaviti granicu između nedovoljno određenih zakona i neodređenih zakona (određenost neke norme se može stepenovati), može se konstatovati da ono nije dosledno sprovedeno u krivičnom zakonodavstvu Srbije. U njemu postoji veći broj odredaba za koje se može reći da su neodređene ili nedovoljno određene. Ta ocena je nesporna, pa nema potrebe da se navode određeni primeri kojih ima dosta. To je i nužna posledica zakonodavne tehnike koja se koristi u oblasti krivičnog zakonodavstva.<sup>26</sup> Ako kao standard i cilj postavimo relativnu određenost tj. onu na osnovu koje se može doći do saznanja gde su postavljene granice kriminalne zone, većina odredaba krivičnog zakonodavstva Srbije ispunjava taj standard. U oblasti propisivanja krivičnih sankcija neodređenost je više izražena i ona je donekle imanentna savremenom krivičnom pravu. Radikalno sužavanje propisanih kaznenih raspona vodi drugoj opasnosti, a to je jednako tretiranje nejednakih slučajeva prilikom odmeravanja kazne. Zakonodavac u Srbiji svakako nije taj problem rešio time što je 2009. godine izmenio KZ propisujući kod oko jedne trećine krivičnih dela strože kazne (uglavnom podižući propisane minimume), a ni time što je u pogledu određenog broja krivičnih dela uveo apsolutnu zabranu ublažavanja kazne. I u pogledu preciziranja zakonskih opisa nekih krivičnih dela ove izmene i dopune KZ ne samo da ne predstavljaju korak napred, već unose nove nepreciznosti i nedoumice.<sup>27</sup> Iako

26 Zbog visokog stepena opštosti krivičnopravne norme i primene metoda generalizujuće asprakcije prilikom njihovog stvaranja, to je u nekim slučajevima neizbežno. Kazuistički metod bi rešio problem nedovoljne određenosti, ali njegovo korišćenje neminovno vodi pravnim prazninama. S obzirom na to da u krivičnom pravu nije dozvoljeno popunjavati praznine došlo bi do toga da se određeni slučajevi koji u pogledu potrebe inkriminisanja suštinski i po težini odgovaraju onima koji su obuhvaćeni kriminalnom zonom (ili čak u većem stepenu povređuju ili ugrožavaju zaštićeno dobro) ne bi mogli smatrati krivičnim delom. Štaviše, imajući u vidu načelo zakonitosti kao i fragmentarni karakter krivičnog prava, opravdano je poći od toga da pravne praznine u pravom smislu u krivičnom pravu i ne postoje nego da ono što nije obuhvaćeno kriminalnom zonom čije granice je postavio zakonodavac ne može ni biti krivično delo (bez obzira da li je zakonodavac to hteo). Umesto o prazninama, moglo bi se govoriti o propustu zakonodavca u takvim slučajevima, a on se može otkloniti samo njegovom ponovnom intervencijom. Tumačenje u takvim slučajevima može samo donekle da ublaži problem.

27 Na primer, umesto da se otkloni dilema da li krivično delo zloupotrebe službenog položaja može da izvrši i odgovorno lice u pravnom licu (pa i njegov vlasnik) koje za svoju firmu ostvaruje profit u skladu sa propisima, što je i kriminalnopolitički neprihvatljivo, ona je još više naglašena učinjenom intervencijom u zakonskom opisu ovog krivičnog dela kojom se odgovorno lice u potpunosti izjednačava sa službenim licem. Ili, kod novog oblika krivičnog dela u vezi sa ilegalnom proizvodnjom i prometom opojnih droga, propisano je da radnju izvršenja predstavlja i uzgajanje maka, a ne samo opijumskog maka (kao što je npr. predviđeno u Okvirnoj odluci Saveta Evropske unije od 24.10.2004. godine). Poznato je da postoji veći broj vrsta maka, pa sudska

se i na normativnom planu mogu uočiti određeni problemi, u primeni krivičnog prava problem nedovoljno određenih normi još više dolazi do izražaja. U Srbiji se mogu uočiti kolebanja sudske prakse i nejednakost u primeni prava koja se ne može pravdati specifičnostima i razlikama između konkretnih slučajeva. Ne bi se, stoga, moglo tvrditi da u Srbiji postoji takva stabilna sudska praksa koja je na liniji ostvarivanja garantivne funkcije krivičnog prava. Nije retkost da za približno isto činjenično stanje sudovi daju različite pravne kvalifikacije (uključujući i postojanje ili nepostojanje određenog krivičnog dela), a u pogledu izbora krivične sankcije i odmeravanja kazne nejednakosti su još više izražene. Građani teško da mogu da računaju s tim da mogu makar približno da predvide kaznu, ili drugu sankciju koja će im biti izrečena ako učine određeno krivično delo. Iako postojanje pravne nejednakosti i pravne nesigurnosti samo po sebi ne znači negaciju garantivne funkcije, to u oblasti krivičnih sankcija u toj meri dolazi do izražaja da se može postaviti pitanje da li krivično pravo u toj oblasti uopšte obavlja tu funkciju. Svakako da to ne pogoduje vršenju te funkcije, ali se ne bi moglo ni tvrditi da dolazi do direktnog kršenja načela zakonitosti. Kada su u pitanju krivične sankcije načelo *nulla poena sine lege* nema ni izbliza onaj značaj kao što ga ima načelo *nullum crimen sine lege*. Kod načela *nulla poena sine lege*, u najgorem slučaju se radi o tome da je postupanje sudova *praeter legem*, ali ne i *contra legem*. Do otvorenog kršenja zakona u oblasti krivičnih sankcija vrlo retko dolazi jer za tim nema ni potrebe, sudovi i onako jedva da su ograničeni zakonom, tj. slobodni prostor za njihovo odlučivanje je vrlo širok. Pri tome, zapaža se da postoji i kolebanje sudske prakse u oblasti izbora krivične sankcije i odmeravanja kazne tako da garantivnu funkciju, umesto zakona, ne obavlja ni sudska praksa. Nikome se ne može garantovati da ga u slučaju vršenja određenog krivičnog dela pod određenim okolnostima očekuje određena krivična sankcija tj. ona krivična sankcija koja bi makar približno mogla da se predvidi. Propisani kazneni rasponi tu malo znače, imajući u vidu i široke mogućnosti za ublažavanje kazne.<sup>28</sup>

---

praksa (zbog nepažnje zakonodavca) mora da pribegne restriktivnom teleološkom tumačenju ograničavajući se samo na opijumski mak. U oblasti opojnih droga, ne samo kriminalnopolitički nego i pravnodogmatski, sporan je zakonski opis novouvedenog krivičnog dela neovlašćenog držanja opojnih droga (član 346a). Šta ako neko drži opojnu drogu u količini koja nije manja ali za sopstvenu upotrebu? Dolazi se do neprihvatljivog rezultata da tu nema krivičnog dela (a nema ni onog iz člana 246. stav 1), a ima ga u slučaju da je reč o manjoj količini. I neke druge intervencije zakonodavca iz 2009. godine sa aspekta načela zakonitosti predstavljaju korak unazad. Na primer, kod krivičnog dela sprečavanja i ometanja dokazivanja (član 336), osim primene sile i pretnje u odnosu na svedoke ili druge učesnike u postupku, dodato je i: „ili drugi oblik prinude“. U srpskoj teoriji i sudskoj praksi opšte je usvojeno da se pod pojam prinude podvode samo sila i pretnja. Tumačenje koje bi pošlo od toga da nešto što nije sila ili pretnja predstavlja prinudu, prešlo bi granice koje postavlja načelo zakonitosti. Krajem 2012. godine zakonodavac je morao ponovo da vrši izmene i dopune KZ u cilju ispravljanja nekih od propusta koje je prethodno učinio, a moraće da se bavi time i prilikom nekih budućih izmena KZ.

- 28 Tako za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora od tri do petnaest godina (na primer kvalifikovani oblik krivičnog dela razbojništva iz člana 206. stav 2) može se izreći ne samo kazna zatvora od jedne do petnaest godina, već i kazna zatvora koji se izdržava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje (kućni zatvor). U slučajevima u kojima zakon predviđa mogućnost oslobođenja od kazne, može se izreći i zatvor koji odgovara opštem minimumu i za najteža krivična dela (neograničeno ublažavanje kazne).

Iako se na prvi pogled čini da onaj segment načela zakonitosti koji zahteva pisanu pravnu normu i to u formi zakona danas najmanje sporan (*lex scripta*), izvesne dileme se i tu javljaju zbog značaja koji se sve više daje međunarodnom krivičnom pravu. Iako ni međunarodni ugovori najčešće ne poseduju dovoljan stepen preciznosti, još veći problem predstavlja međunarodno običajno pravo, kao i „opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi“ (član 7. stav 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda).<sup>29</sup> Ostavljajući po strani druge probleme i prepreke koje stoje na putu neposredne primene normi međunarodnog krivičnog prava kojima se predviđaju određena krivična dela u nacionalnom pravnom sistemu, i sa aspekta obavljanja garantivne funkcije krivičnog prava takva primena je neprihvatljiva.

Najzad, zaslužuje pažnju kratak osvrt na sporedno krivično zakonodavstvo Srbije sa aspekta garantivne funkcije. Iako se tom zakonodavstvu može uputiti niz prigovora (što nije tema ovog rada), tako da je postala notorna činjenica da su njegove norme nižeg kvaliteta nego one koje su sadržane u Krivičnom zakoniku, sa aspekta garantivne funkcije teško da bi se mogli uputiti neki prigovori koji istovremeno ne bi mogli biti upućeni i osnovnom krivičnom zakonodavstvu. U pogledu određenosti normi kojima su propisana pojedina krivična dela ne bi se moglo ništa posebno prigovoriti. Štaviše, u brojnim slučajevima biće tih krivičnih dela je precizno određeno i kriminalna zona koja je njime obuhvaćena ima svoje jasne granice. To je posledica blanketnog karaktera tih krivičnih dela čije biće je ispunjeno drugim normama zakona u kojima su propisana. Često su norme na koje se biće krivičnog dela oslanja veoma detaljne i precizne. Kod krivičnih dela kod kojih to nije slučaj, zapaža se veliki uticaj zakonodavne tehnike (pa i doslovnog preuzimanja zakonskog opisa kod sličnih inkriminacija) koja je korišćena u Krivičnom zakoniku. Prema tome, iako bi se zbog lošeg „imidža“ koje sporedno zakonodavstvo ima, moglo očekivati da ono sadrži i inkriminacije koje ne ispunjavaju ni minimalne zahteve u pogledu njihove određenosti,<sup>30</sup> to ipak nije slučaj.

29 Na koje se teškoće nailazi prilikom uzimanja međunarodnog prava kao osnova za načelo zakonitosti vidi se na primeru instituta komandne odgovornosti. On je uveden i u krivično zakonodavstvo Srbije kao zasebno krivično delo (član 384). Ta odredba se, naravno, ne može retroaktivno primenjivati. Ako bi sudovi u Srbiji i zauzeli stav o opravdanosti i mogućnosti neposredne primene međunarodnog prava u slučaju ovog instituta, sigurno je da bi se suočili sa više ozbiljnih prepreka. Jedna od njih jeste i dilema šta u pogledu komandne odgovornosti važi u međunarodnom pravu, odnosno šta bi trebalo uzeti kao pravni osnov za ovu vrstu odgovornosti. Da li je to Dopunski protokol I uz Ženevske konvencije, ili je to Statut Tribunala za bivšu Jugoslaviju, ili je pak to Rimski statut, ili možda međunarodno običajno pravo (ako se o njemu uopšte može govoriti jer je komandna odgovornost, posle slučaja Jamašita, do osnivanja *ad hoc* tribunala Saveta bezbednosti bila u praksi skoro nepoznata). Iako su rešenja u navedenim izvorima slična, postoje i značajne razlike. Primena ovog instituta od strane domaćih sudova na slučajeve iz oružanog sukoba u bivšoj Jugoslaviji dovela bi do povrede sva četiri segmenta načela zakonitosti kako u pogledu krivičnog dela, tako i u pogledu krivične sankcije. Isto važi i za institut udruženog zločinčkog poduhvata koji je u svojoj praksi stvorio i često primenjivao Tribunal za bivšu Jugoslaviju.

30 Sličan primer onome koji postoji u crnogorskom sporednom krivičnom zakonodavstvu, ne bi se mogao pronaći u sporednom krivičnom zakonodavstvu Srbije. Naime, u Crnoj Gori je Zakonom o insolventnosti privrednih društava propisano krivično delo koje postoji onda kada se prekrši bilo koja od brojnih odredaba toga zakona („Ko sa umišljajem krši neke od odredaba ovog za-

## 5. ZAVRŠNE NAPOMENE

Garantivna funkcija krivičnog prava ostvaruje se putem načela zakonitosti koje i danas predstavlja jedno od osnovnih načela. Njegovo visoko mesto i značaj ne mogu se dovesti u pitanje ozbiljnim argumentima. Ono je dobrim delom i ostvareno u krivičnom zakonodavstvu i sudskoj praksi. Najozbiljniji problemi u pogledu njegovog ostvarivanja postoje u pogledu zahteva da krivičnopravne norme budu određene i precizne. Upravo je to ono što može dovesti u pitanje ostvarivanje garantivne funkcije krivičnog prava. Pošto je danas nesporno da neko ponašanje prethodno mora biti zakonom (u evropskom pravnom sistemu) predviđeno kao krivično delo kao i krivična sankcija za njega, odnosno da je zabranjena retroaktivna primena krivičnog zakona (osim ako je blaži za učinioca), težište problema se pomera na pitanje kako je to urađeno. Nejasne granice kriminalne zone kao i suviše široki rasponi propisane kazne dovode u pitanje ostvarivanje garantivne funkcije. Nesporno je da krivičnopravna norma mora biti na visokom nivou opštosti da bi mogla da obuhvati sve oblike konkretnog ispoljavanja jednog ponašanja. Takođe, sudu se mora ostaviti dovoljno širok prostor za izbor one sankcije koja najviše odgovara okolnostima konkretno učinjenog krivičnog dela. Međutim, to ne bi smelo ići toliko daleko da se putem propisivanja neodređenih bića krivičnih dela kao i veoma širokih kaznenih raspona (i preterano fleksibilnih odredaba o odmeravanju kazne) dovede u pitanje ostvarivanje načela zakonitosti, a time i garantivna funkcija krivičnog prava.

Osim problema koji se javljaju u vezi sa zahtevom određenosti, garantivna funkcija krivičnog prava ugrožena je i prodorom shvatanja o primatu međunarodnog prava. Iako međunarodno pravo, po pravilu, ima pozitivne efekte na razvoj krivičnog prava, prilično je jasno da prihvatanje stava da međunarodno pravo može biti osnov za određivanje krivičnog dela i krivične sankcije, a da se ono prethodno ne transponuje u nacionalno pravo, slabi načelo zakonitosti čime se dovodi u pitanje i garantivna funkcija krivičnog prava.

Ako se krivično zakonodavstvo Srbije posmatra sa aspekta standarda koje postavlja Evropska konvencija o ljudskim pravima i sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, može se konstatovati da su ti standardi poštovani. Naime, Evropska konvencija u pogledu načela zakonitosti ne postavlja više standarde od onih koji su uobičajeni u krivičnom pravu evropskih zemalja.<sup>31</sup> Da li je to dovoljno za ostvarivanje garantivne funkcije krivičnog prava? I jeste i nije. Svoju garantivnu funkciju krivično pravo bi trebalo da ostvaruje ne samo putem načela zakonitosti nego čitavom svojom orijentacijom, odnosno načinom na koje se ono stvara i primenjuje.

---

kona kazniće se za krivično djelo...“). Kritički o tome Z. Stojanović, *Krivično pravo*, Podgorica, 2008, str. 24–25.

31 Štaviše, moglo bi se tvrditi da su ti standardi niži, te da je u praksi Evropskog suda za ljudska prava došao do izražaja jedan fleksibilniji pristup koji se, između ostalog, ogleda i u tome da je za predvidljivost nekog ponašanja kao krivičnog dela dovoljno postojanje ustaljene sudske prakse. Up. A. Stojanović, Načelo određenosti krivičnog zakona (lex certa) u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2011, str. 458–459. Ovo se može objasniti, između ostalog, i time što je Sud nadležan i za zemlje koja pripadaju anglosaksonskom sistemu prava.

Nestabilno i široko postavljeno krivično zakonodavstvo sa sudskom praksom koja i sama pokazuje određene slabosti u primeni prava koje još više dolaze do izražaja prilikom čestih i brojnih izmena zakonodavstva, negativno utiču na ostvarivanje garantivne funkcije krivičnog prava.

Moglo bi se zaključiti da država ne garantuje građanima da će u odnosu na njih važiti ispravno i pravedno krivično pravo koje bi istovremeno bilo i efikasno. Ono što se garantuje nije mnogo i svodi se na jedan negativan aspekt krivičnog prava, tj. da ono neće biti primenjeno onda kada određeno ponašanje još nije bilo predmet regulisanja krivičnopravnih normi. U oblasti krivičnih sankcija ono što krivično pravo garantuje (*nulla poena sine lege*) je još manje. No, i to malo je veoma značajno. Nezadovoljavajuće stanje na planu krivičnog prava bilo bi drastično pogoršano u slučaju odustajanja, pa i relativizovanja garantivne funkcije krivičnog prava. Garantivna funkcija mora da postoji sve dok postoji krivično pravo i krivično pravosuđe u današnjem obliku. Nije, međutim, dovoljno samo deklarativno uvažavati garantivnu funkciju krivičnog prava. O njoj se stalno mora voditi računa kako prilikom stvaranja krivičnopravnih normi, tako i prilikom njihove primene.

## LITERATURA

- Ashwort, A., Horder, J.: *Principles of Criminal Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, 2013.
- Corstens, G., Pradel, J.: *European Criminal Law*, Kluwer, The Hague, London, New York, 2002.
- Feuerbach, A.: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1. Auflage, 1801.
- Frister, H.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, München, 2015.
- Gardener, J.: Anderson, T., *Criminal Law*, Eleventh Edition, Wadsworth, Belmont, 2012.
- Liszt, v. F.: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II Band, Berlin, 1905.
- Majić, M.: Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (II deo), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2009.
- Наумов, А. В.: *Российское уголовное право*, Том 1, 4-издание, Москва, 2007.
- Papa, M.: Harmonization of General Principles of Criminal Law: A Critical Report on the Debate, in: *International Criminal Law: Quo vadis? Nouvelles études pénales*, No 19, 2004.
- Picca, G.: Le principe de légalité (art. 7 CEDH) et la réaction sociale au phénomène criminel, *Etudes en Hommage a Alice Yotopoulos – Marangopoulos*, Athens, Bruxelles, 2006.
- Roxin, C.: *Strafrecht, AT*, 4. Auflage, München, 2006.
- Срзентић, Н.: Принципи кривичног законодавства – основа за одређивање кривичне репресије, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву бр. XXXVI*, 1989.
- Stojanović, A.: Načelo određenosti krivičnog zakona (lex certa) u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2011.
- Stojanović, Z.: *Krivični zakon SR Jugoslavije sa komentarom*, Beograd, 1995.
- Stojanović, Z.: *Krivično pravo*, Podgorica, 2008.
- Стоянович, З.: Общественная опасность и уголовное законодательство. У: *Катієорія „цель“ в уголовном, уголовно-иуинийельном праве и криминолоіиши*, Москва, 2009.



- Stojanović, Z.: *Die Auslegung der Strafwissenschaft in der praktischen Anwendung*, Sonderdruck aus: Festschrift für I. Roxin, C. F. Müller, 2012.
- Schünemann, B.: *Nulla poena sine lege?: Rechtsteoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin, 1978.
- Schmidhäuser, *Strafrecht, AT*, 2, Auflage, Tübingen, 1984.
- Škulić, M.: Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2010.
- Шошин, С. В.: Степень общественной опасности в современном российском уголовном праве. У: *Актуальні проблеми юридичної науки*, Частина четверта, Хмельницький, 2009.
- Zimmerman, F.: Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung, *ZIS*, 1/2009.
- Zlatarić, B.: *Krivično pravo, I svezak*, Zagreb, 1970.

Zoran Stojanović

Juristische Fakultät, Universität Belgrad

## GARANTIEFUNKTION DES STRAFRECHTS

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Abhandlung befasst sich mit der Garantiefunktion des Strafgesetzes, die die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit der Bürger garantiert. Der Grundsatz der Gesetzlichkeit garantiert eines der Grundrechte des Menschen. Niemand darf willkürlich bestrafen, und der Staat darf die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen der Freiheit des Einzelnen und anderen wichtigen Gütern beschränken nur für den Fall, dass dies gesetzlich vorgesehen ist. Die Garantiefunktion des Strafgesetzes muß heute im Vordergrund stehen. Der Staat muß die Strafbarkeit so begrenzen, das dem Individuum ein möglichst großer Freiheitsraum verbleibt. In der Arbeit sind vier Segmente des Grundsatzes der Gesetzlichkeit (*lex scripta*, *lex praevia*, *lex certa* und *lex stricta*) analysiert worden. Als wichtig für das Thema dieser Abhandlung wurde die Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Zusammenhang mit der Anwendung von Artikel 7 der EMRK behandelt. Berücksichtigt wird auch die Situation in den Rechtsakten der Europäischen Union. Außerdem wurde eine kritische Analyse der serbischen Strafgesetzgebung gegeben. Der Artikel kommt zu dem Ergebnis, dass der Grundsatz der Gesetzlichkeit und die Garantiefunktion in erheblichem Umfang verwirklicht sind. Wie in anderen europäischen Ländern, bleibt das Hauptproblem wie bestimmte, genaue und präzise Normen zu schaffen und unbestimmte Gesetze zu vermeiden sind.

**Schlüsselwörter:** Garantiefunktion, Gesetzlichkeitsprinzip, Strafgesetzgebung, rückwirkende Anwendung des Strafgesetzes, Bestimmtheitsgrundsatz.

Dorđe Ignjatović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## MIGRACIJE KAO KRIMINOLOŠKI PROBLEM – EVROPSKA ISKUSTVA

**Apstrakt:** U radu će biti analizirani kriminološki aspekti migracija i to pre svega oni koji se odnose na kriminalitet migranata u Evropi. Uticaj migracija na kriminalitet jedna je od „većitih tema“ kriminologije kojoj se naučnici stalno vraćaju. Ovu problematiku aktuelizovali su događaji koji su poslednjih godina doveli do tako masovne seobe stotina hiljada ljudi ka Evropi, kakva nije zabeležena u novijoj istoriji. Posledice su se osetile i u našoj zemlji. Iako u ovom trenutku izgleda da je vrh tog talasa iza nas, čini se da smo daleko od momenta kada ćemo moći da konstatujemo da je tzv. migrantska kriza okončana. Zbog toga je ovo pogodan trenutak da se pozabavimo ovim pitanjem, jer vlada relativno zatišje u kome nema medijskih manipulacija i kampanja koje rezultiraju panikom u javnosti.

**Ključne reči:** Evropa, migracije, kriminalitet, globalizacija, ksenofobija, „krimigracija“.

### 1. UVOD

Nemački i svetski mediji javili su sredinom januara da je u Kelnu tokom dočeka Nove 2016. godine grupa mladih muškaraca uzrasta 18–35 godina „iz arapskog ili severnoafričkog regiona“ seksualno uznemiravalo više stotina žena. Istovremeno, otmansi su im mobilni telefoni i novčanici. Taj događaj imao je višestruke posledice: poslužio je kao opravdanje da se u Kelnu zaposli još 500 policajaca; mnogi stanovnici tog grada odmah su zatražili dozvole za posedovanje vatrenog oružja, a iskorišćen je i kao povod da se u javnosti ponove kritike na odluku nemačke vlade da se širom otvore vrata imigrantima.

Ovo je bio samo jedan od detalja u mozaiku koji je počeo da se sklapa od momenta kada su ratna dešavanja na Srednjem i Bliskom Istoku pokrenula veliku masu izbeglica koje su se uputile prema Starom kontinentu u nameri da se nastane u najrazvijenijim državama. U tom talasu našli su se i ekonomski emigranti i Evropa se suočila sa problemom – šta činiti sa tolikim brojem lica koja su neprilagođena onome što bi se moglo nazvati „evropski način života“. Neke države su nastojale da tim ljudima pomognu, pre svega primenom odredaba o azilu, no u drugim su dočekani sa jasnom porukom da su nisu dobrodošli. Ponovo su izvučeni argumenti o „nadirućoj opasnosti“ i u tom sklopu manipulirali podacima o kriminalnim sklonostima migranata.<sup>1</sup>

\* redovni profesor, [ignjat@ius.bg.ac.rs](mailto:ignjat@ius.bg.ac.rs)

1 Strah od zločina, kombinovan sa raširenom ksenofobijom uticao je na mnoge aspekte života stanovnika našeg kontinenta (čak je izmenio i položaj političkih aktera u nizu zemalja). Frieder Dunkel /2016:3/ piše o apsurdnoj stvari koja je zabeležena u Nemačkoj: najveći broj skorašnjih migranata (uglavnom poreklom iz bivših sovjetskih republika) dali su na lokalnim izborima svoj glas de-

Kriminologija je zato pozvana da – objektivno i nepristrasno – ukaže koliko su navedeni stavovi osnovani. I to je trenutno jedna od njenih najvažnijih misija.<sup>2</sup> Jer, ako to ne uradi ona, otvoriće polje za najrazličitije medijske i slične manipulacije. I pseudo argumentaciju demagoga koji mašu nacionalnim mitovima, idejom „države jednog naroda“, podelom „mi – oni“, pričama o „izabranim narodima koji imaju istorijsku misiju“ ... Sve navedeno vodi u neprijateljstvo prema „onima koji su drugačiji od nas“, jer su (uz ostalo) skloniji vršenju zločina. Ovo sve daje za pravo onima koji kao Solivetti /2010:13/ tvrde da od načina na koji je pitanje kriminaliteta migranata objašnjeno, zavisi i odnos domicilnog stanovništva prema tim licima.

Svi koji se bave kriminologijom znaju da je prvi korak u proučavanju bilo kog predmeta istraživanja njegovo jasno određenje. Međutim, priroda ovog rada i njegov očekivani obim ne dozvoljavaju da se ovde objasne svi izrazi koje društvene nauke koriste u okviru proučavanja migracija.

Za neku drugu priliku ostaće da pojasnimo izraze kakvi su „interna (unutrašnje) i eksterna (međunarodna) migracija“, „emigracija i imigracija“, „transfer stanovništva“ ili „prinudna (e. *forced migration*) migracija“, „dobrovoljna i „iznuđena“ (e. *impelled, reluctant, imposed migration*), „migracija korak po korak“, „cirkularna ili povratna migracija“; kao i izraze koji se odnose na lica: „emigrant“, „imigrant“, „izbeglica (prognanik)“, „interno raseljeno lice“, „pripadnik migranskog talasa“.<sup>3</sup>

Takođe, ovde se ne možemo detaljnije zabaviti razlozima zbog kojih ljudi migriraju. Biće dovoljno samo da konstatujemo da se ti razlozi tiču dve grupe činilaca: • faktora koji otežavaju ili onemogućavaju opstanak na određenom području (e. „*push factors*“); i • faktora privlačenja (*pull factors*) koji se odnose na poželjnost uslova koji vladaju na mestu ka kome se kreću).<sup>4</sup>

Monografska analiza obuhvatila bi i pitanja poput istorijata migracija i svih konsekvenci do kojih one mogu dovesti. Pri tome ne bi trebalo izgubiti iz vida ni činjenicu da su neke države izložene istovremenom kretanju stanovništva u oba smera – emigriranju i imigriranju. Ova kao i niz drugih pitanja koja se odnose na mobilnost stanovništva i njegovo praćenje su predmet više nauka (u prvom redu demografije), ali mi ćemo se ograničiti samo na njihov kriminološki aspekt.

## 2. MIGRACIJE I KRIMINOLOGIJA

Pre svega, potrebno je odmah objasniti kako se pojam „migracije“ shvata u kriminologiji. Pre skoro četvrt veka u našoj literaturi istaknut je stav da za potrebe ove nauke navedeni pojam treba odrediti kao „*seobu većeg broja ljudi iz jednog socio-kulturnog ambijenta u drugi, obično iz ekonomskih razloga*“ /Ignjatović, 1992:172/. Ne

sničarskim ekstremističkim strankama koje su bile protiv prihvatanja novih migranata, dok je većina (više od 80%) Nemaca bila protiv takvih zahteva.

2 Koliko je ovo pitanje bitno pokazuje i činjenica da će na ovogodišnjem Evropskom kriminološkom kongresu koji će se održati u Minsteru (Nemačka) kao četvrta ključna tema biti „Migracije i kriminalitet“.

3 –v. detaljnije: Đurđev B. /2007:326/; [www.oxfordbibliographies.com](http://www.oxfordbibliographies.com); [www.nationalgeographic.com](http://www.nationalgeographic.com).

4 ibid.

ulazeći ovde u moguća ograničenja do kojih usvajanje ove definicije može dovesti,<sup>5</sup> ni činjenicu da se u njoj ne pominje trajanje,<sup>6</sup> možda bi trebalo istaći da je potencijalno najranjiviji deo definicije insistiranje da su za kriminologiju od značaja samo one promene mesta boravka koje podrazumevaju i promenu društvenog i kulturnog ambijenta. Dalje izlaganje će pokazati zašto je zauzet takav stav.

Sledeća napomena koju bi trebalo dati je da u ovom radu neće biti izložene sve manifestacije u kojima se migracije pojavljuju kao deo kriminološke problematike. One su sa predmetom kriminologije (a to je kriminalni fenomen, kao zajednički naziv za zločin, njegovog učinioca i žrtvu, kriminalitet i socijalnu reakciju na takva dela)<sup>7</sup> povezane višestruko i to na sledeći način:

- 1) kao jedan od uzroka migracija može se pojaviti kriminalna delatnost koju preduzimaju predstavnici (agenti) javne vlasti ili to čine kriminalne grupe uz prećutnu saglasnost države. Takve aktivnosti se u kriminološkoj literaturi označavaju kao „dela zloupotrebe moći“ (i vid su političkog kriminaliteta shvaćenog u širem smislu)<sup>8</sup> odn. kao „kriminalitet države“;<sup>9</sup>
- 2) drugi vid kriminaliteta koji je povezan sa migracijama je delovanje organizovanih kriminalnih grupa koje migrante često prebacuju preko državnih granica za novac ili u cilju trgovanja ljudskim bićima;<sup>10</sup>
- 3) sledeća veza migracija sa kriminologijom odnosi se činjenicu da neke zemlje inkriminišu sam nedozvoljen ulazak na svoju teritoriju kao krivično delo;

U novijoj literaturi kao oznaka ovog specifičnog spoja krivičnog i imigracionog (materijalnog i procesnog) prava koristi se izraz „krimigracija“ (e. *crimmigration*) koji je prvi put upotrebila Juliet Stumpf /2006/ u tekstu *Krimigraciona kriza* u kome tvrdi da krivično pravo migrante pretvara u devijante i lica rizična za sigurnost. Garcia Hernández /2015:9 et seq/ objašnjava kako se sa smanjenjem potrebe za radnom snagom menjalo zakonodavstvo koje je regulisalo položaj migranata da bi na početku ovog milenijuma nastalo „krimigraciono pravo“

- 4) migracije su predmet kriminoloških proučavanja i zbog činjenice da i migranti sa svoje strane vrše krivična dela 'klasičnog kriminaliteta' čija ukupnost bi se mogla nazvati „kriminalitetom migranata“;

5 Treba primetiti da se njome ne isključuju drugi mogući uzroci migracija, ali da oni ekonomski imaju poseban značaj govori i sledeći podatak: čak i kada se radi o prisilnim izmeštanjima stanovništva sa prostora na kojima su do tada živeli (zbog ratnih dejstava, npr.) izbeglice pokazuju želju ne samo da napuste mesta na kojima im je opstanak ugrožen, nego najčešće jasno ističu težnju da se nađu u zemljama koje im mogu ponuditi najbolje životne uslove. Na ovaj način razmišlja i Dario Melossi u jednom novijem radu u kome konstatuje da iskustva SAD i Evrope ukazuju „da kod migracija centralnu ulogu imaju ekonomski faktori“ /Melossi D., 2015:78/.

6 Jer se podrazumeva da se ne radi o povremenim i privremenim seobama stanovništva, sezonskim i dnevnim kretanjima –v. Đurđev B. /2007/.

7 Ignjatović Đ., 2015a:20.

8 Hagan F., 1997.

9 Ignjatović Đ., 2015.

10 Kao i u drugim slučajevima gde država zabranama onemogućava ljude da na legitiman način zadovolje neku potrebu, i ovde su barijere imigraciji stvorile pogodno tle za bujanje organizovanog kriminaliteta.

Naučnici ovde ne mogu izbeći pitanja fenomenologije i etiologije ovakvog kriminaliteta. Ova druga objašnjava se pomoću teorija nastalih u američkoj kriminologiji<sup>11</sup> radi tumačenja različitog učešća pojedinih etničkih grupa u kriminalitetu. Marianne Junger /1990:2/ smatra da uzroke kriminaliteta migranata treba potražiti u: teoriji kulturne devijantnosti ('teorija diferencijalne asocijacije') čiji tvorac je Edwin Sutherland; teoriji socijalne dezorganizacije, socijalne kontrole (Gottfredson i Hirshi) i društvenog pritiska (Merton); teoriji slobodnog izbora (Cohen i Felson); teoriji kulturne neusklađenosti (koja kriminalitet etničkih manjina objašnjava pojavom koju naziva „živeti između dve kulture“).

Poznati nemački kriminolog Hans-Jörg Albrecht /1987:129/ konstatuje da se u nemačkim prilikama za objašnjenje registrovanog kriminaliteta 'gasterbajtera (n. *gasterbeiter*) pre mogu koristiti teorija o deprivaciji životnih uslova i teza da se organi reda i pravosuđa u poslovima na kontroli kriminaliteta koncentrišu naročito na manjinske zajednice.

- 5) dalje, jedan od uglova posmatranja predmeta kriminologije je onaj viktimološki. Zbog toga kriminologija u u prve tri situacije migrante može posmatrati i kao žrtve kriminalnih aktivnosti;<sup>12</sup>
- 6) najzad, budući da je kriminologija i nauka o reakciji društva na kriminalitet, ona se zanima i za to na koji način organi krivične pravde tretiraju migrante za koje su utvrdili da su izvršili krivično delo ili to samo pretpostavljaju. Ovde se javljaju fenomeni kao što je 'rasno odn. etničko profilisanje',<sup>13</sup> teže osude imigranata za ista dela u odnosu na starosedeoce i nesrazmerna zastupljenost migranata u populaciji penitencijarnih ustanova.<sup>14</sup> U izvesnom smislu i ovde se otvara pitanje: da li su migranti i u procesu primene prava na poseban način viktrimizovani?

Zanimanje kriminologije za kretanje stanovništva ne završava se sa navedenim temama. Dve autorke, jedna iz Portugala (Maria João Guia) i druga iz Norveške (May-Len Skilbrei) ističu da kriminolozi pri proučavanju migracija treba da odgovore na sedam pitanja od kojih su neka od gore nepomenutih: – dejstvo propisa koji regulišu status imigranata na odluku onih koji razmišljaju o tome da se upute ka drugoj destinaciji; – kakav uticaj imaju dva procesa u pravu EU koji se tiču migranata: diverzifikacija<sup>15</sup> i pokušaji harmonizacije propisa država – članica; – odnos društva prema strancima; – uticaj medijskih sadržaja na tretman migranata u novoj sredini /Guia, Skilberei, 2016/.

11 –v. Ignjatović, 2016.

12 Neki, kao Joshua Freilich i Graeme Newman /2007:xii/ posebno naglašavaju da su često viktimizovani zločinima mržnje, što potvrđuju i skorašnji napadi na izbegličke kampove u više evropskih zemalja.

13 Radi se o predrasudi koja je česta kod policajaca koji podarazumevaju da je rasna (ili etnička) pripadnost indikator nečije kriminalne aktivnosti; zbog toga su pripadnici određenih grupa izloženi posebnom tretmanu (legitimisanje, pretresanje, zadržavanje) kao potencijalni prestupnici, čak i'terroristi' –v. Greene H. /2011/.

14 Kriminologija traga za objašnjenjem u svakoj situaciji kada je procentualno učešće bilo koje društvene grupe u kategoriji kažnjenih lica neproporcionalno njenom učešću u ukupnoj populaciji.

15 Direktive EU uspostavljaju nejednak pravni režim prema različitim kategorijama migranata – na primer: u zavisnosti od toga iz koje države potiču.

Kao što se iz dosadašnjeg izlaganja može videti, migracije ili preciznije – migranti su višestruko interesantni za kriminologiju, i to bilo da se pojavlju kao učinioci ili žrtve kriminalnih dela. Ovu okolnost ne smemo izgubiti iz vida ni u jednoj situaciji u kojoj razmatramo delovanje ove kategorije lica. Jer, te uloge učinilaca – žrtava u ovom slučaju je teško omeđiti.<sup>16</sup>

Izlaganje o brojnim aspektima koji čine migracije jednim od predmeta interesovanja kriminologije pokazuju zašto se ova složena problematika ne može ni delimično zahvatiti u radu ovog tipa. Ona traži višedimenzionalni pristup i svestrano sagledavanje iz ugla brojnih drugih nauka (demografije, sociologije, prava, psihologije, ali i ekonomije i ostalih). Zbog toga ćemo se u nastavku koncentrisati samo na jednu od navedenih konekcija – onu označenu sa 4). Radi se o onome što bi se najjednostavnije moglo nazvati „kriminalitet migranata“.

### 3. KRIMINALITET MIGRANATA U EVROPI

Razmatranje o migracijama koje su povezane sa Evropom, trebalo bi započeti konstatacijom da je na Starom kontinentu uvek bilo internih migracija koje su bile izazvane ekonomskim razlozima. Kada se radi o prekograničnim migracijama, sve do 30tih godina prošlog veka Evropa (naročito njen južni deo) je bila područje intenzivnog odliva stanovništva, pre svega u Novi svet. Privredni razvoj SAD i potrebe za radnom snagom u toj zemlji doveli su do velikog priliva ekonomskih imigranata iz celog sveta, pa i sa Starog kontinenta. Ovaj proces vidljiv je sve do Velike svetske ekonomske krize koja je stvorila ogromnu masu nezaposlenih i dovela do pooštavanja američkih zakona o imigraciji.

Posle II svetskog rata, primetan je na našem kontinentu trend regionalnih migracija koje su se odvijale u pravcu Jug – Sever. Od sredine prošlog veka i brzog privrednog razvoja država Zapada javlja se, naime, potreba za radnom snagom koja uglavnom dolazi iz pojasa Mediterana. Takođe, budući da su skoro sve razvijene evropske države u Novim veku bile i kolonijalne sile, čak i posle okončanja procesa dekolonizacije, nastavljen je priliv stanovnika iz bivših kolonija koji su svoju egzistenciju tražili na tlu svojih nekadašnjih metropola. I oni su se, kao i radnici sa Juga Evrope na privremenom radu uključivali u proizvodni proces, sa jednom komparativnom prednošću – uglavnom su poznavali jezik države u kojoj su se našli.

Mnogi od pripadnika i jedne i druge grupe imigranata su se – i pored prvobitne želje da se posle nekog vremena vrate u domicilne zemlje – zadržali, doveli porodice i trajno se nastanili u državama evropskog Zapada.<sup>17</sup> Zahvaljujući tome, kao i prilivu novih sunarodnika, broj imigranata se povećavao i taj trend bio je, sa izvesnim oscilacijama, vidljiv sve do „treće“ i najnovije „četvrtе industrijske revolucije“

16 To je još jedan argument više za uklapanje saznanja učenja o žrtvama (viktimologije) u kriminologiju kao jedinstvenu nauku, onako kako ju je zamišljao poznati nemački kriminolog Arman Mergen /1978/.

17 Tako se pojavila „druga generacija“ imigranata koji su – za razliku od prve počeli (odn. imali nameru) da se kao punopravni građani uključuju u društvo u kome se nalaze i u tom procesu se srela sa mnogim preprekama.

koje su primenom visokih tehnologija, kompjuterizacije i robotizacije potisnule veliki broj radnika iz procesa proizvodnje. Više nije bilo potrebe za novom radnom snagom – bolje rečeno – za nekvalifikovanim radnicima. Zakoni o imigraciji se – kao i u SAD i Kanadi – zaoštavaju, useljenje se dozvoljava samo visokobrazovanim licima određenih specijalnosti.

A onda je došla globalizacije. Krenulo se u realizaciju starog sna o stvaranju istinskog svetskog tržišta na kome će multinacionalne kompanije moći da plasiraju svoje proizvode, gde bi prirodna dobra postala zajednička (što će reći besplatno dostupna najbogatijima), a profit pripao onima koji ih eksploatišu. Istovremeno – sve pod izgovorom širenja demokratije – počele su kampanje uklanjanja onih koji su bili smetnja tako shvaćenom procesu globalizacije. Korišćena su sva sredstva – od vojnih intervencija, preko razaranja multinacionalnih društva podsticanjem etničkih i religijskih sukoba.<sup>18</sup> Ova strategija je rezultirala masovnim egzodusom stotina hiljada ljudi, pre svega iz zemalja Bliskog i Srednjeg Istoka, od kojih su mnogi sa najbližima pobjegli od ratnih dejstava kako bi preživeli. Postepeno, ovaj talas je zapljusnuo Evropu, iako nisu sve države razvijenog Zapada podržale aktivnosti na „širenju demokratije“ ognjem i mačem. U novonastaloj situaciji, neke od njih nadale su se da će iz mase prognanika, izabrati samo ono što im je potrebno – dobrostojeće koji mogu da sebi priušte statusne simbole bogatstva i stručnjake koji će pristati da rade za mnogo manje nadnice od domicilnih „kolega“.

Stvar se, međutim (iz razloga koje ne možemo ni pobrojati u ovom radu), otešla kontroli i onda su se – dve decenije posle rušenja Berlinskog zida kao simbola posleratne podeljenosti Starog kontinenta – na tlu Evrope ponovo pojavili zidovi i bodljikave žice, vojnici koji su spremni da zapucaju ako krenete u pogrešnom pravcu. Samo, ovog puta nema čuvenog „Čekpointa Čarli“ koji je u Berlinu danas turistička atrakcija.

Zato ćemo se sada, ostavljajući ostala pitanja za druge (viktimološke, kriminalno političke, pravne, ekonomske, demografske i politkološke) analize vratiti ovoj poslednjoj temi koja je i centralni predmet ovog rada.

Dakle, pozabavićemo se načinima na koji je pitanje kriminaliteta migranata obrađeno u evropskoj kriminologiji – ranijoj i novijoj. Kada se radi o počecima, već krajem XIX veka predstavnici Antropološke škole su se – kako navodi Melossi /2015:10 et seq/ osvrtnali na uticaj migracija na kriminalitet (osnivač, Lombroso, je tvrdio da su mu skloni zbog svojih antropoloških crta, dok je Ferri isticao kako je njihov odlazak u SAD doveo do opadanja stope kriminaliteta u delovima Italije u kojima su prethodno živeli); u isto vreme poznati francuski sociolog i kriminolog Gabriel Tarde kostatuje da je odnos stope kriminaliteta Francuza starosedelaca u odnosu na stopu stranaca – rezidenata u toj zemlji 8: 41 (četiri puta niža) i tu činjenicu objašnjavao time da su ovi drugi odvojeni od svojih domova i porodice /Mannheim, 1965:541/.

---

18 Primenjen je oprobani recept iz doba kada je Evropa bila podeljena Gvozdenom zavesom. On se sastojao u održavanju i podsticanju takvih napetosti u socijalističkim državama koje su imale višenacionalni sastav. Zbog toga – i pored zakonskih odredaba po kojima se sa svih dokumenata skida oznaka tajnosti po proteku najviše pola veka – dokazi o tome kako su na ovaj način rušene bivše socijalističke zemlje verovatno nikada neće biti dostupni javnosti.

I drugi autori su se povremeno osvrtni na ovo pitanje, često ga komentarišući pišući o pitanju „kriminaliteta stranaca“, jer većina kriminalnih statistika u evropskim zemljama sadrži podatke koliko su krivičnih dela na njihovoj teritoriji izvršila lica koja nisu domaći državljani.<sup>19</sup> Međutim, čini se da su tek posle II svetskog rata počela ozbiljna kriminološka proučavanja ove problematike, pa ćemo njihov prikaz podeliti u dva dela: onaj koji možemo označiti kao period ekonomskog rasta i drugi koji se odvija u doba globalizacije.

### 3.1. *Kriminalitet migranata u razdoblju ekonomskog rasta*

Ovde će biti ukazano na radove koji se odnose na britanska iskustva i one koji se tiču ostatka Starog kontinenta. Kao posebna celina biće izloženi rezultati istraživanja koja su u navedenom razdoblju izvršena kod nas.

#### 3.1.1. *Uticao migracija na kriminalitet u Britaniji (Mannheim)*

U drugom tomu svoje čuvene *Komparativne kriminologije* Hermann Mannheim izlaže odvojeno o migraciji unutar Engleske i onoj u koja se odnosi na strance. Kada se radi o prvom („internom“) tipu migracije, autor ukazuje da su godine u kojima je trajao II svetski rat bile razdoblje najdinamičnije mobilnosti populacije u Britaniji. Razlozi su bili ili potrebe dislokacije ratne industrije koja je podrazumevala i kretanje radnika ili seoba stanovnika najugroženijih gradova iz bezbednosnih razloga. U svakom slučaju, kako ističe Mannheim /1965:536/ radilo se o neuobičajenim pokretima stanovništva.

Ranije mnogo češći razlog pokretljivosti bila je industrijalizacija koja je dovodila do seobe brojnih stanovnika ruralnih oblasti u gradove. Britanske vlade su u više navrata nastojale da dislociraju industrijske kapacitete iz najnaseljenijih područja u manje gradove. Zajedno sa tim procesom, odvijalo se i preseljenje većeg broja državnih službenika u ta naselja.

Mannheim se osvrće i na pitanje da li je mobilnost stanovništva povezana sa kriminalitetom i delinkvencijom. Prema ustaljenom shvatanju, ljudi koji su mobilni, posebno oni koji češće menjaju mesto boravka, skloniji su da vrše krivična dela od drugih.

Kao argument koji potkrepljuje ovo shvatanje navodi se jedno istraživanje koje je sproveo Cyril Burt /1925/ u Londonu koje je pokazalo da je stopa kriminaliteta maloletnika u predgrađima u kojima je mobilnost izražena daleko viša no u delovima grada u kojima je populacija stabilna. Ukazujući istovremeno na mogućnost da na ovu činjenicu utiče i praksa prestupnika da se češće opredeljuju da izvrše delo izvan naselja u kome žive (jer se time povećava šansa da izbegnu otkrivanje i kažnjavanje), Burt /1925:77/ navodi da u analizu podataka do kojih je došao treba svakako uključiti i mnoštvo drugih faktora, među kojima posebno naglašava teži

19 Nema sumnje da su ovi podaci vrlo korisni za dobijanje slike o kriminalitetu i njegovim akterima u svakoj pojedinoj zemlji i zbog toga je čudno da su poslednjih godina iz biltena koje objavljuje Statistički zavod Srbije (u delu „osuđena lica“) izostavljeni podaci o tome koliko stranaca je osuđeno i za koja dela.



položaj migranata koji su se našli u novoj sredini u odnosu na starosedeoce. Njegov zaključak je da mobilnost predstavlja jedan od mnoštva kriminogenih faktora i predstavlja simptom nestabilnosti i nemira u jednoj sredini.

Mnogo više pažnje Mannheim posvećuje „migracijama sa stranim elementom“ i podseća da je još u prvim decenijama prošlog veka Englesku zapljusno talas ekonomskih imigranata iz Irske, a kasnije iz država Komonvelta (pre svega iz tadašnje Zapadne Indije i Pakistana); sledio je dolazak izbeglica koje su utekle od Nacizma.<sup>20</sup>

Jedno od poznatijih istraživanja kriminaliteta stranih doseljenika u Engleskoj sproveo je Amerikanac Lloyd Gartner koji se fokusirao na kriminalitet jevrejskih doseljenika u periodu od skoro pola veka (1870–1914) u Istočnom Londonu. Iako je na prvi pogled izgledalo da se radi o mirnoj zajednici ljudi koji poštuju zakon, kao i svaka druga grupa ljudi, i ova je ističe Gartner /1960:183/ „imala svoje kriminalce“. Iako nije vršio uporedno proučavanje koliko su se jevrejski imigranti razlikovali u kriminalnim sklonostima u odnosu na ostale useljenike – strance, autor zaključuje da se osnovna razlika između njih sastoji u tome što oni jevrejskog porekla nisu skloni vršenju dela nasilničkog, već imovinskog kriminaliteta. Najznačajnije društveno zlo rašireno u njihovoj zajednici bila je prostitucija i sa njom povezana trgovina belim robljem.

U pogledu useljenika iz Irske, njihov nagli priliv u Englesku dogodio se posle I svetskog rata kada im je tradicionalno odredište – SAD – odlukom nadležnih američkih organa zatvoreno. Radilo se uglavnom o pripadnicima radničke klase koji su teško nalazili posao.<sup>21</sup> U mnogim radovima krivičara, a još više u medijskim izveštajima, Irci su označavani kao glavni krivci za visoku stopu kriminaliteta u područjima koje su naseljavali, a naročito u Liverpulu. Ovakvom okrivljavanju suprotstavili su se mnogi kriminolozi, među kojima i Hermann Mannheim koji je u knjizi *Društveni aspekti kriminaliteta u Engleskoj između dva rata* ukazao kako je stopa kriminaliteta u Liverpulu u međuratnom periodu i inače bila visoka i da bi pre od bilo kakvog povezivanja kriminaliteta pripadnika irske zajednice sa njihovim poreklom, uzroke bavljenja nedozvoljenim aktivnostima trebalo dovesti u vezu sa njihovom nezaposlenošću i bednim uslovima u kojima žive i kada dobiju povremeni slabo plaćeni posao /Mannheim, 1940:139/.

Potvrdu ovakvom razmišljanju dalo je i poznato istraživanje koje je objavljeno u ediciji Instituta za kriminologiju Univerziteta u Kembridžu pod nazivom *Razbojništva u Londonu*. Njegovi autori, Frederick McClintock i Evelyn Gibson su zaključili da iako se na prvi pogled čini da Irci u vršenju ovih krivičnih dela učestvuju daleko više od ostalih kategorija stanovništva, trebalo bi imati u vidu i da su ti migranti najčešće mladi neoženjeni muškarci, drugim rečima – lica koja pripadaju delu populacije iz koga se uglavnom regrutuju prestupnici /McClintock F., Gibson E., 1961:65/.

20 Mannheim navodi da je Engleska i ranije primala progonjene nevoljnike kao u slučaju francuskih Hugenota u XVII veka i ruskih Jevreja koji su se naselili u Istočnom (East End) Londonu početkom XX stoleća.

21 U jednom poznatom dokumentu koji je priredio David Jones /1934/ navodi se da su među irskim imigrantima oko 57% činili nekvalifikovani radnici.

Istraživanja koja su se bavila povezanošću kriminaliteta sa pripadnicima drugih rasnih grupa – imigranata u Englesku (pre svega Indusa i Pakistanaca) koncentrisala su se na tri problema: – koju vrstu krivičnih dela ova lica vrše; – koliko oni učestvuju u rasnim nemirima koji povremeno izbijaju; i – kriminalnom viktimizacijom tih lica. Kada se radi o prvom pitanju, Ruth Glass je posebno proučavala kriminalitet imigranata sa indijskog potkontinenta i zaključila je da je jedna od zaboravljenih tema u ovakvim razmatranjima problem smeštaja tih lica u engleskim gradovima. U nekoj vrsti zatvorenog kruga smenjuju se, po njoj, rasne predrasude, visoke zakupnine licima takvog porekla i prenaseljenost stanova u kojima žive. To vodi u nove predrasude i još izraženija trvenja i stvara dosta obeshrabrujuću sliku / Glass, 1960:85/.

Interesantno je i istraživanje kradljivaca u prodavnicama koje su sproveli Trevor Gibbens i Joyce Prince. Oni su u uzorku od 532 (ulavnom mlađih) žena koje su uhvaćene u vršenju ovakvih krivičnih dela našli 150 (29%) rođenih van Engleske, što je bio karakterističan podatak ako se zna da su u to vreme, prema rezultatima popisa, tek nešto više od 7% stanovništva činili stranci. Većina žena kradljivaca bile su evropskog porekla (70%), a znatno manje su bile poreklom iz Azije (16%) i ostalih delova sveta. Objašnjenje ove distribucije pisci su potražili u činjenici da su žene iz Evrope sa manje zaziranja prelazile na ovakvo delo, jer su se lakše mogle vratiti u zemlju domicila od prestupnica koje su poreklom bile iz Afrike i Azije. Zato su se i žene sa indijskog potkontinenta tako retko pojavljivale u grupi učinilaca krivičnih dela.

### 3.1.2. Migracije i kriminalitet – iskustva kontinentalne Evrope (Ferracuti)

Na Petoj evropskoj konferenciji direktora kriminoloških istraživačkih instituta koju je organizovao Savet Evrope jedan od najznačajnijih evropskih kriminologa XX veka Italijan Franco Ferracuti je podneo referat pod gornjim naslovom i zatim ga objavio u knjizi *Kriminalitet i kultura – eseji u čast Torstena Sellina* koju je 1968. priredio Marvin Wolfgang. Ferracuti na početku svog teksta konstatuje da pitanje migracija nije u Evropi u prvoj polovini prošlog veka bilo toliko proučavano kao u Americi iako je i tada bilo tzv. internih migracija. Međutim, posle II svetskog rata, dolazi do kretanja velikog broja ekonomskih migranata – radnika poreklom sa Mediterana ka zemljama Centralne i Severne Evrope i to je postalo jedan od najznačajnijih problema Starog kontineta koji je zavređivao pažnju kako političara, tako i naučnika koji su realizovali više istraživanja, pre svega u Francuskoj, Švajcarskoj, Švedskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu.<sup>22</sup>

Iako je najveći deo rada posvećen efektima „migracija sa stranim elementom“, u radu se izlaže i o onim ‘internim’, jer su problem sa kojima se sreću i jedna i druga grupa migranata slični. Primer za to su problemi psihičkog prilagođavanja tih lica novoj sredini. Istina, kako navodi Ferracuti /1968:195/, trebalo bi u ovom pogledu razlikovati (dobro)voljne („planirane i organizovane, često sa namerom povratka

22 O stanju istraživanja u UK već je bilo reči, pa se u ovom delu nećemo osvrtni na ovaj deo rada u kome je Ferracuti ponovio osnovne ideje koje se nalaze u drugom tomu *Komparativne kriminologije* H. Mannheim.

u zemlju porekla“) od prinudnih migracija (koje su rezultat progona), jer one ne ostavljaju iste posledice po duševno stanje lica.

Ovakvih istraživanja bilo je i pre II svetskog rata<sup>23</sup>, ali su u drugoj polovini XX veka dobila na zamahu. Tako je u tri uzastopna broja *Sardinijske revije za kriminologiju* (2–4) objavljeno čak četiri rada istih autora o emigraciji i mentalnoj patologiji;<sup>24</sup> tu su oni tvrdili kako ova lica pokazuju neke paranoidne reakcije. One su posledice sredinskih – socijalnih – faktora koji izazivaju stres kod migranata. Ti rezultati bili su dosta slični onima do kojih se došlo nešto ranije u Marselju gde su J. Alliez i J. Jaur /1953/ proučavali psihičku adaptaciju migranata iz različitih država u kojoj ključnu ulogu ima sposobnost da se stare životne i navike stanovanja donete iz „starog kraja“ zamene onima koje su prilagođene novoj sredini. Jednu od ključnih uloga u tom prilagođavanju ima sposobnost sredine u kojoj su se migranti našli da toleriše vrednosti koje doseljenici sa sobom donose, bez želje da ih brzo i potpuno integrišu i asimiliraju. Odsustvo ksenofobije se podrazumeva /Ferracuti, 1968:197/.

Detaljan pregled ove problematike dao je, na osnovu nalaza *Međuvladinog komiteta za evropske migracije* A. Durante /1966/ koji usvaja termin „emigrantski potencijal“ kao naziv za sposobnost imigranata da postepeno pronade svoj unutrašnji ekvilibrijum i uklopi se u novu sredinu na način koji izbegava činioce koji narušavaju duševnu ravnotežu. A da je to teško postići, govore rezultati do kojih je došao na osnovu mnogo složenije metodologije od pukog anketiranja imigranata. Po njima, tek 38% inigranata koje je ispitivao mogli su se označiti kao „normalni“. Slične stavove zauzimali su u to vreme i J. Villa koji se posebno zanimao za način na koji poljski i italijanski migranti doživljavaju novu sredinu – Švajcarsku. Kao značajne prepreke prilagođavanju on je isticao ‘osećaj da su izrabljivani’ i teškoće da se priviknu na način ishrane domaćeg stanovništva /Villa, 1962/.

Proces psihološkog prilagođavanja na novu sredinu izučavao je i Jacques Ex na primeru 40 porodica koje su iz Indonezije došle u Holandiju. Sproveo je njihovo sistematsko intervjuisanje tri meseca po njihovom prispeću, a zatim posle jedne, dve i tri godine. Nastojao je da utvrdi u kojoj meri su članovi uspeali da promene vrednosti i navike sa kojima su se obreli u Evropi i u tom smislu govori o „iskustvu hetero-socijalnog identiteta“. Kao ključne faktore procesa prilagođavanja Ex navodi navikavanje (habituciju), asimilaciju i akulturaciju /-v. Ferracuti, 1968:199/. Wilfred Borrie je na konferenciji UNESCO koja je 1956. održana u Havani izložio rad (kasnije je objavljen u Parizu kao zvaničan dokument Organizacije) u kome tvrdi da proces prilagođavanja odn. asimilacije nije isti u monokulturnim i sistemima koji gaje pluralizam kultura /Borrie, 1959/. Situaciju u Evropi dodatno je osložavalo to što najveći deo evropskih migranata nije ni imao nameru da ceo život provede u državama u kojima su radili i održavali su najrazličitije veze sa zemljama porekla. To se videlo iz podatka da je između 1946–1964 u Evropi oko 3,5 miliona ljudi otišlo na rad u druge zemlje, dok se oko dva miliona u istom periodu odlučilo za repatrijaciju.

23 Klasična studija o mentalnom stanju evropskih migranata je delo skandinavskog naučnika Oe. Ødegaard /1932/ objavljeno u Kopenhagenu.

24 Ovde ćemo navesti samo poslednji – R. Camba, N. Rudas /1965/.

Najveći deo teksta Ferracuti posvećuje kriminalitetu evropskih radnika – migranata i detaljno izlaže rezultate istraživanja koja su izvršena u nekoliko zemalja Srednje i Severne Evrope: Švajcarskoj, Belgiji, Nemačkoj, Finskoj, Švedskoj. Autor se pre svega osvrće na kriminalitet italijanskih radnika migranata prikazujući rezultate do kojih su došli istraživači u Švajcarskoj i Belgiji.

Kada se radi o Švajcarskoj, Ferracuti ukazuje na saznanja do kojih je došao K. Neuman /1963/ u kantonu Cirih o Italijanima nerezidentima koji su angažovani u povremenim ili sezonskim poslovima (uglavnom hotelska i kućna posluga), a u policijskim i sudskim evidencijama za 1949, 1954–5. i 1960. registrovani (njih 650) kao učinioci krivičnih dela. Pre svega, njihova stopa kriminaliteta nije bila mnogo viša od one zabeležene kod migranata iz drugih zemalja, a generalno gledana – bila je niža od one domicilnog stanovništva tih godina; takođe, radilo se i lakšim delima. Često ih vrše u grupi, učinioci su u uglavnom bila mlađa lica i interesantno je da su do 1955. više stope zabeležene kod žena– migrantkinja iz Italije no kod muškaraca, dok se u kasnijem periodu stanje obrnulo. Bilo je dosta seksualnih krivičnih dela, a jedan deo optužbi bio je plod nepoznavanja zakona: u Švajcarskoj, za razliku od Italije nije postojala mogućnost oslobođenja od kazne ukoliko se po seksualnom odnosu sa licem mlađim od 16 godina sa njim stupi u brak.

U Belgiji, u Liježu, G. Liben /1963/ takođe proučava kriminalitet italijanskih radnika – migranata, mladih lica uzrasta od 16–25 godina. I bez korišćenja kontrolne grupe, zaključuje kako se stopa kriminaliteta navedenih lica ne razlikuje bitnije od one zabeležene kod starosedelaca. Istina, nešto su izraženiji oblici nasilničkog kriminaliteta, ali ta činjenica neobjašnjava se uticajem migracije već izvornim kulturnim opredeljenima sa kojima su ta lica došla u novu sredinu. Čini se da je prisustvo velikog broja sunarodnika pomoglo ovim licima da se uklope u belgijski način života. Takođe, kao bitan preventivni činilac izdvaja se snažan roditeljski autoritet / Ferracuti, 1968:206/.

U tada već ekonomski najsnažnijoj evropskoj državi – Nemačkoj – O. Wenzky /1965/ je publikovao rad o kriminalitetu stranaca u Severnoj Vestfaliji. Njihovo učesće u ukupnom kriminalitetu te nemačke pokrajine bilo je početkom sedme decenije prošlog veka oko 1,5%, ali je zato, kada se radi krivičnim delima iz oblasti nasilničkog kriminaliteta taj procenat bio daleko viši (kod ubistava čak 20%). Nasilničkim delima pribegavali su uglavnom stranci poreklom iz mediteranskih zemalja i Afrike. Wenzky je<sup>25</sup> propustio da analizira poreklo žrtava, što bi moglo doprineti pojašnjenju motiva učinica; kao uzroke kriminalnih dela koja vrše stranci navodi: alkohol, seks, nepoznavanje jezika i osećaj izolovanosti.

Jedan drugi nemački autor – U. Kurz /1965/ posle istraživanja u posebnim urbanističkim celinama u kojima su živeli strani radnici (uglavnom Italijani) ukazuje na anomično stanje u kome se ta lica nalaze. U njima se odvija sukob između vrednosti i normi koje su doneli iz sredine iz koje su potekli i gde imaju nameru da se vrate i lojalnosti prema zajednici u kojoj se nalaze. Autor zaključuje da njihovo smeštanje u „enklave“ u kojima postoje snažne interpersonalne veze između migranata

25 Kako Ferracuti /1968:207/ sa pravom primećuje.

(i njihovih porodica) ima protektivni efekat<sup>26</sup>. Zahvaljujući takvom rezonovanju na periferijama znatnog broja velikih gradova razvijenog Zapada nikla su naselja za smeštaj ovih privremenih stanovnika kojima su bile namenjene aktivnosti koje su na engleskom cinično nazvane „3D poslovi“ (e. *dirty, dangerous, difficult* – prljavi, opasni, teški). Tako su, kako navodi Aleš Bučar /2016/ nastala specifična geta u Londonu, Amsterdamu, Stokholmu, Parizu, Lionu, Marseju...<sup>27</sup>

Poznati kriminolog Jean Graven /1964/ proučavao stanje migranata u Švajcarskoj koja je sredinom sedme decenije prošlog veka imala skoro tri četvrtine miliona radnika na privremenom radu (oko 70% su činili Italijani). On je reagovao na kampanje u javnosti koje su pokretane povodom krivičnih dela koja su vršila ta lica i ksenofobiju koju tim prilikama šire mediji, posebno protiv radnika poreklom iz mediteranskog basena. Suprotstavljajući se takvim razmišljanjima, Graven je utvrdio da je opšta stopa kriminaliteta stranaca viša od one koja je u 1963. utvrđena za švajcarske državljane, ali da je slika nešto drugačija kada se uzme u obzir distribucija kriminaliteta u odnosu na pol i uzrast u obe skupine. Kako navodi Ferracuti /1968:209/, Graven je zaključio da nema nikakve potrebe za dramatisovanjem stanja kriminaliteta ekonomskih migranata u Švajcarskoj.

Do sličnih zaključaka došao je i nemački autor Zimmermann /1966/ koji je proučavao stanje kriminaliteta u svojoj zemlji uzimajući u obzir jedino učinioce muškarce uzrasta od 18–50 godina. On je upoređivao stope kriminaliteta domicilnog stanovništva sa onima koje se utvrđene za Italijane, Grke, Špance i Turke. Ako se brojem 100 označi stopa ukupnog kriminaliteta Nemaca, onda stranci iz svih navedenih grupa učestvuju u vršenju krivičnih dela srazmerno daleko manje (Španci sa 32, Italijani sa 50, Grci sa 72, a Turci sa 88). Međutim, kod nekih dela njihova zastupljenost je daleko viša no kod nemačkih državljana: Turci pet puta više (517) vrše ubistva, Grci skoro dva puta (183). U pogledu krivičnog dela silovanja, brojčani pokazatelj kod Turaka je 323, kod Grka 150, Italijana 123, dok je kod Španaca 63. Kod razbojništva, samo su Turci bili zastupljeniji od nemačkih državljana (163:100). Na prvi pogled, prema statističkim podacima izgledalo bi da su među stranim radnicima vršenju krivičnih dela bili najskloniji Turci i Grci, ali iz analize ne treba, smetnuti sa uma da su žrtve njihovih dela upravo migranti, najčešće sunarodnici.

I istraživanja u skandinavskim zemljama bila su u to vreme okrenuta utvrđivanju distribucije kriminaliteta među stranim radnicima. Tako su podaci za kriminalitet u Stokholmu 1965. godine pokazivali da su od 415 optuženih učinilaca – stranaca glavninu činili Finci i Norvežani. U publikaciji koju je 1967. izdao Institut za krivične nauke u Stokholmu posebno je analizirana struktura krivičnih dela Grka i učinilaca sa teritorije ranije SFRJ. Kod dela protiv ličnosti, Jugosloveni su učestvovali sa 65% (samo 12% su bili pod dejstvom alkohola u vreme vršenja dela), a kod Grka sa 25% (većina alkoholisani). Iz tih podataka Knut Sveri /1966/ je zaključio da je za objašnjenje navedenih razlika i kriminaliteta migranata uopšte najpodesnija teorija kulturnog konflikta koju je razvio Thorsten Sellin<sup>28</sup>. Ferracuti /1968:211/

26 Ferracuti ističe da su do sličnih rezultata došli i istraživači u nekoliko drugih evropskih zemalja, ali i u SAD.

27 Autor ističe da su takva naselja nastala i u Sloveniji u južnom delu Ljubljane, kao i u Velenju.

28 –v. Sellin T. /2009:249 et seq./.

smatra da to što su Mađari i Jugosloveni prema evidencijama u skandinavskim državama imali najviše stope kriminaliteta protiv ličnosti može objasniti činjenicom da oni potiču iz kulture u kojoj se normalnim smatra da međuljudski nesporazumi rešavaju upotrebom sile.<sup>29</sup> Slične zaključke on izvodi i iz studija koje su sprovedene u Francuskoj o kriminalitetu migranata iz Severne Afrike, nemačke policijske statistike i evidencija koje vode švedske korekzione ustanove.

Na kraju svoje analize Ferracuti daje jednu vrstu zaključka svedenog na nekoliko konstatacija: 1) kriminalitet migranata imao je u tadašnjoj evropskoj kriminološkoj literaturi tretman marginalne teme; 2) ukupno gledano, stopa kriminaliteta migranata bila je niža od te stope kod domaćeg stanovništva (istina, kod nekih dela – kao što su nasilnička i seksualna – oni značajnije učestvuju u vršenju); dakle, opšti zaključak je da je tvrdnja kako je stopa kriminaliteta stranih radnika migranata visoka jedan ksenofobični mit; 3) nijedna od tada uticajnih teorija u kriminologiji (ni ona o kulturnom konfliktu, ni o anomiji, diferencijalnoj asocijaciji, o različitim izborima, frustraciji i agresiji...) ne može objasniti sav kriminalitet migranata; 4) u to vreme nije bilo dovoljno istraživanja o socio-patološkim aspektima migracija; 5) ne postoji dovoljna saradnja državnih organa i nevladinog sektora u aktivnostima usmerenim na to da se pomogne migrantima u iskušenjima kroz koja prolaze; 6) iluzorno je očekivati da će samo migranti doživeti transformaciju – ona je nužna i kod domicilnog stanovništva /Ferracuti, 1968:218/.

### 3.1.3. Industrijalizacija, migracije i kriminalitet – primer Srbije

Utemeljivač kriminologije kao nauke na ovim prostorima, Milan Milutinović je, pod uticajem nekih od gore navedenih radova, kao direktor (tada je nosio naziv) Instituta za kriminološka i kriminalistička istraživanja dao snažan impuls saradnicima te ustanove da krenu u proučavanje uticaja različitih činilaca na kriminalitet uopšte, a posebno na onaj čiji akteri su maloletnici (u to doba dela koja su vršila ova lica nisu se nazivala kriminalitetom već „prestupništvom“ odn. „delinkvencijom“). Najpoznatija istraživanja te vrste u Institutu je obavio Aleksandar Todorović koji je u jednom slučaju bio rukovodilac tima (Todorović et al., 1970), a u drugom jedini autor (Todorović, 1971).

U prvom radu koji nosi naziv *Prestupništvo maloletnika u Beogradu*,<sup>30</sup> istraživači dovode u vezu proces urbanizacije, migracija i maloletničkog prestupništva<sup>31</sup> i zaključuje da u tom spletu činilaca na prestupništvo maloletnika direktan uticaj vrši migracija, jer je „poznata činjenica da su migraciona kretanja povezana sa socijalno-patološkim pojavama i u većem obimu ‘uslovljavaju’ maloletničko prestupništvo“

29 Ferracuti ovde primenjuje u praksi način razmišljanja koji dominira u jednoj od do sada najuticajnijih knjiga koje objašnjavaju nasilničko ponašanje ljudi. Radi se o delu *The Subculture of Violence* koje je plod koautorskih napora ovog autora i Marvina Wolfganga –v. Wolfgang i Ferracuti /2012/.

30 Treba pomenuti da su saradnici na projektu bili: Desanka Lazatrević, Žarko Jašović i Ignjat Ignjatović.

31 Autori su u ovu kategoriju svrstali sva od tadašnjeg Sekretarijata unutrašnjih poslova registrovana „krivična dela, prekršaje i asocijalna ponašanja“ koje su u posmatranom periodu izvršila lica u uzrastu 14–18 godina sa prebivalištem na teritoriji grada Beograda.

/Todorović et al., 1970:153/. Ovu tvrdnju potkrepljuju činjenicom da je „pokazana pozitivna i važna veza“ između navedenih pojava, jer „komune Beograda u kojima je veći priliv migranata imaju i veći broj maloletnih prestupnika. Broj prestupa na jednog maloletnika je takođe veći u ovim komunama“ /ibid/.

U knjizi *Uzroci maloletničkog prestupništva*, napisanom godinu dana kasnije,<sup>32</sup> Todorović, posle ukazivanja na zaključke do kojih su došli istraživači u drugim zemljama, iznosi rezultate svog proučavanja tri stambene zajednice u Zemunu u kojima je „intenzitet maloletničkog prestupništva najveći“. Tvrdi da ih karakteriše: u prvoj, bespravna gradnja, mali broj starosedelaca, veliki broj migranata i izmešan nacionalni i etnički sastav; u drugoj su „pretežno naseljeni doseljenici, tj. preovlađuju migranti“ /Todorović, 1971:149/; u trećoj, „ogromna većina su doseljenici (kolonisti posle II svetskog rata)“ /p. 151/. Iz navedenog, autor zaključuje da heterogenost populacije koja se ogleda i u prisustvu raznih migrantskih grupa sa posebnim kulturama predstavlja činioce koji izazivaju društvenu dezorganizaciju, a ona – sa svoje strane – dovodi do nepoželjnih ponašanja mladih.

Na osnovu rezultata ovih istraživanja i stavova do kojih su došli strani autori Milan Milutinović u svom udžbeniku *Kriminalologija* u okviru izlaganja o „neposrednim sociogenim faktorima kriminaliteta“ ukazuje na uticaj industrijalizacije i sa njom povezanih migracionih kretanja na kriminalnu delatnost stanovništva koje masovno prelazi iz sela u grad, što podrazumeva i napuštanje starih vrednosti i običaja i zamenu novim. Taj proces je pun konflikata, a važne njegove posledice su nestabilnost porodice, gubljenje tradicionalnih oblika kontrole. Mnoga lica, naročito u sredinama sa nagomilanim socijalnim problemima, ne uspevaju da se adaptiraju na novo okruženje i odaju se alkoholizmu, prostituciji i kriminalitetu /Milutinović, 1973:285/.

## 3.2. Kriminalitet migranata u doba globalizacije

### 3.2.1. Kontekst

U periodu koji je sledio nakon perioda prosperiteta, sve do najnovijih migracija koje se odigravaju u ovom razdoblju, ova tema je bila takođe zapostavljena. Već je pomenuto kako se posle „naftnog šoka“ 70tih i naročito ekonomske krize 80tih smanjuje potreba za novom radnom snagom<sup>33</sup> i pooštavaju se (kao i u Americi)

32 Interesantno je da je ovde autor promenio radnu definiciju pojma „maloletničko prestupništvo“ – to više nisu samo „krivična dela, prekršaji i asocijalna ponašanja“ maloletnika evidentirana od strane SUP, nego i od ostalih „ustanova koje se bave prestupničkom omladinom“. Tu spadaju i centri za socijalni rad, organi starteljstva, sudije za prekršaje, tužilaštva, sudovi, prihvatilišta, opservacioni centri i domovi /Todorović, 1971:36/. Naravno, na ovaj način navedeni pojam je veoma proširen.

33 Hung-En Sun i Jack Reed /1995/ kao primaran razlog zašto su neke evropske države po prvi put posle II svetskog rata faktički zatvorile granice za imigrante (Nemačka 1973, Francuska, Belgija i Švajcarska 1974) navode želju da izbegnu situaciju u kojoj će stranih radnici i dalje konkurisati domaćim (kao drugi razlog navode smanjenje društvenih tenzija od narasle ksenofobije i nastojanje da se asimiluju oni koji su došli na „privremeni rad“, a onda odlučili da se ne vrate u matične zemlje).

propisi o imigraciji.<sup>34</sup> Broj migranata je u odnosu na doba Maršalovog plana i „ekonomskog buma“ bio znatno manji.<sup>35</sup> Migranti su u fokus interesovanja kriminologa sada dolazili ili povodom specifičnih dela koja su – kao ubistva ženskih članova familija poreklom iz Turske koje su svojim ponašanjem ugrozile čast porodice<sup>36</sup> – za stanovnike razvijenih država Zapadne Evrope bila šokantna, ili povodom masovnih nemira do kojih je najčešće dolazilo povodom rasističkog ponašanja policije i slučaja prekoračenja sile od strane njenih pripadnika u odnosu na lica koja nastanjuju četvrti sa migrantima. Nakon ovakvih nemira, koji su novijih decenija potresali naročito Francusku i Englesku, slike uništenih automobila i zapaljenih četvrti velikih gradova bile su povod raspravama o položaju pripadnika tih manjina u društvu, a onda se posle živih debata u javnosti i medijima, stanje vraćalo u prethodni položaj.

Poslednjih godina, fenomen terorizma i napadi koje su u evropskim metropolama (London, Madrid, Pariz) izveli pripadnici radikalnog islamističkog pokreta, doseljenici iz muslimanskih zemalja, izazvali su novu plimu panike i tvrdnje o „ugroženosti Evrope“. A onda se pojavio i novi talas migranata i već opisani načini kako su se pojedine države pokušale zaštititi. I pored realne opasnosti da se u masi nevoljnika nađu i oni koji su krenuli sa zadatkom da ponove terorističke napade,<sup>37</sup> mnogi kriminolozi suprotstavili su se načinu na koji su neke od evropskih zemalja reagovala. Oni nisu podlegli hysteriji i plimi ksenofobije u kojoj je došlo do okrivljavanja migranata za stanje kriminaliteta u državama u kojima su se našli.<sup>38</sup> U nastavku ćemo ukazati na dva primera trezvenog naučnog pristupa u evropskoj kriminologiji. Prvo je jedno istraživanje u Holandiji, a drugo je celovita analiza novijih migracija u Evropi.

### 3.2.2. Kriminalitet mladih Marokanaca u Holandiji

Frank Bovenkerk i Tineke Fokkema /2016/, autori članka *Kriminalitet među mladim Marokancima u Holandiji: da li je njihovo regionalno poreklo od značaja?* podsećaju da je prvi radnik – migrant iz Maroka u njihovu državu došao pre tačno pola veka i da je populacija njegovih sunarodnika u Holandiji u međuvremenu porasla na oko 375.000. Posle ranih 90tih godina XX veka u holandskoj javnosti je počelo da dominira gledište kako su migranti iz Maroka „problematični“, jer ne samo da su skloni vandalizmu i narušavanju javnog reda, nego u visokom procentu učestvuju i u klasičnom kriminalitetu – posebno u delima kao što su razbojništva i

34 Michael Tonry /2014/ i Dario Melossi /2015/ dosledno prikazuju kako su odredbe tzv. imigracionog prava u SAD i u razvijenim zemljama Zapada u svemu pratile potrebe ekonomije za obezbeđenjem radne snage iz drugih zemalja. Za pripadnike istorijskog materijalizma ono bi moglo biti dokaz „prioriteta baze (ekonomije) nad nadgradnjom (pravo)“.

35 Treba, istine radi, reći da su se neke zemlje, kao Italija, zbog svog geografskog položaja nalazile poslednjih decenija pod stalnim pritiskom migranata koji su na sve načine želeli da se domognu blagostanja Evropske unije. Fenomen „ljudi u čamcima“ i luka Lampeduza su već dugo simbol takvog stanja.

36 –v. Ignjatović, 2007.

37 Freilich i Newman /2007:xi/ navode da ih mnogi nazivaju „Trojanskim konjem“ čiji cilj je da ugrozi ili čak uništi zemlju u koju je krenuo.

38 Istina, mnogo ređe no u Americi u kojoj su oni, kako u knjizi *Rasa, etnicitet, zločin i imigracija* piše Michael Tonry /2014:1/ vrlo često okrivljavani za stanje kriminaliteta i nered koji su izazvali.



provalne krađe. U tim delatnostima učestvuju uglavnom mlađi muškarci koji pripadaju „prvoj i po“<sup>39</sup> i drugoj generaciji migranata.

Prvo objašnjenje ovakvog učešća te kategorije lica u kriminalnim aktivnostima bilo je da je to njihov odgovor na nizak socio-ekonomski položaj u holandskom društvu. Međutim, opovrgnuto je jednim velikim istraživanjem koje je za predmet imalo poređenje stopa kriminaliteta u grupama dečaka iz migrantskih porodica i onih iz porodica starosedelaca. Sprovela ga je Marianne Junger. U uvodu knjige u kojoj je objavila rezultate navodi činjenicu da su na primer u Amsterdamu mladi iz migrantskih grupa činili skoro polovinu (47%) od uhapšenih u svom uzrastu, iako ih je u populaciji mladih u tom gradu bilo nešto manje od trećine (29%) /Junger, 1990:1/. Međutim, pokazalo se da su dečaci poreklom iz Maroka daleko skloniji kriminalitetu od svojih vršnjaka iz migrantskih i grupa holandskih dečaka koji žive u sličnim uslovima.

Zatim je objašnjenje potraženo u selektivnom policijskom angažovanju i diskriminaciji. Neki podaci pokazuju, naime, da su i pripadnici holandske policije skloni etničkom profilisanju, pa je po toj logici kriminalitet mladih iz porodica marokanskih imigranata mogao biti njihov odgovor na tretman koji imaju kod organa reda. Međutim, istraživanje koje je sprovela Josine Junger-Tas /1997/ dovelo je u sumnju ovakvo objašnjenje, jer nije dokazano, čak i da su policajci diskriminisali mlade iz migrantskih porodice, da su pri tome u bilo kom smislu izdvajali mlade Marokance.

Da bi jasnije sagledali ovu problematiku, Bovenkerk i Fokkema su činioce koji u ovoj populaciji mogu delovati na vršenje krivičnih dela podelili na one koji se odnose:

- A/ na zemlju u kojoj su se nastanili;
- B/ na zemlju porekla; i
- C/ na regione zemlje porekla iz kojih potiču.

A/ kada se radi o prvoj grupi mogućih činilaca, autori su iz dominantnih teorijskih objašnjenja koja su nastala prevashodno u američkoj kriminologiji<sup>40</sup> pokušali da izvuku smernice za svoje istraživanje.

U tu svrhu koristili su stavove: a1/ teorije socijalne dezorganizacije (tvorci C. Shaw i H. McKay), jer se čini da se između položaja mladih imigranata i njihovih vršnjaka u Čikagu iz prve polovine XX veka može povući jasna paralela – i jedni i drugi su smešteni u geta iz kojih nastoje da pobegnu;<sup>41</sup> a2/ teorija pritiska (tvorac R. Merton) koja sklonost kriminalitetu kod druge generacije imigranata objašnjava njihovim nezadovoljstvom položajem u odnosu na vršnjake iz imućnih porodica; i a3/ teorije kulturnog konflikta i raskoraka (T. Sellin) koja ključ za razumevanje traži u činjenici da upravo pripadnici druge generacije doživljavaju sukob kultura intenzivnije od svojih roditelja;

39 Ovu „1,5 generaciju“ čine deca koja su naknadno došla u Holandiju kada im je otac stvorio uslove da cela porodica pređe u novu sredinu.

40 –v. Ignjatović /2016/.

41 Autori ovde citiraju rezultate do kojih je Alexis Arontowitz došla u svojoj doktorskoj disertaciji odbranjenoj 1990, a odnose se na činjenicu da je, zbog gubljenja iz domovine donetih mehanizama socijalne kontrole, stopa kriminaliteta mladih iz druge generacije turskih imigranata rođenih u Berlinu viša od njihovih sunarodnika koji su rođeni i obrazovani u Turskoj i zatim došli u Nemačku /Aronowitz, 2002/.

B/ istraživači su skrenuli pažnju i na činjenicu da između stopa kriminaliteta i vrste dela koje vrše imigranati iz različitih država postoje često značajne razlike. U holandskoj kriminološkoj literaturi, u poslednjoj deceniji je u više radova je konstatovana ta razlika kod imigranata iz Surinama, Holandskih Atila, Turske i Maroka;

C/ najzad, autori sa pravom primećuju da ni imigranti iz iste države ne predstavljaju homogenu populaciju. Pre svega, oni mogu poticati iz različitih regiona koji su na nejednakom stepenu razvoja u kojima važe različiti kulturni obrasci; u multietničkim zajednicama, oni potiču iz različitih nacionalnih i verskih zajednica koje takođe imaju svoje obrasce ponašanja. Ovo ima veliki značaj: i u ranijoj literaturi /Eisenstandt, 1954/ je primećeno da su dezorganizacija imigrantskih grupa, kršenje zakona, uključujući i vršenje kriminalnih dela izraženiji u imigrantskim grupama čiji kulturni i obrazovni nivo se znatno razlikuje od onog koji dominira u društvu koje ih apsorbuje.<sup>42</sup>

Zbog navedenih razloga, istraživači su – kada se radi o marokanskim imigrantima – nastojali da razluče one koji su došli iz gradskih područja od takvih koji su živeli na selu i u tom delu istraživanja postavili su tri hipoteze: c1/ stope kriminaliteta su u Holandiji više među marokanskim imigrantima koji su došli (odn. čiji roditelji su iz njih stigli) iz seoskih sredina u odnosu na one iz gradskih; c2/ razlike na relaciji selo – grad su najveće među pripadnicima druge generacije, najniže u prvoj, a srednje u „1,5 generaciji“; c3/ razlike selo – grad smanjuju sa kada se podaci koriguju faktima koji se odnose na socio-ekonomski položaj imigranata u Holandiji.

Istraživanje je pokazalo da među migrantima iz Maroka posebnu pažnju treba obratiti na one porekelom iz najsiromašnije planinske oblasti Rif koje u odnosu na ostale sunarodnike karakterišu poseban regionalni mentalitet, preduzimljivost i istorijsko iskustvo brojnih pobuna koje su vlasti krvavo gušile. Plemenske veze su slabe, u druge familije se ima malo poverenja. Ako otac napusti porodicu da bi joj obezbedio bolji život, sinovi rastu bez nadzora. To utiče na kriminalitet „1,5 generacije“ kasnije u Holandiji, a što se druge generacije tiče, otac porodice je takođe izgubio mogućnost kontrole nad sinovima, pa i to može uticati na njihovo opredeljenje da postanu prestupnici. Da bi proverili takvo očekivanje, Bovenkerk i Fokkema su postavili još tri radne hipoteze koje su varijacija onih koje smo naveli pod c1/ do c3/ (označićemo ih sa c1R/, c2R/ i c3R/) samo što su umesto relacije selo – grad naveli odnos oblast Rif – ostali regioni u Maroku.<sup>43</sup>

Prvo su kao izvor sekundarnih podataka korišćene baze holandskog Sistema socijalne statistike iz koje su dobijeni fakti o demografskim i obrazovnim karakteristikama imigranata, njihovoj zaposlenosti i sl. Kao indikator njihovog registrovanog kriminaliteta korišćeni su podaci policijske statistike u kojoj su obuhvaćena sva lica

42 U originalu, izraelski autor Shmuel Eisenstadt upotrebljava izraz „znatno niži“ (-v. Bovenkerk, Fokkema /2016:357/) koji se teško može prihvatiti kada se radi o odnosu različitih kultura. Jer upravo ta logika bila je opravdanje za kolonizaciju teritorija drugih kontinenata, kao i za nasilno nametanje verskog učenja i druge vidove „uvodenja naroda u civilizaciju“ čije posledice su bile tragične po milione ljudi.

43 Pa je prva od njih (označili smo je sa „c1.R/“) glasila: stope kriminaliteta su u Holandiji više među marokanskim imigrantima koji su došli (odn. čiji roditelji su iz njih stigli) iz oblasti Rif u odnosu na one koji su poreklom iz drugih oblasti te zemlje.

osumnjičena kao izvršioци krivičnih dela. Zatim su autori istraživanje fokusirali na Marokance uzrasta 15–25 godina koji su početkom 2009. godine živeli na teritoriji Holandije. I to samo muškarce, jer je iz sekundarnih podataka koji su pomenuti proizilazilo da je stopa kriminaliteta kod devojčica iz migrantskih porodica pet puta niža od one kod dečaka. Proučavana populacija je iznosila 32.400 lica; zavisna varijabla je bila da li je neko od njih ikada bio osumnjičen za kakvo krivično delo; nezavisno promenljiva je bila regionalno poreklo migranata prestupnika (odn. njihovih roditelja). Svi su oni podeljeni po više kriterijuma: prva klasifikacija je obuhvatala na tri klastera – prva, „1,5“ i druga generacija; druga ih je delila po socio-ekonomskom statusu (nizak, srednji, viši, nepoznat) kako u Maroku, tako i u Holadiji; u obzir su uzeti: nivo obrazovanja; tip naselja u kome su ranije bili, kao i onaj u kome sada žive; visina porodičnog budžeta (uključujući sve osnove zarade); glavni izvor prihoda konkretnog ispitanika.

Rezultati istraživanja su pokazali da su mladi Marokanci – imigranti koji su poreklom iz oblasti Rif (kao i drugi koji potiču sa sela) daleko češće dolazili u sukob sa zakonom od ostalih – hipoteze c1/ i c1R/ su potvrđene; da značajna razlika postoji između prve, „1,5“ i druge generacije (ova poslednja je najzastupljenija u kategoriji lica koja su prijavljena kao učinioci krivičnih dela, prva je najmanje brojna); dalje, mladi koji su celo svoje detinjstvo proveli u Maroku daleko ređe vrše krivična dela od onih iz „1,5“ i druge generacije – hipoteze c2/ i c2R/ su takođe potvrđene. Međutim, hipoteze c3/ i c3R/ nisu dokazane iz jednog razloga: socio-ekonomski položaj je od ogromnog značaja za predviđanje mogućnosti da li će se neko lice opredeliti za kriminalno ponašanje. Što je njegov nivo obrazovanja viši, što je nivo zarade kojom raspolaže veći i ukoliko je rizik da će doći u kategoriju nezaposlenih niži – manja je verovatnoća da će postati prestupnik.

Drugim rečima, visoka stopa nezaposlenosti mladih imigranata i egzistencijalni problemi sa kojima se susreću su mnogo značajniji prediktori njihovog kriminaliteta od geografskog porekla njihovih roditelja odn. njih lično.

### 3.2.3. Imigracija, socijalna integracija i kriminalitet (Solivetti)

Jedno od najuticajnijih dela novije literature o migracijama je knjiga *Imigracija, socijalna integracija i kriminalitet – kros nacionalni pristup* čiji autor je Luigi Solivetti /2010/. Mnogi, među kojima i Frank Bovenkerk i Tineke Fokkema /2016/ citiraju zaključak do koga je došao ovaj autor: krivična dela izvršena protiv migranata u njihovoj zemlji porekla, kao i sam proces migracije su od manjeg značaja za njihovu kriminalnu aktivnost od uslova u kojima žive u državama u kojima su se našli /Sollivetti, 2010:xi/.

U predgovoru ove knjige takvi autoriteti u nauci kakvi su David Downes i Paul Rock tvrde da je ona prvo sistematsko delo o preplitanju migracija, kriminaliteta i kažnjavanja čiji zaključci se zasnivaju na ogromnom broju brižljivo prikupljenih podataka. Iz još mnoštva razloga ova knjiga zavređuje da se ukratko osvrnemo na neke od ideja koje se u njoj mogu naći, utoliko pre što autor na originalan način ukazuje na zanemarene dimenzije relacija tri navedene pojave.

U početku, Solivetti ukazuje na činjenicu da su se neke od evropskih država čiji stanovnici su bili među najbrojnijim imigrantima u SAD, Kanadi, Australiji... sada postale poželjne destinacije za mase migranata. Objašnjenje je pre svega u ekonomskim razlozima: krajem XIX i početkom XX veka stanovnici Irske ili Italije išli su u Ameriku jer je tamo njihov rad bio plaćen dvostruko u odnosu na stanje matičnoj zemlji. Danas migranti iz Afrike i Azije hrle u zemlje Evropske unije zato što je taj odnos 10:1. Jer, EU je postala jedan od najjačih ekonomskih regiona u svetu. Zbog toga je 90tih godina prošlog veka (i pored svih ograničenja) stopa useljavanja u EU bila više od one zabeležene u SAD koje se i dalje smatraju zemljom imigranata“ /p. 2/.

Za autora nema sumnje da će se taj trend nastaviti. Brojni su argumenti koje navodi kao osnov za navdenu zaključak: zemlje ‘Trećeg’ i bivšeg ‘Drugog sveta’ (bivše socijalističke zemlje) imaju mnogo niži stepen razvoja koji navodi ljude da bolji život potraže u EU.<sup>44</sup> Višedecenijski trend depopulacije u zemaljama EU se povećava, što znači da i dalje postoji potreba za stručnjacima određenih profila.<sup>45</sup> Izgleda da se sada, otvorenije no ikada šalje poruka o tome da postoje dve vrste migranata – poželjni i nepoželjni. Ovi drugi se na sve načine odvrćaju od dolaska. Čak i kada se manipuliše sa ksenofobijom i rasizmom. U odnosu na nepoželjne, plasira se priča o „Evropi pod opsadom“ i u tom kontekstu događaji kao onaj iz Kelna koji je prikazan na početku ovog teksta dođu kao „Božiji dar“ jer se na njima gradi stav da su imigranti „opasnost i remetilački faktor“.

Ovakva logika je deo namerne kampanje proglašavanja imigranata za krivce za sve što u društvima u kojima su se našli predstavlja ako ne laž, onda ozbiljnu zabludu,<sup>46</sup> kako na osnovu proučavanja egzaktnih podataka navodi Solivetti, ne samo u prekookeanskim zemljama, nego i u Evropi, imigranti su dali ogroman doprinos privrednom razvoju: „više su dopineli, nego što su koštali“ /p. 5/. Ne samo ranije, nego i danas, oni rade poslove koje neće da prihvati domicilno stanovništvo, preduzumljiviji su i svojim prisustvom povećavaju potrošnju u nacionalnim granicama, čime daju stimulans proizvodnji niza dobara.

Već smo naveli da Solivetti način na koji se objašnjava kriminalitet stranaca smatra za ključni činilac za odnos koji će domaće stanovništvo imati prema strancima. I to u dva značenja: 1) problemi integracije u novu sredinu mogu ta lica usmeriti ka antisocijalnom ponašanju; i 2) kriminalitet imigranata može prvobitnu dobrodošlicu strancima okrenuti u netrpeljivost domaćeg stanovništva prema novim susedima.

44 Da apsurd bude veći, čak i relativno povećanje bogatstva u navedenim zemljama utiče na porast imigracionih tokova, jer sada jedan deo njihovih stanovnika ima sredstava da finansira put do neke od zemalja EU, čak i da plati avionske karte u jednom pravcu za celu porodicu.

45 Zato, paralelno sa zaoštavanjem imigracionih zakona, neke države – kao Nemačka – na sajto-vima svoje državne informativne agencije pozivaju takve stručnjake i upoznaju ih na njihovom maternjem jeziku o uslovima koji im se nude.

46 To je razlog zašto se neki kriminolozi, kao Melossi, opredeljuju da kao teorijski okvir objašnjenja relacija migracije – kriminalitet u sveremenom svetu uzmu i teoriju interakcionizma koji tvrdi da obvinjavanje drugih kao kriminalaca ima elemente mehanizma kažnjavanja „žrtvenog jarca“ koji simobilizuje. Joanna Goodey /2000/ koristi takođe jednu kategoriju koju je uvela ova teorija: po analogiji na „stereotipe kriminalaca“, ona ukazuje na „stereotipe migranata“ koji su važna poluga u kampanjama njihovog okrivljavanja za stanje u društvu.

Zbog toga će pitanje načina na koji se objašnjava povećano učešće migranata u kriminalitetu i populaciji kaznenih ustanova još dugo dominirati ne samo u prepućavanju opozicije i vlasti, nego će biti i jedna od centralnih tema u kulturnim i naučnim diskusijama. Do sada je u njima pređen put od nekoliko koraka: u početku su kao objašnjenje korišćeni biološki i rasni argumeti; zatim su postali uticajni autori koji su insistirali na sukobu kultura; u trećem razdoblju kriminalitet migranata objašnjava se njihovom neodgovarajućom asimilacijom. Sa druge strane, različita zastupljenost migranskih grupa u populaciji učinilaca kriminalnih dela i osuđenici- ma u kaznionicama pokazuje, po Solivettiju /p. 9/ da „njihov kriminalitet nije per- manentan već kontingentan (zavisan) fenomen“, odn. da zavisi od uslova u kojima se one nalaze. Adaptaciju ometaju njihova socijalna i ekonomska marginalizacija, otuđenost od nove sredine, odsustvo mogućnosti da se integrišu i veličina i kohezija grupe sunarodnika.

Takođe, status prestupnika ne može se objasniti samom činjenicom da se radi o migrantu, jer takva lica koja potiču iz istih država ne učestvuju u istom procentu u kriminalnim statistikama država evropskog Zapada.

Pogled u budućnost ne nudi ružičastu sliku i to iz više razloga: a) migranti do- laze iz mnogo većeg broja zemalja no ranije; b) socio ekonomski disparitet između država porekla i zemalja destinacije je veći; c) razlozi migracija sada i sve više će biti pre u životnom okruženju iz koga potiču (ratovi, beda, etnički sukobi, kršenje osnovnih ljudskih prava) no u privlačnosti zemalja prema kojima se kreću; d) teš- koće u integrisanju tih ljudi i u ovom trenutku su veće, bez nade da će se smanjiti /Solivetti, 2010:10/.

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Posle svih stavova koje smo prikazali i istraživanja koja su bila usmerena na to daju odgovor na pitanje – koliko migracije utiču na kriminalitet lica koja iz jedne sredine prelaze u drugu, čini se da je moguće izvesti nekoliko zaključaka. Prvi je da potvrda konstatacije na koju je pre više od pola veka ukazao velikan komparativne kriminologije Hermann Mannheim /1965:537/. On navodi kako su italijanski kri- minolozi Gianfranco Garavaglia i Gianluigi Ponti /1963/ proučavajući efekte mi- gracija<sup>47</sup> i zaključili da „... ukupno gledano, migracija ne predstavlja značajan soci- jalni kriminogeni faktor...“<sup>48</sup> S druge strane, kada se radi o faktorima koji utiču na kriminalitet migranata, čini se da su od ključnog značaja uslovi u kojima ta lica žive u zemlji na čijoj teritoriji su se našla.

Otuda, nije bez značaja kako se državni organi i građani odnose prema nevolj- nicima koji su se našli na njihovoj teritoriji. U tom pogledu, Srbiji i njenim stanov- nicima u najnovijoj „migrantskoj krizi“ skoro da se ništa ne može prigovoriti. Iako

47 U pitanju je bila interna migracija na relaciji Jug – Sever (pre svega su imali u vidu stanje u Lom- bradiji).

48 U skladu sa tada dominantnim teorijskim okvirom, ovi autori zatim naglašavaju da „jedina stvar koju treba pri tome uzeti u analizu su činioci kriminalnog ponašanja čiji izvor se može naći u etičkim i kulturnim načelima koje su imigranti doneli sobom u svoje nove domove“.

nije ni na koji način doprinela događajima koji su pokrenuli planetarne migracione tokove, naša zemlja je do sada učinila dosta toga da pomogne tim ljudima – čak iznenađujuće mnogo, s obzirom na stanje ekonomije i standard domicilnog stanovništva.

Čini se da je trenutno relativno zatišje u prilivu migranata pogodan trenutak da se na nivou države formira kompetentno telo koje bi sa svih aspekata (demografskog, sociološkog, ekonomskog, politikološkog – kao i kriminološkog) razmotrilo odgovore Srbije na moguće nove migracione tokove koji se mogu očekivati u skorijoj budućnosti. Država mora imati jasan stav kako će se njeni organi poneti u toj situaciji. Jer, samo u periodu posle II svetskog rata imamo iskustva sa više migranatskih tokova: masovna kolonizacija Vojvodine, prihvata izbeglica iz Albanije na teritoriju Kosova i Metohije (mnogi od njih se kasnije bili u prvim redovima pokreta za otpljenje te pokrajine od Srbije), dolazak stotina hiljada izbeglih i prognanih iz republika ranije SFRJ (dobar deo tih ljudi do danas nije obezbedio dostojnu egzistenciju). Navedimo još jedan razlog: Srbija je multinacionalna sredina u kojoj nagli priliv migranata može dovesti i do neželjenih posledica na planu osetljivih odnosa između pripadnika različitih etničkih i religioznih grupa.

Istovremeno, mladim kriminolozima se u Srbiji otvara do sada nedovoljno istraženo istraživačko polje. Zato bi trebalo očekivati da će se, umesto opredeljenja da se bave nekolikim temama koje su već toliko preživakane da se o njima malo šta novo može reći, opredeliti da se istraživački pozabave kompleksom pitanja koje mogu poneti zajednički naziv: odnos migracija i kriminaliteta. Ovaj rad mogao bi im biti inspiracija za takvu odluku.

## LITERATURA

- Albrecht J. /1987/: Foreign minorities and criminal justice system in the FR Germany, *Howard Journal of Criminal Justice*, n<sup>o</sup> 4.
- Aronowitz A. /2002/: Assimilation, acculturation and juvenile delinquency among second generation Turkish youth in Berlin –in: *Migration, Culture Conflict and Crime* (Freilich J. et al., eds.), Dartmouth.
- Borrie W. /1959/: The Cultural Integration of Immigrants, UNESCO, Paris.
- Bovenkerk F., Fokkema T. /2016/: Crime among young Moroccan men in the Netherlands: does their regional origin matter? *European Journal of Criminology*, n<sup>o</sup> 2.
- Bučar A. /2016/: Strukturno nasilje kot mehanizem zapiranja migrantov v globalne in lokalne totalitarne ustanove, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo*, n<sup>o</sup> 1.
- Burt Cyril /1925/: *The Young Delinquent*, Oxford.
- Camba R., Rudas N. /1965/: Emigrazione e patologia mentale: primi rilievi statistici relativi all' emigrazione sarda, *Rivista sarda di criminologia*, n<sup>o</sup> 4.
- Dünkel F. /2016/: Come together, *Criminology in Europe*, n<sup>o</sup> 1.
- Durante A. /1966/: Problemi psicologici dell'emigrazione– contributo alla conoscenza psicologica del fenomeno migratorio, *Clinica Psichiatrica*, n<sup>o</sup> 1.
- Eisenstadt S. /1954/: *The Absorption of Immigrants– A Comparative Study Based Mainly on the Jewish Community in Palestine and the State of Israel*, London.

- Ex J. 1966/: *Adjustment after Migration*, The Hague.
- Ferracuti F. /1968/: European migration and crime –in: *Crime and Culture– Essays in Honor of Thorsten Sellin* (Wolfgang M., ed.), New York.
- Freilich J., Newman G. /2007/: *Crime and Immigration*, Aldershot.
- Garavaglia G., Ponti G. /1963/: Immigrazione e criminalità, *Quaderni di Criminologia Clinica*, n<sup>o</sup> 3.
- Gartner L. /1960/: *The Jewish Immigrant in England 1870–1941*, London.
- Gibbens T., Prince J. /1962/: *Shoplifting*, London.
- Glass R. /1960/: *Newcomers– The West Indians in London*, London.
- Goodey J. /2000/: ‘Non-EU citizens’ experiences of offending and victimization– The case for comparative European research, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n<sup>o</sup> 1.
- Graven J. /1964/: Le problème des travailleurs étrangers délinquants en Suisse, *Revue Internationale de Criminologie et de police Technique*, n<sup>o</sup> 4.
- Guia M., Skiberei M. /2016/: How the current ‘migration crisis’ challenges European criminologists, *Criminology in Europe*, n<sup>o</sup> 1.
- Hagan F. /1987/: *Political Crime– Ideology and Criminology*, Needham Heights.
- Hernández G. /2015/: *Crimmigration Law*, Chicago.
- Đurđev B. /2007/: Migracije –in: *Sociološki rečnik* (Mimica A., Bogdanović M. eds.), Beograd.
- Ignjatović Đ. /1992/: *Kriminologija*, 2. izd., Beograd.
- Ignjatović Đ. /2007/: Ubistva zbog zaštite časti porodice, *Pravni život*, n<sup>o</sup> 9.
- Ignjatović Đ. /2015/: Kriminalitet države –in: *Kaznena reakcija u Srbiji– V* (Ignjatović Đ. ed.), Beograd.
- Ignjatović Đ. /2015a/: *Kriminologija*, 12 ed., Beograd.
- Ignjatović Đ. /2016/: Migracije kao kriminološki problem; kriminalitet migranata – iskustva SAD, *Strani pravni život*, n<sup>o</sup> 2.
- Jones D. (ed.) /1934/: *Social Survey Merseyside*, Vol. 1, Liverpool.
- Junger M. /1990/: *Delinquency and Ethnicity– An Investigation on Social Factors Relating to Delinquency among Moroccan, Turkish, Surinamese and Dutch Boys*, Deventer.
- Junger-Tas J. /1997/: Ethnic minorities and criminal justice in the Netherlands, *Crime and Justice*, n<sup>o</sup> 1.
- Kurz U. /1965/: Partielle Anpassung und Kulturkonflikt, *Sozial Psychologie*, n<sup>o</sup> 4.
- Liben G. /1963/: Un reflet de la criminalité italienne dans la région de Liège, *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, n<sup>o</sup> 3.
- Mannheim H. /1940/: *Social Aspects of Crime in England between the Wars*, London.
- Mannheim H. /1965/: *Comparative Criminology– A text book*, Vol. II, London.
- McClintock F., Gibson E. /1961/: *Robbery in London*, Cambridge.
- Melossi D. /2015/: *Crime, Punishment and Migration*, Los Angeles.
- Milutinović M. /1973/: *Kriminologija sa osnovama kriminalne politike i penologije*, 2ed., Beograd.
- Neuman K. /1963/: *Die Kriminalität der italienischen Arbeitskräfte im Kanton Zürich*, Zürich.
- Ødegaard Oe. /1932/: Emigration and insanity, *Acta Psychiatrica et Neurologica*, Suppl. IV, Copenhagen.

- Sellin T. /2009/: Sukob kultura i zločin (prevod) –in: *Teorije u kriminologiji* (Ignjatović Đ. ed.), Beograd.
- Solivetti L. /2010/: *Immigration, Social Integration and Crime– A Cross-National Approach*, Abingdon.
- Stumpf J. /2006/: The crimmigration crisis– immigrants, crime and sovereign power, *American University Law Review*, vol. 56.
- Sun H., Reed J. /1995/: Migration and crime in Europe, *Social Pathology*, n<sup>0</sup> 3.
- Todorović A. /1971/: *Uzroci maloletničkog prestupništva*, Beograd.
- Todorović A. et al. /1970/: *Prestupništvo maloletnika u Beogradu*, Beograd.
- Tonry M. /2014/: Race, Ethnicity, Crime and Immigration –in: *The Oxford Handbook of Ethnicity, Crime and Immigration* (Bucierius S., Tonry M., eds.), Oxford.
- Villa J. /1962/: *Le comportement psychique des travailleurs migrants at leur adaptation au milieu social du pays d'accueil*, Council of Europe, Strasbourg (RS 27).
- Volfgang i Ferakuti /2012/: *Potkultura nasilja* (prevod), Beograd.
- Wenzky O. /1965/: Analyse zur Ausländer Kriminalität, *Kriminalistik*, n<sup>0</sup> 1.
- Zimmermann H. /1966/: Die Kriminalität der ausläändischen Arbeiter, *Kriminalistik*, December.

Đorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

## MIGRATIONS AS A CRIMINOLOGICAL PROBLEM – EUROPEAN EXPERIENCE

### SUMMARY

Migrations are one of the most important problems that occupy not only the state authorities and the public in most European countries but also social and human sciences. In that set of disciplines, which attempt to explain the key aspects of migration flows, criminology has a special place. It analyzes crime and victimization of migrants and critically presents the ways in which countries try to control the movement of people within and across their borders. They are researched from the phenomenological, etiological and victimological aspects. The central issue in this paper is crime of migrants, precisely classic crime (from the analysis crimes of „crimmigration“ are left out – the phenomenon of the presence of „illegal“ migrants on foreign territories).

Review of the ways in which the European criminology explains crime of migrants has shown that in the science as well as in the public opinion in the European countries three possible interpretations come to the fore: according to the oldest one biological and racial factors have a decisive influence; after that considerations have concentrated on the conflict and discrepancies of cultural patterns; and finally the key factor that leads migrants into crime has been found in the conditions in which these people live in the new environment. This factor explains the reasons of far higher crime rate of the second generation of migrants in comparison not only to the first generation but to the local population as well.



The literature justifiably points out that the way in which crime of „foreigners“ is presented and explained has crucial significance for the attitude of citizens toward migrants. The only barrier to sensational and tabloid presentation of these issues and the spread of prejudice and xenophobia is paying attention to criminological research. These results should be guidelines for the creation of state strategy and concrete activities that will be undertaken by the competent authorities as a response to migration flows.

The spreading of panic over refugees as „Trojan horses“ whose role is to endanger „the European way of life“, the recent terrorist attacks on European cities whose actors were members of radical Islamic groups, grown fear of citizens of losing their jobs due to the influx of cheap labor and a number of other factors – do not represent suitable climate for objective research. However, only research can comprehensively examine ambiguous issue of migrations and serve as a basis for action. Especially when we take into consideration that it is not a transient phenomenon. There are many arguments on which scientists base their forecasts that the current wave of migration, which we are witnesses to, will continue and thus fulfill the predictions that the 21<sup>st</sup> century will be the „century of migration“.

**Keywords:** Europe, migrations, criminality, globalization, xenophobia, „crimmigration“.

## POLOŽAJ ŽRTVE KRIVIČNOG DELA/OŠTEĆENOG U KRIVIČNOPRAVNOM SISTEMU SRBIJE UOPŠTE I U ODNOSU NA DIREKTIVU EU 2012–29

**Apstrakt:** U tekstu se analizira položaj oštećenog krivičnim delom i žrtve krivičnog dela u krivičnopravnom sistemu Srbije, kako uopšte, tako i posebno u odnosu na osnovne zahteve sadržane u Direktivi EU 2012/29. Pod krivičnopравnim sistemom se sa stanovišta teme ovog rada podrazumevaju osnovni elementi krivičnog procesnog i krivičnog materijalnog prava, a u određenoj meri i neki mehanizmi krivičnog izvršnog prava.

Analiza sadrži dva osnovna aspekta: 1) razmatranje osnovnih pozitivno-pravnih mehanizama koji se odnose na položaj žrtve/oštećenog u krivičnopravnom sistemu Srbije (*de lege lata*); te 2) izlaganje određenih predloga u *de lege ferenda* smislu, a koji će primarno biti utemeljeni kako na principima opšte humanosti, koji nalažu da se maksimalno poboljša položaj žrtve/oštećenog u krivičnopravnom sistemu, tako i u formalnom pogledu, na neophodnosti daljeg i kompletnijeg usaglašavanja krivičnopravnog sistema Srbije i u toj oblasti, sa važećim pravnim standardima Evropske Unije.

**Gljučne reči:** oštećeni, žrtva krivičnog dela, krivično pravo, krivični postupak, Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Direktiva EU 2012/29.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA O MOGUĆEM UTICAJU DIREKTIVE EU 2012/29 NA KRIVIČNOPRAVNI/ KRIVIČNOPROCESNI SISTEM SRBIJE

Direktivom Parlamenta EU i Saveta Evrope 2012/29 od 25. oktobra 2012. godine, o uspostavljanju minimalnih standarda prava i zaštite žrtava krivičnih dela, za države članice EU utvrđen je niz obaveza koje se odnose na poboljšanje položaja žrtava krivičnih dela u krivičnom postupku. Deo tih pravila se svodi na elemente tzv. restorativnog pravosuđa.<sup>1</sup>

Još uvek su prisutne prilično velike razlike u odnosu na ovo pitanje između pojedinih krivičnopравnih sistema država članica EU i već sad se može konstatovati

---

\* redovni profesor, [skulic@ius.bg.ac.rs](mailto:skulic@ius.bg.ac.rs)

1 Više o tome: M. Škulić, *National Report – Serbia*, in: F. Dünkel, J. Grzywa-Holten, P. Horsfield (Ed.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015, str. 803–804.

da je do predviđenog roka (član 27 stav 1 Direktive), a to je bio 16. oktobar 2015. godine, veoma mali broj država članica EU uspeo da u potpunosti uskladi svoje zakonodavstvo sa zahtevima iz Direktive. Doduše, taj rok je donekle „instruktivnog“ karaktera, jer je u samoj Direktivi (član 28), propisano da će od 16. oktobra 2017. godine, države članice imati dužnost da Komisiju obaveste o preduzetim merama, te da će od tog datuma, svake tri godine, morati da podnose nove izveštaje o „napretku“ u implementaciji pravila iz Direktive.

Pravila sadržana u direktivama EU spadaju u tzv. „meko evropsko pravo“,<sup>2</sup> kada je reč o pravnom prostoru van same EU,<sup>3</sup> ali se iz u suštini političkih razloga i od država kandidata za članstvo u EU, očekuje da u doglednom periodu, te u skladu sa konkretnim akcionim planovima svoje zakonodavstvo usklade sa takvim pravilima. To se odnosi i na Srbiju, čiji pravni sistem, kao što je to i inače, prilično karakteristično za države koje baštine krivičnopravnu/krivičnoprocesnu tradiciju nekadašnje SFRJ ispoljava tendenciju da ukazuje značajnu pažnju interesima zaštite oštećenih krivičnim delima. Direktiva EU 2012/29 je po definiciji „viktimološki“ usmerena,<sup>4</sup> što znači da se prema svom sadržaju uglavnom tiče jednog od suštinskih segmenata, odnosno zadataka viktimologije koji se odnosi na „stvaranje sistema mera za redukovanje primarne i sekundarne viktimizacije“.<sup>5</sup>

## 2. TERMINOLOŠKO ILI SUŠTINSKO PITANJE – ŽRTVA KRIVIČNOG DELA ILI OŠTEĆENI KRIVIČNIM DELOM ILI „I JEDAN I DRUGI TERMIN“?

Naše krivično procesno pravo tradicionalno, poput većine drugih država u kontinentalnoj Evropi, koristi termin oštećeni. Oštećeni je fizičko ili pravno lice čije je neko lično ili imovinsko pravo izvršenjem krivičnog dela povređeno ili ugroženo. To je veoma široka definicija, koja je znatno šira od uobičajenog pojma žrtve u kriminološkom i delom krivičnompravnom smislu, odnosno pasivnog subjekta u smislu krivičnog materijalnog prava.

Oštećeni se može pojaviti u nekoliko osnovnih procesnih svojstava, koja se mogu i kombinovati, pa je tako na primer, oštećeni kao mogući tužilac, po pravilu i svedok, a može podneti i imovinskopravni zahtev i slično. Oštećeni može da u krivičnom postupku ostvaruje sledeće procesne uloge: 1) mogući (potencijalni) tužilac u krivičnom postupku za delo koje se goni *ex officio* i u pogledu koga primarno

2 Više o tome: M. Fletcher and R. Lööf with B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice*, „Elgar European Law“, Cheltenham UK, 2008, str. 58–59.

3 Radi se o tzv. sekundarnim (derivativnim) izvorima prava EU, gde spadaju akti koji su propisani članom 288 Ugovora o funkcionisanju EU.

4 Pod viktimološkim pristupom ili uopšte „viktimologijom“ se, veoma sumarno objašnjeno, podrazumeva „proučavanje žrtava krivičnih dela, kao grupe koja je u prošlosti bila zanemarljiva od strane sistema krivičnog pravosuđa“. Više o tome: F. E. Hagan, *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6<sup>th</sup> Edition, „Sage Publications“, Thousand Oaks, 2008, str. 215.

5 Više o cilju i osnovnim zadacima viktimologije: Đ. Ignjatović i B. Simeunović-Patić, *Viktimologija – opšti deo*, edicija *Crimen*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, str. 20.

krivično goni javni tužilac; 2) supsidijarni tužilac u krivičnom postupku za krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti; 3) oštećeni sa predlogom za krivično gonjenje u pogledu posebne kategorije krivičnih dela koja se gone po službenoj dužnosti i predlogu; 4) privatni tužilac u postupku za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi; 5) lice koje je podnelo imovinskopравни zahtev i 6) svedok.

Iz ovoga proizlazi da je termin *oštećeni*, znatno širi od izraza *žrtva* krivičnog dela. Kada se zakonom ustanovljava zaštita oštećenog u krivičnom postupku, to znači da se štiti *širi/prošireni krug lica* od onih koja spadaju isključivo u žrtve krivičnog dela, odnosno u pasivne subjekte krivičnog dela, kada je reč o klasičnoj krivičnopravnoj terminologiji.

Kao što će to biti detaljnije objašnjeno u daljem tekstu, pozitivnopravni termin *oštećeni* u osnovi odgovara široko definisanom pojmu *žrtve* u Direktivi EU 2012–29, s tim da se u odgovarajućim odredbama ZKP-a, može dodatno precizirati kada se radi o oštećenom koji je u isto vreme i *pasivni subjekt* krivičnog dela, odnosno žrtva u užem smislu.

To isto, odnosno prethodna konstatacija važi i u pogledu Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (budući Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i zaštiti maloletnih lica u krivičnom postupku) i to onda kada je oštećeni maloletno lice, a nije u isto vreme i žrtva krivičnog dela.<sup>6</sup> Na primer, maloletno lice je bilo svedok nekog krivičnog dela sa elementima nasilja, učinjenog na štetu nekog njemu bliskog lica, koje je izvršenjem tog dela lišeno života, pa je tada to maloletno lice oštećeno takvim krivičnim delom, iako nije i njegova žrtva.

Kada bi zakonodavac posebnim pravilima, a pre svega u cilju sprečavanja sekundarne viktimizacije, štiti samo žrtvu, a ne i oštećenog, koji je šireg značenja, on bi u stvari samo, a često i nepotrebno *sužavao procesnu zaštitu*, a kada je reč o prethodnom primeru, tada ne bi bila moguća posebna zaštita oštećenog. Doduše, ovakvo lice bi se moglo zaštititi ako bi spadalo u kategoriju posebno osetljivog svedoka, jer bi ono istovremeno bilo kako oštećeni, tako i svedok, ali to ne bi bilo moguće, onda kada bi ono bilo samo oštećeno, a ne i svedok, što je realno moguće i u praksi se dešava. Zakonodavstva koja posebno uvode pojam *žrtve* u svoje krivično procesno pravo (kao što je to nedavni slučaj Hrvatske), u stvari, samo nepotrebno smanjuju nivo zaštite određenih kategorija lica, jer je pojam žrtve, znatno uži od pojma oštećenog.

S druge strane, moguća je i određena kombinacija pojma oštećeni i žrtva (što će biti detaljnije razrađeno u daljem tekstu), ali samo ako se u stvari, želi određeno racionalno *sužavanje prava oštećenog*, tako što bi se uvela određena posebna pravila koja bi se odnosila samo na određene kategorije oštećenih, koji su istovremeno i žrtve, odnosno pasivni subjekti određenih krivičnih dela, kada bi se mogla koristiti formulacija – „oštećeni koji je i žrtva krivičnog dela“ ili „oštećeni prema kojem je krivično delo učinjeno“.

6 Više o tome: M. Škulić, *Bitne karakteristike maloletničkog krivičnog prava i osnovne specifičnosti Nacrta Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i zaštiti maloletnih lica u krivičnom postupku*, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 2/2015, Vrhovni kasacioni sud i „Intermex“ Beograd, 2015, str. 161–172.

### 3. POLOŽAJ ŽRTVE/OŠTEĆENOG U POZITIVNOM KRIVIČNOM MATERIJALNOM PRAVU

Krivično materijalno pravo (što će biti detaljnije objašnjeno u daljem tekstu), u svega nekoliko odredbi koristi termin „žrtva“, a uopšte ne koristi krivičnoprocesni termin „oštećeni“,<sup>7</sup> što je inače, sa stanovišta našeg sadašnjeg pozitivnog krivičnog sistema, u stvari, greška, jer se time nepotrebno sužava zaštita određenih interesa oštećenog.

Iako je to šira tema od predmeta ovog rada, čini se da odredbama Krivičnog zakonika nije dovoljno diferencirana krivičnopravna zaštita određenih posebnih kategorija žrtava (pasivnih subjekata) krivičnih dela.

Na primer, većina krivičnih dela protiv života i tela, kao i krivična dela protiv polne slobode, ali i mnoga druga krivična dela, imaju teže oblike onda kada je osnovni oblik krivičnog dela izvršen prema maloletnom licu, ali bi bilo korisno da postoje još teži oblici ovih dela, kada se radi o deci ili posebni oblici ukoliko je krivično delo učinjeno prema bremenitoj ženi.

### 4. POLOŽAJ OŠTEĆENOG KRIVIČNIM DELOM U POZITIVNOM KRIVIČNOM PROCESNOM PRAVU SRBIJE

Položaj oštećenog se u pozitivnom krivičnom procesnom pravu Srbije, može posmatrati iz nekoliko osnovnih aspekata:

- 1) sa stanovišta pojma oštećenog u pozitivnom ZKP-u,
- 2) analiziranjem mogućih uloga oštećenog u krivičnom postupku, te
- 3) sa stanovišta razmatranja osnovnih procesnih mehanizama zaštite oštećenog u krivičnom postupku i van njega.

#### 4.1. Pojam oštećenog u važećem Zakoniku o krivičnom postupku Srbije

Oštećeni je fizičko ili pravno lice čije je neko lično ili imovinsko pravo izvršenjem krivičnog dela povređeno ili ugroženo.

Oštećeni se može pojaviti u nekoliko osnovnih procesnih svojstava, koja se mogu i kombinovati, pa je tako na primer, oštećeni kao mogući tužilac, po pravilu i svjedok, a može podneti i imovinskopravni zahtev i slično.<sup>8</sup>

7 Termin *oštećeni* se inače, veoma retko koristi i u našoj teoriji krivičnog materijalnog prava, koja je i inače, sklonija da češće upotrebljava izraz *žrtva* (koji kao što ćemo objasniti u daljem tekstu, svoje mesto nalazi i u jednom manjem broju zakonskih odredbi, doduše uglavnom nepotrebno), ali se nekada i u udžbenicima krivičnog materijalnog prava koristi izraz *oštećeni* u odnosu na jedan poseban osnov isključenja protivpravnosti dela koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo – *pristanak povređenog ili oštećenog*. Više o tome: M. Babić i I. Marković, *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, 2013, str. 173–174.

8 Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, str. 110–111.

#### 4.2. Osnovne moguće procesne uloge oštećenog u krivičnom postupku sa stanovišta važećeg krivičnog procesnog prava Republike Srbije

Oštećeni može da u krivičnom postupku ostvaruje sledeće procesne uloge:

- 1) mogući (potencijalni) tužilac u krivičnom postupku za delo koje se goni *ex officio* i u pogledu koga primarno krivično goni javni tužilac;
- 2) supsidijarni tužilac u krivičnom postupku za krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti;
- 3) oštećeni sa predlogom za krivično gonjenje u pogledu posebne kategorije krivičnih dela koja se gone po službenoj dužnosti i predlogu;<sup>9</sup>
- 4) privatni tužilac u postupku za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi;
- 5) lice koje je podnelo imovinskopравни zahtev i
- 6) svedok.

##### 4.2.1. Oštećeni kao mogući i kao supsidijarni tužilac

Oštećeni krivičnim delom za koje se goni po službenoj dužnosti ne može imati svojstvo ovlašćenog tužioca sve dok tu funkciju vrši javni tužilac, a samo pod određenim procesnim uslovima (što je značajno suženo pravilima novog Zakonika u odnosu na ZKP iz 2001) može da stekne i svojstvo ovlašćenog tužioca, odnosno postane oštećeni kao (supsidijarni) tužilac. U postupku u kojem krivično goni javni tužilac, i koji se naravno vodi u pogledu tzv. oficijelnih krivičnih dela, oštećeni je po pravilu, *mogući tužilac*.

Oštećeni raspolaže sledećim osnovnim pravima u krivičnom postupku (član 50 Zakonika o krivičnom postupku):

- 1) da podnese predlog i dokaze za ostvarivanje imovinskopavnog zahteva i da predloži privremene mere za njegovo obezbeđenje;
- 2) da ukaže na činjenice i da predlaže dokaze koji su od važnosti za predmet dokazivanja;<sup>10</sup>
- 3) da angažuje punomoćnika iz reda advokata;
- 4) da razmatra spise i razgleda predmete koji služe kao dokaz;
- 5) da bude obavešten o odbacivanju krivične prijave ili o odustanku javnog tužioca od krivičnog gonjenja;
- 6) da podnese prigovor protiv odluke javnog tužioca da ne preduzme ili da odustane od krivičnog gonjenja;
- 7) da bude poučen o mogućnosti da preuzme krivično gonjenje i zastupa op-tužbu;

9 U teoriji se ističe da je ovakav oštećeni kategorija *učesnika krivičnog postupka*, za razliku od oštećenog kao supsidijarnog tužioca ili privatnog tužioca, koji se smatraju krivičnoprocesnim subjektima i imaju status *stranke* u krivičnom postupku. Više o tome: V. Đurđić, *Krivično procesno pravo – ošti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014, str. 170.

10 Više o pojmu činjenica: V. Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, edicija *Crimen*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, str. 17–21.

- 8) prisustvuje pripremnom ročištu;
- 9) da prisustvuje glavnom pretresu i učestvuje u izvođenju dokaza; 1
- 10) da podnese žalbu protiv odluke o troškovima krivičnog postupka i dosuđenom imovinskopravnom zahtevu;
- 11) da bude obavešten o ishodu postupka i da mu se dostavi pravnosnažna presuda; kao i
- 12) da preduzima druge radnje kada je to određeno Zakonikom o krivičnom postupku.

Oštećenom se može uskratiti pravo da razmatra spise i razgleda predmete dok ne bude ispitan kao svedok, a javni tužilac i sud (zavisno od stadijuma krivičnog postupka) imaju dužnost da upoznaju oštećenog sa pravima koja poseduju u krivičnom postupku.

Osnovno *ratio legis* davanja mogućnosti oštećenom da pod određenim uslovima, što znači prema odgovarajućem zakonskom mehanizmu i u okviru Zakonikom određenih rokova stekne svojstvo supsidijarnog tužioca, jeste da se samom tom mogućnošću (potencijalno), vrši određena „korekcija“ u odnosu na funkciju krivičnog gonjenja koju u pogledu oficijelnih krivičnih dela primarno vrši javni tužilac. U teoriji se ističe i da „postojanje supsidijarne optužbe opravdava pravom priznati interes oštećenog da učinilac krivičnog dela bude kažnjen, koji je različit od oštećenikovog građanskopravnog interesa za naknadu štete učinjene krivičnim djelom.“<sup>11</sup>

Ako je već stekao svojstvo ovlašćenog tužioca nakon odustanka javnog tužioca od krivičnog gonjenja, te postao oštećeni kao (supsidijarni) tužilac, oštećeni tada stiče priliku da aktuelno koriguje stav javnog tužioca da krivično ne goni u konkretnom slučaju, a kao i ranije, javni tužilac i sada, tokom celog krivičnog postupka ima mogućnost da se ponovo uključi u krivični postupak i od oštećenog kao tužioca preuzme krivično gonjenje. Tada se, što je isto rešeno i u ranijem Zakoniku, omogućava da oštećeni izjavi žalbu iz svih žalbenih razloga, a ne samo zbog troškova krivičnog postupka.

Oštećeni kao tužilac ima osnovnu i praktično jedinu pravu procesnu dužnost – da javnog tužioca ili sud pred kojim se vodi krivični postupak obavesti o svakoj promeni adrese ili boravišta, a tu istu dužnost imaju i njegov zakonski zastupnik, odnosno punomoćnik. Ako se oštećeni kao tužilac zbog neprijavlivanja sudu promene adrese ili boravišta nije mogao uredno pozvati na glavni pretres, smatraće se da je odustao od krivičnog gonjenja.

Novi Zakonik o krivičnom postupku bitno *sužava mogućnost* da oštećeni stekne svojstvo supsidijarnog tužioca, jer ta mogućnost više ne postoji u prethodnim fazama krivičnog postupka, odnosno do potvrđivanja optužnice. Ako u tim fazama postupka javni tužilac na procesno relevantan način ispolji svoj stav da okrivljenog ne treba krivično goniti, bilo *inicijalno* (odbacivanje krivične prijave), bilo *nakon* što je prethodno javni tužilac već započeo krivično gonjenje u odnosu na konkretno lice, kao kada se radi o obustavi istrage ili odustanku javnog tužioca od krivičnog

11 D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Univerzitet Crne Gore, Pravni fakultet, Podgorica, 2015, str. 123.

gonjenja do potvrđivanja optužnice, oštećeni jedino može da koristi određeno pravno sredstvo – *prigovor*, kojim bi pokušao da od neposredno višeg javnog tužioca „izdejstvuje“ započinjanje ili nastavljanje krivičnog gonjenja.<sup>12</sup>

Ako javni tužilac za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, odbaci krivičnu prijavu, obustavi istragu ili odustane od krivičnog gonjenja do potvrđivanja optužnice, dužan je da u roku od osam dana o tome obavesti oštećenog i da ga pouči da može da podnese prigovor neposredno višem javnom tužiocu. Oštećeni ima pravo da podnese prigovor u roku od osam dana (subjektivni rok), od dana kada je primio takvo obaveštenje, a ako oštećeni nije obavešten, može da podnese prigovor u roku od tri meseca (objektivni rok) od dana kada je javni tužilac odbacio prijavu, obustavio istragu ili odustao od krivičnog gonjenja.

Neposredno viši javni tužilac u roku od 15 dana od dana prijema prigovora oštećenog može rešenjem protiv kojeg nije dozvoljena žalba ni prigovor: 1) odbiti prigovor ili 2) usvojiti prigovor. Rešenjem kojim usvaja prigovor neposredno viši javni tužilac će izdati obavezno uputstvo nadležnom javnom tužiocu da preduzme, odnosno nastavi krivično gonjenje.

Kao što je već prethodno objašnjeno u okviru izlaganja o oštećenom kao mogućem tužiocu, javni tužilac je u pogledu krivičnih dela koja se gone po službenoj dužnosti samo primarni ovlašćeni tužilac, ali on nije i jedini mogući ovlašćeni tužilac, već pod određenim uslovima oštećeni može steći svojstvo ovlašćenog tužioca. On tada postaje *oštećeni kao tužilac* (zakonski naziv za tu vrstu ovlašćenog tužioca), a u teorijskom smislu se označava kao supsidijarni tužilac.

U jednom krivičnom postupku po pravilu, nikada ne mogu postojati dva ovlašćena tužioca, što znači da ili je javni tužilac jedini ovlašćeni tužilac, ili je u slučaju da on nije krivični postupak pokrenuo, ili je tokom postupka od gonjenja odustao, oštećeni stekao svojstvo oštećenog kao tužioca (supsidijarni tužilac), te tada on postoji, opet kao jedini ovlašćeni tužilac u tom krivičnom postupku.

Zakonikom o krivičnom postupku je načelno uvedeno pravilo o *neparalelizmu* ovlašćenih tužilaca. To predstavlja razlog da se ni za oštećenog kao tužioca, isto kao što smo to već prethodno objašnjavali za oštećenog (koji je samo mogući tužilac u postupku za krivična dela koja se gone *ex officio*), ne može koristiti termin „sporedni“ ili „pridruženi“ tužilac. S jedne strane, to ne odgovara zakonskom rešenju, a s druge strane, takva terminologija nije adekvatna ni logici, jer u postupku nema drugog tužioca u odnosu na koga bi oštećeni kao tužilac bio sporedni tužilac, ili kome bi se on svojom optužbom pridružio. Atributisanje oštećenog kao tužioca kao „sporednog“ ili „pridruženog“ tužioca se ovde ne može koristiti, ne zato što supsidijarni tužilac nije tužilac (kao kada je u pitanju oštećeni kao mogući tužilac), već zato što onda kada oštećeni stekne svojstvo tužioca, u krivičnom postupku, po pravilu ne postoji ni jedan drugi ovlašćeni tužilac osim njega.

Iako se ni u Zakoniku o krivičnom postupku niti u bilo kojem drugom izvoru krivičnog procesnog prava ne isključuje mogućnost da u pogledu bilo kog krivičnog dela odnosno postupka za određeno krivično delo, pod opštim uslovima, oštećeni

12 Više o ovome: S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2014, str. 178–179.



stekne svojstvo ovlašćenog tužioca umesto javnog tužioca (supsidijarna tužba),<sup>13</sup> to po logici stvari nije moguće u svim situacijama, zbog prirode krivičnog dela. Mada je pojam oštećenog u našem krivičnom postupku širok, to ne uključuje mogućnost za supsidijarno gonjenje svih oficijelnih krivičnih dela, pa se kod nekih, kao na primer, kod špijunaže, može pojaviti samo javni tužilac, jer se ne radi o nekom ličnom ili imovinskom pravu određenog građanina.

U praksi može doći do jedne veoma retke situacije, da u jednom krivičnom postupku u određenoj meri egzistiraju dve vrste tužilaca.<sup>14</sup> Naime, to je moguće ako je krivični postupak vođen protiv dva ili više lica (*saučesništvo*), a u odnosu na jednog od njih, ili u odnosu na samo neka od njih, javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja, pa zatim gonjenje preuzme oštećeni, a postupak se odvija spojeno. Međutim i u tom slučaju, iako u spojenom postupku egzistiraju dva tužioca, njihovi optužni akti se odnose na različite okrivljene, tako da se ni tada ne može govoriti o pridruženom tužiocu, već jedino eventualno o paralelnom tužiocu, ali ne u odnosu na istog okrivljenog, već suprotno, u odnosu na različite okrivljene, a u istom postupku. Moguća je takođe još ređa situacija, da je javni tužilac odustao od optužbe samo u odnosu na neka krivična dela određenog okrivljenog (*sticaj krivičnih dela*), te da je u pogledu tih dela, oštećeni nastavio krivično gonjenje, tako da u takvoj situaciji u postupku egzistiraju dva ovlašćena tužioca u odnosu na istog okrivljenog, ali za različita krivična dela. Procesni položaj oštećenog kao supsidijarnog tužioca je „načelno posmatrano, identičan položaj javnog tužioca u krivičnom postupku“, što znači da oštećeni kao tužilac poseduje sva prava u krivičnom postupku koja kao stranka ima i javni tužilac, osim onih koja su javnom tužiocu imanentna kao državnim organu.<sup>15</sup>

#### 4.2.1.1. Preuzimanje krivičnog gonjenja od strane oštećenog

Oštećeni može da stekne svojstvo ovlašćenog tužioca, tj. postane oštećeni kao (supsidijarni) tužilac, tek nakon što je optužnica potvrđena. Ako nakon potvrđivanja optužnice javni tužilac izjavi da odustaje od optužbe, sud će pitati oštećenog da li hoće da preuzme krivično gonjenje i zastupa optužbu. Ako oštećeni nije prisutan, sud će ga u roku od osam dana obavestiti o odustanku javnog tužioca od optužbe i poučiti da može da se izjasni da li hoće da preuzme gonjenje i zastupa optužbu.

Oštećeni je dužan da se *odmah* ili u roku od *osam dana* (subjektivni rok) od dana kada je primio obaveštenje i pouku o mogućnosti da postane supsidijarni tužilac izjasni da li hoće da preuzme krivično gonjenje i zastupa optužbu, a ako nije obavešten – u roku od *tri meseca* (objektivni rok) od dana kada je javni tužilac izjavio da odustaje od optužbe.

Ako oštećeni izjavi da preuzima krivično gonjenje, sud će nastaviti već započeti glavni pretres, odnosno odrediti glavni pretres, ako ta faza postupka još uvek nije

13 To se ne odnosi na postupak prema maloletnicima, u kojem je jedini ovlašćeni tužilac – javni tužilac, odnosno u kome uopšte nema ni supsidijarne, niti privatne tužbe.

14 Više o tome: Z. Jekić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2003, str. 87.

15 Više o tome: S. Knežević, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2015, str. 154.

započela. U slučaju da se oštećeni ne izjasni u zakonskom roku u kojem je mogao dati izjavu da preuzima krivično gonjenje, ili izjavi da ne želi da preuzme krivično gonjenje, sud donosi rešenje o obustavi postupka, odnosno presudu kojom se optužba odbija. Rešenje o obustavi krivičnog postupka se donosi ukoliko glavni pretres još nije započeo, a ukoliko je do odustanka javnog tužioca došlo tokom već započetog glavnog pretresa, a oštećeni nije preuzeo krivično gonjenje, sud donosi odbijajuću presudu.

Ako oštećeni nije prisutan na pripremnom ročištu ili glavnom pretresu, a uredno je pozvan ili mu se poziv nije mogao uručiti zbog neprijavlivanja sudu promene adrese prebivališta ili boravišta, smatraće se da neće nastaviti gonjenje i tada sud donosi rešenje o obustavi postupka, odnosno presudu kojom se optužba odbija.

#### 4.2.2. Oštećeni sa predlogom za krivično gonjenje

U krivičnoprocesnom smislu je predlog oštećenog za krivično gonjenje neophodan uslov, da bi javni tužilac mogao, ne samo da pokrene krivični postupak podnošenjem optužnog akta (*optužna inicijativa*), već je i u celom toku postupka, postojanje takvog predloga oštećenog, neophodan uslov za odvijanje krivičnog postupka (*održavanje optužbe*), te ako u bilo kojoj fazi postupka oštećeni odustane od svog predloga, to predstavlja razlog za okončanje krivičnog postupka, što zavisno od faze postupka može da bude realizovano kroz obustavu istrage, obustavu krivičnog postupka, odnosno donošenje odbijajuće presude.

*Ratio legis* postojanja ove vrste krivičnih dela, tj. krivičnih dela za koja se goni po predlogu oštećenog, je dvostruk. *S jedne strane*, tako se štite interesi oštećenog, koji sam svojom voljom odlučuje da li će doći do započinjanja i vođenja krivičnog postupka za krivično delo, kod kojeg je, mada se njime vređa i određeni javni interes, ipak primaran interes samog pasivnog subjekta krivičnog dela; *S druge strane*, time se omogućava da javna optužba ne deluje po svaku cenu u pogledu krivičnih dela, kod kojih javni interes nije izražen u znatnoj meri, te se time rasterećuje i krivično pravosuđe.

Ova krivična dela nisu sama po sebi hibridnog karaktera, odnosno ona nisu čista mešavina krivičnih dela koja se gone po privatnoj tužbi i onih koja se oficijelno gone, već se u osnovi radi o delima koja se gone po službenoj dužnosti, ali kod kojih, zbog nekih njihovih specifičnosti, te usled nepostojanja dominantnog javnog interesa da se ona uvek i bez izuzetaka gone, daje oštećenom specifično pravo, da svojom procesno izraženom voljom u formi predloga za krivičnog gonjenje uslovljava započinjanje i odvijanje krivičnog postupka. Oštećeni u pogledu ovih krivičnih dela ne može da bude ovlašćeni tužilac, već je tu, kao i kod drugih krivičnih dela koja se gone *ex officio*, primarni tužilac – javni tužilac, kao reprezent državne vlasti, a oštećeni takvim krivičnim delom, shodno opštim pravilima, može samo da pod određenim uslovima i u Zakonikom određenim rokovima, stekne svojstvo supsidijarnog tužioca, ako javni tužilac krivično gonjenje ne započne, ili ga započne, pa u toku postupka od njega odustane.

Međutim, iako oštećeni krivičnim delom za koje se nije ovlašćeni tužilac, on ima pravo raspolaganja tužbenim zahtevom javnog tužioca, jer bez njegovog predloga,

postupak ne može započeti, te ako u bilo kojoj fazi postupka on povuče svoj predlog, to predstavlja razlog za okončanje postupka, iz čega proizlazi da ovakav oštećeni ima svojstvo svojevrstnog *dominus-a litus-a*. Slična rešenja postoje i u uporednom pravu (*Antragsdelikte*), kao što je to slučaj u nemačkom krivičnom postupku,<sup>16</sup> kao i u krivičnom postupku Austrije.<sup>17</sup> Predlog oštećenog se na primer, u nemačkom krivičnom procesnom pravu objašnjava kao svojevrstni zahtev za kažnjavanjem i on predstavlja bitnu *procesnu pretpostavku*.<sup>18</sup> Inače, u nemačkoj krivičnompravnoj teoriji se naročito ističe da treba razlikovati posebne *pretpostavke kažnjivosti* od *pretpostavki za krivično gonjenje*, kao i od onih pretpostavki koje predstavljaju *prepreke za krivično gonjenje*, poput na primer, izostanka predloga za krivično gonjenje (kada se za neka krivična dela krivično goni samo po predlogu oštećenog), ili zastarelosti krivičnog gonjenja, kada su u pitanju okolnosti „van svih bitnih obeležja krivičnog dela“ i nevezano sa kažnjivošću, već se tiču „dopuštenosti krivičnog gonjenja“.<sup>19</sup>

Oštećeni u pogledu ovih krivičnih dela ne može da bude ovlašćeni tužilac, već je tu, kao i kod drugih krivičnih dela koja se gone *ex officio*, primarni tužilac – javni tužilac, kao reprezent državne vlasti, a oštećeni takvim krivičnim delom, shodno opštim pravilima, može samo da pod određenim uslovima i u Zakonikom određenim rokovima, stekne svojstvo supsidijarnog tužioca, ako javni tužilac krivično gonjenje ne započne, ili ga započne, pa u toku postupka od njega odustane.

Na primer, tu spadaju neka krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina, kao što su neovlašćeno otkrivanje tajne (član 141. KZ), sprečavanje objavljivanja odgovora i ispravke, kao i neka krivična dela protiv polne slobode: silovanje (član 178) ili obljava nad nemoćnim licem (član 179), ako su učinjeni prema bračnom drugu.

Osnovna zakonska pravila kojima se reguliše položaj oštećenog krivičnim delom koje goni po predlogu odnose se na:

- 1) *rok* za podnošenje predloga za krivično gonjenje, koji je uređen na istovetan način, kao i za podnošenje privatne tužbe – za krivična dela za koja se goni po predlogu oštećenog, predlog se podnosi u roku od *tri meseca* od dana kada je oštećeni saznao za krivično delo i osumnjičenog;
- 2) određivanje *subjekta kod koga se inicira krivično gonjenje* – predlog za krivično gonjenje se podnosi nadležnom javnom tužiocu;
- 3) ustanovljavanje *procesnog mehanizma pretpostavljanja podnošenja predloga* – ako je oštećeni podneo krivičnu prijavu ili je podneo predlog za ostvarivanje imovinsko-pravnog zahteva u krivičnom postupku, smatraće se da je time podneo i predlog za gonjenje;

16 Više o tome: C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.G.Beck“, 25. Auflage, München, 1998, str. 163–164.

17 Više o tome: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas Wuv“, Wien, 2009, str. 15–16.

18 G. Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Verlag C. H. Beck, München, 2003, str. 1937.

19 J. Wessels und W. Beulke, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und Ihr Aufbau*, 33. neu bearbeitete Auflage, „C.H.Müller“, Heidelberg, 2003, str. 53.

- 4) regulisanje problematike *sticaja oštećenih* kao mogućih predlagača krivičnog gonjenja – ako je krivičnim delom oštećeno više lica, gonjenje će se preduzeti, odnosno nastaviti, po predlogu bilo kog oštećenog.

### 4.3. *Zaštita oštećenog u pozitivnom krivičnom procesnom pravu Srbije*

U pozitivnom krivičnom procesnom pravu Srbije se zaštita oštećenog ostvaruje praktično pre svega, određenim procesnim mehanizmima koji se tiču zaštite svedoka, jer oštećeni, a praktično uvek kada je i žrtva, odnosno pasivni subjekt u krivičnoppravnom smislu, jeste u isto vreme i svedok.<sup>20</sup>

Posebna pravila postoje u skladu sa Zakonom o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica u odnosu na zaštitu maloletnih oštećenih.

#### 4.3.1. *Zaštita svedoka*

Pravila koja se odnose na zaštitu svedoka se naravno, po logici stvari, odnose u isto vreme i na zaštitu oštećenog, naročito kada je on i u isto vreme i pasivni subjekt krivičnog dela u krivičnoppravnom smislu, odnosno žrtva krivičnog dela.

Svedok ima načelno pravo na korektan odnos prema njemu od strane organa krivičnog postupka, a u Zakoniku su posebno propisana i pravila kojima se obezbeđuje zaštita svedoka, koja postoji u *tri oblika*:

- 1) osnovna i načelna zaštita svih svedoka,
- 2) zaštita posebno osetljivih svedoka, te
- 3) davanje statusa zaštićenog svedoka.

##### 4.3.1.1. Osnovna zaštita svedoka

Osnovna zaštita svedoka je načelnog karaktera, nju uživaju svi svedoci i ona se svodi na dužnost organa postupka da oštećenog ili svedoka zaštititi od: a) uvrede, b) pretnje, kao i v) svakog drugog napada.

Učesnika u postupku ili drugo lice koje pred organom postupka vređa oštećenog ili svedoka, preti mu ili ugrožava njegovu bezbednost, javni tužilac ili sud će opomenuti, a sud ga može i novčano kazniti do 150.000 dinara. O žalbi protiv rešenja kojim je izrečena novčana kazna odlučuje veće, a takva žalba ne zadržava izvršenje rešenja.

Po prijemu obaveštenja od policije ili suda ili po sopstvenom saznanju o postojanju nasilja ili ozbiljne pretnje upućene oštećenom ili svedoku, javni tužilac preduzima krivično gonjenje ili će o tome obavestiti nadležnog javnog tužioca, a javni tužilac ili sud može zahtevati da policija preduzme mere zaštite oštećenog ili svedoka u skladu sa zakonom.

20 Više o tome: M. Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2015, str. 563–564.

#### 4.3.1.2. Posebno osetljivi svedoci

Status posebno osetljivog svedoka organ postupka može po službenoj dužnosti ili na zahtev stranaka, odnosno samog svedoka, odrediti svedoku koji je posebno osetljiv s obzirom na neku od sledećih opciono propisanih okolnosti: 1) uzrast, 2) životno iskustvo, 3) način života, 4) pol, 5) zdravstveno stanje, 6) prirodu, način ili posledice izvršenog krivičnog dela, odnosno 7) druge okolnosti slučaja.<sup>21</sup>

Rešenje o određivanju statusa posebno osetljivog svedoka donosi: a) javni tužilac, b) predsednik veća ili v) sudija pojedinac. Protiv rešenja kojim je usvojen ili odbijen zahtev da se svedoku odredi status posebno osetljivog svedoka nije dozvoljena posebna žalba. Zaštita posebno osetljivog svedoka postiže se postavljanjem punomoćnika, ili posebnim načinom ispitivanja, kojim se izbegava „sekundarna viktimizacija“, odnosno druge štetne posledice krivičnog postupka u odnosu na svedoka.

Ako smatra da je to potrebno radi zaštite interesa posebno osetljivog svedoka, organ postupka donosi rešenje o postavljanju punomoćnika svedoku, a javni tužilac ili predsednik suda postavlja punomoćnika po redosledu sa spiska advokata koji sudu dostavlja nadležna advokatska komora za određivanje branilaca po službenoj dužnosti.

Posebno osetljivom svedoku pitanja se mogu postavljati samo preko organa postupka koji će se prema njemu odnositi sa posebnom pažnjom, nastojeći da se izbegnu moguće štetne posledice krivičnog postupka po ličnost, telesno i duševno stanje svedoka. Ispitivanje se može obaviti uz pomoć psihologa, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica, o čemu odlučuje organ postupka. Ako organ postupka odluči da se posebno osetljivi svedok ispita upotrebom tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka, ispitivanje se sprovodi bez prisustva stranaka i drugih učesnika u postupku u prostoriji u kojoj se svedok nalazi.

Posebno osetljivi svedok može se ispitati i u svom stanu ili drugoj prostoriji, odnosno u ovlašćenoj instituciji koja je stručno osposobljena za ispitivanje posebno osetljivih lica, a u takvom slučaju organ postupka može odrediti da se koriste tehnička sredstva za prenos slike i zvuka, odnosno ispitivanje obavi uz pomoć psihologa ili drugog stručnog lica.

Posebno osetljivi svedok ne može biti suočen sa okrivljenim, osim ako nisu kumulativno ispunjena dva uslova: 1) potrebno je da sam okrivljeni zahteva suočenje, te 2) neophodno je da organ postupka dozvoli suočenje, vodeći računa o stepenu osetljivosti svedoka i o pravima odbrane.

Greška je u Zakoniku o krivičnom postupku, što nije isključio mogućnost da se prilikom unakrsnog ispitivanja posebno osetljivih svedoka, postavljaju sugestivna pitanja, koja su prema opštem zakonskom pravilu, moguća kada se radi o unakrsnom ispitivanju svedoka na glavnom pretresu.<sup>22</sup>

21 Više o tome: G. P. Ilić i dr., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2013, str. 312–313.

22 Više o tome: M. Škulić i G. Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, 187 str. 87–88.

Prema odredbi člana 98 stav 3 ZKP, kad svedok završi svoj iskaz, a potrebno je da se njegov iskaz proveriti, dopuni ili razjasni, postaviće mu se pitanja koja moraju biti jasna, određena i razumljiva, ne smeju sadržati obmanu, niti se zasnivati na pretpostavci da je izjavio nešto što nije izjavio, i ne smeju predstavljati navođenje na odgovor osim ako se radi o unakrsnom ispitivanju na glavnom pretresu. Na ovaj je način omogućeno da se tokom unakrsnog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, postavljaju i sugestivna pitanja, koja inače, nisu dozvoljena kada se ova dokazna radnja sprovodi u istrazi ili čak eventualno, u predistražnom postupku.

Ne samo što zakonodavac suštinski greši što bezuslovno omogućava postavljanje sugestivnih pitanja, baš uvek kada se radi o unakrsnom ispitivanju svedoka na glavnom pretresu, dakle i onda kada su u pitanju posebno osetljivi svedoci, pa čak i maloletna lica, a naročito deca, već bi iz zakonske formulacije skoro mogao da proizide zaključak da bi tokom unakrsnog ispitivanja na glavnom pretresu, bilo moguće postavljati svedoku i obmanjujuća, pa čak i neodređena i nerazumljiva pitanja. Naravno, to nije bila intencija zakonodavca i takvo bi tumačenje ipak bilo preterano, ali nije sporno da je konkretna odredba Zakonika nejasna i pravno-tehnički veoma loše formulisana.

Sugestivna pitanja su u odnosu na posebno osetljive svedoka izuzetno opasna i lako mogu dovesti do njihove naknadne traumatizacije, te se ispoljiti kao vid sekundarne viktimizacije. Po logici stvari, posebno osetljivi svedoci će u daleko najvećem broju slučajeva biti oni svedoci i po pravilu, oštećeni, koje je za svedočenje predložio javni tužilac, koji bi ih tada na glavnom pretresu i ispitivao „osnovno“, a onda bi se okrivljenom i braniocu dala prilika za *unakrsno ispitivanje*, pri čemu bi mogli da svedoku i oštećenom postavljaju i sugestivna pitanja.

Ovo je veoma loše zakonsko rešenje, a naročito kada se radi o maloletnim licima, gde mogu biti u pitanju i deca u krivičnopravnom smislu (lica koja nisu navršila četrnaest godina), pa čak i deca koja su sasvim mala, poput predškolske dece, pri čemu se može raditi i o krivičnim delima koja su izuzetno „malignog karaktera“, prema prirodi psiholoških i drugih posledica koje prouzrokuju u odnosu na oštećene.

Pored toga, notorna je činjenica da su maloletna lica uopšte, a posebno sasvim mala deca, odnosno uopšte lica koja su izuzetno mlada, veoma osetljiva na sugestivne uticaje, tako da mogućnost postavljanja sugestivnih pitanja ovim kategorijama svedoka, ne samo što takve svedoke, a naročito kada su u isto vreme i oštećeni krivičnim delom, ne samo da u izuzetno visokom stepenu dodatno traumatizuje i izlaže sekundarnoj viktimizaciji, već i puno utiče na dokazni kredibilitet njihovog iskaza.

#### 4.3.1.3. Zaštićeni svedoci

Za razliku od posebno osetljivih svedoka, koji se na neki način štite „od krivičnog postupka“, odnosno od određenih štetnih posledica koje bi mogle da nastupe bilo usled određenih normalnih procesnih efekata, kao što je to ponovno suočavanje u svesti sa već doživljenim „zlom“ nastalim krivičnim delo, odnosno njegovim krivičnopravnim i faktičkim konsekvencama, zahvaljujući tome što oštećeni, a na-

ročito kada je istovremeno i žrtva krivičnog dela, mora da kao svedok da iskaz u odnosu na okolnosti krivičnog dela koje je prema njemu učinjeno (sekundarna viktimizacija oštećenog), zaštićeni svedoci se štite u odnosu na moguće štetne posledice koje bi po njih ili njima bliska lica, mogle da nastupe zbog toga što su kao svedoci dali odgovarajući iskaz. Tu se pre svega radi, o mogućoj osveti ili odmazdi samog okrivljenog koji je „pogođen“ takvim svedočenjem, ili okrivljenom bliskih lica, odnosno lica koja se sa njim nalaze u određenoj vezi, a takva opasnost nekada može da potiče i od „mogućih“ okrivljenih, tj. lica koja smatraju da bi ih iskaz svedoka mogao teretiti. Moguće je da određeni svedok istovremeno spada kako u kategoriju posebno osetljivog svedoka, tako i u kategoriju zaštićenog svedoka.

Sud može rešenjem o određivanju statusa zaštićenog svedoka odobriti jednu ili više mera posebne zaštite ako postoje okolnosti koje ukazuju da bi svedok davanjem iskaza ili odgovorom na pojedina pitanja sebe ili sebi bliska lica izložio opasnosti po život, zdravlje, slobodu ili imovinu većeg obima, Mere posebne zaštite obuhvataju ispitivanje zaštićenog svedoka pod uslovima i na način koji obezbeđuju da se njegova istovetnost ne otkrije javnosti, a izuzetno ni okrivljenom i njegovom braniocu, u skladu sa pravilima Zakonika. Mere posebne zaštite kojima se obezbeđuje da se istovetnost zaštićenog svedoka ne otkrije javnosti su: 1) isključenje javnosti sa glavnog pretresa i 2) zabrana objavljivanja podataka o istovetnosti svedoka.

Meru posebne zaštite kojom se okrivljenom i njegovom braniocu uskraćuju podaci o istovetnosti zaštićenog svedoka sud može izuzetno odrediti ako nakon uzimanja izjava od svedoka i javnog tužioca utvrdi da su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi:

- 1) neophodno je da su život, zdravlje ili sloboda svedoka ili njemu bliskog lica su u toj meri ugroženi da to opravdava ograničenje prava na odbranu, te
- 2) potrebno je da se radi o svedoku koji je prema oceni suda verodostojan.

Pravo na odbranu suštinski podrazumeva da subjekti u funkciji odbrane znaju identitet svedoka, odnosno da sa njim budu upoznati u određenom procesnom momentu, jer samo tako mogu i da budu u prilici da na efikasan način pobijaju njegov kredibilitet, te uopšte, ostvaruju svoja procesna prava tokom realizovanja dokazne radnje ispitivanja svedoka. Ovo je još važnije u novom sistemu ispitivanja svedoka, koje je prevashodno stranačkog karaktera. U tom pogledu naš ZKP propisuje samo jedan izuzetak, a to je ispitivanje prikrivenog islednika kao svedoka.

Kada bi bilo moguće da se od okrivljenog i branioca do kraja krivičnog postupka „sakrije“ identitet zaštićenog svedoka, to ne samo da bi potencijalno vrlo ozbiljno kršilo pravo odbrane, a naročito u već objašnjenom kontekstu novog Zakonika koji uvodi stranačko ispitivanje svedoka, a teško je uspešno realizovati unakrsno ispitivanje kada se ne zna identitet svedoka, već bi to moglo dovesti i do nekih neobičnih situacija u postupku. Na primer, odbrana bi mogla tvrditi da se radi o licu koje je prema Zakoniku isključeno od svedočenja, ili da je u pitanju lice koje je oslobođeno dužnosti svedočenja, a sud ne bi mogao da na nesporan način uveri okrivljenog i branioca da u pogledu konkretnog takvog svedoka ne postoji zakonski razlog koji ga isključuje ili kao svedoka, ili ga oslobađa od dužnosti svedočenja, jer

ako sud ne otkrije, odnosno ne sme da otkrije identitet takvog svedoka, onda sve ostaje na „goloj tvrdnji“ samog suda.

Inače i onda kada postoji potpuna anonimnost svedoka u onim krivičnoprocesnim sistemima koji to omogućavaju (što je na primer, slučaj u postupku pred „Haškim tribunalom“), veoma je teško, skoro nemoguće, obezbediti i realnu faktičku anonimnost svedoka. Naime, ako se radi o značajnom svedoku, a naročito licu koje je i samo bilo pripadnik organizovane kriminalne grupe (poput okrivljenog saradnika, odnosno nekada svedoka saradnika u našem sistemu), ili imalo određene bliske veze sa organizovanom kriminalnom grupom, odnosno samim okrivljenim, skoro da je nemoguće i praktično veoma teško zamislivo da taj konkretni okrivljeni na temelju samog sadržaja iskaza takvog „anonimnog“ svedoka, neće uvek ili bar u daleko najvećem broju slučajeva, sasvim pouzdano znati o kome se radi.

Istovetnost zaštićenog svedoka koja je po odluci suda uskraćena, sud će otkriti okrivljenom i njegovom braniocu najkasnije 15 dana pre početka glavnog pretresa. Rok od 15 dana u ovom slučaju predstavlja minimalni, odnosno najkraći mogući rok, tj. vremenski period pre započinjanja glavnog pretresa, a do kojeg subjekti u funkciji odbrane, moraju da budu upoznati sa identitetom svedoka koji je dobio status zaštićenog svedoka. *Ratio legis* ovog pravila je da se okrivljenom i braniocu omogućiti da se pripreme za ispitivanje zaštićenog svedoka, a naravno, radiće se o njegovom *unakrsnom ispitivanju* od strane subjekata u funkciji odbrane, jer se ovde, uvek i po logici stvari, radi o „tužilačkom“ svedoku, odnosno svedoku kojeg je predložio javni tužilac.

Prilikom odlučivanja o merama posebne zaštite svedoka, sud je dužan da se rukovodi pravilom *kaskadne svrsishodnosti*, što znači da će uvek voditi računa da se teža mera određuje samo ako se svrha ne može postići primenom blaže mere. Izraz, odnosno atribut „teža“ u odnosu na meru u ovom slučaju nije sasvim adekvatan, jer se ovde primarno ne radi o nekakvoj „težini“ mere u smislu stepena deprivacije kojom ona pogađa određena lica, kada je konkretna mera za takva lica objektivno teža u odnosu na neku drugu meru, kao što je to tipično kada je na primer, reč o merama kojima se obezbeđuje prisustvo okrivljenog u krivičnom postupku, gde takođe važi pravilo kaskadne svrsishodnosti. Ovde se pod težinom mere, u stvari podrazumeva stepen njene ozbiljnosti, složenosti i odstupanja od uobičajenih procesnih pravila.

#### 4.3.1.3.1. Postupak davanja statusa zaštićenog svedoka

Sud može odrediti status zaštićenog svedoka na sopstvenu inicijativu, tj. po službenoj dužnosti, ili na zahtev javnog tužioca ili samog svedoka. Iako je logično da će u najvećem broju slučajeva stranka u funkciji optužbe, a to je ovlašćeni tužilac i to pre svega, javni tužilac (iako nema razloga da se apriorno isključe i drugi ovlašćeni tužioci, a pre svega, oštećeni kao tužilac), zahtevati određivanje statusa zaštićenog svedoka, to bi nekada mogli da zahtevaju i okrivljeni, kao i njegov branilac.

Stoga je zakonodavac pogrešio što nije dao pravo predlaganja davanja statusa zaštićenog svedoka i subjektima u funkciji odbrane. Time je u Zakoniku o krivič-



nom postupku *prekršen važan aspekt načela pravičnog krivičnog postupka*, a to je *jednakost oružja*.<sup>23</sup>

Zahtev za davanje statusa zaštićenog svedoka sadrži sledeće elemente: 1) lične podatke o svedoku, 2) podatke o krivičnom delu o kome se svedok ispituje, odnosno u pogledu kojeg bi trebalo da bude ispitan, 3) činjenice i dokaze koji ukazuju da u slučaju svedočenja postoji opasnost po život, telo, zdravlje, slobodu ili imovinu većeg obima svedoka ili njemu bliskih lica, kao i 4) opis okolnosti na koje se svedočenje odnosi. Zahtev se podnosi u zapečaćenom omotu na kome je naznačeno „zaštita svedoka – strogo poverljivo“ i predaje se u toku istrage sudiji za prethodni postupak, a nakon potvrđivanja optužnice predsedniku veća.

Ako svedok prilikom ispitivanja uskrati davanje podataka koji se odnose na njegov identitet, odgovor na pojedina pitanja ili svedočenje u celini, uz obrazloženje da postoje okolnosti koje bi njega ili njemu blisko lice izložili određenim negativnim posledicama u vidu opasnosti po život, zdravlje, slobodu ili imovinu većeg obima, sud će pozvati svedoka da u roku od tri dana podnese zahtev da mu se odredi status zaštićenog svedoka. Ovo zakonsko pravilo nije sasvim logično, jer zašto bi sud u takvoj situaciji, ukoliko smatra da je bojazan svedoka realna, od njega tražio da podnese formalni zahtev da mu se odredi status zaštićenog svedoka, kada su po pravilima Zakonika i inače, može i po službenoj dužnosti, konkretnom svedoku da odredi status zaštićenog svedoka.

Obrnuto ako sud uskraćivanje podataka o identitetu svedoka, odnosno pojedinih odgovora ili kompletnog svedočenja smatra očigledno neosnovanim ili svedok kojeg je sud pozvao da to učini, u ostavljenom roku ne podnese zahtev da mu se odredi status zaštićenog svedoka, sud će primeniti opšta zakonska pravila, što se svodi na primenu odredbe Zakonika koje se odnose na odbijanje svedoka da iskazuje, onda kada za to ne postoji Zakonikom utvrđen razlog. To znači da sud ovog svedoka, kao i svakog drugog svedoka koji se odazvao pozivu da svedoči, pa pošto je upozoren na posledice odbije bez zakonskog razloga odbio može kazniti novčano do 150.000 dinara, a ako i posle toga odbije da svedoči, može ga još jednom kazniti istom kaznom.

O određivanju statusa zaštićenog svedoka rešenjem odlučuje sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku, zavisno od faze krivičnog postupku. U toku istrage odluku donosi sudija za prethodni postupak, a nakon potvrđivanja optužnice veće. Prilikom odlučivanja na glavnom pretresu isključuje se javnost, pri čemu se *ne omogućava delovanje izuzetaka* („izuzeci na izuzetak“), koji su inače, mogući kada se na glavnom pretresu isključi javnost, što znači da se u ovakvom posebnom slučaju isključenja javnosti, ne može ni izuzetno dopustiti da određena lica prisustvuju glavnom pretresu koji se vodi nejavno. To znači da se u ovoj situaciji radi o *apsolutnom isključenju* javnosti sa glavnog pretresa, što naravno, podrazumeva i pojačanu opreznost suda prilikom donošenja odluke o tome, a nije ni sasvim izvesno da li je takav razlog za isključenje javnosti u skladu sa Ustavom.

23 Više o tome: M. Škulić i G. Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma – šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012, str. 91–92.

Ovde se radi o „izuzetku u odnosu na izuzetak“, jer je pravilo da se glavni pretres vodi javno, a samo se po izuzetku, javnost u odnosu na celokupan tok glavnog pretresa ili njegov određeni deo, može isključiti, kada za to postoji neki od u Zakoniku, ali i u Ustavu, alternativno propisanih razloga, pa se onda u odnosu na takav izuzetak, po odluci suda, može uspostaviti „dodatni“ izuzetak, tako što bi se određenim licima (taksativno i limitativno navedenih u Zakoniku), ipak dopustilo da prisustvuju nejavnom glavnom pretresu, uz dužnost da kao tajnu čuvaju sve što na takvom suđenju saznaju i uz upozorenje kako na takvu dužnost, tako i na krivičnoppravne posledice njenog kršenja, a to je mogućnost pozivanja na odgovornost za krivično delo odavanja tajne.

Prema članu 32 stav 3 Ustava Srbije (norma koja je segment prava na pravično suđenje), javnost se može isključiti tokom čitavog postupka koji se vodi pred sudom ili u delu postupka, samo radi zaštite interesa nacionalne bezbednosti, javnog reda i morala u demokratskom društvu, kao i radi zaštite interesa maloletnika ili privatnosti učesnika u postupku, u skladu sa zakonom.

Iz ovoga bi proizišlo da se samo zbog potrebe zaštite svedoka, odnosno njegovog identiteta, javnost ne bi mogla isključiti, odnosno to bi potencijalno bilo protivustavno, osim ako se radi o maloletnom licu, jer je zaštita interesa „maloletnika“, jedan od Ustavom striktno propisanih razloga za isključenje javnosti, kao i ako bi se zaštita svedoka mogla „udenući“ u neki od drugih Ustavom formulisan razloga za izuzetno isključenje javnosti u krivičnom postupku.

Inače, ovaj problem postoji i u nekim drugim slučajevima, kao na primer, kada se radi o isključenju javnosti tokom saslušanja/ispitivanja okrivljenog saradnika, tj. nekada (u vreme važenja ranije Zakonika o krivičnom postupku), svedoka saradnika.

U rešenju kojim se određuje status zaštićenog svedoka navode se sledeći podaci: 1) pseudonim zaštićenog svedoka, kao i 2) trajanje mere i način na koji će biti sprovedena, što podrazumeva sledeće moguće *modalitete*, koji se nekada mogu i kombinovati: a) izmena ili brisanje iz spisa podataka o istovetnosti svedoka, b) prikrivanje izgleda svedoka, v) ispitivanje iz posebne prostorije uz promenu glasa svedoka, ili g) ispitivanje putem tehničkih sredstava za prenos i promenu zvuka i slike. Protiv rešenja kojim se određuje status zaštićenog svedoka, stranke i svedok mogu izjaviti žalbu, o kojoj odlučuje sud, čiji funkcionalni oblik zavisi od faze krivičnog postupka, te od funkcionalnog oblika suda koji je doneo takvo rešenje. O žalbi na rešenje sudije za prethodni postupak odlučuje vanpretresno veće prvostepenog suda, a u ostalim slučajevima vanpretresno veće neposredno višeg suda. Odluka o žalbi se donosi u roku od tri dana od prijema spisa. Ovaj rok je instruktivnog karaktera.

#### 4.3.1.3.2. Ispitivanje zaštićenog svedoka u krivičnom postupku i čuvanje podataka o zaštićenom svedoku

Kada rešenje o određivanju statusa zaštićenog svedoka postane pravnosnažno, sud posebnom naredbom, koja predstavlja tajnu, na poverljiv način obaveštava stranke, branioca i svedoka o danu, času i mestu ispitivanja svedoka. Pre početka ispitivanja zaštićeni svedok se obaveštava da se njegova istovetnost neće nikome otkriti osim sudu, strankama i braniocu, ili samo sudu i javnom tužiocu, pod uslovi-

ma koji su propisani u Zakoniku, te se potom, upozna se sa načinom na koji će biti ispitan.

Sud pre započinjanja ispitivanja zaštićenog svedoka upozorava sve prisutne da su dužni da čuvaju kao tajnu podatke o zaštićenom svedoku i njemu bliskim licima, kao i o drugim okolnostima koje mogu dovesti do otkrivanja njihove istovetnosti. Svi se prisutni upozoravaju i da odavanje tajne predstavlja krivično delo, a data upozorenja, kao i imena prisutnih lica unose se u zapisnik. Sud će tokom ispitivanja zaštićenog svedoka zabraniti svako pitanje koje zahteva odgovor koji bi mogao da otkrije istovetnost zaštićenog svedoka. Ako se ispitivanje zaštićenog svedoka obavlja putem tehničkih sredstava za promenu zvuka i slike, njima rukuje stručno lice. Zaštićeni svedok potpisuje zapisnik pseudonimom.

Podaci o istovetnosti zaštićenog svedoka i njemu bliskih lica i o drugim okolnostima koje mogu dovesti do otkrivanja njihove istovetnosti, zatvoriće se u poseban omot sa naznakom „zaštićeni svedok – strogo poverljivo“, zapečatiti i predati na čuvanje sudiji za prethodni postupak. Zapečaćeni omot može otvarati samo sud koji odlučuje o pravnom leku protiv presude, a na omotu će se naznačiti razlog, dan i čas otvaranja i imena članova veća koji su upoznati sa podacima koji se odnose na istovetnost zaštićenog svedoka i njemu bliskih lica, odnosno na druge okolnosti koje bi mogle da dovedu do otkrivanja njihove istovetnosti. Nakon toga omot će se ponovo zapečatiti, sa naznačenjem na omotu datuma i časa pečačenja, te vratiti sudiji za prethodni postupak. Podaci koji se odnose na identitet zaštićenog svedoka i njemu bliskih lica predstavljaju tajne podatke, koje su osim službenih lica dužna da čuvaju i druga lica koja ih u bilo kom svojstvu saznaju.

Policija i javni tužilac su prilikom prikupljanja obaveštenja od građana dužni da ih obaveste o mogućoj primeni mera posebne zaštite svedoka. *Ratio legis* ovog pravila je da lica koja u predistražnom postupku policiji ili javnom tužiocu daju određene podatke tokom tzv. informativnog razgovora, a koja bi mogla da budu potencijalni svedoci, u daljem toku krivičnog postupka, time budu „ohrabrena“ u pogledu davanja celovitog iskaza, odnosno da ne strepe od svog mogućeg budućeg procesnog („svedočkog“) statusa. Zakonska pravila koja se odnose na zaštićene svedoke shodno se primenjuju i na zaštitu prikrivenog islednika, veštaka, stručnog savetnika i stručno lice.

#### 4.3.1.3.3. Zaštita svedoka prema pravilima Zakona o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku

Određeni oblici zaštite svedoka se ustanovljavaju Zakonom o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku,<sup>24</sup> kojima se stvaraju normativni uslovi za zaštitu niza učesnika krivičnog postupka, pa i svedoka, a po logici stvari, u praksi je svakako, najznačajnija baš zaštita svedoka. Tim se zakonom uređuju uslovi i postupak za pružanje zaštite i pomoći učesnicima u krivičnom postupku i njima bliskim licima, koji su usled davanja iskaza ili obaveštenja značajnih za dokazivanje u krivičnom postupku, izloženi opasnosti po život, zdravlje, fizički integritet, slobodu ili imovi-

24 U daljem tekstu će se za ovaj zakon koristiti skraćenica – ZPZUKP.

nu, što bi po logici stvari, relativno često mogao biti slučaj, kada se radi o krivičnim delima organizovanog kriminala.

Potrebno je još i da bi bez iskaza ili obaveštenja učesnika postupka, bilo znatno otežano ili nemoguće dokazivanje u krivičnim postupcima za krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti, protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom ili delima organizovanog kriminala (čl. 5 ZPZUKP). U učesnike krivičnog postupka, shodno pravilima ovog zakona, spadaju pored svedoka, još i osumnjičeni, okrivljeni, svedok saradnik, oštećeni, veštak i stručno lice, a bliskim licem se smatra ono lice za koje učesnik u krivičnom postupku zahteva uključivanje u program zaštite. Lice koje se uključi u program zaštite se smatra zaštićenim licem.

Program zaštite se može sprovesti pre, u toku, kao i nakon pravnosnažnog okončanja krivičnom postupka, prema učesniku u krivičnom postupku i njemu bliskim licima (čl. 4 ZPZUKP). Zakonom se između ostalog, određuju nadležni organi za *odlučivanje* o uključanju, produženju, obustavi i prestanku programa zaštite – komisija za sprovođenje programa zaštite, te za samo *sprovođenje zaštite*, a to je specijalizovana jedinica za zaštitu, koja se formira u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova. U same mere zaštite spadaju: 1) fizička zaštita ličnosti i imovine, 2) promena prebivališta ili premeštanje u drugu zavodsku ustanovu, 3) prikriivanje identiteta i podataka o vlasništvu i 4) promena identiteta, a u toku sprovođenja programa se može primeniti jedna ili više takvih mera, s tim što se mera promene identiteta može primeniti samo kada se cilj programa zaštite ne može ostvariti primenom drugih mera.

#### 4.3.1.3.4. *Neki primeri iz prakse Evropskog suda za ljudska prava koji se odnose na zaštitu svedoka*

Praksa Evropskog suda za ljudska prava je u odnosu na problematiku zaštite svedoka od velikog značaja, s obzirom da ovaj Sud u praksi teži da nekako ustanovi adekvatan „balans“ između prava okrivljenog na „suočavanje“ sa svedocima koji ga terete, odnosno njegovog prava da iz ispituje, tj. učestvuje u izvođenju dokaza njihovim ispitivanjem/saslušanjem i nesporno postojeće potrebe da se određene kategorije svedoka, kao i žrtve krivičnih dela, odnosno oštećeni krivičnim delima, zaštite na efikasan način od mogućih ili čak verovatnih štetnih posledica koje bi mogle da nastupe zahvaljujući svedočenju u nekim specifičnim slučajevima, gde po logici stvari, veliki značaj imaju baš suđenja čiji su predmet krivična dela organizovanog kriminaliteta. U literaturi se i inače, primećuje da je tokom poslednje dve decenije, značajno povećana pažnja koja se poklanja, kako ulozi svedoka u krivičnom postupku, tako i njihovoj procesnoj i vanprocesnoj zaštiti, koja je postala jedno od najvažnijih pitanja krivičnoprocesnih sistema mnogih evropskih zemalja, pa i predmet međunarodne saradnje i regulative Saveta Evrope i Evropske Unije.<sup>25</sup>

Odluke Evropskog suda za ljudska prava koja se odnose na zaštitu svedoka, mogu da se svrstaju u nekoliko relevantnih kategorija: 1) odluke koje se odnose na pitanje skrivanja identiteta svedoka, 2) odluke o postupanju sa posebno osetljivim svedocima i dokaznoj vrednosti njihovih iskaza datih na procesno atipičan način, te

25 Grupa autora (deo koji je pisao G. Klemenčić), „Council of Europe Publishing“, *Procesne mere zaštite svedoka*, Beograd, 2007, str. 34–35.

3) odluke u odnosu na (ne)mogućnost korišćenja iskaza svedoka koji nije dat neposredno na suđenju, već u nekim prethodnim fazama krivičnog postupka.<sup>26</sup>

#### 4.3.1.3.4.1. Skrivanje identiteta svedoka – mogućnost ispitivanja/saslušanja anonimnog svedoka prema praksi ESLJP

Skrivanje identiteta svedoka je veoma osetljivo pitanje, jer bi okrivljeni, načelno morao da zna ko protiv njega svedoči, da bi mogao uspešno da se brani. Naime, sama ličnost svedoka je često od velikog značaja i za opredeljivanje okrivljenog, odnosno odbrane uopšte, na koji će način razvijati svoju procesnu aktivnost radi realizacije prava na odbranu u krivičnom postupku.

S druge strane, mogućnost da se efikasno prikrije identitet svedoka od samog okrivljenog je veoma limitirana, jer bi okrivljeni po pravilu, kada je reč o značajnom, odnosno relevantnom svedoku, iz same sadržine iskaza takvog, mogao da zaključi koje lice svedoči protiv njega. To i predstavlja osnovni razlog da danas većina savremenih zakonodavstava ne omogućava ispitivanje/saslušanje potpuno anonimnog svedoka, tj. identitet svedoka se ne može, odnosno ne sme u celom toku postupka, potpuno prikriti u odnosu na okrivljenog, odnosno odbranu, osim kada je reč o nekim posebnim kategorijama svedoka, kao što je to u našem krivičnom postupku slučaj sa prikrivenim islednikom koji se ispituje kao svedok.

Kada je reč o svedocima kojima se preti, tj. koji se zastrašuju od strane samog okrivljenog ili sa njim povezanim licima, što je tipično za krivične postupke čiji su predmet krivična dela organizovanog kriminaliteta, odnosno u pogledu kojih bi realno mogla da nastupi opasnost po svedoka zbog davanja iskaza, ESLJP je u jednoj svojoj odluci (slučaj *Doorson* protiv Holandije),<sup>27</sup> zaključio da, iako se u članu 6 EKLJP (*pravo na pravično suđenje*), ne zahteva eksplicitno da se uzmu u obzir i interesi svedoka, kao i žrtava krivičnog dela, treba svakako imati u vidu i član 8 EKLJP, kojim se štite život, sloboda i bezbednost svakog lica, pa i svedoka čija bi takva prava mogla da budu povređena ili ugrožena usled davanja iskaza u krivičnom postupku, tj. zbog toga što bi se neskrivenog identiteta pojavio kao svedok u krivičnom postupku.

Suprotno ovome, ESLJP je u slučaju *Kostovski* protiv Holandije,<sup>28</sup> zaključio da je povređeno pravo na pravično suđenje optuženom, jer je odluka suda donesena na temelju iskaza anonimnih svedoka u pogledu kojih optuženom nije data prilika da im na suđenju postavlja pitanja.

#### 4.3.1.3.4.2. Posebno osetljivi svedoci u praksi ESLJP

Evropski sud za ljudska prava je u nekim svojim odlukama (*Baegen, Finkensieper*), zaključio da posebne interese u krivičnom postupku imaju određene kategorije svedoka, koji su u isto vreme i žrtve krivičnih dela, a koji usled određenih vrsta

26 Više o tome: M. Škulić, *Osnovni institucionalni oblici međunarodne saradnje u suzbijanju organizovanog kriminaliteta*, zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, četrnaesta tematska međunarodna konferencija: „Međunarodna sudska, tužilačka i policijska saradnja u borbi protiv kriminala“, „Intermex“ Tara, jun 2015, str. 268–284.

27 *Case of Doorson v. Netherland (Application no. 20524/92)*, presuda od 26. marta 1996. godine – broj 1996-II.

28 *Case of Kostovski v. Netherland (Application no. 11454/85)*, presuda od 20. novembra 1989. godine – broj 11454/85.

krivičnih dela učinjenih na njihovu štetu, ali i drugih okolnosti, poput pola, uzrasta, načina života i sl., spadaju u kategoriju tzv. posebno osetljivih (naročito „ranjivih“) svedoka. To se naročito odnosi na decu koja su žrtve seksualnih krivičnih dela ili nasilja u porodici.

Kod ove kategorije svedoka postoji visok stepen rizika od „sekundarne viktimizacija“, pa je ESLJP smatrao da bi takva lica naročito ozbiljno bila traumatizovana suočavanjem sa okrivljenim tokom suđenja, zbog čega je smatrao opravdanim preduzimanje određenih mera kojima se štitila kako intimna sfera ove vrste svedoka i žrtava, tj. oštećenih krivičnim delima, tako i njihov psihički status koji bi mogao biti ozbiljno ugrožen ili povređen ako bi se ta lica neposredno pojavila na suđenju.

S druge strane, ESLJP je smatrao i da su prava odbrane u ovim situacijama dovoljno zaštićena mogućnošću da se koriste snimci datih iskaza ove vrste svedoka i bez njihovog neposrednog pojavljivanja na glavnom pretresu, tj. na suđenju u užem smislu, ili primenom drugih adekvatnih tehničkih mogućnosti poput korišćenja audio-video linka za njihovo ispitivanje/saslušanje.

#### 4.3.1.3.4.3. Korišćenje ranije datog iskaza svedoka – odstupanje od načela neposrednosti u krivičnom postupku prema stavovima ESLJP

Problem korišćenja iskaza koje je svedok dao u ranijim fazama krivičnog postupka (pre svega u istrazi), pre samog suđenja u užem smislu, odnosno glavnog pretresa, tj. pred pretresnim sudom, je svakako jedan od najvažnijih aspekata prava na pravično suđenje, jer ako se u nekom krivičnoprocesnom sistemu suviše odstupa od načela neposrednosti u objektivnom smislu, to ozbiljno dovodi u pitanje pravičnost takvog krivičnog postupka. To naročito važi ako su iskazi dati pred organom koji nije sudskog karaktera, tj. tokom državno/javno tužilačke i policijske istrage.

Delimično se problem odstupanja od načela neposrednosti kada se radi o iskazima svedoka tiče i prethodno objašnjenog korišćenja video i tonski zabeleženih iskaza posebno osetljivih svedoka, a bez njihovog neposrednog ispitivanja/saslušanja na glavnom pretresu, što je razlog da kada se radi o takvim svedocima/žrtvama, ESLJP preferira mogućnost njihovog ispitivanja/saslušanja putem audio-video linka, odnosno tzv. konferencijske veze. Time se faktički ispoljava posrednost jer svedok te vrste nije fizički u prostoriji u kojoj se neposredno odvija suđenje, ali se u takvom situaciji ipak formalno poštuje načelo neposrednosti, jer svedok koji se ispituje/saslušava putem takvih tehničkih sredstava, svoj iskaz daje u „realnom vremenu“, tj. tokom samog suđenja, a svaki od procesnih subjekata koji i inače imaju takvo pravo, može takvom svedoku da putem audio-video linka postavlja pitanja i dobija odgovore na njih.

ESLJP je u nekim svojim odlukama (*Windisch*,<sup>29</sup> *Unterpertinger*,<sup>30</sup> *Saidi*,<sup>31</sup> *Rachdad*),<sup>32</sup> zaključio da korišćenje iskaza iz ranijih stadijuma krivičnog postupka,

29 Case of *Windisch v. Austria* (*Application no. 12489/86*), presuda od 27. septembra, 1990. godine.

30 Case of *Unterpertinger v. Austria* (*Application no. 9120/80*), presuda od 24. novembra 1986. godine.

31 Case of *Saidi v. France* (*Application no. 14647/89*), presuda od 20. septembra, 1993. godine.

32 Case of *Rachdad v. France* – *Application No. 71846/01*, judgment of 13 November 2003, final on 13 February 2004.

a bez neposrednog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu pre sudom koji treba meritorno da odluči o predmetu krivičnog postupka, načelno nije isključeno, ali da je to moguće samo pod određenim restriktivnim uslovima.

Od suštinske je važnosti da se radi o svedoku koji iz objektivnih razloga ne može da bude prisutan na suđenju, bilo stoga što ga nije moguće pronaći, tj. zato što se ne zna gde boravi, bilo zato što više nije u životu, ili se radi o nekom drugom objektivno ozbiljnom i legitimnom razlogu za neprisustvovanje svedoka glavnom pretresu. Takođe je bitno da je odbrana u prethodnim fazama postupka u okviru kojih je takav svedok dao svoj iskaz, imala priliku da ga ispita, te da pored toga, službeni akteri krivičnog postupka, kao i uopšte, organi državne vlasti, ne snose odgovornost što je takav svedok u konkretnom slučaju odsutan.

## 5. POSTUPAK U KOME SE POJAVLJUJE OŠTEĆENO MALOLETNO LICE (ČL. 150–157 ZM)

Posebne odredbe koje se odnose na odgovarajuće modifikovanje opštih krivičnoprocesnih pravila, onda kada se u krivičnom postupku pojavljuje oštećeni određenim krivičnom delom, a koji je maloletno lice, nisu sadržane u Zakoniku o krivičnom postupku (iako ZKP sadrži određene specifične odredbe o posebnoj zaštiti svedoka i oštećenih u krivičnom postupku), već u Trećem delu Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika.<sup>33</sup> Te se odredbe, zavisno od vrste krivičnog dela koje je predmet postupka, mogu primeniti kako u opštem, tako i u skraćenom krivičnom postupku, odnosno zavisno od drugih procesnih uslova, u obzir dolazi njihova primena i u drugim tipovima krivičnog postupka.

Posebna pravila postupka čija je osnovna svrha zaštita psihičkog integriteta maloletnih lica kao posebne kategorije oštećenih, primenjuju se onda kada se vodi krivični postupak protiv punoletnih lica za određeno krivično delo kojim je oštećeno maloletno lice.<sup>34</sup> Radi se o krivičnim delima za koja je po pravilu karakteristično da prouzrokuju visok stepen sekundarne viktimizacije,<sup>35</sup> gde spadaju određena krivična

33 Inače, već naslov ovog Zakona u njegovom drugom delu koji se odnosi na položaj maloletnih lica kao oštećenih određenim krivičnim delima, apsolutno nije adekvatan, jer se tu uopšte *ne radi o krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, kojom se inače bavi jedan deo Krivičnog zakona (krivična dela protiv braka i porodice, neki oblici krivičnih dela protiv života i tela itd.), već je u pitanju *zaštita maloletnih lica u samom krivičnom postupku* u kojem se oni pojavljuju kao oštećeni i svedoci, a u odnosu na neke često uobičajene negativne posledice klasične krivične procedure, koja u mnogim situacijama može dovesti do tzv. sekundarne viktimizacije žrtve, tj. oštećenog. Zato će se novi zakon zvati – „Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i zaštiti maloletnih lica u krivičnom postupku“.

34 Pojam „maloletnog lica“ je širi od pojma „maloletnika“, tako da obuhvata sva fizička lica koja nisu navršila 18 godina, tj. nisu postala punoletna, a gde u krivičnopravnom smislu, spadaju kako deca (lica koja nisu navršila 14 godina, tako i maloletnici (lica koja imaju 14 godina, a još nemaju 18 godina). Prema članu 112 stav 10 KZ, maloletnim licem se smatra lice koje nije navršilo osamnaest godina.

35 Uobičajeno se smatra da time što određeno lice postaje žrtva određenog krivičnog dela, nastupa njegova *primarna viktimizacija*, a da zatim, kako zbog primene određenih redovnih postupaka u

dela protiv života i tela (teško ubistvo<sup>36</sup> i teška telesna povreda), krivična dela protiv slobode i prava (otmica), krivična dela protiv polne slobode (silovanje itd.), protiv braka i porodice (nasilje u porodici itd.), kao i niz drugih taksativno nabrojanih krivičnih dela. Zakonodavac ostavlja mogućnost da javni tužilac koji je stekao posebna znanja iz oblasti prava deteta i krivičnopravne zaštite maloletnih lica, pokrene postupak protiv punoletnih okrivljenih za druga krivična dela, u skladu sa odredbama koje omogućavaju posebnu zaštitu maloletnih lica kao oštećenih, onda kada javni tužilac oceni da je to potrebno radi posebne zaštite takvih maloletnih lica.

U pogledu nadležnosti i sastava suda koji vodi postupak protiv punoletnih okrivljenih za krivična dela učinjena na štetu maloletnih lica, shodno se primenjuju odrede Zakonika o krivičnom postupku, ako nisu u suprotnosti sa odredbama Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika. Inače, krivični postupak protiv okrivljenih za krivična dela kojima su oštećena maloletna lica, a kada se primenjuju posebna protektivna pravila u odnosu na oštećene, sprovodi se prema odredbama Zakonika o krivičnom postupku.

Posebna pravila postupka o zaštiti maloletnih lica kao oštećenih u krivičnom postupku mogu se grupisati u nekoliko osnovnih normativnih segmenata: 1) pravilo obavezne specijalizacije svih službenih aktera ovakvih krivičnih postupaka; 2) načelno pravilo minimiziranja sekundarne viktimizacije; 3) primena posebnih pravila saslušanja maloletnih oštećenih; 4) zabrana suočavanja u cilju sprečavanja sekundarne viktimizacije; 5) obavezno pravno zastupanja maloletnog oštećenog; 6) posebna pravila prepoznavanja, te 7) načelna hitnost takvog krivičnog postupka.

U svim fazama ovog postupka primenjuje se *pravilo obavezne specijalizacije*, što znači da se u postupku pojavljuju službeni akteri koji su stekli posebna znanja iz oblasti prava deteta i krivičnopravne zaštite maloletnih lica,<sup>37</sup> što se odnosi na: 1) istražnog sudiju koji sprovodi istragu u ovakvim slučajevima,<sup>38</sup> 2) specijalizovane

---

krivičnoj proceduri (ispitivanje oštećenog kao svedoka, suočavanje sa okrivljenim itd.), a posebno zbog neadekvatnih procesnih pravila, te grešaka u krivičnom postupku, dolazi do naredne i nove, tzv. *sekundarne viktimizacije*, koja se svodi na ponovno psihičko doživljavanje kod žrtve već pretrpljenog zla nastalog krivičnim delom.

Naime, svako novo podsećanje na krivično delo učinjeno na štetu žrtve, a naročito kada se to učestalo dešava u krivičnom postupku (posebno u slučaju ponovljenih ispitivanja oštećenih), dovodi i do nove patnje žrtve, koja u takvom slučaju nije ponovo fizički povređena, ali doživljava psihičke povrede, koje ponekad mogu biti i teže od realnih, tj. fizičkih povreda. U nekoj meri je ovo neizbežno, ali je sekundarna viktimizacija u velikom broju slučajeva posledica neadekvatnog postupanja u krivičnom postupku, te nepostojanja adekvatnih procesnih formi za njeno minimiziranje.

36 I ovde treba imati u vidu da isto lice može istovremeno biti *pasivni subjekt krivičnog dela i oštećeni*, ali da to ne mora uvek da bude slučaj, a što i opravdava svrstavanje teškog ubistva u grupu ovih krivičnih dela. Do takve će situacije doći samo ako se, ili radi o pokušaju teškog ubistva u odnosu na maloletno lice, ili je u pitanju svršeno teško ubistvo, a maloletno lice je oštećeno sa obzirom na svoj srodnički odnos sa pasivnim subjektom ovog krivičnog dela.

37 Kao i kada se radi o postupku prema maloletnicima i ova *specijalizacija je formalne prirode*, tako da se o sticanju posebnih znanja u vezi zaštitom maloletnih lica kao oštećenih, stara Pravosudna akademija u saradnji sa resornim ministarstvima i drugim relevantnim subjektima, a o obavljenim proverama znanja i stručnim usavršavanjima Pravosudna akademija izdaje odgovarajuće sertifikate.

38 Ovaj deo Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica nije usaglašen sa novim Zakonikom o krivičnom postupku, koji je uveo javno-tužilačku istragu, te



službenih organa unutrašnjih poslova koji učestvuju u istrazi, 3) predsednika veća koje sudi punoletnim okrivljenim u ovakvim slučajevima, 4) javnog tužioca koji krivično godini punoletne okrivljene za krivična dela učinjena na štetu maloletnih lica, te 5) advokate koji su u funkciji punomoćnika oštećenih maloletnih lica. Zakonodavac pogrešno određuje da policajci koji postupaju u istrazi krivičnih dela na štetu maloletnih lica moraju biti posebno specijalizovani. Takvo pravilo nema nikakve posebne svrhe jer se u istrazi samo dve dokazne radnje mogu poveriti policiji, a to su pretresanje stana ili lica, odnosno privremeno oduzimanje predmeta, a kada se radi o takvim aktivnostima, pravilo o obaveznoj specijalizaciji je potpuno besmisleno. Obrnuto, ono bi imalo puni smisao kada su u pitanju određene policijske radnje u predistražnom postupku, pre svega, prikupljanje obaveštenja od maloletnog lica koje je oštećeno, a što zakonodavac nije striktno regulisao. Kao što je i inače objašnjavano u odnosu na pravilo o obaveznoj specijalizaciji u postupku prema maloletnicima, treba smatrati da bi postupanje određenog službenog aktera krivičnog postupka koji nije bio formalno specijalizovan, predstavljalo samo relativno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka. To se ovde, tj. u ovom tipu krivične procedure, odnosi čak i na sud, s obzirom da se s jedne strane, ne može identifikovati nijedna odredba koja bi takvu grešku svrstavala u apsolutno bitne povrede odredaba krivičnog postupka, dok bi s druge strane, suprotan rezon samo otvarao mogućnost za ukidanje sudske odluke zasnovane na takvoj grešci, a što bi bilo direktno na štetu samog maloletnog lica kao oštećenog, što svakako nije bila intencija zakonodavca.

*Načelno pravilo o minimiziranju sekundarne viktimizacije* svodi se na uvođenje posebne formalne obaveze za službene aktere krivičnog postupka čiji je predmet krivično delo kojim je oštećeno maloletno lice. Kada vode postupak za krivična dela učinjena na štetu maloletnih lica, javni tužilac, istražni sudija i sudije u veću odnosice se prema oštećenom vodeći računa o njegovom uzrastu, svojstvima ličnosti, obrazovanju i prilikama u kojima živi, posebno nastojeći da se izbegnu moguće štetne posledice postupka na njegovu ličnost i razvoj.

*Saslušanje maloletnog lica* se posebno reguliše, tako što se: 1) uvodi pravilo o obaveznoj stručnoj asistenciji takvom saslušanju; 2) načelno ograničava broj saslušanja u istom krivičnom postupku; 3) omogućava saslušanje putem audio-video linika; te 4) stvara procesna mogućnost za saslušanje van sudnice.<sup>39</sup>

Saslušanje maloletnog lica obavlja se uz pomoć psihologa, pedagoga ili drugog stručnog lica. Ako se kao svedok sasluša maloletno lice oštećeno krivičnim de-

---

isključio „istražnog sudiju“ iz krivičnog postupka. Po analogiji sa pravilom o specijalizovanosti nekadašnjeg istražnog sudije, koja bi se primenjivala kao metod tumačenja, sve dok se ZM ne usaglasi sa ZKP-om, trebalo bi smatrati da subjekt koji vodi istragu u ovakvim slučajevima, mora biti specijalizovan iz oblasti prava deteta i krivičnopravne zaštite maloletnih lica, što bi se odnosilo na konkretnog javnog tužioca, odnosno njegovog zamenika. Isto kao što se može sti da nije apsolutno bitna povreda odredaba Zakonika o krivičnom postupku, ako je postupao sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku, koji nije bio specijalizovan u skladu sa odredbama ZM-a, mišljenja smo da ne bi postojala takva povreda, ni ako je istragu u ovakvoj situaciji (u pogledu krivičnog dela određene vrste kojim je oštećeno maloletno lice), vodio javni tužilac, odnosno nosilac javno-tužilačke funkcije, koji nije bio formalno specijalizovan.

39 Više o tome: M. Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 329–331.

lom koje spada u kategoriju dela koja zahtevaju primenu posebnih pravila, saslušanje se može sprovesti najviše *dva puta*, a izuzetno i više puta ako je to neophodno radi ostvarenja svrhe krivičnog postupka. Ukoliko se maloletno lice sasluša više od dva puta, sudija je dužan da posebno vodi računa o zaštiti ličnosti i razvoja maloletnog lica. Zakonodavac uvodi mogućnost korišćenja *audio-video linka* prilikom saslušanja oštećenog maloletnog lica. Takav način saslušanja predstavlja *posredno uzimanje iskaza* u faktičkom smislu, jer se svedok sasluša van prostorije u kojoj se odvija suđenje, ali ono nije i formalno odstupanje od načela neposrednosti u njegovom objektivnom smislu, jer i ovaj svedok svoj iskaz daje tokom trajanja suđenja i u realnom vremenu, a svi akteri postupka koji i inače imaju to pravo mogu da mu postavljaju pitanja, odnosno predlažu sudiji da svedok odgovori na određeno pitanje.

Ako s obzirom na osobenosti krivičnog dela i svojstva ličnosti maloletnog lica oceni da je to potrebno, sudija će narediti da se maloletno lice sasluša upotrebom tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka, a saslušanje se sprovodi bez prisustva stranaka i drugih učesnika postupka, u prostoriji u kojoj se svedok nalazi, tako da mu stranke i lica koja na to imaju pravo, pitanja postavljaju posredstvom sudije, psihologa, pedagoga, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica.

Maloletna lica, kao svedoci i oštećeni, mogu se saslušavati u svom stanu ili u drugoj prostoriji, odnosno ovlašćenoj ustanovi-organizaciji, koja je stručno osposobljena za ispitivanje maloletnih lica, a prilikom saslušanja ovakvog svedoka i oštećenog, može se narediti i korišćenje *audio-video linka*. Ukoliko je maloletno lice saslušavano van sudnice, na glavnom pretresu se uvek čita zapisnik koji sadrži njegov iskaz, odnosno pušta se snimak saslušanja.

Zakonodavac načelno isključuje *suočenje* između oštećenog maloletnog lica, koje spada u kategoriju posebno osetljivih lica i okrivljenog. Ratio legis ove odredbe temelji se na činjenici da je suočenje po definiciji vrlo tenziona procesna radnja, čija suština i jeste u izazivanju odgovarajućeg „konflikta“ između dva davaoca suprotnih iskaza, da bi se na temelju toga ili jedan od davaoca iskaza nagnao da odstupi od lažnog iskaza ili da bi se tako, omogućilo sudiji da bolje stekne sopstvenu neposrednu impresiju o dokaznom kredibilitetu i uopšte o verodostojnosti pojedinih međusobno suprotstavljenih iskaza. S druge strane, u praksi suočenje vrlo retko dovodi do odstupanja u odnosu na već dati iskaz, tj. ono se ne smatra efikasnom radnjom. Stoga, suočenje, kao radnja koja je istovremeno izuzetno tenziona i načelno je konfliktnog karaktera, a nije dovoljno efikasna u praksi, po pravilu ne treba ni sprovesti u postupku za krivična dela kojima je oštećeno maloletno lice, a ono je formalno i zabranjeno kada je maloletno lice u posebno teškom stanju, tj. spada u kategoriju tzv. posebno ranjivih lica. Ako se kao svedok sasluša maloletno lice koje je usled prirode krivičnog dela, posledica ili drugih okolnosti, posebno osetljivo, odnosno nalazi se u posebno teškom duševnom stanju, zabranjeno je vršiti suočenje između njega i okrivljenog.

Maloletno lice kao oštećeni mora imati *punomoćnika* od prvog saslušanja okrivljenog. U slučaju da maloletno lice nema punomoćnika, njega će rešenjem iz reda advokata koji su stekli posebna znanja iz oblasti prava deteta i krivičnopravne

zaštite maloletnih lica, postaviti predsednik suda, a troškovi takvog zastupanja padaju na teret budžetskih sredstava suda. Iako to u Zakonu nije striktno naglašeno, radi se samo o krivičnim postupcima u kojima se i inače primenjuju posebna pravila zaštite maloletnih oštećenih. Nije sasvim jasno da li maloletno lice mora imati punomoćnika od trenutka kada započinje prvo saslušanje okrivljenog, ili od trenutka kada je ono već završeno.

Iako to procesno nije sasvim logično, a nije ni sasvim u skladu sa duhom našeg jezika, jer izraz „od“ po pravilu upućuje na momenat završetka neke radnje, a ne tek na njen početak, odnosno započinjanje radnje, zakonodavac je verovatno smatrao da maloletno lice mora imati punomoćnika već od početka prvog saslušanja okrivljenog, bez obzira što oštećeni, kao ni njegov punomoćnik, inače nemaju pravo prisustvovanja tom prvom saslušanju. Ovo proizlazi iz opšte intencije zakonodavca da u najranijim fazama krivičnog postupka, omogućiti što povoljniji položaj ovog kategoriji oštećenih.

S druge strane, iako je u ovom slučaju kvalifikovano zastupanje maloletnih lica kao oštećenih striktna zakonska obaveza, zakonodavac nije uspostavio posebne procesne mehanizme za sankcionisanje propuštanja da se maloletnom oštećenom postavi punomoćnik koji je specijalizovan. Naime, tu bi se radilo samo o relativno bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka, koja u osnovi po pravilu, ne bi bila od značaja, jer bi eventualno ukidanje sudske odluke zbog takve povrede, po logici stvari, skoro uvek bilo na štetu samog oštećenog, koji bi se morao ponovo pojaviti u krivičnom postupku, a što bi bilo direktno suprotno intenciji zakonodavca da minimizira sekundarnu viktimizaciju i oštećenog što je moguće više poštedi od ponovljenih saslušavanja.

Kada maloletno lice vrši *prepoznavanje okrivljenog*, sud će postupati posebno obazrivo, a takvo prepoznavanje će se u svim fazama postupka vršiti na način koji u potpunosti onemogućava da okrivljeni vidi maloletno lice. Krivični postupak čiji je predmet krivično delo učinjeno na štetu maloletnog lica je *hitan*.

## 6. MODIFIKACIJE KOJE SU POTREBNE/POŽELJNE RADI POBOLJŠANJA POLOŽAJA ŽRTVE KRIVIČNOG DELA/OŠTEĆENOG KRIVIČNIM DELOM U KRIVIČNOPRAVNOM SISTEMU SRBIJE

### 6.1. *Krivični zakonik*

Krivični zakonik u nekim svojim odredbama spominje „žrtvu krivičnog dela, ali pri tom, *ne definiše pojam žrtve*. Da li je to potrebno? Čini se da nije, jer žrtva u osnovi i nije čisto krivičnopравни termin, već pre svega, kriminološki pojam, a kao što je to već delimično objašnjeno u prethodnom tekstu i kao što će se to detaljnije još objasniti u delu koji se odnosi na moguće modifikacije Zakonika o krivičnom postupku, ako bi zakonodavac smatrao da je potrebno definisati žrtvu krivičnog dela, onda bi bilo najadekvatnije to učiniti u okviru odredbi Zakonika o krivičnom postupku.

Ukoliko bi se zakonodavac opredelio da zadrži sadašnji pojam oštećenog, koji sadrže norme Zakonika o krivičnom postupku, onda bi u stvari, u Krivičnim zakoniku trebalo svuda gde se spominje žrtva krivičnog dela, navoditi – *oštećeni krivičnim delom*, jer se tada adekvatnije štite neke kategorije lica, koje odgovarajuću zaštitu, odnosno pažnju svakako zaslužuju.

U pozitivnom Krivičnom zakoniku se na svega nekoliko mesta, tj. u nekoliko odredbi spominje *žrtva krivičnog dela*, ali se pri tom, u samom KZ-u žrtva krivičnog dela ne definiše. Postavlja se pitanje da li se misli na oštećenog u smislu Zakonika o krivičnom postupku, ili na žrtvu u klasičnom kriminološkom, pa i krivičnopravnom smislu, gde se praktično, radi primarno o *pasivnom subjektu krivičnog dela*, odnosno licu kojem je izvršenjem krivičnog dela neko njegovo pravo neposredno povređeno (na primer, pravo na telesni integritet kod teške telesne povrede) ili je nekog prava lišeno (na primer, pravo na život kod ubistva), ili je neko njegovo pravo ugroženo (na primer, pravo na bezbednost i ličnu sigurnost, kada se radi o krivičnom delu ugrožavanja sigurnosti).

S toga stanovišta, čini se da je greška što važeći KZ ne koristi termin *oštećeni*, umesto izraza *žrtva*, jer je oštećeni (kao što je prethodno objašnjeno), širi pojam i više odgovara smislu odgovarajućih odredbi KZ-a. Na primer, kada se radi o odnosu prema žrtvi kao olakšavajućoj/otežavajućoj okolnosti, ako bi se pod žrtvom podrazumevao isključivo pasivni subjekti krivičnog dela, to bi onda u nekim situacijama bilo preusko, tj. bilo bi bolje da se radi o „odnosu prema oštećenom“. Kod bilo kojeg krivičnog dela čija je žrtva zbog izvršenja krivičnog dela izgubila život (na primer ubistvo, ili bilo koje drugo krivično delo usled kojeg nastupa smrt pasivnog subjekta), žrtva više živa i tu se ne može raditi o bilo kakvom odnosu učinioca prema njoj, ali je bitan odnos učinioca prema oštećenom, tj. licu koje je živo, a ima svojstvo oštećenog, zbog svog odnosa prema neposrednoj žrtvi krivičnog dela, odnosno pasivnom subjektu krivičnog dela.

### 6.1.1. Odredbe Krivičnog zakonika Srbije u kojima se spominje „žrtva krivičnog dela“

Termin *žrtva*, gde bi se pre moglo smatrati, da je reč o „oštećenom“ u prethodno objašnjenom smislu, se u krivičnom zakoniku koristi u odredbama koje se odnose na sledeća pitanja: 1) opšta pravila o odmeravanju kazne, 2) uslovi za određivanje zaštitnog nadzora, 3) sadržina zaštitnog nadzora, 4) sudska opomena, te 5) krivično delo trgovine ljudima.

#### 6.1.1.1. Opšta pravila o odmeravanju kazne

Prema odredbi člana 54 stav 1 KZ-a, sud će učiniocu krivičnog dela odmeriti kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to delo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti), a naročito: stepen krivice, pobude iz kojih je delo učinjeno, jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, okolnosti pod kojima je delo učinjeno, raniji život učinioca, njegove lične prilike, njegovo držanje

posle učinjenog krivičnog dela a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog dela, kao i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca.<sup>40</sup>

Ovde bi u stvari, bilo bolje da se govori o *odnosu učinioca prema oštećenom* krivičnim delom, jer bi tu spadale kako žrtve, odnosno pasivni subjekti krivičnog dela, tako i druga lica, kao u slučaju da je pasivni subjekt izgubio život usled krivičnog dela. Na primer, bitan je odnos ubice prema porodici ubijenog, a po pravilu bi bilo besmisleno govoriti o odnosu „ubice prema ubijenom“. Čini se da u praksi i inače, sud vodi računa o odnosu učinioca prema oštećenom.

#### 6.1.1.2. Uslovi za određivanje zaštitnog nadzora

Prema članu 72 stav 1 KZ-a, kad izrekne uslovnu osudu, sud može odrediti da se učinilac stavi pod zaštitni nadzor, ako se, s obzirom na njegovu ličnost, raniji život, držanje posle izvršenog krivičnog dela, a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog dela i okolnosti izvršenja dela, može očekivati da će se zaštitnim nadzorom potpunije ostvariti svrha uslovne osude.

I ovde važi ista konstatacija kao i prethodna u pogledu spominjanja žrtve u kontekstu opštih pravila o odmeravanju kazne.

#### 6.1.1.3. Sadržina zaštitnog nadzora

Zaštitni nadzor može obuhvatiti jednu ili više od obaveza, koje se taksativno nabrajaju, a među koje spada i otklanjanje ili ublažavanje štete pričinjene krivičnim delom, a naročito izmirenje sa **žrtvom** učinjenog krivičnog dela (član 73 tačka 1 KZ-a).

I ovde važi ista konstatacija kao i prethodna u pogledu spominjanja žrtve u kontekstu opštih pravila o odmeravanju kazne, kao i u odnosu na uslove za određivanje zaštitnog nadzora. Pomirenje je uvek moguće sa oštećenim krivičnog dela, ali ne i sa žrtvom, kada se ona shvati kao pasivni subjekt krivičnog dela.

#### 6.1.1.4. Sudska opomena

Prema odredbi člana 77 stav 1 KZ-a sudska opomena može se izreći za krivična dela za koja je propisan zatvor do jedne godine ili novčana kazna, a učinjena su pod takvim olakšavajućim okolnostima koje ih čine naročito lakim, a shodno odredbi člana 77 stav 4 KZ-a, pri odlučivanju da li će izreći sudsku opomenu sud će, vodeći računa o svrsi sudske opomene, posebno uzeti u obzir ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo ponašanje posle izvršenja krivičnog dela, a naročito njegov odnos prema žrtvi krivičnog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je delo učinjeno.<sup>41</sup>

I ovde se može konstatovati isto kao i u prethodnim izlaganjima, da je suštinski važan odnos prema oštećenom, jer se njime pokriva kako odnos prema neposrednoj žrtvi, onda kada je ona istovremeno i oštećena krivičnim delom, tako prema oštećenom, onda kada neposredna žrtva krivičnog dela, odnosno njegov pasivni subjekt, više nije u životu, baš usled učinjenog krivičnog dela.

40 Više o tome: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012, str. 200–201.

41 Više o ovome: Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset i drugo izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2015, str. 347–348.

### 6.1.1.5. Trgovina ljudima

Krivično delo trgovine ljudima propisan je u članu 388 Krivičnog zakonika Srbije,<sup>42</sup> a jedan poseban oblik tog krivičnog dela, postoji kada se radi o učiniocu koji zna ili je mogao znati da je lice **žrtva** trgovine ljudima, pa iskoristi njen položaj ili drugome omogući iskorišćavanje njenog položaja radi eksploatacije predviđene u osnovnom obliku trgovine ljudima (član 388 stav 8 KZ-a).<sup>43</sup>

U ovom slučaju nije problematično korišćenje termina žrtva, jer se tu svakako radi o licu koje je u isto vreme i oštećeno krivičnim delom trgovine ljudima.

## 6.2. Zakonik o krivičnom postupku

Kada je reč o Zakoniku o krivičnom postupku, koji je nesumnjivo ključni zakon u oblasti zaštite oštećenog/žrtve, kao osnovno nameće se sledeće:

- Potrebno je otkloniti određene elemente adverzijalnog modela krivičnog postupka, koji načelno loše utiču na položaj oštećenog krivičnim delom, a naročito određenih kategorija oštećenih, kao što su deca i uopšte, maloletna lica, što je već delimično objašnjeno u prethodnom tekstu, a pre svega, se tiče eliminisanja određenih anomalija sistema osnovnog i unakrsnog ispitivanja svedoka, kada se radi o posebno osetljivim svedocima (gde je naravno, poseban značaj oštećenih, odnosno žrtava krivičnih dela), te kada su pitanju deca i uopšte maloletna lica kao svedoci;
- Neophodno je, odnosno korisno (jer to još uvek nije formalna obaveza Srbije, koja nije član EU, već samo „država kandidat“), u naš krivičnoprocesni sistem uneti određene relevantne elemente iz Direktive Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2012. godine (2012/29 EU) o *uspostavljanju minimalnih standarda prava, podrške i zaštite žrtava krivičnih dela*.

U načelnim odredbama Direktive EU 2012/29 EU) o *uspostavljanju minimalnih standarda prava, podrške i zaštite žrtava krivičnih dela*, navodi se nekoliko uglavnom sasvim deklarativno formulisanih ciljeva minimalnih standarda, gde je od posebnog značaja sledeće formulacije, koje se odnose na:

42 Više o ovome: Z. Stojanović i N. Delić, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 2013, str. 366–367.

43 Osim ovog prvog posebnog oblika trgovine ljudima u KZ-u se, navodi i drugi poseban oblik ovog krivičnog dela (član 388 stav 9 KZ), koji je povezan sa prvim posebnim oblikom, odnosno on predstavlja jednu posebnu i težu varijantu tog prvog posebnog oblika ovog krivičnog dela. Ovaj oblik postoji kada je učinilac izvršio prvi posebni oblik trgovine ljudima u odnosu na maloletno lice, a pri tom je znao ili je mogao znati da se radi o maloletnom licu. Ovde dakle postoji dvostruki oblik odgovarajuće svesti učinioca, odnosno relevantnog nepostojanja svesti, koja se odnosi na maloletno lice. Učinilac prvo zna ili može znati da je konkretno lice žrtva trgovine ljudima, pa uz takvo znanje ili mogućnost njegovog posedovanja, iskoristi položaj pasivnog subjekta ili drugom omogući iskorišćavanje njegovog položaja radi odgovarajuće eksploatacije, a pri tom se, još radi o maloletnoj žrtvi trgovine ljudima, a kod učinioca u odnosu na tu činjenicu postoji znanje ili učinilac ne zna da je žrtva maloletna, a to je mogao znati. U pitanju su veoma nezgrapno formulisane norme, što je učinjeno poslednjim novelama našeg Krivičnog zakonika u septembru 2009. godine. Više o tome: M. Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2015, str. 301.

- 1) krivično delo određeno u smislu Direktive i
- 2) određena krajnje načelno definisana opšta prava žrtava krivičnih dela.

Krivično delo u smislu Direktive predstavlja nedopušteno delo protiv društva, kao i povredu pojedinačnih prava žrtava.

Ova definicija, odnosno određenje krivičnog dela je funkcionalno usmereno na cilj Direktive, odnosno povezivanje shvatanja suštine krivičnog dela sa potrebom zaštite žrtava krivičnih dela, te nije krivičnogpravnog karaktera i ima krajnje načelnu prirodu, pa stoga, u osnovi ne zahteva bilo kakve promene u pozitivnom srpskom krivičnompravnom sistemu.

Direktiva načelno u svom početnom delu ukazuje na odgovarajući *ratio legis* poboljšanja položaja žrtava krivičnih dela, te posebno navodi niz *antidiskriminatornih pravila*, koja su načelnog karaktera

U Direktivi se zahteva da bi žrtve krivičnih dela trebalo priznati i prema njima postupati s poštovanjem, na osećajan i profesionalan način bez diskriminacije bilo koje vrste utemeljene na bilo kojoj osnovi poput rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porekla, genetskih obeležja, jezika, religije ili uverenja, političkog ili nekog drugog uverenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovine, rođenja, invalidnosti, uzrasta, pola, polnog izražavanja, polnog identiteta, seksualnog usmerenja, boravišnog statusa ili zdravlja.

U svim kontaktima s nadležnim organom koje postupa u okviru krivičnog postupka i svim službama koje dolaze u kontakt sa žrtvama, poput službi za podršku žrtvama ili službi za naknadu štete, trebalo bi uzeti u obzir ličnu situaciju i neposredne potrebe žrtve, uzrast, pol, moguću invalidnost i zrelost žrtava krivičnih dela, pri tome potpuno poštujući njihovu telesnu, umnu i moralnu nepovredivost.

Žrtve krivičnih dela trebalo bi zaštititi od sekundarne i ponovljene viktimizacije, od zastrašivanja i odmazde, one bi trebale dobiti odgovarajuću podršku u cilju olakšavanja oporavka te bi im trebalo omogućiti efikasan pristup pravosuđu.

## 7. ZAKLJUČAK I PREDLOZI U *DE LEGE FERENDA* SMISLU

U pozitivnom krivičnompravnom sistemu Srbije je položaj žrtve krivičnog dela, ako se ona shvati sa stanovišta definicije žrtve u Direktivi EU 2012/29, prilično dobro regulisan (u mnogim aspektima oštećeni ima znatno više prava, naročito kao subjekt krivičnog postupka, nego što se to zahteva minimalnim pravilima iz Direktive EU 2012/29), a određenim odredbama je moguće ili je potrebno precizirati određena prava žrtava krivičnih dela, te usaglasiti u potpunosti naš krivičnompravni sistem sa pravilima sadržanim u Direktivi EU 2012/29, s tim da naravno, formalno posmatrano, Srbija u tom pogledu nije u istoj situaciji kao države koje su već članice EU.

Veliki broj pravila sadržanih u Direktivi, a naročito onih koja se tiču prava žrtve u krivičnom postupku, odnosno u vezi sa krivičnim postupkom, je već suštinski sadržan u našem krivičnomprocesnom sistemu kada se radi o oštećenom, što je primarno posledica i određene krivičnomprocesne tradicije Srbije, kao i drugih zemalja nastalih na teritoriji nekadašnje SFRJ.

Naime, činjenica je da je ceo pokret restorativnog pravosuđa izvorno i nastao u državama čiji su krivičnoprocesni sistemi čisto adverzijalnog karaktera, poput na primer, SAD i Velike Britanije, tj. Engleske i Velsa, a koji su žrtvama davali sasvim minimalna prava u krivičnom postupku i njihovu ulogu uglavnom svodili/svode na svedočenje, onda kada su za to ispunjeni potrebni procesni i faktički uslovi.

Iako je novi krivičnoprocesni sistem Srbije takođe značajno adverzijalizovan i bitno, tj. u suštinskom smislu odstupa od nekada uobičajenog mešovitog modela krivičnog postupka (tzv. kontinentalno-evropski krivični postupak) i bez obzira što su Zakonikom o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, prava oštećenog (naročito u pogledu mogućnosti da postane oštećeni kao tužilac, tj. stekne svojstvo supsidijarnog tužioca), bitno sužena u odnosu na prethodno važeći ZKP, kao i decenijama postojeći raniji model krivičnog postupka, oštećeni i sada prema pravilima pozitivnog srpskog Zakonika o krivičnom postupku raspolaže nizom značajnih procesnih prava, od kojih je veliki broj sadržan i u Direktivi EU 2012/29.

Ako se želi prihvatanje svih važnih procesnih mehanizama iz Direktive EU 2012/29, a koji sada nisu uopšte ili nisu striktno propisani odredbama pozitivnog prava Srbije, potrebno je, odnosno moguće, uneti određene izmene i dopune u Zakonik o krivičnom postupku, kao i delimično u Zakon o izvršenju krivičnih sankcija.

Takođe, ukoliko bi se bitno menjala definicija oštećenog u Zakoniku o krivičnom postupku (što se u ovom izveštaju objašnjava kao jedna od mogućih alternativa/opcija), tada bi bilo potrebne i određene modifikacije nekih drugih zakona u kojima se spominje oštećeni, poput Zakona o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku, kao i Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, odnosno budućeg Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i zaštiti maloletnih lica u krivičnom postupku.

Kada je reč o Zakoniku o krivičnom postupku pre svega, a delom i drugih zakona koje je potrebno u pogledu nekoliko osnovnih pitanja:

### 7.1. Pojam žrtve

Kao što je objašnjeno u prethodnom tekstu, definicija oštećenog sadržana u Zakoniku o krivičnom postupku, u osnovi i suštinski odgovara pojmu žrtve, kako je on definisan u Direktivi EU 2012/29, a ona je čak u određenoj meri i šira od definicije u Direktivi.

Nije formalno neophodno izraz žrtva unositi u ZKP, niti u bilo koji drugi srpski zakon, niti je potrebno davati definiciju žrtve, jer to ni sama Direktiva EU 2012/29 ne zahteva, s obzirom da se u samoj toj Direktivi i objašnjava (kao što je to i inače, tipično i za druge slične akte, bez obzira da li spadaju u tzv. meko ili tvrdo međunarodno/„evropsko“ pravo), da u njima sadržane definicije, važe za potrebe samih tih akata, ali one ne moraju biti prihvaćene bukvalno, niti u terminološkom smislu, već je pre svega potrebno subjektu koji suštinski odgovara definiciji žrtve sadržanoj u Direktivi, obezbediti određena minimalna prava.

Dakle, određene izmene su i kada se radi o pojmu žrtve, ipak neophodne, a u daljem tekstu će se dati predlog mogućih/potrebni izmena i dopuna, što će se ponekad (s obzirom na radni karakter ovog materijala, ali i radi omogućavanja da zakonodavac raspolaže sa više opcija), izložiti u obliku određenih alternativa.



To znači da je, kada se radi o srpskom ZKP-u, potrebno precizirati određena prava, koja već sada ima oštećeni, kao i dati oštećenom neka dopunska prava, koja on sada nema (od kojih neka zahtevaju i određene intervencije u ZIKS-u), a takođe je u odnosu na neke situacije potrebno odrediti da određena prava ne pripadaju oštećenima generalno, već samo određenim specifičnim kategorijama oštećenih.

### *7.1.1. Moguća dopuna sadašnje definicije oštećenog u ZKP-u, uz uzimanje u obzir pojma (definicije) žrtve u članu 2 Direktive*

Prema odredbi člana 2 tačka 11 ZKP-a, „oštećeni“ je lice čije je lično ili imovinsko pravo krivičnim delom povređeno ili ugroženo.

Moguće je ovu odredbu dopuniti na odgovarajući način, tako što bi se uzeli u obzir određeni elementi sadržani u Direktivi EU 2012/29:

#### 7.1.1.1. Prva mogućnost

Oštećeni je lice čije je lično ili imovinsko pravo krivičnim delom povređeno ili ugroženo, a kada je oštećeni lišen života usled učinjenog krivičnog dela, prava i dužnosti oštećenog u krivičnom postupku ostvaruju njegov bračni drug, lice koje je sa oštećenim u trajnoj životnoj zajednici, ili sa oštećenim živi u zajedničkom domaćinstvu, srodnicu po krvi u pravoj liniji, braća i sestre oštećenog, kao i lica koja su zavisna od oštećenog.

#### 7.1.1.2. Druga mogućnost

Oštećeni je lice čije je lično ili imovinsko pravo krivičnim delom povređeno ili ugroženo, a kada je oštećeni žrtva krivičnog dela usled čega je lišen života, prava i dužnosti oštećenog u krivičnom postupku ostvaruju njegov bračni drug, lice koje je sa žrtvom živelo u trajnoj životnoj zajednici, ili u zajedničkom domaćinstvu, srodnicu po krvi u pravoj liniji, braća i sestre žrtve, kao i lica koja su zavisna od žrtve.

U drugoj alternativni se koristi izraz „žrtva krivičnog dela“ u smislu neposredne žrtve koja je usled učinjenog krivičnog dela izgubila život.

#### 7.1.1.3. Treća mogućnost

Zakonodavac može i da se opredeli da u celom ZKP-u, umesto termina oštećeni koristi izraz žrtva, na prethodno objašnjeni način, tako što bi se koristila jedna od sledećih formulacija:

##### *7.1.1.3.1. Prva formulacija koja je nešto bliža našem pozitivnom krivičnom procesnom pravu i dosadašnjoj tradiciji, a u isto vreme, suštinski odgovara i definiciji iz Direktive*

Žrtva je fizičko lice čije je lično ili imovinsko pravo krivičnim delom povređeno ili ugroženo, a kada je oštećeni žrtva krivičnog dela usled čega je lišen života, prava i dužnosti oštećenog u krivičnom postupku ostvaruju njegov bračni drug, lice koje je sa žrtvom živelo u trajnoj životnoj zajednici, ili u zajedničkom domaćinstvu, srodnicu po krvi u pravoj liniji, braća i sestre žrtve, kao i lica koja su zavisna od žrtve.

### 7.1.1.3.2. Druga formulacija koja predstavlja definiciju sadržanu u samoj Direktivi

Žrtva je fizičko lice koja je pretrpelo štetu, uključujući telesnu, duhovnu ili emocionalnu štetu ili ekonomski gubitak koji je neposredno prouzrokovan krivičnim delom, kao i članovi porodice lica čija je smrt neposredno prouzrokovana krivičnim delom i koji su pretrpeli štetu kao posledicu smrti tog lica.

Članovi porodice su bračni drug, lice koje živi sa neposrednom žrtvom u trajnoj životnoj zajednici, u zajedničkom domaćinstvu te na stabilnoj i stalnoj osnovi, kao i srodnici u pravoj liniji, braća i sestre te druga lica, koja su zavisna od neposredne žrtve.

Iako treća alternativa (a posebno njena druga formulacija), po logici stvari, najpotpunije ukazuje na usaglašavanje sa Direktivom, čini se da kako iz određenih suštinskih, tako i konkretnih pravno-tehničkih razloga, ona ipak nije sasvim adekvatno rešenje.

## I

*Suštinski*, pa i u smislu terminološke tradicije, naučnih stavova, kao i nekog uobičajenog pogleda na ovo pitanje, pod žrtvom se u našem sistemu, primarno shvata lice prema kojem je krivično delo neposredno učinjeno, a to je ono lice koje je pasivni subjekt krivičnog dela u krivičnopravnom smislu. Ako je to lice u životu, onda je ono istovremeno i oštećeni, što znači da ima, odnosno može imati određeni skup prava pre svega, ali i nekih dužnosti u krivičnom postupku, a ako je usled krivičnog dela izgubilo život, onda su određena njemu bliska lica oštećena krivičnim delom.

Bilo bi stoga, poprilično neuobičajeno da se sada pojam oštećenog prosto zameni izrazom žrtva, gde bi žrtva postojala u užem (neposredna žrtva, lice prema kojem je krivično delo učinjeno) i širem smislu (posredna žrtva, tj. lice koje je blisko neposrednoj žrtvi, koja je usled krivičnog dela izgubila život) i to bi svakako zahtevalo i određeno prilagođavanje prakse, koja je i inače, suočena sa velikim brojem promena dosadašnjih uobičajenih zakonskih rešenja.

## II

U *pravnotehničkom smislu* bi zamena izraza oštećeni, terminom *žrtva* (što je moguće, kako je to prethodno objašnjeno u jednoj od alternativa), zahtevala puno intervencija pre svega u tekstu Zakonika o krivičnom postupku, što je uvek skopčano sa velikim praktičnim problemima, tim pre što su i inače, neophodne i druge suštinski važnije intervencije u tekstu Zakonika o krivičnom postupku.

### 7.2. Pravo na informisanje žrtve o pravima koja ima od prvog kontakta s nadležnim organom i konkretizovanje informacija koje žrtva treba da dobije (član 6 Direktive)

Ovo pravo koje ima veliki značaj u Direktivi, je u velikoj meri već sadržano u pozitivnom ZKP-u, ali ne u potpunosti i ne na dovoljno sistematičan način, pa bi najjednostavnije i u isto vreme najefikasnije bilo da se uvede poseban formalni obrazac, koji bi sadržavao jednostavnim jezikom objašnjene sve relevantne informacije o pravima kojima oštećeni/žrtva raspolaže u krivičnom postupku.

Oštećeni bi od prvog kontakta sa nadležnim organom, što bi najčešće bila policija u predistražnom postupku, dobijao sve relevantne informacije, tako što bi mu se uručivala kratka brošura, čiji bi se sadržaj uređivao podzakonskim aktom.

Moguća su sledeće nove odredbe u Zakoniku o krivičnom postupku:

A) Nova odredba (član 280 stav 4 ZKP)

Kada je krivičnu prijavu podneo oštećeni, javni tužilac će oštećenom dostaviti pisano uputstvo kojim se objašnjava koja prava i dužnosti oštećeni ima u krivičnom postupku, čiji se sadržaj detaljnije uređuje aktom ministra nadležnog za poslove pravosuđa.

B) Nova odredba u sklopu člana 50 ZKP-a (ili kao poseban član), u kojem se navode prava koja ima oštećeni u krivičnom postupku

Oštećeni ima pravo da od organa postupka dobije pisano uputstvo kojim se objašnjava koja prava i dužnosti oštećeni ima u krivičnom postupku, čiji se sadržaj detaljnije uređuje aktom ministra nadležnog za poslove pravosuđa.

Sadržaj pisanog uputstva bi u obe ove situacije (tj. nezavisno od faze krivičnog postupka u kojem bi se ono davalo), bio isti, a određivao bi se podzakonskim aktom, koji donosi ministar nadležan za pravosuđe.

Uputstvo bi se svodilo na nabranje i kratko objašnjavanje svih prava koja oštećeni ima u krivičnom postupku, kao i određenih dužnosti, naročito kada je i svedok. To bi bilo objašnjeno na način koji bi bio razumljiv i pravnom laiku.

S obzirom da bi to uputstvo u praksi, oštećenom najčešće (pre)davao javni tužilac, moglo bi se urediti i da se njegov sadržaj reguliše obaveznim opštim uputstvom Republičkog javnog tužioca. Ovo ipak, ne bi bilo sasvim adekvatno, jer ne treba zaboraviti da je, bez obzira što je on i državni organ, koji na primer, u istrazi koju vodi mora postupati nepristrasno, te se jednakom pažnjom ispitati kako činjenice koje terete okrivljenog tako i one činjenice koje mu idu u korist, javni tužilac ipak samo jedna od *stranaka* u krivičnom postupku.

Stoga, načelno, te radi eliminisanja mogućih prigovora odbrane u odnosu na načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka, a posebno njegov aspekt koji se tiče „jednakosti oružja stranaka“, a ne i zbog nekakve apriorne „sumnje“ u nepristrasnost javnih tužilaca, treba izbegavati situacije koje bi se potencijalno mogle tumačiti kao nedopušteni upliv stranke koja krivično goni, na lica koja su svedoci, odnosno mogla bi da budu svedoci u krivičnom postupku, a to su po pravilu, neposredne žrtve krivičnog dela, a nekada i oštećeni kada se radi o žrtvi u širem smislu.

Uputstvo bi sadržavalo sledeće osnovne informacije:

- 1) skup svih prava i dužnosti koje oštećeni/žrtva ima u skladu sa pravilima Zakonika o krivičnom postupku, odnosno drugih zakona, kada se radi o maloletnim licima, ili učesnicima postupka koji su u programu zaštite;
  - tu spadaju pre svega, sva prava koja oštećeni ima u skladu sa pravilima Zakonika o krivičnom postupku i drugih relevantnih zakona (što je

već navedeno i objašnjeno u prethodnom tekstu), koja bi se u Uputstvu navela prikladnim jezikom, a sa stanovišta Direktive EU 2012/29, tu je poseban značaj pitanja načina podnošenja krivične prijave, troškova postupka, omogućavanja prevođenja, te problematika procesne i faktičke zaštite svedoka.

- 2) skup posebnih prava koje bi oštećeni/žrtva trebalo da ima u skladu sa Direktivom EU 2012/29 (član 3).

Tu spadaju sledeća prava:

- osnovne informacije o pristupu medicinskoj pomoći, specijalističkoj podršci, što obuhvata i psihološku pomoć, kao i informacije o mogućnostima nužnog smještaja, ako je on neophodan oštećenom;
- obaveštenja o mogućnostima za dobijanje zaštite i uslovima pod kojima se ona može dobiti;
- informacije o uslovima i mogućnostima dobijanja besplatne pravne pomoći;
- obaveštenje o načinima dobijanja naknade štete zbog učinjenog krivičnog dela i službama koje se bave tim pitanjem (ovo obaveštenje u stvari, spada u prethodni korpus procesnih prava, tj. tiče se mogućnosti ostvarenja imovinskopravnog zahteva u krivičnom postupku), ali je ono i šireg značaja, ako se ima u vidu mogućnost formiranja i fonda za obeštećenje žrtava, čemu bi u budućnosti trebalo težiti;
- informacija o mogućnosti prevođenja, ukoliko oštećeni/žrtva ne govori ili ne razume jezik postupka;
- davanje potrebnih podataka koji oštećenom omogućavaju uvid u u njegov predmet.

### *7.3. Obaveštavanje žrtve o bekstvu okrivljenog/osuđenog uz definisanje i određenog izuzetka shodno pravilima Direktive EU 2012/29*

#### *7.3.1. Prva alternativa*

##### A) Načelna odredba u ZKP-u

##### Član ...

Oštećeni prema kojem je učinjeno krivično delo protiv polne slobode ili drugo krivično delo čije je obeležje prinuda ili zlostavljanje, a koji to zahteva, ima pravo da bude obavešten o bekstvu okrivljenog koji je zadržan u predistražnom postupku ili kojem je određen pritvor, kao i o bekstvu osuđenog prema kojem je izvršavana krivična sankcija.

Ako je oštećeni maloletan, zahtev iz stava 1 ovog člana organu postupka podnosi zakonski zastupnik oštećenog ili organ starateljstva.

Izuzetno, organ postupka će odbiti zahtev oštećenog iz stava 1 ovog člana, kada oceni da bi u suprotnom, nastupila neposredna opasnost po život ili telo okrivljenog, odnosno osuđenog.

B) Konkretna odredba u ZKP-u u odnosu  
na prvostepenu osuđujuću presudu

Član ...

Ako je optuženom koji je oglašen krivim za krivično delo protiv polne slobode ili drugo krivično delo čije je obeležje prinuda ili zlostavljanje, izrečena kazna zatvora, predsednik veća ili sudija pojedinac će na zahtev oštećenog, kao i po službenoj dužnosti kada i bez takvog zahteva oceni da je to potrebno radi zaštite oštećenog prema kojem je krivično delo učinjeno, u izreci presude odrediti da oštećeni bude obavešten o puštanju na slobodu osuđenog.

Izuzetno u odnosu na pravilo iz stava 1 ovog člana, zahtev oštećenog će biti odbijen kada se oceni bi u suprotnom, nastupila neposredna opasnost po život ili telo osuđenog.

7.3.2. *Druga alternativa*

A) Načelna odredba u ZKP-u

Član ...

Oštećeni prema kojem je učinjeno krivično delo protiv polne slobode ili drugo krivično delo sa elementima nasilja, a koji to zahteva, ima pravo da bude obavešten o bekstvu okrivljenog koji je zadržan u predistražnom postupku ili kojem je određen pritvor, kao i o bekstvu osuđenog prema kojem je izvršavana krivična sankcija.

Ako je oštećeni maloletan, zahtev iz stava 1 ovog člana organu postupka podnosi zakonski zastupnik oštećenog ili organ starateljstva.

Izuzetno, organ postupka će odbiti zahtev oštećenog iz stava 1 ovog člana, kada oceni da bi u suprotnom, nastupila neposredna opasnost po život ili telo okrivljenog, odnosno osuđenog.

B) Konkretna odredba u ZKP-u u odnosu  
na prvostepenu osuđujuću presudu

Član ...

Ako je optuženom koji je oglašen krivim za krivično delo protiv polne slobode ili drugo krivično delo sa elementima nasilja, izrečena kazna zatvora, predsednik veća ili sudija pojedinac će na zahtev oštećenog, kao i po službenoj dužnosti kada i bez takvog zahteva oceni da je to potrebno radi zaštite oštećenog prema kojem je krivično delo učinjeno, u izreci presude odrediti da oštećeni bude obavešten o puštanju na slobodu osuđenog.

Izuzetno u odnosu na pravilo iz stava 1 ovog člana, zahtev oštećenog će biti odbijen kada se oceni bi u suprotnom, nastupila neposredna opasnost po život ili telo osuđenog.

...

Jedina razlika između prve i druge alternative je što se u prvom koriste krivičnopравни termini koji su u krivičnompravnom smislu terminološki korektniji, a to je

„krivično delo čije je obeležje prinuda ili zlostavljanje“. Naime, zlostavljanje je jasan termin i postoje i krivična dela čija je radnja izvršenja *zlostavljanje*, a prinuda može biti u obliku sile ili pretnje, što je nesporno u krivičnom pravu.

U drugoj alternativni se umesto izraza „krivično delo čije je obeležje prinuda ili zlostavljanje“, koristi termin – „krivično delo sa elementima nasilja“, što u stvari, nije idealno u krivičnompravnom terminološkom smislu, ali je postalo sasvim uobičajeno, jer postoje krivična dela kod kojih je nasilje već i u naslovu, poput nasilja u porodici, a slična formulacija je sadržana i u jednom od razloga za određivanje pritvora.

### 7.3.3. *Potrebne/moguće promene u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija*

Ako bi se u Zakonik o krivičnom postupku, na prethodno objašnjen način (prihvatanjem neke od izloženih pravno-tehničkih alternativa), uvrstilo pravo oštećenog/žrtva da bude obavešten o bekstvu okrivljenog iz pritvora, odnosno puštanju na slobodu, potrebno je uneti određene izmene i u Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, gde bi takođe, trebalo propisati i pravo oštećenog da u određenim slučajevima, tj. pod određenim uslovima bude obavešten o bekstvu osuđenog iz zavoda u kojem je izdržavao krivičnu sankciju čiji se sadržaj svodi na lišenje slobode.

#### Član ...

Kada je u izreci pravosnažne presude ili druge odluke suda koja odgovara presudi, određeno da oštećeni bude obavešten o puštanju na slobodu osuđenog, kao i ako je osuđeni za krivično delo protiv polne slobode ili drugo krivično delo čije je obeležje prinuda ili zlostavljanje (alternativa: drugo krivično delo sa elementima nasilja), pobeo iz kazneno-popravnog zavoda, odnosno druge ustanove u kojoj je izvršavana mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, obaveznog lečenja alkoholičara i obaveznog lečenja narkomana, kao i lečenja u toku izvršenja kazne zatvora, oštećeni se bez odlaganja obaveštava o tome.

Izuzetno, oštećeni neće biti obavešten u skladu sa stavom 1 ovog člana, kada se oceni bi u suprotnom, nastupila neposredna opasnost po život ili telo osuđenog.

### 7.4. *Načelna i konkretna zaštita žrtve/oštećenog od sekundarne i ponovljene viktimizacije*

Kao što je to već detaljnije objašnjeno u prethodnom tekstu, kako Zakonik o krivičnom postupku (pravila o zaštiti svedoka), tako posebno i Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnompravnoj zaštiti maloletnih lica (budući Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i zaštiti maloletnih lica u krivičnom postupku), sadrže u osnovi adekvatne norme kojima se sprečava/minimizira sekundarna/ponovljena viktimizacija.

Ipak je potrebno otkloniti određene nedostatke i nejasnoće u Zakoniku o krivičnom postupku, koje se odnose na određene probleme koji proizlaze iz sistema stranačkog (osnovnog i unakrsnog) ispitivanja svedoka na glavnom pretresu.

Greška je u Zakoniku o krivičnom postupku, što nije isključio mogućnost da se prilikom unakrsnog ispitivanja posebno osetljivih svedoka, postavljaju sugestivna pitanja, koja su prema opštem zakonskom pravilu, moguća kada se radi o unakrsnom ispitivanju svedoka na glavnom pretresu.

Prema odredbi člana 98 stav 3 ZKP, kad svedok završi svoj iskaz, a potrebno je da se njegov iskaz proveri, dopuni ili razjasni, postaviće mu se pitanja koja moraju biti jasna, određena i razumljiva, ne smeju sadržati obmanu, niti se zasnivati na pretpostavci da je izjavio nešto što nije izjavio, i *ne smeju predstavljati navođenje na odgovor osim ako se radi o unakrsnom ispitivanju na glavnom pretresu*. Na ovaj je način omogućeno da se tokom unakrsnog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, postavljaju i sugestivna pitanja, koja inače, nisu dozvoljena kada se ova dokazna radnja sprovodi u istrazi ili čak eventualno, u predistražnom postupku.

Ne samo što zakonodavac suštinski greši što bezuslovno omogućava postavljanje sugestivnih pitanja, baš uvek kada se radi o unakrsnom ispitivanju svedoka na glavnom pretresu, dakle i onda kada su u pitanju posebno osetljivi svedoci, pa čak i maloletna lica, a naročito deca, već bi iz zakonske formulacije skoro mogao da proizide zaključak da bi tokom unakrsnog ispitivanja na glavnom pretresu, bilo moguće postavljati svedoku i obmanjujuća, pa čak i neodređena i nerazumljiva pitanja. Naravno, to nije bila intencija zakonodavca i takvo bi tumačenje ipak bilo preterano, ali nije sporno da je konkretna odredba Zakonika nejasna i pravno-tehnički veoma loše formulisana.

Sugestivna pitanja su u odnosu na posebno osetljive svedoka izuzetno opasna i lako mogu dovesti do njihove naknadne traumatizacije, te se ispoljiti kao vid sekundarne viktimizacije. Po logici stvari, posebno osetljivi svedoci će u daleko najvećem broju slučajeva biti oni svedoci i po pravilu, oštećeni, koje je za svedočenje predložio javni tužilac, koji bi ih tada na glavnom pretresu i ispitivao „osnovno“, a onda bi se okrivljenom i braniocu dala prilika za *unakrsno ispitivanje*, pri čemu bi mogli da svedoku i oštećenom postavljaju i sugestivna pitanja. Ovo je veoma loše zakonsko rešenje, a naročito kada se radi o maloletnim licima, gde mogu biti u pitanju i deca u krivičnompravnom smislu (lica koja nisu navršila četrnaest godina), pa čak i deca koja su sasvim mala, poput predškolske dece, pri čemu se može raditi i o krivičnim delima koja su izuzetno „malignog karaktera“, prema prirodi psiholoških i drugih posledica koje prouzrokuju u odnosu na oštećene.

Pored toga, notorna je činjenica da su maloletna lica uopšte, a posebno sasvim mala deca, odnosno uopšte lica koja su izuzetno mlada, veoma osetljiva na sugestivne uticaje, tako da mogućnost postavljanja sugestivnih pitanja ovim kategorijama svedoka, ne samo što takve svedoke, a naročito kada su u isto vreme i oštećeni krivičnim delom, ne samo da u izuzetno visokom stepenu dodatno traumatizuje i izlaže sekundarnoj viktimizaciji, već i puno utiče na dokazni kredibilitet njihovog iskaza.

Time što je ZKP-u u delu koji se odnosi na zaštitu svedoka, uređeno da se posebno osetljivim svedocima pitanja mogu postavljati samo preko organa postupka koji će se prema njemu odnositi sa posebnom pažnjom, nastojeći da se izbegnu moguće štetne posledice krivičnog postupka po ličnost, telesno i duševno stanje svedo-

ka (član 104 stav 1 ZKP), problem sa mogućnošću postavljanja sugestivnih pitanja nije u potpunosti rešen, jer iz zakonske formulacije proizlazi da se *pitanja postavljaju preko organa postupka*, ali pitanja formuliše stranka koja ispituje, što znači da bi ta pitanja mogla biti i sugestivna, jer se ona dopuštaju kada se radi o unakrsnom ispitivanju.

To znači da je potrebno u zakonskom tekstu *potpuno zabraniti mogućnost postavljanja sugestivnih pitanja* u odnosu na *dve kategorije svedoka*:

- 1) maloletna lica uopšte, dakle i inače, ne samo kada su maloletna lica žrtve krivičnog dela, odnosno oštećeni krivičnim delom, te
- 2) oštećenog prema kojem je učinjeno krivično delo protiv polne slobode ili drugo krivično delo čije je obeležje prinuda ili zlostavljanje. (alternativa: krivično delo sa elementima nasilja).

## LITERATURA

- Babić, M. i Marković, I., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka, 2013.
- Bajović, V., *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, edicija *Crimen*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2014.
- Wessels, J. und Beulke, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und Ihr Aufbau*, 33. neu bearbeitete Auflage, „C.H.Müller“, Heidelberg, 2003.
- Grupa autora (deo koji je pisao G. Klemenčić), „Council of Europe Publishing“, *Procesne mere zaštite svedoka*, Beograd, 2007.
- Đurđić, V., *Krivično procesno pravo – ošti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2014.
- Ignjatović Đ. i Simeunović-Patić, B., *Viktimologija – opšti deo*, edicija *Crimen*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Ilić, G. P. i dr., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2013.
- Jekić, Z., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2003.
- Pfeiffer, G., (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Verlag C. H. Beck, München, 2003,
- Radulović, D., *Krivično procesno pravo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Univerzitet Crne Gore, Pravni fakultet, Podgorica, 2015.
- Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.G.Beck“, 25. Auflage, München, 1998
- Seiler, S., *Strafprozessrecht*, 10, überarbeitete Auflage, „Facultas Wuv“, Wien, 2009.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012..
- Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeset i drugo izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2015.
- Stojanović, Z. i Delić, N., *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 2013.
- Fletcher, M. and Löff, R. with Gilmore, B., *EU Criminal Law and Justice*, „Elgar European Law“, Cheltenham UK, 2008.



- Hagan, F. E., *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6<sup>th</sup> Edition, „Sage Publications“, Thousand Oaks, 2008, str. 215.
- Škulić, M., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.
- Škulić, M. i Ilić, G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012..
- Škulić, M. i Ilić, G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma – šta da se radi ?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012..
- Škulić, M., *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2015.
- Škulić, M., *Osnovni institucionalni oblici međunarodne saradnje u suzbijanju organizovanog kriminaliteta*, zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, četrnaesta tematska međunarodna konferencija: „Međunarodna sudska, tužilačka i policijska saradnja u borbi protiv kriminala“, „Intermex“ Tara, jun 2015.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Škulić, M., *Bitne karakteristike maloletničkog krivičnog prava i osnovne specifičnosti Nacrta Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i zaštiti maloletnih lica u krivičnom postupku*, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 2/2015, Vrhovni kasacioni sud i „Intermex“ Beograd, 2015.
- Škulić, M., National Report – Serbia, in: F. Dünkel, J. Grzywa-Holten, P. Horsfield (Ed.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015.

*Milan Škulić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## POSITION OF THE VICTIMS OF THE CRIME /INJURED PERSON IN THE SERBIAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN GENERAL AND IN RELATION TO THE EU DIRECTIVE 2012–29

### SUMMARY

In the article is analyzed the position of the injured person and victims of crime in the criminal justice system of Serbia, in general, and specifically in relation to the basic requirements of the European Directive 2012/29. Under the criminal justice system from the point of view of this study is included the basic elements of Serbian criminal procedure and substantive criminal law, and to a certain extent, some mechanisms, i.e the provisions of the Code of Enforcement Criminal Sanctions.

The analysis contains two basic aspects: 1) considering the basic positive legal mechanisms relating to the position of the victim of the crime/injured party in the criminal justice

system of Serbia and 2) exposure to certain proposal in a sense, which will primarily be based both on the general principles of humanity, which require that the maximum improve the status of the victim/injured party in the criminal justice system, as well as in formal terms, the necessity of further and more complete harmonization of the criminal justice system in Serbia with the applicable legal standards of the European Union, especially with the provisions of the UN Directive 2012–29.

Because of the nature of a crime committed against them, their age, personal characteristics and similar another relevant circumstances many victims are very vulnerable and often in need of official assistance. Victims are, often for the very first time, involved in the criminal justice system and in contact with the subject of the criminal procedure. It could be very frustrating for the victims who may have to speak to police officers and lawyers and be interrogated of the public prosecutors and judges. Just going to the court could be very unpleasant for the many victims who can find the process confusing and overwhelming. Because of that the provisions of the Directive 2012/29 of the European Parliament and of the Council establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime and ensure that victims to be recognized and treated with respect and dignity, protected from further victimization and intimidation from the offender and further distress when they take part in the criminal justice process; receive appropriate support throughout proceedings and have access to justice and have appropriate access to compensation.

Both the Serbian Criminal Procedure Code (rules on the protection of witnesses) and the Law on Juvenile Offenders and Criminal Protection of Juveniles (future Law on the Juvenile Offenders and Criminal Protection of Juveniles in Criminal Proceedings) contain adequate norms which prevent/minimize secondary/repeated victimization. However, it is necessary to eliminate certain shortcomings and ambiguities in the Criminal Procedure Code, which relate to specific problems arising from the system of examination of witnesses (basic and cross-examination) during the main hearing.

**Keywords:** injured party, victim of a crime, criminal law, criminal procedure, the Criminal Code, Criminal Procedure Code, the Law on Execution of Criminal Sanctions, EU Directive 2012/29.

Goran P. Ilić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

Ustavni sud

## PRAVO NA ŽALBU PROTIV KRIVIČNE PRESUDE KAO OSNOVNO LJUDSKO PRAVO

**Apstrakt:** U radu se autor bavi pravom na žalbu protiv krivične presude kao jednim od osnovnih prava koje jemči Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava. Analizirane su okolnosti pod kojima je Protokolom broj 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava pravo na žalbu protiv krivične presude uvedeno u strazburški sistem zaštite prava optuženog u krivičnom postupku. To je pre svega podrazumevalo osvrt na uslove pod kojima se može koristiti pravo na žalbu protiv krivične presude. Prilikom njihove analize autor se bavio i značenjem autonomnih pojmova nastalih u praksi Evropskog suda za ljudska prava, a koji su značajni za pravilno razumevanje domašaja prava na žalbu protiv krivične presude. Pri tome je uporište analize zasnovano na odlukama Evropskog suda za ljudska prava i, nešto ređe, Evropske komisije za ljudska prava, dok su doktrinarni pogledi svesno stavljeni u drugi plan. S obzirom da pravo na žalbu u krivičnim stvarima ne spada u „tvrdo jezgro“ ljudskih prava, a to znači da se od njega može odstupiti u doba rata ili druge javne opasnosti koji prete opstanku nacije, ne treba da čudi što su u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava predviđeni i slučajevi u kojima, i u redovnim okolnostima, pravo na žalbu protiv krivične presude može da bude isključeno. I ovi razlozi su bili predmet analize. Na kraju autor zaključuje da je način na koji je pravo na žalbu protiv krivične presude predviđeno u Protokolu broj 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava, kao i njegovo tumačenje u praksi Evropskog suda za ljudska prava, nisu u dovoljnoj meri izgrađeni kao što je to slučaj, na primer, s pravom na pravično suđenje. Razlozi za to su višestruki, počev od toga da strazburški standardi postavljaju samo donju granicu koju treba zadovoljiti prilikom zakonskog uređenja određenog prava, preko velikih razlika koje postoje u uporednom uređenju prava na žalbu protiv krivične presude, pa sve do činjenice da materija pravnih lekova predstavlja jednu od najsloženijih oblasti u krivičnoj problematici.

**Ključne reči:** ljudska prava, Evropska konvencija, Evropski sud, pravo na žalbu, domašaj, izuzeci.

### 1. UVODNE NAPOMENE

Ići sudiji, smatra Aristotel, znači ići onome što je pravedno. Njegove reči upućuju na postojanje prirodnog prava, tj. autonomne, od ljudske volje nezavisne, ali iz ljudske prirode proistekle norme koja uređuje ljudske radnje i time uzajamna ovlašćenja i dužnosti u društvenim odnosima. Ovo pravo se obično određuje i kao pravedno po sebi, za razliku od pozitivnog prava koje predstavlja prinudnu državnu normu koja uređuje ljudske radnje, a time i društvene odnose.

---

\* redovni profesor i zamenik predsednika Ustavnog suda, [gilic@ius.bg.ac.rs](mailto:gilic@ius.bg.ac.rs)

Kako je sudija pozvan da primenjuje pravo koje država propiše, pitanje je u kojoj meri se može govoriti o pravednosti sudske odluke čija ispravnost se ceni na osnovu pravilne primene važećeg državnog propisa. Ovaj problem ima poseban značaj prilikom suđenja licu kome se na teret stavlja krivično delo, jer se tada odlučuje o najvažnijim ljudskim vrednostima kao što su život, sloboda, lično dostojanstvo, imovina itd. Idealno bi bilo kada bi sudija tom prilikom kažnjavao sve krivce i tako štiti društvo, a pri tome ne bi zahvatio nevine, štiteći na taj način ličnu slobodu. U stvarnosti se, međutim, stvari ne odvijaju uvek na taj način, jer odluke donose ljudi koji su, uprkos svojoj kulturi, obrazovanju i načinu odabira, podložni neznanju koje predstavlja izvor grešaka, kao i slabostima iz kojih izvire nepravde. Do nepravilnih i nezakonitih sudskih odluka može doći i usled svakojakih propusta i nedozvoljenih radnji stranaka ili drugih učesnika u postupku, kao i zbog preopterećenosti sudova velikim brojem predmeta o kojima odlučuju. Jednom reči, postojanje pogrešnih sudskih odluka predstavlja rizik svojstven funkcionisanju pravosuđa. Neophodno je stoga predvideti odgovarajući sistem kontrole sudskih odluka koji će pružiti dodatnu garanciju da one jesu ili da će biti pravilne i zakonite.

O značaju ove problematike svedoči član 14, stav 5. MPGPP<sup>1</sup> koji propisuje da svako ko je oglašen krivim za krivično delo ima pravo da njegovu osudu i kaznu<sup>2</sup> preispita viši sud u skladu s zakonom. S obzirom da član 6. EKLJP<sup>3</sup> ne sadrži navedeno pravo, Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Delkur protiv Belgije*<sup>4</sup> istakao da država koja predvidi sud pravnog leka ima obavezu da se stara da osnovna jemstva iz člana 6. EKLJP budu obezbeđena u postupku pred njim.

Ako se ima u vidu da pravo na izjavljivanje pravnog leka protiv presude predstavlja izraz osnovnog prava na pristup pravdi, ne treba da čudi što je „odsustvo“ prava da se krivična stvar ispita u drugom stepenu bilo razmatrano prilikom upoređivanja odredaba EKLJP i MPGPP. Ovaj proces je pokrenut odlukom Saveta Evrope šest godina nakon usvajanja MPGPP i okončan je donošenjem Protokola broj 7 koji je otvoren za potpisivanje 22. novembra 1984. godine, a stupio je na snagu 1. novembra 1988. godine.

Uvođenjem prava na izjavljivanje pravnog leka protiv osuđujuće presude optuženom je pružena mogućnost da dođe do povoljnijeg ishoda krivičnog postupka, dok se u svetlu vršenja sudske funkcije na taj način doprinosi ujednačavanju sudske prakse i vrši se svojevrsna „vaspitna“ funkcija prvostepenih sudova. Iako dvostepenost sudskog odlučivanja neizbežno dovodi do produženja krivičnog postupka, pravna sigurnost nalaže da iz pravnog poretka budu odstranjene pogrešne sudske presude. Neophodno je zato naći razumnu granicu između zahteva za efikasnim i pravednim ostvarenjem cilja krivičnog postupka, pri čemu bi trebalo imati u vidu

- 1 Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima – MPGPP, *Službeni list SFRJ*, 7/71.
- 2 Zvanični prevod ove odredbe MPGPP je netačan, jer govori o ispitivanju odluke o „krivici i presudi“, dok se u izvornom tekstu na engleskom jeziku koriste reči „conviction and sentence“.
- 3 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, uz nekoliko kasnijih izmena i dopuna – EKLJP, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/03, 5/05 i 7/05-ispavka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 12/10 i 10/15.
- 4 *Delcourt v. Belgium*, 2689/65, 17. 1. 1970, § 25.

stav Evropske komisije za ljudska prava da svako ograničenje prava na izjavljivanje pravnog leka protiv osuđujuće presude mora da teži ostvarenju legitimnog cilja i ne sme da narušava suštinu prava.<sup>5</sup>

## 2. O DOMAŠAJU PRAVA NA ŽALBU U KRIVIČNIM STVARIMA

U članu 2, stav 1 Protokola broj 7 uz EKLJP predviđeno je da svako ko je odlukom suda osuđen za krivično delo ima pravo da njegovu osudu ili kaznu preispita viši sud. Pri tome se ostvarivanje ovog prava, uključujući i osnove za njegovo korišćenje, uređuje zakonom. U cilju pravilnog sagledavanja domašaja primene navedene odredbe EKLJP neophodno je razmotriti značenje pojmova „krivično delo“, „osuda“, „kazna“, „sud“ i „zakon“. Reč je o autonomnim pojmovima koje treba razumeti u skladu s tumačenjem Evropskog suda za ljudska prava.

Pojam „krivično delo“ ima isto značenje koje mu Evropski suda za ljudska prava pridaje prilikom tumačenja pojma „krivična optužba“ iz člana 6, stav 1. EKLJP, tj. određuje se pomoću merila koja su postavljena u predmetu *Engel i drugi protiv Holandije*.<sup>6</sup> Pod „osudom“ se podrazumeva utvrđivanje krivice nakon što je u skladu s zakonom ustanovljeno postojanje krivičnog dela i izrečena kazna ili druga mera koja se sastoji u lišenju slobode.<sup>7</sup> Autonomno značenje pojma „kazna“ ocenjuje se uz pomoć merila koja je Evropski sud za ljudska prava izložio u predmetu *Velš protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.<sup>8</sup> Pod „sudom“ u materijalnom smislu se podrazumeva vršenje sudske funkcije, a uz to je potrebno da postoje i odgovarajuća jemstva organizacionog i procesnog karaktera.<sup>9</sup> Pojam „zakon“ bi trebalo razumeti u materijalnom smislu, odnosno kao važeću odredbu kako su je protumačili nadležni sudovi.<sup>10</sup>

Neke od navedenih pojmova je neophodno detaljnije razmotriti u svetlu prava predviđenog u članu 2, stav 1. Protokola broj 7 uz EKLJP. Ograničavanje prava za izjavljivanje pravnog leka isključivo na osuđujuću presudu ne predstavlja izraz osnovnog načela procesnog prava kao što smatraju pojedini autori. Naime, optuženi može imati interes da pobija oslobađajuću presudu sa zahtevom da bude oslobođen po povoljnijem osnovu (na primer, oslobođenje zbog nepostojanja dokaza da je učinjeno krivično delo umesto oslobođenja zbog nepostojanja krivičnog dela usled postupanja u nužnoj odbrani),<sup>11</sup> a ne bi trebalo da bude sporno da bi mogao da bude zainteresovan da izjavi pravni lek i protiv odbijajuće presude kako bi bio oslobođen od optužbe. Zbog toga bi *ratio* ograničenja prava na izjavljivanje pravnog leka isključivo na osuđujuću presudu trebalo tumačiti činjenicom da odredba člana

5 *E. M. v. Norway*, 20087/92, 26. 10. 1995.

6 *Engel and Others v. the Netherlands*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. 6. 1976, § 82.

7 *Van Droogenbroeck v. Belgium*, 7906/77, 24. 6. 1982, § 35.

8 *Welch v. the United Kingdom*, 17440/90, 9. 2. 1995, § 28.

9 *Coëme and Others v. Belgium*, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22. 6. 2000, § 99.

10 *Kruslin v. France*, 11801/85, 24. 4. 1990, § 29.

11 Takav stav je početkom šezdesetih godina prošlog veka izražen u jednoj odluci Vrhovnog suda Hrvatske (Kž. br. 2409/60, 17. 2. 1961).

14, stav 5. MPGPP koja je poslužila kao uzor članu 2, stavu 1. Protokola broj 7 uz EKLJP poznaje isto rešenje. Neophodno je uzeti u obzir i pojam žrtve koji je u vezi s primenom člana 34. EKLJP izgrađen u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Reč je o „testu žrtve“ koji se sprovodi pomoću merila o konkretnosti pojedinačnog zahteva, pravila o ličnoj i neposrednoj pogođenosti podnosioca predstavke povredom Evropske konvencije i odsustva potrebe da se dokazuje da je povreda stvarno nastupila.<sup>12</sup>

Uslovljavanje prava na pravni lek postojanjem osude može izazvati još neka sporna pitanja, a jedno se odnosi na nemogućnost osude optuženog koji je učinio delo u stanju neuračunljivosti. Reč je o slučaju u kojem postojanje nekog oblika duševne poremećenosti uzrokuje određene psihičke smetnje (tzv. mešoviti metod utvrđivanja neuračunljivosti) što isključuje krivicu kao obavezan element krivičnog dela. Usled izostanka krivice kao nosećeg luka pojma „osude“, ne može se tvrditi da ona postoji, bez obzira na to što je optuženom izrečena mera bezbednosti koja se sastoji u lišenju slobode. Na osnovu toga bi se moglo zaključiti da bez osude nema ni prava na izjavljivanje pravnog leka.

S tim u vezi, otvoreno je pitanje da li bi optuženi kojem je izrečena mera bezbednosti obaveznog lečenja i čuvanja mogao na „posredan“ način da ima koristi od izjavljenog pravnog leka. U slučaju vođenja postupka protiv dvojice optuženih, pri čemu je jedan od njih neuračunljiv, a nema uslova za razdvajanje postupka, sud će istom presudom jednom optuženom izreći meru bezbednosti, unoseći u činjenični opis elemente neuračunljivosti, a drugog optuženog oglasiti krivim i izreći mu krivičnu sankciju. Nije sporno da optuženi koji je osuđen ima pravo da izjavi žalbu protiv presude i da pobija odluku o krivici ili izrečenu kaznu. Sporno je međutim kako bi sud koji odlučuje o pravnom leku trebalo da postupi ako uvaži pravni lek i utvrdi na primer da je na glavnom pretresu učestvovao sudija koji je morao da bude izuzet? Nameće se odgovor da bi bilo mesta ukidanju presude i u delu koji se odnosi na optuženog kojem je izrečena mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja, jer je u pitanju nepristrasnost suda kao jedan od elemenata prava na pravično suđenje.

O ispunjenosti uslova za primenu prava iz člana 2. Protokola broj 7 uz EKLJP može se govoriti i kada je izrečena određena mera koje se u skladu sa strazburškim merilima može smatrati „kaznom“, kao što je slučaj s konfiskacijom imovine. U predmetu *Greku protiv Rumunije*<sup>13</sup> Evropski sud za ljudska prava je utvrdio povredu prava na ispitivanje krivične stvari u dva stepena, jer se protiv odluke suda kojom je potvrđena naredba javnog tužioca o konfiskaciji imovine nije mogao izjaviti pravni lek. Budući da javni tužilac nije ispunjavao zahtev za nezavisnošću u odnosu na izvršnu vlast,<sup>14</sup> bilo je neophodno obezbediti dvostепенost sudskog odlučivanja, a za to u konkretnom slučaju nije postojao odgovarajući zakonski osnov.

Izloženi primer potvrđuje da se prvostepeni postupak u kojem je optuženi osuđen za krivično delo mora voditi pred organom koji se u svetlu strazburških kriterijuma smatra „sudom“. Dakle, u slučaju „osude“ izrečene od strane nesudskog orga-

12 Prestanak statusa žrtve zavisi od postupanja države protiv koje je podneta predstavka u cilju otklanjanja povrede prava iz EKLJP.

13 *Greco v. Romania*, 75101/01, 30. 11. 2006, §§ 81, 83, 86.

14 *Pantea v. Romania*, 33343/96, 3. 6. 2006, §§ 238, 239.

na, tek se izjavljivanjem pravnog sredstva o kojem odlučuje „sud“ može smatrati da je ispunjen uslov *sine qua non* o prvostepenom sudskom postupku. Postojanje prava na izjavljivanje pravnog leka se zato ocenjuje u odnosu na taj sudski postupak i osudu koja je tom prilikom izrečena, pa se u tom smislu može govoriti o dvostепенosti „sudskog“ odlučivanja o osudi.

Odredba člana 2, stav 1. Protokola broj 7 uz EKLJP predviđa da osudu za krivično delo preispituje viši sud. I u ovom slučaju izraz „sud“ ima autonomno značenje, pri čemu je prilikom vršenja sudske funkcije važno da bude reč o telu s „punom jurisdikcijom“, a to pretpostavlja pored ostalog nadležnost za ocenu srazmernosti između učinjenog dela i izrečene sankcije.<sup>15</sup>

Uočava se da je u članu 2, stava 1. Protokola broj 7 uz EKLJP propisano da osuđeni ima pravo da viši sud preispita njegovu osudu *ili* kaznu, dok se u članu 14, stav 5. MPGPP govori o pravu na ispitivanje osude *i* kazne. S tim u vezi, Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Kromba protiv Francuske*<sup>16</sup> istakao da države imaju široko polje slobodne procene prilikom izbora načina na koji će urediti pravo iz člana 2. Protokola broj 7 uz EKLJP. Tako se preispitavanje osude ili kazne od strane višeg suda može odnositi na činjenična i pravna pitanja, ali se može ograničiti samo na pravna pitanja. Osnovno je da ograničenja koja predviđa unutrašnje zakonodavstvo za izjavljivanje pravnog leka moraju, po ugledu na pravo na pristup sudu (propisano u članu 6, stav 1. EKLJP), da slede legitimni cilj i da ne povrede suštinu ovog prava.

Državama je dakle prepušteno da uredi pravni lek uzimajući u obzir nedostatke koji se mogu ispoljiti kao greške u sprovođenju postupka (*errores in procedendo*) i greške u suđenju (*errores in iudicando*) koje mogu biti uzrokovane pogrešno ili nepotpuno utvrđenim činjeničnim stanjem (*error in facto*), pogrešnom primenom krivičnog prava i nepravilnom odlukom o krivičnoj sankciji. Ako se zakonodavac odluči da pravni lek uredi tako da se on može izjaviti protiv svih navedenih grešaka koje se mogu naći bilo u odluci o krivici ili u odluci o kazni (tzv. potpuni pravni lek), na optuženom je da odluči u skladu s načelom dispozicije raspolaganja pravnim lekom iz kojih osnova, u kom delu i u kojem pravcu će pobijati osuđujuću presudu.

U pojedinim zemljama je pravo na izjavljivanje pravnog leka uslovljeno prethodnim dobijanjem odobrenja.<sup>17</sup> Za razliku od Evropske komisije za ljudska prava koja je u predmetu *Nas protiv Švedske*<sup>18</sup> zaključila da se u konkretnom slučaju takav postupak za ostvarivanje prava na izjavljivanje pravnog leka Vrhovnom sudu mora sam po sebi smatrati kao ispitivanje u smislu člana 2. Protokola broj 7 uz EKLJP, u doktrini postoje i drugačija mišljenja. Naime, ističe se da takvo rešenje može dovesti u pitanje suštinu ovog prava budući da se odluka o davanju ili uskraćivanju odobrenja često svodi na diskrecionu procenu, a ne na preispitivanje od strane višeg suda.

Analiza predstavki koje su u vezi s ovakvim uslovljavanjem prava na izjavljivanje pravnog leka podnošene organima u Strazburu daje osnova za nešto drugačiji

15 *Diennet v. France*, 18160/91, 26. 9. 1995, § 34.

16 *Krombach v. France*, 29731/96, 13. 2. 2001, § 96.

17 *Nielsen v. Denmark*, 19028/91, 9. 9. 1992; *Pesti and Frodl v. Austria*, 27618/95, 27619/95, 18. 1. 2000; *Sawalha v. Sweden*, 64299/01, 13. 1. 2004.

18 *Näss v. Sweden*, 18066/91, 6. 4. 1994.

zaključak. *Ratio legis* odobrenja je u tome da onemogući *contra* ili *praeter legem* iznošenje predmeta pred viši sud na osnovu tvrdnje o postojanju određene povrede procesnog ili materijalnog krivičnog zakona ili zahteva za ponovnim suđenjem u drugom stepenu.<sup>19</sup> Jednom reči, u pitanju je pravni lek koji je izjavljen protivno uslovima koje propisuje unutrašnje zakonodavstvo ili bi, s obzirom na nepostojanje izgleda na uspeh, doveo do nepotrebnog odugovlačenja krivičnog postupka.

O povredi prava iz člana 2. Protokola broj 7 uz EKLJP se može govoriti kada je optuženi osuđen u odsustvu, a mogućnost izjavljivanja pravnog leka je bila uslovljena njegovim pojavljivanjem pred sudom. U konkretnom slučaju optuženi je lišen mogućnosti da se brani od navoda optužbe i da ukazuje na povrede krivičnog postupka. Od posebnog značaja je bilo to što mu je uskraćena mogućnost da Kasacioni sud preispita zakonitost odluke prvostepenog porotnog suda da se braniocu ne dozvoli da iznosi argumente odbrane.<sup>20</sup> Povreda člana 2. Protokola broj 7 uz EKLJP će postojati i u slučaju kada „kazna“ koja je izrečena optuženom bude u potpunosti ili u najvećem delu izdržana pre nego što je odlučeno o izjavljenom pravnom leku. U tom slučaju pravo na pravni lek je lišeno svoje suštine.<sup>21</sup>

### 3. SLUČAJEVI U KOJIMA JE MOGUĆE PREDVIDETI IZUZETKE OD PRAVA NA ŽALBU U KRIVIČNIM STVARIMA

Odredba člana 2, stava 2. Protokola broj 7 uz EKLJP propisuje izuzetke od obaveze države da predvidi pravo na izjavljivanje pravnog leka protiv osude ili kazne. Reč je o slučajevima koji se odnose na delo manjeg značaja, prvostepeni postupak u kojem je najviši sud izrekao osudu i donošenje osuđujuće presude koje je usledilo nakon izjavljivanja pravnog leka protiv oslobađajuće presude. Pre detaljnije analize navedenih izuzetaka treba istaći da pravo iz člana 2, stav 1. Protokola broj 7 uz EKLJP spada u prava od kojih se, saglasno članu 15, st. 1. i 2. EKLJP, može odstupiti u doba rata ili druge javne opasnosti koji preti opstanku nacije.

Izuzetak od prava na preispitivanje osude ili kazne odnosi se najpre na prvostepene sudske postupke u kojima je odlučivano o delima manjeg značaja. Ako se ima u vidu da odredba člana 2, stava 2. Protokola broj 7 uz EKLJP predviđa da se zakonom određuje koje delo se može smatrati takvim, iskršava dilema pomoću kojeg kriterijuma bi se to moglo utvrđivati. U izveštaju sa objašnjenjima pojedinih odredaba Protokola broj 7 uz EKLJP navedeno je da bi osnovni kriterijum za ocenu da li je reč o delu manjeg značaja trebalo da bude okolnost da li je propisana kazna zatvora.<sup>22</sup> Ovaj pristup se u doktrini naziva apstraktnim modelom određivanja dela manjeg značaja, a pored njega postoji i konkretni model koji se zasniva na merilu izrečene kazne. Kao osnovni nedostatak apstraktnog modela se ističe nemogućnost

19 *Botten v. Norway*, 16206/90, 17. 1. 1994.

20 *Krombach v. France*, §§ 99, 100.

21 *Shvydka v. Ukraine*, 17888/12, 30. 10. 2014, §§ 52, 53, 55.

22 Rapport explicatif au Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, § 21.



iznalaženja „zajedničkog imenitelja“ za određivanje pojma delo manjeg značaja, budući da se zakonodavne politike država članica u velikoj meri razlikuju. Na drugoj strani, oslanjanje na izrečenu kaznu ostavlja državi polje slobodne procene, ali nosi rizik od sudskog postupanja kojim bi izricanjem kazne u okvirima pojma dela manjeg značaja bila isključena mogućnost preispitivanja osude tj. odluke o krivici pred višim sudom.

Dosadašnja praksa strazburških organa svedoči o tome da je merodavna propisana kazna, pri čemu se vodi računa ne samo o vrsti, već i o *meri* kazne koja se može izreći za određeno krivično delo. Evropska komisija za ljudska prava je u predmetu *Putz protiv Austrije*<sup>23</sup> stala na stanovište da se radi o delu manjeg značaja, jer je za „nepoštovanje ugleda suda“ mogla da bude izrečena novčana kazna, a u slučaju da je to potrebno radi održavanja reda i kazna zatvora u trajanju do osam dana. Pored toga, neplaćena novčana kazna je mogla da bude zamenjena kaznom zatvora. Nasuprot tome, za Evropski sud za ljudska prava nije bilo dileme da se ne radi o delu manjeg značaja u slučaju kada je bila predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina.<sup>24</sup>

Drugi izuzetak se odnosi na situacije u kojima se nosiocima najviših političkih ili sudskih funkcija sudi pred ustavnim,<sup>25</sup> kasacionim<sup>26</sup> ili vrhovnim sudom. Iako je teško zamislivo na koji način bi u ovom slučaju mogla da bude uvedena dvostepenost sudskog odlučivanja (eventualno preispitivanjem donete presude od strane drugog veća ili opšte sednice najvišeg suda), postoje mišljenja da bi to bilo poželjno jer ni najviše sudske institucije nisu imune na greške.

Poslednji izuzetak obuhvata slučaj kada je nakon izjavljivanja pravnog leka protiv oslobađajuće presude viši sud preinačio pobijanu odluku i izrekao osuđujuću presudu. Sa doktrinarnog stanovišta se ovoj mogućnosti mogu uputiti brojni prigovori, a jedan od njih je da osuđujuća presuda može biti doneta u sednici veća, a ne na pretresu. To ima za posledicu da se činjenični osnov za donošenje odluke o osudi i izricanje krivične sankcije utvrđuje na osnovu spisa što je u suprotnosti s načinom utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku. Bez obzira na to, evropski standardi ljudskih prava dopuštaju da pravo na preispitivanje bude isključeno u slučaju osude koja je usledila nakon oslobođenja, a od svake države zavisi da li će i na koji način takvo rešenje prihvatiti.

Ako se ima u vidu da član 2, stav 1. Protokola broj 7 uz EKLJP jemči pravo na preispitivanje prvostepene presude samo optuženom koji je osuđen, o izuzetku iz stava 2. navedene odredbe se može govoriti pre svega kada je oslobađajuća presuda preinačena na osnovu pravnog leka izjavljenog od strane zastupnika optužbe. U zavisnosti od načina na koji je uređen sistem pravnih lekova u unutrašnjem pravu, Evropska komisija za ljudska prava je u predmetu *Boten protiv Norveške*<sup>27</sup> utvrdila da je odluka Vrhovnog suda konačna i da, saglasno članu 2, stav 2. Protokola broj 7

23 *Putz v. Austria*, 18892/91, 3. 12. 1993.

24 *Greco v. Romania*, § 82.

25 *Crociani, Palmiotti, Tanassi and Lefebvre d'Ovidio v. Italy*, 8603/79, 8722/79, 8723/79, 8729/79, 18. 12. 1980.

26 *Coëme and Others v. Belgium*, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, 22. 6. 2000.

27 *Botten v. Norway*, 16206/90, 17. 1. 1994.

uz EKLJP, ne podleže daljem preispitivanju. Do sličnog zaključka je došla i u predmetu *Patruš protiv Francuske*,<sup>28</sup> s tim da je posebno naglašeno da je optuženi u odsustvu oslobođen od optužbe, a da je na pretresu pred apelacionim sudom osuđen.

U praksi Evropskog suda za ljudska prava postoje i nešto drugačiji primeri. Tako je u predmetu *Emanuelo protiv Italije*<sup>29</sup> optuženi najpre oslobođen od optužbe od strane porotnog suda, a zatim je apelacioni sud preinačio prvostepenu presudu i oglasio ga krivim i izrekao mu kaznu zatvora u doživotnom trajanju. Iako je osuđujuća presuda izrečena nakon oslobađajuće, Evropski sud za ljudska prava je kascioni zahtev koji je izjavljen protiv osuđujuće presude apelacionog suda razmatrao kao preispitivanje u smislu člana 2. Protokola broj 7 uz EKLJP. Sličan stav je zauzela Evropska komisija za ljudska prava u pomenutom predmetu *Nas protiv Švedske*.<sup>30</sup> Nakon što je okružni sud optuženog osudio po jednoj tački optužbe, a oslobodio po ostalim, u postupku pred apelacionim sudom je osuđen po tri nove tačke optužbe. I u ovom slučaju je odobrenje za preispitivanje osuđujuće presude apelacionog suda od strane Vrhovnog suda smatrano kao preispitivanje osude ili kazne u skladu s članom 2. Protokola broj 7 uz EKLJP.

Ovaj primer pokazuje da odredba člana 2. stav 2. Protokola broj 7 uz EKLJP ne predstavlja smetnju za *reformatio in peius* oslobađajućeg dela presude u slučaju kada optuženi izjavi pravni lek protiv dela presude kojim je oglašen krivim. U praksi strazburških organa se problematika *reformatio in peius* razmatra u svetlu garancija iz člana 6. EKLJP, na šta je ukazala Evropska komisija za ljudska prava u predmetu *Magarian protiv Švajcarske*.<sup>31</sup> Štaviše, Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Monel i Moris protiv Ujedinjenog Kraljevstva*<sup>32</sup> zaključio da ovlašćenje apelacionog suda da nakon uskraćivanja odobrenja za izjavljivanje pravnog leka odredi da se vreme koje je optuženi proveo u pritvoru nakon podnošenja zahteva za ulaganje apela ne uračuna u izrečenu kaznu nije u konkretnom slučaju protivno članu 6, st. 1. i 3(c) EKLJP. U pitanju je rešenje koje treba da omogući da se pravni lek razmotri u razumnom roku i naročito da se ograniči trajanje pritvora lica koje je iznelo ozbiljne argumente i očekuje da ih nadležni sud ispita.

#### 4. ZAVRŠNE NAPOMENE

Iznošenje krivične stvari pred sud pravnog leka moguće je urediti na dva načina. Prvi bi podrazumevao obavezu prvostepenog suda da *ex officio* dostavi svoju presudu nadležnom sudu na ispitivanje, a drugi način bi donošenje odluke o tome prepuštao zainteresovanim krivičnoprocesnim subjektima. Upućivanje predmeta po službenoj dužnosti žalbenom sudu je teorijski zamislivo i dalo bi se pravdati javnim interesom, ali je praktično neostvarivo, a u priličnom broju slučajeva i nepotrebno. Zbog toga je u savremenom procesnom zakonodavstvu, saglasno pravilu *nemo*

28 *Patrouche v. France*, 25906/94, 17. 5. 1995.

29 *Emmanuelo v. Italy*, 35791/97, 31. 8. 1999.

30 *Näss v. Sweden*, 18066/91, 6. 4. 1994.

31 *Magharian v. Switzerland*, 23337/94, 9. 4. 1997.

32 *Monnell and Morris v. the United Kingdom*, 9562/81; 9818/82, 2. 3. 1987, § 46, 69, 70.

*invitus agere cogitur*, prepušteno ovlašćenim procesnim subjektima da sami procene da li će i u kojem obimu pobijati prvostepenu krivičnu presudu. Postupak pravnih lekova, dakle, nije nužna faza krivičnog postupka, već u njemu dolazi do izražaja fakultativnost sudskog odlučivanja.

Na osnovu toga se može reći da u postupku koji se vodi po pravnom leku uloženom protiv prvostepene krivične presude važi, po pravilu, načelo dispozicije, koje omogućava ovlašćenim procesnim subjektima da raspolažu pravnim lekom i da u skladu sa svojim interesima pobijaju sudsku odluku. Domašaj ovog načela redovno biva u manjoj ili većoj meri ograničen u cilju obezbeđenja javnog interesa, o čijoj zaštiti se, u granicama koje odredi zakonodavac, po službenoj dužnosti staraju sud i javni tužilac.

Ovo su nesumnjivo bili principi koji su uticali na redakciju odredbe člana 2. Protokola broj 7 uz EKLJP kojom je u strazburški sistem zaštite osnovnih sloboda i ljudskih prava uvedeno pravo na žalbu u krivičnim stvarima. Iako je u poređenju sa odgovarajućom odredbom MPGPP koja uređuje isto pravo, evropski „zakonodavac“ bio u popriličnom kašnjenju, delotvornosti ovog prava u značajnoj meri je doprinela praksa Evropskog suda za ljudska prava. Uprkos pomacima koji su na tom planu učinjeni ne može se reći da je pravo na žalbu u krivičnim stvarima „izgrađeno“ u toj meri da bi se moglo uporediti s pravom na pravično suđenje ili zabranom ponovnog suđenja u istoj stvari. Razlozi za to su višestruki, počev od toga da strazburški standardi postavljaju samo donju granicu koju treba zadovoljiti prilikom zakonskog uređenja određenog prava, preko velikih razlika koje postoje u uporednom uređenju prava na žalbu protiv krivične presude, pa sve do činjenice da materija pravnih lekova predstavlja jednu od najsloženijih oblasti u krivičnoj problematici.

## LITERATURA

- Berger, Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions Sirey, Paris 2002.<sup>8</sup>
- Carić, Slavoljub, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Intermex, Beograd 2015.
- Favoreu, Louis (*et al.*), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris 2009.<sup>5</sup>
- Frison-Roche, Marie-Anne, „Le droit d'accès à la justice et au droit“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris 2012.<sup>18</sup>
- Harris, David (*et al.*), *Law of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Hart, Herbert, *Pojam prava* (s predgovorom L. Grina) (preveli D. Vranjanac, G. Dajović), Pravni fakultet u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2013.
- Ilić, Goran P. (*et al.*), *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2015.<sup>8</sup>
- Jakšić, Aleksandar, *Evropska konvencija o ljudskim pravima komentar*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006.
- Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava strazburški acquis*, Novi informator d.o.o., Zagreb 2013.

- Ovey, Clare,  
 White, Robin C. A., *The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Popović, Dragoljub, „Autonomni koncepti evropskog prava ljudskih prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LVII, 4/2009.
- Popović, Dragoljub, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd 2012.
- Pradel, Jean,  
 Corstens, Geert,  
 Vermulen, Gert, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 2009.<sup>3</sup>
- Renucci, Jean-François, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 2002.<sup>3</sup>
- Rid, Karen (Knjiga 1), *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare*, (prevod L. Budimlić, N. Dobriković), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007.
- Rid, Karen (Knjiga 2), *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare*, (prevod L. Budimlić, N. Dobriković), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007.
- Sudre, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'home*, Presses Universitaires de France, Paris 2001.<sup>5</sup>
- Trechsel, Stefan (*With the assistance of Sarah J. Summers*), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Van Dijk, Piter (*et al.*), *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Müller, Sarajevo 2001.

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

Vice President

Constitutional Court

## THE RIGHT TO APPEAL AGAINST CRIMINAL JUDGMENT AS A BASIC HUMAN RIGHT

### SUMMARY

In this paper, the author deals with the right to appeal against criminal judgment as one of the fundamental rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights. The circumstances under which the Protocol No. 7 to the European Convention for the Protection of Human Rights imposed the right to appeal against a criminal judgment in the Strasbourg-based system to protect the rights of the accused in criminal proceedings are analyzed. It is primarily meant the review of the conditions under which the right to appeal against a criminal judgment can be exercised. In their analysis, the author dealt with the meaning of the autonomous concepts created in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which is important for a proper understanding of the scope of the right to appeal against a criminal judgment. Thereby the stronghold of analysis is based on the decisions of the European Court of Human Rights and, to a lesser extent, the European Commission of Human Rights, while the doctrinal views are consciously

placed into the background. Given that the right of appeal in criminal matters do not fall in the so-called core human rights, which means that it may depart from in time of war or other public emergency that threatens the life of the nation, it should not be surprising that the European Convention for Protection of Human Rights provided cases where, in ordinary circumstances, the right to appeal against a criminal conviction may be excluded. These reasons were the subject to analysis, too. Finally, the author concludes that the way in which the right to appeal against criminal convictions are envisaged in Protocol No. 7 to the European Convention for the Protection of Human Rights and its interpretation in the jurisprudence of the European Court of Human rights are not sufficiently constructed as in the case, for example, with the right to a fair trial. The reasons for this are multiple, starting from the fact that Strasbourg-based standards just set the lower limit that must be satisfied in legal regulation of certain rights, over the huge differences that exist in comparative regulation of the right to appeal against a criminal conviction, to the fact that the matter of legal remedies represents one of the most complex areas of criminal issue.

**Keywords:** human rights, European Convention, European Court, criminal judgment, the right to appeal, scope, exceptions.

## VOLJA I NAMERA U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

**Apstrakt:** Autor u radu govori o krivičnopravnom značaju volje i namere. U pitanju su pojmovi koji se koriste u krivičnom pravu, ali izvorno potiču iz vanpravne naučne discipline psihologije. Iako su u psihološkom smislu po svojoj prirodi sadržinski veoma bliske, u krivičnom pravu postoji formalna distinkcija između volje i namere. Volja se javlja u opštem delu krivičnog prava – kao konstitutivni element pojedinih instituta, a namera u posebnom delu krivičnog prava – kao obeležje bića kod jednog broja krivičnih dela. Shodno tome, u prvom delu rada u fokusu interesovanja jesu opšti instituti koji u svom subjektivnom supstratu, manje ili više transparentno, inkorporiraju volju. U drugom delu rada autor ukratko prikazuje subjektivnu stranu jednog broja krivičnih dela kod kojih se namera javlja kao osnovno i/ili dopunsko obeležje bića. U datom kontekstu autor ukazuje na to da zakonodavac kada predviđa nameru kao obeležje bića, u najvećem broju slučajeva koristi termin „u nameri“, dok kod nekih krivičnih dela nameru propisuje koristeći sinonime ili opisno. Nakon toga, autor konstatuje da se dati pojmovi u teoriji, kao i u sudskoj praksi, ne tumače na jednoobrazan način. S tim u vezi, razmatra se i pitanje odnosa umišljaja i namere, tj. da li namera u svakom slučaju, nezavisno od toga na koji način je propisana, implicira direktni umišljaj. U završnim napomenama navedeni su zaključci do kojih se došlo prilikom razmatranja apostrofiranih spornih pitanja.

**Ključne reči:** volja, namera, umišljaj, subjektivna obeležja bića, krivično delo.

### 1. UVODNE NAPOMENE

Iako se u leksičkom smislu<sup>1</sup> pojam namere i pojam volje po pravilu izjednačavaju, u psihopatologiji kao i forenzičkoj psihijatriji većina autora, u skladu sa relevantnim stanovištima opšte psihologije,<sup>2</sup> vrši njihovo pojmovno i suštinsko razlikovanje.

U tom smislu se navodi da volja predstavlja sposobnost čoveka da upotrebi svoju psihičku i motornu energiju, u realizaciji nekog svesno postavljenog cilja. U evolucionom smislu volja je najmlađa psihička funkcija. Pripada grupi konativnih psihičkih funkcija i u osnovi je psihički proces koji se odvija u tri faze: prvu fazu čini borba motiva; druga faza jeste odluka o izboru cilja, odnosno namera i treća faza je izvršenje donete odluke, manifestacija volje tj. voljna aktivnost. Bez izvršenja možemo govoriti samo o želji, jer je konačno merilo volje ponašanje tj. radnja.

\* redovni profesor, ndelic@ius.bg.ac.rs

1 Volja – namera, odluka, stremljenje, težnja, nastojanje, cilj, intencija. Namera – nastojanje, težnja, cilj, volja, intencija, naum, pretenzija. P. Čosić i saradnici, *Rečnik sinonima*, Beograd 2008, 107. i 350. Vid. M. Kostić, *Forenzička psihologija*, Beograd 2002, 69.

2 N. Rot, *Opšta psihologija*, Beograd 2000, 231–232.

Najznačajnija osobina volje jeste svesnost doživljaja tokom sve tri pomenute faze – voljna radnja je uvek svesna radnja. Sa tog aspekta volja se može označiti kao najselektivnija psihička funkcija, veoma bliska svesti – koja po svojoj prirodi predstavlja integrativni proces, odnosno kompoziciju saznavnih funkcija.<sup>3</sup>

Kao takva, volja je karakteristična za čoveka, koji je zahvaljujući ovoj psihičkoj funkciji „slobodniji“ od drugih bića jer njegovo ponašanje nije rukovođeno isključivo nagonima. Volja sa jedne strane, omogućava ostvarenje aktuelnog, ali opšteprihvatljivog motiva i sa druge strane, kočenje socijalno ili moralno neprihvatljivih nagona.<sup>4</sup>

Može se reći da volja predstavlja proces izazvan svesnom i podsvesnom motivacijom, promišljanjem, donošenjem odluke i ostvarenjem postavljenog cilja ili pak, kočenjem, odgađanjem ili odbacivanjem cilja. Volja čoveku omogućuje donošenje odluke o tome šta će učiniti ili od čega će odustati, odnosno omogućuje izbor između više ciljeva.<sup>5</sup>

Kod ljudi kao svesnih bića većina aktivnosti usmerena je na ostvarenje nekog cilja. Shodno tome, unutrašnji aspekt svake voljne radnje jeste odgovarajuća namera. Kada se konstatuje da je neko učinio nešto namerno time se naglašava usmerenost datog ponašanja. Kao što je navedeno, namera prethodi izboru između različitih mogućnosti.

Shodno svemu rečenom, da se zaključiti da su u psihološkom smislu volja i namera suštinski vrlo bliske. Njihova generička veza ogleda se u tome što namera predstavlja jednu fazu u procesu realizovanja volje kao složene psihičke funkcije koju primarno definiše svest i koja predstavlja rezultantu međusobnog dejstva određenih endogenih i egzogenih činilaca. U posmatranoj konstelaciji odnos datih psiholoških kategorija je takav da svest prožima voljnu radnju, a samim tim i nameru kao njenu komponentu.

Iako su primarno psihološke kategorije, volja i namera imaju i odgovarajući krivičnopravni značaj. Pri tome, volja nije izdvojena kao samostalni krivičnopravni pojam već se u opštem delu krivičnog prava javlja u vidu konstitutivnog elementa subjektivnog supstrata pojedinih opštih instituta. Namera pak, u posebnom delu krivičnog prava egzistira kao samostalno (osnovno i/ili dopunsko) obeležje bića jednog broja krivičnih dela.

## 2. KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ VOLJE

Volja se u opštem delu krivičnog prava javlja u okviru sledećih instituta.

Radnja krivičnog dela – Radnja je suština krivičnog dela, njegova okosnica i bez nje krivično delo ne može da postoji. U kontekstu opšteg objektivno-subjektivnog pojma krivičnog dela (član 14. KZ) radnja ima trostruku funkciju, tj. funkciju

3 Vid. J. Vesel, *Medicinska psihologija sa psihopatologijom*, Beograd 1983, 111–113, V. Desimirović, *Medicinska psihologija sa osnovama psihopatologije*, Beograd 1997, 179, S. Jakulić, *Forenzička psihijatrija – autorizovana predavanja*, Beograd 1999, 121. i Z. Ćirić, *Sudska psihijatrija*, Niš 2013, 127–128.

4 Upor. D. Drakić, T. Lukić, „Krivično pravo i sposobnost čovekovog samoodređenja“, *Crimen*, Beograd 1/2011, 95–96.

5 D. Kozarić-Kovačević, M. Grubišić, V. Grozdanić, *Forenzička psihijatrija*, Zagreb 2005, 55.

osnovnog elementa, povezujućeg i razgraničavajućeg. Na ovaj način određena radnja nužno pretpostavlja napuštanje objektivno-subjektivnog ili kauzalnog, odnosno naturalističkog pojma radnje, koji potiče još od Lista (*Liszt*), prema kome je radnja voljni telesni pokret ili voljno propuštanje da se preduzme telesni pokret,<sup>6</sup> i u skladu sa savremenim shvatanjima o pojmu radnje, njeno definisanje kao društveno relevantnog ostvarivanja volje. Dati pojam nastao je integracijom, i u potrebnoj meri modifikovanjem, dve teorije o pojmu radnje – socijalne i personalne. Prema socijalnoj teoriji radnja je „prvenstveno socijalni fenomen“ ili „voljni akt sa socijalnim smislom“ (Šmit /*Schmidt*/), ili „sveukupno socijalno relevantno ljudsko ponašanje“ (Ješek /*Jescheck*/), ili „na povredu socijalnih dobara usmereno ponašanje“ (Majhofer /*Maihofer*/), odnosno „voljna delatnost sa socijalnim posledicama“ (Engiš /*Engisch*/). Pri tome se pod ponašanjem podrazumeva svaki odgovor datog lica na zahteve koje mu nameće neka socijalna situacija. U tom smislu je i nečinjenje ponašanje jer je i ono jedan mogući odgovor na zahtev društva da se u određenoj situaciji nešto aktivno učini. Kako se navodi, naglašavanje da ponašanje mora biti ljudsko služi isključenju postupaka pravnih lica iz pojma radnje, a isticanje njegove društvene relevantnosti znači da se to ponašanje mora manifestovati u spoljnom svetu.<sup>7</sup> Prema personalnom pojmu (Rudolf /*Rudolphi*/ i Kaufman /*Kaufmann*/), radnja je ispoljavanje ličnosti. Za razliku od drugih teorija koje predstavljaju jednostrana učenja o radnji i definišu je uzimajući u obzir samo po jedan njen kvalitet (kauzalitet ili socijalnu relevantnost), ova teorija polazi od kompleksne strukture čovekovog delanja koja po svojoj prirodi odgovara njegovom biću takođe kompleksnom i sazdanom od četiri elementa: Kosmosa, Biosa, Psihe i Logosa i stoga se smatra da ljudska radnja u sebi obuhvata sledeće elemente: kauzalitet, finalnost, voljnu komponentu i racionalnu osmišljenost, koji se u svom totalitetu prelamaju kroz čovekovu ličnost.<sup>8</sup> Najzad, prihvaćeni mešoviti socijalno-personalni pojam radnje polazi od osnovnih postavki iz navedenih teorija, koje povezuje, a pri tome pojednostavljuje i precizira personalno shvatanje radnje u smislu da umesto ispoljavanja ličnosti u definiciju unosi ostvarivanje volje (budući da se ispoljavanje ličnosti uglavnom svodi na ostvarivanje volje) i na taj način formira pojam koji po važnosti izjednačava i postojanje društvenog značaja radnje koju neko preduzima i ostvarivanje volje do kojeg dolazi prilikom preduzimanja te radnje.<sup>9</sup> Ostvarivanje volje može se ispoljiti u različitim oblicima, neki od njih sadrže samo minimum volje, dok drugi podrazumevaju složeno ponašanje subjekta koje u sebi obuhvata različite aspekte ostvarivanja njegove ličnosti i koje je usmereno na realizovanje određenog cilja.<sup>10</sup> Suprotno pak, nepostojanje voljne kontrole datom ponašanju oduzima karakter krivičnopravno relevantnog delovanja i otuda nema radnje krivičnog dela kada je ona preduzeta pod dejstvom apsolutne sile. Budući da voljna radnja pretpostavlja svesno delovanje, radnje krivičnog dela nema ni u stanjima sna ili gubitka svesti, u slučaju refleksnih

6 Vid. I. Vuković, „Krivičnopravni pojam i funkcije radnje“, *Crimen*, Beograd 1/2012, 79–81.

7 C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München 2006, 256.

8 *Ibid.* Vid. I. Vuković, (1/2012), 85–88.

9 Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd 2015, 98.

10 *Ibid.*, 95.



pokreta, hipnoze i mesečarenja, automatizovanih radnji, spontanih reakcija kao i slučajnih radnji.<sup>11</sup>

Uračunljivost – Sasvim opravdano, zakonodavac ne definiše samu uračunljivost, već polazi od njene oborive pretpostavke. Otuda, član 23, st. 2. i 3. KZ sadrži definicije neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti, odnosno u datim odredbama predviđen je način na koji se utvrđuje postojanje ovih instituta. Prema opšteusvojenom shvatanju postojanje neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti utvrđuje se primenom mešovitog biološko-psihološkog metoda.<sup>12</sup> U tom smislu, primena biološkog metoda podrazumeva postojanje nekog od relevantnih poremećenih psihičkih stanja, a primena psihološkog metoda, odsustvo/nemogućnost ili bitno smanjenje sposobnosti shvatanja značaja svoga dela – sposobnost rasuđivanja ili sposobnosti upravljanja svojim postupcima – sposobnost odlučivanja. Sposobnost upravljanja svojim postupcima predstavlja voluntarističku moć nekog lica. Realizacija ove sposobnosti ostvaruje se voljnim delovanjem. To je ljudsko delovanje kome prethodi zamisao datog čina ili zamisao njegovih posledica, a koje je opredeljeno tom zamisli. Shodno tome, u kontekstu instituta uračunljivosti volja kao psihička funkcija predstavlja mogućnost uspostavljanja vlasti nad sobom i ostvarenja određenih ciljeva.<sup>13</sup> U datoj konstelaciji relevantnih psihičkih sposobnosti, sposobnost odlučivanja tesno je vezana za sposobnost rasuđivanja, budući da je teško zamisliti situaciju da kod nekog postoji mogućnost odlučivanja, a ne postoji mogućnost rasuđivanja – svakom odlučivanju nužno prethodi rasuđivanje. Shodno tome, odsustvo

- 
- 11 Vid. I. Vuković, „Osnovi isključenja radnje kao osnovi isključenja krivičnog dela“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Drugi deo*, Beograd 2012, 177–184. Za razliku od apsolutne sile koja isključuje voljnu radnju i time postojanje krivičnog dela, kompulzivna sila i pretnja deluju na volju lica prema kome se primenjuju, ali ne isključuju mogućnost voljnog delovanja. Dakle, kompulzivna sila i pretnja ne isključuju volju, ali na nju u određenom smislu deluju i to tako što proces donošenja odluke na neki način usmeravaju, te doneta odluka biva opredeljena njihovim delovanjem. Jednom rečju, kod lica na koje se primenjuju, ograničavaju slobodu voljnog delovanja tj. donošenja ili ostvarivanja odluka. Shodno tome, opravdano je značaj kompulzivne sile i pretnje, s obzirom na njihovu prirodu, tražiti u vezi sa subjektivnim elementom krivičnog dela, tj. krivicom. Naime, njihov značaj trebalo bi utvrditi preko onih instituta koji sadrže voljnu komponentu, a to su umišljaj i uračunljivost. Vid. N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd 2009, 103–108.
- 12 Mogao bi se braniti i stav da dato označavanje predstavlja neopravdanu simplifikaciju ovog metoda. Reč jeste o mešovitom metodu, ali mešovitom metodu čija je kompleksna biološko-psihološka sadržina obogaćena i dovostrukom normativnom komponentom. Metod kojim se utvrđuju neuračunljivost i bitno smanjena uračunljivost u svom segmentu koji se uobičajeno označava kao „biloški“ jeste biološko-psihološko-normativan, dok je u segmentu koji se označava kao „psihološki“ takođe sadržinski bogatiji, odnosno psihološko-normativan jer se ne svodi isključivo na procenu mogućnosti/nemogućnosti, odnosno bitnog smanjenja relevantnih psihičkih funkcija, već nužno podrazumeva i odgovarajuću normativnu ocenu budući da se u konkretnom slučaju takođe utvrđuje i da li je učinilac bio u stanju da „savlada“ uticaje iz date biopsihološke sfere i da ne učini krivično delo. Shodno navedenom, daleko transparentnije bi bilo ukoliko bi se dati metod označavao kao kompleksni mešoviti metod. Vid. N. Delić, „Neke dileme u vezi utvrđivanja neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti (član 23. KZ)“, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti*, Beograd 2012, 152–154.
- 13 Vid. N. Delić, *Krivičnopravni značaj smanjene uračunljivosti*, MR, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1995, 98–99.

sposobnosti odlučivanja ispituje se tek kada se utvrdi da je postojala sposobnost rasuđivanja. Naime, može se izuzetno dogoditi da postoji sposobnost rasuđivanja, ali da ne postoji sposobnost odlučivanja zbog izvesnog poremećaja u volji. U tom slučaju ne postoji mogućnost da se sopstveno ponašanje voljno kontroliše, kako se navodi, podstreci za delom su tako nadmoćni, ili su faktori kočenja toliko oslabljeni da ne postoji (ili je bitno smanjena) mogućnost njihovog savladavanja iako postoji sposobnost shvatanja onog što se čini.<sup>14</sup>

Umišljaj – Prema zakonskoj formulaciji (član 25. KZ), sadržaj umišljaja kvalitativno određuju dve komponente: intelektualna i voljna – kao segmenti jedne celine, u smislu jedinstva znanja i htenja. U datom kontekstu postojanje svesti je pretpostavka za postojanje volje, za donošenje odluke. Sadržaj voljne komponente umišljaja čini ili bezuslovna volja da se ostvari krivično delo tj. htenje (direktni umišljaj) ili pristajanje na krivično delo (eventualni umišljaj). U prvom slučaju – direktni umišljaj, volja se sastoji u odluci da se dato krivično delo ostvari, odnosno u htenju učinioca da svojom radnjom učini krivično delo u uslovima postojanja svih okolnosti kojih je svestan, a koje imaju značaj obeležja bića krivičnog dela. Pri tome, treba naglasiti da se voljni odnos učinioca kod direktnog umišljaja izražava u htenju, a ne u želji jer se želja ne mora poklapati sa htenjem. Otuda, direktni umišljaj postoji i onda kada je učinilac hteo izvršenje dela iako to u stvari nije želeo. U drugom slučaju – eventualni umišljaj, učinilac se saglašava sa mogućnošću ostvarenja krivičnog dela. Svestan je visokog rizika koji prati njegovu delatnost i akceptira nastupanje krivičnog dela. Voljna komponenta eventualnog umišljaja sastoji se u pristajanju učinioca, što znači da on ne čini nikakav voljni napor da ostvari krivično delo, ali i ne odustaje od radnje nego je vrši prihvatajući mogućnost nastupanja krivičnog dela. Ovakav voljni odnos učinioca prema delu može da postoji samo ukoliko je kod učinioca postojala svest o tome da usled njegove radnje može doći do ostvarenja krivičnog dela. Ono što suštinski razlikuje direktni i eventualni umišljaj jeste intenzitet voljne komponente i u tom smislu htenje pretpostavlja volju većeg intenziteta nego pristajanje. Prisustvo volje odgovarajućeg intenziteta, odnosno njeno odsustvo jeste i kriterijum diferenciranja eventualnog umišljaja od svesnog nehata (član 26. KZ). Kako se navodi, za njihovo razgraničenje od najvećeg značaja je teorija pristajanja, shvaćena psihološki-normativno.<sup>15</sup> Ovo iz razloga što se utvrđivanje

14 D. Drakić, *Neuračunljivost*, Novi Sad 2007, 106–107.

15 Z. Stojanović, (2015), 168. Treba reći da u nemačkoj literaturi nailazimo na stav, prema kojem rešavanje datog pitanja predstavlja akt vrednovanja, odnosno pretpostavlja isključivo normativni pristup i shodno tome razliku između umišljaja i nehata najpreciznije iskazuje „kriterijum opredeljivanja za moguću povredu pravnog dobra“. Budući da, prema datom mišljenju, između eventualnog umišljaja i svesnog nehata postoji ne samo kvantitativna, već i kvalitativna razlika, proces utvrđivanja da li postoji „odluka za jednu moguću povredu pravnog dobra“ nužno zahteva konkretizaciju tj. obuhvata primenu i odgovarajućih indikatora kao što su npr. prepoznata opasnost sopstvenog ponašanja; u kojoj meri je za učinioca bilo verovatno da će pasivni subjekt ličnim anagažovanjem izbeći prouzrokovanu opasnost i okolnost da li je učinilac imao motiv da moguće posledice uračuna u svoje ponašanje. No, iz razloga što se u pojedinim slučajevima dato razlikovanje ne može svesti isključivo na pojedinačne indikatore, autor zaključuje da granične situacije ipak treba procenjivati na osnovu sveukupnog sagledavanja svih objektivnih i subjektivnih činjeničnih okolnosti. C. Roxin, „O eventualnom umišljaju“, *Crimen*, Beograd 1/2010, 8–15.

eventualnog umišljaja ne može uvek zasnivati samo na psihičkom odnosu učinioca već se njegov pristanak mora utvrđivati i kao normativna, vrednosna činjenica.<sup>16</sup>

Dobrovoljni odustanak – Institut dobrovoljnog odustanka (član 32, st. 1, 2 i 4. KZ), koji predstavlja fakultativni osnov za oslobodenje od kazne, sadrži objektivnu (da je učinilac prestao sa preduzimanjem radnje izvršenja – nesvršeni pokušaj ili u slučaju njenog okončanja, sprečio nastupanje posledice – svršeni pokušaj) i subjektivnu komponentu koja se realizuje tako što je učinilac odluku o odustanku od krivičnog dela doneo dobrovoljno. Smatra se da se subjektivna strana dobrovoljnog odustanka iscrpljuje u tome što je odluka o odustanku rezultat slobodne volje učinioca, tj. odustajanje je akt njegove slobodne determinacije. To znači da je učinilac odluku doneo pod dejstvom unutrašnjih motiva, nezavisno od njihove moralne prirode, a ne pod dejstvom određenih spoljnih okolnosti koje imaju karakter ozbiljne smetnje za dovršenje krivičnog dela (AS u Kragujevcu Kž 891/12<sup>17</sup> i AS u Beogradu Kž1 3024/13<sup>18</sup>). Osim volje i unutrašnjih motiva, dobrovoljnost učinioca definiše i svest o tome da je krivično delo mogao da dovrši.<sup>19</sup> Naime, odustajanje mora biti svesno i voljno i otuda nema dobrovoljnog odustanka ako je učinilac sprečio nastupanje posledice slučajno ili iz neznanja. Shodno tome, možemo da vidimo da iako se dobrovoljnost u etimološkom smislu primarno vezuje za volju učinioca, ona je sadržinski posmatrano složena subjektivna kategorija koja obuhvata voljnu odluku, dejstvo određenih tj. unutrašnjih motiva i odgovarajuću svest učinioca – svest o mogućnosti dovršenja dela. Međutim, u skladu sa mešovitim, psihološko-normativnim teorijama dobrovoljnosti priroda subjektivne komponente instituta dobrovoljnog odustanka ipak nije „čisto“ subjektivna, već njen složeni psihološki supstrat nužno koegzistira sa normativnim korektivom koji podrazumeva vrednosni sud o ispunjenosti zakonskih pretpostavki za primenu ovog instituta.<sup>20</sup> Najzad, treba reći da ima mišljenja da se eventualne poteškoće prilikom utvrđivanja dobrovoljnosti mogu izbeći tako što bi odustanak uvek morao biti voljan, ali ne i dobrovoljan, a što implicira da odustanak ne bi postojao jedino usled dejstva nekih okolnosti koje u potpunosti isključuju volju učinioca, tj. njeno realizovanje.<sup>21</sup>

Dobrovoljno sprečavanje krivičnog dela od strane saučesnika – Shodno zakonskoj odredbi osloboditi se od kazne može saizvršilac, podstrekač ili pomagač koji je dobrovoljno sprečio izvršenje krivičnog dela (član 32, stav 3. KZ). Za primenu ovog instituta nije dovoljno da je saučesnik odustao o daljeg preduzimanja radnje

16 Vid. I. Vuković, „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Treći deo*, Beograd 2009, 245–246. i I. Vuković, „Krivičnopravni problemi prenošenja HIV-a“, *Crimen*, Beograd, 1/2010, 76–81.

17 Cit. prema, *Izbor sudske prakse*, Beograd 1/2015, 43.

18 Cit. prema, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, Beograd 2014, 8.

19 Z. Stojanović, (2015), 220.

20 C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, München 2003, 602, I. Simović-Hiber, *Dobrovoljni odustanak u krivičnom pravu*, DD, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1987, 334–335. i I. Đokić, „O dobrovoljnosti odustanka od izvršenja krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 1/2015, 186–200.

21 Z. Stojanović, „Odustanak od izvršenja krivičnog dela i pitanje dobrovoljnosti“, *Pravni život*, Beograd 1/1978, 35–38.

saučesništva, već je potrebno da je sprečio izvršioca da izvrši krivično delo ili kažnjiv pokušaj.<sup>22</sup> Kako se navodi, saučesnici na taj način „anuliraju“ sopstveni doprinos krivičnom delu. Dobrovoljnost se manifestuje tako što saučesnik pod dejstvom unutrašnjih motiva npr. griže savesti, stida ili sažaljenja „revidira“ svoju ranije donetu voljnu odluku i pri tome je svestan da može dovršiti odgovarajuću saučesničku radnju, odnosno da delo može biti učinjeno. Međutim, neće biti dobrovoljnosti u slučaju kada je odluka o odustanku doneta pod dejstvom tzv. indiferentnih motiva npr. zato što je izgubio interes za krivično delo ili mu je učestvovanje u krivičnom delu postalo dosadno, jer u tom slučaju, kako se ističe, nedostaje „moć“ (snaga) voljnog odlučivanja.<sup>23</sup>

Saizvršilaštvo – Ekstenzivni pojam saizvršilaštva, odnosno saizvršilaštvo u slučaju preduzimanja neizvršilačke radnje, pored ostalog (umišljaj i bitan doprinos izvršenju krivičnog dela) pretpostavlja i zajedničku odluku (član 33. KZ), što, kako se navodi, znači da je potrebno da kod učesnika postoji volja da krivično delo zajednički izvrše tzv. izvršilačka volja<sup>24</sup> tj. da krivično delo „hoće kao zajedničko, pa prema tome i kao svoje“ (VSS Kž 32/65).<sup>25</sup> Da bi postojalo saizvršilaštvo objektivni i subjektivni element u konkretnom slučaju moraju biti u odgovarajućoj korelaciji i pri tome mogu biti različitog intenziteta. Međutim, ni izuzetno visok intenzitet izvršilačke volje ne može u potpunosti kompenzovati nedovoljno izražen ili odsutan objektivni element koji se sastoji u bitnom doprinosu izvršenju krivičnog dela. Sam subjektivni element – izvršilačka volja, sastoji se u zajedničkoj odluci koja pretpostavlja prisustvo svesti i volje o zajedničkom izvršenju krivičnog dela. Drugim rečima, zajednička odluka podrazumeva postojanje određenog sporazuma (dogovora) da se zajednički izvrši krivično delo, tj. plana o podeli uloga u procesu izvršenja. U tom smislu zajednička odluka imlicira da svaki učesnik u permanentnoj svesnoj i voljnoj koordinaciji ostvaruje krivično delo kao ravnopravni partner. Pri tome, svest i volja moraju biti tako orijentisani da preduzete radnje ne predstavljaju bitan doprinos samo pojedininim, već svim učesnicima krivičnog dela. Jednom rečju, doprinos radnjama drugih učesnika treba da predstavlja dopunu sopstvenom delu, što se utvrđuje na osnovu onoga što je bilo obuhvaćeno svešću i voljom prilikom donošenja odluke.<sup>26</sup> Sve rečeno upućuje na zaključak da pojam izvršilačke volje treba razumeti kao jedinstvo svesti i volje. Budući da saizvršilaštvo ostvareno preduzimanjem neizvršilačke radnje uvek podrazumeva umišljaj, koji treba shvatiti u njegovom uobičajenom, zakonskom smislu (član 25. KZ), ovde je neophodno praviti distinkciju između svesti i volje koji ulaze u sastav umišljaja i svesti i volje da se zajednički ostvari krivično delo, koji, kao što je navedeno, proizlaze iz zajedničke odluke.<sup>27</sup>

22 Z. Stojanović, (2015), 271.

23 C. Roxin, (2003), 602.

24 Z. Stojanović, (2015), 256.

25 Cit. prema, *Ibid.*, 258.

26 BGH 89 2826. Cit. prema, A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 2001, 431.

27 N. Delić, „Neke dileme u vezi zakonskog pojma saizvršilaštva“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 3/2009, 266–268. i 270.

Stvarno kajanje – Shodno zakonskom tekstu, za primenu instituta stvarnog kajanja kao fakultativnog osnova za oslobođenje od kazne, potrebno je da su ispunjeni sledeći uslovi: da je reč o krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora do pet godina; da je učinilac otklonio posledice dela ili naknadio štetu prouzrokovanu krivičnim delom i da je to učinio pre nego što je saznao da je otkriven (član 58, stav 3. KZ). Iako se u zakonskom tekstu to izričito ne navodi, za primenu instituta stvarnog kajanja potrebno je da bude ispunjen još jedan uslov – da stvarno kajanje bude dobrovoljno, što znači da je učinilac sam, na osnovu slobodne volje i pod dejstvom unutrašnjih motiva, odlučio da otkloni posledice krivičnog dela. Prema pretežno usvojenom mišljenju, neće postojati stvarno kajanje ako je učinilac na otklanjanje posledice bio prinuđen delovanjem trećih lica ili nastalim okolnostima. Ako je do donošenja odluke došlo usled simultanog delovanja unutrašnjih impulsa i spoljnih faktora, za ocenu dobrovoljnosti je potrebno utvrditi šta je u konkretnom slučaju imalo pretežni uticaj na odluku učinioca. Ocenu dobrovoljnosti treba vršiti prema okolnostima pod kojima je do otklanjanja posledice došlo.<sup>28</sup> Za dobrovoljnost nije bitno da li su unutrašnji motivi učinioca moralne prirode, jer stvarno kajanje, jednako kao i dobrovoljni odustanak, nije moralni, već pravni pojam sa psihološkom sadržinom i stoga ne mora biti moralno-etičkom pozitivno.<sup>29</sup> Osim slobodne volje i pretežnog dejstva unutrašnjih motiva, potrebno je da kod učinioca postoji i svest o svemu tome. Može se postaviti pitanje zašto zakonodavac kod instituta stvarnog kajanja u sam zakonski tekst ne unosi kvalifikativ dobrovoljnosti, da li zato što se dobrovoljnost kao uslov ovde podrazumeva ili, suprotno, zato što smatra da ovde dobrovoljnost nije neophodna budući da apsolutna dobrovoljnost ne postoji ni u psihološkom smislu, odnosno voljna radnja je uvek pokrenuta i usmerena određenim motivima koji nastaju u vezi sa spoljnom okolnošću ili se baziraju na odgovarajućem unutrašnjem psihofiziološkom nadražaju.<sup>30</sup> Ako pođemo od činjenice da se u posebnom delu krivičnog prava kod pojedinih krivičnih dela kod kojih je institut stvarnog kajanja propisan po pravilu izričito zahteva da ono u konkretnom slučaju mora biti i dobrovoljno, moglo bi se zaključiti da zakonodavac samo u tim slučajevim insistira na njegovoj subjektivnoj komponenti, dok bi u slučajevima kada se ovaj institut primenjuje na osnovu opšte norme krivičnog prava, u obzir bi moglo da dođe čak i otklanjanje posledice dela koje je bilo „nedobrovoljno“ – koje je u potpunosti bilo opredeljeno delovanjem spoljnih okolnosti. Treba uzeti da zakonodavac, ipak, nije imao nameru da preduzme ovako radikalnan zahvat i predvidi mogućnost oslobođenja od kazne i za slučajeve otklanjanja posledice krivičnog dela koje nije bilo dobrovoljno, već da je kvalifikativ dobrovoljnosti izostavio u nameri da na taj način izbegne da se dati uslov suviše restriktivno tumači što u sudskoj praksi u velikoj meri sužava, ako ne i isključuje mogućnost njegove primene. Inten-

28 Vid. Đ. Đorđević, „Stvarno kajanje“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 4/1990, 34.

29 Shodno tome, nije adekvatan naziv ovog instituta budući da „kajanje“ ima pozitivnu moralnu konotaciju.

30 Z. Stojanović, (1978/1), 38. Upor. V. Kambovski, „Subjektivna strana odustanka od izvršenja krivičnog dela, pojam dobrovoljnosti“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 2/1975, 243.

cija zakonodavca je nesumnjivo bila da dobrovoljnost kod stvarnog kajanja zadrži, što je sasvim logično jer ona proizlazi iz same prirode ovog instituta, ali i da pruži mogućnost za šire tumačenje ovog pojma i time obezbedi veći prostor za njegovu primenu.<sup>31</sup>

Rad u javnom interesu – Rad u javnom interesu kao alternativa kazni lišenja slobode može se izreći za krivična dela za koja je propisan zatvor do tri godine ili novčana kazna. Shodno zakonskom tekstu, ukoliko su ispunjeni predviđeni uslovi, rad u javnom interesu se ne može izreći bez pristanka učinioca (član 52, stav 4. KZ). Dati uslov, sa jedne strane, proizlazi iz same prirode i načina izvršenja ove kazne, a sa druge strane, postoji zato što relevantni međunarodni dokumenti zabranjuju prisilan rad kao krivičnu sankciju. Pristanak učinioca podrazumeva dobrovoljnost u „širem“ smislu tj. da je svestan šta predviđena zakonska mogućnost podrazumeva i da se saglasio sa tim da mu umesto kazne zatvora bude izrečena kazna rad u javnom interesu, kao i da je datu saglasnost manifestovao na odgovarajući način, odnosno da se izričito i nedvosmisleno izjavio da prihvata izricanje ove kazne.

Pristanak povređenog – Budući da ne postoji izričita zakonska odredba koja propisuje uslove za primenu pristanka povređenog kao osnova koji isključuje protivpravnost, sudska praksa i doktrina stoje na stanovištu da su pretpostavke pristanka povređenog sledeće: da se radi o ličnom dostupibilnom pravnom dobru; da je pristanak izjavljen pre ostvarenja dela i da nije opozvan do momenta njegovog vršenja; da postoji sposobnost za pristanak; da je pristanak manifestovan u spoljnom svetu; odsustvo mana volje (prinuda, prevara i zabluda isključuju dejstvo pristanka) i svest učinioca o postojanju pristanka.<sup>32</sup> Kako se smatra, sposobnost za pristanak jeste sposobnost *sui generis* i u suštini podrazumeva individualnu sposobnost rasuđivanja i odlučivanja. Pri tome, dovoljna je faktička prirodna sposobnost rasuđivanja i odlučivanja, koja pretpostavlja takvu duševnu zrelost, koja omogućava da se spozna značaj pristanka i domašaj zahvata drugog lica, te da se volja prema tako spoznatim okolnostima opredeli.<sup>33</sup> Ova sposobnost se razlikuje od uračunljivosti jer u datom kontekstu relevantnih psihičkih funkcija svesti i volje, po svom značaju, a po prirodi stvari, dominira volja koja mora biti spolja slobodno manifestovana u vidu pristanka koji može biti izjavljen izričito ili konkludentno. Izražavanje volje ne zahteva određenu formu, ali u svakom slučaju volja mora da bude jasno i nedvosmisleno manifestovana i ne sme se dovesti u sumnju. Volja takođe mora da bude i ozbiljna.<sup>34</sup>

Pristanak povređenog, isto tako, može imati uticaja i na predviđenost u zakonu u smislu da „saglasnost“ pasivnog subjekta može da isključi ostvarenje bića određene

31 N. Delić, „Delo malog značaja i stvarno kajanje u Krivičnom zakoniku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 1/2014, 31–33. i N. Delić, „Poravnanje učinioca i okrivljenog kao osnov za oslobodenje od kazne“, u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd 2005, 294–295. Vid. Lj. Radulović, „Oslobodenje od kazne“, u: *Identitetski preobražaj Srbije, Prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Beograd 2016, 87–89.

32 I. Vuković, „Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd 2013, 175–186. i I. Marković, „Pristanak povređenog u krivičnom pravu“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Prvi deo*, Beograd 2011, 286–290.

33 I. Vuković, (2013), 181.

34 I. Marković, (2011), 289.

nog krivičnog dela.<sup>35</sup> To su najpre ona krivična dela čija obeležja pojmovno podrazumevaju da je njihovo ostvarenje moguće samo protivno volji titulara pravnog dobra, te ukoliko se radnja izvršenja ostvaruje saglasno njegovoj volji, krivičnog dela nema (npr. silovanje i iznuda). Zatim, tu su krivična dela kod kojih ostvarenje bića neposredno zavisi od volje titulara odgovarajućeg pravnog dobra u smislu da se radnja izvršenja preduzima „neovlašćeno“ ili „bez njegovog pristanka.“ Da bi pristanak u vidu saglasnosti isključio biće krivičnog dela, dovoljna je minimalna, prirodna volja titulara, koju po pravilu poseduje svako lice. Pretpostavka pristanka u vidu saglasnosti jeste i njegova dobrovoljnost. Kako se ističe, pristanak u vidu saglasnosti ne mora biti dat izričito ili konkludentno, dovoljno je faktičko postojanje saglasnosti u trenutku izvršenja krivičnog dela, bez spoljnog manifestovanja saglasne volje. Međutim, treba reći da samo nereagovanje na delo, u smislu pasivnog trpljenja još uvek ne znači saglašavanje sa njegovim ostvarenjem.<sup>36</sup>

Najzad, u stranoj literaturi se kao mogući osnov isključenja protivpravnosti pojavljuje i pretpostavljeni pristanak koji je supsidijaran u odnosu na pristanak povređenog i za koji važe isti uslovi izuzev izjave kojom se titular pravnog dobra saglašava sa zahvatom – ona ovde izostaje. Pretpostavljeni pristanak ima značaj u dva slučaja: postupanje u interesu povređenog i postupanje u interesu drugog lica. U prvom slučaju polazi se od suda o verovatnoći šta predstavlja stvarnu volju titulara određenog pravnog dobra u trenutku izvršenja dela. Cilj je hipotetičko ustanovljavanje onoga što odgovara njegovoj stvarnoj volji, tj. na osnovu objektivnih indicija ustanovljavanje njegove pretpostavljene volje. Pri tome, treba naglasiti da je odlučujuća njegova pretpostavljena, hipotetička volja, a ne objektivni interes. Kako se ističe, samo u ovom slučaju postoje opravdani kriminalno-politički razlozi da se pretpostavljena volja titulara pravnog dobra i uvaži. Primenu drugog slučaja, koji je od značaja onda kada se sa sigurnošću može pretpostaviti da bi titular pravnog dobra, nezavisno od svojih interesa pristao na povredu – delo se ne čini u interesu titulara pravnog dobra, već u interesu učinioca ili trećeg lica, zbog moguće zloupotrebe bi trebalo ograničiti samo bagatelni kriminalitet i/ili odnos među bliskim licima.<sup>37</sup>

Ovde treba reći još i to da je u teoriji prisutno pitanje da li je za primenu instituta nužne odbrane (član 19. KZ) i krajnje nužde (član 20. KZ), pored postojećih uslova, potrebno da postoji i odgovarajući subjektivni element. Pristalice subjektivnih teorija, koje u odnosu na dato pitanje zauzimaju afirmativni stav, različito određuju sadržaj potrebnog subjektivnog elementa. Prema jednom shvatanju, dati subjektivni element obuhvata isključivo odgovarajuću svest. Drugo učenje pak, na subjektivnom planu ne smatra dovoljnim samo svest već traži i odgovarajuću voljnu stranu učinioca, što bi značilo da je za primenu instituta nužne odbrane neophodna

35 Iako „pristanak“ i „saglasnost“ u jezičkom smislu predstavljaju sinonime i ne razlikuju se po svom psihičkom sadržaju, shodno rečenom ova dva pojma u datom kontekstu imaju različit krivično-pravni značaj – pristanak isključuje protivpravnost, a saglasnost isključuje predviđenost u zakonu.

36 I. Marković, (2011), 284.

37 *Ibid.*, 292–293. i I. Vuković, „Pretpostavljeni pristanak u krivičnom pravu“, *Crimen*, Beograd 1/2014, 50–57.

tzv. odbrambena volja, a za primenu instituta krajnje nužde, tzv. spasilačka volja.<sup>38</sup> Iako se naša sudska praksa o tome uglavnom ne izjašnjava, u doktrini je prisutan stav da prednost treba dati drugom učenju, shodno kojem je za primenu instituta nužne odbrane i krajnje nužde potrebno da lice bude svesno napada/opasnosti odnosno, odbrane/oklanjanja opasnosti i da kod njega postoji volja da se napad odbije, odnosno opasnost otkloni.<sup>39</sup> Izneto upućuje na zaključak da je i ovde reč o institutu koji se u etimološkom smislu primarno vezuje za pojam volje, ali sadržinski pretpostavlja koegzistenciju intelektualne i voljne komponente.<sup>40</sup>

Sledstveno svemu navedenom, može se zaključiti da, saglasno postavkama opšte psihologije o njihovoj nužnoj povezanosti, subjektivnu komponentu svih prethodno prikazanih instituta predstavlja jedinstvo svesti i volje tj. ni u jednom slučaju volja ne egzistira samostalno.

Navedena konstatacija nadalje otvara pitanje da li koegzistencija intelektualnog i voluntativnog elementa predstavlja pravilo koje važi za sve institute krivičnog prava ili je pak, moguće da se u nekom slučaju psihološki supstrat iscrpljuje isključivo u odgovarajućoj svesti.

Institut koji izvorno ne sadrži voljnu komponentu jeste svest o protivpravosti – treći konstitutivni element krivice koji shodno zakonskom tekstu, podrazumeva aktuelnu i potencijalnu svest o protivpravosti (član 22. KZ). Iako većina autora po tom pitanju ne zauzima decidan stav,<sup>41</sup> opravdano je smatrati da svest o protivpravosti nije primarno normativna, već psihološka kategorija. Ovo iz razloga što uključivanje svesti o protivpravosti u pojam krivice nije rezultat samo pukog spajanja psiholoških i normativnih teorija krivice već i njihovog progresivnog integrativnog modifikovanja, koje je ostvareno na taj način što je svest o protivpravosti integrisana u psihološki supstrat koji time prestaje da bude vrednosno neutralan i etički bezbojan tj. dobija svoju primarnu „dozu“ normativnosti, koja se potom u svojoj potpunosti (totalitetu) ostvaruje kroz sam sud o nevrednosti dela kojim učinilac krši normu i sud o njegovom odnosu prema toj normi i dobru koje ta norma štiti – prekorom koji se upućuje učiniocu krivičnog dela. Shodno tome, u okvirima mešovitih psihološko-normativnih teorija krivice svest o protivpravosti jeste i segment psihološkog elementa krivice, koji zajedno sa uračunljivošću i umišljajem, odnosno nehatom čini njen personalni fakticitet na kome se zasniva sud o nevrednosti dela.<sup>42</sup>

38 I. Vuković, „O subjektivnim obeležjima protivpravosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 2/2011, 126–132.

39 Z. Stojanović, (2015), 144. i 148.

40 Istine radi, u vezi ovog pitanja u našoj krivičnopravnoj teoriji nailazimo i na drugačije mišljenje prema kojem razdvajanje subjektivnog elementa (protivpravosti) na svest i volju nije opravdano jer počiva na nedovoljno artikulisanom razlikovanju pojedinih relevantnih psiholoških procesa, pre svega motivacije i shodno tome, treba uzeti da sama svest o postojanju osnova opravdanja predstavlja dovoljnu subjektivnu pretpostavku protivpravosti. I. Vuković, (2/2011), 134.

41 D. Atanacković, „Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 1–2/1991, 30. i V. Kambovski, *Kazneno pravo, opšt del*, Skopje 2005, 538. i 540. Vid. N. Delić, „Pojam krivice u krivičnom zakonodavstvu Makedonije“, u: *Pravo zemalja u regionu*, Beograd 2010, 140–142.

42 Vid. N. Delić, „Svest o protivpravosti kao konstitutivni element krivice“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 2/2008, 174–176.



Na kraju treba reći i to da se za postojanje saučesništva koje podrazumeva realizovanje krivičnog dela od strane više lica, pored objektivne veze koja se sastoji u zajedničkom ostvarenju bitnih elemenata krivičnog dela, zahteva da između tih lica postoji i subjektivna veza koja se ogleda u svesti o zajedničkom delovanju. Iako se stiče utisak da je u datom kontekstu po pitanju subjektivnog uslova težište na svesti saučesnika – saučesnik je svestan da zajedno sa drugim licima učestvuje u ostvarenju krivičnog dela, subjektivni supstrat saučesništva, po prirodi stvari, pored svesti podrazumeva i odgovarajuću volju, odnosno podudarnost volja svih učesnika u odnosu na samo izvršenje dela.<sup>43</sup>

### 3. KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ NAMERE

U krivičnopravnoj doktrini pojam namere povezan je sa ostvarenjem nekog daljeg, budućeg cilja radnje, koji se nalazi van obeležja bića krivičnog dela. Po pravilu, to je neka dalja posledica.<sup>44</sup>

Naime, ukoliko predstava o cilju deluje kao pokretač za preduzimanje određene radnje, tada postoji namera. Može se reći da sa namerom postupa ono lice koje pod dejstvom predstave o cilju preduzima radnju da bi ostvarilo dati cilj.<sup>45</sup> U suštini, svaka čovekova radnja je namerna jer se svakom radnjom ide ka ostvarenju nekog cilja i u tom smislu učinilac svakog krivičnog dela postupa sa namerom.

Kod pojedinih krivičnih dela zakonodavac propisuje da radnja predstavlja krivično delo samo ukoliko postoji odgovarajuća namera – namera je subjektivno obeležje bića krivičnog dela.

Kao što je poznato, u subjektivna obeležja bića krivičnog dela, osim namere spadaju još i motivi/pobude kao i umišljaj i nehat (teorija o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata).<sup>46</sup> Pri tome, namera, jednako kao i motiv/pobuda, predstavlja samostalnu subjektivnu kategoriju, koja, iako je sa njim funkcionalno povezana, egzistira nezavisno od umišljaja i utvrđuju se samo ukoliko je u konkretnom biću predviđena.<sup>47</sup> U tom smislu sudska praksa stoji na stanovištu da nameru treba utvrđivati posredno, preko objektivnih okolnosti konkretnog slučaja (VSS KŽI 811/08).<sup>48</sup> Kod krivičnih dela u čije biće je uneta namera, za postojanje krivičnog dela je irelevantno da li je ona zaista i ostvarena, budući da se, kao što je napred navedeno, odnosi na nešto što je izvan okvira datog neprava.

43 F. Bačić, *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb 1980, 337.

44 H. Schultz, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, I*, Bern 1974, 139. U istom smislu, F. Bačić, (1980), 255, Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona SRJ*, Beograd 1995, 90. i Z. Stojanović, (2015), 104.

45 U tom smislu vid. J. Tahović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd 1961, 70, M. Đorđević, Ž. Jovanović, *Krivično pravo FNRI, Opšti deo*, Beograd 1955, 152. i Lj. Jovanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd 1986, 230.

46 Kako se ističe, podelu na objektivna i subjektivna obeležja bića treba shvatiti uslovno. Objektivno u biću krivičnog dela određeno je subjektivnim. Subjektivni (personalni) supstrat nekog ponašanja kvalitativno menja to ponašanje. Upravo je tu od značaja shvatanje o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata. Z. Stojanović (2015), 105.

47 *Ibid*, 163. Vid. V. Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Beograd 2015, 44–45.

48 Cit. prema, Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd 2015, 175.

Namera može biti osnovno ili/i dopunsko obeležje bića krivičnog dela.

Namera je predviđena kao osnovno obeležje bića – krivično delo kršenje zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika (član 360, stav 1. KZ). Da bi postojalo krivično delo, radnja izvršenja mora biti preduzeta u nameri da se drugom na taj način pribavi kakva korist ili nanese kakva šteta. Ukoliko bi kod učinioca postojala namera da sebi pribavi kakvu korist, a do toga nije došlo iz bilo kojih razloga, radilo bi se o pokušaju krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja (član 359, stav 1. KZ).

Ista namera je predviđena kao osnovno i dopunsko obeležje bića – krivično delo falsifikovanje novca (član 223, st. 1. i 2. KZ). Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela je alternativno propisana i ono postoji ako je delatnost koja ima karakter radnje izvršenja preduzeta u nameri da se lažni, odnosno preinačeni novac stavi u opticaj. Lakši oblik krivičnog dela takođe ima alternativno propisanu radnju i u prvom slučaju krivično delo je dovršeno ukoliko je delatnost koja ima karakter radnje izvršenja preduzeta u istoj nameri kao i kod osnovnog oblika krivičnog dela – nameri da se lažni novac stavi u opticaj kao pravi. Slično je i kod krivičnog dela utaje (član 207, st. 1. i 5. KZ), s tom razlikom što je kod osnovnog oblika predviđeno da se radnja izvršenja preduzima u nameri da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist, a kod privilegovanog oblika, u nameri da se sebi ili drugom pribavi imovinska korist.

Različite namere su predviđene kao osnovno i dopunsko obeležje bića – krivična dela prevare (član 208, st. 1. i 2. KZ), prevara u osiguranju (član 208a st. 1. i 2. KZ) i krivično delo računarske prevare (član 301, st. 1. i 4. KZ). Osnovni oblik krivičnih dela postoji ukoliko je radnja izvršenja preduzeta u nameri da se dovodeњem u zabludu ili održavanjem u zabludi pasivnog subjekta sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist. Lakši oblik krivičnih dela postoji ukoliko je ostvarena privilegujuća okolnost koju čini namera da se drugo lice ošteti – bez namere pribavljanja protipravne imovinske koristi. Takođe i kod krivičnog dela pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja (član 309, st. 1. i 3. KZ) osnovni oblik postoji, ukoliko je radnja izvršenja preduzeta u nameri ugrožavanja ustavnog uređenja ili bezbednosti Srbije, a lakši oblik, kada je prva, od dve radnje izvršenja (koja se sastoji u izradi i umnožavanju) preduzeta u odgovarajućoj nameri – nameri rasturanja materijala koji je takav da se njime može izvršiti osnovni oblik krivičnog dela.

Namera je obeležje samo posebnog oblika krivičnog dela – krivično delo prikrivanja (član 221, stav 3. KZ). Za razliku od osnovnog oblika, za odgovornost za posebni oblik krivičnog dela (koji je uveden 2009. godine), na subjektivnom planu je potrebno da se radnja izvršenja preduzima u nameri da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist.

Ima i krivičnih dela kod kojih odsustvo odgovarajuće namere predstavlja obeležje bića – krivično delo oduzimanje tuđe stvari (član 211, stav 1. KZ). Krivično delo čini ko bez namere pribavljanja imovinske koristi protivpravno oduzme tuđu pokretnu stvar. Radnja izvršenja i objekt radnje su isti kao kod krivičnog dela krađe, razlika postoji samo u pogledu odsustva namere kao subjektivnog obeležja bića – ne sme postojati namera pribavljanja imovinske koristi. Relevantni oblik krivice jeste umišljaj, direktni ili eventualni. Budući da kod krivičnog dela krađe namera mora

da postoji u trenutku preduzimanja radnje izvršenja, to znači da ukoliko se kod učinioca namera pribavljanja imovinske koristi, formira nakon oduzimanja stvari, ovo delo ne prerasta u krivično delo krađe.

Postoji i krivično delo kod kojeg namera nije predviđena kao obeležje bića, ali se smatra da je potrebna za njegovo ostvarenje – krivično delo uvrede (član 174, stav 1. KZ). Budući da nije dat zakonski pojam uvrede, primenjuje se pojam koji je formiran u teoriji i sudskoj praksi, a u skladu sa kojim se pod uvredom podrazumeva izjava omalovažavanja koja je saznata od drugog lica. Radnja izvršenja krivičnog dela jeste omalovažavanje nekog lica. Subjektivno obeležje bića čini umišljaj (VS u Požarevcu Kž3 350/14).<sup>49</sup> Sporno je da li je za postojanje krivičnog dela osim umišljaja potrebna i namera omalovažavanja budući da nije sadržana u zakonskom tekstu. Iako u našoj teoriji postoji shvatanje da namera ne ulazi u pojam uvrede,<sup>50</sup> treba uzeti da se iz osnova isključena protivpravnosti koji je predviđen u stavu 4. primenom *argumentum a contrario* može doći do zaključka da, iako namera nije neposredno sadržana u biću krivičnog dela, ona ipak ulazi u njegov pojam, budući da je bez namere omalovažavanja teško utvrditi da li neka radnja ima uvredljiv karakter. Na isti stav nailazimo i u sudskoj praksi (VSS Kzz 23/98,<sup>51</sup> OS u Beogradu Kž 440/09<sup>52</sup> i AS u Nišu Kž1 605/12<sup>53</sup>). Kako se ističe, data subjektivna usmerenost je naročito važna kada se radi o uvredljivoj izjavi koja je po svom karakteru istinita.<sup>54</sup>

Kod najvećeg broja krivičnih dela obeležje bića jeste samo jedna namera – krivično delo iznude (član 214, stav 1. KZ) koje sadrži nameru da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist. Nešto drugačije pak, namera je određena u zakonskom pojmu krivičnog dela krađe (član 203, stav 1. KZ) kod kojeg subjektivno obeležje bića jeste namera da se prisvajanjem tuđe pokretne stvari sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist. Ovde namera ima dva ključna momenta: prisvajanje tuđe pokretne stvari i pribavljanje protivpravne imovinske koristi.<sup>55</sup> Cilj krađe jeste uvećanje imovine ili zadovoljenje nekih svojih ili tuđih potreba na račun tuđe imovine što se ostvaruje prisvajanjem oduzete stvari. Kako se smatra, namera prisvajanja postoji u slučaju kada izvršilac ima nameru da se prema stvari ponaša kao vlasnik, da je koristi i njome raspoláže – namera mora biti upravljena na prisvajanje stvari.<sup>56</sup>

49 Cit. prema, *Izbor sudske prakse*, Beograd 3/2015, 36.

50 Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd 1998, 501.

51 Cit. prema, I. Simić, *Zbrika sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije, Treća knjiga*, Beograd 2000, 98.

52 Cit. prema, A. Trešnjev, *Zbrika sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije, Deveta knjiga*, Beograd 2013, 74–75.

53 Cit. prema, *Izbor sudske prakse*, Beograd 6/2014, 40.

54 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2012, 508.

55 Odredbom člana 228. Krivičnog zakonika Hrvatske predviđeno je da krađu čini ko tuđu pokretnu stvar oduzme drugom s ciljem da je protivpravno prisvoji. Kako se navodi, subjektivni element bića jeste posebna namera *dolus specialis* – namera prisvajanja. U formalnom smislu se ne traži namera sticanja protivpravne imovinske koristi, već je dovoljno dokazati da je učinilac „išao za tim“ da ostvari faktičku vlast nada delom. D. Derenčinović, L. Cvitanović, M. Munivran-Vajda, K. Turković, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2013, 178.

56 Z. Stojanović, (2012), 605. Prisutan je stav prema kojem volja da se vlada na stvari kao subjektivni element prirežanja podrazumeva da je prirežalac spreman da postupa prema stvari prema

Kod pojedinih krivičnih dela namera je alternativno propisana – krivično delo terorizma (član 391, st. 1. i 2. KZ). Radnja izvršenja osnovnog oblika alternativno je propisana i reč je o velikom broju različitih delatnosti koje je zakonodavac ponao – nabrojao. Da bi postojalo krivično delo potrebno je da je neka od alternativno predviđenih delatnosti preduzeta u određenoj nameri, koja je takođe alternativno određena. U okviru zakonskog opisa ovog krivičnog dela, namera predstavlja diferencijalnu kategoriju na osnovu koje se procenjuje da li npr. otmica nekog lica ima karakter krivičnog dela terorizma. To znači da zakonodavac izvan pojma ovog krivičnog dela ostavlja sve one slučajeve kada su delatnosti koje imaju karakter radnje izvršenja ostvarene bez navedene namere. Suština krivičnog dela leži, sa jedne strane, u preduzimanju delatnosti koje imaju karakter radnje izvršenja, a sa druge strane, u odgovarajućoj upravljenosti tih delatnosti. Pri tome, namera je ono obeležje bića koje kod ovog krivičnog dela primarno determiniše izuzetno visok stepen njegove društvene opasnosti. Privilegovani oblik krivičnog dela postoji kada neko prei izvršenjem osnovnog oblika krivičnog dela, tj. preduzimanjem neke od predviđenih radnji izvršenja sa odgovarajućom namerom.

Nadalje, kod krivičnog dela razbojničke krađe (član 205. stav 1. KZ) namera je kumulativno propisana. Kao složeno krivično delo (prividni realni sticaj) razbojnička krađa u sebi obuhvata dve namere: prva – prilikom oduzimanja tuđe pokretne stvari postoji namera da se njenim prisvajanjem sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist i druga – sila ili pretnja da će se neposredno napasti na život ili telo primenjuju se u nameri da se ukradena stvar zadrži.

Kada predviđa nameru kao obeležje bića krivičnog dela, zakonodavac kod najvećeg broja krivičnih dela koristi termin „u nameri“.

Međutim, kod nekih krivičnih dela propisano je da se radnja izvršenja preduzima u određenom „cilju“<sup>57</sup> – krivično delo trgovine ljudima (član 388, stav 1. KZ). Krivično delo pretpostavlja da je neka od alternativno propisanih delatnosti koja ima karakter radnje izvršenja preduzeta na jedan od alternativno predviđenih načina radi ostvarenja alternativno propisanog cilja: eksploatacije rada pasivnog subjekta, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima. U tom smislu je i stav sudske prakse da za postojanje krivičnog dela „nedvosmisleno mora biti utvrđeno da su radnje okrivljenih bile preduzete u cilju

---

svojoj volji. Ne traži se naročito normirana volja da se stvar poseduje ili prisvoji, dovoljno je da postoji prirodna volja. Takođe, dovoljno je da postoji generalna volja pritežaoaca da vlada nad stvari (stvarima) unutra određenog prostora. Volja da se vlada na stvari ne mora biti aktuelna, već je dovoljno da bude potencijalna. I. Vuković, „O radnji oduzimanja kod krađe (član 203. KZ)“, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – Prilozi projektu 2008*, Beograd 2009, 40–41.

57 Pojedini autori o cilju govore kao o samostalnom subjektivnom elementu (M. Radovanović, *Krivično pravo SFRJ*, Beograd 1975, 192 i B. Čejović, *Krivično pravo, opšti i posebni deo*, Beograd 2007, 201). Razlikovanje pobude, namere i cilja je u krivičnom pravu bilo prisutno još krajem 19. i početkom 20. veka. Vid. F. Berner, *Nauka o kaznenom pravu, Knjiga prva*, Beograd 1870, 99, F. List, *Nemačko krivično pravo (prevod)*, Beograd 1902, 188. i M. Dolenc, A. Maklecov, *Sistem celokupnog krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1935, 111–112.

dalje eksploatacije oštećene“ (AS u Beogradu Kž1 2829/11).<sup>58</sup> U istom smislu je i odluka Vrhovnog suda Srbije Kz 483/04.<sup>59</sup> U prilog tvrdnji da je i ovde reč o nameri kao subjektivnom obeležju bića govori stav sudske prakse da su „okrivljena i njen sada pokojni suprug imali nameru da maloletnog oštećenog odvedu u Italiju gde bi se bavio prosjačenjem za njihov račun“ (VSS Kž 1057/05).<sup>60</sup>

Ima i krivičnih dela kod kojih je zakonodavac nameru kao subjektivno obeležje propisao koristeći termin „radi“ nečeg. Može se primetiti da u krivičnopravnoj doktrini ne postoji usaglašeno mišljenje po pitanju kako ovaj pojam treba tumačiti. Tako se u kontekstu krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246, stav 1. KZ) smatra da namera nije izričito uneta u zakonski opis, ali da je ona ipak neophodna kod pojedinih oblika krivičnog dela. Naime, kupovina, držanje i prenošenje opojne droge treba da se vrši „radi prodaje“ što znači da kod učinioca mora postojati namera da to čini u cilju prodaje.<sup>61</sup> Suprotno tome, većina domaćih autora smatra da kod oblika teškog ubistva koji postoji u slučaju kada je do lišenja života drugog došlo radi prikrivanja ili izvršenja drugog krivičnog dela (član 114, tačka 5. KZ) pojam „radi“ ne označava nameru nego pobudu/motiv.<sup>62</sup> No, kako navodi T. Živanović, kod ove vrste teškog ubistva „jedna osobena namera čini ubicu težom vrstom ubice.“<sup>63</sup> Naime, kao što se iz samog naziva vidi, ovaj oblik teškog ubistva se može javiti u dva oblika u zavisnosti od toga da li je cilj koji se hteo postići lišavanjem života nekog lica bio omogućavanje izvršenja krivičnog dela ili prikrivanje već izvršenog krivičnog dela. Ono što u prvom slučaju ubistvo čini teškim jeste okolnost da je učinilac svesno i voljno lišio života neko lice sa namerom da na taj način olakša ili omogući izvršenje nekog krivičnog dela. Na subjektivnom planu to znači da je kod učinioca prilikom preduzimanja radnje izvršenja, osim svesti i volje da se pasivni subjekt liši života postojala i predstava o cilju koji se tim ubistvom želi postići – da se omogući ili olakša izvršenje drugog krivičnog dela. U drugom slučaju, pasivni subjekt se lišava života sa namerom da se na taj način spreči otkrivanje nekog drugog krivičnog dela.<sup>64</sup>

Takođe, kod krivičnih dela sitne krađe, utaje i prevare (član 210, stav 1. KZ) je propisano da je, osim objektivnog uslova koji se tiče vrednosti objekta radnje, odnosno visine učinjene štete prevarom, potrebno da bude ispunjen i subjektivni uslov da je učinilac „išao za tim“ da pribavi malu imovinsku korist, odnosno kod

58 Cit. prema, Z. Stojanović, N. Delić, (2015), 326.

59 Cit. prema, *Ibid.*, 324.

60 Cit. prema, *Ibid.*, 326.

61 Z. Stojanović, (2012), 715. Upor. N. Delić, „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Prvi deo*, Beograd 2011, 174–175. i N. Delić, „Krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. KZ)“, u: *Suprotstavljanje organizovanom kriminalu – pravni okvir, međunarodni standardi i procedure*, Tara, 27–29. Maj 2013, *Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem*, Beograd 2013, 37–38.

62 Z. Stojanović, (2012), 397–398, D. Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Beograd 2008, 229. i Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd 1998, 208.

63 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Posebni deo*, Beograd 1938, 22.

64 Vid. N. Delić, „Pobude kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Pravni život*, Beograd 9/2008, 149–150.

prevare prouzrokuje malu imovinsku štetu. S tim u vezi, pojedini autori navode da je za postojanje ovih krivičnih dela osim bitnih obeležja osnovnog oblika tih dela i predviđenog prvog, objektivnog uslova potrebno da bude ispunjen i drugi uslov „subjektivnog karaktera“, ne precizirajući pri tome, da li dati subjektivni uslov podrazumeva odgovarajuću nameru.<sup>65</sup> Drugi autori pak, eksplicitno navode da se subjektivni uslov sastoji u nameri učinioca da pribavi malu imovinsku korist.<sup>66</sup> Isti, objektivni i subjektivni uslovi predviđeni su i kod privilegovanog oblika krivičnog dela razbojništva (član 206, stav 4. KZ), ali se za ovo krivično delo po pravilu uvek nedvosmisleno navodi da se od osnovnog oblika razlikuje prema vrednosti oduzetih stvari kao i „nameri“ učinioca da pribavi malu imovinsku korist.<sup>67</sup> Kada je reč o sudskoj praksi, u odlukama uglavnom stoji da se kod krivičnih dela sitne krađe, utaje i prevare (član 210. KZ) subjektivni uslov sastoji u „nameri“ pribavljanja male imovinske koristi, odnosno, prouzrokoivanju male imovinske štete (OS u Beogradu Kž 531/98,<sup>68</sup> Kž 3637/03,<sup>69</sup> Kž 3502/06<sup>70</sup> i VKS Kzz 50/10<sup>71</sup>). Ima i odluka u kojima se ne naglašava da je reč o nameri, već se samo konstatuje da je učinilac „išao za tim“ da pribavi malu imovinsku korist (VSS Kzz 52/99).<sup>72</sup> Međutim, mogu se naći i takve odluke u kojima sud pogrešno poistovećuje nameru i umišljaj (VSS Kzz 16/02)<sup>73</sup> ili pak, navodi da se „umišljaj učinioca sastoji u tome da je išao za tim“ (VSS Kž 762/06).<sup>74</sup>

Najzad, shodno zakonskom tekstu, krivična dela trgovina uticajem (član 366. KZ), primanje mita (član 367. KZ) i davanje mita (član 368. KZ) postoje ukoliko je neka od alternativno predviđenih radnji izvršenja preduzeta „da“ bi izvršilac ostvario odgovarajuće činjenje ili nečinjenje.<sup>75</sup>

U doktrini je oduvek bilo prihvaćeno shvatanje da prisustvo namere kao obeležja bića pretpostavlja umišljaj na koji namera ostvaruje odgovarajući „uticaj“ tako što ga „unapređuje“ u kvalifikovani oblik krivice.<sup>76</sup> Razlog tome leži u činjenici da

65 Z. Stojanović, (2012), 631. i D. Atanacković, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd 1981, 468.

66 J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 1957, 507, Lj. Lazarević, (1998), 641. i M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, Posebni deo*, Banja Luka 2005, 227.

67 Z. Stojanović, (2012), 619.

68 Cit. prema, I. Simić, *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Četvrta knjiga*, Beograd 2002, 160.

69 Cit. prema, I. Simić, A. Trešnjev, *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Šesta knjiga*, Beograd 2005, 136.

70 Cit. prema, I. Simić, A. Trešnjev, *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Osmo knjiga*, Beograd 2008, 155.

71 Cit. prema, *Izbor sudske prakse*, Beograd 1/2013, 42.

72 Cit. prema, I. Simić, *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Treća knjiga*, Beograd 2000, 139.

73 Cit. prema, I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 133–134.

74 Cit. prema, I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 155.

75 Vid. N. Delić, „Osvrt na koruptivna krivična dela u KZ RS“, *Pravo i privreda*, Beograd 4–6/2012, 563–582. i N. Delić, (2014), 195–206.

76 Ž. Jovanović, M. Đorđević, *Krivično pravo FNRJ – Opšti deo*, Beograd 1955, 151, N. Srzentić, A. Stajić, *Krivično pravo – opšti i posebni deo*, Sarajevo 1968, 151. i Z. Stojanović, (2015), 109. T. Živanović navodi da namera predstavlja motivisanje (opredeljivanje na) radnje predstavom o posledici (opšta namera) ili o čemu drugom krivičnopravno relevantnom (posebna namera). Prema ovom autoru, namera postoji kada je predstava o posledici ili čemu drugom krivičnoprav-

namera po svojoj prirodi intenzivira voljni element umišljaja i implicira direktni umišljaj. Kada neko čini krivično delo da bi njegovim izvršenjem ostvario određeni cilj, uvek je svestan tog dela i hoće njegovo izvršenje, tj. isključeno je pristajanje, odnosno eventualni umišljaj.

Ovo stoga što je svaka „namerna“ radnja u suštini voljna radnja. Svakom namernom postupanju prethodi zamisao datog postupka i njegovog rezultata, cilja, a koji je određen tom zamisli. Budući da je svaki „namerni postupak“ pre nego što je preduzet na neki način bio „zamišljen“, volja je ta koja sadržinski definiše datu „duhovnu“ anticipaciju.<sup>77</sup>

Međutim, kada je reč o krivičnom delu genocida (član 370. KZ) koje u svom zakonskom opisu kao subjektivno obeležje sadrži nameru – genocidnu nameru, specifičnu po tome što pretpostavlja veoma izraženu volju, pri čemu je naglašeni inetenzitet volje, po pravilu, primarno uslovljen njenom emocionalno definisanom sadržinom, među stranim autorima ima i onih koji zastupaju stanovište da iz kriminalno-političkih razloga pojam genocidne namere treba ekstenzivno tumačiti i na taj način proširiti kriminalnu zonu genocida. Kako se u našoj literaturi, sasvim opravdano ističe, dato stanovište je u potpunosti neprihvatljivo, budući da „spuštanje“ genocidne namere na nivo eventualnog umišljaja ne bi odgovaralo prirodi i smislu inkriminacije genocida. Naime, upravo genocidna namera opravdava široko postavljenu radnju izvršenja, odnosno široko postavljenu kriminalnu zonu na objektivnom planu.<sup>78</sup>

Treba reći da ima mišljenja da se za postojanje krivičnog dela trgovine ljudima (član 388, stav 1. KZ) kod kojeg je, kao što je prethodno navedeno, namera propisana preko odgovarajućeg cilja, direktni umišljaj ne zahteva već je dovoljno znanje izvršioca da će pasivni subjekt biti iskorišćen u neki od alternativno navedenih ciljeva (svrha) i to od strane bilo kog lica. Kako se navodi, dati zaključak proizlazi iz odgovarajućih odredaba sadržanih u Protokolu za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, koji je poslužio kao neposredni osnov za formulisanje zakonskog opisa ovog krivičnog dela.<sup>79</sup>

---

no relevantnom bila jedan od motiva odluke da se izvrši radnja. Shodno tome, „namera uvek predstavlja umišljaj i teža je vrsta vinosti (krivice) od njega“ (T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava, Opšti deo, II knjiga*, Beograd 1937, 49). Ima i autora koji zauzimaju suprotan stav, pa tako, M. Karanović navodi da je neosnovano tvrditi da namera kao poseban element krivičnog dela povećava stepen vinosti (krivice) i da kod tih krivičnih dela umišljaj dobija kvalifikovani oblik vinosti (krivice) jer stepen vinosti (krivice) isključivo zavisi od kakvoće subjektivnog odnosa učinioca prema ostvarenom krivičnom delu, dok namera kao poseban element krivičnog dela predstavlja pokazatelj da se to krivično delo može izvršiti samo sa direktnim umišljajem. M. Karanović, „Namera kao element krivičnog dela“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 1/1976, 97.

77 Kada kažemo „nisam to učinio namerno“ tada tvrdimo da nije postojala volja da se učini dato delo, odnosno da se ostvari njegov neposredni rezultat. P. Guillaume, *Psihologija*, Zagreb 1958, 131.

78 M. Škulić, „Genocid kao zločin nad zločinima“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd, 3–4/2006, 1997–2034, J. Čirić, „Genocidna namera“, *Crimen*, Beograd 1/2015, 31–35, Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, Beograd 2012, 95, K. Magnusson, „Pojam genocida u pravu i nauci“, *Crimen*, Beograd 1/2013, 32–33. i Z. Stojanović, N. Delić, (2015), 312–313.

79 Z. Stojanović, (2012), 1014. Upor. N. Delić, „Krivično delo trgovine ljudima – Kritički osvrt na zakonske izmene i dopune Krivičnog zakonika Srbije“, *Pravni život*, Beograd, 9/2010, 58–59. De-

Nesporno je da je za postojanje krivičnih dela kod kojih je namera propisana kao obeležje bića, na subjektivnom planu neophodno utvrditi umišljaj i datu nameru. Pri tome, namera, kao što je već rečeno, pretpostavlja postojanje umišljaja usmeravajući ga na ostvarenje određenog cilja. U konstelaciji umišljaja i namere, namera je ta koju karakteriše projektovana instrumentalna racionalnost, jer se namera, za razliku od umišljaja koji se odnosi na obeležja bića krivičnog dela, odnosi na ostvarenje cilja koji je izvan datog neprava, i zato njeno ostvarenje nema značaja za postojanje krivičnog dela. Budući da je namera po svojoj prirodi „dirigovana volja“,<sup>80</sup> ona pojačava voljni element umišljaja, odnosno, prisustvo namere podrazumeva direktni umišljaj kao relevantni oblik krivice. U istom smislu, izjašnjava se i sudska praksa (AS u Kragujevcu Kž2 384/10).<sup>81</sup>

Kao što se iz svega prethodno rečenog može videti, navedeni zaključak se ne dovodi u pitanje ukoliko je reč o krivičnim delima kod kojih je namera u pojmovnom smislu decidirano predviđena, odnosno kod krivičnih dela u čijem zakonskom opisu stoji da se radnja izvršenja preduzima u odgovarajućoj „nameri“.

Kod jednog broja krivičnih dela zakonodavac nameru kao obeležje bića propisuje opisno ili koristeći sinonime. Uzevši u obzir različita gledišta sudske prakse i postojeća doktrinarna stanovišta, stiče se utisak da je, generalno posmatrano, prihvaćeno mišljenje da je zakonodavac primenom date nomotehnike na (manje-više) suptilan način dao mogućnost „fleksibilnijeg“ pristupa prilikom tumačenja subjektivnog bića datih krivičnih dela.<sup>82</sup>

Budući da je, kao što je do sada više puta bilo istaknuto, po svojoj prirodi usko povezana sa pojmom cilja, postavlja se pitanje da li namera, nezavisno od toga kako je u konkretnom biću pojmovno određena: neposredno ili posredno, uvek, bez izuzetka (ili ne), po prirodi stvari, pretpostavlja direktni umišljaj.

I pored toga što se može reći da je u psihološkom i krivičnopravnom smislu motiv/pobuda kvalitativno obuhvatniji od namere, s obzirom na to da se namera odnosi na ono na šta se cilja, ono što je izabrano da se postigne, a motiv/pobuda jeste ono što određuje taj cilj ili izbor, nesporno je da se dati pojmovi u osnovi sadržajnski poklapaju.<sup>83</sup>

---

taljno o „nameri iskorišćavanja“ kod krivičnog dela trgovine ljudima vid. B. Ristivojević, *Mit o trgovini ljudima u međunarodnom krivičnom pravu*, Novi Sad 2015, 91–99.

80 F. Bačić, (1980), 255.

81 Cit. prema, *Izbor sudske prakse*, Beograd 3/2012, 42.

82 O odnosu „termina“ i „drugih izraza“ vid. B. Košutić, „Nomotehnika – nauka ili veština“, u: *Stvaranje prava, pravni, ekonomski, sociološki i filozofski aspekti donošenja pravne norme u pravnom sistemu Crne Gore, Monografija naučnih radova*, Univerzitet Dolja Gorica 2016, 41–42.

83 U datom kontekstu, primera radi, interesantno je pitanje definisanja kriterijuma za razlikovanje namere sticanja imovinske koristi i motiva koristoljublja koji se javljaju kao obeležja bića pojedinih krivičnih dela. Pri tome, namera sticanja imovinske koristi (materijalne i nematerijalne), po pravilu, predstavlja osnovno, a koristoljublje dopunsko obeležje bića. Iako u teoriji u vezi ovog pitanja postoji mnoštvo različitih mišljenja može se reći da koristoljublje ima isključivo značaj dopunskog obeležja bića jer je kao motiv po prirodi stvari „nešto više“ od „obične“ namere sticanja imovinske koristi. Koristoljublje postoji kada predstava o cilju koji se sastoji u postizanju materijalne koristi inicira (pokreće) preduzimanje odgovarajuće radnje izvršenja kojom se povređuje ili ugrožava dobro koje je po svom značaju u očiglednoj nesrazmeri sa ciljem koji se želi



Kada je u pitanju njihovo krivičnopravno dejstvo, motivi/pobude, jednako kao i namera, imaju značaj za pravnu kvalifikaciju krivičnih dela, međutim, za razliku od namere, „uticaj“ koji motivi/pobude imaju na krivicu jeste, moglo bi se reći, nesporan. Naime, iako u starijoj sudskoj praksi nailazimo i na drugačije mišljenje (SS Kžs 8/75),<sup>84</sup> novija sudska praksa (VSS KŽI 877/96)<sup>85</sup> i većina autora stoje na staništu da određeni motivi/pobude koji su predviđeni kao dopunsko obeležje bića pojedinih krivičnih dela podrazumevaju direktni umišljaj, odnosno svest i volju jakog inetenziteta.<sup>86</sup> Kako se čini, ovde bi od primarnog značaja moglo biti to što se motivi/pobude javljaju kod daleko manjeg broja krivičnih dela nego namera, što se javljaju kao dopunsko subjektivno obeležje bića i što su u svim slučajevima predviđeni neposredno – korišćenjem odgovarajućeg termina koji označava određeni motiv/pobudu ili njihovog genusnog pojma.

#### 4. ZAVRŠNE NAPOMENE

Volja i namera predstavljaju pojmove koji ulaze u polje legislative, odnosno koji se koriste u krivičnom pravu, ali izvorno potiču iz vanpravne naučne discipline psihologije. Iako su u psihološkom smislu po svojoj prirodi sadržinski veoma bliske, u krivičnom pravu je prisutna formalna distinkcija između volje i namere. Volja se javlja u opštem delu krivičnog prava – kao konstitutivni element pojedinih instituta, a namera u posebnom delu krivičnog prava – kao obeležje bića kod jednog broja krivičnih dela.

U opštem delu krivičnog prava prisutan je jedan broj instituta koji u sebi, kao subjektivnu komponentu, manje ili više transparentno, inkorporiraju volju. To su: radnja, uračunljivost/neuračunljivost i bitno smanjena uračunljivost (član 23, st. 2. i 3. KZ), umišljaj (član 25. KZ), dobrovoljni odustanak (član 32, st. 1, 2. i 4. KZ), dobrovoljno sprečavanje krivičnog dela od strane saučesnika (član 32, stav 3. KZ), saizvršilaštvo (član 33. KZ), stvarno kajanje (član 58, stav 3. KZ), rad u javnom interesu (član 52, stav 4. KZ) kao i pristanak povređenog, nužna odbrana (član 19. KZ) i krajnja nužda (član 20. KZ).

Kao što je bilo prikazano, volja nikada – ni u slučaju instituta čiji se nazivi u etimološkom smislu primarno za nju vezuju, ne egzistira samostalno. Uvek je reč o složenom subjektivnom supstratu koji sadržinski objedinjuje svest i volju tj. kognitivni i voluntativni segment u odgovarajućoj funkcionalnoj sprezi. Za razliku od volje, svest u jednom slučaju samostalno figurira – u vidu svesti o protivpravnosti koja, u skladu sa prihvaćenim mešovitim psihološko–normativnim teorijama, pored uračunljivosti i umišljaja, odnosno nehata predstavlja komponentu krivice kao složenog pojma (član 22. KZ).

---

postići – materijalna korist. Vid. N. Delić, (9/2008), 147–149. Upor. D. Miladinović-Stefanović, *Redovno odmeravanje kazne u krivičnom pravu*, DD, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2013, 376–377.

84 Cit. prema, *Bilten Sudske prakse Saveznog suda*, Beograd 1/1975, 27.

85 Cit. prema, Z. Stojanović, (2012), 399.

86 *Ibid.*, i D. Kolarić, (2008), 322. Upor. D. Derenčinović, L. Cvitanović, M. Munivrana-Vajda, K. Turković, (2013), 70.

U posebnom delu krivičnog prava namera se javlja kao osnovno i/ili dopunsko obeležje bića pojedinih krivičnih dela. U doktrini je prihvaćeno shvatanje da prisustvo namere pretpostavlja direktni umišljaj. Budući da se odnosi na ostvarenje cilja koji je izvan datog neprava, realizovanje namere u konkretnom slučaju nema značaja za postojanje krivičnog dela.

Kada predviđa nameru kao obeležje bića krivičnog dela, zakonodavac u najvećem broju slučajeva koristi termin „u nameri“. Kod nekih krivičnih dela zakonodavac nameru propisuje koristeći sinonime ili opisno. Da se zaključiti da je u krivičnopravnoj doktrini, kao i u sudskoj praksi, načelno prihvaćen stav da u slučajevima kada namera nije eksplicitno predviđena kao subjektivno obeležje bića, dato krivično delo, u zavisnosti od njegove prirode, može biti učinjeno bilo sa direktnim, bilo sa eventualnim umišljajem. U prilog datoj konstataciji govori činjenica da u sudskoj praksi nailazimo na odluke u kojima sudovi u takvim slučajevima (npr. kada je namera definisana preko cilja) uopšte i ne razlikuju nameru i umišljaj kao samostalna subjektivna obeležja bića, a ukoliko pak, to čine, tada po pravilu, ne izdvajaju direktni umišljaj kao relevantni oblik krivice (VS u Beogradu K Po1 148/10 i K Po1 14/12).<sup>87</sup>

Otuda, ključno pitanje jeste da li je, s obzirom na njenu prirodu, osnovano uzeti da namera, bez obzira na to kako je formulisana tj. pojmovno određena, kod svakog krivičnog dela svojim prisustvom na odgovarajući način determiniše relevantni stepen krivice tj. implicira direktni umišljaj. Ukoliko bi, u interesu ujednačene sudske prakse, odgovor na postavljeno pitanje bio potvrđan, u slučajevima kada je to opravdano, kriminalnu zonu bi trebalo proširiti preko objektivnog bića – radnje izvršenja, odnosno prilikom propisivanja datog krivičnog dela, a ne, kako se to sada čini, prilikom njegove primene „apstrahovanjem“ namere kao subjektivnog obeležja i (spornim) „spuštanjem“ krivice na nivo eventualnog umišljaja.

## LITERATURA

- Atanacković, D. (1981): *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd,
- Atanacković, D. (1–3/1991): „Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd,
- Babić, M, Marković, I. (2005): *Krivično pravo, Posebni deo*, Banja Luka,
- Bajović, V. (2015): *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Beograd,
- Bačić, F. (1980): *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb,
- Berner, F. (1870): *Nauka o kaznenom pravu, Knjiga prva*, Beograd,
- Vesel, J. (1983): *Medicinska psihologija sa psihopatologijom*, Beograd,
- Vuković, I. (2009): „O radnji oduzimanja kod krađe (član 203. KZ)“, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – Prilozi projektu 2008*, Beograd,
- Vuković, I. (2009): „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Treći deo*, Beograd,
- Vuković, I. (1/2010): „Krivičnopravni problemi prenošenja HIV-a“, *Crimen*, Beograd,

87 Neobjavljene sudske odluke.

- Vuković, I. (2/2011): „O subjektivnim obeležjima protivpravnosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd,
- Vuković, I. (1/2012): „Krivičnopravni pojam i funkcije radnje“, *Crimen*, Beograd,
- Vuković, I. (2012): „Osnovi isključenja radnje kao osnovi isključenja krivičnog dela“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Drugi deo*, Beograd,
- Vuković, I. (2013): „Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd,
- Vuković, I. (1/2014): „Pretpostavljeni pristanak u krivičnom pravu“, *Crimen*, Beograd,
- Grupa autora, redaktor Lazarević, LJ. (1995): *Komentar Krivičnog zakona SRJ*, Beograd,
- Guillaume, P. (1958): *Psihologija*, Zagreb,
- Delić, N. (1995): *Krivičnopravni značaj smanjene uračuljivosti*, MR, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd,
- Delić, N. (2005): „Poravnanje učinioca i okrivljenog kao osnov za oslobođenje od kazne“, u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd,
- Delić, N. (9/2008): „Pobude kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Pravni život*, Beograd,
- Delić, N. (2/2008): „Svest o protivpravnosti kao konstitutivni element krivice“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd,
- Delić, N. (3/2009): „Neke dileme u vezi zakonskog pojma saizvršilaštva“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd,
- Delić, N. (2009): *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd,
- Delić, N. (9/2010): „Krivično delo trgovine ljudima – Kritički osvrt na zakonske izmene i dopune Krivičnog zakonika Srbije“, *Pravni život*, Beograd,
- Delić, N. (2010): „Pojam krivice u krivičnom zakonodavstvu Makedonije“, u: *Pravo u zemljama u regionu*, Beograd,
- Delić, N. (2011): „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Prvi deo*, Beograd,
- Delić, N. (2012): „Neke dileme u vezi utvrđivanja neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti (član 23. KZ)“, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti*, Beograd,
- Delić, N. (4–6/2012): „Osvrt na koruptivna krivična dela“, *Pravo i privreda*, Beograd,
- Delić, N. (2013): „Krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. KZ)“, u: *Suprotstavljanje organizovanom kriminalu – pravni okvir, međunarodni standardi i procedure, Tara, 27–29. maj 2013, Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem*, Beograd,
- Delić, N. (1/2014): „Delo malog značaja i stvarno kajanje u Krivičnom zakoniku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd,
- Desimirović, V. (1997): *Medicinska psihologija sa osnovama psihopatologije*, Beograd,
- Derenčinović, D, Cvitanović, L, Munivrana-Vajda, M, Turković, K. (2013): *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb,
- Dolenc, M, Maklecov, A. (1935): *Sistem celokupnog krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Beograd,
- Drakić, D. (2007): *Neuračunljivost*, Novi Sad,
- Drakić, D, Lukić, T. (1/2011): „Krivično pravo i sposobnost čovekovog samoodređenja“, *Crimen*, Beograd,

- Dokić, I. (1/2015): „O dobrovoljnosti odustanka od izvršenja krivičnog dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd,
- Đorđević, Đ. (4/1990): „Stvarno kajanje“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd,
- Živanović, T. (1937): *Osnovi krivičnog prava, Opšti deo, II knjiga*, Beograd,
- Živanović, T. (1938): *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Posebni deo*, Beograd,
- Jakulić, S. (1999): *Forenzička psihijatrija – autorizovana predavanja*, Beograd,
- Jovanović, Ž, Đorđević, M. (1955): *Krivično pravo FNRJ, Opšti deo*, Beograd,
- Jovanović, LJ. (1986): *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd,
- Kambovski, V. (2/1975): „Subjektivna strana odustanka od izvršenja krivičnog dela, pojam dobrovoljnosti“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd,
- Kambovski, V. (2005): *Kazneno pravo, opšt del*, Skopje,
- Karanović, M. (1/1976): „Namera kao element krivičnog dela“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd,
- Kolarić, D. (2008): *Krivično delo ubistva*, Beograd,
- Kostić, M. (2002): *Forenzička psihologija*, Beograd,
- Kozarić-Kovačević, D, Grubišić, M, Grozdanić, V. (2005): *Forenzička psihijatrija*, Zagreb,
- Košutić, B. (2016): „Nomotehnika – nauka ili veština“, u: *Stvaranje prava, pravni, ekonomski, sociološki i filozofski aspekti donošenja pravne norme u pravnom sitemu Crne Gore, Monografija naučnih radova*, Univerzitet Donja Gorica,
- Lazarević, LJ. (1998): *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd,
- List, F. (1902): *Nemačko krivično pravo (prevod)*, Beograd,
- Magnusson, K. (1/2013): „Pojam genocida u pravu i nauci“, *Crimen*, Beograd,
- Marković, I. (2011): „Pristanak povređenog u krivičnom pravu“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Prvi deo*, Beograd,
- Miladinović-Stefanović, D. (2013): *Redovno odmeravanje kazne u krivičnom pravu*, DD, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd,
- Radulović, LJ. (2016): „Oslobođenje od kazne“, u: *Identitetski preobražaj Srbije, Prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Beograd,
- Radovanović, M. (1975): *Krivično pravo SFRJ*, Beograd,
- Ristivojević, B. (2015): *Mit o trgovini ljudima u međunarodnom krivičnom pravu*, Novi Sad,
- Rot, N. (2000): *Opšta psihologija*, Beograd,
- Roxin, C. (2006): *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München,
- Roxin, C. (2003): *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, München,
- Roxin, S. (1/2010): „O eventualnom umišljaju“, *Crimen*, Beograd,
- Simić, I. (2000): *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Treća knjiga*, Beograd,
- Simić, I. (2002): *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Četvrta knjiga*, Beograd,
- Simić, I, Trešnjev, A. (2005): *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Šesta knjiga*, Beograd,
- Simić, I, Trešnjev, A. (2008): *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Osma knjiga*, Beograd,
- Simović-Hiber, I. (1987): *Dobrovoljni odustanak u krivičnom pravu*, DD, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd,
- Srzentić, N. Stajić, A. (1968): *Krivično pravo – opšti i posebni deo*, Sarajevo,

- Stojanović, Z. (1/1978): „Odustanak od izvršenja krivičnog dela i pitanje dobrovoljnosti“, *Pravni život*, Beograd,
- Stojanović, Z. (2012): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd,
- Stojanović, Z. (2012): *Međunarodno krivično pravo*, Beograd,
- Stojanović, Z, Delić, N, (2015): *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd,
- Schönke, A, Schröder, H. (2001): *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München,
- Schultz, H. (1974): *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, I*, 1974, Bern,
- Tahović, J. (1957): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd,
- Tahović, J. (1961): *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd,
- Trešnjev, A. (2013): *Zbrika sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Deveta knjiga*, Beograd,
- Čirić, J. (1/2015): „Genocidna namera“, *Crimen*, Beograd,
- Čirić, Z. (2013): *Sudska psihijatrija*, Niš,
- Čosić, P. i saradnici (2008): *Rečnik sinonima*, Beograd,
- Čejović, B. (2007): *Krivično pravo, opšti i posebni deo*, Beograd,
- Škulić, M. (3–4/2006): „Genocid kao zločin nad zločinima“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd.

*Nataša Delić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## WILL AND ULTERIOR INTENT IN SERBIAN CRIMINAL LAW

### SUMMARY

This publication deals with the importance of will and ulterior intent in criminal law. These terms are used in criminal law, but they originate from psychology. Although in psychology these two terms have very similar meanings, in criminal law there is strict and formal distinction between will and ulterior intent. Will is mentioned in the general part of the criminal law – as a constitutive element of some basic institutes, whereas ulterior intent appears in the special part of criminal law – as a characteristic of being.

According to this, in the first part of this work, the author briefly analyzes the basic institutes of criminal law which, directly or indirectly, contains will as a subjective component. These institutes are: criminal act, mental capacity/mental incapacity and significantly reduced mental capacity (Article 23, par. 2. and 3, CC), intent (Article 25, CC), voluntary abandoned (Article 32, par. 1, 2, and 4, CC), voluntary prevented the commission of a criminal offence by co-offenders, inciter and aider (Article 32, paragraph 3, CC), complicity (Article 33, CC), genuine remorse (Article 58, paragraph 3, CC), community service (Article 52, paragraph 4, CC) and consent of a victim, legitimate self-defense (Article 19, CC) and extreme necessity (Article 20, CC). After all that, the author concludes that willfulness never exists independently but is rather been like elements of complex subjective substrate with mind.

The second part of publication deals with the subjective side of certain criminal offences that have ulterior intent as a characteristic of being: violations of the law by the judge, public prosecutor, and his assistant (Article 360, paragraph 1, CC), counterfeiting money

(Article 223, par. 1 and 2, CC), fraud (Article 208, par. 1 and 2, CC), calling for a violent change of constitutional order (Article 309, par. 1. and 3, CC), concealment (Article 221, paragraph 3, CC), deprivation of another's property (Article 211, paragraph 1, CC), insult (Article 174, CC), extortion (Article 214, paragraph 1, CC), theft (Article 203, paragraph 1, CC), terrorism (Article 391, par. 1. and 2, CC), assault and robbery (Article 205, paragraph 1, CC), unauthorized production and distribution of narcotic drugs (Article 246, paragraph 1, CC), aggravated murder as a mean of commission or concealment of other criminal offence (Article 114, item 5, CC), petty larceny, embezzlement and fraud (Article 210, paragraph 1, CC), robbery (Article 206, paragraph 4, CC), genocide (Article 370, CC) and human trafficking (Article 388, paragraph 1, CC). The author points out that in a minority of cases the term ulterior intent is substituted with synonyms or descriptions. After this, the relationship between ulterior intent and intent is discussed. The author concludes that the presence of ulterior intent unexceptionally implies a direct intent. It is also stated that motives very similar to ulterior intent are equally important.

In the end of the work some of the most important conclusions are presented.

**Keywords:** will, ulterior intent, intent, subjective characteristic of being, criminal offence.

Milovan M. Mitrović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## MAGNUM CRIMEN ILI ZLOČIN BEZ KAZNE?

**Apstrakt:** U ovom radu se obrazlaže opšta hipoteza da su društveni sukobi (ratovi, spoljne sankcije, NATO-agresija na Srbiju i ideološki slom političkog režima) doveli do duboke krize i razaranja (dezorganizacije) srpskog društva, koji su neposredno uticali na nagli porast svih oblika kriminaliteta u Srbiji. Taj istorijski *magnum crimen* – kao veliki zločin protiv mira, države Srbije i Srba kao naroda – ostao je nekažnjen, iako je upravo to bila najznačajnija determinanta dubinskog razaranja srpskog društva. Veliki „zločin bez kazne“ iskoristila je korumpirana politička elita u Srbiji da dodatno opljačka nacionalna prirodna i privredna dobra, da zloupotrebljava pravo i manipuliše javnim mnjenjem u svom partokratskom, grupnom i ličnom interesu.

**Ključne reči:** *magnum crimen*, spoljne sankcije, NATO-agresija, kriminalna privatizacija.

Svako ljudsko i društveno delovanje, bez obzira da li se ono etički (ili pravno) kvalifikovalo kao dobro ili kao zlo delo (kao zločin ili crimen) ako se hoće sagledati kao totalni socijalni fenomen, mora se misaono zahvatiti što celovitije, a to znači svestrano i dubinski, a ne samo manifestaciono. Dijalektika totaliteta u tom smislu nalaže da se stalno, naizmenično i uzajamno dopunjuju ontologija i fenomenologija društvenog delovanja, sa njegovom praktičnom organizacijom i tehnologijom sprovođenja. To je pogotovo neophodno kad treba razjasniti neke logičke i etičke paradokse kao što je, na primer, paradoks o praktičnoj nekažnjivosti velikih zločina s kojom je skoro uvek povezana latentna kazuistika sitnijeg i široko rasprostranjenog masovnog kriminaliteta koji se goni i kažnjava. Ovaj paradoks se često previđa, iako je skoro očigledna, ponekad i neposredna, uzročno-funkcionalna povezanost najvećih zločina (*magnum crimen*-a) u nekom vremenu, sa eskalacijom masovnog kriminaliteta u dotičnim društvima. U tom smislu može se reći da je sa navedenim povezan još jedan paradoks – da se tradicionalne naučne discipline (poput kriminologije, socijalne patologije ili sociologije kriminaliteta) istraživački mnogo više bave masovnim kriminalitetom i njegovim posledicama nego dubinskim uzrocima društvene dezorganizacije u čijem lancu su, često na samom početku, veliki zločini. Ako u naukama koje teorijski istražuju uzroke kriminaliteta veliki zločini ostaju nepri-mećeni, nije čudno što oni u sudskoj praksi, po pravilu, ne samo da ostaju nekažnjeni, nego su sasvim nedodirljivi i za sve druge institucije i organe društvene kontrole.

Kad je o Srbiji reč, u poslednjoj deceniji 20. veka nastupila je duboka dezorganizacija globalnog institucionalnog sistema, uz temeljno razaranja najvažnijih kulturnih obrazaca. Neposredan uzrok su bili globalni društveni sukobi (ratovi, spolj-

---

\* redovni profesor, milovanm@ius.bg.ac.rs

ne sankcije, NATO-agresija na Srbiju i ideološki slom političkog režima) koji su i posredno i neposredno uticali na nagli porast svih oblika kriminaliteta u Srbiji. Taj istorijski *magnum crimen* – kao veliki zločin protiv mira, države Srbije i Srba kao naroda – ostao je nekažnjen, iako je upravo to bila najznačajnija determinanta dubinskog razaranja srpskog društva. Veliki „zločin bez kazne“ iskoristila je korumpirana politička elita u Srbiji da dodatno opljačka nacionalna prirodna i privredna dobra, da zloupotrebljava pravo i manipuliše javnim mnjenjem u svom partokratskom, grupnom i ličnom interesu.

Društvo u kojem se razbuktavaju sukobi obično se dezorganizuje i tako što se u njemu masovno krše zakoni i cveta kriminal. Razvijajući teoriju društvenih sukoba Luis Kozler (Lewis Soser) ističe da je socijalni konflikt „borba za ostvarivanje vrednosti i statusa koji nedostaju“ koja se vodi između grupa i među pojedincima u grupama, kad god oni imaju međusobno oprečne interese i vrednosti. Društveni sukobi izazivaju dezorganizaciju društva tako što sukobljeni akteri ruše ranije uspostavljeni poredak društvenih odnosa i prema snazi svoga interesa stvaraju novi, kojem su prinuđeni da se prilagođavaju oni koji su slabiji. Kad god se pojačavaju društveni sukobi, nastupa veća ili manja dezorganizacija ustanovljenog društvenog poretka, i obrnuto. Dezorganizacija društva i društveni sukobi uzajamno se uslovljavaju i manifestuju na više načina:

1. ugrožavanjem i preraspodelom svih važnijih društvenih uloga;
2. pojačavanjem borbe oko društvenih statusa pojedinaca i grupa;
3. razaranjem ustanovljenog sistema vrednosti;
4. dovođenjem u pitanje uobičajenih društvenih normi;
5. blokiranjem glavnih mehanizama društvene kontrole.

U teoriji je uobičajeno razlikovanje spoljnih i unutarnjih društvenih sukoba, prema obliku njihovog ispoljavanja, ali se prema karakteru činilaca koji ih izazivaju razlikuju ekonomski, politički i kulturni sukobi. Ratovi su globalni spoljni sukobi koji uvek objedinjavaju sve navedene činioce i s njima povezane motive totalnog sukobljavanja država i naroda i aktiviraju sve unutarne otvorene i latentne suprotnosti. Pritom se obično blokiraju institucionalni mehanizmi legalne društvene kontrole, a uspostavljaju alternativni i neformalni obrasci delovanja koji najviše pogoduju kriminalnim akterima. Kao i drugde, kriminalitet i u Srbiji ima osobine totalnog socijalnog fenomena koji ima više uzroka, pa otuda i više svojih lica i naličja. Imajući rečeno u vidu, kriminalitet u Srbiji je, sa jedne strane sistemski, sa druge je tranzicijski, a sa treće je anomijski. Kumulativno dejstvo različitih činilaca, uslova i uzroka izrazite kriminalizacije aktuelnog srpskog društva ogleda se, sa jedne strane, u složenom spektru kriminaliteta, a sa druge, u dubokim korenima nekih vidova kriminala u Srbiji.

U Srbiji su, kao i u drugim bivšim socijalističkim zemljama ili republikama bivše Jugoslavije, na prirodu i obim kriminaliteta uticali svi navedeni sistemski i mnogi tranzicijski činiooci, ali su ratne okolnosti neposredno prouzrokovale anomijski društveni ambijent u kojem je svekoliko „cveće zla“ masovno procvetalo i skoro odmah počelo da daje i svoje otrovne plodove. Pokazalo se da je duboka i široka kriminalizacija društvenog života u Srbiji bila jedan karakterističan i tipičan posleratni fenomen. (Mitrović, 2007).



Socijalna fenomenologija poslednjeg rata koji nas je zahvatio ukazuje da je on u srpskom društvu morao da ima (i još dugo će imati) veoma teške i raznovrsne posledice. Pre svega, radi se o izgubljenom ratu u koji je Srbija uvučena perfidnom diplomatskom igrom spoljnjih i unutarnjih protivnika i pogrešnom strategijom i neodgovarajućom taktikom svog političkog vođstva. Iako u suštini međunacionalni, poslednji rat kod nas se vremenski poklopio sa ideološkim urušavanjem unutarnjeg političkog sistema (socijalističkog) i sa slomom globalnog sistema bipolarne vojne ravnoteže u svetu. Tako nepovoljan sklop spoljnih neprilika i unutarnjih nesporezuma, ideološke zbrke i političke neodgovornosti srpskih strateških elita, nije se nijednom bio stekao u novijoj istoriji kao u poslednjoj deceniji 20. veka. Skoro da nije postojao za Srbe nepovoljniji istorijski i politički kontekst u kojem su smeli da nasednu na ratne provokacije onih sa kojima su živeli u loše uređenoj državi kojoj je isticao „rok upotrebe“, jer su je bili otpisali svi koji su je nekad stvarali – a pre svih velike svetske sile.

Srbija je, kao nijedna druga zemlja u Evropi, čitavu jednu deceniju bila izložena u savremenom svetu neviđenom sadejstvu spoljnih i unutarnjih činilaca razaranja i uništavanja jedne suverene države, naroda koji u njoj živi i društva onakvog kakvo je u njoj ranije postojalo. U pitanju je, dakle, tipičan *MAGNUM CRIMEN* u odnosu na Srbe i Srbiju, koji je u 20. veku bio po treći put ponovljen i do danas ostao nekažnjeni veliki zočin. Poslednji (da li je i zadnji?) *MAGNUM CRIMEN* je ovog puta bio najtotalniji, jer je predstavljao potpuno sadejstvo svih mogućih spoljnih i unutarnjih, tradicionalnih, modernih i postmodernih „sila zla“. Totalitarni karakter tog velikog zločina, kao totalnog socijalnog fenomena i udruženog antisrpskog zločinačkog poduhvata ilustruje sledeća tipologija u kojoj se navode četiri najvažnije vrste sukoba i s njima povezanih oblika ugrožavanja nekog društva, uz više vrsta pretnji koje uz takve oblike sukoba obično idu. Svi oni se u slučaju Srbije u nekom vidu javljaju, deluju kumulativno, jedni sa neposrednim i aktuelnim, a drugi sa posrednim i odloženim dejstvom na prilike u savremenom srpskom društvu – uključujući i sve naše neprilike sa kriminalitetom. U toj tipologiji se navode sledeći oblici sukoba i s njima povezani načini ugrožavanja i raznih pretnji nekom društvu:

1. *spoljno* i *direktno* ugrožavanje (i pretnje – invazija, okupacija, istrebljenje, sankcije, nuklearni rat);
2. *spoljno* i *strukturno* ugrožavanje (i pretnje – embargo, ekonomski rat, ekološko razaranja, globalne krize, siromaštvo, nerazvijenost, nejednakost);
3. *unutrašnje* i *direktno* ugrožavanje (i pretnje – državni i lični terorizam, izazivanje ratova, građanski rat, tlačenje manjina);
4. *unutrašnje* i *strukturno* ugrožavanje (i pretnje – otuđenje, raspad društva, mafija, korupcija, crno tržište, bezakonje, droga).<sup>1</sup>

Pada u oči da je srpsko društvo u poslednjoj deceniji 20. veka bilo neposredno ugroženo na sve navedene načine. Dakle, na sve moguće načine i sa svih mogućih strana. Što bi se na uobičajeni način reklo – nema tog zla koje nas nije zadesilo. Jed-

1 Planovi za alternativnu odbranu, Internet-separat Transnational Fondation for Peace and Future Research, Lund (Sweden), 15. maj 2000, s. 1.

na potpuna sociološka tipologija, koja u svom apstraktnom obliku treba da obuhvati sve logičke mogućnosti, empirijski je u celini „pokrivena“ samo u jednom konkretnom slučaju, u slučaju srpskog društva. Uslovno rečeno, čak ni „nuklearni rat“ kao najteža vrsta spoljne i direktne pretnje nije nas zaobišao, jer su 1999. na Srbiju padale i bombe sa „osiromašenim“ uranijumom. Pritom je jedan deo Srbije najpre okupiran, a potom protivpravno ošet. Spolja indukovani, stalno podsticani i obilatopomagani separatistički antisrpski projekti u bivšoj Jugoslaviji u suštini predstavljaju *MAGNUM CRIMEN* koji je poslužio ne samo za protivpravno razbijanje međunarodno priznate države i predstavljao zločin protiv mira, nego je uz to bio dubinski uzrok i strukturni okvir za nagli porast svih oblika kriminaliteta u Srbiji.

Jugoslavija je, po drugi put u 20. veku, bila razbijena sinhronizovanim delovanjem spolja i iznutra. Međunacionalni rat koji je na jugoslovenskim prostorima nastupio od sredine 1991, a okončan NATO-agresijom na Srbiju 1999. godine, posledica je dugotrajnog delovanja spoljnih i unutarnjih, starih i novih, istorijskih i strukturnih, političkih, ekonomskih i kulturnih, ideoloških i verskih, međunacionalnih i geopolitičkih, lokalnih, regionalnih i globalnih društvenih procesa i odnosa. Svi zajedno, oni su oblikovali zamršeni deterministički sklop više ili manje manifestnih ili latentnih, dugotrajnih i kratkoročnih, integracionih ili dezintegracionih činilaca koji su posredno ili neposredno izazvali sukobe i presudno opredelili njihov iracionalan tok.

Svaka iole objektivna i racionalna rasprava o uzrocima spoljnog razbijanja i unutrašnjeg raspada Jugoslavije kao države i rata među jugoslovenskim narodima mora da uvažava pluralizam činilaca i glavne logičko-metodološke modele sociološkog objašnjenja, kao što su istorijsko-genetički, strukturni, funkcionalni, teleološki. Činjenica je da je istorija balkanskih i jugoslovenskih nacionalnih sukoba i verskih raskola duga i tragična, ali je istorijski najparadoksalnije to što su u „mirno doba Evrope“, onda kad su u njoj pod kraj 20. veka pojačavani integracioni procesi, u Jugoslaviji podsticani i pomagani svi oni koji su najpre latentno, a potom i sasvim otvoreno razbijali jednu multietničku evropsku državu i po svaku cenu nastojali da na njenim ruševinama stvore svoje male nacionalne i „etnički čiste“ državnice sumnjivog legitimiteta i legaliteta i ograničenog suvereniteta.

Nikom, izgleda, nije bilo stalo da odgovarajućim reformama ukloni unutarnje funkcionalne nedostatke jedne evropske, višenacionalne, multikulturne i zajedničke jugoslovenske države, jer je teleologija „razdruživanja“ bila jača. Jugoslavija je bila međunarodno priznata država, ali kad je ostala bez čvrste unutarnje organizacije i jake spoljne potpore, nije mogla da se odupre spolja indukovanom nasilju, najpre na Kosovu i Metohiji, a potom i u Hrvatskoj u kojima su nelegalno i spolja naoružane paravojne jedinice tzv. teritorijalne odbrane. Tako je, uz presudnu spoljnu potporu, razaran legalni državni poredak, raspaljena nacionalistička histerija i postavljen detonator koji aktivira latentnu razornu energiju unutarnjih istorijskih, strukturnih i funkcionalnih suprotnosti u bivšoj Jugoslaviji.<sup>2</sup>

2 Ne računajući više hiljada novinskih članaka, bibliografija raznoraznih „studija“ o raspadu Jugoslavije čini listu od nekoliko stotina jedinica. Među njima bi se, samo na prste jedne ruke, mogle nabrojati one retke studije koje su uspele da jasno razgraniče i realno uravnoteže spoljne i unu-

Krajnje tendenciozno i sasvim neprimereno stvarnim okolnostima i pravim uzrocima društvenih sukoba u bivšoj Jugoslaviji, Srbija i njeno tadašnje političko vođstvo proglašeni su za glavnog vinovnika svekolikog zla koje se desilo pod kraj 20. veka na Balkanu i u Evropi. Osnovni politički motiv takvog „horskog“ satanizovanja Srbije mogao bi da bude u prvom redu povezan sa očiglednim nastojanjem da se što više maskira istorijska odgovornost velikih sila za razbijanje multietničke Jugoslavije, koje su tim povodom u više mahova prekršile Povelju Ujedinjenih nacija, odredbe Helsinške deklaracije o državnim granicama u Evropi, Statut NATO-a u vreme njegove agresivne intervencije na srpski narod (ne samo u Srbiji, nego i u Republici Srpskoj, Crnoj Gori, pa i Srpskoj Krajini koja je uz pristanak i diplomatsku i vojno-logističku potporu velikih sila napadnuta u vreme kad je bila pod „zaštitom“ snaga UN).

Sasvim je neuverljiva ocena bila da bi razbijanje jedne države moglo da prođe kao „mirno razdruživanje“ bez odlučnog spoljnog pritiska da se svi sporovi razrešavaju prema unutarnjem i međunarodnom pravu, a pogotovo u uslovima kad se suspenzija unutarnjeg prava podržava tendencioznim i pristrasnim tumačenjem, pa i neposrednim kršenjem međunarodnog prava.

Ključna i kobna za Jugoslaviju, a naročito za Srbe i Srbiju koji su svoju istorijsku sudbinu pogrešno i predugo bili vezali za propali jugoslovenski projekat, bila je očigledna (danas skoro i zaboravljena) manipulacija tzv. Badenterove komisije koja je na samom početku formalnog raspada federalne države (nakon referenduma Slovenije o nezavisnosti 1991) dobila mandat da politički uspori i pacifikuje „razlaz“. Nasuprot ovom javno deklarisanom cilju, zbog kojeg je Srbija i prihvatila međunarodnu arbitražu navedene komisije, ona je razbijanje međunarodno priznate države ne samo stvarno ubrzala nego i neposredno usmerila ka ratnom scenariju svojom odlukom da je Jugoslavija „sama od sebe“ prestala da postoji, te da svaka njena federalna jedinica (uključujući i pokrajine u sastavu Srbije) ima pravo na otcepljenje i državnu nezavisnost. Tako je ne samo stvorena međunarodna platforma nego je skoro „raspisan konkurs“ za državnu nezavisnost i onih republika koje se tada još uvek nisu bile otvoreno opredelile za otcepljenje od Jugoslavije. Taj „konkurs“ je bio kratkoročno oročen i ničim uslovljen i neposredno je razbuktao ratne sukobe i tamo gde ih ranije nije bilo. U datim okolnostima, to je bio neposredni uzrok koji je bio i neophodan i dovoljan uslov da se rat u Hrvatskoj naglo razbukta u jesen 1991. i da se prenese u BiH u proleće 1992. U argumente za „teoriju antisrpske zavere“ spada činjenica da je pritom ustanovljena nepromenljivost unutarnjih (republičko-pokrajinskih) granica i olako prihvaćena promena spoljnih državnih granica Jugoslavije koje su bile zagarantovane svim i tada važećim međunarodnim pravnim i političkim dokumentima. Istovremeno je Srbima u Hrvatskoj i BiH osporeno pravo da se pozivaju na republičke ustave u federalnim jedinicama u kojima su imali status konstitutivnih naroda koji ih je koliko-toliko štitio od nacionalne majorizacije u sredinama u kojima su u prethodnim ratovima bili žrtve genocidnih projekata čiji inspiratori i izvođači su ostali nekažnjeni.<sup>3</sup>

---

tarnje činioce njenog razbijanja, a pogotovo da precizno označe spoljne aktere čina koji ima sve elemente u međunarodnom pravu kodifikovanog „zločina protiv mira“.

3 Možda se i zbog ove činjenice potonji ratni zločini koje su na ovim prostorima starog genocida nad Srbima osvetoljubivo počinili potomci srpskih žrtava, koji su „na kraju balade“ (mada pre-

„Planirani kaos“ u kojem se našla bivša Jugoslavija imao je čitav niz latentnih funkcija koje su stratezi tzv. novog svetskog poretka imali u vidu kada su tokom osamdesetih godina 20. veka sistematski podsticali kosovske Albance na pobunu, a Slovence i Hrvate na „razdruživanje“. Onima koji od tada pa do danas u vezi sa ovim događajima horski osporavaju tzv. teoriju zavere velikih zapadnih sila (protiv Srba) valja odgovoriti protivtežom o neospornom strateškom, aktuelnom (i)li istorijskom interesu SAD, Engleske, Nemačke, Austrije i još pokoje druge zapadne zemlje (Francuske, Italije, Mađarske) za proširenje njihovog uticaja na jugoistočnu Evropu. Omalovažavajući javni govor o „teoriji zavere“ dodatno kamuflira suštinske činioce i najdublje političke motive najmoćnijih i zato najodgovornijih aktera planiranog haosa u posletitovskoj i postsocijalističkoj Jugoslaviji koje moderna sociološka teorija označava kao strukturno-funkcionalnu analizu latentnih faktora (Robert Merton). Svaku uspešnu strategiju uvek prati taktika koja što god više može skriva glavne strateške ciljeve, kamuflira najvažnija sredstva i u dubokoj tajnosti drži planove svojih strateških akcija. Tu se uopšte ne radi o nekakvoj iracionalnoj „zaveri“ (protiv nekoga) nego o veoma racionalnom („ciljno-racionalnom“ – Maks Veber) delovanju koje je u interesu aktera koji tako uspevaju da iznenade, zbune, dezorganizuju i onemogućе efikasan otpor onima koje realno i racionalno procenjuju kao prepreku, kao svog stvarnog ili potencijalnog protivnika s kojim se interesno sukobljavaju.

Zna se da je „metodologija naknadne pameti“ u političkoj praksi manje vredna nego u društvenoj teoriji gde se javlja u obliku umne racionalizacije kao „Minervina sova“ (Hegel) ili kao „istina cela“ koja se može otkriti samo sa „istorijske distance“. U tom smislu je izuzetno važno da se jasno označi vrsta diskursa i tako suzi polje velikih manipulacija koje se čine onda kada se naizmenično prepliću diskurs praktične politike i diskurs društvene teorije. To je nužno zato što se ontologija političkog delovanja i metodologija teorijskog istraživanja nikad ne poklapaju. Kriterijumi uspešnosti u jednoj i drugoj oblasti se ne samo razlikuju, nego su ponekad i neposredno suprotstavljeni: dok je za uspešnu političku praksu neophodno da se glavni ciljevi delovanja što bolje i što više prikriju (makar dok se ne ostvare), za uspešnu teoriju je važno sasvim obrnuto – da se istina o suštinskim odnosima što bolje sazna. Za uspešnu i racionalnu praksu istina bi morala da bude blagovremena, ali za teoriju je vredna i kad stigne sa izvesnim (po mogućstvu istorijski pristojnim) zakašnjenjem.<sup>4</sup>

---

uvećani) ipak evidentni, za razliku od svih drugih zdušno etiketirani kao „genocid“. A stvarno, srpski zločini u poslednjim ratovima bili su po svom karakteru sekundarni i reaktivni, a ne primarni. Oni se upravo po tome razlikuju od ustaških, muslimanskih i šiptarskih zločina nad Srbima. Ta razlika se, međutim, previda da bi se etiketa genocidnosti lakše skinula sa pleća svih drugih i da bi bila kao istorijski najsravniji žig udarena na čelo Srbima kao narodu – a sa uverenjem da će „genocidan“ ostati samo onaj narod koji je takav „epitet“ dobio baš „na kraju istorije“. To je monstruozna antisrpska konstrukcija i grandiozna istorijska manipulacija koju ne može da neutrališe ni okolnost da „teorija o kraju istorije“ nije nimalo uverljivija od „teorije zavere“, kao što i ova druga nije za Srbe nimalo utešnija od one prve.

4 Za takvom merom između blagovremene i istinite istorijske samosvesti tragam u ranijim svojim člancima: „Raspad države i rat u Jugoslaviji – Pokušaj sociološkog objašnjenja“, Sociološki pregled, 1994, br. 2, s. 189–203; „Između istorijskog slepila i intelektualnog beščašća“, Srpska politička misao, 1995, br. 2–3, s. 293–320.

Sa teorijskog stanovišta, dakle, važnija je istina, a sa političkog najvažniji je praktični efekat nekog delovanja. Neosporna je činjenica da je nakon pada Berlinskog zida u Evropi bilo najlakše baš u Jugoslaviji izazvati takav dramatičan zaplet u inače kriznom društvu da bi spoljna arbitraža, a potom i vojna intervencija postale u toj meri neophodne da bi se NATO morao reaktivirati i tako zadobiti jednu potpuno novu ulogu u svetu. Uzgredno su napravljeni brojni presedani u međunarodnom pravu, što je inače jedan od najvažnijih načina njegovog menjanja u skladu sa interesima onih koji imaju snage da stvore presedane i da ih drugima nametnu kao „novo pravilo igre“.<sup>5</sup>

To što tadašnje srpsko političko vođstvo nije dovoljno dobro razumelo ni novi „globalizacijski duh vremena“ ni stari „istorijski duh (balkanskog) prostora“,<sup>6</sup> a naročito što nije realno procenilo odnose snaga, interese i motive glavnih aktera na planu spoljne i unutarnje politike, ne bi smelo da pomuti teorijsku analizu stvarnih zbivanja. Nesumnjive strateške i taktičke greške tadašnjeg srpskog političkog rukovodstva, od tada pa sve do danas, uzimaju se ne samo kao opravdavanje kriminalnih postupaka svih drugih spoljnih i unutarnjih aktera i svega onog što se sa Jugoslavijom i srpskim narodom u njoj desilo nakon pada Berlinskog zida. One se koriste i kao politički tendenciozno i istorijski netačno objašnjenje tragičnog epiloga poslednje jugoslovenske krize. To je „kaubojska metodologija“ koja, ne samo što unapred i manihejski razlikuje tuđe „loše momke“ (Srbe) i svoje „dobre momke“ (sve druge) nego i na druge načine, a naročito medijskim manipulacijama („simulacijom simolakruma“ – Žan Bodrijar, 1991) kreira krizne situacije s kojima suvereno upravlja. Ta redukcionističko-manipulativna „metodologija“ počiva na instrumentalnoj racionalnosti koja se sastoji u imperativu da se indukovanjem i raspaljivanjem kriza po svetu, a potom sopstvenom pristrasnom arbitražom, iz svake od njih, sa najmanjim ulaganjima, za sebe izvuče najveći politički, a preko njega i svaki drugi profit (Noam Čomski, 1995).

Aksiom je svake uzročne analize jasno razlikovanje vremenskog redosleda konkretnih pojava i događaja, jer uzrok po definiciji uvek prethodi svojoj posledici. U medijskoj i političkoj manipulaciji oko uzroka rata u Jugoslaviji obično se vrši vre-

- 5 Što se mene lično tiče, kad god sam pokušavao politički da delujem imao sam uvek u vidu razliku između uloge teorijskog analitičara i političkog aktiviste. U napred navedenim i drugim svojim polemičkim člancima s početka devedesetih ukazujem na latentne ciljeve različitih aktera jugoslovenske tragedije, bez iluzije da bi srpske političke elite (takve kakve su tada bile) mogle blagovremeno da ih prepoznaju i na njih da adekvatno reaguju. Kasnije se pokazalo da i među onima koji su posle njih u Srbiji došli na vlast mnogi nisu bili ni bolji ni mudriji od onih koje su smenili. Posle svega, preostaje samo da se teorijske analize provere u svetlu proteklih zbivanja („na kraju balade“) – s nadom da bi to saznanje ipak moglo poslužiti kao nauk „za buduća neka pokolenja“.
- 6 Lično sam se definitivno uverio da će „na zlo izaći“ po srpski narod ono što je tada činilo srpsko političko rukovodstvo koje uopšte nije bilo shvatilo šta je za svet i Evropu, a naročito za male balkanske narode i Srbe među njima posebno, značio pad Berlinskog zida. U takvim okolnostima oni su našli za shodno da hapse Azema Vlasija i to uz čudovišno anahronu optužbu „za kontrarevolucionarno delovanje“?, dok su generali JNA pristupali novo-staroj stranci „SK – Pokret za Jugoslaviju“. Bilo je to, kako jedan pesnik reče, kobno vezivanje jedne države (Jugoslavije) i jednog naroda (Srba) „za mr(tva)ca“. Što se srpskog naroda tiče, za njega je to bila tragična „politička operacija“ kojom se mrtvo tkivo transplantuje na živi organizam – koji potom nužno počinje da odumire u raspadanju koje nije bilo lako zaustaviti.

menska inverzija događaja tako da se izvode tendenciozni zaključci o „glavnim krivcima“ i „najvećim žrtvama“. Bez dublje fenomenološke analize ovog glavnog manipulativnog obrasca, za ovu priliku je dovoljna opaska da se tako najlakše konstruišu paradoksi po kojima su istorijski „najveće žrtve“ propagandno-politički gledano i „glavni krivci“ – jer samo tako stvarni vinovnici zla ostaju skriveni, a kad budu otkriveni tada imaju pseudomoralnu satisfakciju za svoja kriminalna (ne)delatna.<sup>7</sup>

Planetarni terorizam velikih sila je tako postao globalizacijski okvir za svaki drugi terorizam. Nasilje koje se, pritom, indukuje dvojnim standardima stvara ambijent globalne anomije u kojem je onima koji su veliki i jaki sve dozvoljeno, pa se to odnosi i na kriminalne grupe i pojedince koji se u takvom ambijentu osećaju kao ribe u vodi. Kad se Srbija našla na putu velikih sila, njeno političko vođstvo nije na vreme opazilo da se prema njoj valja surovi globalizacijski („cunami“) talas. Rat kojim je Jugoslavija razbijena, a naročito bombardovanje Srbije u pravno nelegalnoj, istorijski kriminalnoj i potpuno nesrazmernoj upotrebi najveće vojne (NATO) sile na svetu protiv jedne male zemlje, u kojoj se uz to još koriste i zabranjena oružja (kasetne i bombe sa „osiromašenim“ uranijumom).

Takav rat je za direktnu posledicu imao najdublju socijalnu i moralnu anomiju i zato što mu je prethodila kolektivna satanizacija Srba kao naroda, što je surovo finalizovan i na čudovišno perverznan način medijski promovisan kao „humanitarna akcija Milosrdni anđeo“. Da ništa drugo nije učinjeno protiv Srba i Srbije osim navedenog „humanitarnog bombardovanja“ (Vaclav Havel) – bilo bi potrebno da se potroše bar tri srpske generacije da bi se koliko-toliko sanirala ratna šteta koja im je tom prilikom naneta – s tim da se u to ne računa i prateći kriminalitet koji se pritom duboko ukorenio i na sve strane proširio.

Najneposrednije spoljno strukturno ugrožavanje srpskog društva ogledalo se u nametanju oštrih ekonomskih sankcija za Srbiju i sva srpska preduzeća na samom početku jugoslovenske krize koje su nužno izazvale otvaranje i uhodavanje kriminalnih švercerskih kanala u svim oblastima odnosa sa okruženjem. Tada je u dejstvo stupila univerzalna sociološka zakonitost po kojoj spoljni odnosi neposredno

7 Danas su mnogi već zaboravili drske albanske provokacije na Kosmetu tokom osamdesetih godina s kojima počinje nova „spirala zla“ (tadašnjih „marksista-lenjinista“, a potonjih „demokrata“ u devedesetim) kao što su bila iskopavanja dečjih grobova, nabijanje ljudi na razbijene flaše (za pravosuđe sramni „slučaj Martinović“), paljenje Pečke patrijaršije, silovanje monahinja, ubistva vojnika i policajaca, a sve uz glumatanje „žrtve“ poput nečuvnog selektivnog „trovanja albanskih đaka u srpskim školama“ zbog čega su oni, navodno, morali da ih napuste. Za sve što su Albanci tada na Kosmetu činili Srbima, imali su bezrezervnu podršku ne samo političkog rukovodstva Slovenije, Hrvatske i bosanskih Muslimana (koji se i sami počinju ilegalno naoružavati kao i Albanci), nego i od mnogih intelektualaca iz bivše Jugoslavije i sveta, a naročito od velikih zapadnih sila. Srbe na Kosmetu nije smela da uzme u zaštitu ni Srbija, a kad je to neko pokušao, dat je znak za veliku uzbunu posle koje je država razbijena, a Srbi proglašeni za kolektivnog krivca – kao ranije za njeno stvaranje, tako danas za njeno razbijanje. A stvarno, Jugoslaviju su velike sile jednom stvorile (kad im je to bilo u interesu), a drugi put razbile (jer im je interes u međuvremenu promenjen). Koliko je ta spoljna veza bila direktno uticala na unutarne neprilike ništa ne govori toliko jasno kao činjenica da se rat u BiH razbuktao pred jedne američke izbore (Cimerman podstiče Izetbegovića da odbaci Kutiljerov plan), a stišava pred druge izbore (nametanjem Dejtona posle bombardovanja Republike Srpske). Gospodari sveta su gospodari i rata i mira i vinovnici najvećih zločina koji, po pravilu, ostaju nekažnjeni.

dovode do promena unutarnje strukture nekog društva koje je tako bilo strukturno prinuđeno na funkcionalno prilagođavanje.

Da nije bilo spoljnih sankcija, vojne agresije i „humanitarnog bombardovanja“ Srba i Srbije – unutarnje kriminogene sile nikad ne bi tako ojačale, a kad su ojačale, takve kakve su bile (vlastoljubive i na novac pohlepne) mogle su same za sebe iznutra da razore, opljačkaju i osiromaše i mnogo organizovanija i bogatija društva od srpskog – i da ono nije bilo tako dugo izloženo najraznovrsnijim spoljnim pritiscima.

U okolnostima spoljnih sankcija i surove međunarodne blokade nužno je bilo da se strukturno i funkcionalno prekomponuje unutrašnji institucionalni sistem: policija je prvo bila prinuđena da saraduje sa kriminalcima, a zatim ih je sama organizovala; carinici su tada dobili preporuku da saraduju sa švercerima, a zatim su sami počeli da organizuju šverc. Svi su bili prinuđeni da jedno misle, drugo govore, a treće rade. U takvim okolnostima zakoni su i za one koji ih pišu i za one koji bi trebalo da ih primenjuju bili samo „mrtvo slovo na papiru“. Oni se otvoreno i grubo krše ili se zamenjuju „korisnim malverzacijama“, pa se sudstvo potpuno delegitimiše i pravosudni sistem u celini obesmišljava. U takvim okolnostima privreda definitivno potpada pod uticaj organizovane korupcije, koja zahvata i sve druge oblasti društvenog života – politiku, zdravstvo, obrazovanje.

Najopasnija posledica tako stvorene društvene anomalije jeste otvorena sprega i pogubna simbioza normalnih i patoloških pojava – kad je izgledalo da svi saraduju na istom („patriotskom“) poslu. Pomešani su kriterijumi dobra i zla, stvorena je vrednosno-normativna zbrka i niko više nije bio u stanju niti je imao motiv da se sam bori protiv udruženih snaga korupcije i njenih protagonista, protiv interesnog saveza neodgovorne vlasti i organizovanih kriminalaca. Zato je stanje društvene anomalije raj za razne zločince i potencijalne kleptomane, koji uvek i najuspešnije „love u mutnom“.

To su bile realne okolnosti u kojima u Srbiji nastaje zločinačka korporacija u obliku organizovanog kriminaliteta. Tamo gde je organizovani kriminalitet uhvatio dublje korene skoro bez izuzetaka postoji interesna i personalna sprega kriminalnih grupa i oficijelnih državnih organa koji bi trebalo da gone i kažnjavaju kriminalce, a oni su se sa njima udružili. Zato bi se odnos organizovanog kriminala i državne organizacije mogao da iskaže preko često korišćene ocene da i dobro organizovane države imaju svoje kriminalce, dok dobro organizovani kriminalci često imaju „svoje države“.

Spoljne sankcije su, dakle, stvorile neregularne strukturne okolnosti u kojima je bilo moguće opravdavanje i teškog kriminala, koji se lažno ali uverljivo legitimisao „državnim interesima“ – što je neposredno dovelo do njegovog ukorenjivanja u samim temeljima društva. U prvom redu, na srpsko društvo i pravni poredak razorno je delovala sankcija kojom je ukinut legalni platni promet sa inostranstvom, što je neposredno dovelo do uspostavljanja nelegalnih finansijskih kanala unutar zemlje koji su, iako nelegalni, opravdavani kao politički legitimni. Posle toga je, sa sumnjivom argumentacijom i s kriminalnom motivacijom, ukinuta i Služba društvenog knjigovodstva koja je kontrolisala unutarnje tokove novca. Tada je proradio čuveni

efekat „lepljivih prstiju“ preko kojih prolazi veliki novac i nestaje kad god prelazi iz jednih ruku u druge. Pošto su tokovi novca krvotok svih robno-novčanih društava, njihovo zatvaranje znači presecanje „žile kucavice“ ne samo za privredu jedne zemlje nego i za sve važnije globalne funkcije, ali i za sve druge ćelije socijalnog organizma. A poniranje novčanih tokova u nevidljive i nekontrolisane kriminalne kanale predstavlja najbrži put jednog društva u organizovani kriminalitet i totalnu socijalnu anomiju.

Sudbina novca je uvek i svuda sudbina nacionalnog bogatstva neke zemlje. Odgovorna politička elita bi na spoljne pritiske odgovorila pojačanom unutarnjom finansijskom disciplinom, ali se kompradorska političko-privredna elita u Srbiji u teškim okolnostima rata i spoljnih sankcija ponela „lešinarski“. Ratovi i sankcije su bili prilika koju „domaći lešinari“ nisu propustili da bezobzirno pljačkaju sve što im je dolazilo pod ruku. Pljačka je poprimila sistemski karakter kad su stvorene lažne piramidalne banke, a potom pokrenuta kod nas dotle nevićena spirala inflacije. U januaru 1994. po intenzitetu mesečne inflacije bili smo prva zemlja u svetu. Tog meseca dnevni rast cena bio je preko 60% (ili 2% na sat). Izdata je novčanica od najveće nominalne vrednosti 500.000.000.000 (sa likom J. Jovanovića Zmaja).<sup>8</sup> Tokom hiperinflacije svakog meseca emitovane su u proseku 4 nove novčanice, a bili smo treći u svetu po ukupnom trajanju hiperinflacije od 24 meseca. Pošto je potpuno obezvređena domaća valuta svi građani su i poslednji dinar koji su imali pretvarali u nemačke marke, da bi im posredstvom piramidalnih banaka koje je državni režim organizovao i te marke bile izvučene iz džepova i „pacovskim kanalima“ iznete u inostanstvo (uglavnom preko Kipra i Grčke). Pritom su svi oni koji su imali bilo kakvu poziciju u bilo kakvoj vlasti, koristeći svoje manje ili veće privilegije u raspadajućem ali „pljačkaškom“ sistemu, na kursnim razlikama stvarali veće ili manje lično bogatstvo, dok su mase običnih ljudi padale u bedu i siromaštvo.

U svim zemljama bivšeg socijalizma korupcija je postala očigledna i naglo procvetala sa raspadom ideološki i policijski represivnog režima. Na njegovim ruševinama, skoro sa istom brzinom s kojom se sistem urušio, izdiže se oligarhija prebogatih ljudi – od istih onih koji su u ranijem sistemu bili premoćni, pa su imali mogućnost i privilegiju da prvi zaposednu i za sebe i članove svoje porodice prisvoje prirodna i nacionalna dobra (izvore nafte, prirodnog gasa, zemljišta, infrastrukturne sisteme).

Ovaj najtipičniji vid tranzicijske korupcije u većini zemalja bivšeg socijalizma skoro sasvim je legalizovan. Tamo gde ovaj proces „naknadne“ ili „postsocijalističke koncentracije kapitala“ još nije dovršen i legalizovan, on se ubrzano nastavlja u istom pravcu. Njegovo glavno pogonsko gorivo je već privatizovani kapital koji bez ozbiljnijih prepreka prodire u sve javne službe i ustanove (po pravilu da „novac vrti gde burgija neće“). Ubrzo se pokazalo da se neoliberalna, ideološki usiljena i spolja zadata i ubrzavana privatizacija pretvorila u otvorenu i grubu pljačku nacionalnih prirodnih i privrednih dobara. Tako se stara politička oligarhija preobratala u novu

8 Skoro da nije moguće naći očigledniji primer za dotle neviđenu devalvaciju srpskih nacionalnih simbola od inflatornih novčanica sa tolikim brojem nula pored lika i imena Tesle, Karađorđa, Vuka, Dositeja, Cvijića, Zmaja i drugih srpskih nacionalnih veličina – koji su svi zajedno postali bezvredna moneta za kriminalno potkusurivanje neodgovornog režima sa svojim narodom.



„lopovsku oligarhiju“ (*kleptokratiju*). Spoljni akteri stranog projekta koji je napred označen kao primarni *MAGNUM CRIMEN* tako su dobili svoje partnere u neprincipijelnoj koaliciji s izvođačima kriminalnih radnji u okviru sekundarnog unutarnjeg projekta koji u punoj meri (takođe) zaslužuje da se kvalifikuje kao *magnum crimen*.

Skoro je tri decenije proteklo od kako je u Srbiji jednopartijski politički sistem formalno zamenjen višepartijskim, uz očekivanja da se pritom konstituiše pravna država u kojoj političke stranke neće moći neposredno i protivpravno da upravljaju javnim poslovima. Ispostavilo se, međutim, da je jednopartizam zamenjen višepartizmom mnogo brže nego što partijsku državu potiskuje pravna država. Skoro da je opšta ocena da je jednopartijsku državu zamenila višepartijska, takođe partokratska, a ne pravna država. Tako se umesto demokratije u Srbiji ukorenila partokratija kao njen politički surogat, koji je utoliko gori što su stranke na vlasti (a i one u opoziciji) neodgovornije od vladajuće stranke u jednopartijskom sistemu. Kad god su političke stranke korumpirane, tada se korupcija kao opasna zaraza sa stranaka prenosi na državu i na sve društvene institucije. A stranke u Srbiji danas jesu korumpirane i to duboko i teško: spolja i iznutra, od vrha pa do dna, od samog njihovog nastanka pa sve do današnjih dana. (Mitrović, 2009)

Zato je srpsko društvo danas i zarobljeno u neprincipijelnoj zločinačko-lopovskoj interesnoj koaliciji, kriminalnim okovima skovanim pomoću stranog čekića i domaćeg nakovnja u balkanskoj istorijskoj roportarnici iz koje, umesto pravne države, s vremena na vreme izlaze nakazne i opasne institucionalne tvorevine. Neke od tih tobože novih tvorevina liče na stare i tesne omče za vrat koje srpskom narodu i državi Srbiji (i Republici Srpskoj) malo milom, a više prevarom (a kad treba i silom) oko vrata obično namiču, u korumpiranim strankama okupljeni, pripadnici domaće kompradorske političke, privredne i kulturne elite – a po svojoj potrebi zatežu njihovi strani mentori i pomagači. Tako teške okolnosti kod nekih pothranjuju slobodarski mit bajkovitog Baš-Čelika, dok druge upućuju na „realnost“ – koju jedni tupo prihvataju, a drugi požrtvovano i prilježno stvaraju.

Posle svega, danas ostaje i dalje otvoreno pitanje da li je „zaplet-rasplet“ od jugoslovenskog ujedinjavanja do „razdruživanja“, uz istovremeni radikalni zaokret od marksističkog „puta u socijalizam i komunizam“, preko kontroverznog tranzicionisanja, ka neoliberalnoj demokraciji i evrounijatskim integracijama – morao da bude toliko iracionalan koliko je stvarno bio i ko je sve za to odgovoran? S tim su najneposrednije povezana i pitanja o posrednoj i neposrednoj krivici za sveopšte prožimanje kriminalitetom kontroverznih društvenih procesa. Da li je naš „zaplet-rasplet“ morao da bude tako kriminogen kakav je u suštini bio, ko je sve za početak i eskalaciju tako VELIKOG ZLO-ČINA bio odgovoran, a ko kriv, ko je „na kraju balade“ žrtvovan i kažnjen, a ko nagrađen i ostao nekažnjen??? Sasvim je izvesno samo jedno: na nekoliko navedenih i još više nepostavljenih pitanja ne postoji samo jedan odgovor koji, paradoksalno je, grubo nameću oni koji su i najodgovorniji za iracionalni i kriminalni tok kontroverznih zbivanja oko Jugoslavije i Srbije kao države, Srba kao naroda i srpskog društva u istorijskom i aktuelnom geopolitičkom kontekstu.

## LITERATURA

- Avramović, Zoran (2007): *Srbi u getu demokratije*, Orfeus, Novi Sad.
- Avramov, Smilja (2006): *Civilno društvo i nevladine organizacije*, Nova Evropa, Beograd.
- Bodrijar, Žan (1991): *Simulakrumi i simulacija*, Svetovi, Novi Sad.
- Bradar, Milan (2007): *Srpska tranziciona ilijada, Aporije demokratskog preobražaja Srbije u geopolitičkom kontekstu*, Stilos, Novi Sad.
- Vuković, Slobodan (2003): *Korupcija i vladavina prava*, IDN, Beograd.
- Đurković, Miša (2007): „Problemi instiucionalizacije partijskog sistema u Srbiji“, u zborniku *Srbija 2000–2006* (ur. M. Đurković), IES, Beograd.
- Ignjatović, Đorđe (1998): *Organizovani kriminalitet*, Policijska akademija, Beograd.
- Ignjatović, Đorđe (2012): „Koruptivna krivična dela i kaznena politiks“, u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo.
- Kovačević, Mlađan: *Uzroci savremene ekonomske krize*, Akademija ekonomskih nauka, Beograd, 2013.
- Korupcija, vlast, država (2004. prvi deo, 2005. drugi deo); priredili Verica Barać i Ivan Zlatić, izd. Zadruga „Res publica“, Beograd. *Korupcija*, tematski broj časopisa *Naše teme*, oktobar 2006, br. 2.
- Korupcija u Srbiji* (2001): redaktori B. Begović, B. Mijatović, CLDS, Beograd.
- Korupcija na carini* (2002): redaktori B. Begović, B. Mijatović, CLDS, Beograd.
- Korupcija u pravosuđu* (2004): red. B. Begović, B. Mijatović, D. Hiber, CLDS, Beograd.
- Milošević, Nikola (2008): *Zapisi o lažnim demokratama*, SLS, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2003): „Srpski intelektualci u svetlu sociologije“, Zbornik *Intelektualci u tranziciji* (ur. J. Trkulja), Kikinda.
- Mitrović, Milovan (2007): „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji“, u zborniku *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet u Beogradu, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2007): „Globalizacijski paradoksi oko Kosova“, zbornik *Identiteti i kultura mira u procesima globalizacije i regionalizacije Balkana*, Filozofski fakultet u Nišu, urednici Lj Mitrović, D. Zaharijevska, D. Gavrilović, Niš.
- Mitrović, Milovan (2008): „Srbija i Evropa posle otimanja Kosova“, *Sociološki godišnjak* (Pale), br. 3.
- Mitrović, Milovan (2008): „Promene kulturnih obrazaca i kriminalitet u Srbiji“, zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, II deo, ur. Đ. Ignjatović, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2009): „Struktura političkog delovanja i kriminalitet u srpskom društvu“, zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, III deo, ur. Đ. Ignjatović, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2010): „Razaranje društva i nove srpske elite“, *Nacionalni interes*, god. 6, vol. 9, br. 3.
- Mitrović, Milovan (2011): „Srpska ideja u doba zbrkane istorijske svesti“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 134.
- Mitrović, Milovan (2011): „Kampanjska privatizacija u Srbiji. Udruženi pljačkaški poduhvat“, tematska monografija *Kaznena reakcija u Srbiji*, ur. Đ. Ignjatović, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd.

- Mitrović, Milovan (2013): „Društvena javnost, javno mnjenje i organizovani kriminalitet u Srbiji“ tematska monografija *Kaznena reakcija u Srbiji*, III deo, ur. Đ. Ignjatović, Pravni fakultet, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2014): „Tranzicija i pravna (ne)sigurnost u Srbiji, Teorijsko-hipotetički okvir za sociološku analizu“, Kolektivna monografija *Pravna sigurnost u uslovima tranzicije; Prilozi projektu „Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – 2013*, izd. Pravni fak. ured. R. Vasić, I. Krstić, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2015): „Zločin i kazna nad Srbijom – Prilog dijalektici kriminalnog delovanja u Srbiji“, tematska monografija *Kaznena reakcija u Srbiji*, V deo, urednik Đorđe Ignjatović, izd. Pravni fakultet u Beogradu, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2015): „Srpsko društvo danas– Na prelazu vekova i razmeđu svetova“, Kolektivna monografija *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – Prilozi projektu 2014*, izd. Pravni fakultet, urednici R. Vasić, I. Krstić, Beograd.
- Mrvić, Nataša – Ćirić, Jovan (2004): *Sukob javnog i privatnog interesa u trouglu moći, novca i politike*, Vojnoizdavački zavod, Beograd.
- Srbija posle Miloševića* (2001): posebno izdanje Nove srpske političke misli (ur. Đ. Vukadinović).
- Orlović, Slaviša (2008): *Politički život Srbije*. Između partokratije i demokratije, Služeni glasnik, Beograd.
- Srbija 2000–2006* (ur. M. Đurković), IES, Beograd.
- Stojiljković, Zoran (2008): *Partijski sistem Srbije*, Služeni glasnik, Beograd.
- Ćosić, Dobrica (2008): *Vreme zmija*, Službeni glasnik, Beograd.
- Čomski, Noam (1995): *Šta to (u stvari) hoće Amerika*, Institut za političke studije, Beograd.
- Čomski, Noam (1996): *Svetski poredak – stari i novi*, Studentski kulturni centar, Beograd.

*Milovan M. Mitrović*

Faculty of Law, University of Belgrade

## MAGNUM CRIMEN OR CRIME WITHOUT PUNISHMENT?

### SUMMARY

In this essay, the author expounds the hypothesis that the social conflicts (war, external sanctions, NATO aggression on Serbia and the ideological breakdown of the political regime) have led to a deep crisis and destruction (disorganization) of the Serbian society, which directly caused the steep rise in every kind of criminality in Serbia. That historical *MAGNUM CRIMEN* – as a major crime against peace, Serbian state and Serbian people – remained unpunished, although this was the most significant determinant of the deep devastation of Serbian society. A major „crime without punishment“ was used, by corrupted political elite in Serbia, for additional robbing of national natural and economic resources, as a cover for the misuse of legal rights and also for manipulation with public opinion in order to fulfill their partocratic, group and personal interest.

**Keywords:** *magnum crimen*, external sanctions, NATO aggression, criminal privatization.

*Boris Begović\**

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu  
Centar za liberalno-demokratske studije

## MERENJE DRUŠTVENIH TROŠKOVA KRIMINALA: OSNOVNA METODOLOŠKA PITANJA<sup>1</sup>

**Apstrakt:** Društveni troškovi kriminala posmatraju se kao gubitak društvenog blagostanja, a to blagostanje se posmatra kao funkcija individualnih blagostanja svih pojedinaca koji čine društvo. Pregled osnovnih metodoloških pitanja merenja društvenih troškova kriminala pokazao je da postoje brojni metodološki problemi i mnoga otvorena pitanja. Ključni izazov leži u tome da se, s jedne strane, obuhvati svaki gubitak društvenog blagostanja koji je posledica kriminala, a sa druge, da se u ukupne troškove ne uključe oni gubici blagostanja koji su posledica delovanja nekih drugih činilaca. Takođe, od ključne važnosti je dobra konsolidacija podataka, što znači da jedan isti trošak ne sme da se istovremeno unese na različita mesta u obračun društvenih troškova kriminala. Pokazalo se da u slučaju mnogih krivičnih dela dolazi do transfera blagostanja od žrtava (stvarnih i potencijalnih) ka prestupnicima, tako da je u svim ovim slučajevima opravdano da se koriste neto vrednosti troškova iskazanih kao umanjene individualnih blagostanje. Ta umanjena mogu biti vezana za odlive (poput troškova lečenja od posledica nasilničkog kriminala ili nabavke one imovine koja je ukradena), oportunitetne troškove koje ne prate odlivi (poput troškova vremena provedenog na oporavku od posledica krivičnog dela), kao i nematerijalne troškove, poput fizičke i duševne boli, straha, kao i obaranja kvaliteta života usled prilagođavanja ponašanja žrtva (stvarnih i potencijalnih). Na metodološkom planu najveći izazov čine upravo merenje nematerijalnih troškova, kao i precizna identifikacija indirektnih troškova kriminala, u vidu oportunitetnih troškova resursa koji su angažovani na reakciji pojedinaca i društva na kriminal. Društveni troškovi kriminala nisu trivijalni (mogu da pređu i 10% bruto domaćeg proizvoda), tako da je napredak u pogledu metodologije njihovog merenja veoma poželjan, kako sa akademskog stanovišta, tako i sa stanovišta vođenja dobre politike suzbijanja kriminala.

**Ključne reči:** društveni troškovi kriminala, društveno blagostanje, troškovi, direktni, indirektni, materijalni, nematerijalni, metodologija merenja.

### 1. UVOD

Merenje društvenih troškova kriminala poželjno je iz nekoliko osnovnih razloga, kako praktičnih, tako i akademskih. Na praktičnom planu, ovo merenje je potrebno radi donošenja kvalitetnih kolektivnih odluka u pogledu obima resursa koje treba angažovati na suzbijanju kriminala, u poređenju sa alternativnom upotrebom tih resursa u suzbijanju nekog drugog zla s kojim se suočava određeno društvo,

---

\* redovni profesor, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs)

1 Zahvaljujem se Đorđu Ignjatoviću, Mariji Karanikić Mirić i Branku Raduloviću na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.

odnosno, generalno posmatrano, za poboljšanje kvaliteta života pojedinaca koji čine to društvo. Nadalje, na planu donošenja konkretnih programa suzbijanja kriminala, merenje njegovih društvenih troškova preduslov je za primenu analize troškovi-rezultati, kako bi se između nekoliko alternativnih programa izabrao najbolji, koga karakteriše najveća pozitivna razlika između rezultata (mereno umanjnjem društvenih troškova kriminala) i troškova (mereno oportunitetnim troškovima angažovanih resursa). Akademski značaj ove teme zasniva se na uvidu da se merenjem tih troškova neminovno razrešavaju mnoge dileme koje su vezane za karakter kriminala, njegove mehanizme i efekte na društveno blagostanje.

Sve ovo je uslovalo da se prvi radovi koji su se bavili merenjem društvenih troškova pojavili pre više od sto godina, početkom prošlog veka. Ipak, ukupan broj radova iz ove oblasti u svetu nije veliki, a već njihov površni pregled jasno stavlja do znanja da pri navedenom merenju postoje brojna metodološka pitanja, odnosno, iz drugog ugla posmatrano, značajni metodološki problemi. Stoga, cilj ovog rada jeste da ukaže da osnovna metodološka pitanja koja se neminovno postavljaju pri merenju društvenih troškova kriminala i ponudi odgovore na makar neka od njih. Ovakav cilj uslovio je i strukturu rada. Drugi njegov odeljak, onaj koji sledi odmah posle ovog uvodnog, posvećen je osnovnim definicijama i dilemama vezanim za merenje društvenih troškova kriminala. Treći deo rada posvećen je identifikaciji neposrednih društvenih troškova kriminala, njihovoj specifikaciji i ukazivanju na najznačajnije metodološke probleme u pogledu merenja svakog od uočenih troškova. Četvrti deo rada na isti način tretira posredne društvene troškove kriminala – troškove odgovarajuće reakcija društva. Razmatranja u okviru petog dela rada usredsređeno je na dugoročne posledice kriminala, one koje su u velikoj meri bile zapostavljene, što znači da je u pitanju dinamičko posmatranje društvenih troškova kriminala. Slede zaključak i smernice za dalja istraživanja.

## 2. DRUŠTVENI TROŠKOVI KRIMINALA: OSNOVNE DEFINICIJE I DILEME

Pre nego što se pristupi definisanju društvenih troškova kriminala, potrebno je u ekonomskom smislu definisati fenomen kriminala i njegov karakter. Dosadašnja razmatranja u okviru ekonomske analize prava pokazala su da se kriminal u ekonomskom smislu može posmatrati kao aktivnost koja generiše znatne negativne eksterne efekte, što podrazumeva međusobni odnos ljudi koji, suprotno transakcijama na tržištu, nije obostrano dobrovoljan, pri čemu oni koji stvaraju te efekte (prestupnici) ne vode računa o tome kolike troškove stvaraju drugim, kao i trećim licima – žrtvama, kao i potencijalnim žrtvama.<sup>2</sup>

2 Više o ekonomskom pristupu definisanja kriminala videti u: Begović (2015a). Postoji manji broj krivičnih dela, pre svega „zločini iz strasti“, pri kojima je očigledna namera prestupnika da žrtvi nanese troškove, pa ovaj uslov indiferentnosti nije zadovoljan, mada je uslov nedobrovoljnosti svakako zadovoljen. I u ovim slučajevima, međutim, indiferentnost postoji i odnosi se na treća lica – potencijalne žrtve. Više o definiciji eksternih efekata videti u: Nicholson (1995) i Begović *et al.* (2013).

U suštini, društveni troškovi kriminala mogu se posmatrati kao suma privatnih troškova, onih koje snosi prestupnik, i eksternih troškova, onih koje prestupnik nameće, a direktno ili indirektno ih snose svi ostali pojedinci koji čine posmatrano društvo. No, postavlja se pitanje koja je priroda tih društvenih troškova. Jedini teorijski konzistentan odgovor na to pitanje jeste da društvene troškove kriminala predstavlja ono umanjeње društvenog blagostanja do koga dolazi usled njegovog postojanja. To umanjeње jednako je, iz drugog ugla posmatrano, uvećanju društvenog blagostanja do koga bi doveo hipotetički nestanak kriminala. Pri tome, društveno blagostanje posmatra se kao funkcija isključivo individualnih blagostanja, što znači korisnosti koje uživaju oni pojedinci koji čine posmatrano društvo, a uobičajeno je da se društveno blagostanje u savremenoj ekonomskoj teoriji posmatra kao suma individualnih blagostanja tih pojedinaca.<sup>3</sup>

Ključno pitanje u pogledu kojeg postoji spor u ekonomskoj analizi kriminala jeste: da li društveno blagostanje zaista treba da bude suma individualnih blagostanja svih pojedinaca koji čine društvo? Da li individualno blagostanje prestupnika treba da bude sadržano u društvenom? Načelno posmatrano, prema nalazima savremene ekonomike blagostanja, ne bi trebalo da bude dileme na tom planu, budući da u funkciji društvenog blagostanja treba, kao argumenti, da uđu individualna blagostanja svih koji čine neko društvo, tj. nivo korisnosti koji svako od njih uživa, bez obzira na to da li su u pitanju prestupnici ili ne. Međutim, već sama činjenica da, ovakvim pristupom, uvećanje korisnosti koju uživa prestupnik koje je posledica učinjenog krivičnog dela neminovno dovodi do uvećanja društvenog blagostanja stvara određenu nelagodu. Stoga su se pojavili različiti stavovi u ovom pogledu, iako se načelo na kome se zasniva ovakva funkcija društvenog blagostanja sama po sebi teorijski retko otvoreno osporava.<sup>4</sup> Iz njihovih nalaza se može razabrati da se osporava korisnost do koje je pojedinac došao činjenjem krivičnog dela kao legitimna korisnosti koja ulazi u funkciju društvenog blagostanja. Štaviše, uvidi savremene analize društvenih troškova kriminala, kada dođe do njihove specifikacije, otkrivaju se da se mnoge promene korisnosti koju uživa prestupnik ne uračunavaju u promenu društvenog blagostanja, čime se *de facto* osporava nalaz da funkcija društvenog blagostanja treba da obuhvata individualno blagostanje svakog pojedinca koji čini posmatrano društvo. U ovom radu se pokušava da se na dosledan način primeni načelo da društveno blagostanje podjednako zavisi od individualnog bla-

- 3 Ovim se iz analize isključuje pitanje raspodele blagostanja, budući da se odgovor na njega zasniva na vrednosnim sudovima, a ova analiza je vrednosno neutralna. Korisnost koju uživa pojedinac i njegovo individualno blagostanje su sinonimi. Korisnost je subjektivna kategorija, koja se zasniva na isključivo na preferencijama pojedinca u pitanju. Formalno posmatrano, funkcija društvenog blagostanja kao argumente ima isključivo individualna blagostanja pojedinaca koji čine to društvo. Više o tome videti u: Johansson (1991).
- 4 Stigler (1970) i Levin i Turmbull (1990) protive se uključivanju korisnosti koju uživa prestupnik u funkciju društvenog blagostanja i to u onoj meru u kojoj je promena njegovog individualnog blagostanja vezana za činjenje krivičnog dela ili njegovo kažnjavanje. Drugim rečima, onaj deo korisnosti koji je posledica nekriminalnih, dopuštenih aktivnosti treba da bude obuhvaćen funkcijom društvenog blagostanja. Nasuprot tome, Cook (1983) smatra da funkcija društvenog blagostanja treba da uključuje (celokupno) individualno blagostanje prestupnika, iznoseći stav da je i prestupnik „član društva“.

gostanja svakog pojedinca koji čini društvo, nezavisno od toga da li je prestupnik ili ne. Ovo je načelan analitički stav, pri čemu se ne zauzima nikakav vrednosni sud prema tome.<sup>5</sup>

Izvesno je da su društveni troškovi kriminala raznovrsni i da se mogu podeliti na više različitih načina. Jedna moguća podela je ona na materijalne i nematerijalne. Materijalni troškovi predstavljaju oportunitetne troškove resursa koji su u kriminalu angažovani ili njime uništeni, bez obzira na to da li ih prate novčani tokovi ili ne, kao i nezavisno od toga ko snosi te troškove. Na primer, u materijalne troškove spadaju troškovi lečenja žrtve nasilničkog krivičnog dela, koji podrazumevaju novčani tok, bez obzira na to od koga taj novčani tok odlazi ka onima koji pružaju uslugu lečenja, ali i izgubljeno radno vreme žrtve tokom oporavka, kada žrtva nije radno angažovana i ne stvara vrednost, što bi činila da do krivičnog dela nije došlo, nezavisno od toga što u ovoj situaciji nema novčanog toka. Nematerijalni troškovi predstavljaju gubitak individualnog, pa time i društvenog blagostanja koji nije vezan za oportunitetne troškove resursa, već je posledica krivičnog dela – na primer, duševna bol žrtve koja je nastala usled nasilnih krivičnih dela ili strah koji se javlja kod potencijalnih žrtava koje žive na području sa visokim nivoom kriminala, odnosno relativno velikom verovatnoćom da postanu žrtve nekog krivičnog dela.

U literaturi se pojavljuje i distinkcija između društvenih i eksternih troškova kriminala (Cohen, 2000). Eksterni troškovi su svi oni troškovi do kojih dovodi krivično delo o kojima prestupnik nije vodio računa pri odluci da ga učini ili ne. Dakle, oni troškovi koji nisu posledica nečije slobodne volje, odnosno odluke bilo koga osim samog prestupnika. Ukratko, to su negativni eksterni efekti kriminala. Društveni troškovi kriminala, naprotiv, uključuju, pored eksternih troškova, i privatne troškove kriminala, a to su troškovi samog prestupnika, na primer njegovi izdaci za nabavku opreme kojim je učinio krivično delo, oportunitetni troškovi njegovog radnog vremena, kao i troškovi koje on snosi u slučaju kažnjavanja. Pitanje, ne samo metodološko, jeste da li su za razmatranje posledica kriminala relevantni samo eksterni ili celokupni društveni troškovi.<sup>6</sup> Time se ovo metodološko pitanje praktično svodi na ono već pomenuto: da li individualno blagostanje prestupnika treba da bude obuhvaćeno društvenim blagostanjem ili ne?<sup>7</sup>

5 Takođe, ovaj rad se ne bavi analizom raspodele društvenih troškova kriminala, odnosno pitanjem koliko koji pojedinci ili društvene grupe snose troškove kriminala. Takva analiza bi neminovno dovela do zalaženja u probleme društvene pravde i raspodele blagostanja, pa time i u vode vrednosnih sudova.

6 Cohen (2000) smatra da je za analizu programa suzbijanja kriminala relevantna koncepcija eksternih, a ne društvenih troškova. Budući da se autor sam ograničio u ovom stavu na analizu programa, proizlazi da on ne osporava koncepciju društvenih troškova kriminala u nekim drugim, na primer, akademskim razmatranjima.

7 McChesney (1993) smatra da troškovi prestupnika ne treba da se uključe u obračun troškova kriminala, odnosno, iz drugog ugla posmatrano, da njegovo individualno blagostanje ne treba da bude uključeno u društveno blagostanje, zbog toga što kriminal predstavlja oblik traganja za rentom, pa stoga ne stvara vrednost. Problem sa ovakvim stavom, ne zalazeći u njegovu moralnu opravdanost, jeste u tome što mnoge druge delatnosti predstavljaju traganje za rentom, ne stvaraju vrednost, ali su u potpunosti u skladu sa zakonom. Nedosledno je upotrebljavati argument traganja za rentom samo u delatnostima koje su zabranjene zakonom. Drugi problem ovakvog

Sledeća moguća podela društvenih troškova kriminala jeste ona na direktne i indirektne troškove. Direktni troškovi su oni koji su jasno i nedvosmisleno alocirani – troškovi koje snose žrtve kriminala, stvarne ili potencijalne, ali i prestupnici. Indirektni troškovi, nasuprot tome, nisu alocirani na određene pojedince, već ih snose svi oni koji čine jedno društvo. Na primer, kao poreski obveznici, čija plaćanja omogućavaju finansiranja krivičnopravne zaštite od kriminala, ili kao potrošači, koji plaćaju višu cenu proizvoda kako bi se, na primer, pokrili troškovi korporativnog kriminala koji dovode do umanjenja proizvodne efikasnosti korporacija.

Dilema koja sledi jeste da li merenje društvenih troškova kriminala treba da obuhvati njegove ukupne ili granične troškove. Granični društveni troškovi kriminala relevantni su za vođenje politike suzbijanja kriminala, odnosno za vrednovanje programa njegovog suzbijanja. Troškovi sprovođenja određenog programa te vrste treba da budu manji od iznosa graničnih društvenih troškova kriminala, odnosno apsolutne vrednosti umanjenja tih troškova. Ukoliko se razmatra veći broj alternativnih programa, onaj koji generiše najveću razliku između granične društvene koristi (merene graničnim društvenim troškovima kriminala koji je suzbio) i graničnih društvenih troškova njegove primene treba da bude izabran kao ekonomski najefikasniji. Nasuprot tome, akademske analize kojima je cilj da istraže veličinu društvenih troškova kriminala u odnosu na neku drugu uporedivu veličinu (na primer bruto domaći proizvod) kao i dinamiku tog iznosa, upućene su na ukupnu veličinu društvenih troškova kriminala.<sup>8</sup>

Slično pitanje postavlja se otvaranjem dileme: agregatni društveni troškovi kriminala, tj. suma društvenih troškova svih krivičnih dela, ili društveni troškovi pojedinačnih krivičnih dela? Kao i u prošlom slučaju, izbor zavisi od prirode istraživanja. Ukoliko se vrednuju neki specifični programi suzbijanja jednog ili malog broja srodnih krivičnih dela, onda se opravdano da se razmatraju upravo društveni troškovi tih krivičnih dela, mada se postavlja pitanje da li se neki troškovi koji se po svojoj prirodi odnose na sva krivična dela, poput troškova krivičnopravne zaštite, mogu pouzdano alocirati samo na neka krivična dela. Ukoliko se radi o programu koji je usmeren na suzbijanje kriminala kao takvog, onda su relevantni agregatni troškovi kriminala.

Konačno, što se podele tiče, društveni troškovi kriminala mogu se podeliti na troškove kriminala u užem smislu reči, ili neposredne troškove, i troškove društvene reakcije na kriminal, ili posredne troškove, bez obzira na to da li se radi o reakciji pojedinaca ili društva u celini, na osnovu kolektivnih odluka koje su donesene.<sup>9</sup>

---

pristupa leži u tome što mnogi prestupnici bave i drugim poslovima, pa se onda postavlja pitanje alociranja onog dela njihovog blagostanja koji je posledica isključivo bavljenja kriminalom, što se analitički praktično ne može razlikovati od onog dela individualnog blagostanja koji je posledica ostalih aktivnosti, onih koje nisu zakonom zabranjene.

- 8 Zanimljiva primena pristupa graničnih troškova jeste merenje umanjenja društvenih troškova kriminala do kojih dolazi ukoliko se jedan maloletnik sa visokom sklonošću ka kriminalu odvraća od činjenja krivičnih dela. Više o tome videti u: Cohen i Piquero (2009).
- 9 U kriminološkoj literaturi (Ignjatović, 2011) uobičajeno je da se govori o „ceni“ kriminala. Očigledno je da se reč „cena“ upotrebljava kao sinonim izraza „troškovi“. Za ekonomsku nauku, međutim, pojam cene ima veoma precizno značenje, vezan je isključivo za tržišne transakcije i



Upravo ta podela se koristi u sledećem delu rada u kome se specifikuju i opisuju pojedinačni društveni troškovi kriminala.

### 3. NEPOSREDNI TROŠKOVI KRIMINALA

#### 3.1. *Direktan gubitak bogatstva/dohotka*

Gubitak bogatstva žrtve uobičajena je posledica imovinskog kriminala. Međutim, ukupan iznos gubitka bogatstva žrtve ne predstavlja društveni trošak kriminala. Radi se o tome da pri imovinskom kriminalu dolazi do transfera bogatstva od žrtve ka prestupniku – upravo je taj transfer osnovni motiv za činjenje krivičnog dela. Bogatstvo se, dakle, ne uništava, već samo prelazi iz argumenta funkcije korisnosti jednog pojedinca u odgovarajuću funkciju drugog. To znači da se umanjeње individualnog blagostanje žrtve, usled odliva bogatstva, u određenoj meri kompenzuje uvećanjem individualnog blagostanja prestupnika. Zbog toga je ključno pitanje relativne promene, odnosno neto vrednosti – iznosa promene individualnog blagostanja žrtve korigovanog iznosom promene individualnog blagostanja prestupnika.<sup>10</sup> Postoje dva jaka argumenta u prilog tvrdnje da je umanjeње individualnog blagostanja žrtve veće od uvećanja individualnog blagostanja prestupnika, tj. da je samo delimično kompenzovano tim uvećanjem. Prvi jeste da bi u suprotnom slučaju prestupnik imao veću rezervacionu cenu predmeta imovinskog krivičnog dela, pa bi ga stoga pre žrtve kupio na (legalnom) tržištu.<sup>11</sup> Drugi jeste da određeni predmet za njegovog vlasnika, s obzirom na specifične situacije u kojima je pribavljen, ima određenu afekcionu vrednost, a prestupnik takvu vrednost tom istom predmetu ne pridaje, što znači da je gubitak individualnog blagostanja žrtve samo delimično kompenzovan. Situacija u kojoj je vlasnik ukradene stvari spreman da je otkupi od prestupnika pokazuje upravo takvo stanje stvari.<sup>12</sup>

Međutim, postoji mogućnost da je umanjeње individualnog blagostanja žrtve usled imovinskog krivičnog dela ne samo u potpunosti kompenzovano, već da je uvećanje individualnog blagostanja prestupnika veće od gubitka žrtve. Prva teorijska mogućnost takve vrste zasniva se na pretpostavci o opadajućoj graničnoj kori-

---

novčane tokove koji se deo njih, tako da se u ovom radu ne prihvata ovakva, ne samo u kriminologiji uobičajena, metaforička upotreba reči cena.

- 10 Naravno, ukoliko se, sledeći sugestiju koju je dao Cohen (2000), razmatraju isključivo eksterni troškovi, onda je izvesno da u društvene troškove kriminala ulaze samo nekompenzovani troškovi žrtve, odnosno isključivo umanjeње njenog blagostanja.
- 11 Rezervaciona cena jeste najveća cena koju je za posmatranu jedinicu date robe kupac spreman da plati. Razlika između rezervacione i tržišne cene predstavlja tzv. potrošačev višak, jednu od osnovnih mera blagostanja potrošača. Za ovu analizu je potpuno svejedno da li prestupnik sam koristi ukradenu stvar ili ju je preprodao na sekundarnom tržištu. Transakcija na tom tržištu su, kao i na svakom rugom, dobrovoljne, što znači da i prodavac i kupac iskazuju svoje preferencije. Naravno, ovakva transakcija ne otkriva rezervacionu cenu kupca. To bi mogla da učini samo odgovarajuća aukcija.
- 12 Anderson (1999) navodi oglase tipa „otkupljujem, plaćam i ne postavljam pitanja o poreklu“ kao primer ovakvog odnosa promene blagostanja. Prestupnik ima podsticaj da ukradenu stvar „proda“ vlasniku, znajući da je rezervaciona cena vlasnika znatno viša od rezervacione cene bilo kog drugog potencijalnog kupca.

snosti bogatstva. Naime, ukoliko je, u takvim uslovima, bogatstvo žrtve imovinskog kriminala veće od bogatstva prestupnika, to uz pretpostavku o istovetnim preferencijama i jednog i drugog, dovodi do uvećanja sume blagostanja, odnosno do porasta društvenog blagostanja. Ukoliko se napusti pretpostavka o istovetnim preferencijama, ne dobija se jednoznačan rezultat, s tim što uvećanje brzine opadanja granične korisnosti, kao i uvećanje razlike u bogatstvu između žrtve i prestupnika, uvećava izgleda da gubitak individualnog blagostanja žrtve bude više nego kompenzovan.<sup>13</sup> Druga situacija ove vrste je ona u kojoj ne postoji ponuda određene robe na (legalnom) tržištu. Na primer, ukoliko postoje nehomogena dobra, poput određene unikatne umetničke slike ili određenog jedinstvenog starog automobila. U takvim okolnostima prestupnik (preciznije rečeno, onaj kome će prestupnik tu stvar da preproda) može da ima višu rezervacionu cenu za tu specifičnu stvar, ali ne može da realizuje transakciju na (legalnom) tržištu zbog nedostatka ponude. Imovinsko krivično delo koje dovodi do transfera stvari od pojedinca koga karakteriše niža rezervaciona cena te stvari ka pojedincu koga karakteriše viša neminovno *ceteris paribus* dovodi do uvećanja društvenog blagostanja.<sup>14</sup>

Nadalje, osiguranje imovine od krađe ne umanjuje troškove nastale usled gubitka blagostanja, već ih samo preraspodeljuje od žrtve ka osiguravajućem društvu. U tom smislu, treba voditi računa da se premija osiguranja koju plaća osiguranik (stvarna ili potencijalna žrtva) odbije od naknade štete kojom je kompenzovana ta žrtva za odliv imovine. Uzgred, troškovi osiguranja imovine od krađe predstavljaju troškove kriminala, budući da su u osiguranju od krađe angažovani resursi, a oni imaju svoje oportunitetne troškove. Naime, da nema imovinskog kriminala ne bi bilo ni ove vrste osiguranja imovine i resursi angažovani na tom osiguranju (novčani, ali i realni, poput radne snage) bilo bi angažovani na nekoj drugoj vrsti osiguranja za koju je iskazana tražnja na tržištu ili bi daljem realokacijom bili angažovani u nekoj sasvim drugoj delatnosti u kojoj zadovoljavali tražnju i stvarali vrednost.

Veliki iznosi transfera bogatstva zabeleženi su u oblasti korporativnog kriminala, kao i u krivičnim delima vezanim za korupciju. To je naročito bitno, budući da u ovim krivičnim delima nema (neposredne) žrtve. Upravo je u tim slučajevima ključno da se uočiti da se radi o transferima, tako da ukupan iznos pronevere sredstva ili ukupan iznos isplaćenog mita ne predstavlja društveni trošak kriminala. Kada, na primer, zaposleni u korporaciji protivpravno prisvoji određeni iznos sredstava, to predstavlja transfer bogatstva od akcionara, odnosno od kupaca proizvoda te korporacije, ka prestupniku. Dok se blagostanje jednih (akcionara i kupaca) umanjilo, blagostanje drugih (prestupnika) se uvećalo. Ista stvar se dešava u slučaju korupcije, na primer korupcije poreske uprave, kojom se omogućava izbegavanje plaćanja poreza. Uvećava se blagostanje koruptora (za iznos umanjene poreske obaveze korigovan iznosom plaćenog mita), takođe se uvećava blagostanje korumpiranog državnog službenika (za iznos

13 Tipičan primer ovakvog transfera mogla bi da bude situacija u kojoj siromašan čovek ukrade hranu bogatom. Više o ovoj vrsti transfera, kojima se smanjenjem nejednakosti uvećava društveno blagostanje videti u: Begović (2015b).

14 Više o tome videti u: Anderson (1999). Treba, međutim, voditi računa o tome, da sama činjenica da su u praksi zabeležene naručene krađe određenih stvari ne dokazuje neminovno da je rezervaciona cena prestupnika, preciznije rečeno njegovog klijenta, viša od rezervacione cene vlasnika. Jedino bi aukcija pokazala odnos ove dve rezervacione cene.

primljenog mita), dok se umanjuje blagostanje poreskih obveznika koji redovno izvršavaju svoje obaveze, budući da se uvećava njihova poreska obaveza.<sup>15</sup>

Dakle, nema sumnje da je i u ovom slučaju u društvene troškove kriminala potrebno uključiti kompenzovane vrednosti transfera. Međutim, Anderson (1999) uključuje ukupne vrednosti transfera kao društvene troškove, tvrdeći da su one već kompenzovane troškovima prestupnika. Ovde se javljaju dva ozbiljna metodološka problema. Prvi je tvrdnja, navodno zasnovana na ekonomskoj teoriji, tj. nalazima Bekerovog modela, da su vrednosti transfera jednake troškovima koje snose prestupnici kako bi obezbedili taj transfer, uključujući i očekivanu vrednost troškova kazne. To, jednostavno, nije tačno, budući da je potreban uslov za krivično delo da očekivana korist (očekivana vrednost transfera) bude veća od očekivanih troškova. Drugim rečima, jedino što znamo jeste da nije manja, inače racionalni prestupnik neće učiniti krivično delo. Koliko je veća ne možemo da saznamo iz Bekerovog i srodnih teorijskih modela ponašanja prestupnika. Drugi problem jeste dvostruko obračunavanje troškova prestupnika, budući da se ti troškovi već pojavljuju u drugoj grupi društvenih troškova kriminala (oportunistni troškovi) koje beleži Anderson (1999). Dakle, ovakav obračun društvenih troškova kriminala nije konsolidovan, s obzirom na to da se ista vrsta troškova pojavljuje na dva mesta, tj. dva puta se sabira u obračunu društvenih troškova kriminala.

Sličan problem se javlja kada se ukupna vrednost transakcija na nekom od zakonom zabranjenih tržišta označi kao društveni trošak kriminala. Najznačajniji primer čine tržišta narkotika (opojnih droga), pa Anderson (1999) navodi da je ukupan promet na tržištu narkotika kao jednu od stavki društvenih troškova kriminala. Može se pretpostaviti da je to učinjeno zbog toga što se ukupan promet na tržištu narkotika, dakle tržišna vrednost isporučene robe, izjednačava sa oportunistnim troškovima resursa koje je bilo potrebno angažovati kako bi se obezbedila takva ponuda. Međutim, nezavisno od toga da li je to izjednačavanje opravdano, ovaj pristup ne odgovara koncepciji društvenih troškova, budući da se navedenim prometom narkotika zadovoljava tražnja za opojnim drogama, dakle, uvećava se korisnost narkomana, a njihova korisnost obuhvaćena je ili bar treba da bude obuhvaćena funkcijom društvenog blagostanja. Narkomani pri kupovine opojne droge privlače potrošačev višak, kao meru blagostanja, budući da je njihova rezervaciona cena uglavnom daleko iznad tržišne. Samim tim, ukupan promet na nekom od zakonski zabranjenih tržišta nikako ne spada u društvene troškove kapitala, budući da se tim prometom zadovoljava postojeća tražnja.<sup>16</sup>

15 U tom smislu, one procene koje u društvene troškove kriminala uključuju ukupan iznos proneverenih sredstava ili ukupan iznos plaćenog mita neminovno precenjuju iznos društvenih troškova kriminala. To su eksterni troškovi, oni troškovi koje snose (posredne) žrtve, ali su ovi troškovi u velikoj meri kompenzovani uvećanjem blagostanja prestupnika. Anderson (1999) identifikuje tri najveće stavke u pogledu transfera u SAD: pronevere i prevare zaposlenih, utaja i neplaćanje poreza i pronevere u oblasti zdravstvenog osiguranja. Ilustracije radi, prva navedena stavka (pronevere i prevare zaposlenih) pedeset puta je veća od imovinske štete od svih provalnih krađa u toj zemlji.

16 Postojanje nenegativnog potrošačevog viška znači da su ovi troškovi najmanje potpuno kompenzovani blagostanjem koje privlače korisnici tih (zabranjen) dobara ili usluga. Korisnost koju privlače pojedinac je subjektivna kategorija, pa se stoga ne zalazi u moralnu ocenu njegovih preferencija. To se odnosi na sva tržišta koja su zakonom zabranjena, odnosno sve delatnosti te

Potpuno drugi karakter, međutim, imaju eksterni troškovi (negativni eksterni efekti) koje korišćenje opojnih droga stvara, poput troškova lečenja i oporavka narkomana, gubitka njihove radne sposobnosti itd. Međutim, ti troškovi nisu obuhvaćeni iznosom prometa na tržištu opojnih droga. Razborito je pretpostaviti da između veličine prometa na tom tržištu i iznosa negativnih eksternih efekata postoji pozitivna korelacija, ali je bitno uočiti da su to dve potpuno različite veličine, što znači da jedna nikako ne može da bude aproksimacija druge.<sup>17</sup>

Konačno, u društvene troškove kriminala spadaju i svi oni resursi uništeni činjenjem krivičnog dela, na primer, uništena imovina. Pri tome ne dolazi ni do kakvog transfera bogatstva, već se to bogatstvo jednostavno uništava. U slučaju provalne krađe, na primer, uništavaju se prozori, brave, uređaji za nadzor i sigurnosni uređaji itd. Cilj prestupnika najčešće nije uništavanje imovine, već je to samo sredstvo da se ostvari cilj – transfer bogatstva. Međutim, određena krivična dela (paljevina, odnosno podmetanje požara, vandalizam itd.) imaju za cilj upravo nanošenje direktne materijalne štete žrtvi, odnosno zajednici u celini. Budući da pri uništavanju imovine ne dolazi do transfera bogatstva, ovi troškovi u potpunosti ulaze u društvene troškove kriminala. Pri vrednovanju ovih troškova može se koristiti metod troškova zamene imovine, koji je jedan od metoda procene vrednosti preduzeća.

### 3.2. Troškovi lečenja i rehabilitacije

Krivična dela ostavljaju posledice na fizičko i mentalno zdravlje žrtava. Nasilnički kriminal ima na ovom planu najteže posledice, ali i ostali njegovi oblici ostavljaju posledice te vrste. Troškovi lečenja i rehabilitacije žrtava krivičnih dela predstavljaju društvene troškove kriminala, budući da je reč o angažovanju resursa do koga ne bi došlo da njega nema. Pri tome, nije bitno ko i kako snosi te troškove,<sup>18</sup> već koliki su oportunitetni troškovi resursa angažovanih na lečenju i rehabilitaciji žrtava. Budući da kriminal ostavlja posledice i na mentalno zdravlje ljudi koji su bliski žrtvama, i troškove tog lečenja i rehabilitacije treba uključiti u njegove društvene troškove.

U slučaju ove vrste društvenih troškova kriminala javljaju se veoma složeni eksterni efekti kriminala. Na primer, uočeni su troškovi lečenja dece čije su majke narkomani – zavisnici od opojnih droga – budući da postoji značajno dejstvo nar-

---

vrste: trgovinu opojnim drogama, trgovinu alkoholom u uslovima prohibicije, prostituciju, kockanje itd.

17 Štaviše, ponekad se ukupan iznos pranja novca, odnosno „oprano novca“ takođe obračunava kao društveni trošak kriminala, ovog puta kao posledica krivičnih dela vezanih za trgovinu opojnim drogama. Međutim, taj novac je isti onaj novac kojim je obavljena razmena na tržištu opojnih droga, pa se onda ove dve veličine pogrešno u obračun unose kao komponente društvenih troškova kriminala.

18 Načelno posmatrano, te troškove može da pokriva sama žrtva koja snosi izdatke lečenja, fondovi obaveznog (javnog) zdravstvenog osiguranja, finansiran obavezanim doprinosima svih osiguranih, ili fondovi privatnog zdravstvenog osiguranja, finansirani premijama osiguranja koju osiguranci dobrovoljno plaćaju. Budući da se doprinosi, kao i premije osiguranja uplaćuju za zdravstveno osiguranje u celini, nezavisno od toga da li ima kriminala ili ne, što znači da bi se one uplaćivale i ukoliko uopšte ne bi bilo kriminala, one ne trba da se tretiraju kao društveni trošak kriminala. Eventualno, društveni trošak kriminala bi bio onaj porast doprinosa ili premije do koje dolazi usled postojanja kriminala. Analitički posmatrano, to se ne može razdvojiti.

kotika na plod u prenatalnom periodu. U tom smislu, povećanje prometa na tržištu narkotika predstavlja povećanje njihove potrošnje, pa time *ceteris paribus* i povećanje zdravstvenih troškova lečenja i rehabilitacije narkomana, nažalost i njihove dece.

Na analitičkom planu, problem vezan sa ovim troškovima kriminala jeste razdvajanje troškova lečenja direktnih posledica kriminala, tj. posledica koje je krivično delo imalo po žrtvu, od posledica lečenja žrtve-pacijenta nezavisno od posledica krivičnog dela. Neka oboljenja pacijenta mogu da budu pogoršana posledicama učinjenog krivičnog dela, ali bi tih oboljenja svakako bilo i da nema kriminala. Zbog toga su troškovi lečenja i rehabilitacije žrtava verovatno niži od ukupno zabeleženih medicinskih troškova, ali ne postoji pouzdana procena u kojoj meri.

### 3.3. Izgubljeno radno vreme

Izgubljeno radno vreme žrtve spada u očigledne društvene troškove kriminala. Da nema kriminala, na nije došlo do krivičnog dela, žrtva bi normalno radila, a angažovanje njene radne snage bi doprinosilo stvaranju vrednosti. Ovako, kao posledica učinjenog krivičnog dela, radno vreme žrtve je izgubljeno, to vreme je posvećeno njenom oporavku i rehabilitaciji. Oportunitetni troškovi tog radnog vremena mogu se meriti propuštenom zaradom, za koju se pretpostavlja da je jednaka vrednosti graničnog proizvoda radne snage – uobičajeni ishod slobodnog ugovaranja na tržištu tog proizvodnog faktora. U tom smislu, izvesno da u slučaju žrtava koje imaju viši nivo ljudskog kapitala, pa time i veću vrednost graničnog proizvoda radne snage, dolazi do većih društvenih troškova kapitala po ovom osnovu.

Zbog toga je bitno da se ovim društvenim troškovima kriminala dodaju i oni troškovi koji se zasnivaju na propuštenom obrazovanju, budući da žrtve kriminala, umesto da idu u školu, vreme provode u lečenju i rehabilitaciji. To je bitno zbog toga što odsustvo iz škole, odnosno poremećaj obrazovanja umanjuje ljudski kapital, pa tako i budući produktivnost rada – ovim mehanizmom kriminala posredno dovodi do obaranja buduće produktivnosti. Očigledan društveni trošak kriminala.

Konačno, ne treba zaboraviti ni radno angažovanje u domaćinstvu, koje, iako nije vezano za tržišnu naknadu za angažovanje radne snage, uvećava nivo korisnosti koji uživaju svi članovi domaćinstva. Lečenjem i rehabilitacijom, odnosno umanjeno radnom sposobnošću, gubi se ovaj značajni radni doprinos, što svakako spada u društvene troškove kriminala.<sup>19</sup>

### 3.4. Troškovi smrti

Budući da je smrt neizbežan ishod, pri merenju društvenih troškova kriminala uzimaju se u obzir troškovi prevremene smrti – one smrti do koje ne bi došlo da nije bilo krivičnog dela. Dakle, radi se o vrednosti ljudskog života izgubljenog usled učinjenog krivičnog dela. Postavlja se pitanje koja je to ekonomska osnova te vrednosti, odnosno kakva je priroda uticaja prevremenog gubitka ljudskog života na

<sup>19</sup> Izdaci za pomoć u kući žrtve kriminala koja nije u mogućnosti da delimično ili u potpunosti obavlja svoje radno angažovanje, naročito u slučaju jednočlanih domaćinstava, pokazuju koji je oportunitetni trošak ovakvog radnog angažovanja. Teorijski tretman ovog rada razvijen je u okviru tzv. proizvodne funkcije domaćinstva. Više o tome videti u: Becker (1965).

društveno blagostanje. S jedne strane, radi se o gubitku funkcije korisnosti jednog čoveka, tj. funkcije individualnog blagostanja, koja kao argument ulazi u funkciju društvenog blagostanja – jasna osnova za društveni trošak, shvaćen kao gubitak društvenog blagostanja. S druge strane, radi se o gubitku (angažovane) radne snage, tj. gubitku produktivnosti koja omogućava proizvodnju robe kojom se zadovoljavaju potrebe potrošača, čime se ostvaruje određeni potrošačev višak – umanjuje se individualno blagostanje svih potrošača.<sup>20</sup>

Iako su ove dve ekonomske osnove nesporne, problem nastaje kada treba svaku od njih izmeriti, tj. svakoj od njih pridodati određeni monetarni iznos. Kao što je već napomenuto, korisnost je subjektivna koncepcija i nepoznata je ukupna korisnost koju je neko uživao u trenutku smrti, još manje ukupna kumulativna korisnost koju bi uživao u budućnosti da nije došlo do (prevmene) smrti. Što se propuštene produktivnosti koja je posledica nečije smrti tiče, do nje je nešto laške doći, na osnovu jednakosti vrednosti graničnog proizvoda radne snage i nadnice ugovorene na tržištu, ali i tu se javljaju znatni problemi, pre svega u pogledu razlike u nivou ljudskog kapitala, pa time i produktivnosti od pojedinca do pojedinca.<sup>21</sup>

Stoga su se empirijska istraživanja vrednosti ljudskog života okrenula ka nečemu drugom – vrednovanju rizika od smrti. Niko, osim onog koji ima samoubilačke namere, nije spreman da primi novčani iznos kojim bi pristao da bude ubijen, ali je uobičajeno da pojedinci traže određeni novčani iznos u slučaju da se izlažu riziku od smrti – klasičan primer premije na rizik, u ovom slučaju rizik od smrti.<sup>22</sup> Kada se u nekim situacijama *ex ante* poznaje koliki je rizik od smrti, tj. kolika je objektivna verovatnoća smrtnoga ishoda, onda se empirijskom analizom može doći do iznosa zahtevane premije na rizik, pa time i do implicitne, statističke vrednosti ljudskog života. Najveći broj istraživanja te vrste odnosio se na analizu nadnica za različita zanimanja, ona koja se razlikuju po riziku od smrti, pri čemu se, metodom hedoničkih cena,<sup>23</sup> došlo do informacija o premiji na rizik od smrti koji je sastavni deo nadnice. Ključna informacija o tome jeste da sa porastom rizika od smrti raste i premija na rizik koju zaposleni zahteva kao deo svoje nadnice.

Ekonometrijska analiza tržišta radne snage u SAD i hedoničke cene tog proizvodnog faktora pokazala je da je statistička vrednost ljudskog života kreće između tri i sedam miliona USD (vrednost dolara iz 1990. godine), pri čemu je prosečna

- 
- 20 Gubitak ljudskog kapitala do koga dolazi smrću obuhvaćen je navedenim gubitkom produktivnosti, tako da ne treba da ulazi u obračun društvenih troškova (prevmene) smrti. Naravno, pretpostavlja se postojanje linearne veze između ljudskog kapitala i produktivnosti rada.
- 21 Vremenski posmatrano, obe ove veličine posmatraju su u odnosu na očekivano trajanje života. Što je trenutak prevmene smrti udaljeniji od statistički očekivanog kraja života, veći su troškovi prevmene smrti.
- 22 Teorijski posmatrano, čak i pojedinci koji su neutralni prema riziku plaćaju ovakvu vrstu premije zbog toga što je, ukoliko postoji rizik od smrti, očekivana vrednost igre manja od nule, pa tu vrednost treba kompenzovati.
- 23 Metod hedoničkih cena zasniva se na dekompoziciji korisnosti koja proizlazi iz karakteristika nekog složenog dobra ili dekompoziciji umanjenja korisnosti usled nekog radnog angažmana i alokaciji cene na svaku od tih komponenti. Najviše se koristi pri analizi cene stanovanja, o čemu će kasnije u ovom radu biti više reči. Više o metodi hedoničkih cena videti u: Rosen (1974).

vrednost dobijena u 27 istraživanja 6.100.000 USD.<sup>24</sup> Anderson (1999) koristi upravo tu prosečnu statističku vrednost ljudskog života za potrebe analize društvenih troškova kriminala u SAD.

Iako Cohen (2000) troškove sahrane žrtve kriminala ubraja u društvene troškove kriminala, za to nema nikakve potrebe, budući da je smrt izvesan događaj. Jedino ukoliko bi postojala sistematska razlika u troškovima sahrane žrtva kriminala od troškova sahrane u slučaju ostalih uzroka smrti, ta razlika bi se mogla okarakterisati kao društveni trošak kriminala. Ne postoji, međutim, nikakva empirijska potvrda takve razlike.

Međutim, vrlo verovatno da postoji razlika u pogledu gubitka korisnosti ljudi bliskih pokojniku žrtvi kriminala. Iako smrt bliskog neminovno dovodi do duševne boli, vrlo verovatno da je ta bol jača u slučaju smrti usled krivičnog dela, naročito ukoliko se radi o smrti nekog koji je jako daleko od očekivanih godina trajanja života. Stoga, ova komponenta, ova razlika u nematerijalnim troškovima, treba da bude obuhvaćena obračunom društvenih troškova kriminala.<sup>25</sup>

### 3.5. Nematerijalni troškovi žrtava

Nematerijalni troškovi žrtava predstavljaju celokupan krivičnim delom izazvan gubitak korisnosti koju uživaju, a koji nije povezan sa oportunitetnim troškovima koje snose. Dakle, onaj gubitak korisnosti koji nije povezan sa, na primer, izdacima za lečenje ili gubitkom imovine, kao i onaj koji nije vezan za oportunitetne troškove vremena provedenog na lečenju i rehabilitaciji. U takve, nematerijalne troškove spada celokupna fizička i duševna bol do koje je dovelo određeno krivično delo, kao i gubitak korisnosti žrtve usled promene njenog ponašanja koje je posledica učinjenog krivičnog dela, često označen kao gubitak „kvaliteta života“.<sup>26</sup> Dok su fizička i duševna bol jasne kategorije, što znači da je nesporno kako one uslovljavaju gubitak korisnosti, pažnju treba posvetiti poslednjoj vrsti troškova. Radi se o tome što žrtva, posle iskustva koje je imala, menja svoje ponašanje kako bi umanjila verovatnoću da ponovo postane žrtva. Na primer, ne šeta se pored reke, što joj je pružalo uživanje, ne drži otvorene prozore na stanu, što joj je godilo, suzdržanija je u kontaktu sa drugim ljudima, što joj ne prija itd.

Identifikacija ovih troškova predstavlja samo prvi korak u njihovom merenju i uključivanju u obračun društvenih troškova kriminala. Daleko je veći problem u tome kako ih meriti. Naime, u ovom slučaju ne postoje nikakvi izdaci, a ne postoje

24 Više o tome videti u: Viscusi (1993). Statistička vrednost ljudskog života koristi se i pri drugim istraživanjima, naročito analizama troškovi-rezultati (*cost-benefit analysis*). Ukoliko izgradnja autoputa obezbeđuje smanjeni broj poginulih u saobraćajnim nesrećama, potrebno je taj efekat meriti i iskazati ga u monetarnim jedinicama, kako bi bio uporediv sa ostalim efektima i troškovima izgradnje tog autoputa, tj. vrednosti te investicije.

25 Postoji mogućnost da šok usled iznenadne i nasilne smrti bližnjeg dovede do potrebe za psihološkim, odnosno psihijatrijskim tretmanom i rehabilitacijom. U tom slučaju, celokupni izdaci tog tretmana, kao i oportunitetni troškovi radne snage onoga kome se tretman pruža, treba da se uključe u društvene troškove kriminala. Više o tome videti u: Cohen (2000).

26 Ponekad se u savremenoj ekonomskoj literaturi o društvenim troškovima kriminala, kao sinonim izrazu „nematerijalni troškovi“ sreće izraz „psihički troškovi“, analogno psihičkom dohotku.

ni oportunitetni troškovi, pa se stoga postavlja pitanje metoda merenja. Činjenica da kriminal spada u negativne eksterne efekte olakšava rešenje ovog metodološkog problema, budući da se mogu koristiti metodi kojima su indirektno mereni takvi efekti – eksterni troškovi koje snose pojedinci u drugim slučajevima, poput ekoloških negativnih eksternih efekata, na primer, zagađenja i buke usled izgradnje nove saobraćajnice.

Jedan od najrazvijenijih metoda te vrste jeste kontingentno vrednovanje, koje se svodi na ankete u kojima ispitanici iznose svoje preferencije u pogledu negativnih eksternih efekata.<sup>27</sup> Te preferencije iskazuju na dva uobičajena načina. Jedan je iskazivanje spremnosti da se plati (*willingness to pay*), što znači odgovor na pitanje koliki je najveći iznos koji je neko spreman da plati da ne bude izložen nekom negativnom eksternom efektu. Drugi je iskazivanje spremnosti da se prihvati (*willingness to accept*), što znači odgovor na pitanje koliki je najmanji iznos koji je neko spreman da primi kako bi bio izložen nekom negativnom eksternom efektu. Teorijski posmatrano, oba navedena pristupa trebalo bi da daju iste rezultate. Međutim, pokazalo se da postoji značajna razlika, da metod spremnosti da se plati sistematski daje više vrednosti, što se može objasniti tzv. efektom posedovanja, uočenim u istraživanjima biheviorističke ekonomske analize.<sup>28</sup>

U slučaju kontingentnog vrednovanja kao metoda merenja nematerijalnih troškova kriminala uobičajeno pitanje koje se postavlja jeste koliko bi neko bio spreman da (najviše) plati kako bi se nivo kriminala smanjio za određeni procenat ili bi se za određeni procenat smanjila frekvencija određenog krivičnog dela. Na primer, koliko bi iznosilo najveće prihvatljivo jednokratno povećanje poreza na imovinu da bi se u sledećih 12 meseci za 50% umanjila frekvencija krivičnog dela nanošenja teških telesnih povreda i nanošenja lakih telesnih povreda (Atkinson *et al.*, 2005). Vrednovanje može da se odnosi i na nivo kriminala u celini, što prati vrednovanje pojedinačnih krivičnih dela, uz direktno pitanje koliko ste novca najviše spremni da potrošite kako bi se nivo kriminala umanjio za 10% (Cohen *et al.*, 2004). Na osnovu broja krivičnih dela na području na kome žive ispitanici (obično je u pitanju nivo lokalne zajednice) i rezultata kontingentnog vrednovanja, posredno se dolazi do vrednosti nematerijalne štete, odnosno do nematerijalnih troškova koje žrtva trpi, što ulazi u obračun društvenih troškova kriminala.

Navedeni pristup pati od nekih slabosti. Prvo, radi se o iskazanim, a ne otkrivenim preferencijama, budući da se odgovora na pitanje koliko ste spremni da (najviše) platite, a ne koliko ste platili. Drugo, ispitanici nisu žrtve krivičnih dela, već samo njihove potencijalne žrtve, tako da se može postaviti pitanje pouzdanosti njihove procene, praktično percepcije negativne korisnosti do koje dovodi činjenje određenog krivičnog dela.<sup>29</sup> Konačno, i verovatno najvažnije: pitanje je formulisano

27 U literaturi je uobičajeno da se ovaj metod naziva i metodom iskazanih preferencija. Više o tome videti u: Lynch (2010).

28 O značaju efekta posedovanja u biheviorističkoj ekonomskoj analizi prava videti u: Korobkin (2014).

29 Više o ovim i drugim metodološkim problemima pristupa merenju nematerijalnih društvenih troškova kriminala zasnovanog na kontingentnom vrednovanju videti u: Cohen *et al.* (2004), Atkinson *et al.* (2005), Cohen (2008) i Lynch (2010).



tako da ispitanici pri odgovoru na njega u obzir uzimaju i moguće odlive i oportunitetne troškove koji proizlaze iz toga što bi postale žrtve krivičnog dela. Neki od ispitanika, na primer, imaju puno zdravstveno osiguranje, ono koje pokriva sve izdatke njihovog eventualnog lečenja, dok drugi to nemaju. Isto tako, neki su osigurali imovinu od krađe, a neki nisu. Neki imaju visoke oportunitetne troškove svog radnog vremena, s obzirom na visoku nadnicu koji dobijaju zbog svoje visoke produktivnosti, a neki ne. Dakle, sve dok dobijena informacija o (najvišem) iznosu koji je ispitanik spreman da plati za određeno umanjeње nivoa kriminala u sebi sadrži i ostale troškove krivičnog dela koje snosi žrtva, izdatke i oportunitetne troškove, ovaj način merenja nematerijalnih troškova kriminala koje snosi žrtva daje precenjene rezultate, pa se time otvara opasnost da neki troškovi kriminala budu dvostruko uneseni u obračun društvenih troškova kriminala.

Sledeći metod merenja nematerijalnih troškova žrtve zasniva se na iznosima naknada presuđenih u parnicama o naknadi nematerijalne štete koje mogu da prate krivične postupke protiv prestupnika. U takvim parnicama u SAD odluku o iznosu naknade donosi porota i Cohen (1988) smatra da te presude predstavljaju dobru indiciju o tome kolika je nematerijalna šteta, tj. nematerijalni troškovi koju snosi žrtva. Tim pre što se pokazalo da postoji znatan varijabilitet tih iznosa, što pokazuje da se porote udubljuju u svaki pojedinačni slučaj, pojedinačno krivično delo i nematerijalnu štetu koje je ono nanelo žrtvi. Problem sa ovakvim metodom merenja nematerijalnih troškova u mnogim zemljama leži u standardizovanoj sudskoj praksi koja dovodi do istovetne naknade nematerijalnih troškova nezavisno od krivičnog dela i njegove specifične težine.

No, savremena literatura na temu društvenih troškova kriminala u potpunosti zaobilazi jedno principijelno pitanje – ono o statusu nematerijalne koristi prestupnika, odnosno o fenomenu psihičkog dohotka kojeg prestupnik prisvaja činjenjem krivičnog dela. Naime, motiv mnogih krivičnih dela jeste upravo psihički dohodak, odnosno korisnost koju prestupnik, na osnovnu svojih psihopatskih preferencija, crpe iz patnje (umanjenja korisnosti) žrtve. Ekonomskim rečnikom iskazano, umanjeње korisnosti koju uživa žrtva dovodi do uvećanja korisnosti koju uživa prestupnik. Ukoliko bi se dosledno primenilo pravilo da se funkcija društvenog blagostanja zasniva na individualnom blagostanju svih pojedinaca koji čine društvo ili još strože pravilo da je društveno blagostanje suma individualnih, onda bi moralo da se vodi računa o uvećanju korisnosti prestupnika do koga dovodi učinjeno krivično delo i to nezavisno o eventualnog transfera bogatstva do koga dolazi ili može da dođe. Tim pre što se ovo načelo primenjuje u slučaju transfera bogatstva, time što se gubitak individualnog blagostanja žrtve kompenzuje uvećanjem individualnog blagostanja prestupnika. Dosledno tome, i umanjeње individualnog blagostanja žrtve usled nematerijalnih troškova koje snosi treba da bude kompenzovano uvećanjem individualnog blagostanja prestupnika, tj. korisnošću koju on crpe iz učinjenog krivičnog dela.

U doslednoj primeni ovog načela, međutim, otvaraju se dva problema. Jedan je moralne prirode, budući da se ovakva kompenzacija nematerijalnih troškova žrtve može posmatrati kao svojevrsna legitimizacija korisnosti koju prestupnik uživa na osnovu učinjenog krivičnog dela. Problem, očigledno, predstavljaju psihopatske

preferencije prestupnika, budući da se moralni problem ne pojavljuje kada je reč o uobičajenim preferencijama u pogledu, na primer, materijalnog bogatstva. Drugim rečima, dok se prestupnik ponaša „normalno“, dok uživa u materijalnom bogatstvu koje je protivpravno prisvojio, to se može prihvatiti kao element društvenog blagostanja, ali se ne može prihvatiti to što uživa u patnji žrtve. Ukratko, na određenom nivou može biti prihvatljivo to što neko krade i uživa u bogatstvu koje je ukrao, ali nije prihvatljivo to što neko uživa u, na primer, oduzimanju ljudskog života ili silovanju i nanošenju bola drugima. Činjenica da je ovo pitanje zaobiđeno u savremenoj ekonomskoj literaturi o društvenim troškovima kriminala implicitno pokazuje da se radi o snažnoj moralnoj osudi onih koji svoj psihički dohodak crpu na patnji drugih.<sup>30</sup>

Drugi problem je metodološki, a vezan je za teškoće u pogledu merenja ove vrste korisnosti kojom bi, načelno posmatrano, trebalo kompenzovati nematerijalne troškove žrtava. Praktično jedini metod koji bi ova vrsta korisnosti mogla da meri jeste kontingentno vrednovanje, zasnovano na iskazivanju preferencija prestupnika. Takva anketa bi mogla da se zasniva na pristupu spremnosti da se prihvati, tj. hipotetičkoj situaciji u kojoj bi pojedinac bio u prilici da učini određeno krivično delo bez ikakvih pravnih posledica i pitanju koliki je najmanji iznos koji bi tražio da se odrekne da ga učini. Alternativno pitanje bi bilo oni zasnovano na pristupu spremnosti da se plati, a to je koliki je najveći iznos koji bi bio spreman da plati da se nađe u takvoj hipotetičkoj situaciji. Međutim, ne samo da ne postoji podsticaji da prestupnici istinski iskazuju svoje preferencije, već postoje snažni podsticaji da to ne čine. Stoga ne treba očekivati pouzdane rezultate ovakvog vrednovanja, čak i ukoliko se ono sprovede. Imajući u vidu sve navedene teškoće, ne treba očekivati da će ova komponenta kojom bi se dobili neto nematerijalni troškovi žrtava biti uključena u vrednovanje, odnosno bitu uključena u obračunavanje društvenih troškova kriminala.

### 3.6. *Nematerijalni troškovi potencijalnih žrtva*

Nematerijalne troškove kriminala ne snose samo njegove žrtve, već sve potencijalne žrtve, svi oni koji strahuju od posledica toga da postanu žrtve. To stvara dve vrste nematerijalnih troškova. Prvi je gubitak korisnosti usled straha, koji je funkcija očekivane vrednosti gubitka korisnosti do koga dovodi određeno krivično delo (Cohen, 2008). Drugi je gubitak korisnosti usled prilagođavanja ponašanja u cilju umanjavanja verovatnoće da se postane žrtva krivičnog dela – gubitak kvaliteta života, na način na koji je već opisan u slučaju nematerijalnih troškova žrtve.

I u ovom slučaju mogu da se koriste rezultati kontingentnog vrednovanja, pri čemu treba dodati i subjektivnu verovatnoću pojedinca da postane žrtva krivičnog dela, kojom se koriguje iznos troškova koje snosi žrtva, tj. umanjeње korisnosti koju uživa – dakle, koristi se očekivana vrednost tih troškova. Ta subjektivna verovatno-

30 Ipak, treba napomenuti da je u ekonomskoj nauci korisnost subjektivna kategorija i da je za naučnu raspravu irelevantno kakve su čije preferencije i ko iz čega crpe korisnost. Navedeni ishod, međutim, pokazuje da se naučna rasprava ipak vodi u određenom kontekstu, u kome postoje dominantni vrednosni sudovi koji se neminovno reflektuju na ishod naučne rasprave.

ća se dobija odgovorom pojedinca na direktno pitanje: koliko on/ona procenjuje da je verovatnoća da bude žrtva nekog krivičnog dela. Pri tome, nije relevantno da li se i u kojoj meri subjektivna verovatnoća zasniva na objektivnoj verovatnoći, budući da se radi o subjektivnoj proceni očekivane vrednosti gubitka korisnosti usled učinjenog krivičnog dela.<sup>31</sup> Primedba koja je izneta u prošlom slučaju, nematerijalnih troškova žrtva, u ovom slučaju ne stoji, budući da je strah u potpunosti nematerijalni trošak, a strah je u funkciji ukupnih (procenjenih) troškova nekog krivičnog dela koje snosi njegova žrtva, nezavisno od toga da li su materijalni ili nematerijalni.

Drugi mehanizam koji se može koristiti jeste hedonička cena stanovanja (Thaler, 1978, Hellman i Naroff, 1979, Rizzo, 1979, Cohen, 1990, Cullen i Levitt, 1999, Lynch i Rasmussen, 2001, Gibbons, 2004, Tita *et al.*, 2006). Naime, stanovanje je kompozitno dobro, tako da ukupna korisnost koju uživa vlasnik stana na određenoj lokaciji proizlazi iz bitno različitih faktora, odnosno iz bitno različitih pojedinačnih komponenti. Na primer, blizine prodajnih objekata trgovine na malo, niskog nivoa buke od saobraćaja, obilja zelenih površina u blizini, lepog pogleda itd. Jedan od faktora te cene jeste nivo kriminala na toj mikrolokaciji, odnosno verovatnoća da će stanar na datoj lokaciji biti žrtva nekog krivičnog dela. Što je viši nivo kriminala, viša je očekivana vrednost troškova kriminala koje snosi žrtva, pa je stoga niža cena koju je pojedinac spreman da plati za nekretninu na datoj lokaciji.

Shodno tome, formiraju se regresioni modeli koji se potom ekonometrijski ocenjuju i na osnovu ocena koeficijenata uz nivo kriminala kao objašnjavajuću promenljivu, odnosno frekvenciju krivičnih dela na tom području, dobija implicitna, hedonička cena koju je neko spreman da plati kako bi se umanjio nivo kriminala koji je izložen. Sve je to posledica jednostavne i očevidne činjenice da su ljudi spremni da *ceteris paribus* plate višu cenu za stanovanje u onim delovima grada koje karakteriše niži nivo kriminala. Ta razlika u ceni nije ništa drugo nego kapitalizovani očekivani troškovi ukupnog gubitka korisnosti pojedinca usled mogućnosti da postane žrtva krivičnog dela.

Za razliku od prethodnog metoda merenja nematerijalnih troškova, ovaj se zasniva na otkrivanim preferencijama pojedinaca, što znači njihovim odlukama na tržištu nekretnina koje su dovele do određenog novčanog odliva, pa su stoga njegovi rezultati pouzdaniji. Problem sa ovim metodom leži u tome što je on u informacionom pogledu veoma zahtevan. Ne samo da su za njegovu primenu potrebni podaci o nivoima kriminala na mikropodručjima gradova, tzv. mapiranje kriminala, na tim istim nivoima potrebni su detaljni podaci o ceni stambenih nekretnina, kao i onim faktorima koji utiču na tu cenu, kako bi se dobila odgovarajući regresioni model, bez greške specifikacije modela usled izostavljanja relevantne objašnjavajuće promenljive. Konačno, ovaj metod merenja nematerijalnih troškova kriminala može da pruži informaciju isključivo o ukupnim troškovima kriminala, a ne o troškovima određenog krivičnog dela. Naime, ostaje skrivena informacija o komponentama po-

31 Uzgred, objektivna verovatnoća je dostupna tek *ex post*, a za procenu očekivane vrednosti verovatnoća je potrebna *ex ante*. Eventualna činjenica da je subjektivna verovatnoća koju koristi neki pojedinac odstupa od objektivne, bila na jednu ili drugu stranu, ne narušava ovu analizu, budući da upravo pojedinac u pitanju snosi očekivane troškove nekog krivičnog dela.

jedinačne kalkulacije svakog pojedinca koji je, transakcijom, na tržištu nekretnina, otkrio svoje preferencije prema ukupnom iznosu očekivanih troškova kriminala.<sup>32</sup>

### 3.7. Oportunitetni troškovi prestupnika

U društvene troškove kriminala spadaju i celokupni oportunitetni troškovi prestupnika, tj. oportunitetni troškovi obavljanja kriminalne delatnosti – svi oni resursi koji su anagažovani tom prilikom. U to spadaju odgovarajuća ulaganja kapitala radi pribavljanje specijalizovane opreme potrebne za činjenje krivičnih dela (na primer oružje, provalnička oprema, vozila itd.), materijalni troškovi (gorivo koje se koristi), investicije u specijalizovan ljudski kapital potreban za činjenje krivičnih dela, što zah-teva posebna praktična znanja (*know-how*) itd. Međutim, oportunitetni troškovi vremena koji prestupnik koristi prilikom izvršenja krivičnog dela verovatno čine najveći ceo ovih oportunitetnih troškova. Svi ti oportunitetni troškovi nesumnjivo spadaju u društvene troškove kriminala, budući da svi navedeni resursi mogu da budu angažovani u nekim drugim delatnostima, onima koje uvećavaju društveno blagostanje.

Nekoliko napomena. Prvo, nalaz da prestupnici poseduju niži ljudski kapital od proseka ukazuje na to da su oportunitetni troškovi radne snage po čoveku niži od proseka. Drugo, postavlja se pitanje da li radna snaga prestupnika može da bude alocirana u bilo koju drugu aktivnost, pa time i da li ima bilo kakve oportunitetne troškove. Tu se može pojaviti argument kriminalne karijere – prestupnika koje se opredelio za isključivo bavljenje kriminalom. Ukoliko se tako nešto pretpostavi, što znači da se pretpostavi da ne postoji nikakva supstitucija kriminalnih delatnosti i onih koje su u skladu sa zakonom, onda ne bi postojali oportunitetni troškovi radne snage. Ovaj stav treba sagledati u svetlu dve opaske. Prva je da u najvećem broju slučajeva postoji mogućnost supstitucije – štaviše, supstitucija uvek postoji ukoliko se posmatraju stvari da dugi rok. Druga je da se i u ovom teorijskom slučaju nepostojanje supstitucije javljaju oportunitetni troškovi radnog angažmana, a njih čini, shodno nalazima standardne teorije alokacije vremena, dokolica.

Sve navedeno upućuje na to da oportunitetni troškovi vremena prestupnika spadaju u društvene troškove kriminala. Ipak, pri njihovom merenju treba voditi računa o navedenim napomenama, kao i o stopi nezaposlenosti u određenom društvu, meri u kojoj raspoloživa radna snaga nije angažovana. Viša stopa nezaposlenosti označava manju verovatnoću da bi prestupnik mogao, sve i da želi, da realizuje radno angažovanje u delatnostima koje su skladu sa zakonom, pa time dolazi i do obaranja oportunitetnih troškova njegovog radnog angažovanja u kriminalnim delatnostima.

## 4. POSREDNI TROŠKOVI KRIMINALA – TROŠKOVI REAKCIJE

Troškove reakcije društva na kriminal, bez obzira na to da li se radi o individualnim ili kolektivnim odluka, nesumnjivo spadaju u društvene troškove kriminala. Da kriminala nema, ne bi bilo ni tih troškova. Ipak, ne treba pretpostaviti da između nivoa kriminala i troškova reakcije društva na kriminala postoji linerana veza.

32 Više o tome videti u: Atkinson *et al.* (2005).

Brojne se nelinearnosti na tom planu, koje proizlaze iz različitih slučajeva nedeljivosti resursa.

#### 4.1. Troškovi krivičnopravne zaštite

Postojanje ovih troškova, koji obuhvataju oportunitetne troškove svih onih resursa (kapitala i radne snage) koji su angažovani za pružanje krivičnopravne zaštite, što obuhvata policiju, pravosuđe, kaznene zavode i tome slično, nije sporno. Ono što može da bude sporno jeste da li celokupni troškovi krivičnopravne zaštite spadaju u društvene troškove kriminala.

Naime, kako navodi Lynch (2010), pitanje je koliko su ukupni troškovi krivičnopravne zaštite relevantni kao društveni troškovi kriminala. Radi se o tome što bi, čak i pri nultom nivou kriminala, bilo potrebno da ipak postoji sistem krivičnopravne zaštite, da svojim postojanjem stvara generalnu prevenciju i da na taj način održava nulti nivo kriminala. Stoga se treba usredsrediti da granične troškove krivičnopravne zaštite, tj. troškove koje stvara dodatno učinjeno krivično delo. Iako je teorijski ovakav pristup opravdan, na metodološkom planu on stvara znatne probleme. Najznačajniji proizlazi iz brojnosti fiksnih troškova krivičnopravne zaštite, budući da u svakom trenutku treba da postoji određeni kapacitet tog sistema i to u svim njegovim segmentima (policija, tužilaštvo, sudstvo, zavodi za izvršenje kazne itd.) da „prerade“ dodatno krivično delo. To znači da graničnim troškovima treba pridodati i prosečne fiksne troškove, odnosno fiksne troškove po učinjenom krivičnom delu, što se svodi na ono što se u ekonomskoj teoriji smatra dugoročnim graničnim troškovima. Pri tome nedeljivosti iz kojih proizlaze fiksni troškovi razlikuju se od jedne do druge oblasti krivičnopravne zaštite – nisu isti u policiji, pravosuđu ili zavodima za izvršenje kazne.

Nadalje, problem leži u tome što policija, pored suzbijanja kriminala, obavlja i brojne druge poslove vezane za javnu bezbednost: kontrola saobraćaja, traganje i spasavanje, informisanje itd. Dakle, postavlja se pitanje načina alociranja oportunitetnih troškova policijskih resursa na različite aktivnosti, one koje su vezane za suzbijanje kriminala i one koje to nisu.

Dakle, iako su podaci o ovim troškovima dostupni, ne predstavljaju ništa drugo nego stavke na strani budžetskih rashoda, očigledno je da postoje brojna metodološka pitanja u pogledu merenja društvenih troškova kriminala na koja treba odgovoriti pri korišćenju tih podataka.

#### 4.2. Troškovi ostalih programa suzbijanja kriminala

Pored krivičnopravne zaštite postoje još brojni programi suzbijanja kriminala, pre svega programi profilakse. Neki od tih programa su pod okriljem države i finansiraju se iz budžeta, neki na nivou jedinica lokalne samouprave i finansiraju se iz lokalnih budžeta, a neki nisu vezani za vlasti, već se finansiraju iz različitih vrsta dobrovoljnih priloga. Nezavisno od porekla sredstava, troškovi realizacije svih navedenih programa spadaju u društvene troškove kriminala, naravno u onoj meri u kojoj su takvi programi usmereni na profilaksu kriminala.

### 4.3. Troškovi privatne zaštite od kriminala

Dok krivičnopravna zaštita predstavlja reakciju društva na kriminal i zasniva se na kolektivnim odlukama, svaki pojedinac, svaka potencijalna žrtva kriminala donosi pojedinačne odluke o tome kako da izbegne da postane žrtva, odnosno da umanju tu verovatnoću. Odlukama pojedinaca na tom planu treba pridodati odluke pravni lica koja traže način da izbegnu da postanu žrtva kriminala ili da bar šteta koja proizlazi iz toga bude minimizovana.

U takve pojedinačne odluke spadaju kupovine svih onih sredstava koja onemogućavaju ili otežavaju slobodan pristup određenom prostoru, poput brava, sigurnosnih vrata, različitih sigurnosnih uređaja, poput uređaja za obezbeđivanje prodavnica od krađe, ograda, bodljikavih žica, uređaja za osvetljenje objekata i njegov nadzor, vatrenog i drugog oružja namenjenog samoodbrani i ometanju napadača i tako dalje. Svi ti resursi imaju svoje oportunitetne troškove, a za potencijalne žrtve njihove angažovanje dovodi do novčanih odliva. Prema tome, nesporno je da spadaju u društvene troškove kriminala. Podaci o ukupnom prometu tih dobara mogu da pruže informaciju o iznosu ovih troškova. Ipak, u tom smislu treba biti obazriv. Neka od navedenih kupovina nije motivisana samo zaštitom od kriminala – pas čuvar može biti i pas ljubimac. Nadalje, neka od tih dobara se koriste u svrhu zaštite od kriminala, ali i u neke druge svrhe. Na primer, obezbeđenje vojnih objekata, kao i obezbeđenje drugih opasnih prostora, namenjeno je i zaštitu javne bezbednosti, tj. bezbednosti drugih, a ne onih koji su to sredstvo nabavili. Isto se odnosi na bezbednosne tehničke sisteme u saobraćaju, koji su samo manjim svojim delom namenjeni sprečavanju krivičnih dela u ovoj oblasti.

Isto se odnosi na fizičko obezbeđenje prostora, objekata i ljudi, putem čuvara, bez obzira na to da li ih angažuju pojedinci (fizička lica) ili pravna lica. Ukoliko se iznajmljuju profesionalni čuvari, izdaci za iznajmljivanje njihove radne snage predstavljaju društvene troškove kriminala, a ukoliko se to radi dobrovoljno, te troškove čine oportunitetni troškovi vremena dobrovoljca. Pri tome, kao i u prethodnom slučaju, treba voditi računa o tome da uloga ovih ljudi ne mora nužno da se odnosi isključivo na zaštitu od kriminala. Čuvari na ulazu u objekte obično pružaju informacije posetiocima, noćni čuvari objekata obezbeđuju tu imovinu i od nesrećnog slučaja, na primer, požara, poplave ili neke druge opasnosti po imovinu koja nisu vezane za kriminal, a stražari na vojnim objektima imaju višestruku funkciju, pri čemu je zaštita od kriminala sekundarna.

Troškovi osiguranja imovine od krađe je uobičajeni način zaštite od imovinskog kriminala, a premija koju vlasnici plaćaju predstavlja društveni trošak kriminala. Shodno tome, ukoliko je vlasnik ukradene imovine obeštećen, taj iznos treba umanjiti iznosom premije osiguranja koju je platio. Troškovi drugih vrsta osiguranja imovine, od poplave na primer, ne ulaze u društvene troškove kapitala – do njih bi došlo i da kriminal uopšte ne postoji. Troškovi životnog osiguranja, takođe, ne treba da uđu u društvene troškove kriminala. Jedino ukoliko nivo (nasilničkog) kriminala utiče na uvećanje cene premije životnog osiguranja i ukoliko se može izolovati taj uticaj, taj deo premije bi trebalo da bude sadržan u društvenim troškovima kriminala.

Na navedene materijalne troškove, odnosno izdatke, pri obračunavanju društvenih troškova kriminala treba dodati i oportunitetne troškove vremena pojedina-

ca koje odlazi na upotrebu instaliranih uređaja. To podrazumeva, na primer, stalno otključavanje i zaključavanje vrata, kola, fioka, pregrada i slično, kao i uključivanje i isključivanje alarmnih uređaja. Pokazalo se da u SAD svaki stanovnik u proseku provede dve minute dnevno otključavajući i zaključavajući neki od sigurnosnih uređaja i još dve minute tražeći ključeve (Anderson, 1999).

Ponekad se kao troškovi koji proizlaze iz prilagođavanja povećanom nivou kriminala posmatraju kao društveni troškovi kriminala. Ukoliko se radi o prilagođavanju fizičkih lica kriminalu i verovatnoći da postanu žrtve, o tome je već bilo reči u prethodnim odeljcima. Takvo prilagođavanje dovodi do gubitka individualnog blagostanja, budući da se pojedinci lišavaju onih ponašanja koje su im stvarali korisnost. Ukoliko se, međutim, radi o prilagođavanju pravnih lica, ne dolazi do direktne promene korisnosti, ali su efekti na društveno blagostanje dugoročni i tiču se opadanja produktivnosti. Naime, sve više resursa se koristi za zaštiti od imovinskog kriminala, a sve manje za proizvodni proces, proces u kome se vrednost stvara. Nadalje, ukoliko postoji velika opasnost po prinose određen investicije, pa i po samo investiciju, onda se gube podsticaji za investiranje, pa time se time gubi i jedan od osnovnih mehanizama privrednog rasta. Više o dugoročnim efektima kriminala na privredni rast biće reči u sledećem odeljku rada.

#### 4.5. Troškovi kažnjavanja prestupnika

Zatvorska kazna je postala sinonim za kažnjavanje prestupnika – iz mnogo razloga mnogi je smatraju najprikladnijom kaznom za učinjena krivična dela, naročito ona teška. Međutim zatvorska kazna generiše znatne društvene troškove. U te troškove spadaju celokupni oportunitetni troškova resursa angažovanih za izvršenje kazne zatvora, u prvom redu kapitala u formi zatvorskih objekata, svojevrstnih „postrojenja“, i radne snage zatvorskog osoblja, pre svega čuvara. Veliki su i operativni troškovi, tj. troškovi pružanja usluga zatvorenicima, pre svega njihove prehrane i lečenja, ali se postavlja pitanje da li ti troškovi spadaju u društvene troškove kriminala, budući da svaki živi čovek generiše određene troškove prehrane i zdravstvene zaštite. Jedino ukoliko bi, na primer, pokazalo da postoje sistematski viši troškovi zdravstvene zaštite zatvorenika u odnosu na ljude na slobodi, takav prirast troškova mogao bi da se uračuna u društvene troškove kriminala. Bitno je uočiti da su svi ovi troškovi već obračunati kao troškovi krivičnopravne zaštite tako da ne bi bilo korektno da se dva puta pojavljuju kao stavke pri obračunu društvenih troškova kriminala.

U društvene troškove kriminala spadaju oportunitetni troškovi vremena koje zatvorenici provode na izdržavanju kazne, budući da oni nisu radno angažovani na onim poslovima na kojima imaju najveću produktivnosti, što bi bio slučaj da nisu na izdržavanju kazne i da je njihova radna snaga angažovana na tržištu tog proizvodnog faktora. Radno angažovanje tokom izdržavanja kazne, bilo da je reč o prinudnom ili dobrovoljnom radu, takvo je da ne stvara podsticaje za maksimizaciju efikasnosti, pa se kao društveni trošak kriminala može evidentirati razlika između onog proizvoda radne snage koji bi nastao njenim angažovanjem na tržištu radne snage i onim koji nastaje njenim angažovanjem u zatvoru, bez obzira na prirodu konkretnog aranžmana.

Konačno, u društvene troškove kriminala spadaju i gubitak korisnosti zatvorenika do koga dovodi izvršenje te kazne. Naravno, sama srž kazne leži u tome da umanjuje nivo korisnosti koji uživa prestupnik, ali to, budući da prestupnikovo individualno blagostanje ulazi kao argument u funkciju društvenog blagostanja, dovodi do umanjenja društvenog blagostanja. Dva su osnovna faktora koja doprinose umanjenju korisnosti zatvorenika. Prvi je „nedostatak slobode“, tj. čvrsta ograničenja u pogledu slobode kretanja. Drugi je vezan za činjenicu da je nivo komfora u zatvoru za veliku većinu zatvorenika daleko niži od nivoa koji bi uživali da nisu kažnjeni, da nisu počinili krivično delo, dakle u slučaju da nema kriminala.

#### 4.6. *Troškovi prekomerne krivičnopravne zaštite*

Pod prekomernom krivičnopravnom zaštitom treba posmatrati sve one sudske greške do kojih dolazi usled zaoštavanja takve zaštite. Reč je sudskim greškama kojima se osuđuju nevini, tzv. sudskim greškama tipa I – lažno pozitivan nalaz. Uvećanje verovatnoće te greške dovodi do pogoršanja kvaliteta života svih onih koji nisu prestupnici, budući da raste strah o greške te vrste, odnosno strah da se greška te vrste poćini u sopstvenom slučaju. Troškovi ove vrste, stoga, spadaju u nematerijalne troškove, budući da umanjuju korisnost koju uživaju svi pojedinci koji nisu prestupnici. Ovim troškovima treba dodati i oportunitetne troškove svih onih resursa koji se koriste u suđenju koje dovodi do sudske greške tipa I, kao i suđenju na osnovu žalbe pogrešno osuđenog. Pri tome je bitno uočiti da svi ovi resursi ne bi bili angažovani da nije bilo pogrešne optužbe, a nje ne bi bilo da nema kriminala.

## 5. DUGOROČNI DRUŠTVENI TROŠKOVI KRIMINALA – PROMENA PODSTICAJA

Dugoročni društveni troškovi kriminala su oni koji su posledica promene podsticaja pojedincima koji čine društvo. Naime, uvećani nivo kriminala dovodi do podizanja verovatnoće da će određena imovina biti protivpravno oduzeta. Ekonomskim rečnikom iskazano, uvećava se verovatnoća da će doći do eksproprijacije prinosa investicije, kao i same investicije. Time se umanjuju podsticaji za investiranje, pa se i obara nivo investicija. Štaviše, sve više resursa se koristi za očuvanje već stvorenog bogatstva, a sve manje za stvaranje novog.

Navedeni podsticaji imaju značajne efekte na privredni rast. Naime, privredni rast se zasniva na različitim vrstama investicija – investicijama u fizički kapital, investicijama u ljudski kapital i investicijama u istraživanje i razvoj, kojima se omogućava tehnološki napredak.<sup>33</sup> Kriminal podriva svaku od ovih vrsta investicija, pa time podriva i privredni rast. Potkopavanje privrednog rasta označava umanjenje društvenog blagostanja u vremenu, pa stoga spada u društvene troškove kriminala, ovog puta dinamički posmatrane.

Iako navedeni teorijski stav nije sporan, ključno je pitanje kako meriti uočene društvene troškove. Jedini način za takvo merenje jeste ekonometrijska ocena

33 Više o mehanizmima privrednog rasta videti u: Begović (2011).



uzročno-posledične veze kriminala i privrednog rasta. U tom cilju potrebno je specificirati odgovarajući regresioni model koji će, pored stope kriminala, sadržati i sve druge za privredni rast relevantne objašnjavajuće promenljive. Statistički značajne ocene parametara uz stopu kriminala predstavljajuće rezultat merenja uticaja stope kriminala na stopu privrednog rasta.

Rezultati dosadašnjih ekonometrijskih istraživanja nisu jednoznačni. Određeni broj istraživanja (Peri, 2004, World Bank, 2006, Cardenas, 2007) pokazao je da postoji statistički značajna veza između stope kriminala i stope privrednog rasta i to tako da porast stope kriminala obara stopu privrednog rasta. Međutim, neka druga ekonometrijska istraživanja (Mauro i Carmeci, 2007, Chatterjee i Ray, 2009, i Detotto i Otrano, 2010) nisu pokazala da postoji statistički značajna veza između te dve promenljive. Zanimljivi su rezultati istraživanja koje pokazuje da statistički značajna veza postoji u doba recesije, a ne postoji u doba ekspanzije (Gouls i Zervoyianni, 2015). Očigledno je da na ovom planu preostaje još dosta empirijskih istraživanja pre nego što se sa više sigurnosti može govoriti o čvrstim regularnostima u pogledu veze kriminala i privrednog rasta, odnosno merenja društvenih troškova kriminala na ovom planu.

## 6. SMERNICE ZA DALJI RAD

Očigledno je da je merenje društvenih troškova kriminala ozbiljna i izazovna tema. Ozbiljna zbog toga što ti troškovi nisu trivijalni. Jedno od metodološki najboljih istraživanja te vrste pokazalo je da su društveni troškovi kriminala u SAD u 1998. godini 1.103 milijarde USD (12,5% bruto domaćeg proizvoda – BDP) ili 4.118 USD *per capita* (Anderson 1999). Ponovljeno istraživanje za 2009. godinu pokazuje da su troškovi porasli na oko 1.700 milijardi (Anderson, 2011). Izazovna zbog toga što se otvara čitav niz teških, ali zanimljivih metodoloških pitanja.

Pregled tih pitanja u ovom radu pokazao je koliko su raznovrsna i složena. Na neka od njih su već dati jednoznačni i uverljivi odgovori, na neka još uvek nisu, tako da je očigledno da predstoji još mnogo posla kako bi se bolje razumeli neki relevantni fenomeni i na metodološkom planu postigla saglasnost.

Na metodološkom planu svakako je najzanimljivije pitanje nematerijalnih troškova kriminala i njihovih merenja, dosta je pažnje u poslednje vreme posvećeno ovom problemu, tako da se u budućnosti može očekivati napredak na tom planu.

Što se praktične primene merenja društvenih troškova kriminala tiče, do takve primene ne može da dođe sve dok se ne obezbede osnovne baze podataka o kriminalu i njegovim posledicama. U Srbiji, na primer, još uvek ne postoji javna baza podataka o krivičnim delima, tako da se ne može pratiti dinamika i struktura tih dela. Nadalje, mnogi jasno definisani troškovi kriminala se u našoj zemlji ne prate, pa stoga ne postoji evidencija o njima. Uz relativno mali napor, ta evidencija bi mogla da se uspostavi, podaci bi mogli da počnu da se prikupljaju, što bi u dogledno vreme omogućilo prve procene makar samo nekih od uočenih društvenih troškova kriminala.

## LITERATURA

- Anderson, D. A. (1999), The aggregate burden of crime, *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, 611–642.
- Anderson, D. A. (2011), The cost of crime, *Foundations and Trends in Microeconomics*, Vol. 7, 209–265.
- Atkinson, G., Healey, A., Mourato, S. (2005), Valuing the costs of violent crime: a stated preference approach, *Oxford Economic Papers*, Vol. 57, 559–585.
- Becker, G. S. (1965), A theory of allocation of time, *Economic Journal*, Vol. 75, 493–508.
- Begović, B. (2011), *Institucionalni aspekti privrednog rasta*, Beograd: Službeni glasnik i centra za liberalno-demokratske studije.
- Begović, B. (2015a), *Ekonomska analiza generalne prevencije*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Begović, B. (2015b), O ekonomskoj nejednakosti i društvenom blagostanju, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXIII, br. 1, 23–40.
- Begović, B., Labus, M., Jovanović, A. (2013), *Ekonomija za pravnike*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Cardenas, M. (2007), Economic growth in Columbia: a reversal of fortune?, *Ensayos Sobre Politica Economica*, Vol. 25, 220–259.
- Chatterjee, I., Ray, R. (2009), Crime, corruption and institutions, *Monash University Working Paper No. 20*, Melbourne: Monash University.
- Cohen, M. A. (1988), Pain, suffering and jury awards: a case study of the costs of crime to victims, *Law & Society Review*, Vol. 22, 537–556.
- Cohen, M. A. (1990), A note on the cost of crime to victims, *Urban Studies*, Vol. 27, 139–144.
- Cohen, M. A. (2000), Measuring the costs and benefits of crime and justice, *Criminal Justice*, Vol. 4, 263–315.
- Cohen, M. A. (2008), The effects of crime on life satisfaction, *Journal of Legal Studies*, Vol. 37, S325-S353.
- Cohen, M. A., Piquero, A. R. (2009), New evidence on the monetary value of saving a high risk youth, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 25, 25–49.
- Cohen, M. A., Rust, R. T., Steen, S., Tidd, S. T. (2004), Willingness-to-pay for crime control programs, *Criminology*, Vol. 42, 86–106.
- Cook, P. J. (1983), Costs of crime, u: Kadish, S. H. (ed.), *Encyclopedia of Crime and Justice*, London: Macmillan Publishing Company.
- Cullen, J. B., Levitt, S. D. (1999), Crime, urban flight, and the consequences for cities, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 81, 159–169.
- Detotto, C., Otranto, E. (2010), Does crime affects economic growth?, *Kyklos*, Vol. 63, 330–345.
- Gibbons, S. (2004), The cost of urban property crimes, *Economic Journal*, Vol. 114, F441-F463.
- Goulas, E., Zervoyianni, A. (2015), Economic growth and crime: is there an asymmetrical relationship, *Economic Modelling*, Vol. 49, 286–295.
- Hellman, D. A., Naroff, J. L. (1979), The impact of crime on urban residential property values, *Urban Studies*, Vol. 16, 105–112.
- Ignjatović, Đ. (2011), *Kriminologija*, XI izmenjeno izdanje, Beograd: Dosije studio.
- Johansson, P. O. (1991), *An Introduction to Modern Welfare Economics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Korobkin, R. (2014), Wrestling with endowment effect, or how to do law and economics without Coase theorem, u: Zamir, E., Teichman, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford: Oxford University Press

- Levin, J. L., Turmbull, W. N. (1990), The social value of crime, *International Review of Law and Economics*, Vol. 10, 271–284.
- Lynch, A. K. (2010), The economic costs of criminal activity: a discussion of methodological approaches and empirical estimates, u: Benson, B. L., Zimmerman, P. R. (eds.), *Handbook on the Economics of Crime*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Lynch, A. K., Rasmussen, D. W. (2001), Measuring the impact of crime on housing prices, *Applied Economics*, Vol. 33, 1981–1989.
- Nicholson, W. (1995): *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*, Forth Worth and Orlando: The Dryden Press and Harcourt Brace & Company.
- Mauro, L., Carmeci, G. (2007), A poverty trap of crime and unemployment, *Review of Development Economics*, Vol. 110, 407–437.
- McChesney, F. S. (1993), Boxed in: economist and benefits from crime, *International Review of Law and Economics*, Vol. 13, 225–231.
- Peri, G. (2004), Socio-cultural variables and economic success: evidence from Italian provinces 1951–1991, *BE Journal of Macroeconomics*, Vol. 4, 1–34.
- Rizzo, M. J. (1979), The cost of crime to victims: an empirical analysis, *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, 177–205.
- Rosen, S. (1974), Hedonic prices and implicit markets: product differentiation in pure competition, *Journal of Political Economy*, Vol. 82, 34–54.
- Stigler, G. J. (1970), The optimum enforcement of law, *Journal of Political Economy*, Vol. 78, 526–536.
- Thaler, R. (1978), A note on the value of crime control: evidence from the property market, *Journal of Urban Economics*, Vol. 5, 137–145.
- Tita, G. E., Petras, T. L., Greenbaum, R. T. (2006), Crime and residential choice: a neighborhood level analysis of the impact of crime on housing prices, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 22, 299–317.
- Viscusi, W. K. (1993), The value of risk to life and health, *Journal of Economic Literature*, Vol. 31, 1912–1946.
- Viscusi, W. K., Aldy, J. E. (2003), The value of a statistical life: A critical review of market estimates throughout the World, *Journal of Risk and Uncertainty*, Vol. 27, 5–76.
- World Bank (2006), Crime, violence and development in Brazil: elements for effective public policy, *Report No. 36–525 BR*, Washington, D.C.: The World Bank.

*Boris Begović*

Faculty of Law, University of Belgrade

## MEASUREMENT OF SOCIAL COSTS OF CRIME: BASIC METHODOLOGICAL ISSUES

### SUMMARY

Social costs of crime are considered as a loss of social welfare and that very welfare is treated as a function of only individual welfare of all persons that make a society. A review of basic methodological issues of measuring social costs of crime demonstrated that there are numerous methodological obstacles and open questions. The crucial challenge is to encompass all losses of social welfare due to crime, on the one hand, and not to include

those losses that are due to some other factors. Furthermore, good consolidation of data is a paramount, taking into account that the very same cost should not enter the calculation of the social costs of crime twice. It was demonstrated that transfer of welfare from the victims (actual or potential) to the offenders in case of many offences, hence in all these cases net values of the costs, i.e. net welfare losses should be considered. These losses can be based on the outlays (like outlays for medical treatment due to the violent crime or for purchase of assets that have been stolen), opportunity costs that are not outlays (like opportunity costs of time on the recuperation of victims after the crime), as well as non-pecuniary costs, like the pain of the victims, fear of potential victims and decreases of quality of life due to the adjustments of behaviour. The biggest challenges on the methodological front are measurement of non-pecuniary costs, as well as precise identification of indirect costs of crime, i.e. opportunity costs of resources that are allocated to the response of individuals and society to the crime. The social costs of crime are not trivial (could be above 10% of the GDP), hence methodological advances in their measurement are highly desirable, both from the academic standpoint and the standpoint of good public policies toward the crime.

**Keywords:** social costs of crime, social welfare, costs, direct, indirect, non-pecuniary, methodology of measurement.

## KRIVIČNOPРАВNA ZAŠTITA MALOLETNIH LICA U OBLASTI SEKSUALNIH ODNOSA U NAŠEM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

**Apstrakt:** U našem krivičnom zakonodavstvu maloletna lica uživaju posebnu, pojačanu krivičnopравnu zaštitu u oblasti seksualnih odnosa. Ona se ogleda u tome što su u grupi krivičnih dela protiv polne slobode u našem Krivičnom zakoniku propisana pojedina posebna krivična dela koja su uperena isključivo prema maloletnim licima, kao i u postojanju posebnih, težih oblika pojedinih krivičnih dela iz ove grupe ako se kao njihov pasivni subjekt pojavljuje maloletno lice. Osim toga, u ovoj oblasti se primenjuje i poseban zakon, „Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima“, čiji je cilj da putem propisivanja posebnih odredaba koje se odnose samo na učinioce ovih krivičnih dela pruži još jaču krivičnopравnu zaštitu njihovim žrtvama. Međutim, i pored u osnovi opravdanih razloga koji su doveli do njegovog donošenja i korisnosti ciljeva koji se njime žele postići, neke odredbe ovog zakona otvaraju mnoga sporna pitanja i dileme oko celishodnosti pojedinih rešenja, jer se ovim zakonom stvara jedan poseban krivičnopравni režim za učinioce ovih krivičnih dela, koja su ne samo relativno retka u praksi naših pravosudnih organa, nego i veoma različita po svojoj težini.

**Ključne reči:** krivično zakonodavstvo, maloletna lica, žrtve, krivična dela, polna sloboda.

### 1. KRIVIČNA DELA PROTIV POLNE SLOBODE UČINJENA PREMA MALOLETNIM LICIMA

Naše krivično zakonodavstvo nastoji da maloletnim licima pruži što potpuniju krivičnopравnu zaštitu od različitih oblika kriminaliteta. Ova pojačana zaštita maloletnih lica u našem krivičnom pravu ostvaruje se propisivanjem brojnih krivičnih dela kod kojih se kao pasivni subjekt pojavljuju deca ili maloletnici, kao i propisivanjem težih oblika kod mnogih krivičnih dela ako su žrtva pomenuta lica.

Ako posmatramo statističke podatke o tome kod kojih grupa krivičnih dela se maloletnici pojavljuju u najvećem procentu slučajeva kao žrtve onda ćemo lako zaključiti da su to krivična dela protiv polne slobode. Osim njih značajan procenat maloletnih žrtava javlja se još kod krivičnih dela protiv braka i porodice (najviše zahvaljujući velikom broju krivičnih dela nedavanja izdržavanja), dok je kad su u pitanju ostale grupe krivičnih dela taj procenat znatno manji. Ovo naravno najviše proizlazi iz samog karaktera pojedinih krivičnih dela koja su po svojoj prirodi takva da ne mogu biti učinjena protiv maloletnih lica, ali postoje i drugi razlozi koji govore o velikoj zastupljenosti maloletnih lica među žrtvama krivičnih dela protiv polne slobode.

---

\* redovni profesor, [djordje.djordjevic@kpa.edu.rs](mailto:djordje.djordjevic@kpa.edu.rs)

de. Kao ti razlozi najčešće se ističu „radoznalost, neznanje, prostodušnost i zavisnost dece i mladih što ih čini relativno dostupnim metama čiji je otpor lako savladljiv“.<sup>1</sup> Tabela 1. nam pokazuje udeo maloletnih lica među žrtvama ovih krivičnih dela posmatrano u petogodišnjem periodu od 2010. do 2014. godine. Iz nje vidimo da je procenat maloletnih lica u ukupnom broju žrtava ovih krivičnih dela svake godine po pravilu bio preko 50% (u proseku u posmatranom petogodišnjem periodu 53,5%).

Tabela 1: Udeo maloletnih lica kao žrtava u ukupnom broju žrtava krivičnih dela protiv polne slobode u periodu 2010–2014.<sup>2</sup>

godina/žrtva <sup>3</sup>	maloletna lica	punoletna lica	ukupno žrtava	%
2010	64	89	153	41,8
2011	103	70	173	59,6
2012	100	76	176	56,8
2013	106	79	185	57,3
2014	97	95	192	50,5
<b>ukupno</b>	<b>470</b>	<b>409</b>	<b>879</b>	<b>53,5</b>

Iako je procentualna zastupljenost ovih krivičnih dela u ukupnom kriminalitetu u našoj zemlji relativno mala, treba imati u vidu da mnoga istraživanja pokazuju da je kod ovih krivičnih dela tamna brojka izuzetno velika,<sup>4</sup> kao i da neka od ovih dela težinom svojih posledica i pokazanom brutalnošću izvršioaca izazivaju veoma negativne reakcije kod najšire društvene zajednice. Sve to, zajedno sa navedenom konstatacijom o velikom broju maloletnih žrtava ovih krivičnih dela, govori u prilog veoma izražene potrebe da se pojačana krivičnopravna zaštita maloletnih lica u ovoj oblasti dosledno sprovede.

U našem krivičnom zakonodavstvu zaštita maloletnih lica u oblasti seksualnih odnosa ostvarena je propisivanjem i primenom odredaba glave XVIII Krivičnog zakonika koja nosi naziv „Krivična dela protiv polne slobode“. Većina ovih krivičnih dela se može izvršiti i protiv punoletnih i protiv maloletnih lica, s tim što okolnost da je pasivni subjekt maloletno lice kod tih dela predstavlja kvalifikatornu okolnost i zasniva težu kvalifikaciju dela. Međutim, u ovoj grupi postoje i krivična dela (čl. 180, 185, 185a, 185b KZ), koja se mogu izvršiti samo prema maloletnom licu, odnosno kod kojih je ova okolnost obeležje krivičnog dela.

1 Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: *Viktimologija, opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2015, str. 99.

2 Izvor podataka: Bilten Republičkog zavoda za statistiku, dostupno na [www.stat.gov.rs](http://www.stat.gov.rs) pregledano 6.4.2016.

3 Izneti podaci odnose se na broj žrtava krivičnih dela protiv polne slobode za koja dela je neko punoletno lice pravosnažno osuđeno u toku posmatrane godine.

4 Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B., *op. cit.*, str. 99; Pavlović Z., Petković N.: *Prevenција seksualnih delikata na štetu maloletnih lica u novom krivičnom zakonodavstvu*, u: *Kriminal, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima*, Institut za kriminaloška i sociološka istraživanja, Beograd, 2013, str. 387.

## 2. ZAKON O POSEBNIM MERAMA ZA SPREČAVANJE VRŠENJA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE PREMA MALOLETNIM LICIMA (MARIJIN ZAKON)

Ta posebna, pojačana krivičnopravna zaštita maloletnih lica u ovoj oblasti sprovedena je, pored propisivanja posebnih krivičnih dela i posebnih oblika pojedinih krivičnih dela u glavi XVIII Krivičnog zakonika, i donošenjem posebnog zakona pod nazivom „Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima“ iz 2013. godine.<sup>5</sup>

Ovaj zakon se primenjuje na učinioce koji su prema maloletnim licima izvršili neko od sledećih krivičnih dela: silovanje (čl. 178, st. 3 i 4 KZ); obljava nad nemoćnim licem (čl. 179, st. 2 i 3 KZ); obljava sa detetom (čl. 180 KZ); obljava zloupotrebom položaja (čl. 181 KZ); nedozvoljene polne radnje (čl. 182 KZ); podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa (čl. 183 KZ); posredovanje u vršenju prostitucije (čl. 184, st. 2 KZ); prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (čl. 185 KZ); navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama (čl. 185a KZ); iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (čl. 185b KZ), što praktično predstavlja sva krivična dela iz glave XVIII Krivičnog zakonika, odnosno one oblike ovih krivičnih dela koji se vrše prema maloletnom licu.

Na izvršioce ovih krivičnih dela prema maloletnim licima po odredbama ovog zakona ne mogu se primeniti pojedini instituti opšteg dela KZ, kao što su ublažavanje kazne, uslovni otpust i zastarelost. Takođe, izvršenje nekog od ovih krivičnih dela povlači i nastupanje određenih pravnih posledica osude, primenu posebnih mera prema izvršiocu i vođenje propisanih evidencija izvršilaca ovih krivičnih dela.<sup>6</sup>

Ideja o uspostavljanju posebnog krivičnopravnog režima za učinioce ovih krivičnih dela motivisana je željom da se prema ovim licima postupi na način koji bi u većoj meri sprečavao učinioce da delo kasnije, po izvršenju kazne, ponove i da se na taj način obezbedi pojačana zaštita maloletnih lica od ove vrste kriminaliteta.<sup>7</sup> Kriterijum za izdvajanje ovih krivičnih dela potpuno je jasan, u pitanju su krivična dela protiv polne slobode uz uslov da su učinjena prema maloletnom licu. Međutim, bez obzira što su u pitanju krivična dela sa istim zaštitnim objektom, velika razlika u težini pomenutih krivičnih dela čini tu grupu nekoherentnom. Tako u okviru ove grupe krivičnih dela imamo dela sa zaprećenim kaznama u rasponu od najteže – najmanje deset godina (čl. 178, st. 4) do najlakše – novčana kazna ili zatvor do šest meseci (čl. 185, st. 1). Teško je naći opravdanje za primenu potpuno drugačijeg krivičnopravnog režima prema učiniocima po težini tako različitih krivičnih dela.<sup>8</sup> Osim toga ovde su u pitanju krivična dela koja se u praksi relativno retko pojavljuju

5 Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B., *op. cit.*, str. 98.

6 Đorđević Đ.: *Krivično pravo, posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014, str. 67.

7 Pavlović Z., Petković N., *op. cit.*, str. 389.

8 Stojanović Z., Delić N.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2014, str. 75.

(vidi tabelu 2). Stoga se takođe može postaviti pitanje ima li svrhe uvoditi poseban krivičnopravni režim za krivična dela koja predstavljaju 0,25–0,30% ukupnog kriminaliteta u našoj zemlji.

Tabela 2: Osuđena punoletna lica za krivično delo protiv polne slobode prema maloletnom licu u periodu od 2010–2014. godine<sup>9</sup>

krivično delo / godina	2010	2011	2012	2013	2014
Silovanje	18	13	17	14	12
Obljuba nad nemoćnim licem	4	3	5	9	2
Obljuba sa detetom	8	21	13	22	22
Obljuba zloupotrebom položaja	6	6	6	5	2
Nedozvoljene polne radnje	21	52	55	44	53
Podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa	1	–	2	4	2
Posredovanje u vršenju prostitucije	6	2	1	3	2
Prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju	–	6	1	5	2
Navođenje maloletnog lica na prisustvovanje polnim radnjama	–	–	–	–	–
Iskorišćavanje računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu	–	–	–	–	–
<b>Ukupno k. d. protiv polne slobode</b>	<b>64</b>	<b>103</b>	<b>100</b>	<b>106</b>	<b>97</b>

Izloženi podaci ukazuju na veliku ujednačenost broja osuda za ova krivična dela u posmatranom periodu.<sup>10</sup> Ta velika ujednačenost je prisutna ne samo u ukupnom broju ovih krivičnih dela, već i u broju osuđenih za pojedina krivična dela iz ove grupe. Takođe se može zaključiti da daleko najveći procenat osuda (oko 50%) otpada na jedno od lakših krivičnih dela iz ove grupe, krivično delo nedozvoljenih polnih radnji, a da se veći broj krivičnih dela pojavljuje u veoma malom broju ili ih uopšte nema.

Pored ovih načelnih primedbi o potrebi uvođenja posebnog krivičnopravnog režima za ova krivična dela u samom zakonu postoje mnoga rešenja koja u stručnoj javnosti izazivaju brojne dileme oko njihove krivičnopravne opravdanosti i mogućnosti njihove adekvatne primene u praksi. Ovo se u prvom redu odnosi na odredbu člana 5. ovog zakona pod nazivom „Zabrana ublažavanja kazne i uslovnog otpusta

9 Izvor podataka: Bilten Republičkog zavoda za statistiku, dostupno na [www.stat.gov.rs](http://www.stat.gov.rs) pregledano 6.4.2016.

10 Izuzetak predstavlja 2010. godina u kojoj je prividan pad kriminaliteta po statističkim podacima realno uzrokovan potpuno drugim razlozima, pre svega problemima oko tadašnje reforme pravosuđa koja je znatno usporila rad sudova u toj godini..



i nezastarevanje krivičnog gonjenja i izvršenja kazne“. Njome se zabranjuje primena tri opšta instituta krivičnog prava na učinioce nekog od ovih krivičnih dela.

### 3. ZABRANA UBLAŽAVANJA KAZNE

Zabrana ublažavanja kazne kao jedna od pomenute tri zabrane iz ovog zakona verovatno predstavlja najveći teorijski, pa i praktičan problem. Njome je dodatno iskomplikovana situacija oko već postojeće zabrane ublažavanja kazne iz člana 57. stav 2. koja je uvedena u KZ njegovim izmenama i dopunama iz septembra 2009. godine<sup>11</sup> koja se odnosi se na sledeća krivična dela odnosno pojedine njihove oblike: otmica (čl. 134, st. 2. i 3), silovanje (čl. 178), obljava nad nemoćnim licem (čl. 179), obljava sa detetom (čl. 180), iznuda (čl. 214. st. 2. i 3), neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 246, st. 1 i 3), nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (čl. 350, st. 3. i 4) i trgovina ljudima (čl. 388). Uočava se da su pojedina od pomenutih krivičnih dela iz Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima (silovanje, član 178. st. 3. i 4. KZ; obljava nad nemoćnim licem, član 179. st. 2. i 3. KZ i obljava sa detetom, član 180. KZ) već sadržana u ovoj odredbi KZ, pa je njihovo nabranje u tom kontekstu u ovom zakonu bilo izlišno.<sup>12</sup> Međutim, ostala dela iz ovog zakona nisu do njegovog donošenja bila u režimu zabrane ublažavanja kazne, pa je na taj način krug krivičnih dela za koja više nije moguće ublažiti kaznu proširen.

Na ovaj način, pomenutim odredbama KZ i Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima o zabrani ublažavanja kazne za pojedina krivična dela, ublažavanje kazne je prestalo da bude opšti institut u našem krivičnom pravu,<sup>13</sup> jer se ne primenjuje kod svih, već samo kod nekih (doduše daleko većeg broja) krivičnih dela.<sup>14</sup> Kad je u pitanju odredba iz KZ ne vidi se jasno kriterijum po kome su odabrana baš ova krivična dela kao dela kod kojih ne treba dozvoliti ublažavanje kazne.<sup>15</sup> U pitanju su veoma raznorodna krivična dela, veoma različita po svojoj težini, odnosno po zaprećenim kaznama, relativno retka u praksi (sa izuzetkom neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga). Takođe to verovatno nisu ni krivična dela kod kojih najčešće dolazi do ublažavanja kazne, jer je primena ovog instituta u proseku češća kod lakših nego kod težih krivičnih dela,<sup>16</sup> a ovde su u pitanju, kao što smo rekli, teška krivična dela.

11 *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

12 Ristivojević B.: „Punitivni populizam“ srpskog zakonodavca – kritička analiza tzv. Marijinog zakona, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, str. 331.

13 Stojanović S.: *Ublažavanje kazne*, u: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*, Istočno Sarajevo, 2012, str. 316.

14 Delić N.: *Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima*, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja IV deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2010, str. 187.

15 Stojanović Z.: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2013, str. 326.

16 Više o tome vidi: Čirić J., Đorđević Đ., Sepi R.: *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Beograd, 2006, str. 50–52.

Zabranom ublažavanja kazne iz Krivičnog zakonika i Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima ne samo što se smanjuju manevarski prostor suda u pojedinim situacijama već se i narušavaju postojeći odnosi između propisanih kazni za pojedina krivična dela dovodeći do nelogičnih i nepravičnih situacija.

Tako, na primer, učinilac krivičnog dela silovanja, kada je žrtva maloletno lice (čl. 178, st. 3), može biti osuđen minimalno pet godina zatvora, čak i ako je delo ostalo u pokušaju ili je učinilac bio bitno smanjeno uračunljiv (nema ublažavanja), a da je isti učinilac isto maloletno lice ubio mogao bi (uz ublažavanje koje je ovde dozvoljeno) da bude kažnjen najmanje tri godine. Ovakve i slične nelogične situacije do kojih može dovesti primena odredaba o zabrani ublažavanja kazne za pojedina krivična dela ponekad u praksi mogu da navedu sud da, rukovodeći se načelom pravičnosti, izlaz iz situacije potraži u promeni pravne kvalifikacije dela,<sup>17</sup> procenjujući da je manja greška neopravdano odrediti blažu pravnu kvalifikaciju dela, nego učiniocu izreći nepravično visoku kaznu za delo koje je zaista učinio. Ne vidi se prava svrha ovih odredbi s obzirom da je ublažavanje kazne uvek fakultativno, pa je to bio slučaj i kod ovih krivičnih dela kod kojih više ne može da se primeni. Ovim je, dakle, samo oduzeta sudu jedna mogućnost, a da se ništa nije dobilo na planu odmeravanja kazne i njene individualizacije.<sup>18</sup>

Imajući u vidu gore izneto opravdano se može postaviti pitanje šta je navelo zakonodavca, uprkos gotovo jedinstvenom negativnom stavu naučne i stručne javnosti,<sup>19</sup> da se opredeli za ovakvo rešenje? Razlozi su očigledno više dnevno političke nego kriminalno političke prirode. Zakonodavac se najverovatnije poveo za pojedinim slučajevima iz novije prakse naših sudova u kojima je dolazilo do možda neopravdanog ublažavanja kad su u pitanju neka od ovih krivičnih dela, što je imalo loš odjek u javnosti. Naime, sudovi su u poslednje vreme često izloženi kritici zbog navodne blage kaznene politike, što se najčešće argumentuje velikim brojem ublaženih kazni.<sup>20</sup> Stavovi javnog mnjenja, čak i onda kad ih je moguće realno sagledati, po pravilu su veoma represivni, a budući da su bazirani na opravdanom strahu građana od kriminaliteta veoma su pogodni za različite manipulacije.<sup>21</sup> Tako težnja da se po svaku cenu udovolji stavovima javnog mnjenja zarad određenih političkih interesa, često dovodi do neopravdanog pooštavanja kaznene politike.<sup>22</sup> Ako bi se iz određenih kriminalno-političkih razloga i moglo prihvatiti postroža-

17 Stojanović Z. (2012), *op. cit.*, str. 10.

18 Đorđević Đ.: Ublažavanje kazne kao instrument kaznene politike sudova, u: *Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet*, Banja Luka, 2014, str. 167.

19 Vidi: Đorđević Đ.: Nova rešenja o ublažavanju kazne u KZ Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/2010, str. 171; Ristivojević B.: Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva Srbije, u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, Zlatibor, 2012, str. 46; Stojanović Z. (2013), *op. cit.*, str. 326; Delić N., *op. cit.*, str. 187–188.

20 Lazarević J.: Zabrana ublažavanja kazne – da li ne, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, str. 421.

21 Ćirić J.: Egzemplarno kažnjavanje, *Crimen*, br. 1/2012, str. 23.

22 Soković S.: Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike), *Crimen*, br. 2/2011, str. 216.

vanje kaznene politike za ova dela čini se da je bolje propisivanje strožih kaznenih okvira za njih, a ne isključenje mogućnosti ublažavanja kazne u svim situacijama (smanjena uračunljivost, prekoračenje nužne odbrane i krajnje nužde, pokušaj, dobrovoljni odustanak i dr).

#### 4. ZABRANA USLOVNOG OTPUSTA

Pomenuti član ovog zakona propisuje i zabranu uslovnog otpusta ako je učiniocu nekog od krivičnih dela iz ovog zakona izrečena kazna zatvora. I ova odredba izaziva određene dileme. Naime, institut uslovnog otpusta značajan je instrument kontrole ponašanja zatvorenika i ostvarivanja svrhe kažnjavanja.<sup>23</sup> On postoji i primenjuje se već dugo u našem zakonodavstvu, preko 140 godina, s tim što je u pojedinim periodima učestalost njegove primena bila veoma neujednačena. Svoj maksimum je dostigla 1972. godine kada je procenat uslovno otpuštenih iznosio čak 53% u odnosu na ukupan broj otpuštenih lica. Međutim, poslednjih godina prisutan ja značajan pad primene ovog instituta, posebno od 2005. godine, da bi 2012. godine pao na svega 7%.<sup>24</sup> Tome su sigurno doprinela i zakonska rešenja vezana za nadležnost za donošenje odluke o uslovnom otpustu, rešenja iz Zakona o izvršenju krivičnih sankcija iz 2005. godine i naročito novine koje je na ovom polju doneo Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine<sup>25</sup> kojima su znatno pooštreni uslovi za primenu ovog instituta. Međutim uočeni nedostaci uticali su na nova rešenja kad je u pitanju uslovni otpust koja su sadržana u Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz decembra 2012. godine<sup>26</sup> kojima je znatno proširena primena ovog instituta koja, po novim odredbama, za učinioce većine krivičnih dela, postaje pravo (uz ispunjavanje određenih uslova), a za učinioce nekih, uglavnom težih krivičnih dela, ostaje mogućnost (takođe uz određene uslove).<sup>27</sup> Uslovni otpust se ne može dati osuđenom licu koje je tokom izdržavanja kazne dva puta disciplinski kažnjavano i kome su oduzete dodeljene pogodnosti i, shodno članu 5. stav 2. Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, licima koja su osuđena na kaznu zatvora zbog krivičnog dela protiv polne slobode učinjenog prema maloletnom licu.

Ustanova uslovnog otpusta, onako kako je određena u našem KZ sa modalitetima obaveznog i fakultativnog otpuštanja, u skladu je sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti i veoma je pogodna za ostvarivanje svojih ciljeva, pre svega doprinošenja rehabilitaciji osuđenih lica i ostvarivanja svrhe kažnjavanja, ali i ra-

23 Stojanović Z., Kolarić D.: Nova rešenja u Krivičnom zakoniku R. Srbije, *Bezbednost*, br. 3/2012, str. 11–12.

24 Soković S.: Penološki pragmatizam u krivično pravnim okvirima, *Pravni život*, br. 10/2013, str. 41–42.

25 *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

26 *Službeni glasnik RS*, br. 121/2012.

27 Tanjević N., Đorđević Đ.: The Problem of Prison Overcrowding in the Republic of Serbia and Ways to Overcome It, u: *Archibald Reiss Days, volume III*, Kriminalističko policijska akademija, Beograd, 2014, str. 113.

sterećenja prenaseljenih penalnih ustanova.<sup>28</sup> Stoga se opravdano može postaviti pitanje da li je logično učinioce ovih krivičnih dela izuzeti iz mogućnosti dobijanja uslovnog otpusta kao jedinu kategoriju lica kojima je ta mogućnost potpuno uskraćena, kada to nije učinjeno ni za učinioce najtežih krivičnih dela u našem KZ kao što su, na primer, teško ubistvo, terorizam i dr. Ako se iz određenih razloga htelo da lica iz ovog zakona budu u nekom drugom, nepovoljnijem režimu od učinilaca većine drugih krivičnih dela iz našeg KZ, onda ih je trebalo svrstati u onu grupu za koju je KZ propisao fakultativno otpuštanje zajedno sa drugim teškim krivičnim delima.

## 5. NEZASTAREVANJE KRIVIČNIH DELA IZ OVOG ZAKONA

Treća zabrana iz ovog člana odnosi se na nezastarevanje krivičnih dela iz ovog zakona. Zastarelost kao opšti institut krivičnog prava već trpi određene izuzetke od svoje primene koji su propisani članom 108. KZ. Oni se odnose na krivična dela genocida, zločina protiv čovečnosti, ratnih zločina protiv civilnog stanovništva, ratnih zločina protiv ranjenika i bolesnika, ratnih zločina protiv ratnih zarobljenika, organizovanje i podsticanje na izvršenje genocida i ratnih zločina kao i na krivična dela za koja po ratifikovanim međunarodnim ugovorima zastarelost ne može da nastupi.<sup>29</sup> U tom smislu propisivanje još nekih krivičnih dela za koja zastarelost ne može da nastupi ne predstavlja presedan. Međutim, postavlja se pitanje da li je opravdano da ova krivična dela ili bar neka od njih (treba imati u vidu da u ovu grupu, kao što je već rečeno, spadaju i krivična dela sa zaprećenom kaznom zatvora do šest meseci ili novčana kazna) budu svrstana u izuzetke u koja sada spadaju samo najteža krivična dela kakva su genocid i ratni zločini. Argumenti za ovakav tretman krivičnih dela protiv polne slobode učinjenih protiv maloletnih lica najčešće se vezuju za činjenicu da neka od ovih krivičnih dela često bivaju otkrivena, odnosno prijavljena, po protoku mnogo vremena od momenta kada su učinjena. No čini se da ovakva zabrana zastarevanja koja važi za sva krivična dela iz ove grupe, dakle i za ona najlakša, kao i ona kod kojih element protoka vremena do otkrivanja uopšte nije prisutan, nema svog opravdanja.<sup>30</sup> Rešenje bi se možda moglo naći u sužuvanju kruga krivičnih dela na koja bi se ova zabrana odnosila (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba sa detetom, obljuba zloupotrebom položaja).

## 6. PRAVNE POSLEDICE OSUDE, POSEBNE MERE, VOĐENJE POSEBNE EVIDENCIJE

Odredbama ovog zakona predviđeno je, kao što je već rečeno, da osuda za neko od krivičnih dela iz ovog zakona povlači i određene pravne posledice osude. Osudom za krivično delo iz člana 3. ovog zakona obavezno nastupaju sledeće pravne

28 Soković S.: Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, str. 378.

29 Stojanović Z (2013), *op. cit.*, str. 384.

30 Pavlović Z., Petković N., *op. cit.*, str. 393.

posledice: 1) prestanak vršenja javne funkcije; 2) prestanak radnog odnosa, odnosno prestanak vršenja poziva ili zanimanja koje se odnosi na rad sa maloletnim licima; 3) zabrana sticanja javnih funkcija; 4) zabrana zasnivanja radnog odnosa, odnosno obavljanja poziva ili zanimanja koje se odnosi na rad sa maloletnim licima. Ove pravne posledice osude nastupaju danom pravnosnažnosti presude i traju 20 godina. Nije jasno zašto se zakonodavac opredelio za ovako određenu dužinu trajanja pravnih posledica osude s obzirom da ona nije u skladu sa opštom odredbom Krivičnog zakonika (član 96, stav 3. KZ) kojom se dužina trajanja pravnih posledica osuda ograničava na deset godina.<sup>31</sup>

Ovako određene pravne posledice osude zapravo predstavljaju samo ponavljanje većine onih koje pominje i KZ bez njihovog preciziranja i konkretizacije, tako da se ne vidi smisao ovakve odredbe.<sup>32</sup> Nisu određene ni javne funkcije niti pozivi odnosno zanimanja čije vršenje prestaje ili čije se sticanje odnosno zasnivanje zabranjuje. Naznačenje da se poziv ili zanimanje odnose na rad sa maloletnim licima je suviše široko i uopšteno da bi se moglo konkretno primeniti.

Osim pravnih posledica osude osuda za neko od krivičnih dela predviđenih ovih zakonom povlači i primenu tzv. posebnih mera određenih članom 7. ovog zakona. U pitanju se sledeće mere: 1) obavezno javljanje nadležnom organu policije i Uprave za izvršenje krivičnih sankcija; 2) zabrana posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletna lica (vrtići, škole i sl); 3) obavezno posećivanje profesionalnih savetovališta i ustanova; 4) obavezno obaveštavanje o promeni prebivališta, boravišta ili radnog mesta; i 5) obavezno obaveštavanje o putovanju u inostranstvo. Ove mere imaju specijalno-preventivni karakter,<sup>33</sup> ali je pravna priroda ovih mera nejasna, jer one imaju neke elemente mera bezbednosti, neke pravnih posledica osude, a svojom sadržinom najviše podsećaju na neke obaveze koje se mogu izreći u okviru zaštitnog nadzora uz uslovnu osudu.<sup>34</sup> Njihova primena je obavezna, jer formulacija koju zakon koristi „Prema učiniocu krivičnog dela iz člana 3. ovog zakona, posle izdržane kazne zatvora, sprovode se sledeće posebne mere“ ne ostavlja mogućnost njihove fakultativne primene. Stoga se i ovde može postaviti pitanje da li je uputno da osuda za neko od lakših krivičnih dela iz ove grupe povlači primenu ovih relativno strogih, dugotrajnih i komplikovanih za primenu propisanih posebnih mera. trajanje ovih mera ograničeno je na dvadeset godina, s tim što sud posle svake četiri godine od početka njihove primene po službenoj dužnosti odlučuje o nastavku njihove primene.<sup>35</sup>

Kao što je već rečeno, ovim zakonom propisano je i vođenje posebne evidencije o licima osuđenim za neko od krivičnih dela iz ovog zakona. Ova evidencija sadrži sledeće podatke: 1) ime i prezime osuđenog; 2) jedinstveni matični broj građana osuđenog; 3) adresu prebivališta osuđenog; 4) podatke o zaposlenju osuđenog; 5) podatke o značaju za fizičko prepoznavanje osuđenog i njegove fotografije; 6) DNK profil osuđenog; 7) podatke o krivičnom delu i kazni na koju je osuđen; 8) podatke

31 Stojanović Z., Delić N., *op. cit.*, str. 75; Pavlović Z., Petković N., *op. cit.*, str. 391.

32 Ristivojević B. (2013), *op. cit.*, str. 331.

33 Jovašević D.: *Krivično pravo, posebni deo*, Dosije studio, Beograd, 2014, str. 84.

34 Ristivojević B. (2013), *op. cit.*, str. 325.

35 Jovašević D., *op. cit.*, str. 84.

o pravnim posledicama osude; 9) podatke o sprovođenju posebnih mera propisanih ovim zakonom. Zakonom je takođe propisan način vođenja ove evidencije kao i dostupnost podataka koji su u njoj sadržani. Tako je određeno da ovu evidenciju vodi Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, što je pomalo nelogično jer opštu evidenciju svih izrečenih krivičnih sankcija vode sudovi, pa se ne vidi zašto je ova vrsta evidencije izdvojena i data u nadležnost Upravi. Osim toga očigledno je da se posao u tom delu evidencije duplira što se čini necelishodnim.<sup>36</sup> Verovatno je bilo bolje i racionalnije da se u okviru postojeće evidencije koju vode sudovi odredi da evidencija kad su u pitanju ova krivična dela mora da sadrži i navedene podatke koji nisu sadržani u evidenciji koja se vodi za druga krivična dela.

Na podatke sadržane u ovoj evidenciji primenjuju se odredbe zakona koji uređuju zaštitu podataka o ličnosti i tajnost podataka. Na osnovu samog zakona podaci se mogu davati „sudu, javnom tužiocu i policiji u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica o kome se vodi posebna evidencija, odnosno nadležnoj organizacionoj jedinici policije, kao i organizacionoj jedinici Uprave za izvršenje krivičnih sankcija nadležnoj za tretman i alternativne sankcije, kada je to potrebno za vršenje poslova iz njihove nadležnosti“. Osim toga podaci se, na obrazložen zahtev, „mogu dati i državnom organu, preduzeću, drugoj organizaciji ili preduzetniku, ako još traju pravne posledice osude i ako za to postoji opravdani interes zasnovan na zakonu“. Zakonom je propisana i obaveza državnih i drugih organa, pravnih lica ili preduzetnika koji rade sa maloletnim licima da zatraže podatak da li je lice koje treba da zasnuje radni odnos kod njih, odnosno obavlja poslove sa maloletnim licima, upisano u posebnu evidenciju (član 15. Zakona). Ovakav sistem vođenja posebne evidencije obično se naziva poluotvorenim, jer su u njemu podaci iz evidencije dostupni relativno širem krugu ovlašćenih lica.<sup>37</sup>

## 7. ZAKLJUČAK

Pojačana krivičnopravna zaštita maloletnih lica od krivičnih dela protiv polne slobode dosledno je sprovedena u našem krivičnom zakonodavstvu propisivanjem posebnih krivičnih dela ili posebnih, težih oblika pojedinih krivičnih dela uperenih protiv maloletnih lica. Osim toga učinjen je i korak dalje donošenjem Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima.

Međutim, iako motivi donošenja ovog zakona nisu sporni, mnoge njegove odredbe otvaraju brojne probleme, o čemu je u radu bilo reči, pa se postavlja pitanje da li nam je ovakav jedan zakon uopšte bio neophodan. Stvarati poseban krivičnopravni režim za učinioce po težini veoma različitih krivičnih dela, osim toga krivičnih dela koja u ukupnom kriminalitetu u našoj zemlji čine tek nekih 0,25% – 0,30% ne čini se naročito celishodnim. Derogiranje opštih instituta krivičnog prava radi postizanja određenih kriminalno političkih efekata u principu nije poželjno. Ako se već toliko insistira na zabrani ublažavanja kazne (ne samo za ova krivična dela)

36 Ristivojević B. (2013), *op. cit.*, str. 332.

37 Pavlović Z., Petković N., *op. cit.*, str. 395.

onda bi se to još moglo dozvoliti ako je u pitanju ublažavanje zbog postojanja naročito olakšavajućih okolnosti, ali nikako u slučajevima postojanja nekog opšteg zakonskog osnova za ublažavanje jer na taj način i ti instituti gube svoj smisao (preko- račenje nužne odbrane i krajnje nužde, bitno smanjena uračunljivost, kompulzivna sila, pokušaj, pomaganje). Kad je u pitanju uslovni otpust rešenje bi se moglo tražiti u svrstavanju nekih (težih) od ovih krivičnih dela u onu grupu za koju je KZ propisao fakultativno otpuštanje. Po pitanju nezastarevanja krivičnih dela iz ove grupe ono bi moglo da ima smisla samo kad je u pitanju jedan uži krug najtežih krivičnih dela iz ove grupe i to onih koja su karakteristična po često velikom vremenskom razmaku između njihovog izvršenja i otkrivanja odnosno prijavljivanja. Pravne posledice osude i posebne mere propisane ovim zakonom morale bi da budu precizirane i usklađene sa odredbama KZ, a pitanje evidencije učinilaca ovih krivičnih dela moglo bi se racionalnije rešiti kroz proširenje obima podataka za učinioce (nekih od) ovih krivičnih dela u okviru postojećih evidencija koje vode sudovi.

## LITERATURA

- Delić N.: Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja IV deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2010.
- Đorđević Đ.: *Krivično pravo, posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014.
- Đorđević Đ.: Nova rešenja o ublažavanju kazne u KZ Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/2010.
- Đorđević Đ.: Ublažavanje kazne kao instrument kaznene politike sudova, u: *Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet*, Banja Luka, 2014.
- Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: *Viktimologija, opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2015.
- Jovašević D.: *Krivično pravo, posebni deo*, Dosije studio, Beograd, 2014.
- Lazarević J.: Zabrana ublažavanja kazne – da li ne, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013.
- Pavlović Z., Petković N.: Prevencija seksualnih delikata na štetu maloletnih lica u novom krivičnom zakonodavstvu, u: *Kriminal, državna reakcija i harmonizacija sa evropskim standardima*, Institut za kriminalološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2013.
- Ristivojević B.: Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva Srbije, u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, Zlatibor, 2012.
- Ristivojević B.: „Punitivni populizam“ srpskog zakonodavca – kritička analiza tzv. Marijinog zakona, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013.
- Stojanović Z.: *Krivično pravo, opšti deo*, dvadeseto izdanje, Pravni fakultet i Pravna knjiga, Beograd, 2013.
- Stojanović Z.: Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene, u: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primene)*, Istočno Sarajevo, 2012.
- Stojanović Z., Delić N.: *Krivično pravo, posebni deo*, drugo izdanje, Pravni fakultet i Pravna knjiga, Beograd, 2014.

- Stojanović Z., Kolarić D.: Nova rešenja u Krivičnom zakoniku R. Srbije, *Bezbednost*, br. 3/2012.
- Stojanović S.: Ublažavanje kazne, u: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*, Istočno Sarajevo, 2012.
- Soković S.: Penološki pragmatizam u krivično pravnim okvirima, *Pravni život*, br. 10/2013.
- Soković S.: Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013.
- Soković S.: Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike), *Crimen*, br. 2/2011.
- Tanjević N., Đorđević Đ.: The Problem of Prison Overcrowding in the Republic of Serbia and Ways to Overcome It, u: *Archibald Reiss Days, volume III*, Kriminalističko policijska akademija, Beograd, 2014,
- Čirić J.: Egzemplarno kažnjavanje, *Crimen*, br. 1/2012.
- Čirić J., Đorđević Đ., Sepi R.: *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Beograd, 2006.

*Djordje Djordjević*

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

## CRIMINAL LAW PROTECTION OF MINORS IN SEXUAL RELATIONS IN SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION SUMMARY

In our criminal legislation, minors are treated with special, enhanced legal protection within the field of sexual relations. It reflects in the fact that in the group of criminal offenses against sexual freedom our Criminal Code prescribes specific individual criminal offences directed exclusively towards minors. Also, there are specific, serious forms of individual criminal offences from this group, if minor is the passive subject of the crime. In addition, a special law also exist, „The Law on Special Measures to Prevent the Crimes Against Sexual Freedom of Minors“, which has special provisions related only to the perpetrators of these criminal acts, hence provides even stronger legal protection of their victims. However, despite the understandable, legitimate reasons that led to its enacting and usefulness of the objectives to be achieved, some of the provisions of this law raise a lot of issues and question the appropriateness of some solutions. This law creates a special regime for the perpetrators of these offenses, which are not only relatively rare in the practice of our judicial authorities, but also vary a lot in their severity.

**Keywords:** criminal legislation, minors, victims, criminal offences, sexual freedom.



## PRAVNA PRIRODA ODUZIMANJA IMOVINE PROISTEKLE IZ KRIVIČNOG DELA (TZV. PROŠIRENOG ODUZIMANJA)

**Apstrakt:** Institut tzv. proširenog oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela uveden je u srpsko pravo 2008. godine. Prošireno oduzimanje ima za cilj da omogući oduzimanje imovinske koristi za koju se veruje da ima kriminalno poreklo, u situacijama kada nije moguće dokazati neposrednu vezu između krivičnog dela i pribavljene materijalne koristi. Pravna priroda proširenog oduzimanja je sporna. Većinsko mišljenje smatra da ono predstavlja meru sui generis, a ne vid kažnjavanja. Ipak, u mnogim zakonodavstvima se čine pokušaji da se oduzimanje imovine za koju se sumnja da potiče od kriminalne aktivnosti učini i na druge načine. Autor ukazuje na prednosti i mane različitih rešenja, zaključivši da se sveobuhvatan odgovor ne može dati bez dublje analize proširenog oduzimanja i osnovnih krivičnopravnih principa.

**Ključne reči:** oduzimanje imovinske koristi, prošireno oduzimanje, kazne, mere bezbednosti.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Uvođenje instituta oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela u naše pravo na liniji je opšteg kriminalno-političkog trenda prema kojem države preduzimaju sve rigoroznije mere u borbi sa organizovanim kriminalom. Jedan od raspoloživih mehanizama tiče se i zahvatanja u profit kriminalaca. Srpsko zakonodavstvo nije ostalo izolovano od ovih uticaja.<sup>1</sup> U svom nastojanju da po ugledu na druga krivična zakonodavstva šire zahvati u prihode učinilaca krivičnih dela, time onemogućivši dalje generisanje kriminalnih aktivnosti, naš zakonodavac je intervenisao u ovoj materiji 2008. godine, donošenjem Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela.<sup>2</sup> Institut tzv. proširenog oduzimanja, uveden ovim zakonom, ima za cilj da sudovima omogući oduzimanje imovine za koju se veruje da ima kriminalno poreklo, u situacijama kada, za razliku od tzv. redovnog oduzimanja (imovinske koristi pribavljene krivičnim delom) iz Krivičnog zakonika, direktnu vezu između vršenja krivičnih dela i pribavljene imovinske koristi nije moguće neposredno dokazati.<sup>3</sup> Prošireno oduzimanje počiva na ideji da profit iz kriminalne aktivnosti

---

\* vanredni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs

- 1 U tom smislu, naročito je značajan Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela od 2002. godine.
- 2 Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (u daljem tekstu – ZOIPKD), „Službeni glasnik RS“, br. 32/2013.
- 3 Krivični zakonik (u daljem tekstu – KZ), „Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

ne treba svesti samo na vrednosti neposredno pribavljene krivičnim delom za koje se učiniocu sudi, već i na drugu imovinu. To se naročito odnosi na one situacije, kod kojih se u toku istrage kod učinioca pronade novac i druga dobra, za koje se posumnja da potiču od kriminalne aktivnosti, a utvrđi se da su njegovi zakoniti prihodi nesaglasni njihovom obimu. Ako je učinjeno neko od krivičnih dela, koje zakonodavac formalno nabroja, javni tužilac može pokrenuti finansijsku istragu ako postoje osnovi sumnje da vlasnik poseduje znatnu imovinu proisteklu iz krivičnog dela (član 17 stav 1 ZOIPKD). Predmet ove istrage je imovina vlasnika koja je u očiglednoj nesrazmeri sa njegovim zakonitim приходima. U zahtevu koji podnosi sudu, javni tužilac je obavezan da ukaže na okolnosti koje ukazuju da je imovina proistekla iz krivičnog dela, odnosno okolnosti koje ukazuju na postojanje očigledne nesrazmere između imovine i zakonitih prihoda i razloge koji opravdavaju potrebu za trajnim oduzimanjem imovine.

## 2. ODNOS REDOVNOG I PROŠIRENOG ODUZIMANJA IMOVINSKE KORISTI

Srpski model proširenog oduzimanja podrazumeva taksativno nabrojanje (u ZOIPKD) krivičnih dela kod kojih su mogućnosti šireg zahvatanja u imovinu okrivljenog sudu dostupne. Sličan način propisivanja izvesnih pravnih posledica, koje se vezuju za neka prethodno učinjena krivična dela, izvan matičnog krivičnog zakona, nije uobičajen. Po pravilu se sva pravna pitanja koja se tiču učinjenog krivičnog dela i pravnih posledica koje povodom njega učinilac trpi rešavaju u krivičnom postupku, dok se sve pretpostavke krivičnog sankcionisanja i drugih posledica uzrokovanih kriminalnom aktivnošću, uređuju krivičnim materijalnim zakonodavstvom. Zbog toga je, između ostalog, 1959. godine u naše krivično zakonodavstvo i uneta odredba o oduzimanju imovinske koristi pribavljene krivičnim delom.<sup>4</sup> Sličan pristup podrazumevao bi da i tzv. prošireno oduzimanje imovinskih vrednosti proisteklih iz krivičnog dela bude uređeno zajedno sa ovim redovnim oduzimanjem. Time bi se snažnije potcrtalo da su u temelj oba instituta ugrađena slična krivičnopravna načela i principi.

S druge strane, uređivanje problematike proširenog oduzimanja posebnim zakonom ima tu prednost što omogućava svojevrsno „izmeštanje“ odnosnog instituta iz okrilja matičnog krivičnog zakonodavstva. Time se može bolje izraziti naročit kriminalno-politički koncept, prema kojem bi se ovaj institut po svojoj prirodi imao razlikovati od redovnog oduzimanja i njegovog kriminalno-političkog opravdanja i utemeljenja. To bi istovremeno omogućilo izvesno udaljavanje ovih instituta, kako u smislu tumačenja njihove pravne prirode, tako i u pogledu svrstavanja proširenog oduzimanja u sistemu krivičnopravnih sankcija i mera. Ako prošireno oduzimanje nije modalitet redovnog oduzimanja, ili se od njega bitno razlikuje, onda opšta pravila koja se odnose na oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom (član 91-93 KZ) ne bi trebalo primeniti i na oduzimanje imovine proistekle iz kri-

4 Božidar Kraus, u: *Komentar Krivičnog zakon SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1986<sup>3</sup>, str. 330.

vičnog dela.<sup>5</sup> Na propisivanje posebnog zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela uticali su i razlozi zakonodavno-tehničke prirode, s obzirom na veliki broj materijalnih, procesnih i izvršnih pitanja, koja je uvođenjem proširenog oduzimanja trebalo detaljnije urediti. To je verovatno i opredelilo zakonodavca da materijalnopravne pretpostavke proširenog oduzimanja ne pomene u Krivičnom zakoniku.

Sa prethodnim je povezana i problematika naziva instituta. U delu evropskih zakonodavstava i međunarodnih dokumenata, koji proširene mogućnosti oduzimanja smatraju varijacijom osnovnog instituta, uobičajeno je njegovo označavanje kao tzv. proširenog oduzimanja, po pravilu uz njihovo zajedničko regulisanje u istom aktu. Naš zakonodavac nije pošao tim putem. Osim što prošireno oduzimanje uređuje posebnim zakonom, on se opredelio i za naziv koji ne ukazuje na neposrednu povezanost sa oduzimanjem imovinske koristi pribavljene krivičnim delom. Ovde se radi o oduzimanju imovine a ne imovinske koristi, koja je iz krivičnog dela (posredno) proistekla, a nije krivičnim delom za koje se sudi neposredno pribavljena.

### 3. PROŠIRENO ODUZIMANJE – MERA *SUI GENERIS* ILI KAZNA?

Ako su redovno i prošireno oduzimanje podvrste jedinstvenog pravnog instituta koji ima zajedničko utemeljenje, na tumačenje pravne prirode proširenog oduzimanja može uticati razumevanje pravne prirode redovnog oduzimanja. U domaćoj literaturi prevladava stanovište da redovno oduzimanje imovinske koristi predstavlja meru *sui generis*, koja se nalazi izvan sistema krivičnih sankcija, ali čija je primena uslovljena izvršenjem krivičnog dela.<sup>6</sup> Uobičajeno je ukazivanje da se oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom (redovno oduzimanje) kao mera *sui generis* nalazi izvan sistema krivičnih sankcija, i da se njome samo „realizuje princip da niko ne može zadržati imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom. Njome se ne oduzimaju niti ograničavaju neka dobra učinioa, odnosna ona ne predstavlja represiju koja se preduzima protiv njega“.<sup>7</sup> Ovakvo objašnjenje, koje oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom posmatra kao povraćaj

5 Nerazumevanju odnosa redovnog i proširenog oduzimanja doprineo je i krivični zakonodavac, budući da je u odredbama koje uređuju (redovno) oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom u međuvremenu (Zakonom o izmenama i dopunama KZ od 2009. godine) dopisao mogućnost da se učinilac obaveže da u zamenu za vrednost imovine *proistekle* iz krivičnog dela preda drugu imovinsku vrednost (član 92 stav 1 KZ). Umesto da ovu mogućnost dosledno takođe propiše u ZOIPKD (aktuelni nacrt Zakona o izmenama i dopunama ZOIPKD [vid. <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>] ovu odredbu pomera iz Krivičnog zakonika u ZOIPKD [član 3]), zakonodavac se opredelio da to ipak učini Krivičnim zakonikom, dalje usložnjavajući tumačenje odnosa dva instituta.

6 U tom smislu npr. Zvonimir Tomić, „Pravna priroda mjere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1982, str. 147.

7 Zoran Stojanović, *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet u Beogradu – Pravna knjiga, Beograd, 2015<sup>22</sup>, str. 277. U tom smislu u jugoslovenskoj literaturi Tonči Staničić, „Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi i njegovo mesto u krivičnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1979, str. 181.

u stanje koje je prethodilo vršenju dela, saglasno je uostalom i sa pravilima građanskog prava, koja uređuju institut sticanja bez osnova (neosnovanog obogaćenja). Prema ovim pravilima, ako je neki deo imovine jednog lica prešao na bilo koji način u imovinu nekog drugog lica, a taj prelaz nema svoj osnov u nekom pravnom poslu ili u zakonu, sticalac je dužan da ga vrati, a kad to nije moguće, da nadoknadi vrednost postignute koristi (član 210 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima).<sup>8</sup> Utoliko se u literaturi često naglašava da oba instituta vode zajedničkom cilju, šaljući poruku da se protivpravna ponašanja ni u jednom slučaju ne smeju isplatiti onome ko ih preduzima.<sup>9</sup> Slično stanovište dominira i u stranoj doktrini, koja takođe ukazuje da bi se ovde radilo o kvazi-kondicionalnoj<sup>10</sup> meri *sui generis*.<sup>11</sup> U pitanju je svojevrsni *actus contrarius*,<sup>12</sup> *restitutio ad integrum* koji potire dejstvo primarnog akta pribavljanja koristi vršenjem zločina.

Iako je objašnjenje da je i prošireno oduzimanje naročita mera *sui generis*, koja realizuje isti princip kao i redovno oduzimanje i sticanje bez osnova, primamljivo, takav zaključak moguć je samo pod uslovom da ono u sebi ne krije elemente kažnjavanja. Međutim, sličan zaključak nije jednostavno izvesti, jer ni u pogledu redovnog oduzimanja nije uvek postojala saglasnost da li ono ima represivni efekat. Naime, u nekim zakonodavstvima, a to je u jednom delu razvoja našeg krivičnog prava bio slučaj i sa našim pravom, oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom tumačilo se kao vrsta krivične sankcije. Osnovni razlog nesvrstavanja redovnog oduzimanja u krivične sankcije predstavljalo je, kako smo već videli, to što se krivične sankcije po pravilu sastoje u ograničavanju ili oduzimanju izvesnih prava učinilaca krivičnih dela, što u slučaju redovnog oduzimanja prema većinskom stanovištu ipak izostaje. Na imovinskim vrednostima koje je vršenjem krivičnog dela realizovao, učinilac ne može zasnovati nikakvo pravo.

Pritom, iako sintagma imovine „proistekle iz krivičnog dela“ (u slučaju proširenog oduzimanja) može da se razume tako da je zakonodavac na planu uzročne veze između kriminalne aktivnosti i imovine koja se oduzima između redovnog i proširenog oduzimanja hteo da učini nekakvu razliku, suštinske razlike između ovih instituta na planu uzročnosti nema. U oba slučaja osnov oduzimanja predstavlja to što se imovinska vrednost u pitanju, u posedu lica od kojeg se oduzima našla usled kakve kriminalne aktivnosti. To da li ćemo imovinsku vrednost označiti kao

8 Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu – ZOO), „Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, br. 31/93 i „Službeni list SCG“, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

9 Johannes Köndgen, „Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns“, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 4/2000, str. 679.

10 Tužba iz pravno neosnovanog obogaćenja iz građanskog prava naziva se kondikcija.

11 U nemačkoj literaturi tako Felix Herzog, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch. Band 1*, Nomos, Baden-Baden, 2005<sup>2</sup>, str. 2063; Wolfgang Joecks, u: B. von Heintschel-Heinegg (Bandred.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2/1*, C. H. Beck, München, 2005, str. 726. U austrijskoj literaturi vid. Kurt Schmoller, „Irrgarten der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung. Kritik der gegenwärtigen Rechtslage und Reformvorschläge“, *Österreichische Juristenzeitung*, 10/1990, str. 304.

12 Helmut Fuchs, Alexander Tipold, u: F. Höpfel, E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manz, Wien, 2012<sup>2</sup>, str. 6.

„proisteklu“ ili „pribavljenu“ ne bi smelo da utiče na ovaj zaključak. Ako međutim kauzalna veza između učinjenog krivičnog dela i imovinske koristi koja se oduzima otpadne, onda se teško može izbeći zaključak da oduzimanje imovinske koristi (bilo redovno bilo prošireno) po svojoj prirodi predstavlja vid kažnjavanja učinioca, a ne realizovanje pomenutog principa da se vršenjem protivpravnih dela niko ne može okoristiti. U tom smislu je postojanje uzročne veze između ranijeg (tzv. predikatnog) krivičnog dela i oduzimanja njegovih plodova neophodna pretpostavka i prošireno oduzimanja. Ako se ovo obeležje prenebregne, otpada bilo kakvo opravdanje oduzimanja na temelju ideje protivpravnog obogaćenja. Od ovoga treba razlikovati činjenicu da u slučaju proširenog oduzimanja nije neophodno pravno, vremensko i prostorno preciziranje predikatnog krivičnog dela. Tako se u jednoj odluci našeg suda tvrdi, da je za razliku od redovnog oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom, gde je „potrebno dokazati uzročno-posledičnu vezu između konkretnog krivičnog dela i stečene imovinske koristi, ovde bez značaja kada je i kojim krivičnim delom imovina stečena“.<sup>13</sup> Ipak, to ne znači da uzročna veza predikatnog krivičnog dela i imovine ne predstavlja pretpostavku i proširenog oduzimanja, iako ne na temelju neposrednog dokaza već zakonske pretpostavke da imovina vlasnika, koja je u očiglednoj nesrazmeri sa njegovim zakonitim prihodima, potiče od kakve kriminalne aktivnosti.

Na pitanje da li prošireno oduzimanje predstavlja krivičnu sankciju ili meru *sui generis* moglo bi da utiče i to da li ono pretpostavlja krivicu učinioca, ili je dovoljno da je preduzeto protivpravno delo. Ako oduzimanje koristi prihodovane kriminalnom aktivnošću predstavlja rezultat ideje povraćaja one vrednosti koju je učinilac protivpravno ostvario, onda krivica učinioca ne treba da bude pretpostavka oduzimanja. Štaviše, upravo suprotno, bilo bi razumno oduzeti ovu vrednost nezavisno od krivice učinioca, već na temelju utvrđivanja da je učinjeno delo protivpravno. Treba primetiti da krivični zakonik pojmovno razlikuje učinjeno krivično delo, koje podrazumeva i krivicu učinioca (vid. član 14 stav 1 KZ), i protivpravno delo (u zakonu predviđeno kao krivično delo), gde krivica učinioca izostaje (vid. član 79 stav 2 KZ). Pritom, kazne (i mere upozorenja) moguće je izreći samo učiniocu koji je kriv za učinjeno krivično delo (član 2 KZ). Budući da krivičnopravne odredbe, koje uređuju institut oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom (čl. 91–93 KZ), kao pretpostavku oduzimanja pominju isključivo učinjeno krivično delo, očigledno je da naš zakonodavac pošao od toga da se redovno oduzimanje može izreći samo uz osuđujuću presudu. Iako je krivični zakonodavac u međuvremenu, kako se u literaturi tumači,<sup>14</sup> novom redakcijom člana 91 stav 2 KZ hteo da omogući oduzimanje imovinske koristi „i sudskom odlukom kojom je utvrđeno izvršenje krivičnog dela“, u smislu obuhvatanja ovim institutom i situacija kada izostaje osuđujuća presuda ali je utvrđeno da je krivično delo izvršeno, sintagma da je „utvrđeno izvršenje krivičnog dela“ ne može se bez poteškoća jezički razumeti

13 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž2 Po1 406/2012 od 16.10.2012. godine.

14 Vid. Goran P. Ilić, „Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela“, u: *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, Brčko, 2011, str. 200; Goran P. Ilić et al., *Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*, OEBS. Misija u Srbiji, Beograd, 2009, str. 43; Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, 2012<sup>4</sup>, str. 338.

u tom pravcu. Izvršeno „krivično delo“ pojmovno podrazumeva skrivljeno protivpravno delo, a ne tek „protivpravno delo predviđeno u zakonu kao krivično“, koju formulaciju krivični zakonodavac koristi na drugim mestima u zakonu.

S druge strane, Zakonik o krivičnom postupku propisuje da se redovno oduzimanje imovinske koristi može izreći samo osuđujućom presudom ili rešenjem o izricanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja (vid. član 541 stav 1 ZKP), a ne i odbijajućom ili oslobađajućom presudom.<sup>15</sup> Ovakvo rešenje, iako dugo prisutno u našem zakonodavstvu, nije pravično. Od učinioca zastarelog dela ili od umrlog ne bi se tako mogla oduzeti pribavljena imovinska korist i u situacijama kada je nesumnjivo da bi ona u eventualnom krivičnom postupku bila oduzeta. Time princip da se niko ne može obogatiti izvršenjem krivičnog dela nije dosledno sproveden, na šta se, uostalom, ukazivalo u našoj literaturi i ranije.<sup>16</sup>

Ovo rešenje nije dosledno ni u pogledu ravnopravnosti dejstava osnovā isključenja krivice. Iako prema Krivičnom zakoniku krivica može izostati u slučaju neotklonjive stvarne zablude, neotklonjive pravne zablude i neuračunljivosti (vid. čl. 23, 28. i 29 KZ), procesni zakonodavac mogućnost oduzimanja imovinske koristi neprincipijelno primenjuje samo u slučaju neuračunljivog učinioca. Procesni zakonodavac je zapravo mogućnost redovnog oduzimanja vezao za mogućnost samostalnog izricanja krivične sankcije, pa, budući da je takva mogućnost propisana samo u pogledu neuračunljivosti (ukoliko je izrečeno obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi, odnosno na slobodi, čl. 81 i 82 KZ), a ne i u slučaju drugih osnova izvinjenja, ova mogućnost je pogledu neotklonjive stvarne i pravne zablude neopravdano otpala. Utoliko se ne može reći da je pretpostavka redovnog oduzimanja imovinske koristi učinjeno protivpravno delo. Pretpostavka redovnog oduzimanja je i dalje učinjeno (skriviljeno) krivično delo, s tim što se korist prema postojećem normativnom okviru može izuzetno oduzeti i u slučaju rešenja o izricanju mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja.

Najzad, ovo rešenje pravi ozbiljne poteškoće i u pogledu odnosa sa mogućnostima proširenog oduzimanja. Bilo bi nelogično, naime, da sud ima više mogućnosti u pogledu proširenog oduzimanja imovine na temelju zakonske pretpostavke da imovina potiče od kriminalne delatnosti, a da iste te mogućnosti nema u pogledu redovnog oduzimanja imovine neposredno pribavljene krivičnim delom. Tako, primera radi, ako se u toku krivičnog postupka utvrdi da je okrivljeni umro, organ postupka će postupak rešenjem obustaviti (član 20 ZKP), tako da će izostati mogućnost osude i naposljetku oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom (vid. član 541 ZKP). Istovremeno, međutim, ZOIPKD omogućava oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela od ostavioca, to jest lica protiv koga usled smrti krivični postupak nije pokrenut ili je obustavljen, a u krivičnom postupku koji se vodi protiv drugih lica je utvrđeno da je zajedno sa tim licima učinio krivično delo.

15 Treba naglasiti da ne postoji mogućnost da sud ne izrekne oduzimanje koristi ako utvrdi da je ista pribavljena krivičnim delom. Utvrđivanje imovinske koristi vrši se po službenoj dužnosti, a ne po predlogu stranaka.

16 Mitar Kokolj, Đorđe Lazin, *Imovinske krivične sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Naučna knjiga, Beograd, 1986, str. 156; T. Staničić, str. 177; Z. Tomić, str. 147.

Pitanje prirode oduzimanja imovinske koristi uslovljeno je, između ostalog, i time da li vrednost koja se oduzima podrazumeva ostvarenu neto ili bruto korist. U prvom slučaju (oduzimanje *neto* dobiti) ovom merom se hoće oduzeti samo čista dobit ostvarena kriminalnom aktivnošću, a ne i eventualni troškovi koje je učinilac u tom smislu možda imao. Tako bi proizvođač kakve hemijski proizvedene opojne droge, koji je kupovinom odgovarajućih mašina investirao u proces proizvodnje, u prvom slučaju državi dugovao samo višak ostvaren prodajom droge, a ne i iznos koji je uložio u mašine. Međutim, u slučaju da se oduzima *bruto* iznos, od učinioca se oduzima više nego što je neposredno vršenjem dela pribavio. U stranoj literaturi se stoga smatra da model bruto oduzimanja ima elemente kažnjavanja i da predstavlja *dodatnu kaznu*, koju je onda neophodno uskladiti sa načelom krivice i izreći samo učiniocu koji je i kriv za delo.<sup>17</sup> Opravdanje ovog rešenja prepoznaje se u tome što oduzimanje samo neto koristi nema dobar preventivni učinak na planu odvracanja od vršenja krivičnih dela. Ako bi svaki učinilac mogao da računa na odbijanje izvesnih troškova, vršenje krivičnih dela bi za njega predstavljalo poduhvat bez finansijske neizvesnosti, što se bruto oduzimanjem hoće ograničiti.<sup>18</sup>

U jugoslovenskom i srpskom pravu se primenjivalo (i još uvek primenjuje) oduzimanje samo neto koristi.<sup>19</sup> Prema načelnom stavu (zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda) od 1979. godine, „imovinska korist predstavlja čistu dobit koja se sastoji u višku imovine učinioca koju je pribavio izvršenjem krivičnog dela, odnosno u sprečavanju smanjenja imovine. S obzirom na to, sud kod utvrđenja iznosa imovinske koristi uzima u obzir i određene izdatke i troškove koje je učinilac imao u vezi sa njenim ostvarenjem. Koji će izdaci i troškovi biti učiniocu priznati, to zavisi od prirode učinjenog krivičnog dela i konkretnih okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Međutim, nikada se ne može uzeti u obzir lični trud učinioca uložen u kriminalnu delatnost, kao ni lični troškovi koje je imao prilikom vršenja te delatnosti“<sup>20</sup>

U aktuelnoj literaturi i praksi pitanju da li se oduzima neto ili bruto korist poklanja se veliki značaj, i to opravdano. Ako predmet oduzimanja predstavlja samo čista dobit, onda se dosledno, bar u pogledu ovog prigovora, može tvrditi da oduzimanje počiva na principu restitucije. Nejasno je međutim da li se sličan zaključak može izvesti i u pogledu proširenog oduzimanja, gde činjenica da je imovina proi-

17 Tako npr. u nemačkoj literaturi Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996<sup>5</sup>, str. 793. U austrijskoj literaturi vid. H. Fuchs, A. Tipold, str. 7. U nemačkom pravu oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom moguće je i u slučaju kada je učinjeno protivpravno a neskrivljeno delo. U takvoj situaciji, tumačenje da se ovde radi o modalitetu kažnjavanja podrazumevalo bi, prema nekim autorima, da se oduzimanjem može oduzeti puni iznos (celokupna pribavljena korist) samo ako je učinilac postupao sa krivicom. Ako je učinilac pak postupao neskrivljeno, od njega bi se mogao oduzeti samo neto iznos (vrednost pribavljene koristi umanjene za troškove) (H.-H. Jescheck, T. Weigend, str. 793).

18 Armin Nack, „Aktuelle Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs zum Verfall“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 12/2003, str. 882.

19 Vid. Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011<sup>2</sup>, str. 370.

20 Vid. Vrhovni sud Srbije, *Zbirka sudskih odluka iz oblasti krivičnog prava 1973-1986*, str. 38-39.

stekla iz kriminalne aktivnosti nije neposredno utvrđena, već počiva na zakonskoj pretpostavci. Tamo gde se zna šta je konkretno pribavljeno krivičnim delom, mogu se smisljeno i odbiti izvesni troškovi; tamo gde zakon utvrđuje da je iz krivičnog dela proistekla ona imovina koja je u očiglednoj nesrazmeri sa vlasnikovim zakonitim приходима (vid. član 3 tačka 2 ZOIPKD), opravdana je bojazan da bi oduzimanje moglo da zahvati i ono što ne predstavlja isključivi kriminalni višak. Ipak, može se tvrditi i da je u sam mehanizam zakonske pretpostavke ugrađen model neto oduzimanja, iako na jedan posredan način. Svaki onaj prihod koji je učinilac zakonito ostvario biće izuzet iz oduzimanja. Umanjenju ove razlike moći će da doprinese svaki utrošak koji je učinilac zakonito učinio i o tome priložio odgovarajući dokaz.

#### 4. PROŠIRENO ODUZIMANJE KAO KAZNA KONFISKACIJE IMOVINE

Oduzimanje imovinske koristi, za koju se pretpostavlja da je pribavljena kriminalnom aktivnošću, može se, osim preko instituta proširenog oduzimanja, u krivičnom pravu učiniti na više drugih načina. Jedan od tih načina podrazumeva ustanovljenje konfiskacije imovine kao krivične sankcije. Konfiskacija imovine kao vid sankcionisanja protivpravnog postupanja ne predstavlja retkost u savremenim pravnim sistemima, iako se kao pojava češće vezuje za revolucionarna vremena ili totalitarne režime. Otuda ovaj pojam u svakodnevnom diskursu često ima negativnu konotaciju. Konfiskaciju imovine je kao sporednu kaznu poznavalo i jugoslovensko krivično pravo. Tako se prema Krivičnom zakonu SFRJ konfiskacija imovine mogla izreći samo za izričito propisana krivična dela, uz kaznu zatvora od najmanje tri godine, a sastojala se u oduzimanju celokupne imovine osuđenog lica bez naknade (osim dela neophodnog za izdržavanje osuđenog i njegove porodice).<sup>21</sup> Mogućnost izricanja ove kazne bila je propisana u slučaju svih krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti, i mnogih krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava, privrede i jedinstva jugoslovenskog tržišta, službene dužnosti (u saveznim organima) i oružanih snaga. I pored nemalog broja delikata, kod kojih je bila utvrđena mogućnost izricanja konfiskacije, u praksi je broj izrečenih kazni, naročito zbog toga što su se ova krivična dela retko sretala u praksi, bio neznatan.

U našoj krivičnopravnoj literaturi je opravdanost konfiskacije imovine kao kazne često dovođena u pitanje. Tako se isticala najpre njena nepravičnost, budući da su njene posledice teško pogađale članove porodice osuđenog, pa je kažnjavanje gubilo lični karakter.<sup>22</sup> Sledeći prigovor se ticao nepostojanja odgovarajuće svrhe

21 Iako je Zakon o vrstama kazni od 1945. godine omogućavao i potpunu i delimičnu konfiskaciju bez naknade, Krivični zakonik od 1951. zadržao je samo konfiskaciju celokupne imovine. Smatralo se, naime, da konfiskacija delimične imovine nema svoje opravdanje, budući da po prirodi više naliči merama bezbednosti (vid. *Objašnjenja uz nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Službeni list FNRJ, Beograd, 1951<sup>2</sup>, str. 123-124). Konfiskacija imovine u kasnijim propisima zadržava takvo obličje.

22 Sličan prigovor bio je vrlo snažan i u francuskoj doktrini, povodom uvođenja potpune konfiskacije (*confiscation générale*) u sferi delikata u vezi sa trgovinom narkoticima (Jürgen Meyer, „Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe?“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 3/1990, str. 87).



primene, naročito u kontekstu istovremenog postojanja novčane kazne i mere oduzimanja imovinske koristi.<sup>23</sup> Osnovni nedostatak ove kazne, međutim, predstavlja njen totalni karakter i mogućnost zloupotrebe, zbog čega je ona u evropskom zakonodavstvu uglavnom i napuštena.<sup>24</sup> Zbog svih navedenih razloga, ova kazna je i u jugoslovenskom zakonodavstvu 1990. godine bila ukinuta, iako je, uz pozivanje na suzbijanje organizovanog kriminala, u jednom kratkom periodu (od 2003. do 2005. godine) bila iznova vraćena u naše pravo.<sup>25</sup>

Nema nikakve sumnje da po mnogim svojim karakteristikama i efektima prošireno oduzimanje nalikuje kazni konfiskaciji imovine,<sup>26</sup> premda se u našoj doktrini tumačilo da se mogućnost izricanja konfiskacije ne vezuje za imovinsku korist pribavljenu krivičnim delom, niti za okolnost da je krivično delo eventualno bilo učinjeno iz koristoljublja.<sup>27</sup> Ova sličnost otvara pitanje da li bi se prošireno oduzimanje *de lege ferenda* moglo oblikovati kao kazna nalik konfiskaciji. Tim putem je, primera radi, u svom nastojanju da se izbori sa organizovanim kriminalitetom išao nemački zakonodavac, koji je 1992. godine, kao različitu od novčane kazne, bio uveo tzv. imovinsku kaznu (Vermögensstrafe, član 43a nemačkog KZ).<sup>28</sup> Iako je ova sankcija zbog brojnih pravno-dogmatskih, kriminalno-političkih i ustavno-pravnih nedoumica u međuvremenu (2002. godine) zbog svoje neodređenosti ukinuta kao neustavna, i ona je takođe podrazumevala oduzimanje imovine. Osnovni razlog za njeno uvođenje uglavnom se ticao problematike trgovine narkoticima,<sup>29</sup> a jedan od (bar u začetku) proklamovanih ciljeva se upravo ticao mogućnosti zahvatanja u imovinu kriminalnog porekla tamo gde nije bilo moguće uspostaviti neposrednu kauzalnu vezu sa aktuelnim delom za koje se vodio postupak.<sup>30</sup> Ako je učinilac nekog od krivičnih dela koja su to omogućavala bio osuđen na kaznu zatvora dužu od dve godine, sud ga je mogao kazniti i plaćanjem novčanog iznosa, čija je visina

23 Franjo Bačić, *Krivično pravo. Opći dio*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1986<sup>3</sup>, str. 464.

24 Michael Köhler, Wolfgang Beck, „Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen“, *Juristenzeitung*, 17/1991, str. 799. Kritika se naročito odnosi na potpunu konfiskaciju, koju su mnoga evropska zakonodavstva odbacila (Holandija i Danska), a neka (npr. Belgija, Grčka i Turska) su je čak proglasila neustavnom (J. Meyer, str. 87).

25 Osim toga, model da je neophodno posebno propisati za koja krivična dela se konfiskacija može izreći, zamenjen je uvođenjem uslova da je učinjeno krivično delo sa elementom organizovanog kriminala, i da je za to delo izrečena kazna zatvora u trajanju od najmanje četiri godine.

26 Tako izričito F. Herzog, str. 2079, 2081.

27 M. Kokolj, Đ. Lazin, str. 85. Štaviše, navedeni autori ukazuju da se konfiskacija može smatrati „neprijemljivom i pogrešnom i u slučajevima gdje se želi pogoditi imovina osuđenog za koju se samo sumnja da potiče od kriminalne djelatnosti, bez postojanja punih dokaza“ (*ibid.*, str. 91).

28 Sličan efekat proizvodi i konfiskacija imovine prema Zakonu o trgovini drogom (Drug Trafficking Act) Velike Britanije od 1986. godine. Ovaj propis podrazumeva konfiskaciju celokupne imovine trgovca drogom, uključujući i svaku vrednost koja je prošla kroz njegove ruke u poslednjih šest godina.

29 Vid. J. Meyer, str. 86. Zakon je omogućavao da se ova kazna izrekne i za druga dela koja su na nju izričito upućivala. To su uglavnom bila krivična dela koja spadaju u sferu organizovanog kriminaliteta (falsifikovanje novca, trgovina ljudima, posredovanje u vršenju prostitucije, pranje novca i imovinski delikti učinjeni u sastavu bande).

30 Tatjana Hörnle, „Die Vermögensstrafe. Ein Beispiel für die unorganisierten Konsequenzen von gesetzgeberischen Anstrengungen zur Bekämpfung organisierter Kriminalität“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2/1996, str. 334.

bila ograničena vrednošću njegove celokupne imovine. Konkretnu vrednost koja bi se konfiskovala, sud je slobodno cenio.<sup>31</sup> Osnovni nedostatak u primeni ove kazne predstavljalo je to što nisu bili određeni sadržinski kriterijumi za njeno odmeravanje (osim što je ona mogla ići maksimalno do vrednosti celokupne imovine osuđenog), što je, kako se smatralo, bilo protivno zahtevu da kazne budu određene.<sup>32</sup> Osim toga, nije bio predviđen primenjiv sistem koji bi obračunao u kojem meri bi izrečena kazna konfiskacije umanjila izrečenu kaznu zatvora i usaglasio to sa načelom krivice.<sup>33</sup>

Potpuna konfiskacija imovine nije podoban način ostvarivanja kriminalno-političkih ciljeva. Totalni, neograničeni zahvat u imovinu titulara svojine može se smatrati suprotnim duhu ustava, koji dopušta izvesno ograničavanje prava na imovinu (vid. član 58 Ustava RS), ali ne i njegovo suštinsko negiranje. Utoliko smatramo da predmet krivičnopravnih razmatranja *de lege ferenda* može biti samo delimična konfiskacija. I ovde se međutim teško mogu izbeći brojni zamislivi prigovori iz ugla ostvarenosti izvesnih materijalnih i procesnih garantija, ako se kažnjavanje (konfiskacijom imovine) veže za neku neodređenu raniju kriminalnu aktivnost.<sup>34</sup> Konfiskaciju kao kaznu moguće je smisleno vezati samo za krivično delo za koje se učiniocu sudi, uz istovremeno obezbeđenje odgovarajućih mehanizama koji bi omogućili da i ovde kažnjavanje bude srazmerno učinjenom nedelu. Takvu kaznu nije međutim jednostavno usaglasiti sa kumulativno izrečenim zatvorom, naročito na planu eventualne zamene nenaplaćene konfiskacije zatvorom u određenom trajanju, kako uostalom pokazuju i nemačka iskustva.

## 5. PROŠIRENO ODUZIMANJE KAO NOVČANA KAZNA

Pojedini autori se zalažu za reformu novčane kazne, koja bi smislenije nego što je slučaj sa postojećim modelima novčanog kažnjavanja trebalo da obuhvati plodove organizovanog kriminala, na temelju eventualnog uvećanja visine dnevnih iznosa, snažnijeg uvažavanja vrednosti imovine prilikom odmeravanja kazne i drugih relevantnih okolnosti.<sup>35</sup> Slična mogućnost delom već postoji prema našem pravu, istina pre svega u odnosu na krivična dela koja odlikuje koristoljubiva namera. Naime, za krivična dela učinjena iz koristoljublja novčana kazna kao sporedna može se izreći i kada nije propisana zakonom ili kad je zakonom propisano da će se učinilac kazniti kaznom zatvora ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora (član 48 KZ). To je uostalom saglasno i sa uslovima ZOIPKD, budući da ovaj

31 U slučaju da je ovaj iznos bio nenaplativ, njegova novčana vrednost bi se zamenila kaznom zatvora, u trajanju od jednog meseca do dve godine.

32 H.-H. Jescheck, T. Weigend, str. 779.

33 Vid. detaljnije T. Hörnle, str. 346. Interesantne predloge koji idu u pravcu ustanovljenja posebne kazne konfiskacije nalazimo i u anglosaksonskom pravu (vid. npr. Catherine E. McCaw, „Asset Forfeiture as a Form of Punishment: A Case for Integrating Asset Forfeiture into Criminal Sentencing“, *American Journal of Criminal Law*, 2/2011, str. 215 i dalje, sa ukazivanjem na različite varijante redukovanja izrečene kazne zatvora u zavisnosti od vrednosti konfiskovane imovine).

34 Ograničenost prostora nam ne dopušta da se na ovom mestu upustimo u ukazivanje na primedbe koje bi se u tom smislu mogle uputiti proširenom oduzimanju oblikovanom kao vidu kažnjavanja.

35 Tako npr. M. Köhler, W. Beck, str. 803.

propis za gotovo sva krivična dela koja vode proširenom oduzimanju oduzimanje uslovljava zahtevom da je njihovim vršenjem pribavljena imovinska korist (odnosno da vrednost predmeta dela prelazi iznos) od 1.500.000 dinara. Takođe, naročito uzimanje u obzir imovnog stanja učinioca kao kriterijuma odmeravanja kazne naše krivično zakonodavstvo zadržava u slučaju odmeravanja novčane kazne u određenom iznosu (član 54 stav 2 KZ), polazeći od pretpostavke da je u sistem novčane kazne u dnevnim iznosima uvažavanje imovnog stanja učinioca po prirodi stvari ugrađeno. Ipak, i sistem dnevnih iznosa pati od sličnog nedostatka, jer se vrednost pojedinačnog dnevnog iznosa novčane kazne utvrđuje na temelju razlike između godišnjih prihoda i nužnih rashoda učinioca, nezavisno od toga kolika je njegova imovina u apsolutnom iznosu.<sup>36</sup>

Zaista, u mehanizam novčanog kažnjavanja, naročito na specijalno-preventivnom planu, načelno su ugrađeni mehanizmi koji omogućavaju da se novčana kazna odmeri u onoj vrednosti čiji će efekti osuđenog pogoditi više ili manje, zavisno od njegovih prihoda i bogatstva. Međutim, izricanje novčane kazne na temelju neke pretpostavljene ranije kriminalne aktivnosti osuđenog, koja prethodi delu za koje mu se sudilo i za koje mu je izrečena (i novčana) kazna, iako se teorijski može zamisliti i uobličiti, teško može da se dovede u vezu sa zahtevom da kažnjavanje bude srazmerno učinjenom nedelu. Kako ova prethodna kriminalna aktivnost ne mora biti imenovana i pravno kvalifikovana, novčano kažnjavanje bi izgledalo potpuno proizvoljno i teško usaglasivo sa brojnim mogućim materijalnim i procesnim prigovorima. Najzad, novčano kažnjavanje koje bi imalo zadatak da obuhvati efekte ranije kriminalne aktivnosti, po svojoj suštini bi više odgovaralo kazni konfiskacije imovine. Stoga postojeće modele novčanog kažnjavanja, koji obezbeđuju kakvo-takvo uzimanje u obzir i imovnog stanja učinioca, smatramo adekvatnim i premereanim zahtevima koji se postavljaju pred ovaj tip kazne.

## 6. PROŠIRENO ODUZIMANJE KAO PRAVNA POSLEDICA OSUDE

Prošireno oduzimanje imovinske koristi moguće je normirati i kao svojevrstnu pravnu posledicu osude. Institut pravnih posledica osude podrazumeva „da osude za određena krivična dela ili na određene kazne mogu imati za pravnu posledicu prestanak, odnosno gubitak određenih prava ili zabranu sticanja određenih prava“ (član 94 stav 1 KZ).<sup>37</sup> U tom smislu, oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela moglo bi se protumačiti i kao prestanak prava svojine na određenoj imovini, po osnovu pretpostavke (koja ne bude oborena) da ta imovina potiče od kriminalne aktivnosti. Do sada je razlikovanje redovnog oduzimanja i pravnih posledica osude počivalo na više formalnim razlozima. Tako pravne posledice nastupaju po sili zakona (*ex lege*), dok redovno oduzimanje podrazumeva sudsku odluku. Pravne

36 Osim toga, možda je do protivpravnog uvećanja imovine došlo u nekoj godini koja prethodi kalendarskoj godini u kojoj se utvrđuje odnos prihoda i nužnih rashoda (vid. član 49 stav 3 KZ).

37 To se prema postojećem zakonskom rešenju odnosi na prestanak ili zabranu sticanja izvesnih javnih funkcija, određenih dozvola ili odobrenja koja se daju odlukom državnog organa ili organa lokalne samouprave, odnosno vršenja određenih poziva ili zanimanja.

posledice podrazumevaju prestanak određenih prava ili zabranu njihovog sticanja, dok redovno oduzimanje ne oduzima nikakvo pravo učinioca.<sup>38</sup> Međutim, ako se može tvrditi da se i u slučaju redovnog oduzimanja imovinske koristi u suštini radi o posebnoj pravnoj posledici učinjenog krivičnog dela,<sup>39</sup> onda bi se takav zaključak mogao izvesti i u pogledu proširenog oduzimanja.

Protiv pokušaja da se prošireno oduzimanje uobličiti kao pravna posledica osude govori najpre to što je smisao ustanovljenja naročitih posledica krivične osude, izvan sistema krivičnih sankcija, omogućavanje zakonodavcu koji pravilima uređuje druge grane prava da utvrdi izvesno specifično dejstvo osude, karakteristično za taj podsistem normi. Tako je Zakonom o radu ustanovljena pravna posledica prestanka radnog odnosa po sili zakona (nezavisno od volje zaposlenog ili poslodavca) ako zaposleni zbog izdržavanja kazne zatvora, mere bezbednosti, vaspitne ili zaštitne mere mora da bude odsutan sa rada u trajanju dužem od šest meseci (vid. član 176 Zakona o radu)<sup>40</sup>. Iako se u svom sadašnjem vidu mogućnost trajnog oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela takođe vezuje za pravnosnažnu osudu, budući jedna od njenih mogućih pravnih posledica, prošireno oduzimanje se ipak oseća kao prirodan produžetak redovnog oduzimanja kao nesumnjive krivičnopravne mere. Osim toga, označavanje izvesnog dejstva kao pravne posledice osude ne može prikriti njen eventualni parapenalni karakter. Odluke Evropskog suda za ljudska prava ne polaze od toga kako se izvesna mera formalno označava, već da li zbog domašaja zahvata u dobra učinioca ima ili nema kaznenopravnu prirodu. Ipak, sama činjenica da osuda za izvesna krivična dela može proizvesti gubitak izvesnih prava tim pre ne isključuje mogućnost, da osuda za krivična dela imenovana članom 2 ZOIPKD, koja odlikuje pribavljanje imovinske koristi u visokom iznosu (preko 1.500.000 dinara), zasnuje ne gubitak već pravnu pretpostavku da i neke druge vrednosti u imovini učinioca predstavljaju korist prihodovanu krivičnim delom.

## 7. PROŠIRENO ODUZIMANJE KAO MERA BEZBEDNOSTI

Oduzimanje imovinske koristi pribavljene krivičnim delom uvedeno je u naše krivično zakonodavstvo novelom Krivičnog zakonika od 1959. godine kao mera bezbednosti. Ovo rešenje vrlo brzo je naišlo na snažnu kritiku u našoj doktrini, budući da je smisao redovnog oduzimanja počivao na pravičnom uspostavljanju stanja pre izvršenja krivičnog dela, a ne na nekakvom opasnom stanju učinioca.<sup>41</sup> Utoliko su mere bezbednosti specijalno-preventivno upravljene ka budućnosti, dok je oduzimanje okrenuto prošlosti.<sup>42</sup> To, reklo bi se, postavlja neprekoračivu granicu između dva tipa mera. Ipak, u novijoj literaturi i zakonodavstvu se nailazi na rešenja i tvrđenja prema kojima prošireno oduzimanje nalikuje upravo merama bezbednosti. Tako švajcarsko krivično zakonodavstvo oduzimanje imovine od kriminalnih

38 Z. Tomić, str. 145.

39 U tom smislu F. Bačić, str. 538.

40 Zakon o radu, „Službeni glasnik RS“, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

41 T. Staničić, str. 180.

42 Z. Tomić, str. 142.

organizacija nije uslovalo eventualnim deliktним poreklom imovine, već isključivo uslovom da odnosna imovina utiče na moć raspolaganja odnosne kriminalne organizacije (član 72 švajcarskog KZ).<sup>43</sup> Udaranjem na ekonomsku moć organizovanog kriminala hoće se preventivno delovati na njegov kapital i finansijsku snagu.<sup>44</sup> I Ustavni sud Nemačke, u svom nastojanju da prošireno oduzimanje kao meru *sui generis* (sa delimičnom kaznenom prirodom) usaglasi sa načelom krivice, ističe da svrha njegove primene nije represivna, već pretežno (generalno) preventivna i okrenuta budućnosti.<sup>45</sup> Na slična pojašnjenja nailazimo i u našoj sudskoj praksi i literaturi.<sup>46</sup> Tako u jednoj odluci sud zaključuje da je ovaj institut „usmeren ka imovini, a ne ka okrivljenom, odnosno, u konkretnom slučaju radi se o oduzimanju imovine koja je preventivnog karaktera, a ne kaznenog.“<sup>47</sup>

Ovo objašnjenje ne čini nam se prihvatljivo, i više nalikuje objašnjenjima koja opravdavaju modele *in rem* oduzimanja, koji polaze od krivice (odnosno opasnosti) samog predmeta oduzimanja. Kako to Hercog (Herzog) slikovito primećuje, ovo objašnjenje možemo uporediti sa situacijom da nekom, kao reakciju na njegovo kršenje norme, lupimo šamar, a onda mu predstavimo da on to ne treba da shvati lično, već da je to samo bilo kako bi mu se pokazalo da se „tako ne radi.“<sup>48</sup> Slično objašnjenju koje bi sud dugovao učiniocu učestvovanja u tuči, kojem bi trebalo pojasniti kako je on ipak zaslužio kaznu od npr. dve godine zatvora ako je smrt kao objektivni uslov postojanja dela ostvario drugi učesnik tuče,<sup>49</sup> tako i ovde sud teško može izbeći da odgovori na pitanje da li je oduzimanje imovine nečim zaslužio. Osim toga, takvo obrazloženje pokreće i jedan problem praktične prirode, budući da bi ono onda podrazumevalo da se primena mere veže za opasnost da se imovina vlasnika u budućnosti iskorišćava za vršenje krivičnih dela. Kada međutim ovaj uslov otpadne i takva opasnost prestane, bilo bi smisljeno učiniocu imovinu vratiti,<sup>50</sup> što bi trajno oduzimanje u neku ruku obesmisllilo, ili ga bar učinilo privremenim odnosno vezanim jednim raskidnim uslovom.

43 Sličnu mogućnost uveo je i austrijski zakonodavac (vid. član 20b stav 1 austrijskog KZ).

44 Vid. Florian Baumann, u: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht I. Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007<sup>2</sup>, str. 1471. Švajcarsko rešenje je prema svom domašaju otišlo najdalje, budući da se napuštanjem uslova da imovina bude kriminalnog porekla omogućava zahvat i u legalno stečenu imovinu, pod uslovom da se radi o imovini kojom raspolaže kriminalna organizacija (Günther Kaiser, „Strafrechtliche Gewinnabschöpfung im Dilemma zwischen Rechtsstaatlichkeit und Effektivität“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 4/1999, str. 149). Oduzimanju su prema zakonskom rešenju (vid. član 72 KZ švajcarskog KZ) podložni oni koji kriminalnoj organizaciji pripadaju ili je podupiru, uz istovremeno prebacivanje na njih tereta dokazivanja.

45 Vid. Bundesverfassungsgericht, Senatsentscheidungen, „Verfassungsmäßigkeit des erweiteren Verfalls“, *Neue juristische Wochenschrift*, 29/2004, str. 2075. Slično i A. Nack, str. 882.

46 Vid. npr. Miodrag Majić, „Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. IV deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 266.

47 Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž2 Po2 31/2012 od 12.7.2012. godine.

48 F. Herzog, str. 2064.

49 U literaturi je vladajuće stanovište da nepravi objektivni uslovi inkriminacije povređuju načelo krivice (vid. Z. Stojanović [2015], str. 123).

50 Dirk Heckmann, „Die Einziehung verdächtigen Vermögens. Zur Regelung der ‘Beweislastumkehr’ im Entwurf eines Vermögensziehungsgesetzes“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1/1995, str. 2.

S druge strane, mogući prigovori preventivnoj prirodi oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela ne isključuju mogućnost izvesnog normativnog preoblikovanja postojećeg modela proširenog oduzimanja prema obrascu mera bezbednosti. Tako bi se, umesto pretpostavke da se radi o imovini koja potiče od krivičnih dela iz člana 2 ZOIPKD, institut mogao upravititi prema budućnosti, utvrđivanjem uslova da se oduzima ona imovina koja može da se upotrebi za vršenje navedenih krivičnih dela. Ovakav model oduzimanja, iako zamisliv, nailazi na problem verifikovanja suda o opasnosti imovine. Takav sud je jednostavno izvesti kada se npr. radi o drogama, oružju ili drugim predmetima koji po sebi nose opasnost, a koji su pokriveni merom bezbednosti oduzimanja predmeta (član 87 KZ), ali se teško može tvrditi da takvu opasnost nose novac, zemljište ili stanovi,<sup>51</sup> koji po pravilu predstavljaju predmet proširenog oduzimanja. Ipak, nije isključeno da se po ugledu na uporedna evropska zakonodavstva ustanovi i jedan poseban vid proširenog oduzimanja, oblikovan na ideji prevencije, čiji bi pokretač činilo pripadništvo nekoj organizovanoj kriminalnoj grupi (član 346 st. 2 i 4 KZ) ili terorističkom udruženju (član 393a KZ).

## 8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kako možemo zaključiti, uobličavanje proširenog oduzimanja i njegovo uključivanje u krivičnopravni sistem stavlja zakonodavca pred složen zadatak. U našoj i uporednoj doktrini prošireno oduzimanje se po svojim karakteristikama sa jedne strane želi upodobiti institutu redovnog oduzimanja imovinske koristi neposredno pribavljene krivičnim delom, budući da njihovo udaljavanje, praćeno eventualnim drugačijim kriminalno-političkim opravdanjem, vodi približavanju proširenog oduzimanja krivičnoj kazni, u ishodu „sećući krila“ ekstenzivnom zahvatanju u imovinu kriminalaca. Ako se oduzimanjem od učinioaca hoće oduzeti svaka dobit ostvarena vršenjem krivičnog dela, onda krivica učinioaca nije neophodna pretpostavka oduzimanja. To međutim nije u našem krivičnom pravu dosledno sprovedeno, budući da redovno oduzimanje, za razliku od proširenog, u najvećem broju slučajeva nije moguće bez pravnosnažne osude za učinjeno (skriveno i protivpravno) delo.

S druge strane, po svom domašaju, prošireno oduzimanje ima određene karakteristike koje ga (ne bez osnova) primiču krivičnim sankcijama i drugim merama koje krivičnom pravu u regulisanju krivičnopravne zaštite stoje na raspolaganju. Stoga nije nezamislivo da se zahvatanje u prihode kriminalaca ostvari i preoblikovanjem proširenog oduzimanja u neke druge krivične sankcije i institute. U radu smo naglasili izvesne probleme na koje bi se u sličnim pokušajima moglo naići, i neke od prigovora koje bi u tom smislu valjalo uzeti u obzir. Da li bi međutim slični eksperimenti bili ostvarivi, nije moguće odgovoriti bez dublje analize dejstava proširenog oduzimanja, kao i njegove saglasnosti sa osnovnim krivičnopravnim principima i savremenim evropskim rešenjima na ovom planu.

51 *Ibid.*, str. 3.

## LITERATURA

- Bačić Franjo, *Krivično pravo. Opći dio*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1986<sup>3</sup>.
- Baumann Florian, u: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht I. Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007<sup>2</sup>.
- Bundesverfassungsgericht, Senatsentscheidungen, „Verfassungsmäßigkeit des erweiteren Verfalls“, *Neue juristische Wochenschrift*, 29/2004.
- Fuchs Helmut, Tipold Alexander, u: F. Höpfel, E. Ratz (Hrsg.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manz, Wien, 2012<sup>2</sup>.
- Heckmann Dirk, „Die Einziehung verdächtigen Vermögens. Zur Regelung der ‘Beweislastumkehr’ im Entwurf eines Vermögenseinziehungsgesetzes“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1/1995.
- Herzog Felix, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch. Band 1*, Nomos, Baden-Baden, 2005<sup>2</sup>.
- Hörnle Tatjana, „Die Vermögensstrafe. Ein Beispiel für die unorganisierten Konsequenzen von gesetzgeberischen Anstrengungen zur Bekämpfung organisierter Kriminalität“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2/1996.
- Ilić Goran P., „Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela“, u: *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, Brčko, 2011.
- Ilić Goran P. et al., *Komentar Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*, OEBS. Misija u Srbiji, Beograd, 2009.
- Jescheck Hans-Heinrich, Weigend Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncer & Humblot, Berlin, 1996<sup>5</sup>.
- Joecks Wolfgang, u: B. von Heintschel-Heinegg (Bandred.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2/1*, C. H. Beck, München, 2005.
- Kaiser Günther, „Strafrechtliche Gewinnabschöpfung im Dilemma zwischen Rechtsstaatlichkeit und Effektivität“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 4/1999.
- Köhler Michael, Beck Wolfgang, „Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen“, *Juristenzeitung*, 17/1991.
- Kokolj Mitar, Lazin Đorđe, *Imovinske krivične sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Naučna knjiga, Beograd, 1986.
- Köndgen Johannes, „Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 4/2000.
- Kraus Božidar, u: *Komentar Krivičnog zakon SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1986<sup>3</sup>.
- Lazarević Ljubiša, *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011<sup>2</sup>.
- Majić Miodrag, „Oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. IV deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
- McCaw Catherine E., „Asset Forfeiture as a Form of Punishment: A Case for Integrating Asset Forfeiture into Criminal Sentencing“, *American Journal of Criminal Law*, 2/2011.
- Meyer Jürgen, „Gewinnabschöpfung durch Vermögensstrafe?“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 3/1990.
- Nack Armin, „Aktuelle Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs zum Verfall“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 12/2003.

- Objašnjenja uz nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Službeni list FNRJ, Beograd, 1951<sup>2</sup>.
- Schmoller Kurt, „Irrgarten der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung. Kritik der gegenwärtigen Rechtslage und Reformvorschläge“, *Österreichische Juristenzeitung*, 10/1990.
- Staničić Tonči, „Pravna priroda instituta oduzimanja imovinske koristi i njegovo mesto u krivičnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1979.
- Stojanović Zoran, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, 2012<sup>4</sup>.
- Stojanović Zoran, *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet u Beogradu – Pravna knjiga, Beograd, 2015<sup>22</sup>.
- Tomić Zvonimir, „Pravna priroda mjere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim djelom“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1982.
- Vrhovni sud Srbije, *Zbirka sudskih odluka iz oblasti krivičnog prava 1973–1986*.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

THE LEGAL NATURE OF SEIZING THE PROCEEDS  
FROM CRIMINAL ACTIVITY  
(I.E. EXTENDED CONFISCATION)

SUMMARY

Institute of so called extended confiscation of assets derived from a criminal offense has been introduced in the Serbian law in 2008. It aims to enable the seizure of property believed to have a criminal background, in situations where it is not possible to prove a direct link between the crime and the acquired material gain. Legal nature of extended confiscation is controversial. The majority opinion holds that it is a measure *sui generis*, and not a form of punishment. However, in many jurisdictions, the seizure of assets suspected to originate from criminal activities is conducted in other ways. The author points out the pros and cons of different solutions, concluding that a comprehensive answer cannot be given without the broad analysis of extended confiscation and the basic principles of criminal law.

**Keywords:** confiscation of material gain, extended confiscation, penalties, security measures.



Marija Karanikić Mirić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## ISTORIJA IDEJE O MORALNOJ ŠTETI U MODERNOM SRPSKOM GRAĐANSKOM PRAVU

**Apstrakt:** Subjektivna koncepcija moralne štete prihvaćena je u srpskome pravu i pravnoj teoriji već duže od četiri decenije, pod uticajem teorijskih shvatanja Obrena Stankovića. Komisija za izradu građanskog zakonika predlaže da se to izmeni, odnosno da se pojam moralne štete u budućem građanskom kodeksu objektivizuje u određenom stepenu. Predloženo rešenje se oslanja na mešovitu koncepciju moralne štete, koju je zastupao Mihailo Konstantinović. U slučajevima kada je zahtev za naknadu moralne štete nastao usled izvršenja krivičnog dela ili protivpravnog dela koje je u zakonu određeno kao krivično delo, novo poimanje moralne štete uticalo bi i na strukturu odštetnih zahteva u krivičnim postupcima. Autorka razmatra ideje koje su u istorijskom smislu prethodile uticajnim Stankovićevim stavovima i zaključuje da ideja o moralnoj šteti koja izlazi iz okvira intimnog trpljenja ne predstavlja novinu za domaću teoriju građanskoga prava. U vremenima koja su prethodila Stankovićevom uticaju domaći pravni pisci su listom razumeli moralnu štetu na više ili manje objektivizovan način: kao povredu nekog ličnog dobra ili prava ličnosti ili pravom zaštićenog neimovinskog interesa. U toj konstrukciji eventualno intimno trpljenje (bol ili strah) povodom takve povrede služilo je samo kao merilo za odmeravanje naknade na koju oštećenik ima pravo.

**Ključne reči:** moralna šteta, povreda prava ličnosti, povreda ličnog dobra, bol, strah.

### 1. UVOD

U pravnoj nauci odavno je poznata suprotstavljenost subjektivnog i objektivnog shvatanja o moralnoj šteti.<sup>1</sup> Do skoro se smatralo da je u našem pravu sukob ideja o moralnoj šteti trajno razrešen u korist subjektivne percepcije štete. Teorijski stavovi Obrena Stankovića o moralnoj šteti kao subjektivnom trpljenju u intimnoj sferi [Stanković 1998 (1963): 25–27] snažno su uticali na domaću civilistiku druge polovine XX veka, da bi konačno bili prihvaćeni i u jugoslovenskome Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO).<sup>2</sup> Međutim, Komisija za izradu građanskog zakonika<sup>3</sup> predlaže da se moralna šteta u srpskome pravu u određenome stepenu objektiv-

---

\* vanredni profesor, marija@ius.bg.ac.rs

1 Vid. pregled shvatanja o neimovinskoj šteti kod: Stanković 1998 [1963]: 40. Reč je o publikaciji koju je uredio Zoran Ivošević, pod nazivom *Naknada štete*, u kojoj su ponovo štampane četiri knjige Obrena Stankovića: *Novčana naknada neimovinske štete* (doktorska disertacija, 1963), *Naknada za pojačane napore i za umanjenje životne aktivnosti* (1972), *Naknada imovinske štete* (1968) i *Naknada štete u obliku rente* (1975).

2 Vid. čl. 200 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ* br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 (odluka USJ) i 57/1989, *Službeni list SRJ* br. 31/1993 i *Službeni list SCG* br. 1/2003 (Ustavna povelja).

3 Odluka Vlade Republike Srbije o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, *Sl. glasnik RS* br. 104/2006, 110/2006 i 85/2009.

vizuje [Komisija 2015: 139 i 153–154 (čl. 296, 359–361 *Radnog teksta*)], a zakonodavci pojedinih nekadašnjih jugoslovenskih republika već su objektivizovali pojam moralne štete i priznali pravnome licu pravo na njenu naknadu.<sup>4</sup>

U ovom času subjektivna koncepcija moralne štete prihvaćena je u srpsko-me pravu u svome najčistijem obliku. Po važećem pravilu i uvreženom shvatanju moralna (neimovinska, nematerijalna) šteta razume se kao bol (telesni ili duševni) i strah dovoljnog trajanja i intenziteta. U ovoj konstrukciji moralnu štetu ne čini sama povreda ličnoga dobra ili objekta nekog neimovinskog prava, već bol ili strah, povreda intimne sfere koja sa sobom nosi poremećaj u psihičkoj ravnoteži oštećenika [Stanković 1998 (1963): 150]. Proces objektivizovanja moralne štete podrazumeva promenu ovoga shvatanja, to jest razumevanje moralne štete kao povrede ličnog dobra kao objekta neimovinskog prava ili samog neimovinskog prava ili pravom zaštićenog neimovinskog interesa, a u svakom slučaju, bez obzira na to da li je ta povreda izazvala bol ili strah odnosno trpljenje u intimnoj sferi oštećenika.

Predmet ovoga rada jeste istorija ideja o moralnoj šteti u modernom srpskom građanskom pravu. Reč je o idejama koje su u vremenskom smislu prethodile uticajnim shvatanjima Obrena Stankovića, koja su ugrađena u jugoslovenski ZOO. U očekivanju da dođe do promene pravilā koja u srpskome odštetnome pravu važe već gotovo četiri decenije, da bi se jasno ukazalo na to šta planirane promene zapravo znače,<sup>5</sup> potrebno je podsetiti se starijih shvatanja o moralnoj šteti u nas. Tu preovladavaju shvatanja o moralnoj šteti kao povredi ličnoga dobra odnosno prava ličnosti: Istorijski posmatrano, u našoj pravnoj teoriji o moralnoj šteti uglavnom se mislilo u objektivizovanom ključu.

## 2. OTVORENA PITANJA

Prvo o terminologiji. Stanković je smatrao da ne treba koristiti izraze materijalna i nematerijalna šteta, nego se držati naziva imovinska i neimovinska. Razlog je taj što pravo ne izvlači nikakve konsekvence iz činjenice što je šteta praćena vidljivom promenom u materijalnom svetu: neimovinska šteta može da ima materijalnu manifestaciju (recimo, fizički bol zbog osakaćenja), a imovinska šteta ne mora (na primer, smanjenje prihoda usled gubitka klijentele) [Stanković 1998 (1963): 27]. Ovde pak koristim kao sinonime – izraze: moralna, nematerijalna i neimovinska šteta, i to ne samo zato što je tako uobičajeno. Stanković pod materijalnim podrazumeva ono što se vidi, ono što ima uočljivu fizičku manifestaciju, iako već dugo znamo da nije sve što je materijalno istovremeno i saznatljivo čulima. To jednostavno ne mora biti i najčešće nije: samo fragment materijalnog sveta ljudima je vidljiv. I ne samo to. Ponekad čula varaju pa vidimo i ono što nije. Međutim, sve ovo na stranu: da se ne prihvati Stankovićeva terminologija, dovoljno je kazati da reči materijalno i moralno mogu imati i imaju više od jednoga značenja.

4 Upor. čl. 149 i 207 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore (ZOO–CG), *Službeni list CG* br. 47/2008; čl. 19, 1046 i 1100 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske (ZOO–HR), *Narodne novine* br. 35/2005, 41/2008 i 125/2011. Vid. poređenje jugoslovenskog ZOO i hrvatskog ZOO [Josipović, Nikšić 2008: 61–94].

5 Detaljno o objektivizovanju pojma moralne štete vid. Karanikić Mirić 2015: 487–503.

Treba napomenuti da šteta u građanskopravnome smislu može da nastane iz građanskopravnog delikta ili pak povredom neke već postojeće obaveze, a odgovornost za štetu može da bude vanugovorna (deliktna) ili ugovorna (odgovornost za povredu postojeće obligacije). U srpskome pravu se i predugovorna odgovornost svrstava među oblike deliktne odgovornosti: to je odgovornost za štetne posledice skrivljenog postupanja u predugovornoj fazi. Međutim, sadržina pojma štete ne zavisi od osnova odgovornosti. Bez obzira na osnov po kojem se odgovara, razumevanje o tome šta je šteta uvek je isto. Drugo je pitanje da li određeni pravni poredak priznaje pravo na naknadu baš svake štete po svakom osnovu odgovornosti. Primera radi, naše pravo još uvek ne dopušta naknadu moralne štete koja je pričinjena povredom postojeće obligacije: po pravilima o ugovornoj odgovornosti odgovara se samo za imovinsku štetu.

Nekoliko velikih teorijskih rasprava vezuje se za ustanovu moralne (neimovinske, nematerijalne) štete. Neke od tih rasprava su zaključene i danas su važne samo za istoriju građansko-pravnih ideja. Na primer, bez obzira na sve poteškoće pri dokazivanju i proceni moralne štete, više nije sporno da *neimovinski* karakter povređenoga dobra nije, i ne treba da bude, prepreka za zasnivanje građanskopravne odgovornosti za njegovu povredu [Viney 1982: 310–311]. Zatim, prevagnula je ideja da moralna šteta može da se iskaže u novcu i da nema ničega zazornog u tome [Konstantinović 1969: 84–86].<sup>6</sup> Prihvaćeno je i da oštećenik ima pravo na naknadu moralne štete koja mu je pričinjena – bez obzira na to da li je iz istog štetnog događaja pretrpeo ikakvu imovinsku štetu. Evolucija te ideje može da se prati i u domaćoj sudskoj praksi XIX veka: Opšta sednica Kasacionog suda (OKS) smatrala je 26. marta 1868, u predmetu pod brojem 3943, da pravo na naknadu štete u slučaju povrede časti i ugleda postoji samo ako je ta povreda za posledicu imala i materijalnu štetu [Niketić 1922: 3–13, odluka br. 2]. Dve decenije kasnije, 25. oktobra 1891, u predmetu broj 7375, Opšta sednica je zauzela stav da nije potrebno da postoji materijalna šteta da bi se nekome priznalo pravo na naknadu za povređenu čast [Niketić 1923: 70–71, odluka br. 410].<sup>7</sup> Ovo i danas važi.<sup>8</sup>

Međutim, neka pitanja o moralnoj šteti i dalje su sporna. Recimo, i dalje se diskutuje o pravnom licu kao titularu prava na naknadu neimovinske štete i o ugovornoj odgovornosti za neimovinsku štetu. Srpsko pravo još uvek ne poznaje nijednu od ovih mogućnosti: Prvo, za domaće sudove nije sporno da povreda dobrog ugleda pravnog lica predstavlja povredu pravom zaštićenog nematerijalnog dobra. Međutim, smatraju sudovi, ta povreda se ne ispoljava kao neki od pravno priznatih vidova moralne štete, pa pravno lice nema pravo na novčanu naknadu

6 Bilo je autora koji su smatrali suprotno: da je novčana naknada štete po svojoj prirodi moguća jedino ako se šteta može proceniti u novcu, što se, pak, može samo ako je šteta imovinska [Jakšić 1960: 305].

7 Isto: „Pri traženju naknade za oklevetanu čast, tužilac ne mora da dokaže, da mu je klevetom i materijalna šteta pričinjena.“ Odluka OKS od 29. aprila 1931, br. predmeta 5820 [Novaković 1940: 498–499].

8 Vid. Čl. 200 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

ako povreda njegovog ugleda nije dovela i do neke imovinske štete.<sup>9</sup> Drugo, nepriznavanje odgovornosti za moralnu štetu prouzrokovanu povredom postojeće obaveze (skraćeno: ugovorna odgovornost) zasniva se na jezičkom tumačenju čl. 262 i čl. 266 st. 1 i 2 ZOO. Jankovec je pisao o neugodnim osećanjima, brizi, psihičkoj napregnutosti i stresu, što u slučaju povrede ugovora može da trpi strana koja je verna ugovoru, i isticao je da strah da dužnik u docnji neće platiti dug može kod poverioca, čija bi egzistencija bila ugrožena neplaćanjem, da izazove psihičko stanje koje se ne razlikuje od strepnje za ishod medicinske intervencije [Jankovec 1993: 30]. Međutim, i on je prihvatao da se *de lege lata* naknada moralne štete u domaćem pravu ne može zahtevati po pravilima o ugovornoj odgovornosti [Jankovec 1995, 625–626]. Bilo je autora koji su razmatrali i druge opcije. Po jednom shvatanju, nije sporno da moralna šteta može da bude prouzrokovana i povredom ugovorne obaveze (prevoznik povredi obavezu iz ugovora o prevozu i zato putnik ne stigne na sahranu svoga deteta), ali ZOO ne priznaje mogućnost da se ona naknadi po pravilima o ugovornoj odgovornosti, pa naknada treba da se dosuđuje po opštim pravilima o vanugovornoj odgovornosti, uz poziv na odredbu čl. 269 ZOO o shodnoj primeni potonjih pravila [Đorđević 1980: 757–758]. U svakom slučaju, negiranje ugovorne odgovornosti za moralnu štetu i prava pravnoga lica na naknadu neimovinske štete proizlazi iz načina na koji se u srpskome pravu već dugo razume moralna šteta, to jest iz subjektivne koncepcije moralne štete koja je široko prihvaćena kod nas.

### 3. SHVATANJA O MORALNOJ ŠTETI ZA VREME VAŽENJA SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA (1844)

O pojmu štete u vreme važenja srpskog Građanskog zakonika (SGZ)<sup>10</sup> Dragoljub Arandelović je pisao:

„Naš građanski zakonik ne sadrži odredbu o tome: šta se pod *štetom* podrazumeva. Skraćujući austrijski zakonik, naš je zakonodavac izostavio § 1293. austrijskog građanskog zakonika, u kome je data definicija štete: ‘Štetom se naziva svaki *uštrb* pricinjen nekom u njegovoj imovini, pravima ili njegovoj ličnosti. Od toga se razlikuje izmakla dobit, koju je neko po običnom toku stvari imao da očekuje.’ Ali i ako te definicije štete u našem građanskom zakoniku nema, ipak je i po njemu (vid. §§ 800, 822. i 823) jasno, da se pod *štetom* podrazumeva svaki *uštrb*, koji neko

9 Presuda Vrhovnog suda Srbije Prev. 611/2001 od 25. decembra 2002. (Ako nije drugačije rečeno, sudske odluke su preuzete iz elektronske baze *ParagrafLex*.) Vid. takođe Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 5. februara 2001: „Pravno lice nema pravo na novčanu naknadu nematerijalne štete zbog povrede poslovnog ugleda, jer to nije zakonom priznata šteta. Ne osporava se pravo svakome da zagovara zakonsko priznanje tog prava pravnim licima, uz napomenu da je teško pronaći opravdane naučne i životne osnove za to.“

10 U § 800 SGZ (1844) stajalo je: „Ko drugome štetu kakvu učini, bilo to na imanju tuđem ili *pravima i ličnosti*, onaj mora tu naknaditi.“ Po pravilu iz § 822 „šteta se mora i ona naknaditi, koja bi sa *povredom slobode čije, ili časti i poštenja* ili imanja tuđeg prouzrokovana bila“. Uz to, po § 820 „ko drugoga rani, osakati, ili inače povredu telu nanese, taj plaća trošak sav za lečenje i lekove; pa i zaslugu, koju zbog toga onaj gubi, i koje će se u napredak lišiti, naplaćuje; i još za *pretrpljene bolove*, ako se zahteva, srazmernu naplatu čini.“

pretrpi na svojim pravno zaštićenim dobrima, dakle na imovini, telu, slobodi, časti“ [Arandelović 1923: 5].

Za razliku od Arandelovića, Novaković je smatrao da je zakonodavac namereno odstupio od austrijskog izvornika i da je – propuštanjem da preuzme pravilo iz § 1293 AGZ – zapravo dao novi pojam štete; ali nije pokazao po čemu se taj novi pojam razlikuje od austrijskog [Novaković 1940: 35]. Arandelović upotrebljava izraz *nematerijalna šteta*, kojeg nema u zakoniku. Određuje je kao *povredu drugog pravno zaštićenog dobra jednog lica*, dobra koje nije imovinsko, i pokazuje primere takve štete: u § 65 SGZ to je pretrpljeni uštrb u slučaju odustanka od bračnog ispita (*šteta po čast i dobar glas ženske*); u § 820 pretrpljeni bolovi usled povrede tela – čime se štiti pravom zaštićeni telesni integritet; u široko postavljenom § 822 šteta od povrede slobode, časti ili poštenja. Naknadu predstavlja kao ekvivalent duševnog i telesnog bola koji je oštećeni pretrpeo usled povrede koja mu je naneta [Arandelović 1923: 6].

Kako razumeti Arandelovićevu poziciju? S jedne strane, on vidi moralnu štetu kao povredu pravom zaštićenog neimovinskog dobra, a s druge strane, govori o naknadi za bol koji oštećenik trpi zbog ove povrede. Meni se čini da je za Arandelovića sama povreda pravom zaštićenog neimovinskog dobra – *nematerijalna šteta*. On ne kaže da štete nema kada ta povreda nije praćena duševnim ili telesnim bolom, nego pominje bol kada treba odmeriti naknadu koja odgovara težini povrede. I sam zakonodavac dao je povoda za to: govori o šteti na pravima i ličnosti (§ 800), povredi slobode, časti i poštenja (§ 820), a onda o naknadi (*naplati za*) pretrpljene bolove usled povrede tela (§ 822). Ipak, izgleda da je već povreda neimovinskog dobra smatrana za štetu, a da su bolovi povodom takve povrede služili kao mera, merilo, kriterijum za odmeravanje naknade na koju oštećenik ima pravo.

I Andra Đorđević je svaku štetu razumeo objektivno, kao povredu tuđeg imovinskog ili neimovinskog prava, ne tražeći da oštećenik podnosi duševni ili telesni bol povodom povrede nekog neimovinskog prava da bi se ta povreda označila kao šteta:

„Pod štetom razume se, uopšte, svaka povreda, koja je nekome pričinjena ne samo u imanju njegovu, kao što se to pod štetom obično razume, nego i samoj ličnosti njegovoj, bilo na telu, bilo slobodi ili časti njegovoj (§ 800 i 822); pa, šta više, i povrede i drugih prava, koja ne ulaze u sastav imovine (na pr. kad je kogod sprečen da prisustvuje kakvoj zabavi)“ [Đorđević 1896: 178].

Lazar Marković je pisao da šteta može da bude *bilo imovinsko-pravna, bilo neimovinska, ali koja se može donekle zagladiti novčanom naknadom* [Marković 1912: 255]. I Blagojević je za vreme važenja Građanskog zakonika zastupao jednu objektivnu koncepciju moralne štete: Svaka šteta je povreda pravnog dobra, odnosno pravom zaštićenog interesa. Pod povredom misli se na uništenje, oštećenje ili, čak, samo dovođenje u opasnost tuđeg pravnog dobra, što za posledicu mora da ima poremećaj pravnog statusa oštećenika, pogoršanje njegovog pravnog stanja. Ako nema poremećaja u pravnom stanju oštećenika – nema ni štete. Razlika između materijalne i nematerijalne štete svodi se na vrstu povređenoga dobra. Šteta je imovinska

ako je povređena svojina, državina, autorsko pravo, život, a moralna ako je povređena čast, sloboda, poštenje. U svakom slučaju, nema štete ako interes koji je povređen nije pravom zaštićen i ako nije nastupio *poremećaj u pravnom stanju oštećenika odnosno u obimu, intenzitetu ili sigurnosti njegovih pravnih prerogativa* [Blagojević 1939: 282–283]. Drugim rečima, šteta je shvaćena sasvim apstraktno, kao promena u pravnom statusu titulara povređenog dobra, a Blagojević i ne pominje intimno trpljenje (bol ili strah) povodom te povrede.

#### 4. SHVATANJA O MORALNOJ ŠTETI POVODOM PREDOSNOVE JUGOSLOVENSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA (1934)

Predosnova jugoslovenskog Građanskog zakonika pisana je u cilju prevazilaženja jugoslovenskog pravnog partikularizma. Objavljena je 1934. godine. Zbog političkih prilika u zemlji, a kasnije i zbog ratnih neprilika, nikada nije ozakonjena [Pavić 1998: 481–482]. Predosnova je rađena po ugledu na austrijski Građanski zakonik, što je oštro kritikovano u delu naučne javnosti toga doba [Konstantinović 1982 (1933): 388–391, Nikolić 2007: 37]. Nasuprot tome, Lazar Marković je prihvatio Predosnovu kao buduće pravo i prema njoj je napisao udžbenik obligacionog prava. Ova knjiga je ostala iza Lazara Markovića u rukopisu koji je bio do sitnica popravljen i spremljen za štampanje. O tome zašto je objavljena tek 1997. i kako je došlo do njenog objavljivanja može se pročitati u predgovoru Slobodana Perovića i pogovoru Simona Simonovića [Perović (1997): 7–21, Simonović (1997): 841–846]. Evo kako je Marković pisao o pojmu štete po ovom prednacrtu jugoslovenskog kodeksa:

„U § 1240. nalazi se definicija štete, pod kojom se razume svaki kvar nanesen nekome u njegovoj imovini, njegovim pravima ili njegovoj osobi. Ova definicija pokriva samo materijalne štete, i na njih zakonik jedino i misli. U pogledu nematerijalnih šteta Jugoslovenski zakonik ne priznaje nikakvu naknadu osim u nekim izuzetnim slučajevima koje je zakonik izrično predvideo“ [Marković 1997: 803–804].

Kao jedan takav poseban slučaj navodi pravo na naknadu nematerijalne štete koju pretrpi žensko lice kada ga neko zavede, *kažnjivim delanjem ili inače lukavstvom, pretnjama, zloupotrebom odnosa zavisnosti, da mu dopusti polno opštenje*. Drugi primer je telesni bol kao nematerijalna šteta izazvana povredom tela. Ne ulazeći u to da li je ovo bilo jedino moguće odnosno primereno tumačenje pravila predloženih Predosnovom:<sup>11</sup> taj prednacrt građanskog kodeksa za celu Jugoslaviju – već je rečeno – nikada nije ozakonjen.

11 Isto je u domaćoj pravnoj teoriji tumačen austrijski Opšti građanski zakonik koji je u dva oblika, noveliranom (Dalmacija i Slovenija) i noveliranom (Hrvatska, Slavonija, Srem i srezovi Pančevo, Alibunar i Bela Crkva), primenjivan u dva pravna područja Kraljevine Jugoslavije: da se neimovinska šteta ne priznaje načelno, nego po izuzetku, kada je zakonik posebno spomene [Vuković 1956: 133].

## 5. SHVATANJA O MORALNOJ ŠTETI POSLE DRUGOG SVETSKOG RATA

Građanski zakonik prestao je da važi 1946. godine. Tada su po Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije (ZN) pravnu snagu izgubili svi zatečeni pravni propisi, pa tako i Građanski zakonik.<sup>12</sup> Odredbama ZN bilo je propisano i da zakonodavna vlast može da donese odluku da se, uz potrebne izmene i dopune, primenjuju pojedina pravila sadržana u propisima koji su stavljeni van snage. Preostala pravila predratnog prava mogu da se primene na odnos koji nije uređen važećim formalnim izvorima pod uslovom da nisu u suprotnosti s tim izvorima, niti s načelima novog ustavnog poretka (vid. čl. 3 i 4 ZN). Međutim, kada neki odnos nije uređen novim pravilima, sud nije dužan da rešenje spora iz tog odnosa traži isključivo u pravilima predratnog prava. Naprotiv, slobodan je da traži rešenje u skladu s načelima novog ustavnog poretka pa to rešenje može biti i protivno pravilima predratnog prava [Sržentić 1946: 214–217]. Evo primera za to. Po pravilima Opšteg građanskog zakonika smanjeni izgledi za udaju telesno nagrđenog ženskog lica priznavani su kao jedan vid *imovinske* štete to jest kao izgubljeni dobitak. Mislilo se da brak za ženu znači materijalno obezbeđenje egzistencije. Međutim, naša posleratna sudska praksa smatrala je da su smanjeni izgledi za udaju – *neimovinska* šteta za koju ne treba dosuđivati naknadu. Sudovi su polazili od toga da se priznanje takve štete protivi ravnopravnosti muškarca i žene, jednakosti bračne i vanbračne dece, svrsi braka i etičkim načelima uopšte [Vuković 1956: 137].<sup>13</sup> Stanković se s ovim nije slagao, nego je smatrao da i muškarcu i ženi treba priznati smanjene izgleda za dobru udaju odnosno dobru ženidbu. Tvrdio je i da kriterijumi za ocenu dobre udaje nisu samo ekonomski (*udaja za mladog momka a ne za starijeg razvedenog čoveka s decom*, i tome slično). U prilog tome da se smanjeni izgledi za dobru udaju priznaju kao poseban oblik neimovinske štete, Stanković je posebno pisao o onakaženosti, silovanju i povredi obećanja da se zaključi brak [Stanković 1998 (1963): 158–166]. Ipak, sudovi su ostali pri shvatanju koje je kao uzorno naveo Vuković: dosuđuju naknadu za duševni bol – ali ne zbog smanjenih izgleda da se žrtva dobro uda, nego zbog njene naruženosti, povrede časti, ili zbog toga što je prema njoj izvršeno krivično delo protiv polne slobode.<sup>14</sup>

Pošto je srpski Građanski zakonik prestao da važi, razumevanje pojma moralne štete bilo je prepušteno sudovima. Tako je bilo sve do usvajanja jugoslovenskog ZOO: U poratnom periodu sudovi su određivali moralnu štetu kao trpljenje u intimnoj sferi, to jest kao telesni i duševni bol određene snage i trajanja.<sup>15</sup>

12 Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije (ZN), *Službeni list FNRJ*, br. 86/1946.

13 Vuković tu upućuje na odluke Vrhovnog suda NRH: G II 119/1947 od 7. februara 1947 i Gzz. 74/1948 od 28. aprila 1948.

14 Oštećena nema pravo na naknadu štete za umanjeni izbor pri udaji, koji bi joj mogao biti sužen zbog pretrpljene povrede, jer ne postoji ovakav vid štete kao samostalan, već je obuhvaćen naknadom za duševne bolove zbog estetske naruženosti. Presuda Okružnog suda u Valjevu Gž. br. 899/05 od 2. juna 2005.

15 Upor. veliki broj sudskih odluka iz pedesetih i šezdesetih godina XX veka koje navodi Obren Stanković [Stanković 1998 (1963): 93–100, 181–238 i *passim*]. Umesto svih, evo jedne odluke

Vuković je pisao da domaći sudovi od 1951. godine prave razliku između telesnih i duševnih bolova: isprva su dosuđivali naknadu samo za telesne bolove, a 1953. dolazi do proširenja bolnine dosuđivanjem naknade čoveku koji je izgubio oko, za *duševne bolove i neugodnosti* koje je podnosio usled nagrđenosti lica [Vuković 1956: 134, s upućivanjem na odluke]. Ovaj razvoj prati i pravna teorija: Obren Stanković piše o različitim oblicima subjektivnog trpljenja koji predstavljaju neimovinsku štetu. Tu spadaju razne vrste fizičkih bolova prouzrokovanih telesnom povredom ili bolešću; duševna patnja usled sopstvene unakaženosti; duševna patnja usled unakaženosti ili gubitka bliskog lica; strah, briga nespokojstvo; subjektivno trpljenje usled uskraćenog zadovoljstva koje čoveku pruža rad ili druga životna aktivnost; duševna patnja zbog nesposobnosti za rad; i tako dalje. U svim ovim slučajevima trpljenje duševnog ili telesnog bola remeti emocionalnu, odnosno psihičku ravnotežu čoveka. Problem naknade neimovinske štete sastoji se baš u tome kako da se otkloni ili ublaži ova psihička neravnoteža, a problem *novčane* naknade neimovinske štete jeste kako da se to postigne pomoću novca [Stanković 1998 (1963): 6–7].

Jakšić je, s druge strane, pisao da pod štetom treba da se podrazumeva samo imovinska šteta, a da štetne posledice po lična dobra treba nazivati povredama ličnosti ili povredama ličnih dobara. Reč je o povredama pravom zaštićenih ličnih dobara, kao što su život, telesni integritet, zdravlje, umne i fizičke sposobnosti, čast, ime, stid, polni integritet, sloboda, lični i porodični mir. Ove povrede se često i ne manifestuju spoljašnjim znacima, nego unutrašnjim, subjektivnim trpljenjem oštećenika – na primer, kao psihički ili fizički bol, osećanje povređene časti i slično [Jakšić 1960: 300–301]. Kod Marije Toroman stoji da je osnovni kriterijum za razlikovanje imovinske od neimovinske štete – priroda povređenog dobra. Imovinska šteta nastaje kada je povređeno kakvo imovinsko dobro oštećenika, a neimovinska kada je povređeno neimovinsko, lično dobro. Duševni i telesni bol povodom povrede nisu predmet razmatranja [Toroman 1969, 13–14]. Inače, i Toroman, kao i Jakšić, o neimovinskoj šteti izveštava iz uporednog prava, a potom otvara pitanje da li je neimovinska šteta uopšte šteta, kada se ona ne može precizno izraziti i novcem popraviti.

Po okončanju Drugog svetskog rata bilo je pokušaja da se oblast odgovornosti za prouzrokovanu štetu uredi zakonom. Prvi *Nacrt zakona o odgovornosti za štetu* objavljen je 1951. godine (*Nacrt ZNŠ*). Usledila su još dva nacrti 1960. i 1961, međutim, nijedan nije ozakonjen.<sup>16</sup> Građanskopravna odgovornost zakonom je uređena tek 1978, kada je usvojen jugoslovenski ZOO.

koju Stanković citira na str. 7: „Naknada za pretrpljene bolove (fizičke ili duševne) je poseban oblik naknade štete. To je šteta koju trpi osoba kojoj su od strane druge osobe nanijete fizičke ili duševne boli, jer i samo podnošenje bolova predstavlja povredu telesnog integriteta te osobe. Šteta, naime, može nastati ne samo u imovini i pravima oštećenika, već i u njegovoj ličnosti. U ovom poslednjem slučaju govorimo o neimovinskoj šteti. Prema tome i takva neimovinska šteta (tj. šteta koju trpi oštećeni uslijed nanijetih mu duševnih ili fizičkih boli) također treba da bude naknađena, reparirana od onoga tko je odgovoran za štetu.“ Rješenje Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 222/1958 od 19. novembra 1958.

16 O sadržini Nacrta ZNŠ do sada sam se obaveštavala posredno i samo parcijalno, preko radova autora poput Branka Bazale i Stojana Mihajlovića, koji su pisali o njemu u vreme kada je bio objavljen i nešto docnije [Bazala 1952 i 1956, Mihajlović 1971 i 1975]. Od decembra 2014. imam u ličnoj arhivi Nacrta ZNŠ iz 1951, zahvaljujući Dejanu Đurđeviću, profesoru Pravnog fakulteta u Beogradu, koji ga je pronašao u arhivskoj građi Ministarstva pravosuđa FNRJ u Arhivu Jugoslavije.



U čl. 3 Nacrta ZNŠ iz 1951. šteta je definisana kao svako umanjeње nečije imovine (prosta šteta) ili sprečavanje njenog uvećanja (izgubljeni dobitak). Uz to se kaže da šteta može da bude i neimovinska (moralna). Odredbama čl. 30 propisano je da sud može, prema okolnostima slučaja, da dosudi pravičnu novčanu naknadu za pretrpljene *fizičke bolove*, kao i za strah, brigu, tugu, žalost i druge *duševne bolove*, nezavisno od naknade imovinske štete, kao i u odsustvu svake imovinske štete. Isto važi za duševne bolove koje članovi uže porodice trpe u slučaju smrti nekog lica. Pored toga, predviđeno je pravo ženskog lica na pravičnu naknadu, nezavisno od imovinske štete, za to što je lukavstvom navedeno na vanbračnu obljudu, kao i ženskog lica prema kojem je izvršeno neko krivično delo protiv dostojanstva ličnosti i morala. Neporočno maloletno žensko lice nad kojim je izvršena obljudba ili bludna radnja ima pravo na naknadu neimovinske štete uvek (čl. 29). Nacrtom ZNŠ (čl. 28) bilo je predviđeno i pravno sredstvo za otklanjanje povrede prava ličnosti: U slučaju povrede prava ličnosti (časti, ugleda, stida, ličnog i porodičnog mira i drugih ličnih dobara) sud može da naredi objavljivanje presude na trošak štetnika, ili objavljivanje ispravke, ili da štetnik povuče izjavu kojom je povreda učinjena, ili što drugo čime se može postići svrha naknade. Pored takve naknade ili umesto nje, i nezavisno od naknade imovinske štete, kao i u odsustvu imovinske štete sud može da dosudi povređeno me čije pravo ličnosti je povređeno, na njegovo traženje, određenu svotu novca za pretrpljenu neimovinsku štetu – ako nađe da je takva novčana naknada u datom slučaju opravdana, vodeći pri tome računa naročito o težini krivice štetnikove i težini povrede oštećenikove.

Važno je da se uoči sledeće: Za razliku od Nacrta ZNŠ, ZOO propisuje da se povreda prava ličnosti može popravljati objavljivanjem presude ili ispravke (čl. 199), ali naknadu neimovinske štete vezuje jedino za postojanje duševnog bola, telesnog bola i straha. Drugim rečima, način na koji su sročena i raspoređena pravila Nacrta ZNŠ dopuštao je da se za samu povredu prava ličnosti dosudi naknada – *svota novca za pretrpljenu neimovinsku štetu*. Pravila ZOO to dopuštaju samo ako oštećenik povodom povrede prava ličnosti trpi dovoljno jak i dovoljno dugotrajan duševni bol.

U Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima Konstantinović je ostavio prostora za otklon od čisto subjektivnog shvatanja moralne štete. On je moralnu ili neimovinsku štetu široko odredio kao (1) povredu svakog zakonitog interesa, (2) povredu prava ličnosti: slobode, časti, ugleda, stida, ličnog i porodičnog mira i drugih ličnih dobara, i (3) nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola (čl. 124 Skice). To određenje dopušta iskorak iz sfere intimnog trpljenja u slučaju da je povređeno neko oštećenikovo lično dobro ili zakoniti interes, a bez obzira na to da li je takva povreda praćena duševnim ili telesnim patnjama. Ipak, domaći zakonodavac je redukovao Skicom predloženi pojam moralne štete na prouzrokovani bol ili strah, a to će reći na telesne i duševne patnje dovoljnog trajanja i intenziteta. U slučaju povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti smatra se da moralna šteta postoji samo ako je usled te povrede oštećenik trpeo psihički bol (čl. 200 ZOO).

U Skicu je ugrađena jedna mešovita koncepcija moralne štete. Konstantinović je tu koncepciju izložio već u *Beleškama*: Moralna šteta je određena kao duševni ili telesni bol i to samo onaj bol koji je objektivnim pravom priznat kao šteta. Preciznije, priznaje se samo onaj bol koji nastaje odnosno koji se podnosi iz pravom

priznatih razloga: recimo, duševni bol *usled smrti bliskog lica* ili telesni bol *usled povrede tela*. Međutim, u nekim slučajevima moralna šteta se sastoji već u samoj povredi zakonom zaštićenog neimovinskog dobra [Konstantinović 1969: 84]. Mešoviti pojam moralne štete nije objektivizovan na načelnom nivou, nego je struktura ovog pojma mešovita, pa se pod neimovinskom štetom misli na povredu unutrašnje sfere oštećenika (telesni bol, duševni bol, strah), kao i na povredu nekog njegovog ličnog prava ili pravom zaštićenog interesa. Ovo potonje smatra se štetom nezavisno od toga da li je izazvalo intimnu patnju oštećenika. Konstantinović nije usamljen u ovakvom pokušaju. Mešovito je i Karbonijeovo (*Carbonnier*) shvatanje moralne štete: Moralna šteta se ne tiče imovine. Ona se odnosi na povredu neimovinskih ili osnovnih prava, kao što su pravo na ime, lik, čast, i drugo. Međutim, moralna šteta se odnosi i na povredu nekih moralnih interesa i osećanja koja nisu objekat nijednog subjektivnog neimovinskog prava odnosno kojima ne korespondira nijedno imenovano pravo ličnosti. Treba reći i da se u moralnu štetu ne ubrajaju povrede koje su posledica čiste oštećenikove preosetljivosti [Carbonnier 2004: 2272–2273]. Ostaje pitanje šta, u okvirima mešovite koncepcije, treba da bude polazna pozicija: neimovinska šteta kao intimno trpljenje *ili* povreda prava ličnosti. Kada jedan pravni sistem – poput našeg današnjeg – krene od krajnje subjektivne koncepcije moralne štete ka njenom objektivizovanju, onda treba zadržati zatečenu ideju kao osnovnu (*moralna šteta je dovoljno intenzivan i dugotrajan telesni ili duševni bol ili strah*), pa nju proširiti tako da neimovinska šteta može da se manifestuje još i kao povreda prava ličnosti, odnosno povreda ličnog dobra koje je objekat takvog prava.

## 6. ZAKLJUČAK

Subjektivna koncepcija moralne štete je u svome najčistijem obliku ugrađena u jugoslovenski ZOO i uvrežena u domaćoj pravnoj teoriji. Na to su u velikoj meri uticala teorijska shvatanja Obrena Stanovića. Komisija za izradu građanskog zakonika predložila je 2015. godine da se to promeni, odnosno da se pojam moralne štete u budućem građanskom kodeksu u određenom stepenu objektivizuje. Predloženo rešenje oslanja se na mešovitu koncepciju moralne štete, koju je u domaćoj teoriji građanskoga prava zastupao Mihailo Konstantinović. Međutim, ideja o moralnoj šteti koja izlazi iz okvira intimnog trpljenja ne predstavlja novinu za našu pravnu teoriju. U vremenima koja su prethodila Stankovićevom uticaju domaći pravni pisci su listom razumeli moralnu štetu na više ili manje objektivizovan način: kao povredu nekog ličnog dobra ili prava ličnosti ili pravom zaštićenog neimovinskog interesa. U toj konstrukciji eventualno intimno trpljenje (bol ili strah) povodom takve povrede služilo je samo kao merilo za odmeravanje naknade na koju oštećenik ima pravo.

## LITERATURA

- Arandelović, Dragoljub (1923). *O odgovornosti za naknadu štete: Objašnjenje glave XXX Građanskog zakonika*. Drugo izdanje. Beograd: Napredak.
- Bazala, Branko (1952). *Odgovornost za štetu prouzrokovanu uslijed povećane opasnosti, Naša zakonitost*, 7.

- Bazala, Branko (1956). Odgovornost za štetu prouzročenu pogonom cestovnih motornih vozila, *Naša zakonitost*, 3 i 4.
- Blagojević, Borislav T. (1939). *Posebni deo obligacionog prava: Ugovori, jednostrani pravni poslovi, građanskopravni delikti*. Beograd: Geca Kon.
- Carbonnier, Jean (2004). *Droit civil, Tome 2. Les biens, Les obligations*. Paris: P.U.F.
- Đorđević, Andra (1896). *Teorija građanskog sudskog postupka s pogledom na Zakonik o postupku sudskom u građanskim parnicama za Kraljevinu Srbiju*. Beograd: Državna štamparija.
- Đorđević, Živomir (1980). Član 262. Ispunjenje obaveze i posledice neispunjenja. U Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Kragujevac – Gornji Milanovac: Kulturni centar u Gornjem Milanovcu i Pravni fakultet u Kragujevcu.
- Jakšić, Stevan (1960). *Obligaciono pravo*. Sarajevo: Veselin Masleša.
- Jankovec, Ivica (1993). *Ugovorna odgovornost*. Beograd: Poslovna politika.
- Jankovec, Ivica (1995). Član 269. Primena odredaba o prouzrokovanju štete. U Slobodan Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Beograd: Savremena administracija.
- Josipović, Tatjana; Saša Nikšić (2008). Novi Zakon o obveznim odnosima i hrvatsko obvezno pravo, *Evropski pravnik*, 4.
- Karanikić Mirić, Marija (2015). Objektivizovanje moralne štete, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 3.
- Komisija za izradu građanskog zakonika (2015). *Radni tekst Građanskog zakonika Republike Srbije pripremljen za javnu raspravu*. Beograd: Vlada Republike Srbije.
- Konstantinović, Mihailo (1969). *Obligaciono pravo: Beleške s predavanja*. Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu.
- Konstantinović, Mihailo (1982). Jugoslovenski građanski zakonik – Austrijski ili Crnogorski zakonik?, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 3–4. Ranije objavljeno u podgoričkom *Pravnom zborniku* 2–3/1933.
- Marković, Lazar (1912). *Građansko pravo. Opšti deo i Stvarno pravo*. Beograd: Banka „Slavija“.
- Marković, Lazar (1997). *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list.
- Mihajlović, Stojan (1971). Pojam opasne stvari, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 3.
- Mihajlović, Stojan (1975). Odgovornost za štetu pričinjenu izvorom povećane opasnosti, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 3.
- Niketić, Gojko (prir.). (1922). *Odluke Opšte sednice Kasacionoga suda*, knj. I, deo 1. Beograd: Geca Kon.
- Niketić, Gojko (prir.). (1923). *Odluke Opšte sednice Kasacionoga suda*, knj. V, deo 3. Beograd: Geca Kon.
- Nikolić, Dušan (2007). *Tort Law: Serbia and Montenegro*. The Hague – London – Boston: Kluwer Law International.
- Novaković, Radivoje K. (1940). *Šteta i njena naknada – po Planiolu i ostalim piscima, sa predgovorom dr. Drag. Arandelovića profesora univerziteta*. Beograd: Međunarodna knjižarnica.
- Pavić, Dragan (1998). Jugoslovenski Građanski zakonik. *Pravni život*, 10.
- Perović, Slobodan (1997). Predgovor. Obligaciono pravo Lazara Markovića kao deo njegovog sistema klasičnog građanskog prava. U Lazar Marković, *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.

- Simonović, Simon (1997). Pogovor. Bibliografija i osnovni biografski podaci. U Lazar Marković, *Obligaciono pravo*. Beograd: Službeni list SRJ.
- Srzić N. (1946). Povodom Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 7–12.
- Stanković, Obren (1998). *Naknada štete*. Priredio Zoran Ivošević. Beograd: Nomos, 1998.
- Toroman, Marija (1969). *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Viney, Geneviève (1982). *Traité de droit civil: Les obligations: La responsabilité: conditions* (sous la dir. de Jacques Ghestin). Paris: L.G.D.J.
- Vuković, Mihajlo (1956). *Obvezno pravo. Knjiga I: Uvod, odgovornost za štetu i ostale vanugovorne obaveze*. Zagreb: Školska knjiga.

*Marija Karanikić Mirić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## THE HISTORY OF THE IDEA OF MORAL DAMAGE IN MODERN SERBIAN CIVIL LAW

### SUMMARY

Largely influenced by the theoretical understandings of Obren Stanković, Serbian tort law accepts a purely subjective concept of moral damage: the mere infringement of non-patrimonial rights, or violation of personal goods as objects of these rights, does not constitute moral damage, unless they caused physical or psychological pain (mental suffering), or fear, to the plaintiff, and disturbed his or her mental equilibrium. Objectivization of moral damage is a change in this paradigm, towards the understanding of moral damage as an abstract infringement of a non-patrimonial right of the injured party, irrespective of any pain or fear caused by such infringement. The Commission appointed to draft the new Civil Code of Serbia considers several modes of either partial or complete objectivization of the concept of moral damage. The author examines the history of the idea of moral damage in modern Serbian civil law, and concludes that the conception of moral damage which goes beyond the notion of intimate suffering is not a novelty to Serbian legal thought. In the times preceding the influence of Stanković, the majority of legal writers understood moral damage in a more or less objectivized way: Moral damage exists if personal (non-patrimonial) right, or personal good, or legally protected personal interest is violated, and any pain or fear caused by such infringement serves only for measuring the amount of compensation the injured person should receive.

**Keywords:** moral damage (non-pecuniary loss), infringement of non-patrimonial rights, violation of personal goods, pain, suffering, fear.

## POVRAT – KRIMINOLOŠKI ASPEKTI

**Apstrakt:** U radu se razmatraju postojeća saznanja o pojavnim obeležjima i faktorima povrata, kao jednog od najizazovnijih kriminoloških i kriminalnopolitičkih problema. Značaj problematike povrata u nesrazmeri je sa pažnjom koja joj je u kriminološkom diskursu poklonjena. Uzročnost recidivizma, faktori rizika i protektivni faktori, retko su predmet multidisciplinarnih istraživanja. Daleko češće, problem povrata se redukuje i posmatra kao ishod ili indikator neefektivnosti kazne lišenja slobode. Uprkos tome što se odavno naslućuje, a podosta i zna o tome da se efekat zastrašenja kazne zatvora u najvećoj meri iscrpljuje u generalnoj prevenciji, očekivanje da ona samim specijalnim zastrašenjem spreči povrat i dalje je veliko, a time i razočaranje zbog njenog konzistentnog neispunjenja. No, bez obzira na to, dejstvo svih onih faktora koji stoje u pozadini primarnog prestupništva veoma dugo je zanemarivano, a pitanje kako uzroka, tako i sprečavanja povrata, svodilo se manje-više na jedan, ključni činilac – kažnjavanje. U svetlu postojećih kriminoloških saznanja, uključujući naročito nalaze empirijskih studija o odnosu kažnjavanja i recidivizma, moglo bi se reći da efektivnost sprečavanja povrata ne zavisi toliko od vrste izrečene krivične sankcije, koliko od paralelnih procesa koji učvršćuju ili slabe verovatnoću antisocijalnih izbora, odnosno antisocijalnu orijentaciju prestupnika. Stoga je preduslov značajnijih uspeha u sprečavanju povrata veća usredsređenost, kako na naučnom, tako i na nivou penalne prakse, na one dinamičke činioce koji podstiču i uvećavaju izgleda za uzdržavanje, odnosno odustajanje osuđenog od kriminalnog ponašanja u budućnosti. S tim u vezi, ukazuje se na značaj penitencijarnog tretmana i naročito postpenalne podrške i pomoći u sprečavanju povrata, odnosno podsticanju i potpomaganju procesa odustajanja od kriminalnog ponašanja i prestupničkog načina života.

**Ključne reči:** povrat, kazna zatvora, penitencijarni tretman, postpenalna podrška, pomoć, perzistentno prestupništvo, odustajanje od kriminalnog ponašanja.

### 1. UVOD

Povrat spada u najznačajnije kriminološke probleme u kojem se susreću skoro sva ključna pitanja o uzročnosti kriminaliteta i efektivnosti kriminalnopolitičkih mera. Budući da predstavlja indikator određene sklonosti pojedinca da pravi antisocijalne izbore, ili pak ukorenjenosti prestupničkog modela ponašanja i dubljih ili trajnijih antisocijalnih tendencija, a time i povišene društvene opasnosti učinioca, povrat je problem koji zahteva ne samo dobro promišljen krivičnopravni odgovor, već i vrhunsku pažnju istraživača. No, kao kriminološki problem, povrat nije privukao istraživačku pažnju u meri koju zaslužuje. Najčešće, on se površno dotiče u okviru raznih kriminalnopolitičkih razmatranja, gde se obično tretira kao pokazatelj neefektivnosti kazni i drugih krivičnih sankcija.

---

\* vanredni profesor, biljasp@hotmail.com

Uvreženo poimanje odnosa kazne lišenja slobode i povrata tendira dvema krajnostima. Prva je afirmativna po efekte zatvaranja i u osnovi sledi logiku operantnog uslovljavanja, ili pak klasicističku ideju o hedonističkom proračunu, a prema toj školi mišljenja kaznenu politiku koja je neefektivna treba pooštriti. U drugoj krajnosti kazna lišenja slobode se tretira kao neefektivna u sprečavanju povrata, čak kontraproduktivna, pri čemu se kazneni zavodi katkad opisuju kao „univerziteti zločinstva“ ili hladne zidine besmislene patnje, a zatvaranje posmatra kao kap koja preliva čašu ogorčenosti, kida sve prosocijalne veze prestupnika i neumitno ga dovodi u situaciju da mu kriminalitet, želeo on to ili ne, postane sudbina. Tako, empirijske nalaze koji ukazuju na konzistentnost visokih stopa povrata nakon izdržane kazne zatvora jedni vide kao rezultat „mlake“ kaznene reakcije koja ne proizvodi željeno zastrašenje (odvraćanje), a drugi kao proizvod preterane punitivnosti koja samo pogoršava stvar. Kako stvari stoje, argumenti u prilog bilo jednog ili drugog, nisu dovoljno uverljivi i pouzdani. I dok je neizvesno kada će biti moguće sasvim razlučiti kakav je i koliki uticaj zatvaranja na rizik od povrata (pre svega zbog prepreka metodološke prirode), izvesno je da problematika povrata traži znatno širu perspektivu od povezanosti recidivizma sa vrstom i merom izvršenih krivičnih sankcija. Fenomenološka obeležja povrata, pre svega sličnost njegove zastupljenosti u mnogim zemljama sa različitim krivičnopravnim sistemima, kao i odsustvo značajnih razlika između krivičnih sankcija u pogledu rizika od povrata sankcionisanih, ukazuju da se problem povrata ne može svesti na pitanje kaznene reakcije na kriminalitet. Nužno je da istraživačka pažnja bude u većoj meri usmerena na faktore povrata, još bolje na faktore (ne)odustajanja od kriminaliteta.

Najglasovitiji ili pak najbrojniji kriminolozi – oni sociološke orijentacije, forsiranjem kao vrhunski važne teme (doista zanimljivog) pitanja prave mere retribucije, koje je izvorno i prirodno problem nauke krivičnog prava, doprineli su da u kriminologiji glavnog toka neki ključni i za ovu nauku najizazovniji fenomeni, poput perzistentnog prestupništva, ali i odustajanja od prestupništva, ostanu zapostavljeni i neobjašnjeni. Pomanjkanje znanja u ovoj oblasti učinilo je da se povrat posmatra češće kao posledica neadekvatne kaznene reakcije, nego kao indikator nepotpunosti sistema formalne socijalne kontrole.

## 2. EFEKTI KAZNE ZATVORA I VANZAVODSKIH SANKCIJA NA RIZIK OD POVRATA

Već vremešna tvrdnja da je kazna zatvora (kako dugotrajna, tako i kratkotrajna) ne samo neefektivna u specijalnom zastrašenju, već i kontraproduktivna, budući da narušava ljudski i socijalni kapital osuđenog, koji je uz to u kaznenom zavodu izložen lošim uticajima i deprivacijama, decenijama unazad se potkrepljuje empirijskim nalazima koji konzistentno pokazuju veliku učestalost povrata nakon otpuštanja. U državama koje sistematski prikupljaju podatke o recidizmu pokazuje se da preko 30% lica otpuštenih iz kaznenih zavoda biva ponovo osuđeno već u prvih nekoliko godina po otpuštanju. Tako u Sjedinjenim Državama, tokom prve tri godine po izlasku iz kaznenog zavoda, preko 40% otpuštenih biva osuđeno zbog novog krivičnog

dela (Langan, Levin, 2002; Durose *et al*, 2014). Povrh toga, lica osuđena na kaznu zatvora od pet i više godina značajno se češće vraćaju u kazneni zavod po novoj osudi, nego osuđeni na kraće kazne (Sabol *et al*, 2000). Inače, stope recidivizma tokom prve tri godine po otpuštanju u SAD-u su decenijama skoro nepromenjene i kreću se oko 40% (US General Accounting Office, 2001: 8).

Poredeći stope povrata u nekoliko evropskih država koje prikupljaju podatke o recidivizmu<sup>1</sup> i SAD-u, Wartna i saradnici (2014) utvrđuju da stope ponovne osude u periodu od dve godine nakon otpuštanja u Holandiji (55,5%), Škotskoj (60%) i Engleskoj i Velsu (58%) premašuju onu zabeleženu u SAD-u (47%). U periodu od pet godina nakon otpuštanja sa izvršenja kazne zatvora ponovno biva osuđeno 52% otpuštenih u Francuskoj, 53% u Islandu i čak 67% u Holandiji (Wartna *et al*, 2014: 104). Nedavno sprovedena studija o povratu u Nemačkoj (Jehle, 2014) pokazala je da je 35% lica otpuštenih iz kaznenog zavoda recidiviralo tokom narednog trogodišnjeg perioda. Verovatnoća povrata generalno je pratila stepen težine izrečene sankcije, a najveća stopa povrata (68%) zabeležena je u grupi maloletnika kojima je izrečena krivična sankcija koja uključuje lišenje slobode. Po otpuštanju iz penitencijarne ustanove, 36% maloletnika i 24% punoletnih lica ponovo je osuđeno na kaznu lišenja slobode (Jehle, 2014: 33–34).

Empirijski nalazi o povratu nakon izvršenja kazne zatvora ne daju prostor za optimizam, a selektivnost inherentna statistikama o povratu (Albrecht, 2014) upozorava da je problem možda i znatno teži. Onespokojavajući podaci o učestalosti povrata, na žalost, retko podstiču kriminološku imaginaciju, a češće se koriste kao neka vrsta krunskih dokaza neefektivnosti ili kontraproektivnosti kazne zatvora, premda ponuđeni argumenti da upravo zatvaranje generiše recidivizam nisu tako uverljivi<sup>2</sup> da bi mogli diskurs o negativnom uticaju zatvaranja spasti utiska o popriličnoj istrošenosti.

Šta se zapravo zna o efektima zatvaranja na buduće ponašanje? Po svemu sudeći, učinci kazne zatvora daleko su od zadovoljavajućih, ali nisu ni tragično loši, a sveprisutno i već tradicionalno razočaranje pre je rezultat očekivanja od nje koja su vremenom postala u svakom smislu preterana. Očekivanje od kazne zatvora da ostvari zastrašenje osuđenog i sama po sebi ga demotiviše za kriminalnu aktivnost u budućnosti, dobrim delom se temelji na pojednostavljenom poimanju ljudske prirode i domašaja kažnjavanja uopšte. Zastupnici teorije zastrašenja putem izvršenja kazne, za koje je prestupnik *homo economicus* koji odmerava cenu i dobit od kriminalne aktivnosti i koji će se uzdržati od vršenja zločina kada cena postane previsoka (tj. kad se kazna doživi kao neprihvatljiva s obzirom na vrstu, trajanje, okolnosti i

1 Prema navodima Albrecht-a, u Evropi se statistički podaci o povratu redovno i sistematski prikupljaju u Velikoj Britaniji, Francuskoj, Holandiji, skandinavskim zemljama, Švajcarskoj, Estoniji i Irskoj, dok se u drugim zemljama prikupljaju samo pojedini podaci (Albrecht, 2014: 14).

2 Među istraživanjima čiji su rezultati nepovoljni po efekte zatvaranja su i ona u kojima nije prevaziđen problem metodološke prirode na koji upozoravaju Weisburd i Piquero: budući da verovatnoća osude na zatvor zavisi od intenziteta ranije kriminalne aktivnosti, te da je intenzitet ranije kriminalne aktivnosti u snažnoj vezi sa budućim recidivizmom, u regresionom modelu koji ne uključuje raniju kriminalnu aktivnost regresioni koeficijent za zatvaranje može biti preceđen (Weisburd, Piquero, 2008: 462).

uslove izvršenja i posledice koje proizvodi), kaznu zatvora po prirodi svog uverenja vide kao najefektivniju, imajući u vidu spektar direktnih i indirektnih socijalnih, psihičkih i drugih negativnih posledica koje neumitno pogađaju osuđenog. No, i onda kada zločinu prethodi prilježno procenjivanje rizika (cene zločina) od strane potencijalnog učinioca, procena neće zavisiti samo od težine kazne i neprijatnosti povezanih s njenim izvršenjem, već i od izvesnosti kažnjavanja. Ako otkrivanje i kažnjavanje iz bilo kog razloga ne opaža kao izvesno, potencijalni učinilac će ga, posve racionalno, tretirati kao „lošu sreću“ u prošlosti, koja se u budućnosti može izbeći. Štaviše, hazarderstvo je imanentno prestupničkom životnom stilu i prestupništvu uopšte, pa bi pretnja neizvesnom kaznom pre mogla da podstakne, nego da zastraši potencijalnog učinioca.

Iako se efekat zastrašenja kod kazne zatvora pretežno iscrpljuje kroz generalno zastrašenje, dok je, sudeći prema stopama povrata otpuštenih lica, njen učinak u specijalnom zastrašenju marginalan, svrha kazne zatvora se ostvaruje kroz neizbežnu retribuciju i onemogućavanje (izolaciju) prestupnika, a u najboljem slučaju i kroz uspešan penitencijarni tretman. I dok kritika ove kazne može biti opravdana u pogledu obima njene primene, načina izvršenja, kao i u vezi sa primenom određenih instituta prema povratnicima kojima se narušava fundamentalni princip srazmernosti u kažnjavanju (npr. „three strikes“ zakonodavstvo u SAD-u, mandatorni minimum ili pooštavanje kazne za delo učinjeno u povratu), povrat kao „dokaz“ neefektivnosti nije sasvim korektan argument protiv kazne zatvora.

Povrat bi valjalo razumeti prvenstveno kao indikator neuspeha penalnog tretmana i postpenalne pomoći da podstaknu ili potpomognu pozitivnu promenu kod osuđenog, odnosno odustajanje od kriminalnog ponašanja i prestupničkog načina života. Ova promena se težišno temelji na individualnoj motivisanosti da se unapredi lični kvalitet života i po prirodi stvari bi trebalo manje da zavisi od vrste krivične sankcije, a više od lične volje, spremnosti i potencijala, eventualno podržanih efektivnim tretmanom i merama postpenalne pomoći. Premda nije baš jednostavno razumeti mehanizam putem kojeg iskustvo zatvaranja, samo po sebi, negativno utiče na izbore osuđenog u pogledu budućeg ponašanja, u literaturi se s tim u vezi obično upućuje na loš uticaj osuđeničke supkulture, gnev prema društvu zbog degradacije, kidanje veza sa porodicom i socijalnim okruženjem i stigmatizaciju. Pritom se efekat ovih nepovoljnih okolnosti najčešće uzima zdravo za gotovo, a ponekad predimenzionira i dramtizuje.

Smatra se da se negativan uticaj osuđeničke supkulture na buduće ponašanje osuđenog ostvaruje kroz osnaživanje njegovih prokriminalnih stavova. Dok neki autori postuliraju da prihvatanje opozicione supkulture osuđeničke zajednice predstavlja adaptaciju na deprivacije zatvoreničkog života, drugi smatraju da prokriminalne stavove i vrednosti suprotstavljene formalnom sistemu osuđeni unose u kazneni zavod, gde se, pod uticajem drugih osuđenika i osuđeničke zajednice, oni dodatno učvršćuju. Kazneni zavod se posmatra kao ambijent za kriminalnu „dobobuku“ u kojem okruženje drugih prestupnika dodatno kviri osuđenog i u kojem on učvršćuje prokriminalne stavove i usavršava prestupničke veštine, neutralizacije i racionalizacije. Premda je izvesno da vreme provedeno u kaznenom zavodu, pod pritiskom različitih deprivacija i u dodiru sa drugim osuđenicima ostavlja tragove i



nepovoljno utiče na osuđenog, ne može se isključiti da teza o vezi između osuđeničke supkulture i povrata počiva na donekle pojednostavljenoj, čak romantizovanoj predstavi o tome kako osuđeni doživljava svoje okruženje, ograničenje slobode kretanja i interpersonalnih kontakata, kao i o tome kako osuđenička zajednica funkcionira i na čemu se zasniva – pitanje je da li je ona za većinu utočište u kojem ljudi povezani istom neprilikom razvijaju bliske odnose, osećanje pripadništva i uče jedni od drugih spontano učvršćujući prokriminalne stavove i vrednosti, ili je tek privremeno pribežište u neprijateljskom i opasnom okruženju. Povrh toga, kad je reč o perzistentnim prestupnicima, teško je verovati da osuđenička supkultura ostvaruje znatno pogubnije efekte nego njihovo antisocijalno okruženje u „prirodnim uslovima“, koje im je neuporedivo bliskije i značajnije.

Kidanje veza sa porodičnim i socijalnim okruženjem negativna je posledica zatvaranja koja teško pogađa osuđenog na emotivnom i socijalnom planu. Drugo je, pak, pitanje da li se donekle precenjuje mera u kojoj ono uistinu umanjuje šanse za odustajanje od kriminalnog ponašanja u postpenalnom periodu, imajući u vidu da te iste veze očigledno nisu efektivno uticale na prestupnika da se uzdrži od vršenja zločina. Prethodno nenarušeni porodični i prijateljski odnosi, ljubav i privrženost koji vezuju bližnje, ako postoje, uglavnom mogu odoleti izazovima, naročito u slučaju kratkotrajnog zatvaranja. Mada može zazvučati brutalno, kidanje veza nije nužno loše – prekid odnosa sa onima koji su nezainteresovani za sudbinu osuđenog i nespremni da se angažuju da mu pruže podršku, kao i sa osobama koje ne dele prosocijalne stavove, nije nenadoknativa šteta ni za osuđenog, niti za izgled njegovog resocijalizacije.

Iako je nesporno da gnev usled degradacije može učvrstiti antisocijalne stavove,<sup>3</sup> kao i da je zatvaranje degradirajuće iskustvo par ekselans, kazna zatvora nije jedina koja proizvodi takvo osećanje, pa ovaj odnos treba pažljivo ocenjivati. Degradirajućim se može doživeti i primena drugih krivičnih sankcija, kao i sam krivični postupak.<sup>4</sup> Degradirajuće može biti postupanje sa osumnjičenim, okrivljenim i osuđenim, povreda njegovog dostojanstva i neopravdano narušavanje njegovih prava, čak i više nego vrsta sankcije koja se prema njemu primenjuje i ambijent u kojem se to čini.<sup>5</sup>

Efekte žigosanja, na koje već decenijama ukazuju interakcionisti, bez sumnje su ozbiljan problem koji remeti postpenalni prihvata, adaptaciju i odlučnost otpuštenog

- 3 Kako primećuje Ignjatović ukazujući na značaj eliminisanja raznih vidova ponižavajućeg tretiranja grupa i pojedinaca, uključujući i one koji se vrše s ciljem generalne prevencije kriminaliteta, „očito je da se određena krivična dela (ne samo maloletnika) pojavljuju kao ‘uzvraceni udarac’ društvu“ (Ignjatović, 2009: 97).
- 4 Kako je to davno izrekao Schur, „krivična presuda, a možda još više krivični progon, može automatski i retrospektivno bitno uticati na identitet ličnosti jer je krivični postupak ceremonija statusne degradacije“ (Schur, 1971, prema: Ignjatović, 2009: 94).
- 5 Argumentujući značaj humanog odnosa prema osuđenima i poštovanja njihovog dostojanstva, Mrvić-Petrović primećuje: „Ako pravično kaznite, bez nepotrebne surovosti i strogosti, a da tokom izvršenja kazne zatvora poštujuete čovečno u drugom čoveku u kome možda ima vrlo malo ljudskosti, onda time najpre pokazujete vlastite vrednosti, a onom drugom pružate pravi primer i priliku da oseti šta bi moglo da ga čeka u društvu u koje bi trebalo da se uključi posle izvršene kazne“ (Mrvić-Petrović, 2007: 450).

da otpočne s novim, prosocijalnim načinom života. Mada je upitno da li prestupnika pretežnije žigoše zločin koji je učinio ili puka činjenica da je bio osuđen na kaznu zatvora, nesporno je da stigmatizacija u postpenalnom periodu sužava prostor za konvencionalne izbore i da može, čak i osobe koje su motivisane za promenu, potiskivati ka kriminalnoj supkulturi i kriminalnim izborima, odnosno povratu. Budući da može pogubno uticati na istrajavanje otpuštenog u odluci da prekine sa vršenjem zločina, stigmatizacija je jedna od najozbiljnijih negativnih posledica zatvaranja i možda jedini utemeljen, ali snažan argument u kritici kratkotrajnih kazni zatvora.

Širenje ideja o lošim efektima kazne zatvora tokom poslednjih decenija podstaklo je, najpre u zemljama Zapada, a potom i u mnogim drugim, uporno zalaganje za što širu primenu alternativnih krivičnih sankcija, pogotovo prema maloletnicima i učinocima nenasilnih zločina. Vanzavodske krivične sankcije viđene su kao alternativa od koje se očekivalo da spreči negativne psihičke, socijalne i druge posledice boravka u kaznenom zavodu. No, pokazuje se da ni ova očekivanja nisu ispunjena u zadovoljavajućoj meri.

Meta-analize koje su pre nešto više od decenije sprovedi Gendreau i saradnici (2000) i Smith i saradnici (2002), pokazale su da je rizik od povrata posle zatvaranja za 7% veći u odnosu na rizik od povrata nakon izvršenih vanzavodskih sankcija – no, po ponderisanju uzorka, ovaj efekat je sveden na nulu (Gendreau *et al.*, 2000; Smith *et al.*, 2002, prema: Jonson, 2010: 468). Prema nalazima novije meta-analize o povratu osuđenih nakon izvršenih zavodskih i vanzavodskih sankcija (Villettaz *et al.*, 2015), u najvećem broju obuhvaćenih istraživanja utvrđeno je da su osuđeni na vanzavodske sankcije ređe recidivirali od osuđenih na kaznu zatvora. Do ovog nalaza, međutim, došlo se samo u kvazi-eksperimentalnim istraživanjima, dok su rezultati eksperimentalnih evaluacija pokazali odsustvo značajnih razlika. Zaključak studije bio je da rezultati afirmativni po efekte vanzavodskih sankcija u većini kvazi-eksperimentalnih istraživanja verovatno reflektuju neadekvatnu kontrolu pre-intervencijskih razlika između osuđenih na kaznu zatvora i onih kojima je izrečena vanzavodska krivična sankcija (lica kojima su izrečene različite sankcije obično se razlikuju po nizu varijabli koje mogu uticati na rizik od povrata), kao i da se ne bi moglo tvrditi da su kratkotrajne kazne zatvora po pravilu neefektivnije od vanzavodskih sankcija (Villettaz *et al.*, 2015: 7, 58–59).<sup>6</sup> Nagin i saradnici (2009) u svojoj meta-analizi utvrđuju ono što bi se moglo smatrati generalnim zaključkom o odnosu kazne zatvora i povrata – zatvaranje ima ili blago kriminogen, ili nikakav efekat (Nagin *et al.*, 2009, prema: Jonson, 2010: 469).

Rezultati dosadašnjih sistematskih studija pokazali su, dakle, ne samo da kazna zatvora ne ostvaruje zadovoljavajući specijalno preventivni učinak, već i da verovatnoća povrata ne zavisi značajno od vrste izvršene krivične sankcije. Od neuspaha

6 Ovi autori su ukazali na još jedan problem, koji pored toga što dovodi u pitanje pouzdanost dobijenih nalaza, oslikava teške prilike u kojima se kriminološka nauka danas nalazi, pod pretnjom ideološkog „disciplinovanja“. Opisujući postupak uvrščivanja studija u meta-analizu, Villettaz i saradnici, pored ostalog, kažu: „Postoje, istina anegdotske, indicije koje ukazuju na mogućnost da su istraživanja čiji su rezultati pokazali odsustvo razlika, ili su, još gore, nepovoljni po ‘alternativne’ sankcije, imala manje šanse da budu objavljena od onih koja su pokazala uspešne ishode“ (Villettaz *et al.*, 2015: 15).

kazne zatvora da postigne specijalno zastrašenje, daleko više zabrinjava to što vanzavodske sankcije ne uspevaju da u značajnijem obimu podstaknu uzdržavanje, odnosno odustajanje od kriminalnog ponašanja.<sup>7</sup> Kad se u obzir uzme i činjenica da se zatvaranjem i izolacijom perzistentnih prestupnika na kraći ili duži rok onemogućava njihova eventualna kriminalna aktivnost, jasno je da se za sada ne bi moglo reći da je kratkotrajno zatvaranje, s obzirom na ukupne preventivne učinke, dobilo neupitnu alternativu.<sup>8</sup> U razmatranju problematike povrata, korisno bi bilo fokus prebaciti sa vrste krivične sankcije na rešenja, mere i postupke tokom njihovog izvršenja i u postpenalnom periodu, koji mogu podstaći odluku i pomoći proces odustajanja od kriminalnog ponašanja.

### 3. PREDIKTORI I PROGNOZIRANJE POVRATA

Mnogo je istraživanja o faktorima recidivizma do sada sprovedeno, ali saznanja do kojih se došlo nisu impresivna – sva zaključuju da nekakav uticaj ima mnoštvo faktora, koji manje-više predstavljaju faktore kriminalnog ponašanja uopšte. Poseban značaj za rizik od povrata imaju starost, istorija kriminalnog ponašanja, vršnjačko okruženje, porodični faktori, socijalno postignuće i zloupotreba psihoaktivnih supstanci (Gendreau *et al*, 1996), a muški pol, mladost i recidivizam u prošlosti smatraju se najboljim prediktorima povrata u budućnosti. Procene rizika od povrata koje se temelje prvenstveno na statičkim faktorima kao prediktorima poput pola, starosti i ranijeg recidivizma, prećutno kazuju da je dejstvo dinamičkih faktora koje određuje individualne razlike unutar starosnih, polnih i povratničkih kategorija uglavom nepoznato ili neuhvatljivo, odnosno da su bezuspešni ostali pokušaji da se iz postojećih znanja ekstrahuju ključne konstelacije faktora, koje su više od zbira pojedinačnih faktora rizika. Iako znanja o uzročnicima nisu nužna za procenu rizika, ona su neophodna za sve ono što se na temelju nje preduzima.

Instrumenti za procenu „opasnosti“, odnosno rizika od povrata<sup>9</sup> uživaju veliku popularnost poslednjih decenija, a zamah njihovom razvoju dala su uverenja da je procena rizika nužna pretpostavka efektivnih preventivnih aktivnosti, kao i da je statistička procena superiornija od kliničke. Danas se ovi instrumenti koriste u

7 Sva je prilika da su vanzavodske sankcije, jednako kao i kazna zatvora, efektivne u meri u kojoj je omogućeno sprovođenje odgovarajućeg tretmana, ukoliko je potreban. Zavisnost efektivnosti vanzavodskih sankcija od kombinovanja sa odgovarajućim tretmanom potvrđena je i rezultatima nekih sistematskih studija o učincima korektivnih tretmana u zajednici (npr. Aos *et al*, 2006).

8 Podrazumeva se da su alternativne sankcije u velikim brojevima poželjniji izbor u odnosu na kratkotrajne kazne lišenja slobode iz brojnih razloga o kojima je bilo mnogo reči u literaturi poslednjih decenija. No, vanzavodske sankcije još uvek se nisu empirijski potvrdile kao superiorniji izbor u smislu efekata na rizik od povrata. Vrlo je moguće da, makar u nekim slučajevima, zatvaranje pre nego sankcija u zajednici podstakne odluku o prekidu prestupničkog načina života, čija realizacija teško da može započeti drugačije nego preispitivanjem promene na nekakvoj životnoj prekretnici i distanciranjem od ranijeg antisocijalnog okruženja.

9 Među poznatijim instrumentima za predviđanje recidivizma jesu VRAG (Quinsey *et al*, 2006), SORAG (Quinsey *et al*, 2006), SIR (Bonta *et al*, 1996) i LSI-R (Andrews *et al*, 2004). Jedan od danas najcenjenijih instrumenata za predviđanje seksualnog recidivizma jeste Static-99/Static-2002 (Hanson, Thornton, 2000; 2003).

okviru različitih procedura i u različite svrhe. Premda prognoziranje recidivizma ima možda najviše smisla kod primarnih prestupnika, kao i da može biti dragoceno za procenu i praćenje tretmanskih potreba, evaluaciju tretmana, ali i u slučajevima u kojima je procena rizika od ponavljanja krivičnog dela indikacija za preduzimanje nekih posebnih mera zaštite žrtve, korist od individualnih procena budućeg kriminalnog ponašanja povratnika nije dalekosežna ako izostane odgovarajući tretman ili podrška<sup>10</sup> usmerena na neutralisanje faktora rizika.<sup>11</sup>

Primena instrumenata za procenu rizika od povrata pokazala je da oni namenjeni proceni opšteg recidivizma s jednakom uspešnošću predviđaju opšti i specijalni povrat, uključujući i ponavljanje nasilnih i seksualnih delikata<sup>12</sup> (Hanson, Morton-Bourgon, 2009). Ovo je razumljivo budući da kriminalnu aktivnost povratnika znatno češće karakteriše vršenje raznovrsnih krivičnih dela, što se može objasniti opštom antisocijalnom orijentacijom, odnosno nestabilnim životnim stilom, koji je jedan od najvažnijih opštih prediktora povrata. No, prediktivna moć ovih instrumenata, posebno kada je reč o dugoročnim prognozama, još uvek nije impresivna i ocenjuje se kao osrednja (Campbell *et al*, 2007), a ključni i teško premostiv problem u prognoziranju predstavlja, razume se, nestabilnost dinamičkih faktora.

Zapažanjem da skoro svi prestupnici u nekom momentu prekinu sa kriminalnim aktivnostima i prestupničkim načinom života, Sampson i Laub (2003) su poslednjih godina skrenuli pojačanu pažnju na fenomen odustajanja od kriminalnog ponašanja. Od prognoziranja povrata kod prestupnika starih između 20 i 40 godina na temelju istorijskih varijabli (što s obzirom na zastupljenost i nije neki naročit prognostički poduhvat), bolji oslonac u sprečavanju povrata jesu saznanja o dinamičkim protektivnim faktorima koji pokreću i održavaju individualne promene u prosocijalnom pravcu rezultujući snižavanjem učestalosti povrata i odustajanjem povratnika od prestupničkog načina života.

#### 4. ODUSTAJANJE OD KRIMINALNOG PONAŠANJA

Odustajanje od kriminalnog ponašanja podrazumeva proces u okviru kojeg prestupnik, uz ili bez pomoći organa formalne socijalne kontrole, prekida s prestupništvom i održava nekriminalan način života (UNODC, 2012: 9). Odavno je opaženo da do prestajanja sa kriminalnim aktivnostima dolazi kod velike većine prestupnika, pre ili kasnije. O pravilnosti da najveći broj mladih prestupnika „preraste“ kriminalno ponašanje pre ili tokom četvrte decenije života, govorio je još pre

10 Treba imati na umu da prognoziranje povrata kao verovatnog (naročito ako je praćeno preduzimanjem određenih „preventivnih mera“ prema potencijalno opasnom potencijalnom povratniku) ima efekat stigme i može dovesti do socijalnog isključivanja. U tom svetlu, prognoza povrata, naročito ako nije praćena odgovarajućim naporima u pogledu motivisanja prestupnika da se uključi u tretman i adekvatnim merama postpenalne pomoći, može se posmatrati i kao samooštvarujuće proročanstvo.

11 Dinamički faktori rizika (za razliku od statičkih, nepromenljivih) su karakteristike koje je moguće menjati i na taj način uticati na promenu rizika od recidivizma (Andrews *et al*, 1990).

12 Među najvažnijim prediktorima specijalnog povrata seksualnih prestupnika je seksualna devijacija, odnosno devijantno seksualno interesovanje (Hanson, Morton-Bourgon, 2009: 1).

stotinu godina Goring, tretirajući je kao rezultat prirodnog procesa sazrevanja (Goring, 1919, prema: McNeill *et al*, 2012: 4).

Razvojni kriminolozi ukazuju da se prestupnička aktivnost menja tokom života – premda je najveći broj odraslih prestupnika još u detinjstvu ispoljavao antisocijalno ponašanje, mnoga deca koja ispoljavaju antisocijalno ponašanje neće biti prestupnici u odraslom dobu. Prestupničko ponašanje, zapravo, karakterišu i stabilnost i promena tokom života (Sampson, Laub, 1993; Farrington, West, 1995; Moffit, 1993, prema: Kazemian, Farrington, 2010: 141). Poznato je da dejstvo mnogih kriminogenih faktora, poput neodgovornog odnosa prema sebi i drugima i niske samokontrole, spontano slabi tokom života (Roberts *et al*, 2006), dok se na neke kriminogene faktore, uključujući prokriminalne stavove i zavisnost od psihoaktivnih supstanci, može uticati odgovarajućim merama tretmana i time podstaći uzdržavanje od kriminalnih aktivnosti. Prediktori odustajanja od kriminalnog ponašanja variraju tokom života, zavisno od adaptacije na životne prekretnice i zajedno sa promenom socijalnih veza, a faktori koji se najčešće dovode u vezu sa odustajanjem jesu dobar i stabilan posao i kvalitetan partnerski odnos/brak, pri čemu najbolji efekat kao pokretači napuštanja prestupničkog životnog stila postižu kada deluju zajedno (Giordano *et al*, 2002, prema: Kazemian, Farrington, 2010: 133). Pored ovih, u literaturi se kao značajni faktori navode i promene uticaja vršnjačkih/prijateljskih grupa tokom života, kao i promene subjektivnih aspekata čovekovog života poput kognicije, emocija, ciljeva i dr. (Kazemian, Farrington, 2010: 136). Laub i Sampson, sumirajući najvažnije komponente odustajanja od kriminalnog ponašanja, navode: odluku, tj. motivaciju za promenu, kognitivno restrukturiranje, veštine nošenja sa problemima, produžen nadzor, socijalnu podršku i promenu opšteg životnog stila uz stvaranje novih socijalnih mreža, dok su korelati odustajanja dobar brak, stabilan posao, transformacija identiteta i starenje (Laub, Sampson 2001: 38, 1).

Odustajanje od prestupničkog načina života u literaturi se opisuje ili kao stanje, tj. odlučno presecanje na nekoj životnoj prekretnici, ili pak dinamički – kao proces. Laub i Sampson prave razliku između *tačke prekidanja* i *procesa odustajanja* od kriminalnog ponašanja – prekidanje je trenutak kada prestaje kriminalna aktivnost, a odustajanje je kauzalni činilac tog procesa. Odustajanje shvaćeno kao proces posmatra se kao niz uspešnih i neuspešnih koraka, koji u slučaju prestupnika sa dužom istorijom recidiva obično karakteriše kolebanje i ambivalentnost (UNODC, 2012: 10). Ishod procesa zavisi od lične motivisanosti za promenu, ličnih resursa u pogledu samokontrole, učestalosti i težine problema ili nepovoljnih situacionih okolnosti (poput iskušenja ili frustracija) sa kojima se pojedinac sreće, kao i od socijalne podrške koja mu je na raspolaganju – tako, dok oni koji imaju pozitivniji stav prema mogućnosti promene i dobru socijalnu podršku uspešnije izlaze na kraj s teškoćama i odolevaju iskušenjima, želja za promenom može oslabiti kod pojedinaca koji su preplavljeni problemima i bez odgovarajuće podrške (LeBel *et al*, 2008, prema: Kazemian, Farrington, 2010: 139; 141).

Ključnim za odustajanje od prestupničkog načina života neki autori smatraju unutrašnju promenu, koja podrazumeva pomeranje od egocentričnosti do brige za druge, kao i razvijanje prosocijalnih vrednosti i stilova ponašanja. Giordano i sa-

radnici (2002) su razvili teoriju kognitivne transformacije kojom postuliraju kognitivne promene koje osiguravaju odustajanje. One se odvijaju postupno i uključuju: otvorenost prema ideji promene, sticanje prosocijalnih iskustava (npr. zaposlenje), prihvatanje novog, prosocijalnog identiteta i promenu u načinu na koji se posmatra kriminalni način života (osvetljavaju se njegovi negativni aspekti). Da bi do promene došlo, potrebno je da postoje i otvorenost za promenu (da se prestupnik sasvim ne opire ideji o odustajanju ili da promenu opaža kao moguću i poželjnu) i odgovarajuće konkretne okolnosti koje omogućavaju da do zaokreta dođe (orig. „hooks for change“). Promena će izostati bilo da prestupnik nije otvoren za nju, a time neprijemčiv za podsticaje ka prosocijalnom razvoju, ili da je za promenu otvoren, ali izostaju konkretne prilike koje je omogućavaju (Giordano *et al*, 2002: 1000–1002).

Kao kriminološki koncept, odustajanje od kriminalnog ponašanja još uvek je u razvoju. I dalje su otvorena pitanja koja se tiču definisanja – npr. koliki je period nevršenja zločina potrebno da prođe da bi se moglo konstatovati da je došlo do odustajanja; može li se uopšte tvrditi da je neko lice sasvim odustalo; da li se smanjenje učestalosti i težine izvršenih zločina može smatrati obeležjem odustajanja; da li odustajanje treba definisati kao stanje ili kao proces,<sup>13</sup> i druga. Ono što nedostaje u postojećem korpusu znanja i što je zadatak za buduća istraživanja nije, kako ukazuju Kazemian i Farrington (2010: 141), utvrđivanje razlika između perzistentnih prestupnika i onih koji odustaju od prestupničkog načina života, već utvrđivanje unutrašnjih i spoljnjih činilaca koji tokom vremena kod pojedinca podstiču proces odustajanja.

## 5. POVRAT U SRBIJI

Na osnovu publikovanih podataka Republičkog zavoda za statistiku<sup>14</sup> može se zaključiti da se među licima kojima su izrečene krivične sankcije u Srbiji tokom poslednjih godina učešće povratnika<sup>15</sup> kretalo između 35 i 40% (Tabela 1). Budući da navedeni izvor ne sadrže podatke koji se odnose na vrstu ranije izrečene krivične

- 
- 13 Kako ukazuju Kazemian i Farrington (2010: 139), imajući u vidu da se do potpunog odustajanja od prestupništva teško stiže, definicija odustajanja kao *konkretnog stanja* može učiniti nevidljivim progres koji je pojedinac do tada postigao.
- 14 Kao izvor podataka koji su predstavljeni i analizirani u ovom odeljku korišćeni su bilteni Republičkog zavoda za statistiku: *Punoletni učinioци krivičnih dela u Republici Srbiji – Prijave, optuženja i osude*, br. 502, 514, 529, 546, 558, 576, 588 i 603, i *Maloletni učinioци krivičnih dela – Prijave, optuženja i osude*, br. 505, 513, 528, 547, 559, 577, 589 i 604, kao i godišnji izveštaji o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012. i 2013. godinu.
- 15 U publikacijama koje sadrže podatke o kriminalitetu koje sakuplja i objavljuje Republički zavod za statistiku, informacije o povratu se daju kroz podatke o „ranijim osudama“. Prema datim metodološkim objašnjenjima, pod pojmom „ranije osude“ u publikacijama koje sadrže podatke o punoletnim učinioциma krivičnih dela, podrazumevaju se „sve ranije osude na kaznu, tako i one kojima se optuženi proglašava krivim a oslobađa od kazne, i rešenja kojima su izrečene mere: sudska opomena i vaspitne mere prema mlađim punoletnim licima“ (Republički zavod za statistiku, 2015a: 9). U publikacijama koje se odnose na maloletne učinioce krivičnih dela, pod pojmom „ranije osude“ podrazumevaju se „sve ranije osude na vaspitnu meru ili kaznu maloletničkog zatvora“ (Republički zavod za statistiku, 2015b: 9).

sankcije, vreme proteklo od prethodne osude i broj ranijih osuda, analiza mnogih aspekata povrata praktično je onemogućena. Takođe, zbog ograničenja korišćenog izvora, nije moguće uporediti stope povrata u Srbiji i drugim državama tokom određenog perioda praćenja, odnosno utvrditi da li i u kojoj meri stopa povrata nakon otpuštanja sa izvršenja kazne zatvora u Srbiji odstupa od onih utvrđenih u većini država koje sistematski prikupljaju podatke o povratu, a u kojima se ona kreće oko 50% u prve tri godine po otpuštanju (Fazel, Wolf, 2015).

Opšta stopa povratnika (punoletnih lica osuđenih u povratu) na 100.000 stanovnika je 2014. godine u Srbiji iznosila 188,5, što je, na nivou grube procene, u zoni umerenih evropskih stopa. Poređenja radi, u 2007. godini kada je ova stopa u Srbiji iznosila 191,<sup>16</sup> u Švajcarskoj, Austriji i Nemačkoj je, prema podacima koje iznosi Jehle (2014: 40), ona iznosila 160, 170 i 270 respektivno (prema: Jehle, 2014: 40).

Tabela 1. Zastupljenost povratnika među licima kojima su izrečene krivične sankcije u Srbiji u periodu od 2007. do 2014. godine

*Učešće lica kojima su ranije izricane krivične sankcije (%)*

Godina	Među osuđenima muškog pola	Među osuđenima ženskog pola	Među sankcionisanim maloletnicima	Svega
2007	37,4	14,7	10,0	35,2
2008	39,1	16,1	13,1	37,0
2009	40,2	16,7	17,0	38,0
2010	38,7	16,2	11,3	36,4
2011	39,4	16,7	14,4	37,2
2012	41,0	19,3	13,2	39,0
2013	39,6	18,5	16,3	37,5
2014	39,8	20,2	16,5	38,0

Broj punoletnih lica osuđenih u povratu u periodu od 2007–2014. godine kretao se u rasponu od 7894 (2010), do 15561 (2009), sa srednjom vrednošću od 12731 i standardnom devijacijom od 2488.

Među punoletnim licima koja su 2014. godine osuđena za krivična dela protiv imovine, povratnici učestvuju sa 50,5%. Učešće povratnika u ovoj kategoriji osuđenih je znatno veće nego među osuđenima za druga dela – primera radi, među osuđenima za krivična dela protiv polne slobode, protiv života i tela, protiv javnog reda i mira, i protiv braka i porodice, povratnici su zastupljeni sa 30%, 33%, 34% i 38% respektivno.

16 Broj punoletnih lica osuđenih u povratu 2007. godine iznosio je 13639. Izvor: Republički zavod za statistiku, 2009: 116.

Tabela 2. Struktura punoletnih lica osuđenih u povratu tokom 2014. godine s obzirom na srodnost ranijih krivičnih dela

Ukupno	Ranije izrečene krivične sankcije		
	Za istovrsna dela	Za druga dela	Za istovrsna i druga dela
13424	2287 (17%)	7083 (52,7%)	4054 (30,2%)

Povratnici su, generalno uzev, češće u opštem nego u specijalnom povratu i najveći broj povratnika karakteriše vršenje raznovrsnih krivičnih dela. Nešto ispod polovine povratnika (47%) ranije su najmanje jednom osuđeni za istovrsno delo, dok je 17% povratnika osuđivano isključivo za istovrsna dela (Tabela 2). Verovatnoća postojanja ranije osude za istovrsno krivično delo naročito je velika kod osuđenih za krivično delo protiv imovine (60%) i protiv braka i porodice (50,4%), dok je kod ostalih znatno niža. Primera radi, među osuđenima za krivično delo protiv života i tela ili delo protiv polne slobode, ranije osuđivani za istovrsno delo zastupljeni su sa 28,6% i 5,8% respektivno.

Osuđene žene se značajno ređe nego muškarci nalaze u povratu ( $\chi^2=494.098$ ,  $df=1$ ,  $p<0.01$ ), a u ukupnom broju povratnika zastupljene su sa svega 5%. No, verovatnoća specijalnog povrata kod njih je upadljivo veća – među punoletnim povratnicama, one koje su ranije osuđivane za istovrsna dela zastupljene su sa 59%, dok učešće onih koje su osuđivane isključivo za istovrsna dela iznosi 31%. Ovaj podatak treba ceniti u svetlu činjenice da među ženama u povratu upadljivije nego među povratnicima muškarcima participiraju lica osuđena za krivična dela protiv imovine (51% naspram 42%).

Nešto iznad 60% osuđenih lica i dve trećine povratnika staro je između 18 i 40 godina (Tabela 3). Najviše žena u povratu pripada starosnoj grupi od 30 do 39 godina. Među osuđenima različite starosti postoje značajne razlike s obzirom na zastupljenost povratnika ( $\chi^2=1085.176$ ,  $df=6$ ,  $p<0.01$ ). Oni su najzastupljeniji među osuđenima starim od 25–29 i od 30–39 godina, a najmanje među onima starim 60 i više godina (Tabela 4). Svaki peti iz najmlađe starosne grupe osuđenih punoletnih lica (od 18–20 godina) je povratnik, što znači da je za novo delo osuđen u periodu kraćem od dve godine od prethodne osude. U posmatranom periodu, starosna struktura osuđenih lica i osuđenih povratnika, bila je konzistentna.

Na osnovu statističkih podataka o presuđenom kriminalitetu u Srbiji može se, dakle, zaključiti da posmatrana pojavna obeležja povrata ne odstupaju od onog što predstavlja manje-više redovne nalaze: povratnici su mahom muškog pola, najčešće u dvadesetim ili tridesetim godinama života; posle 40. godine života opada rizik i primarnog prestupništva i povrata kod osoba oba pola; kriminalnu aktivnost povratnika najčešće karakteriše vršenje raznovrsnih krivičnih dela, dok je specijalni povrat najzastupljeniji kod onih osuđenih za imovinsko krivično delo, ili krivično delo protiv braka i porodice.



Tabela 3. Starosna struktura osuđenih lica i osuđenih povratnika (2014)

	Godine starosti						
	18–20	21–24	25–29	30–39	40–49	50–59	60 i više
<b>Osuđena lica</b>	8,1%	13,1%	15,4%	26,1%	17,7%	12,6%	6,5%
<b>Osuđeni povratnici</b>	4,2%	12,2%	18,6%	31,8%	17,7%	11,2%	3,8%

Tabela 4. Zastupljenost povratnika među osuđenim licima, prema starosnim grupama (2014)

	Godine starosti osuđenih						
	18–20	21–24	25–29	30–39	40–49	50–59	60 i više
<b>Učešće povratnika (%)</b>	20,0	35,4	45,8	46,1	37,9	33,8	22,2

Dok u ženskoj populaciji osuđenica u Srbiji povratnice ne prelaze trećinu, u muškoj povratnici preovlađuju: primera radi, njihovo učešće je iznosilo oko 55% među primljenim i među otpuštenim iz kaznenih zavoda u 2013. godini.<sup>17</sup> Korišćen izvor ne sadrži podatke o penološkom recidivizmu, tj. o licima koja nisu prvi put na izvršenju kazne zatvora, no nalazi nekih empirijskih istraživanja ukazuju da oni čine u proseku oko trećine osuđeničke populacije, dok su među povratnicima u zavodima podjednako zastupljeni ranije osuđivani na kaznu zatvora i oni kojima su izricane druge krivične sankcije (Jovanić, 2014: 154–155).

Blizu 70% osuđenika muškog pola mlađe je od 40 godina. Na osnovu odnosa prosečnog broja lica osuđenih u povratu u periodu od 2007–2013. godine (12632)<sup>18</sup> i prosečnog broja primljenih osuđenih povratnika u kaznene zavode u istom periodu (4478),<sup>19</sup> može se, mada grubo, proceniti da povratnici osuđeni na kaznu zatvora u masi osuđenih povratnika čine, u proseku, nešto više od trećine, što nesigurno indicira da velika većina povratnika ne vrši teža krivična dela i ne spada u perzistentne prestupnike. Uz odsustvo tendencije porasta apsolutnog i relativnog broja osuđenih povratnika, kao i apsolutne zastupljenosti povratnika u osuđeničkoj populaciji, to ukazuje da problem povrata u Srbiji, u celini uzev, nema dramatična obeležja.

U krivičnom zakonodavstvu Srbije, povrat je shodno odredbi iz člana 55 Krivičnog zakonika<sup>20</sup> predviđen kao fakultativna otežavajuća okolnost koju sud može – kad odmerava kaznu učiniocu za krivično delo koje je učinio posle izdržane, oprostene ili zastarele kazne ili oslobođenja od kazne, po proteku roka za opozivanje

17 Izvor podataka: Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2014: 108.

18 Izvor podataka: bilteni Republičkog zavoda za statistiku br. 502, 514, 529, 546, 558, 576 i 588.

19 Izvor podataka: godišnji izveštaji o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za: 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012. i 2013. godinu. [www.uiks.mpravde.gov.rs/cr/articles/izvestaji-i-statistika/].

20 „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

uslovne osude ili posle izrečene sudske opomene – uzeti kao otežavajuću, ceneći pritom posebno težinu i srodnost ranijeg dela, srodnost pobuda, okolnosti pod kojima su dela učinjena i vreme koje je proteklo od ranije osude, odnosno od izrečene, oproštene ili zastarele kazne, oslobođenja od kazne, proteka roka za opozivanje ranije uslovne osude ili izrečene sudske opomene. Vršenje istovrsnog krivičnog dela za koje je učinilac ranije osuđivan (specijalni povrat), povrh toga što može biti uzeto kao otežavajuća okolnost, isključuje (sem u slučajevima u kojima je sud ovlašćen da učinioca oslobodi od kazne) mogućnost ublažavanja kazne (čl. 57, st. 3 i 4 KZ). Mada je u našem krivičnom zakonodavstvu ne tako davno napušteno rešenje po kojem je povrat mogao biti osnov za pooštavanje kazne (u teoriji sporno, jer prodradumeva „dvostruko kažnjavanje“),<sup>21</sup> povratu se i dalje daje poseban značaj: zakonodavac ga nije, kako upućuje Stojanović, sveo na rang bilo koje otežavajuće okolnosti, već ga izdvaja u zaseban član ukazujući na okolnosti koje sud treba da ima u vidu kad odmerava kaznu učiniocu u povratu (Stojanović, 2006: 209).

Propisivanje povrata kao otežavajuće okolnosti, prema stavovima zastupljenim u krivičnopravnoj teoriji, nalazi opravdanje u tome što učinilac nije izvukao pouku iz osuda za ranije učinjena krivična dela, što ukazuje na povećan stepen krivice koji zaslužuje i adekvatan socijalno-etički prekor<sup>22</sup> (v. Delić, 2010: 238). Izvesno je da ovakvo rešenje ostvaruje nešto pojačan preventivni učinak, mada se on, verovatno i u domaćim uslovima kao i drugde, još uvek ostvaruje prevashodno kroz mogućnost duže izolacije otkrivenih i osuđenih perzistentnih prestupnika, a u manjoj meri kroz zastrašenje ili uspešan tretman. Razume se da je mogućnost težeg kažnjavanja povratnika samo jedna od kriminalnopolitičkih mera, nedovoljna da obezbedi adekvatnu zaštitu društva od kriminalne aktivnosti perzistentnih prestupnika – i u njihovom slučaju, dobro odmerena retribucija trebalo bi da bude praćena komplementarnim tretmanskim merama usmerenim na jačanje kako motivisanosti, tako i kapaciteta osuđenog za promenu.

## 6. ZAVRŠNI OSVRT

Povrat je upadljivo obeležje kriminaliteta, a kriminalna aktivnost perzistentnih prestupnika proizvodi veliku društvenu štetu. Mada potreba za neakvim posebnim, intenzivnijim odgovorom na kriminalitet povratnika, koji u nekim slučajevima

- 21 O opravdanju strožeg kažnjavanja povratnika u literaturi se vodi živa polemika. Dok jedni smatraju da je teže kažnjavanje povratnika u neskladu sa principima pravičnosti i srazmernosti, da ono nije ništa drugo do dvostruko kažnjavanje zbog ranijeg dela, ili pak kažnjavanje ljudi ne zbog onog što su učinili, već zbog onog što *jesu*, zbog njihovog (zlog) karaktera (Bagaric, 2000; Yankah, 2004, prema: Lee, 2009: 578–579), drugi brane strože kažnjavanje povratnika, pored ostalog i na retributivističkoj osnovi. Primera radi, Lee predstavlja teoriju o povratu kao rezultatu skrivljenog propuštanja prema kojoj učinilac sam bira da li će organizovati budući život tako da izbegne ponovno vršenje zločina, a odluka da to ne učini konstituiše njegovu pojačanu krivicu (Lee, 2009).
- 22 Inače, opravdanje pojačanog socijalno-etičkog prekora prema povratniku nije sasvim nesporno pitanje, jer se temelji na pretpostavci da povratnik nije hteo (da je odbio) da izvuče pouku iz ranijih osuda, odnosno da se uzdrži od daljeg vršenja krivičnih dela. On ne bi bio jednako opravdan u slučaju da povratnik ima snižene kapacitete da uči iz prethodnog iskustva ili da se odupre unutrašnjim podsticajima, a što je, barem delom, rezultat impulsivnosti, odnosno slabe samokontrole, kao crte ličnosti.

ma pokazuje tendenciju da vremenom postaje učestaliji i opasniji, uglavnom nije sporna, optimalana rešenja još uvek su predmet rasprava. U svetlu konzistentnih pokazatelja o zastupljenosti povrata, a time i uzaludnosti očekivanja da će osuđeni u značajnom broju na samu osudu odgovoriti pozitivnom promenom ponašanja, može se očekivati da će se krivičnopravna reakcija u ovoj oblasti u budućnosti menjati, u nastojanju da se pronađe optimalan balans između prave mere retribucije i prevencije u odgovoru na kriminalitet povratnika.<sup>23</sup>

Mada se zatvaranje može osloboditi stege predrasude da značajno povećava rizik povrata, ono ga, kako to pokazuju rezultati sistematskih empirijskih studija, i ne umanjuje u značajnoj meri. Efektivnost sprečavanja povrata ključno je određeno stepenom uspeha u aktivnom podsticanju osuđenih na promenu, tj. uzdržavanje od antisocijalnih izbora i odustajanje od kriminalnog ponašanja. Zbog toga će ona naročito zavisiti od uspeha u unapređivanju oblasti tretmana povratnika, počev od procena tretmanskih potreba, preko motivisanja osuđenih da se u tretman uključe, pa do poboljšanja samih programa i njihove implementacije. Uspeh će zavisiti i od efektivnosti nadzora nad uslovno osuđenim i uslovno otpuštenim licima, a naročito od obima, kvaliteta i dostupnosti pomoći nakon otpuštanja, kako bi se sprečila loša praksa da mnogi otpušteni, uključujući i one motivisane za promenu, ostanu bez potrebne podrške (v. Maruna, 2001, prema: Kazemian, Farrington, 2010: 142). Društvo koje izbegava da plati cenu resocijalizacije prestupnika, moralo bi biti spremno da docnije plati cenu kriminaliteta povratnika.

U domaćim uslovima, postpenalna pomoć se već tradicionalno smatra slabom karikom sistema izvršenja krivičnih sankcija, pri čemu je jednako ustaljeno neshvatljivo pomanjkanje odlučnosti da se otklone slabosti kako na normativnom nivou, tako i praksi u ovoj oblasti, koje su inače bile predmet ozbiljnih, konstruktivnih i blagovremenih kritika u akademskoj javnosti (v. npr. Ignjatović, 2011; 2013). Na probleme do apsurdna preopterećenog tretmanskog osoblja u prenaseljenim i oronulim kaznenim zavodima i nedostatka odgovarajućih programa za rad sa povratnicima, nadovezuje se još veći problem manjka, opterećenosti i podregulisanosti uloga i zadataka poverenika, koji još uvek ni izdaleka ne uspevaju da adekvatno odgovore potrebama za intenzivnom podrškom otpuštenih lica (v. Srnić i dr, 2014). Paradoks je da se najveći problemi u izvršenju krivičnih sankcija vezuju baš za otklonjive nedostatke u delovanju službi koje treba da podstaknu i potpomognu promenu kod osuđenih. Na osnovu čega se, bez toga, može očekivati snižavanje stope povrata? Štaviše, imajući u vidu da podrška uglavnom izostaje, te da je praktično prepušteno prirodi da pokrene kognitivne i bihevioralne promene kroz procese spontanog sazrevanja i starenja prestupnika, sreća je što povrat nije još teži problem nego što aktuelno jeste.

U današnje vreme i u svetlu postojećih kriminoloških saznanja, nedopustivo je da postpenalna podrška i pomoć ostanu zapuštena „najslabija karika“ kao što je

23 Možda najčistije i najefektivnije rešenje u pogledu reagovanja na kriminalitet višestrukih povratnika jeste da se na povećanu opasnost učinioca uz kaznu odmerenu prema opštim pravilima reaguje i specijalnom merom bezbednosti. No, kako ukazuje Stojanović, dosadašnja iskustva sa ovom merom u zakonodavstvima koja je poznaju uglavom su negativna, budući da se njeno izvršenje pretežno svodi na lišavanje slobode, što faktički znači strože kažnjavanje (Stojanović, 2006: 209).

u prošlosti bila, uprkos tome što je decenijama unazad nebrojeno puta u domaćoj akademskoj javnosti ukazivano na to koliko je ta karika važna. Neprihvatljivo je da se postpenalna pomoć tretira kao drugorazredni problem, pre svega zato što ona nije nekakav čin milosrđa prema otpuštenom (koji vrhuni i završava se na jedno-kratnoj novčanoj pomoći), već predstavlja obećavajuću kriminalnopolitičku meru i u funkciji je zaštite društva. I ono što je s mnogo truda postignuto na planu motivisanja i obučavanja osuđenog u kaznenom zavodu biće izgubljeno ako one izostanu – odluka osuđenog da prekine sa vršenjem zločina proći će test realnosti tek po otpuštanju, kada će je učvrstiti ili od nje odustati, suočen sa problemima s kojima ni u prošlosti nije uspevaio da se na adekvatan način sam nosi. Odustajanje od prestupničkog načina života zavisice naročito od uspeha otpuštenog u strukturiranju svakodnevnih aktivnosti i izgradnji novih, prosocijalnih veza i obaveza, pre svega kroz zaposlenje, koje se s razlogom smatra ključnim činiocem uspešne reintegracije (Graffam *et al*, 2004: 1).<sup>24</sup> Ono će zavistiti i od uspeha u prevazilaženju stigme i drugih prepreka sa kojima se otpušteni suočava u pokušaju da se reintegriše u zajednicu, a pored pomoći u nalaženju posla, često će mu biti potrebni psihološka podrška, pravni savet, materijalna ili praktična pomoć. Deo rešenja s tim u vezi može biti podsticanje šireg uključivanja udruženja građana u pružanje usluga postpenalne podrške u zajednici.

Upravo sada, kada su stope kriminaliteta i povrata u Srbiji stabilne i za evropske prilike umerene, pravi je momenat da se napokon ojačaju resursi postpenalne podrške i pomoći, a time i kapaciteti za dugoročno i efektivno snižavanje stopa povrata i kriminaliteta uopšte. U uslovima rastućeg kriminaliteta to ne bi bilo ostvarivo, ali ni pravovremeno i plodonosno.

Na kraju, treba ukazati na potrebu za unapređenjem statistike o povratu, jer je to značajno za razvijanje mera kojima bi se poboljšale procene rizika od recidivizma pojedinih grupa prestupnika, ali i za evaluaciju kriminalne politike i prakse u suprotstavljanju kriminalitetu (Albrecht, 2014: 21), a u skladu sa zahtevima koji će izvesno jačati u budućnosti – da krivičnopravna reakcija bude u razumnoj meri utemeljena na dokazima o efektivnosti.

## LITERATURA

- Albrecht, H-J. (2014). Concepts and Potentials of Recidivism Statistics: An International Comparison, in: Albrecht, H-J., Jehle, J-M. (eds.) *National Reconviction Statistics and Studies in Europe*. Göttingen Studies in Criminal Law and Justice, Volume 25, Universitätsverlag Göttingen.
- Andrews, D. A., Bonta, J., Hoge, R. D. (1990). Classification for effective rehabilitation: Rediscovering psychology, *Criminal Justice and Behavior*, 17: 19–52.
- Andrews, D. A., Bonta, J., Wormith, S. J. (2004). *The Level of Service/ Case Management Inventory (LS/CMI)*. Toronto, Ontario, Canada: Multi-Health Systems.

24 Zaposlenje za otpuštenog nije samo izvor prihoda, već mu pomaže da osnaži samopoštovanje, samopouzdanje i samoeфикаsnost i da zakorači u novi, drugačiji životni kontekst koji zahteva posvećenost i novu organizaciju rutinskih aktivnosti, i u kojem dobija nove obaveze i gradi nove, prosocijalne mreže (Graffam *et al*, 2004).

- Aos, S., Miller, M., Drake, E. (2006). *Evidence-Based Adult Corrections Programs: What Works and What Does Not*. Olympia: Washington State Institute of Public Policy.
- Bonta, J. (1996). Risk-needs assessment and treatment, in: Harland, A. T. (ed.) *Choosing correctional options that work: Defining the demand and evaluating the supply*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- Campbell, M., French, S., Gendreau, P. (2007). Assessing the utility of risk assessment tools and personality measures in the prediction of violent recidivism for adult offenders (Cat. No. PS3–1/2007–4E-PDF). Ottawa, ON: Department of Safety and Emergency Preparedness. [<https://www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/rsk-ssmnt-tls/rsk-ssmnt-tls-eng.pdf>]
- Delić, N. (2010). Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, *Crimen*, 1(2): 228–245.
- Durose, M. R., Cooper, A. D., Snyder, H. N. (2014). Recidivism of Prisoners Released in 30 States in 2005: Patterns from 2005 to 2010. Washington D.C: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. [[www.bjs.gov/content/pub/pdf/rprts05p0510.pdf](http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/rprts05p0510.pdf)]
- Fazel, S., Wolf, A. (2015). A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice, *PLoS ONE* 10(6): e0130390. [[www.plosone.org/article/citationList.action?articleURI=info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0130390](http://www.plosone.org/article/citationList.action?articleURI=info%3Adoi%2F10.1371%2Fjournal.pone.0130390)]
- Giordano, P. C., Cernkovich, S. A., Rudolph, J. L. (2002). Gender, Crime, and Desistance: Toward a Theory of Cognitive Transformation, *American Journal of Sociology*, 107 (4): 990–1064.
- Graffam, J., Shinkfield, A., Lavelle, B., Hardcastle, L. (2004). *Attitudes of Employers, Corrective Services Workers, Employment Support Workers, and Prisoners and Offenders towards Employing Ex-Prisoners and Ex-Offenders*. Burwood: Deakin University, School of Health and Social Development [<http://hdl.handle.net/10536/DRO/DU:30010282>].
- Hanson, R. K., Morton-Bourgon, K. E. (2009). The accuracy of recidivism risk assessments for sexual offenders: A meta-analysis of 118 prediction studies, *Psychological Assessment*, 21(1): 1–21.
- Hanson, R. K., Thornton, D. (2000). Improving risk assessments for sex offenders: A comparison of three actuarial scales, *Law and Human Behavior*, 24: 119–136.
- Hanson, R. K., Thornton, D. (2003). *Notes on the development of Static–2002 (Corrections Research User Report 2003–01)*. Ottawa, Ontario, Canada: Department of the Solicitor General of Canada.
- Ignjatović, Đ. (2009). *Teorije u kriminologiji*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- Ignjatović, Đ. (2011). Kritička analiza stanja i tendencija u krivično izvršnom pravu Srbije, *Crimen*, 2(2): 245–256.
- Ignjatović, Đ. (2013). Normativno uređenje izvršenja vanzavodskih krivičnih sankcija u Srbiji, *Crimen*, 4(2): 144–175.
- Jehle, J-M. (2014). Approach, Structure and Outcome of the German Reconviction Study, in: Albrecht, H-J., Jehle, J-M. (eds.) *National Reconviction Statistics and Studies in Europe*. Göttingen Studies in Criminal Law and Justice, Volume 25, Universitätsverlag Göttingen.
- Jonson, C. L. (2010). Incarceration and Recidivism, in: Cullen, F. T., Wilcox, P. (eds.) *Encyclopedia of Criminological Theory*. Sage Publications, Inc.
- Jovanić, G. (2014). (Ne)sigurnosti u zatvoru, *Specijalna edukacija i rehabilitacija*, 13 (2): 141–172.

- Kazemian, L., Farrington, D. P. (2010). The Developmental Evidence Base – Desistance, in: Towl, G. J., Crighton, D. A. (eds.) *Forensic Psychology*. Blackwell Publishing, Ltd.
- Langan, P. A., Levin, D. J. (2002). *Recidivism of prisoners released in 1994*. Washington D.C: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. [www.bjs.gov/content/pub/pdf/rpr94.pdf]
- Laub, J. H., Sampson, R. J. (2001). Understanding Desistance from Crime, *Crime and Justice*, 28: 1–69.
- Lee, Y. (2009). Recidivism as Omission: A Relational Account, *Texas Law Review*, 87, 571: 571–622.
- McNeill, F., Farrall, S., Lightowler, C., Maruna, S. (2012). *How and why people stop offending: discovering desistance*. Institute for Research and Innovation in Social Services. [http://eprints.gla.ac.uk/79860/1/79860.pdf]
- Mrvić-Petrović, N. (2007). *Kriza zatvora*. Beograd: Vojnoizdavački zavod.
- Republički zavod za statistiku (2009). *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji – Prijave, optuženja i osude, 2007*, Bilten 502, Beograd: Republički zavod za statistiku.
- Republički zavod za statistiku (2015a). *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji – Prijave, optuženja i osude, 2014*, Bilten 603, Beograd: Republički zavod za statistiku.
- Republički zavod za statistiku (2015b). *Maloletni učinioci krivičnih dela – Prijave, optuženja i osude, 2014*, Bilten 604, Beograd: Republički zavod za statistiku.
- Roberts, B. W., Walton, K. E., Viechtbauer, W. (2006). Patterns of mean-level change in personality traits across the life course: A metaanalysis of longitudinal studies, *Psychological Bulletin*, 132: 1–25.
- Sabol, W. J., Adams, W. P., Parthasarathy, B., Yuan, Y. (2000). Offenders returning to Federal prison, 1986–97. Washington D.C: Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. [http://bjs.gov/content/pub/pdf/orfp97.pdf]
- Sampson, R. J., Laub, J. H. (2003). Life-course desisters? Trajectories of crime among delinquent boys followed to age 70, *Criminology*, 41: 555–592.
- Srnić, J., Kovačević, N., Nikolić, N. (2014). *Život posle zatvora – Rezultati istraživanja potreba osuđenih lica u postpenalnom periodu*. Beograd: Centar za prevenciju kriminala i postpenalnu pomoć – NEOSTART.
- Stojanović, Z. (2006). *Komentar krivičnog zakonika*. Beograd: Službeni glasnik.
- United Nations Office on Drugs and Crime/UNODC (2012). *Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders*. New York: United Nations. [www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/crimeprevention/Prevention\_of\_Recidivism\_and\_Social\_Reintegration\_12-55107\_Ebook.pdf]
- Uprava za izvršenje krivičnih sankcija (2014). *Godišnji izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2013. godinu*. Beograd: Ministarstvo pravde RS, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija.
- Villetaz, P., Gilliéron, G., Killias, M. (2015). *The Effects on Re-offending of Custodial vs. Non-custodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge*. The Campbell Collaboration, Campbell Systematic Reviews 2015:1.
- Quinsey, V. L., Harris, G. T., Rice, M. E., Cormier, C. A. (2006). *Violent offenders: Appraising and managing risk* (2<sup>nd</sup> ed.). Washington, DC: American Psychological Association.
- Wartna, B. S. J., Knowles, I., Morton, I., Alma, S. M., Tollenaar, N. (2014). Comparison of reoffending rates across countries An international pilot study, in: Albrecht, H.-J., Jehle, J.-M. (eds.) *National Reconviction Statistics and Studies in Europe*. Göttingen Studies in Criminal Law and Justice, Volume 25, Universitätsverlag Göttingen.
- Weisburd, D., Piquero, A. R. (2008). How Well Do Criminologists Explain Crime? Statistical Modeling in Published Studies, *Crime and Justice*, 37 (1): 453–502.

*Biljana Simeunović-Patić*

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

## RECIDIVISM – CRIMINOLOGICAL ASPECTS

### SUMMARY

This paper discusses the current state of knowledge of characteristics and the causes of recidivism, which is one of the most challenging problems for criminology and crime policy. Criminological attention given to the problem of recidivism is not quite proportional to the importance of the subject. The causes, the risk and protective factors for recidivism have not been the subjects of interdisciplinary research very often. Much more frequently, the problem of recidivism is reduced and contemplated primarily as a result or indicator of ineffectiveness of imprisonment. It is for a long time conjectured or known that deterrent effect of imprisonment is effectuated primarily in the form of general deterrence – however, the expectation of prison sentence to prevent recidivism through specific deterrence is still high, just as it is disappointment because of its consistent failure. Nevertheless, for a long time, the effects of all those factors of primary offending have been set aside, while the issues of causes and prevention of recidivism were narrowed more or less to one key factor – sentencing. It may be argued, in the light of existing knowledge including particularly the results of systematic studies on relation between sentencing and recidivism, that effectiveness of prevention does not depend as much on the type of criminal sanction, as it depends on parallel processes which reinforce or diminish the probability of offender's antisocial choices and orientation. Thus, putting the dynamic factors that promote and facilitate desistance from crime in the focus, both in the research and offender rehabilitation practice, is seen as a necessary precondition for improvements in recidivism prevention. In this regard, the author points out the importance of penitentiary treatment and, in particular, post-release support and assistance for the recidivism prevention and motivating and facilitating the process of desistance from criminal behaviour and moving away from antisocial lifestyle.

**Keywords:** recidivism, imprisonment, penitentiary treatment, post-release support, assistance, persistent offending, desistance from crime.

## POJAM ZLOSTAVLJANJA NA RADU U ZAKONODAVSTVU I SUDSKOJ PRAKSI REPUBLIKE SRBIJE

**Apstrakt:** Premda može doprineti unapređenju položaja zaposlenih u Republici Srbiji, primenu Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu (2010) prati više izazova i problema. Među njima se kao posebno ozbiljan izdvaja problem određivanja iole jasnih granica pojma zlostavljanja na radu. Reč je, preciznije, o problemu pravne kvalifikacije ponašanjâ kojima se uspostavlja zlostavljanje, naročito kada je reč o učestalosti i eventualnoj dugotrajnosti određenog ponašanja (zbog nepouzdanosti vremenskog kriterijuma), kao i o mogućim tumačenjima zakonske sintagme „neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje“, koje, po zakonskoj definiciji, predstavlja cilj ili posledicu zlostavljanja. Ovo tim pre što je spektar ponašanja kojima se uspostavlja zlostavljanje vrlo širok, a, percepcija njihove (ne)dopuštenosti različita od jedne do druge radne (i kulturne) sredine, zbog čega je i zakonska definicija predmetnog pojma morala biti fleksibilna. Značajnu pomoć u identifikaciji ponašanjâ kojima se uspostavlja zlostavljanje, otud, mogu pružiti sudije, iako, uz izuzetak sudskih odluka u kojima je odlučivano o šikani i svega par pravnosnažnih presuda o zlostavljanju na radu, ne postoji razvijena sudska praksa o ovom pitanju. Posebno zabrinjava to što su u nekoliko slučajeva, sudovi prevideli potrebu da se povuče što je moguće preciznija linija razgraničenja između zlostavljanja na radu i diskriminatornog uznemiravanja na radu. Ovi pojmovi su u tim presudama, štaviše, bili izjednačeni, što ne može biti prihvatljivo, budući da je reč o sličnim, ali različitim, pravnim kategorijama, koje u praksi, neretko, mogu biti i povezane. Sa druge strane, u domaćoj sudskoj praksi je, s pravom, potvrđeno to da se kao zlostavljanje ne može kvalifikovati redovno (normalno) vršenje upravljačke, disciplinske i normativne vlasti koja pripada poslodavcu. Vršenje odgovarajućih ovlašćenja može se izobličiti u zlostavljanje ako su prekoručene granice normalnog i razumnog preduzimanja radnji svojstvenih primeni ugovora o radu, ali samo pod uslovom da postoje drugi elementi zlostavljanja na radu (ponavljanje, odnosno učestalost određenog ponašanja tokom dužeg vremenskog perioda; / negativan/ uticaj ponašanja na zaposlenog /povreda psihičkog integriteta i dostojanstva, nanošenje štete profesionalnoj karijeri, degradacija uslovâ rada/).

**Ključne reči:** zaposleni, dostojanstvo, psihičko zdravlje, zlostavljanje na radu, neprijateljsko radno okruženje, Republika Srbija.

### 1. UVOD

*Pravo na dostojanstvo na radu* jedno je od osnovnih prava zaposlenih, temelj, polazište i cilj svih radnopravnih instituta i pravila.<sup>1</sup> Iz ovog prava proizlazi niz za-

\* docent, ljubinka@ius.bg.ac.rs

1 „Svi ljudi, bez obzira na rasu, uverenje ili pol, imaju pravo da ostvare [...] materijalno blagostanje [...] u uslovima slobode i dostojanstva“. Declaration concerning the Aims and Purposes of the



hteva vezanih za obezbeđivanje poštovanja ličnosti i autonomije zaposlenih, budući da njihov rad nije sam sebi cilj. Pored profita koji obezbeđuje poslodavcu, on treba da omogući zaposlenom da sebi i svojoj porodici obezbedi sredstva za život dostojan čoveka, da učestvuje u plodovima svoga rada (što uključuje i učešće u upravljanju preduzećem), kao i da bude u mogućnosti da kroz rad razvija svoju ličnost.<sup>2</sup> Radnopravna zaštita zaposlenih je, otud, najprisnije povezana sa zahtevom da im se obezbedi dobrobit u svim aspektima radnog odnosa i svim segmentima radnog okruženja. Pritom je, u prvim fazama razvoja radnog prava, ova zaštita bila usmerena prevashodno na zaštitu fizičkog zdravlja zaposlenih. To, nažalost, i danas, predstavlja izazov za radno pravo, posebno stoga što, i pored razvijenog sistema zaštite bezbednosti i zdravlja na radu, povrede na radu i profesionalna oboljenja čine sastavni deo savremenog sveta rada. Za razliku od ponašanja koja ugrožavaju ili povređuju telesni integritet i fizičko zdravlje zaposlenih i koja su tradicionalno pravno sankcionisana, zakonodavci su dugo „zatvarali oči“ pred ponašanjima koja ugrožavaju ili povređuju psihičko zdravlje zaposlenih, prihvataju ih kao „surovu realnost“ i neizbežni deo radnog okruženja. Promene koje su se, poslednjih decenija, desile u svetu rada, uticale su, međutim, na pojavu (i prepoznavanje) psihosocijalnih i drugih rizika za psihičko zdravlje zaposlenih, poput stresa, depresije, anksioznosti i psihičkog nasilja na radu.<sup>3</sup> To je važan razlog što je zaštita psihičkog zdravlja zaposlenih postala izazov, pa, i preokupacija savremenog radnog prava.<sup>4</sup> Ovo tim pre što se pojam zdravlja, saglasno odredbama preambule Ustava Svetske zdravstvene organizacije, ne iscrpljuje u odsustvu bolesti ili slabosti pojedinca, već podrazumeva stanje njegove *potpune fizičke, mentalne i socijalne dobrobiti*.<sup>5</sup>

Zaštita dostojanstva i psihičkog zdravlja zaposlenih, otud, postaje predmet naročitog interesovanja radnog prava, posebno kada je reč o zabrani psihičkog uznemiravanja na radu. Potonja zabrana je, pritom, redovno (izričito ili prećutno) sadržana

---

International Labour Organisation (adopted at the 26<sup>th</sup> session of the ILO, Philadelphia, 10 May 1944), deo II, tačka a).

- 2 Up. sa Anna Cieslar, André Nayer, Bernadette Smeesters, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail: Métamorphoses du droit social*, Bruylant, Bruxelles, 2007, str. 126.
- 3 Premda literatura ne baštini opšteprihvaćenu definiciju psihosocijalnih rizika, mogu se uočiti dve osnovne grupe definicija ovog pojma. Prvu čine definicije u kojima se psihosocijalni rizici određuju u svetlu posledica koje mogu proizvesti po zdravlje zaposlenog, uz suprotstavljavanje ovih rizika fizičkim rizicima. Psihosocijalni rizici se, u tom smislu, razumeju kao opasnosti koje neposredno ne utiču na fizičko zdravlje zaposlenih (što, međutim, ne isključuje odgovorajući posredan uticaj), ali im je priroda takva da mogu da ugroze njihov psihički integritet i mentalno zdravlje. Druga grupa autora, prilikom definisanja psihosocijalnih rizika, podcrtava njihovu osobenu prirodu, obeležja i faktore koji ih izazivaju, određujući predmetni pojam kao rizike proistekle iz nedovoljne uređenosti određenih napetosti koje postoje u organizaciji rada, u međuljudskim odnosima i/ili u načinu na koji svaki zaposleni doživljava napore profesionalnog okruženja i meri u kojoj su oni (ne)usklađeni s njegovim ličnim očekivanjima. Patrice Adam, „La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français“, *Droit ouvrier*, juin 2008, str. 315.
- 4 Jean Péliissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2002, str. 1075.
- 5 Constitution of the World Health Organization, as adopted by the International Health Conference, New York, 19–22 June, 1946 (*Official Records of the World Health Organization*, no 2, p. 100), preambula.

u matičnim zakonima za oblast radnih odnosa, dok u manjini ostaju države, koje posebnim zakonima uređuju psihičko uznemiravanje na radu.<sup>6</sup> Republika Srbija se 2010. godine priključila toj nevelikoj grupi država usvajanjem Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. Do tada je, naime, u domaćem zakonodavstvu postojala samo posredna zabrana psihičkog uznemiravanja na radu zasnovana na garantiji prava na zaštitu ličnog integriteta i prava na bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu. U tom smislu su i zaposleni koji su smatrali da su izloženi psihičkom uznemiravanju mogli da zahtevaju samo naknadu nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti, u skladu sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima.

Novim zakonom je kao najznačajnija mera predviđena prevencija, zbog čega svaki poslodavac ima obavezu da obavesti zaposlene o zabrani zlostavljanja i da ih obučava u cilju njegovog prepoznavanja i sprečavanja. Istovremeno, poslodavac je dužan da svakog zaposlenog zaštiti od zlostavljanja, a, u skladu sa obavezom da osigura bezbedne i zdrave uslove rada (kao i u skladu sa načelom *cuius commoda, eius et incommoda*), odgovora za štetu koju odgovorno lice ili zaposleni prouzrokuju drugom zaposlenom vršenjem zlostavljanja. Zakonodavac utvrđuje i odgovornost zaposlenih koji vrše zlostavljanje, kao i zaposlenih koji zloupotrebljavaju pravo na zaštitu od zlostavljanja, budući da oni mogu biti odgovorni za nepoštovanje radne discipline, odnosno za povredu radne dužnosti. Predviđeno je i više zaštitnih mera za slučaj zlostavljanja na radu: prva od njih podrazumeva zaštitu u okviru internog postupka kod poslodavca, koji je dužan da predloži stranama u sporu da spor reše putem posredovanja, kako bi se postigao sporazum o prestanku određenog ponašanja. Ako postupak posredovanja ne uspe, a postoji osnovana sumnja da je zlostavljanje izvršeno, poslodavac je dužan da pokrene disciplinski postupak, u kome može izreći opomenu, meru udaljenja sa rada bez naknade zarade ili meru trajnog premeštaja u drugu radnu okolinu, a, u slučaju da zaposleni, u roku od šest meseci, ponovo izvrši zlostavljanje – i meru prestanka radnog odnosa. Naredni nivo zaštite ostvaruje se pred sudom, s tim što zaposleni koji smatra da ga zlostavlja odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, odnosno poslodavac sa svojstvom fizičkog lica, može da podnese tužbu i bez prethodnog podnošenja zahteva za pokretanje postupka posredovanja.<sup>7</sup> Aktivno legitimisana lica, pritom, mogu isticati sledeće zahteve: a) utvrđenje da je zaposleni pretrpeo zlostavljanje; b) zabranu zlostavljanja; c) uklanjanje posledica zlostavljanja; d) naknadu (materijalne i nematerijalne) štete; e) objavljivanje presude. Imajući u vidu teškoće koje u ovim sporovima nastaju u pogledu dokazivanja zlostavljanja, zakonodavac, s pravom, odstupa od klasičnih procesnih pravila i prenosi teret dokazivanja na poslodavca, zbog čega zaposleni treba samo da učini verovatnim da je izvršeno zlostavljanje, dok tuženi treba da dokaže da je u određenoj radnoj sredini obezbeđeno poštovanje dostojanstva i psihičkog zdravlja zaposlenih.

Premda može doprineti unapređenju položaja zaposlenih, primenu Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu prati više izazova i problema, među kojima se iz-

6 Moguće razloge za usvajanje posebnih propisa koji će kao isključivi predmet regulisanja imati zaštitu od uznemiravanja na radu vid. u: Sandy Licari, „De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail“, *Droit social*, broj 5/2000, str. 492–506.

7 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2010), čl. 29–33.

dvaja problem povlačenja kontura pojma zlostavljanja na radu. Ovo tim pre što se zlostavljanje može uspostaviti najrazličitijim ponašanjima i što se percepcija njihove dopuštenosti razlikuje od jedne do druge sredine, zbog čega i zakonska definicija zlostavljanja na radu mora biti fleksibilna.<sup>8</sup> Premda izvesnu pomoć u identifikaciji ponašanja kojim se uspostavlja zlostavljanje pruža pravilnik koji obezbeđuje primenu Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, jer je u njemu utvrđen *numerus clausus* akata i radnji koje se ne smatraju zlostavljanjem, uz egzemplifikativno nabrojavanje ponašanja koja bi mogla da ukažu na zlostavljanje,<sup>9</sup> primena ovog zakona pred poslodavce i zaposlene stavlja izuzetno težak zadatak prepoznavanja nedopuštenog ponašanja na radu. Sa istim izazovom suočene su i sudije, tim pre što, uz izuzetak sudskih odluka u kojima je odlučivano o šikani<sup>10</sup> i izuzetno malog broja pravno-snažnih presuda o zlostavljanju na radu, ne postoji razvijena sudska praksa o ovom pitanju. To su i osnovni razlozi zbog kojih ćemo u radu nastojati da identifikujemo bitne elemente pravnog pojma zlostavljanja na radu.

## 2. UZNEMIRAVANJE NA RADU – POJAM I POJAVNI OBLICI

Specifična priroda radnog odnosa, koju najbolje izražava podređenost zaposlenog poslodavčevoj (upravljачkoj, normativnoj i disciplinskoj) vlasti, predstavlja „plodno tle“ za poremećaj međuljudskih odnosa na radu, zbog rizika da će jača strana zloupotrebiti svoja ovlašćenja. Osim toga, poremećaji u profesionalnim odnosima ne zaobilaze ni odnose između kolega među kojima nema subordinacije, budući da intenzitet i dugotrajnost odnosa koji nastaju i razvijaju se u radnoj sredini prati i rizik pojave manjih ili većih anomalija u komunikaciji. Neki od tih poremećaja mogu biti do te mere ozbiljni da povređuju dostojanstvo i psihički integritet zaposlenih, zbog čega se mogu kvalifikovati kao uznemiravanje na radu.

Pojam uznemiravanja na radu, pritom, obuhvata čitavu seriju ponašanja, uključujući psihičko, diskriminatorско i seksualno uznemiravanje na radu. Navedeni oblici uznemiravanja uspostavljaju se ponašanjem koje povređuje dobrobit i dostojanstvo zaposlenog, ali se razlozi zbog kojih se odgovarajuće ponašanje preduzima razlikuju od jedne do druge vrste uznemiravanja. Ako je ponašanje kojim se uspostavlja uznemiravanje motivisano svojstvima, uverenjem ili statusom zaposlenog koji, inače, predstavlja osnov diskriminacije, tada govorimo o *diskriminatorском uznemiravanju*,<sup>11</sup> dok *seksualno uznemiravanje* uspostavlja neželjeno ponašanje koje

8 Vittorio Di Martino, Helge Hoel, Cary L. Cooper, *Preventing violence and harassment in the workplace*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2003, str. 47.

9 Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, broj 62/2010), čl. 12–13.

10 O praksi naših sudova da obezbede zaštitu zaposlenih u slučaju šikanoznog vršenja prava poslodavaca vid. u: Mario Reljanović, Aleksandra K. Petrović, „Šikanozno vršenje prava, diskriminacija i zlostavljanje na radu – zakonska regulativa i praksa“, *Pravni zapisi*, vol. II, broj 1/2011, str. 188–189.

11 Ovde se misli na tzv. diskriminatorско uznemiravanje opšteg tipa (fr. *harcèlement discriminatoire de portée générale*), a ne na generički pojam uznemiravanja na radu (npr. ismevanje načina govo-

ima za posledicu povredu dostojanstva zaposlenog u oblasti polnog života.<sup>12</sup> *Psihičko uznemiravanje* na radu nastaje u svim ostalim slučajevima uznemiravanja, i to pod uticajem više različitih faktora, od neodgovarajuće kadrovske i menadžerske politike, do promena u organizaciji rada i nesigurnosti zaposlenja. To, dalje, znači da potonji vid uznemiravanja može biti rukovođen različitim motivima, od namere poslodavca da se „reši“ zaposlenog za čijim je radom prestala potreba (tzv. uznemiravanje iz ekonomskog razloga /fr. *harcèlement moral pour motif économique*), odnosno da zaobiđe „klasični“ otkazni postupak, preko ispuštanja represije prema odviše agilnom sindikalnom predstavniku ili odmazde prema zaposlenom uzbunjivaču (fr. *harcèlement moral-répression*), do izopačene želje da se drugi ponizi (fr. *harcèlement pervers*).<sup>13</sup>

ra i oblačenja zaposlenih – pripadnika određene etničke manjine, rasističke insinucije na njihov računa, te isticanje rasističkih poruka na mestu rada).

- 12 Seksualno uznemiravanje se najčešće uspostavlja verbalnim ponašanjem, poput komentarisanja izgleda i životnog stila zaposlenog, dvosmislenih opaski ili insinucija, uvredljivih telefonskih poziva i nepristojnih ponuda. U literaturi se kao primer takvog ponašanja navodi i pričanje vulgarnih šala (tzv. masnih viceva), iako je u sudskoj praksi sudova nekih evropskih država, s pravom, izražena rezerva prema takvoj kvalifikaciji, budući da nije lako odrediti jasnu liniju posle koje nedostatak dobrog ukusa i elementarne kulture prerasta u seksualno uznemiravanje (Jane Aeberhard-Hodges, „Sexual harassment in employment: Recent judicial and arbitral trends“, *International Labour Review*, broj 5/1996, str. 516). Ova vrsta diskriminacije može biti uspostavljena i različitim vidovima neverbalnog ponašanja (nepristojni gestovi, slanje uvredljivih pisama, pokazivanje i prikazivanje pornografskog sadržaja na radnom mestu i sl.), kao i fizičkim ponašanjem, koje se najčešće ispoljava u preteranoj bliskosti i nepotrebnim fizičkim kontaktima. Tako, naš zakonodavac kao primere „ponašanja koja bi se mogla smatrati seksualnim uznemiravanjem“ navodi: ponižavajuće i neprimerene komentare i postupke seksualne prirode, pokušaj ili izvršenje nepristojnog i neželjenog fizičkog kontakta, navođenje na prihvatanje ponašanja seksualne prirode uz obećavanje nagrade, pretnju ili ucenu“ (Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, član 12, tačka 6, al. 1–3). U sudskoj praksi belgijskih sudova je, slično, kao seksualno uznemiravanje kvalifikovano više postupaka koji duboko zasjecaju u intimu zaposlenog i njegovo dostojanstvo, poput slučajeva u kojima je poslodavac zaposlenoj nudio novac u zamenu za seksualni odnos, ili uporno upućivao predloge sa seksualnom konotacijom, raspitivao se kod zaposlene kakav veš nosi, pozivao je da posećuju pornografske internet sajtove, odnosno ohrabrivao da nosi atraktivnu garderobu radi privlačenja pažnje poslodavčevih klijenata (Extraits des décisions des Cours et Tribunaux du travail jusq'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, str. 31). Seksualno uznemiravanje na radu može biti uspostavljeno i postupcima koji, sami po sebi, mogu izgledati čak i bezazlono (npr. poziv na druženje), ali su u stanju da proizvedu štetne posledice za zaposlenog, ako se istrajno ponavljaju, uprkos tome što ih on ne želi. Nastupanje ovih posledica zavisice od okolnosti svakog slučaja, uključujući odnose u kojima se nalaze lica u pitanju, način na koji se preduzima određeno ponašanje (npr. ton kojim se poslodavac, odgovorno lice ili drugi kolega obraćaju zaposlenom), kao i kontekst, odnosno određenu kulturnu i radnu sredinu u kojoj borave adresat i nosilac uznemiravanja. Ipak, za razliku od psihičkog uznemiravanja na radu, ponavljanje određenog ponašanja ne predstavlja bitan element (nužan uslov za uspostavljanje) seksualnog uznemiravanja na radu, već ga može uspostaviti i jedan jedini postupak, ako je dovoljan ozbiljan da povredi integritet adresata, kao što je to, primera radi, slučaj sa seksualnim ucenjivanjem (*quid pro quo* seksualno uznemiravanje).

- 13 Više o razlozima psihičkog uznemiravanja videti u: Philippe Ravisvy, *Le harcèlement moral au travail*, Delmas, Paris, 2002, str. 60–71; Aleksej Cvetko, „Mobbing – posebna vrsta šikane v delovnih razmerjih“, *Podjetje in delo*, broj 5/2003, str. 895; Branko Lubarda, „Socijalna prava i dostojanstvo na radu“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2008, str. 19–20.

Diskriminatorско, seksualno i psihičko uznemiravanje na radu predstavljaju, dakle, tri različite pojave, koje, uprkos ovim razlikama, pokazuju i neke sličnosti. Ovo tim pre što u praksi, neretko, mogu biti i povezane. Osnovnu tačku njihovog razmimoilaženja treba, međutim, tražiti u razlozima za preduzimanje nedopuštenog ponašanja, zbog čega se samo diskriminatorско i seksualno uznemiravanje mogu kvalifikovati kao posebni oblici diskriminacije. To potvrđuje i srpski zakonodavac, kada, po uzoru na standarde sadržane u direktivama 2000/43/EZ<sup>14</sup>, 2000/78/EZ<sup>15</sup> i 2002/73/EZ<sup>16</sup>, neposredno zabranjuje uznemiravanje i seksualno uznemiravanje, kao posebne oblike diskriminacije zaposlenih i lica koja traže zaposlenje.<sup>17</sup> Osim toga, zakonske definicije diskriminatorскоg i seksualnog uznemiravanja pokazuju da, pored razloga za uznemiravanje, a, u slučaju seksualnog uznemiravanja i specifičnog objekta zaštite, normativnu sadržinu ovih vrsta uznemiravanja, grade tri bitna elementa: a) neželjenost ponašanja kojim se ustanovljava uznemiravanje; b) povreda dostojanstva zaposlenog; c) izazivanje straha ili stvaranje „neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja“. Poslednja dva elementa zaslužuju ovu kvalifikaciju (kvalifikaciju bitnih elemenata) i u slučaju definisanja pravnog pojma psihičkog uznemiravanja na radu, s tim što, izgradnja jezgra potonjeg pojma zahteva izvesno preciziranje ovih, kao i uvođenje novih, elemenata.

Pritom, valja imati u vidu da u uporednom pravu, ne postoji jedinstveni način uređivanja psihičkog uznemiravanja na radu, već se odgovarajuća rešenja razlikuju od jedne do druge države: neka zakonodavstva izričito zabranjuju psihičko uznemiravanje na radu (npr. u Belgiji, Francuskoj, Švedskoj, Velikoj Britaniji), dok je u mnogim državama, ovo pitanje uređeno posredno, kao sastavni deo zaštite bezbednosti i zdravlja na radu, odnosno dobrobiti zaposlenih na radu. Istovremeno, valja imati u vidu i to da je, zbog činjenice da se u pitanju uznemiravanja na radu susreću različiti aspekti više pravnih grana, odgovarajuća materija uređena nizom različitih izvora prava, od zakonâ (zakonikâ) o radu i zakonâ o bezbednosti i zdravlju na radu, preko krivičnih zakona, do zakonâ o obligacionim odnosima, dok u jednom broju država ovo pitanje predstavlja predmet regulisanja izvorâ autonomnog prava, pre svega kolektivnih ugovora (npr. u Nemačkoj) i kodeksa ponašanja (npr. u Irskoj).

Određivanje pojma psihičkog uznemiravanja na radu predstavlja izuzetno delikatan zadatak, zbog čega neki zakonodavci uopšte ne definišu predmetni pojam, dok se velika većina onih koji to čine opredeljuje za *široke definicije*, koje sudovi-

14 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (*Official Journal* L 180, 19.7.2000, str. 22–26), član 2, stav 3.

15 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (*Official Journal* L 303, 2.12.2000, str. 16–22), član 2, stav 3.

16 Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (*Official Journal* L 269, 5.10.2002, str. 15–20), član 2, stav 2, al. 3–4.

17 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14), član 21; Zakon o zabrani diskriminacije („*Službeni glasnik RS*“, broj 22/09), član 12; Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom („*Službeni glasnik RS*“, broj 33/06), član 26.

ma omogućavaju *fleksibilno tumačenje*.<sup>18</sup> Potonje nomotehničko rešenje je, primera radi, primenjeno u švedskom zakonodavstvu, gde je zlostavljanje na radu određeno kao „često ponavljana prekorna ili naročito negativna radnja, koja je na uvredljiv način usmerena protiv pojedinih zaposlenih i koja može da dovede do njihovog isključenja iz radne zajednice“.<sup>19</sup>

Novije zakonske definicije psihičkog uznemiravanja sadržane su u francuskom i belgijskom zakonodavstvu. Premda su francuski sudovi, još šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka, donosili presude o naknadi štete zbog psihičkog uznemiravanja na radu, ovo ponašanje je prvi put zakonom zabranjeno tek u ovom veku. Tako je novelom Krivičnog zakonika od 2001. godine zabranjena zloupotreba položaja, sa namerom da se drugom licu nametnu uslovi rada koji vređaju ljudsko dostojanstvo, dok je odredbama Zakona o socijalnoj modernizaciji<sup>20</sup> potvrđeno da „nijedan zaposleni ne bi smeo da trpi ponavljane postupke kojima se uspostavlja psihičko uznemiravanje, a, koji imaju za cilj ili posledicu degradaciju uslovâ rada koja može da povredi njegova prava i dostojanstvo, da naruši njegovo fizičko i mentalno zdravlje ili da ugrozi njegovu profesionalnu budućnost“.<sup>21</sup> Navedeno načelo pokazuje da se francuski zakonodavac „izborio“ sa teškoćama definisanja psihičkog uznemiravanja na mudar i interesantan način, budući da je zakonom (koji je integrisan u Zakonik o radu) zabranio psihičko uznemiravanje, bez upuštanja u definisanje ponašanja kojim se ono uspostavlja.<sup>22</sup> Centralna uloga ponavljanja, tj. učestalosti određenog ponašanja u uspostavljanju uznemiravanja istaknuta je i u belgijskom Zakonu o zaštiti od nasilja i psihičkog ili seksualnog uznemiravanja na radu, kojim je utvrđeno da psihičko uznemiravanje uspostavljaju „protivpravna i ponavljana vladanja ma kog porekla, izvan ili unutar preduzeća ili ustanove, koja se naročito izražavaju ponašanjem, rečima, zastrašivanjem, radnjama, gestovima i jednostranim aktima, a koja imaju za cilj ili za posledicu napad na ličnost, dostojanstvo ili fizički ili psihički integritet radnika ili drugog lica na koje se primenjuje ovo poglavlje (Zakona – Lj. K.), ugrožavanje njegovog radnog odnosa ili stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja“.<sup>23</sup>

18 Potrtavajući to što su u francuskom pravu, konture pojma psihičkog uznemiravanja na radu precizno povučene, upravo, u odlukama prvostepenih sudova, Mazo definiše psihičko uznemiravanje na radu kao „povredu dostojanstva koja se rađa iz povezanosti i ponavljanja određenog broja stvarnih elemenata koje sudije suvereno procenjuju“. Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2006, str. 312.

19 Ordinance of the National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against victimization at work adopted 21<sup>st</sup> September 1993, AFS 1993:17, član 1, <http://bullyonline.org/old/action/victwork.htm>, 15. mart 2016. godine; za kritičko razmatranje sadržine i domašaja ovog akta vid. u Helge Hoelt, Ståle Einarsen, „The Swedish Ordinance Against Victimization At Work: a critical assessment“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010, str. 225–249.

20 Loi n° 2002–73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*Journal Officiel RF*, n° 15 du 18 janvier 2002, str. 1008).

21 Code du travail, član L.1152–1.

22 P. Ravisoy, *op. cit.*, str. 56–57. Za solidnu analizu francuskog zakonodavstva i prakse u ovoj oblasti vid. u Loïc Lerouget, „Moral harassment in the workplace: French law and European perspectives“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010, str. 109–152.

23 Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (*Moniteur belge* du 22 juin 2002). Ovaj zakon predstavlja novelu Zakona o dobrobiti

Sa druge strane, izvori radnog prava međunarodnog porekla uređuju predmetnu materiju samo posredno, kao integralni deo zaštite bezbednosti i zdravlja na radu i prava zaposlenih na dostojanstvo. Izuzetak, u tom smislu, predstavlja Revidirana evropska socijalna povelja, koja izričito zabranjuje psihičko uznemiravanje na radu, i to, kao povredu prava na dostojanstvo.<sup>24</sup> U smislu ovog akta Saveta Evrope, uznemiravanje na radu se, naime, definiše kao „ponavljano neprihvatljivo ili izrazito negativno i uvredljivo ponašanje protiv pojedinih radnika na radnom mestu ili u vezi sa poslom“.<sup>25</sup> Sa druge strane, evropski socijalni partneri su na nivou Evropske unije, zaključili Okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu, kojim je predmetni pojam određen kao neprihvatljivo ponašanje jednog ili više radnika ili menadžera koje ima za cilj ili posledicu povredu dostojanstva određenog menadžera ili radnika, uticaj na njegovo zdravlje i/ili stvaranje neprijateljskog radnog okruženja, a, koje nastaje usled ponavljano i namernog zlostavljanja, zastrašivanja i/ili ponižavanja jednog ili više radnika ili menadžera u okolnostima koje se odnose na rad.<sup>26</sup>

Interesantno je primetiti da uznemiravanje na radu predstavlja kategoriju novijeg datuma u društvenim naukama, te da naučna i stručna literatura ne baštine opšteprihvaćenu definiciju ovog pojma ni u vanpravnim naučnim oblastima. Na slučajeve psihičkog uznemiravanja na radu je, naime, prvi put ukazano 1976. godine,<sup>27</sup> dok je osnovna obeležja i posledice ponašanja kojima se ono uspostavlja prvi identifikovao i naučno obradio psiholog Heinz Leymann, deceniju kasnije. On i mnogi autori koji su se posle njega, sa manje ili više uspeha, bavili pitanjem psihičkog uznemiravanja na radu pokušali su da definišu ovaj pojam. Tako se Leymann odlučio da ga odredi kao „neprijateljsku i neetičku komunikaciju jednog ili više lica sa trećim licem, koja se preduzima sistematski, dovodeći potonje lice u bespomoćan položaj, u kojem ne može da se odbrani i u kojem ga drže putem neprekidnog maltretiranja“.<sup>28</sup> Iz tako određenog pojma psihičkog uznemiravanja su, pritom, isključeni privremeni sukobi, koji mogu nastati u radnoj okolini, dok posmatrane pojedinačno, aktivnosti koje preduzima nosilac uznemiravanja, po pravilu, nemaju

---

radnika na radu, zbog čega je navedena definicija sadržana u potonjem zakonu (Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *Moniteur belge* du 18 septembre 1996, član 32ter, tačka 2).

- 24 Revidirana evropska socijalna povelja (*Službeni glasnik RS*, broj 42/09), član 26, stav 2. Odgovarajuća ugovorna obaveza *ne* podrazumeva, međutim, i usvajanje posebnih zakona kojima bi bilo zabranjeno psihičko (i seksualno) uznemiravanje na radu (Dodatak uz Revidiranu evropsku socijalnu povelju, član 26, stav 1).
- 25 Prema tumačenju Evropskog komiteta za socijalna prava, ovako široka definicija „pokriva“ različita ponižavajuća ponašanja, koja ne mogu biti iscrpno navedena. Mariann Arany Tóth, „The right to dignity at work: Reflections on article 26 of the Revised European Social Charter“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 29, 2008, str. 307.
- 26 BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC Framework agreement on harassment and violence at work of 26 April 2007, tačka 3.
- 27 Carrol M. Brodsky, *The harassed worker*, Lexington Books, Toronto, 1976, nav. prema: C. Rayner, C. Cooper, „Workplace bullying“, u: E. Kevin Kelloway, Julian Barling, Joseph J. Hurrell, Jr. (eds.), *Handbook of workplace violence*, SAGE Publications, 2006, [http://www.sage-ereference.com/hdbk\\_workviolence/Article\\_n7.html](http://www.sage-ereference.com/hdbk_workviolence/Article_n7.html), 5. april 2010.
- 28 Heinz Leymann, odrednica „The definition of mobbing at workplaces“, u: Heinz Leymann, *The Mobbing Encyclopaedia*, <http://www.leymann.se/English/12100e.htm>, 4. maj 2006.

negativan karakter, već njihov sadržaj i značenje menjaju njihova učestalost i dugotrajnost, zbog kojih uznemiravanje može da prouzrokuje značajne mentalne, psihosomatske i socijalne patnje. Uočeni elementi uznemiravanja istaknuti su i u definiciji psihijatra Marie-France Hirigoyen („svako nekorektno ponašanje koje može da povredi ličnost, dostojanstvo, fizički ili psihički integritet nekog lica, ugrožavanjem njegovog zaposlenja ili degradiranjem radne atmosfere“).<sup>29</sup> Ipak, čini se da ni jedna od predloženih vanpravnih definicija nije u potpunosti zadovoljavajuća.<sup>30</sup> Ista ocena može se ponoviti i u pogledu pravne literature, u kojoj dominira uzdržavanje od određivanja pravnog pojma psihičkog uznemiravanja na radu ili upućivanje na psihološke ili sociološke definicije psihičkog uznemiravanja,<sup>31</sup> dok se značajan broj autora opredeljuje za reprodukciju zakonskih definicija ovog pojma.

### 3. BITNI I DRUGI ELEMENTI POJMA ZLOSTAVLJANJA NA RADU U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

U pravu Republike Srbije, osnov za uređivanje psihičkog uznemiravanja na radu čini ustavna garantija nepovredivosti ljudskog dostojanstva i prava na poštovanje dostojanstva na radu.<sup>32</sup> Ona se može razumeti i kao posredna zabrana uznemiravanja na radu, budući da ponašanje kojim se uspostavlja uznemiravanje povređuje dostojanstvo adresata. Posredna zabrana psihičkog uznemiravanja proizlazi i iz odredaba Zakona o radu kojima je potvrđeno pravo na zaštitu ličnog integriteta, dostojanstva ličnosti i bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu,<sup>33</sup> kao i iz odredaba Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu,<sup>34</sup> dok je Zakonom o državnim služ-

29 Marie-France Hirigoyen, *Le Harcèlement moral: la violence perverse au quotidien*, Syros, Paris, 1998, str. 55, nav. prema: Paul Bouaziz, „Harcèlement moral dans les relation de travail. Essai d'approche juridique“, *Droit ouvrier*, mai 2000, str. 207.

30 Ph. Ravisy, *op. cit.*, str. 56.

31 Tako, primera radi, profesor Lubarda, očigledno inspirisan Lejmanovom definicijom mobinga, određuje ovaj pojam kao „način ponašanja na mestima rada kojim jedno lice (ređe) ili više (grupa) lica (po pravilu, više od četiri lica) – drugih zaposlenih, nadređenih (ređe podređenih) sistematski psihički zlostavlja ili zastrašuje drugo lice, u relativno dužem periodu (gotovo svakodnevno ili periodično više meseci), s namerom da se zaposlenom ospore profesionalni ugled i moralni integritet – profesionalno i ljudsko dostojanstvo (svojevrсна stigmatizacija, 'agresivna manipulacija'), u (relativno) dužem periodu, sa ciljem stvaranja nepodnošljivih uslova rada (neprijateljskog i neetičkog okruženja, komunikacije), pri čemu se žrtva mobinga nalazi u gotovo bespomoćnom položaju, kako bi sam zaposleni otkazao radni odnos, čime se izbegava isplata naknade zbog otpuštanja od strane poslodavca (iz ekonomskih razloga), kao i mogućnost vođenja radnog spora“. Branko Lubarda, „Mobing/buling na radu: Zlostavljanje/zastrašivanje na radu – pravni aspekt, uz osvrt na medicinske, psihosocijalne i ekonomske aspekte“, u: Stevan Lilić (prir.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 69.

32 Ustav Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/06), član 23, stav 1 i član 60, stav 4.

33 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14), član 12, stav 1, član 16 tačka 2, i član 80.

34 Odredbama ovog zakona sadržina prava na bezbednost i zdravlje na radu određena je kao „obebeđivanje takvih uslova na radu kojima se, u najvećoj mogućoj meri, smanjuju povrede na radu, profesionalna oboljenja i oboljenja u vezi sa radom i koji pretežno stvaraju pretpostavku za puno fizičko, psihičko i socijalno blagostanje zaposlenih“. Zakonodavac se, pritom, opredeljuje i za ši-



benicima, pored prava na uslove rada koji ne ugrožavaju život i zdravlje, državnim službenicima priznato i pravo na zaštitu od pretnji, napada i svih vrsta ugrožavanja bezbednosti na radu.<sup>35</sup> Ove garantije upotpunjene su i osnažene usvajanjem Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu i pratećeg pravilnika, kao akata koji za isključivi predmet regulisanja imaju ključne aspekte sprečavanja zlostavljanja na radu i zaštite adresata zlostavljanja.<sup>36</sup>

Pritom, valja imati u vidu da se u stranoj pravnoj terminologiji, za označavanje psihičkog uznemiravanja na radu koriste brojni izrazi među kojima dominiraju termini „mobing“ (*mobbing*) i „buling“ (*bullying*).<sup>37</sup> U uporednom pravu, ovi izrazi se, pritom, ne koriste kao zakonski izrazi, već je ta uloga, redovno, poverena izrazu „psihičko uznemiravanje“ (eng. *moral harassment*, fr. *harcèlement moral*), koji sugeriše da se određeno ponašanje sastoji u uzrujavanju nekog lica neprijatnim postupcima koji se ponavljaju, po pravilu, u dužem vremenskom periodu, što ima za posledicu povredu njegove dobrobiti. Domaći zakonodavac se, međutim, opredelio za izraz „zlostavljanje na radu“, čija je upotreba, čini se, primerena samo nekim, i to, najtežim oblicima psihičkog uznemiravanja.<sup>38</sup> Kako označava rđavo ili nečovečno ponašanje prema drugom, odnosno mučenje i malteriranje drugog, izraz „zlostavljanje“ se, naime, ne čini prihvatljivim za označavanje brojnih slučajeva uznemiravanja na radu, naročito onih koji se uspostavljaju ponašanjem koje, kada se posmatra izolovano, nije dovoljno ozbiljno za ovako ozbiljnu kvalifikaciju, premda, u nekim slučajevima, i sistematsko ponavljanje naizgled bezazlenog ponašanja, odista, može da se pretvori u maltretiranje (dakle, u „zlostavljanje“ /eng. *abuse, ill-treatment*, fr. *maltraitement*/). Ovo tim pre što su Zakonom o radu izričito zabranjeni „uznemiravanje“ i „seksualno uznemiravanje“,<sup>39</sup> kao posebni oblici diskriminacije koji se uspostavljaju na vrlo sličan način i proizvode slične štetne posledice kao i „zlostavljanje na radu“ iz Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu (ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva zaposlenog, a izaziva strah ili stvara neprijateljsko,

---

roku koncepciju radne okoline, koja ne obuhvata samo radna mesta, radne uslove i radne postupke, već i *odnose u procesu rada*. To, dalje, znači da radna okolina uključuje i odgovarajuće mentalne, psiho-socijalne i socijalne komponente, zbog čega se integralnim delom garantije prava na bezbednost i zdravlje na radu može smatrati i zabrana zlostavljanja na radu. Vid. Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 101/2005 i 91/2015), član 4, tač. 4 i 7.

35 Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 i 99/2014), član 12.

36 Više o povezanosti merodavnih propisa od značaja za ovu oblast vid. u: Predrag Jovanović, „Normativni okviri mobinga“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2008, posebno str. 59–68.

37 Oba termina vode poreklo iz engleskog jezika (*to mob* – nasrtati u masi; *to bully* – zastrašivati), a koriste se i u pravnoj terminologiji država koje u svom jeziku imaju odgovarajuće izraze za pojam psihičko uznemiravanje na radu (npr. u Italiji /*molestie psicologiche*/, Portugalu /*coacção moral*/, Francuskoj /*harcèlement moral*/, Španiji /*acoso/maltrato psicológico*/). Termin mobing se, pritom, najčešće upotrebljava u Švedskoj, Nemačkoj i Italiji, dok u državama engleskog govornog područja nailazimo na široku upotrebu termina buling. Nav. prema: V. Di Martino, H. Hoel, C. L. Cooper, *op. cit.*, str. 6.

38 Moguće je, međutim, i drugačije shvatanje ovog pojma („svako ponašanje koje odstupa od razumnog ponašanja i uključuje zloupotrebu fizičke ili psihološke snage“). Duncan Chappell, Vittorio Di Martino, *Violence at work*, Third edition, International Labour Office, Geneva, 2006, str. 30.

39 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14), član 21.

ponižavajuće ili uvredljivo okruženje), uz razumljivu razliku koja se tiče motiva za preduzimanje određenog ponašanja. Stoga nam se termin „psihičko uznemiravanje“ čini prihvatljivijim, iako je od pitanja terminologije, svakako, važnije pitanje značenja odgovarajućeg pojma. Ovo, posebno, stoga što njegova zakonska definicija mora biti dovoljno fleksibilna da obuhvati najrazličitije oblike ponašanja.

Srpski zakonodavac se, pritom, odlučio za definiciju zlostavljanja na radu koja je vrlo slična citiranoj definiciji uznemiravanja na radu iz belgijskog prava: *‘svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a, koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor’,* odnosno kao podsticanje ili navođenje drugih na takvo ponašanje.<sup>40</sup>

Analiza zakonske definicije zlostavljanja na radu pokazuje da se kao najvažniji elementi ponašanja kojim se ono uspostavlja mogu uočiti: a) ponavljanje, odnosno učestalost određenog ponašanja; b) (negativan) uticaj određenog ponašanja na ličnost (dostojanstvo, ugled, /lični i profesionalni/ integritet, zdravlje) i položaj zaposlenog, odnosno na njegovo radno okruženje.<sup>41</sup>

### 3.1. Adresati i izvršioci zlostavljanja na radu

Zlostavljanje na radu pretpostavlja najmanje dva učesnika – izvršioca i adresata zlostavljanja. U ulozi izvršioca zlostavljanja se, pritom, mogu naći poslodavac sa svojstvom fizičkog lica, odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, kao i zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca.<sup>42</sup> S tim u vezi, valja imati u vidu da zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju može da podnese tužbu pred nadležnim sudom samo protiv poslodavca.<sup>43</sup> Zakonodavac, naime, smatra da samo poslodavac može biti tužen u ovoj vrsti sporova, tj. da fizičko lice koje je preduzimalo ponašanje koje se može kvalifikovati kao zlostavljanje na radu ne može biti pasivno legitimisano, premda je u dosadašnjoj praksi domaćih sudova, uz poslodavca, u par navrata, bio tužen i nosilac zlostavljanja.<sup>44</sup> Iako se ovakvo zakonsko rešenje može braniti u svetlu poslodavčeve obaveze da obezbedi bezbedne i zdrave

40 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10), član 6, st. 1–2.

41 Drugačije rezonuje profesor Lubarda uočavajući sledeće bitne elemente mobinga: „a) zlostavljanje ili zastrašivanje od strane jednog ili (češće) više lica na sistematski način; b) zlostavljanje se odvija u dužem vremenskom periodu na učestali način (po nekim autorima najmanje šest meseci, jednom nedeljno); v) cilj zlostavljanja jeste da se zaposleni nađe u situaciji produženog stresa, usled nepodnošljivog radnog okruženja, kako bi sam otkazao radni odnos“. B. Lubarda, *Mobing/bulging na radu: Zlostavljanje/zastrašivanje na radu – pravni aspekt, uz osvrt na medicinske, psihosocijalne i ekonomske aspekte*, op. cit., str. 70.

42 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10), član 6, stav 3.

43 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10), član 29, stav 1.

44 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž1. 2332/12, od 23. avgusta 2012. godine; Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 687/12, od 27. decembra 2012. godine. Nav. prema Mirjana Popović, *Diskriminacija i mobing u sudskoj praksi*, Glosarium, Beograd, 2014, str. 64.

uslove rada<sup>45</sup> i zaštiti dostojanstvo zaposlenog na radu, prihvatljivijim se čini rešenje koje poznaju neka strana prava, a, prema kojem su pasivno legitimisani i poslodavac i izvršilac zlostavljanja. Poslodavac, pritom, može biti odgovoran za zlostavljanje na radu, samo ako je znao ili morao znati da ono postoji u radnoj sredini, ali, i pored toga, nije preduzeo sve neophodne mere da se zlostavljanje spreči ili zaustavi, odnosno da se svede na najmanju moguću meru.

Sa druge strane, *adresat zlostavljanja* je zaposleni ili grupa zaposlenih u opštem ili posebnom režimu radnih odnosa protiv kojeg je upereno određeno ponašanje. Interesantno je uočiti da se u, smislu odredaba Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, zaposlenim ne smatraju samo lica koja su zasnovala radni odnos, već i „lica angažovana van radnog odnosa, kao što su lica koja obavljaju privremene i povremene poslove ili poslove po ugovoru o delu ili drugom ugovoru, lica na dopunskom radu, lica na stručnom osposobljavanju i usavršavanju kod poslodavca bez zasnivanja radnog odnosa, volonteri i svako drugo lice koje po bilo kom osnovu učestvuje u radu poslodavca“.<sup>46</sup> Reč je, dakle, o licima koja rade za poslodavca van radnog odnosa i koja su, u smislu zaštite od zlostavljanja, izjednačena sa zaposlenima. S tim u vezi, treba imati u vidu da zaposleni ostvaruje svoja isključiva ili pretežna sredstva za izdržavanje radeći pod vlašću poslodavca, zbog čega radno pravo nastoji da svojim normama zaštititi slabiju stranu radnog odnosa. Za razliku od zaposlenih, lica koja rade za drugog van radnog odnosa uživaju ekonomsku i pravnu nezavisnost, koja je nespojiva sa posebnom zaštitom, iako je pojava novih oblika rada ublažila oštrinu linije koja razgraničava zavisni i nezavisni rad. To naročito vredi za rad samozaposlenih lica koja ostvaruju pretežna sredstva za izdržavanje na osnovu rada za jednog naručioca posla. Premda u većini država, ovi tzv. ekonomski zavisni radnici ne uživaju nikakvu ili značajniju zaštitu, postoje i pravni sistemi u kojima su oni asimilovani u subjekte radnog prava ili su im priuštene određene zaštitne mere, što redovno uključuje i zaštitu od uznemiravanja na radu.<sup>47</sup> Tako je i srpski zako-

45 Više o pravnoj prirodi ove poslodavčeve obaveze i o obavezi sigurnosti, kao njenom ishodištu, vid. u: Patrick Morvan, „*Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel incombe à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs“, str. 674–686.

46 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10), član 2.

47 Reč je, naime, o *selektivnom proširenju radnopravne zaštite* koje pretpostavlja da se, i pored očuvanja tradicionalnog „zatvorenog“ razlikovanja zavisnog i nezavisnog rada, obezbeđuju pojedine zaštitne mere u korist samozaposlenih lica, posebno, u pogledu zabrane diskriminacije i zaštite bezbednosti i zdravlju na radu, te pravâ na ograničeno radno vreme i minimalnu naknadu za rad. Za razliku od ovog rešenja, malobrojne zapadnoevropske države izričito izdavaju kategoriju ekonomski zavisnog rada i postepeno obezbeđuju pojedine aspekte radnopravne zaštite u korist lica koja ga obavljaju. Tako je, primera radi, u Nemačkoj, ekonomski zavisnim radnicima priznato pravo na bezbednost i zdravlje na radu i zaštitu od seksualnog uznemiravanja na radu, dok su tzv. parasubordiniranim radnicima u Italiji priznata određena prava u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu. Ekonomski zavisni radnici uživaju pojedine aspekte radnopravne zaštite i u Španiji (pravo na kolektivno pregovaranje i zaštita od neopravdanog otkaza), Austriji (zaštita pred sudovima za radne sporove i zabrana diskriminacije), Portugalu (zabrana diskriminacije i zaštita bezbednosti i zdravlju) i Holandiji (minimalna naknada za rad i zaštita za slučaj otkaza iz ekonomskih razloga). Isto vredi i za Sloveniju u čiji je pravni sistem, nedavno, uveden pojam ekonomski zavisnih lica, koja uživaju zaštitu od diskriminacije i neopravdanog otkaza i garantiju naknade za uporedivi rad. Pritom, valja imati u vidu da, i pored razlika koje u ovim država-

nodavac, i pored dosledne primene klasičnog, binarnog modela uređivanja rada za drugog (zavisni rad – nezavisni rad), priuštio pojedine aspekte radnopravne zaštite i samozaposlenim licima i to u pogledu zaštite bezbednosti i zdravlja na radu<sup>48</sup>, zaštite od diskriminacije na radu<sup>49</sup> i zaštite od zlostavljanja na radu. Takvo zakonsko rešenje je izuzetno napredno i zaslužuje svaku pohvalu, budući da se dovoljna zaštita ekonomski zavisnih radnika od zloupotreba naručilaca poslova ne može obezbediti pozivanjem na načelo savesnosti i poštenja i druga opšta pravna načela.<sup>50</sup> Ovo stoga što oslanjanje na ova pravna načela, pored pravne nesigurnosti, prati i rizik nedovoljne i nedelotvorne zaštite svih ekonomski zavisnih radnika.<sup>51</sup> Takva zaštita pretpostavlja zakonsku intervenciju, jer, u suprotnom postoji rizik da će pojedini naručiocu posla biti u prilici da ostvaruju konkurentsku prednost na tržištu na račun ekonomski slabijih subjekata i zloupotrebe njihove zavisnosti.<sup>52</sup> Ovo tim pre što se zadovoljavajuća zaštita ne može obezbediti ni u postupku kolektivnog pregovaranja, posebno ako se imaju u vidu teškoće koje prate sindikalno organizovanje i delovanje ekonomski zavisnih radnika.<sup>53</sup> Osim toga, obezbeđivanje elementarne zaštite samozaposlenih lica na radu nalazi se na istom fonu kao i predlog o stvaranju jednog *čvrstog jezgra socijalnih prava* koja bi bila priznata *svim* radnicima, s tim što bi, pored ovog kataloga fundamentalnih prava, bile izdvojene i različite grupe prava koja

---

ma, postoje u pogledu obima i vrste zaštite ekonomski zavisnih radnika, njeno ostvarivanje prati problem izostanka jasnih kriterijuma za selektivno proširenje područja primene radnog zakonodavstva, kao i problem nedelotvornosti sankcija kojima su zaprećene povrede odgovarajućih zakonskih normi. Adalberto Perulli, *Subordinate, autonomous and economically dependent work: a comparative analysis of selected European countries*, u: Giuseppe Casale (ed.), „The employment relationship: A comparative overview“, Hart Publishing – International Labour Office, Oxford & Portland, Oregon/Geneva, 2011, str. 185; više o ovom pitanju vid. u: Ljubinka Kovačević, „Personalno područje primene radnog zakonodavstva – (ne)pouzdanost kriterijumâ za kvalifikaciju subjekata radnopravne zaštite“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, god. LXVI, broj 152 (3/2015), str. 505–519.

- 48 Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 101/05 i 91/2015), član 4, tačka 1.
- 49 Zakon o zabrani diskriminacije (*Službeni glasnik RS*, broj 22/09), član 16, stav 1; Zakon o ravnopravnosti polova (*Službeni glasnik RS*, broj 104/09), član 15.
- 50 Ovo tim pre što ciljevi skorašnjih reformi srpskog radnog prava ne uključuju zaštitu lica koja rade van radnog odnosa. To, naročito, vredi za nastojanje da se, posredstvom fleksibilnijeg uređivanja i organizacije rada, utiče na snižavanje troškova rada, povećanje stranih investicija i podsticanje zapošljavanja. Takođe, proširivanje zaštite ekonomski zavisnih radnika ne podrazumevaju ni naponi usmereni na usklađivanje domaćeg zakonodavstva sa pravom Evropske unije, budući da su izvori radnog prava Unije usmereni isključivo na unapređenje zaštite zaposlenih, čime se još oštrije podcrtava linija razgraničenja između zaposlenih i samozaposlenih lica.
- 51 Neki autori, suprotno, veruju da je zaštita zasnovana na primeni opštih pravnih načela više nego dovoljna i da zbog toga nije potrebno proširivati krug subjekata radnopravne zaštite pojedinim kategorijama samozaposlenih lica. Adalberto Perulli, *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects. Study for the European Commission*, 2003, str. 112.
- 52 *Ibid.*, str. 116.
- 53 Kao izuzetak se može navesti Poseban kolektivni ugovor za radno angažovanje estradno-muzičkih umetnika i izvođača u ugostiteljstvu, diskografiji i koncertnoj delatnosti (*Službeni glasnik RS*, broj 42/07), koji licima angažovanim na osnovu ugovora o izvođačkom radu, pored, značajne garantije ekonomske sigurnosti (pravila o ceni rada), prava na nedeljni odmor i zaštitu bezbednosti i zdravlja na radu, garantuje i zaštitu od zlostavljanja na radu.

bi bila obezbeđena samo pojedinim kategorijama radnika, srazmerno stepenu zavisnosti njihovog rada.<sup>54</sup> U tom smislu, moguće je primetiti da ovaj predlog odgovara *konceptiji pristojnog rada*, budući da i ona zahteva da se svim radnicima, bez obzira na njihov radnopravni status, moraju obezbediti uslovi rada dostojni čoveka, počevši od pravične naknade za rad, preko suzbijanja diskriminacije i uznemiravanja na radu i zaštite bezbednosti i zdravlja na radu, do utvrđivanja rasporeda radnog vremena na način da se njime značajnije ne ograničava pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.<sup>55</sup>

Primetimo, najzad, i to da se sve što je do sada rečeno odnosilo na slučajeve zlostavljanja na radu u kojima učestvuju članovi jednog privrednog društva, državnog organa, ustanove ili druge radne sredine. U uporednom i evropskom pravu postoji, međutim, težnja da se pojam psihičkog uznemiravanja na radu proširi i na slučajeve u kojima nosilac uznemiravanja nije član određene radne sredine, već lice koje je u njoj prisutno po nekom drugom osnovu, posebno ako je reč o poslodavčevim klijentima.<sup>56</sup> Premda su posledice uznemiravanja koje preduzimaju treća lica jednako štetne po dostojanstvo, bezbednost i zdravlje zaposlenih, kao i posledice uznemiravanja čiji su nosioci drugi zaposleni ili poslodavac, valja imati u vidu da uznemiravanje zaposlenih od strane trećih lica odlikuje niz osobenosti koje pretpostavljaju i poseban pravni režim. O tome, između ostalog, svedoče i Smernice evropskih socijalnih partnera o zaštiti radnika od nasilja i uznemiravanja od strane trećih lica.<sup>57</sup> Ova tendencija širenja pojma uznemiravanja na radu još nije prepoznata u domaćem pravu, osim kada je reč o Zakonu o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, koji izričito zabranjuje svaki oblik nasilja i zlostavljanja nastavnika, vaspitača, stručnog saradnika i drugih zaposlenih od strane učenika i njihovih roditelja ili staratelja.<sup>58</sup>

54 Michele Tiraboschi, Maurizio Del Conte, *Employment contract: Disputes on definition in the changing Italian labour law*, u: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.), „The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment / The scope of labour law and the notion of employees“, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, str. 153–154. Ipak, valja imati u vidu da je i ovaj predlog skopčan sa određenim izazovima, od kojih je najozbiljniji pravilno i pravično utvrđivanje kataloga fundamentalnih prava svih radnika.

55 Ovo tim pre što je opravdano očekivati da bi priznavanje određenih prava u korist nezavisnih radnika moglo uticati i na delotvorniju zaštitu zaposlenih. Jeffrey Sack, Emma Phillips, Hugo Léal-Neri, „Protecting workers in a changing workworld: the growth of precarious employment in Canada, the United States and Mexico“, u: Giuseppe Casale (ed.), *The employment relationship: A comparative overview*, Hart Publishing – International Labour Office, Oxford/Portland, Oregon/Geneva, 2011, str. 259–260.

56 Zavisno od statusa nosioca uznemiravanja, u literaturi se pravi razlika između internog i eksternog uznemiravanja na radu: prvo preduzima član određenog privrednog društva ili ustanove, dok se u ulozi izvršioca eksternog uznemiravanja pojavljuju treća lica sa kojima zaposleni dolaze u kontakt prilikom obavljanja radnih zadataka, a što je, naročito značajno za zaštitu posebno ugroženih kategorija radnika, poput konobara ili prosvetnih i zdravstvenih radnika. P. Ravisy, *op. cit.*, str. 59. i dalje.

57 EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce, CoESS Multi-sectoral guidelines to tackle third-party violence and harassment related to work, 16 July 2010.

58 Videti: Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja (*Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 52/11, 55/13, 35/15 i 68/15), član 45.

### 3.2. Raznovrsnost ponašanja kojima se uspostavlja zlostavljanje i problem njihovog razgraničenja od drugih nedopuštenih ponašanja

Zlostavljanje na radu se može uspostaviti najrazličitijim oblicima verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja, koje utiče na komunikaciju i druge socijalne kontakte zaposlenog (npr. sistematično isključivanje iz razgovora o organizaciji rada u kojima su svi zaposleni pozvani da učestvuju), ili na njegov ugled (širenje glasina o zaposlenom, zbijanje šala na njegov račun i sl.), ali se može sastojati i u stalnom neopravdanom kritikovanju zaposlenog, nedodeljivanju radnih zadataka i oduzimanju sredstava za rad ili u određivanju zadataka koji ne odgovaraju sposobnostima zaposlenog, bilo zato što su odviše jednostavni ili su preteški i zahtevaju radne sposobnosti koje on ne poseduje. Tako se, primera radi, u stranoj sudskoj praksi, kao psihičko uznemiravanje na radu može kvalifikovati ponašanje poslodavca prema električaru, koje je započelo serijom zadirivanja, nakon čega mu je povereno da, umesto ranijih poslova na gradilištu, meri otpatke od žica i izdvaja i broji, jedan po jedan, šrafove i tiplove u skladištu u kojem nije bilo uvedeno grejanje.<sup>59</sup> Kao psihičko uznemiravanje je, s pravom, kvalifikovano i narušavanje psihičkog zdravlja zaposlene koje je nastalo kao posledica njenog šestostrukog premeštaja u drugo (geografsko) mesto rada, pri čemu premeštaj nije bio opravdan organizacionim razlozima, već je usledio neposredno nakon izbora zaposlene za radničkog predstavnika.<sup>60</sup> Ovo tim pre što pre tog izbora, zaposlena nikada nije upućivana u drugo mesto rada, što je poslodavac, nakon svakog premeštaja, zapošljavao drugo lice na posao sa kojeg je zaposlena bila premeštena, ali i usvojio novelu pravilnika o radu kojom je kao teža povreda radne obaveze bio predviđen slučaj u kojem se nalazila zaposlena, ne bi li se omogućila derogacija pravila o zaštiti radničkih predstavnika za slučaj otkaza! I domaća sudska praksa baštini primere zlostavljanja na radu koje je povezano sa premeštajem na drugi posao, s tim što su, u ovim slučajevima, sudovi prevideli potrebu da se povuče linija razgraničenja između zlostavljanja na radu i diskriminatorskog uznemiravanja. Premda je reč o sporovima koji su nastali pre stupanja na snagu Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, ne može biti opravdanja za mešanje ovih dvaju instituta, čime se dodatno podcrtava potreba za povlačenjem što preciznijih kontura pojma zlostavljanja na radu i, naročito, za njegovim razgraničenjem od diskriminacije. Jedan od ovih slučajeva se, tako, ticao zaposlene koja je, pošto je sudskom odlukom poništen otkaz koji joj je dao poslodavac, vraćena na rad, a, zatim je zaključila aneks ugovora o radu, radi premeštaja na posao majstora stolara u odeljenju za ručnu i mašinsku obradu drveta.<sup>61</sup> Aneksom ugovora bilo je predviđeno i to da će, po nalogu direktora ili zamenika direktora, zaposlena, u skladu sa svojim znanjem i sposobnostima, obavljati i radne zadatke van prostorija poslodavca, ako to bude bilo neophodno. Po njenom vraćanju na

59 Arrêt de Tribunal de Grand Instance de Caen, 10 février 1998, nav. prema P. Bouaziz, *op. cit.*, str. 201–202.

60 Arrêt de Tribunal du travail de Tongres, 28 juin 2007, RG 2946/05, nav. prema: Extraits des décisions des Cours et Tribunaux du travail rendues jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, str. 14.

61 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2, 321/12, od 27. juna 2012. godine, nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 70.

rad, poslodavac je zahtevao od zaposlene da vadi eksere iz paleta koje su se nalazile van prostora za obradu drveta, što je ona odbijala da radi i zbog čega joj je poslodavac dao („novi“) otkaz, sa obrazloženjem da je neizvršavanjem radnih naloga prouzrokovala poremećaj u procesu rada. S tim u vezi, otvorilo se pitanje da li tako izmenjen ugovor o radu podrazumeva i obavezu zaposlene da obavlja bilo koje zadatke, uključujući i zadatke nekvalifikovanog radnika koji nisu u vezi sa ručnom ili mašinskom obradom drveta, posebno što to nije zahtevano u nekim vanrednim okolnostima, u kojima bi inače bio dopušten privremeni premeštaj na drugi posao na osnovu jednostrane odluke poslodavca. Sud je zaključio da je poslodavac povredio dostojanstvo zaposlene zahtevajući od nje da izvršava naloge koji su se odnosili na obavljanje posla nižeg stepena složenosti, odnosno propustivši da je delotvorno uključi u radni proces: „reintegracija radnika bez faktičkog i aktivnog uključivanja u proces rada predstavlja takozvani mobing ‘praznog stola’ odnosno specifični oblik psihičkog zlostavljanja i šikaniranja na radu“.62 Premda se ovakvo rezonovanje Suda čini prihvatljivim, ne može se prihvatiti to što je Sud kvalifikovao ovo ponašanje kao diskriminatorско uznemiravanje predviđeno članom 21 Zakona o radu. Isto vredi i za presudu Vrhovnog kasacionog suda kojom su kao „mobing i diskriminacija“ zaposlene u jednoj zdravstvenoj ustanovi kvalifikovani uskraćivanje prava na slobodne dane, dodeljivanje većeg broja pacijenata, isključivanje iz dopunskog rada, onemogućavanje zaposlene da iznese mišljenje na jutarnjim sastancima, obraćanje zaposlenoj uz viku i pretnju, njeno omalovažavanje pred kolegama i pacijentima i neprihvatljiva neverbalna komunikacija sa zaposlenom (unošenje u lice, mahanje rukama i papirima ispred njenog lica i sl.).63 Premda bi ovakvo ponašanje moglo predstavljati i diskriminatorско uznemiravanje, takva kvalifikacija nije moguća, ako određeno činjenje ili nečinjenje nije motivisano svojstvom ili statusom zaposlene koji čini osnov diskriminacije, što u ovom predmetu nije bio slučaj i zbog čega, posledično, i nije bilo mesta kvalifikaciji diskriminacije. U tom smislu se dovoljno uverljivim ne čini objašnjenje da je „i kod mobinga i kod diskriminacije prisutno u osnovi nedopušteno i neopravdano različito postupanje u odnosu na grupu ili pojedinca čije se pravo vređa“.64 Ono što suštinski razlikuje zlostavljanje na radu od diskriminacije jeste, upravo, to što u prvom slučaju, poslodavac ne preduzima određenu radnju prema zaposlenom zbog nekog njegovog ličnog svojstva koje čini osnov diskriminacije, kao ni zbog stereotipa koji se vezuju za ta svojstva. S tim u vezi, valja primetiti i to da se odredbe Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, kao i odredbe Pravilnika koje doprinose njegovom sprovođenju, primenjuju i na slučajeve seksualnog uznemiravanja, što izaziva dodatnu zabunu u pogledu kriterijuma za kvalifikaciju seksualnog uznemiravanja, kao posebnog oblika diskriminacije, kao i kriterijuma za razgraničenje zlostavljanja na radu i diskriminatorскоg i seksualnog uznemiravanja.65 Diskriminatorско, seksualno i psihičko uznemiravanje

62 Nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 72.

63 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2, 687/12, od 27. decembra 2012. godine, nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 66.

64 M. Popović, *op. cit.*, str. 66.

65 Vid.: Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10), član 3; Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 62/10), član 13, tačka 5.

na radu predstavljaju, naime, tri slične, ali, različite pojave, koje u praksi mogu biti i povezane. Ipak, osnovnu tačku njihovog razmimoilaženja treba tražiti u razlozima za preduzimanje nedopuštenog ponašanja, zbog čega se samo diskriminatorско i seksualno uznemiravanje, ne i zlostavljanje na radu, mogu kvalifikovati kao posebni oblici diskriminacije.

Kada je, pak, reč o presudama u kojima zlostavljanje na radu nije pogrešno kvalifikovano kao oblik diskriminacije, može se zaključiti da se, pored sračunatog premeštaja zaposlenog na drugi posao za koji je izvesno da će biti ukinut, zlostavljanjem na radu smatra, pre svega, onemogućavanje zaposlenog da obavlja povereni posao. To je, primera radi, bio slučaj sa zaposlenom, koja, po povratku sa godišnjeg odmora, nije mogla da obavlja povereni posao budući da je za njenim stolom sedelo drugo lice, dok joj dokumentacija potrebna za izvršavanje radnih zadataka nije bila dostavljena, ali je, zato, bio uveden sistem evidencije prisustva zaposlenih na poslu, u koji je samo zaposlena bila dužna da se prijavljuje.<sup>66</sup> Osim toga, sudovi redovno kvalifikuju kao zlostavljanje i vikanje na zaposlenog i njegovo vređanje koje se često ponavlja i stvara „povišenu tenziju u radnoj sredini“.<sup>67</sup>

### 3.3. *Ponavljanje određenog ponašanja i (ne)pouzdanost vremenskog kriterijuma*

U pravnoj teoriji i zakonodavstvu opšte je prihvaćen stav da se psihičko uznemiravanje na radu uspostavlja ponavljanjem određenog ponašanja. Otuda, samo jedna izolovana radnja ne može biti kvalifikovana kao zlostavljanje na radu, ma koliko da su ozbiljne njene posledice. Ovaj bitan element zlostavljanja, pritom, valja razumeti kao *učestalo, u nekim slučajevima, i sistematično, preduzimanje uznemiravajućih i ponižavajućih aktivnosti*. Kada se pogledaju zasebno, te aktivnosti mogu izgledati i kao relativno beznačajne, ali se njihova sadržina i značenje menjaju usled učestalog ponavljanja, tako da, akumulacijom, mogu prerasti u neki oblik nasilja. Ponavljajuća priroda uznemiravanja ne mora, međutim, nužno biti ispoljena u odnosu na svako ponašanje ponaosob, već u odnosu na različita ponašanja uzeta zajedno.

S tim u vezi, postavlja se pitanje koliko često, odnosno u kom vremenskom periodu, adresat zlostavljanja treba da bude uznemiravan da bi se smatralo da postoji zlostavljanje na radu? Zakonodavac, s pravom, ne daje odgovor na ovo pitanje, dok se u literaturi ne nudi jedinstveno rešenje, ali se autori slažu da je, redovno, reč o *dužem vremenskom periodu*<sup>68</sup>. To, dalje, znači da široka definicija zlostavljanja na

66 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2, 706/2012, od 6. januara 2013. godine, nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 66.

67 Videti, primera radi, presude Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 245/12, od 14. marta 2012. godine, i Gž1 1104/13, od 10. aprila 2013. godine.

68 Vid. A. Cvetko, *op. cit.*, str. 898. Tako se, primera radi, u jednoj definiciji psihičkog uznemiravanja na radu, ovaj pojam definiše kao uznemiravanje, napadanje ili socijalno isključivanje drugog ili vršenje negativnog uticaja na njegove zadatke, pri čemu određena aktivnost, interakcija ili proces treba da se ponavljaju ili redovno ispoljavaju (npr. jednom nedeljno) tokom određenog vremenskog perioda (npr. perioda dužine oko šest meseci). Ståle Einarsen *et al.*, *The concept of bullying and harassment at work: The European tradition*, u: Ståle Einarsen *et al.*, „Bullying and harassment in the workplace: Development in theory, research and practice“, second edition,



radu prepušta praksi da, u svakom konkretnom slučaju, proceni da li je ispunjen kriterijum kvalifikacije (vremenski uslov) koji se tiče ponavljanja predmetnog ponašanja. U tom smislu, interesantan izvor za analizu predstavlja francuska sudska praksa u kojoj je ne tako davno, različito od uvreženog shvatanja da je za uznemiravanje „potrebno vreme“, prvi put, afrimisan stav da „činjenice koje uspostavljaju psihičko uznemiravanje mogu da se događaju i u jednom vrlo kratkom periodu“<sup>69</sup>.

Srpski sudovi smatraju da se zlostavljanje na radu uspostavlja ponavljanjem određenih ponižavajućih, uvredljivih i neprijateljskih aktivnosti, s tim što *ponavljanjuća priroda zlostavljanja ne mora nužno biti ispoljena u odnosu na svaku pojedinu aktivnost, već zlostavljanje može uspostaviti više istih ili sličnih aktivnosti, među kojima postoji određena veza*. Tako su, primera radi, kao zlostavljanje na radu kvalifikovani zahtevi menadžerke da zaposlena koja radi na održavanju higijene u preduzeću obavlja i njene privatne poslove (peglanje i nošenje na hemijsko čišćenje lične odeće menadžerke), telefonski pozivi u noćnim satima kako bi se zaposlena obavestila da su prozori u preduzeću prljavi, psovanje zaposlene i vikanje na nju, savetovanje kolegama da se ne druže sa zaposlenom, koja se, pritom, naziva pogrđnim imenima i o kojoj se iznose neistine.<sup>70</sup>

Po oceni jednog suda, ponižavajuće radno okruženje stvorio je i direktor koji je po izboru na tu funkciju, premestio zaposlenog u prostoriju koja je izmeštena od prostorija u kojima rade svi ostali zaposleni, a, koja je ranije služila za prihvat lica u stanju hitne socijalne pomoći i koja se nalazi tik do vešernice ispred koje se, inače, odlazu gomile prljavog veša pripremljenog za pranje.<sup>71</sup> Potonja presuda je, pritom, značajna i zbog činjenice da je Sud stao na stanovište da je za uspostavljanje zlostavljanja na radu dovoljna i jedna radnja – raspoređivanje zaposlenog na rad u neodgovarajuću, izolovanu prostoriju, a, isto bi vredelo i da je zaposleni raspoređen da radi u nezdravim uslovima, npr. u prostoriji u kojoj nema dovoljno svetlosti

---

CRC Press / Taylor & Francis, 2011, str. 22, nav. prema: Katherine Lippelt, „The law of workplace bullying: an international overview“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 32, broj 1/2010, str. 2.

69 Ovaj stav je zauzet povodom spora koji je pokrenuo zaposleni zadužen za kupoprodaju oštećenih automobila, kome je, po povratku na rad posle dužeg bolovanja, poslodavac poverio obavljanje sporednih zadataka koji ne odgovaraju poslu za koji je zasnovao radni odnos (sakupljanje ključeva automobila, stavljanje plastičnih cerada, pranje pristiglih automobila i drugi zadaci održavanja). Ovo uprkos tome što je nadležni lekar procenio da je zaposleni sposoban da radi na poslu koji je obavljao pre korišćenja bolovanja. Osim toga, poslodavac je zabranio zaposlenom da dva puta sedmično odlazi na teren, radi traženja novih klijenata, bez čega zaposleni i nije mogao da obavlja svoj posao, a dve nedelje kasnije je i pretio zaposlenom. Ubrzo nakon toga, nadležni lekar je utvrdio da je zaposleni ponovo sprečen za rad, sada, zbog psihičke traume. Apelacioni sud u Grenoblu je odbacio zahtev zaposlenog za naknadu štete zbog psihičkog uznemiravanja na radu, sa obrazloženjem da je sporno ponašanje poslodavca trajalo kraće od mesec dana, dok je Socijalno odeljenje francuskog Kasacionog suda utvrdilo da se poslodavčevo ponašanje može kvalifikovati kao psihičko uznemiravanje, budući da zakonodavac ne predviđa nikakav (minimalni) vremenski uslov za postojanje uznemiravanja, a sve okolnosti predmetnog slučaja opravdavaju takvu kvalifikaciju. Cour de cassation – chambre sociale, Arrêt du 26 mai 2010, n° 08-43152.

70 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž1. 245/12, od 14. marta 2012. godine, nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 69.

71 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž1. 3094/13, od 15. maja 2013. godine, nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 73.

i čistog vazduha. Ovo stoga što premeštanje zaposlenog u izolovanu prostoriju ili prostoriju koja je neodgovarajuća na neki drugi način, i pored toga što predstavlja jednu radnju, podrazumeva *kontinuirani boravak* zaposlenog u određenoj prostoriji i, posledično, pogoršanje njegovih uslova rada i njegovu izolaciju od ostalih kolega. To, dalje, znači da se jedna radnja ne sme posmatrati izolovano, već sud sagledava sve okolnosti slučaja, uključujući i to da li je zaposleni koji je smešten u izolovanu prostoriju imao iste uslove rada, u smislu radnog prostora, kao i drugi zaposleni ili ne, da li je i, ako jeste, zašto samo određeni zaposleni izdvojen u izolovanu prostoriju ili je ta prostorija, ipak, u međusobnoj prostornoj povezanosti sa prostorijama u kojima borave drugi zaposleni.<sup>72</sup> Ispitivanjem ovih okolnosti sudovi, naime, priznaju da je zlostavljanje na radu *eskalirajući proces*, koji se završava time što adresat zlostavljanja biva doveden u inferioran položaj i suočen sa sistematski preduzimanim socijalno negativnim radnjama.<sup>73</sup>

### 3.4. Abuzivna priroda ponašanja nosioca zlostavljanja

Navedeni primeri iz domaće i strane sudske prakse svedoče, između ostalog, i o tome da se kao zlostavljanje na radu ne može kvalifikovati redovno (normalno) vršenje vlasti koja pripada poslodavcu.<sup>74</sup> Vršenje odgovarajućih ovlašćenja može se, međutim, izobličiti u zlostavljanje na radu, ako poslodavac prekorači granice normalnog i razumnog preduzimanja radnji i donošenja akata inherentnih primeni ugovora o radu, ali, samo pod uslovom da postoje drugi elementi zlostavljanja na radu. Stoga se kao zlostavljanje ne može kvalifikovati samo vrednovanje rada zaposlenih, niti svaka negativna ocena njihovih rezultata rada, već samo vrednovanje i negativne ocene koje nisu zasnovane na objektivnim kriterijumima, odnosno neutemeljena i arbitrarna kritika zaposlenih. Slično, zlostavljanje ne predstavlja ni izmena načina upravljanja radom zaposlenih (npr. prelazak sa „liberalnog, opuštenog i neformalnog“ na „otresito, korektno i strogo“ izdavanje nalogâ od šefa jedne radne jedinice).<sup>75</sup> Ni donošenje odluke rukovodioca o uskraćivanju upotrebe službenog telefona u lične svrhe, kao ni to što nadležno ministarstvo nije prihvatilo da finansira naučnoistraživački projekat koji je zaposleni predložio, a, njegov poslodavac razmotrio i podržao, se, takođe, ne može smatrati zlostavljanjem na radu.<sup>76</sup> Kvalifikaciji zlostavljanja nema mesta ni u slučaju premeštaja zaposlenog na drugi odgovarajući posao, ako je to neophodno zbog organizacije rada, kao ni u slučaju uvođenja vremenski ograničenog video-nadzora u pojedinim prostorijama poslo-

72 M. Popović, *op. cit.*, str. 82.

73 K. Lippelt, *op. cit.*, str. 2.

74 Domaći zakonodavac, u tom smislu, predviđa da se zlostavljanjem ne može smatrati „pojedinačni akt poslodavca (rešenje, ponuda aneksa ugovora o radu, upozorenje i dr.), kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa“, kao ni „radna disciplina koja je u funkciji bolje organizacije posla“. Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, broj 62/10), član 13, tač. 1 i 3.

75 Arrêt de Tribunal du travail de Oudenaarde, 9 mai 2006, RG 26 5710/II, nav. prema: Extraits des décisions des Cours et Tribunaux du travail rendues jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, str. 20.

76 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, GŽ1. 2431/12, od 13. marta 2013. godine, nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 81.

davca, ako je to jedini način da se zaštite bezbednost i zdravlje lica i sigurnost imovine, pod uslovom da su zaposleni prethodno obavješteni o uvođenju nove nadzorne mere.<sup>77</sup> Ovo ograničenje predstavlja razlog što se u sudskoj praksi belgijskih sudova, kao bitno obeležje psihičkog uznemiravanja na radu utvrđuje abuzivna priroda ponašanja kojim se uspostavlja uznemiravanje.<sup>78</sup> I španski sudovi, neretko, zauzimaju stav da psihičko uznemiravanje na radu predstavlja primer neodgovarajućeg vršenja ili zloupotrebe poslodavčeve upravljačke vlasti, ali, samo ako su ispunjeni i drugi kriterijumi za ovu kvalifikaciju, pre svih, ponavljanje određenog ponašanja.<sup>79</sup> Slično rezonuje i francuski Kasacioni sud, koji je, poželevši da istakne jasnu granicu između vršenja disciplinske vlasti i psihičkog uznemiravanja na radu, potvrdio da izricanje disciplinskih kazni zaposlenom, samo po sebi, ne predstavlja njegovo psihičko uznemiravanje, čak ni ako su kazne nezakonite.<sup>80</sup>

Kada je, pak, reč o domaćoj sudskoj praksi i predmetima u kojima nije bilo spornih kvalifikacija pravnog osnova tužbenog zahteva (tj. tretiranja zlostavljanja na radu kao vrste diskriminacije), sudovi su, u par presuda, podcrtali abuzivnu prirodu ponašanja kojim se uspostavlja zlostavljanje na radu. Odgovarajući predmeti su se, pritom, ticali premeštaja na drugi posao u slučaju kada za to nisu postojali objektivno utvrđeni razlozi koji bi se odnosili na potrebe procesa rada, odnosno organizacije rada. Reč je, preciznije, o sračunatom premeštaju zaposlenog na posao za koji je izvesno da će u skorijem periodu biti ukinut. Tako je jedan poslodavac, u vreme koje gravitira utvrđivanju viška zaposlenih, uputio zaposlenom ponudu za izmenu ugovora o radu, radi premeštaja sa posla transportnog radnika na posao referenta

77 U tom smislu, posebno je zanimljiv stav briselskog Suda za radne sporove da uznemiravanje može uspostaviti i uporna sumnja poslodavca da zaposlena nenamenski koristi pravo na bolovanje, zbog čega je poslodavac zahtevao odgovarajuću zdravstvenu kontrolu uvek kada je ona bila na bolovanju. Ovaj sud je, naime, potvrdio da je poslodavac, kao isplatilac naknade zarade za vreme bolovanja, ovlašćen da inicira kontrolu namenskog korišćenja bolovanja, ali da on zloupotrebljava ovo ovlašćenje time što uporno (sistematično) sumnja da zaposlena, koja za njega radi više od 25 godina, ima stvarne razloge za odsustvo s rada, iako nije poznato da je ikada odsustvovala s rada bez opravdanog razloga. Arrêt de la Cour du travail de Bruxelles, 19 août 2008, Réf 311 (appel de 270), nav. prema: Extraits des décisions des Cours et Tribunaux du travail rendues jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, str. 18.

78 *Protection contre la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail: Commentaire juridique de la loi du 11 juin 2002*, Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, Bruxelles, 2005, str. 10. Interesantno je uočiti da belgijski sudovi procenjuju postojanje zloupotrebe ovlašćenja prema meri u kojoj je poslodavac svojim ponašanjem prekoračio granice „normalnog“ vršenja ovlašćenja definisane standardom dobrog domaćina (Arrêt de Tribunal du travail de Verviers, 7. février 2007, RG 0766/2004, nav. prema: Extraits des décisions des Cours et Tribunaux du travail rendues jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009, str. 20).

79 Carmen Grau Pineda, „Le harcèlement moral au travail dans la législation espagnole: du risque psychosocial à l'obligation de sécurité de l'employeur“, *Travail et Emploi*, broj 112, 2007, str. 52.

80 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 6 octobre 2004. Ovaj stav potvrđen je i u slučaju poslodavca koji je tokom 35 dana izrekao zaposlenom dve nezakonite disciplinske kazne, od kojih je potonja bila ona najteža – otkaz. Kasacioni sud je odlučio da ovakvo ponašanje poslodavca, samo po sebi, ne uspostavlja psihičko uznemiravanje na radu, a, zatim potvrdio nezakonitost otkaza ugovora o radu (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 16 juin 2004). Nav. prema: Jacques Delga, Abiramy Rajkumar, „Le harcèlement moral: éléments caractéristiques du harcèlement moral au regard du Code du travail et de la jurisprudence contemporaine“, *Droit ouvrier*, avril 2005, str. 170.

sredstava i opreme za ličnu zaštitu, iako je već u to vreme, znao da će zaposleni biti višak, te je neposredno posle zaključenja aneksa ugovora o radu došlo do ukidanja naznačenog posla. Apelacioni sud u Beogradu je, s pravom, zaključio da se, u toj situaciji, radi o „očiglednoj zloupotrebi prava, jer poslodavac ne može zaposlenom ponuditi izmenu ugovorenih uslova rada premeštanjem na druge poslove za koje zna da će posle toga biti ukinuti.“<sup>81</sup> Isto je rezonovao i Vrhovni kasacioni sud, povodom predmeta koji se ticao odluke poslodavca da, posle zahteva inspektora rada za prinudnim izvršenjem rešenja o vraćanju zaposlenog na rad do pravnosnažnog okončanja spora zbog nezakonitog otkaza, u kratkom vremenskom radoblju od ovog zahteva, donese novo rešenje o otkazu ugovora o radu zbog viška zaposlenih.<sup>82</sup> Poslodavac je, naime, vratio na rad zaposlenog koji je bio angažovan za obavljanje posla pomoćnika magacionera, nakon što je pravnosnažno okončan radni spor, ali ga je, odmah nakon toga, uputio na plaćeno odsustvo zbog obuke za rad na poslu vozača viljuškara, a, potom, i otpustio zbog prestanka potrebe za njegovim radom. Stoga je Sud, s pravom, zaključio da „u situaciji kada poslodavac, posle zahteva inspektora rada za prinudnim izvršenjem svog rešenja, donosi novo rešenje o otkazu u kratkom vremenskom roku sa formalno identičnim razlozima (tehnoški višak), kao i prilikom donošenja ranijeg rešenja, vrši zloupotrebu prava, jer teži sprečavanju izvršenja odluke nadležnog državnog organa i „kažnjava“ zaposlenog koji se obratio organu za zaštitu prava.“<sup>83</sup> Navedeni primer svedoči, dakle, da se u nekim slučajevima, zlostavljanje na radu sastoji u zloupotrebi poslodavčevih ovlašćenja, što ne treba, međutim, razumeti i kao pravilo. Ovo stoga što su zloupotreba prava i zlostavljanje na radu odvojeni instituti, i što zlostavljanje na radu može postojati i onda kada nema šikanoznog vršenja poslodavčevih ovlašćenja ili drugih slučajeva zloupotrebe njegovih prava.<sup>84</sup>

### 3.5. Posledice zlostavljanja na radu

Zakonodavci, po pravilu, definišu zlostavljanje kroz opis posledica koje određeno ponašanje proizvodi prema adresatu i njegovoj radnoj sredini. Ovo stoga što se ponavljanjem određenog ponašanja uspostavlja zlostavljanje na radu samo ako ono negativno utiče na ličnost zaposlenog (i njegov rad, odnosno karijeru), ili na radno okruženje. Za takav pristup odlučio se i domaći zakonodavac, predvidevši da ponašanje nosioca zlostavljanja negativno utiče na ličnost zaposlenog (povreda dostojanstva, ugleda, ličnog integriteta i zdravlja zaposlenog), njegov profesionalni život (povreda profesionalnog integriteta i položaja, pogoršanje uslova rada, izolacija zaposlenog, podsticanje zaposlenog da inicira prestanak radnog odnosa) i radno okruženje (izazivanje straha, odnosno stvaranje neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja). To, dalje, znači da zlostavljanje ima za cilj ili posledicu povredu prava (prava na zdravlje, na dostojanstvo, na rad i dr.) ili pravnih interesa adresata zlostavljanja.

81 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž1. 1769/2012(1), od 16. maja 2012. godine.

82 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 1640/10, od 29. juna 2011. godine, nav. prema M. Popović, *op. cit.*, str. 74.

83 M. Popović, *op. cit.*, str. 75.

84 Up. sa M. Reljanović, A. K. Petrović, *op. cit.*, str. 188–189.

Između ponašanja kojim se uspostavlja zlostavljanje i povrede dostojanstva i dobrobiti zaposlenog mora postojati *uzročna veza*. Ona postoji, najpre, ako određeno ponašanje ima za cilj nanošenje štete, tj. ako izvršilac deluje sa namerom da zlostavljanom licu nanese štetu. Ali, zakonodavac predviđa da zlostavljanje može biti uspostavljeno i ponašanjem koje proizvodi navedene posledice, čak i ako ih izvršilac nije želeo.<sup>85</sup>

Poseban problem u kvalifikaciji zlostavljanja na radu predstavlja značenje sintagme *neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje*, budući da radno zakonodavstvo ne sadrži smernice o činjenicama zbog kojih određeno ponašanje postaje dovoljno ozbiljno da se zbog njih zaposleni oseća nepoželjno i neprijatno na mestu rada. U našem pravu, isti problem postoji i u pogledu kvalifikacije diskriminatorskog i seksualnog uznemiravanja, budući da Zakon o radu ne precizira ovu sintagmu, a njeno moguće značenje ne može se otkriti ni iz komunitarnopravnih pravila koja su zakonodavcu poslužila kao model za definisanje ovih dvaju oblika diskriminacije. Značenje neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog radnog okruženja se, stoga, najčešće, „otkriva“ u svetlu američke koncepcije „neprijateljskog radnog okruženja“, (engl. *hostile working environment*), koje, prema stavu američkih sudova, stvara ponašanje koje je dovoljno žestoko (engl. *severe*) ili rašireno (engl. *pervasive*) da može da degradira uslove rada, imajući u vidu socijalni i kulturni kontekst konkretnog radnog okruženja.<sup>86</sup> Naravno, tako degradirani uslovi rada utiču na zdravlje zaposlenih, zbog čega se i u domaćoj sudskoj praksi redovno proveravaju posledice koje je povišena tenzija u radnoj sredini prouzrokovala po psihofizičko stanje zaposlenog, naročito kada je reč o pojavi depresije i pogoršanju osnovnih bolesti adresata zlostavljanja, kao i o disfunkcionalnosti u njegovom porodičnom životu.<sup>87</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Stupanjem na snagu Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu bačen je novi snop svetlosti na rizike koji ugrožavaju dobrobit zaposlenih, ali su otvorena i brojna delikatna pravna pitanja, od kojih se centralno vezuje za kvalifikaciju ponašanja kojim se uspostavlja zlostavljanje na radu. Ovo i pored činjenice da su u podzakonskom aktu koji obezbeđuje primenu tog zakona nabrojani primeri ponašanja koja mogu da ukažu na zlostavljanje na radu, kao i *numerus clausus* akata i radnji koje se ne smatraju zlostavljanjem. U tom smislu, moguće je zaključiti da je pravni pojam zlostavljanja na radu na putu da budu razjašnjen u domaćem pravu i da bi, po uzoru na odgovarajuća uporednopravna rešenja, njegovim bitnim elementima trebalo smatrati sledeća dva elementa: a) ponavljanje određenog neprijateljskog ili neželjenog ponašanja tokom dužeg vremenskog perioda; b) povredu psihičkog integriteta i dostojanstva zaposlenog, nanošenje štete njegovoj profesionalnoj karijeri, odnosno degradaciju uslova rada. Istovremeno, treba primetiti i to da se kao zlostavljanje na

85 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10), član 6, stav 1.

86 Carmen M. Alston, „Hostile work environment“, u: Robert W. Kolb (ed), *Encyclopedia of business ethics and society*, SAGE Publications, 2007, [http://www.sage-ereference.com/ethics/Article\\_n402.html](http://www.sage-ereference.com/ethics/Article_n402.html), 4. april 2010. godine.

87 Za primer videti presudu Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 906/11, od 28. marta 2013. godine.

radu ne može kvalifikovati redovno (normalno) vršenje vlasti koja pripada poslodavcu, budući da zaključenjem ugovora o radu zaposleni dobrovoljno pristaje da se podređuje odgovarajućim ovlašćenjima. Vršenje ovih ovlašćenja može da se izobličiti u zlostavljanje na radu ako poslodavac prekorači granice normalnog i razumnog preduzimanja radnji i donošenja akata koji su inherentni primeni ugovora o radu, ali samo pod uslovom da postoje i drugi elementi zlostavljanja. S tim u vezi je interesantno uočiti da se u delu sudske prakse srpskih sudova, kao što to čine i sudovi nekih evropskih država (npr. u Francuskoj i Španiji), kao obeležje zlostavljanja na radu prepoznaje i abuzivna priroda ponašanja kojim se ono uspostavlja. Svi odgovarajući predmeti su se, pritom, ticali premeštaja zaposlenog na drugi posao u slučaju kada za to nisu postojali objektivno utvrđeni razlozi koji bi se odnosili na potrebe procesa rada, odnosno organizacije rada, posebno u slučaju proračunatog premeštaja na posao za koji je izvesno da će u skorijem periodu biti ukinut. Ipak, to ne treba razumeti i kao pravilo, budući da su zloupotreba prava i zlostavljanje na radu odvojeni instituti, zbog čega zlostavljanje može postojati i onda kada nema šikanoznog vršenja poslodavčevih ovlašćenja ili drugih slučajeva zloupotrebe njegovih prava.

Sva je prilika da će delotvorna primena Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, u velikoj meri, zavisiti od otklanjanja dilema o značenju zlostavljanja na radu. Tome može doprineti noveliranje merodavnih izvora heteronomnog radnog prava, kao i stvaranje autonomnog radnog prava, pre svega zaključivanje kolektivnih ugovora i donošenje kodeksa ponašanja. Ipak, čini se da najdragoceniji doprinos ostvarivanju ovog cilja može dati sudska praksa, koja se našla pred izazovom povlačenja preciznih kontura zlostavljanja na radu. Taj izazov nije mali, posebno ako se ima u vidu da ne postoji razvijena sudska praksa u ovoj oblasti. Stoga ostaje nada da osnovni razlog za donošenje Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu nisu definisali kratkoročni politički ciljevi, već želja zakonodavca da zaštiti psihičko zdravlje zaposlenih na radu na isti način kao i njihovo fizičko zdravlje. Ova težnja pretpostavlja, međutim, i svest o tome da zaštitu psihičkog zdravlja zaposlenih ne bi trebalo redukovati tako da sprečavanje zlostavljanja na radu predstavlja njen jedini ili prevashodni predmet. Ovo stoga što psihičko zdravlje zaposlenih ugrožavaju i mnogi drugi psihosocijalni rizici, koji ne uživaju jednaku zainteresovanost (i „popularnost“ kod) stručne i opšte javnosti kao što je to slučaj sa zlostavljanjem na radu, iako predstavljaju jednako ozbiljan rizik za dobrobit zaposlenih. Na to naročito upozorava uvođenje nove organizacije rada i novih modela upravljanja radom zaposlenih, koji, neretko, podstiču izrazitu, čak, i neograničenu, konkurenciju između zaposlenih. Time se pred njih iznova (zapravo, stalno) postavljaju zahtevi za intenziviranjem rada, što, zajedno sa nesigurnošću zaposlenja i drugim rizicima, ozbiljno ugrožava njihovu dobrobit na radu.<sup>88</sup>

88 Interesantno je uočiti da se u jednom delu francuske literature, s pravom, upozorava na to da preovlađujuće shvatanje psihičkog uznemiravanja na radu predstavlja jedan od izraza tzv. psihologizacije društvenih problema. Ovo stoga što se pitanje psihičkog uznemiravanja na radu svodi na psihološki i moralni problem, koji postoji između pojedinaca, tj. na neetičko ponašanje jednog lica ili, ređe, grupe lica prema drugom licu. Takav pristup počiva na ignorisanju procesa, koji utiču na pojavu ponašanja kojim se uspostavlja uznemiravanje, zbog čega kritičari ovog pristupa insistiraju na osvetljavanju konteksta i osnovnih razloga za nastanak uznemiravanja na radu. Najvažniji od tih razloga prepoznaju se, upravo, u novim modelima organizacije rada i upravlja-

## LITERATURA

- Jane Aeberhard-Hodges, „Sexual harassment in employment: Recent judicial and arbitral trends“, *International Labour Review*, broj 5/1996, str. 499–533.
- Patrice Adam, „La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français“, *Droit ouvrier*, juin 2008, str. 313–331.
- Carmen M. Alston, „Hostile work environment“, u: Robert W. Kolb (ed), *Encyclopedia of business ethics and society*, SAGE Publications, 2007.
- Paul Bouaziz, „Harcèlement moral dans les relation de travail. Essai d’approche juridique“, *Droit ouvrier*, mai 2000, str. 192–216.
- Duncan Chappell, Vittorio Di Martino, *Violence at work*, Third edition, International Labour Office, Geneva, 2006.
- Anna Cieslar, André Nayer, Bernadette Smeesters, *Le droit à l’épanouissement de l’être humain au travail: Métamorphoses du droit social*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- Aleksej Cvetko, „Mobbing – posebna vrsta šikane v delovnih razmerjih“, *Podjetje in delo*, broj 5/2003, str. 895–906.
- Jacques Delga, Abiramy Rajkumar, „Le harcèlement moral: éléments caractéristiques du harcèlement moral au regard du Code du travail et de la jurisprudence contemporaine“, *Droit ouvrier*, avril 2005, str. 161–171.
- Vittorio Di Martino, Helge Hoel, Cary L. Cooper, *Preventing violence and harassment in the workplace*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2003.
- Carmen Grau Pineda, „Le harcèlement moral au travail dans la législation espagnole: du risque psychosocial à l’obligation de sécurité de l’employeur“, *Travail et Emploi*, broj 112, 2007, str. 49–61.
- Helge Hoelt, Ståle Einarsen, „The Swedish Ordinance Against Victimization At Work: a critical assessment“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010, str. 225–249.
- Predrag Jovanović, „Normativni okviri mobinga“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2008, 41–68.
- Ljubinka Kovačević, „Personalno područje primene radnog zakonodavstva – (ne)pouzdanost kriterijumâ za kvalifikaciju subjekata radnopravne zaštite“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, god. LXVI, broj 152 (3/2015), str. 505–519.
- Loïc Lerouget, „Moral harassment in the workplace: French law and European perspectives“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, 2010, str. 109–152.
- Heinz Leymann, odrednica „The definition of mobbing at workplaces“, u: Heinz Leymann, *The Mobbing Encyclopaedia*, <http://www.leymann.se/English/12100e.htm>, 4. maj 2006.
- Sandy Licari, „De la nécessité d’une législation spécifique au harcèlement moral au travail“, *Droit social*, broj 5/2000, str. 492–506.
- Katherine Lippelt, „The law of workplace bullying: an international overview“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 32, broj 1/2010, str. 1–13.
- Branko Lubarda, „Socijalna prava i dostojanstvo na radu“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2008, str. 9–37.
- Branko Lubarda, „Mobing/buling na radu: Zlostavljanje/zastrašivanje na radu – pravni aspekt, uz osvrt na medicinske, psihosocijalne i ekonomske aspekte“ u: Stevan Lilić (prir.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 69–81.

---

nja radom zaposlenih, kao i u višestrukom vrednovanju rada zaposlenih (vrednovanje od strane uprave preduzeća, kolega, poslodavčevih klijenata i saradnikâ). P. Adam, *op. cit.*, str. 318.

- Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5<sup>e</sup> édition, Montchrestien, Paris, 2006.
- Patrick Morvan, „*Securitas omnia corrumpit* ou le principe selon lequel in incombent à l'employeur de protéger la sécurité et la santé des travailleurs“, str. 674–686.
- Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2002.
- Adalberto Perulli, *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects. Study for the European Commission*, 2003.
- Adalberto Perulli, *Subordinate, autonomous and economically dependent work: a comparative analysis of selected European countries*, u: Giuseppe Casale (ed.), „The employment relationship: A comparative overview“, Hart Publishing – International Labour Office, Oxford & Portland, Oregon/Geneva, 2011, str. 137–187.
- Mirjana Popović, *Diskriminacija i mobing u sudskoj praksi*, Glosarijum, Beograd, 2014.
- Philippe Ravisy, *Le harcèlement moral au travail*, Delmas, Paris, 2002.
- C. Rayner, C. Cooper, „Workplace bullying“, u: E. Kevin Kelloway, Julian Barling, Joseph J. Hurrell, Jr. (eds.), *Handbook of workplace violence*, SAGE Publications, 2006.
- Mario Reljanović, Aleksandra K. Petrović, „Šikanozno vršenje prava, diskriminacija i zlostavljanje na radu – zakonska regulativa i praksa“, *Pravni zapisi*, vol. II, broj 1/2011, str. 186–196.
- Jeffrey Sack, Emma Phillips, Hugo Leal-Neri, „Protecting workers in a changing world: the growth of precarious employment in Canada, the United States and Mexico“, u: Giuseppe Casale (ed.), *The employment relationship: A comparative overview*, Hart Publishing – International Labour Office, Oxford/Portland, Oregon/Geneva, 2011, str. 233–285.
- Michele Tiraboschi, Maurizio Del Conte, *Employment contract: Disputes on definition in the changing Italian labour law*, u: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.), „The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment / The scope of labour law and the notion of employees“, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, str. 153–158.
- Mariann Arany Tóth, „The right to dignity at work: Reflections on article 26 of the Revised European Social Charter“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 29, 2008, str. 275–316.
- \*\*\*, *Protection contre la violence, le harcèlement moral ou sexuel au travail: Commentaire juridique de la loi du 11 juin 2002*, Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, Bruxelles, 2005.

### Korišćeni izvori prava

- Constitution of the World Health Organization, as adopted by the International Health Conference, New York, 19–22 June, 1946 (*Official Records of the World Health Organization*, no 2, p. 100).
- Declaration concerning the Aims and Purposes of the International Labour Organisation, adopted at the 26<sup>th</sup> session of the ILC, Philadelphia, 10 May 1944.
- Revidirana evropska socijalna povelja (*Službeni glasnik RS*, broj 42/09).
- Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin (*Official Journal L* 180, 19.7.2000, str. 22–26).



- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (*Official Journal* L 303, 2.12.2000, str. 16–22).
- Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (*Official Journal* L 269, 5.10.2002, str. 15–20).
- BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC Framework agreement on harassment and violence at work of 26 April 2007.
- EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce, CoESS Multi-sectoral guidelines to tackle third-party violence and harassment related to work, 16 July 2010.
- Ustav Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/06).
- Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14).
- Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 i 99/14).
- Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 101/05 i 91/15).
- Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom („*Službeni glasnik RS*“, broj 33/06).
- Zakon o zabrani diskriminacije (*Službeni glasnik RS*, broj 22/09).
- Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja (*Službeni glasnik RS*, br. 72/09, 52/11, 55/13, 35/15 i 68/15).
- Zakon o ravnopravnosti polova (*Službeni glasnik RS*, broj 104/09).
- Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, broj 36/10).
- Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, broj 62/10).
- Poseban kolektivni ugovor za radno angažovanje estradno-muzičkih umetnika i izvođača u ugostiteljstvu, diskografiji i koncertnoj delatnosti (*Službeni glasnik RS*, broj 42/07).
- Code du travail RF (la partie législative publiée par l'ordonnance n° 2007–329 du 12 mars 2007; la partie réglementaire adoptée par les décrets n°s 2008–243 et 2008–244 du 7 mars 2008)
- Loi n° 2002–73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale (*Journal Officiel RF*, n° 15 du 18 janvier 2002, str. 1008).
- Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail (*Moniteur belge* du 22 juin 2002).
- Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, *Moniteur belge* du 18 septembre 1996).
- Ordinance of the National Board of Occupational Safety and Health containing Provisions on measures against victimization at work adopted 21<sup>st</sup> September 1993, *AFS* 1993:17.

## Sudska praksa

- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gžl. 1769/2012(1), od 16. maja 2012. godine.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gžl. 2431/12, od 13. marta 2013. godine.
- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gžl. 3094/13, od 15. maja 2013. godine.
- Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gžl. 2332/12, od 23. avgusta 2012. godine.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 1640/10, od 29. juna 2011. godine.  
Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2, 321/12, od 27. juna 2012. godine.  
Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2, 687/12, od 27. decembra 2012. godine.  
Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2, 706/2012, od 6. januara 2013. godine.  
Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev2 906/11, od 28. marta 2013. godine.  
Arrêt de Tribunal de Grand Instance de Caen, 10 février 1998.  
Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation (RF), 16 juin 2004.  
Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation (RF), du 6 octobre 2004.  
Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation (RF), du 26 mai 2010.  
Arrêt de la Cour du travail de Bruxelles, 19 août 2008, Réf 311 (appel de 270).  
Arrêt de Tribunal du travail de Tongres, 28 juin 2007, RG 2946/05.  
Arrêt de Tribunal du travail de Oudenaarde, 9 mai 2006, RG 26 5710/II.  
Arrêt de Tribunal du travail de Verviers, 7. février 2007, RG 0766/2004.

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law, University of Belgrade

## THE NOTION OF WORKPLACE BULLING IN SERBIAN LEGISLATION AND CASE LAW

### SUMMARY

Although it can improve the position of employees, implementation of the Law on prevention of bullying in the workplace (2010) in the Republic of Serbia is accompanied by a number of challenges and issues. Among them is the issue of establishing a clear definition of the notion of workplace bullying. More precisely, the issue is how to legally qualify the behaviours that constitute bullying, especially with regards to frequency and duration of a particular behaviour, as well as possible interpretations of the legal phrasing „hostile, humiliating or offensive environment“, which, by legal definition, is the purpose or the result of bullying. These remarks are, to a certain extent, intensified by the wide spectrum of behaviours that constitute bullying, as well as the perception that their acceptability may vary from one working/cultural environment to the next, which is why the legal definition of bullying has got to be flexible. The judges are facing the same challenge, because the national case law on this issue is practically non-existent.

By analyzing the legal definition of bullying we can identify its basic elements as follows: a) *frequency*, i.e. repetition of certain behaviour over a period of time; b) (*negative*) *impact of certain behaviour* (violation of psychological integrity and dignity of an employee, causing damage to his professional career, degradation of working conditions). Bullying can be carried out by an employer, as well as an employee or a group of employees. However, only an employer can be sued in this type of dispute. Even though this rule can be defended due to employer obligation to ensure a safe and healthy work environment and protect the dignity of his employees, more acceptable solutions can be found in foreign legislation, where a lawsuit for bullying can be filed against an employer, or against any other perpetrator. Thus, the employer can only be responsible for bullying if he was aware or had to have been aware

of it, and yet failed to take all necessary measures to prevent it or put a stop to certain behaviours, or reduce them to a minimum. On the other hand, *the victim of bullying* can be an employee or a group of employees under a general or special regime of employment, and for the purposes of the Law, both employees and self-employed who work for the employer shall be considered as employees. Such legal solution is very advanced and deserves praise, considering that sufficient protection from bullying of economically dependent self-employed persons by the contracting party cannot be provided by referencing the principle of good faith and other general legal principles. On the other hand, there is a need to broaden the definition of workplace bullying, based on EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce, CoESS Multi-sectoral guidelines to tackle third-party violence and harassment related to work (2010), to include cases in which the perpetrator is not a member of a particular working environment, but is present in it for different reasons, especially when it comes to employer's clients.

Serbian case law shows that bullying can take various forms of verbal, non-verbal or physical behaviour, which can affect communication and other social contacts of an employee (e.g. systematic exclusion from conversations about tasks when all employees are invited to join in or moving the said employee into an isolated office), his/her reputation (spreading rumours about them, joking at their expense and the like), or can take the form of constant unjustified criticism, non-allocation of tasks and taking away their working tools or giving them tasks that aren't suited to their skills and abilities. Unfortunately, in several cases, the courts have overlooked the *need to draw a line of demarcation between workplace bullying and discriminatory harassment at work*. Although these disputes started before the Law on prevention of bullying in the workplace entered into force, there can't be any justification for mixing of the two institutes, since behaviour of employers in aforementioned cases weren't motivated by any attributes of the employees, which represent the basis for discrimination, or by stereotypes relating to those attributes.

Workplace bullying includes frequent or systematic pursuit of disturbing and degrading activities. However, the *repetitive nature of bullying* doesn't necessarily have to be expressed in relation to each activity, but rather in relation to many of the same or similar interconnected activities. Although what stems from this view is that one isolated action of the employer cannot be qualified as bullying, one court ruling rightfully confirmed that transferring an employee to work in an inadequate, isolated room can be qualified as bullying, since it involves a continuous stay in inappropriate working conditions, i.e. it represents an escalating process.

A particular problem for qualification of workplace bullying is the meaning of the phrase *hostile, humiliating or offensive environment*, since the legislation does not contain guidance on the facts as to why certain behavior becomes serious enough, i.e. severe or widespread enough that it can degrade the working conditions so that they threaten the health and dignity of an employee. Therefore, in the case law, the consequences of increased tensions in the workplace on the physical and psychological well-being of employees are regularly measured, especially when it comes to the occurrence of depression and worsening of underlying disease in the victims of bullying.

And finally, the national case law rightfully confirmed that the regular (normal) exercise of managerial, disciplinary and normative prerogatives that belongs to the employer cannot be qualified as bullying. Exercise of certain employer's prerogatives can transform into bullying if the boundaries of normal and reasonable actions are exceeded as well as enactment of rules that follow the implementation of the employment contract, but only if other elements of bullying exist. It's interesting to note that part of the national case law

recognizes, as a special characteristic of bullying, the abusive nature of behaviours that constitute bullying, just as they do in the courts of several European countries (e.g. in France and Spain). This is especially true for transfers of employees to other jobs without objective reasons such as the needs of the work process, and even more so in case of calculated transfers to jobs that will probably be abolished in the near future.

**Keywords:** bullying, employee's dignity, psychological health, hostile, Republic of Serbia.

Vanja Bajović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## SLUČAJ MILENKOVIĆ– *NE BIS IN IDEM* U KRIVIČNOM I PREKRŠAJNOM POSTUPKU

**Abstrakt:** U radu se razmatra problem „dvostrukog“ kažnjavanja za isto delo u prekršajnom i krivičnom postupku koje, sa stanovišta ESLJP, predstavlja povredu čl. 4 Protokola 7 Evropske konvencije. Nakon uvodnih razmatranja i činjeničnog opisa „problema“ najpre se analizira pojam krivičnog dela kao i tumačenje pojma *idem*, odnosno „identiteta dela“ iz vizure Evropskog suda. Centralna razmatranja posvećena su domaćim zakonskim rešenjima i sudskoj praksi uz nastojanja da se pronađu odgovori na pojedina sporna pitanja koja se svode na okončanje prekršajnog postupka pre pokretanja krivičnog, nemogućnost prekršajnog kažnjavanja u slučaju donošenja oslobađajuće krivične presude i pravnih praznina ZOP-a u pogledu odluka koje se donose u prekršajnom postupku u slučaju ustupanja predmeta krivičnom sudu.

**Ključne reči:** identitet dela, prekršajni postupak, krivični postupak, *ne bis in idem*.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Odlukom u predmetu *Milenković protiv Srbije* (predstavka broj 50124/13) donetom 1. marta 2016. godine, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je našao da je Srbija odgovorna za povredu principa *ne bis in idem* usled dvostrukog suđenja za isto delo u krivičnom i prekršajnom postupku. Iako se činilo da je nakon odluke u predmetu *Maresti protiv Hrvatske* (predstavka br. 55759/07, presuda od 25. juna 2009) naša praksa krenula u pravcu poštovanja strazburških smernica, pa je i novi Zakon o prekršajima izričito dao jasan primat krivičnom postupku, slučaj Milenković je jasan pokazatelj da nešto tu „još uvek ne štima“, što u pogledu normativnih rešenja, što u pogledu njihovog tumačenja i primene. Problem je još izraženiji ako se ima u vidu da su u našem pravu retka krivična dela protiv opšte sigurnosti, životne sredine, zdravlja ljudi, bezbednosti javnog saobraćaja i sl., koja u svom opisu ujedno ne sadrže i obeležja prekršaja, a da je u praksi maltene uobičajeno da policija istovremeno, zbog istog dela podnese krivičnu prijavu javnom tužiocu i zahtev za pokretanje prekršajnog postupka prekršajnom sudu. Uprkos prigovorima koji se upućuju praksi Evropskog suda u pogledu tumačenja pojma „istog dela“ i zanemariivanja različitih vrednosti koje se štite različitim kategorijama kaznenih delikata, neophodnost izmene zakonskih rešenja i postojeće prakse proizilazi iz proste činjenice da izvršenje presuda ESLJP pada na teret budžetskih sredstava.

---

\* docent, vanja@ius.bg.ac.rs

## 2. ČINJENIČNE OKOLNOSTI DELA

Podnosilac predstavke Momčilo Milenković je najpre u prekršajnom postupku osuđen prekršaj iz člana 6 (3) Zakona o javnom redu i miru koji predviđa da će se kazniti onaj „ko vređanjem ili zloupotrebom drugog, vršenjem nasilja nad drugim, izazivanjem tuče ili učestvovanjem u njoj ugrožava spokojstvo građana ili remeti javni red i mir“.<sup>1</sup> Prekršajni sud u Leskovcu doneo je presudu 6. novembra 2007. godine, osudivši okrivljenog na novčanu kaznu u iznosu od 4.000 dinara, zbog toga što je, između ostalog „povredio oštećenog udarivši ga nekoliko puta u glavu.“ U međuvremenu je javni tužilac 4. aprila 2007. godine pokrenuo krivični postupak protiv okrivljenog zbog teških telesnih povreda, te ga je Opštinski sud u Leskovcu 13. aprila 2011. godine osudio na kaznu zatvora od tri meseca. U presudi je između ostalog istaknuto da je „okrivljeni Milenković Momčilo kriv jer je 12. oktobra 2006. u Subotičkoj ulici udario oštećenog u levu stranu glave, oborio ga na zemlju i nastavio da ga udara po glavi, nanevši mu time teške telesne povrede u vidu modrica na oba očna kapka i frakture nosa.“

U žalbi na prvostepenu presudu okrivljeni je istakao da je već osuđen od strane prekršajnog suda za isto delo, ali je Okružni sud u Nišu odbio žalbu kao neosnovanu pod obrazloženjem da je okrivljeni u prekršajnom postupku kažnjen za prekršaj protiv javnog reda i mira, dok je u krivičnom postupku osuđen za nanošenje teških telesnih povreda, pa se ne može raditi o povredi načela *ne bis in idem* imajući u vidu da se činjenični opisi ova dva dela u bitnome razlikuju. Pod istim argumentima je i Ustavni sud 20. maja 2013. godine odbio Ustavnu žalbu.

U postupku pred ESLJP naša Vlada je tvrdila da se činjenično i pravno radi o različitim delima. Milenković je u prekršajnom postupku kažnjen jer je fizički i verbalno napao oštećenog, čime je ugrozio javni red i mir. Svrha kažnjavanja u tom postupku je bila da se zaštiti javni red i mir i spokojstvo građana, te činjenica da je podnosilac predstavke oštećenom naneo teške telesne povrede nisu bile obuhvaćene izrečenom sankcijom. U krivičnom postupku je, za razliku od toga, akcenat bio na fizičkom napadu i telesnim povredama nanetim oštećenom tom prilikom. Shodno tome, iako se radi o identičnoj radnji izvršenja, i činjenici da su oba dela proizašla iz toga što je okrivljeni udario nekoliko puta oštećenog, dela se razlikuju u posledici. Dok nanošenje teških telesnih povreda ne predstavlja bitan element prekršaja, naneta posledica (telesna povreda) je jedan od osnovnih elemenata krivičnog dela, bez obzira na radnju koja je dovela do toga. Sud u Strazburu je međutim, odbio ove argumente pod obrazloženjem da se radi o istim činjenicama koje su se desile u isto vreme i na istom mestu, a prekršajni sud je u svojoj presudi okrivljenog oglasio krivim i za udaranje i povređivanje oštećenog, pa je po mišljenju Evropskog suda krivični postupak trebalo obustaviti nakon pravnosnažnosti prekršajne presude.

## 3. PRAKSA ESLJP

Prilikom procene da li je došlo do povrede čl. 4 Protokola 7 uz EKLJP koji zabranjuje ponovno vođenje krivičnog postupka u pogledu istog dela, Evropski sud

1 Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS*, br. 851/92, 53/93, 67/93, 48/94, 85/05 i 101/05.

procenjuje najpre da li se oba postupka po svojoj prirodi mogu smatrati krivičnim, a zatim da li je reč o istom delu.

### 3.1. Šta se smatra krivičnim postupkom i krivičnim delom?

Evropski sud za ljudska prava na autonoman način tumači pojam krivičnog postupka i krivičnog dela, nezavisno od njegove klasifikacije u unutrašnjem pravnom poretku. Kriterijumi koji se uzimaju u obzir postavljeni su još 1976. godine u slučaju *Engel protiv Holandije* (predstavka br. 5370/72, presuda od 8. juna 1976. godine) i svode se na procenu pravne klasifikacije dela u unutrašnjem zakonodavstvu, pravne prirode dela odnosno procene da li ono služi zaštiti interesa i vrednosti koje se štite krivičnim pravom i na kraju težine sankcija koje se mogu izreći za to delo. U pogledu prvog kriterijuma ESLJP je u par odluka istakao da unutrašnja klasifikacija dela kao prekršaja, privrednog prestupa ili upravnog delikta nije od značaja, imajući u vidu da je u određenim slučajevima reč o delima sa krivičnopravnom konotacijom koja se smatraju „trivijalnim“ da bi bila regulisana krivičnim zakonikom ili utvrđivana u krivičnom postupku.<sup>2</sup>

Imajući u vidu pravnu prirodu dela, procenjuje se da li se njime štite interesi i vrednosti koji se štite krivičnim pravom, da li je odredba kojom je delo propisano generalnog ili specijalnog karaktera, odnosno da li se odnosi na sve građane ili samo na lica sa određenim svojstvima, kao i svrha kažnjavanja koja se ostvaruje sankcijama propisanim za to delo. U tom smislu se procenjuje da li je svrha kažnjavanja preventivna i retributivna ili se radi o prostoj naknadi pričinjene štete. Težina dela i činjenica da li ga utvrđuje sud ili neki drugi organ nije od značaja. Istaknuto je da se „Konvencija ne suprostavlja tome da države, vršeći svoj zadatak zaštitnika javnog interesa, stvaraju ili zadržavaju postojeću razliku između različitih kategorija kažnjivih dela u domaćem pravu, ali iz toga ne sledi da je klasifikacija dela koju države primenjuju od odlučujućeg značaja za primenu Konvencije... Ako bi države imale mogućnost da, time što će po sopstvenom nahođenju klasifikovati delo kao prekršaj umesto kao krivično delo, isključe primenu članova 6 i 7 Konvencije, onda bi njena primena bila podređena njihovoj suverenoj volji. Ovakva sloboda mogla bi dovesti do rezultata koji nisu u skladu sa ciljem i svrhom Konvencije.“<sup>3</sup>

U pogledu težine kazne, odlučujući je poseban maksimum koji je predviđen za to delo, dok stvarno izrečena kazna nije od značaja. Pri tom važi oboriva pretpostavka da se radi o krivičnom delu svaki put kada je za to delo moguće izreći kaznu koja podrazumeva lišenje slobode. U vezi sa tim, nameće se pitanje da li situacija kada se za prekršaj ili privredni prestup može izreći samo novčana kazna isključuje mogućnost klasifikacije takve mere kao krivične? Pitanje je posebno aktuelno u situacijama kada se mogu izreći enormne novčane kazne kao što je to primera radi slučaj kod određenih privrednih prestupa ili u postupcima za zaštitu konkurencije. Čini se da Evropski sud naginje ovakvom tumačenju. U predmetu *Tomasović protiv*

2 *Zoolotukhin protiv Rusije*, predstavka br. 1493/03, 2009, *Maresti protiv Hrvatske*, predstavka br. 55759/07, presuda od 25. juna 2009, *Muslija protiv BiH*, predstavka br. 32042/11, presuda od 14. januara 2014.

3 *Öztürk protiv Nemačke*, predstavka br. 8544/79, Presuda od 21. februara 1984.

*Hrvatske* (predstavka br. 53785/09, presuda od 18. oktobra 2011) je istaknuto da se „propisana kazna za odnosni prekršaj od 5 do 25 hiljada kuna ne može smatrati minornom, posebno ako se ima u vidu da je i za krivično delo posedovanja droge moguće izreći novčanu kaznu.“ Radilo se naime o tome da je podnosilja zahteva u prekršajnom postupku kažnjena novčanom kaznom zbog posedovanja droge, da bi kasnije u krivičnom postupku bila osuđena za krivično delo zloupotrebe opojnih droga. Sud je našao da je došlo do povrede pravila *ne bis in idem* imajući u vidu da se u konkretnom slučaju radilo o istim deliktima, bez obzira na to što joj nije izrečena zatvorska kazna. Presudna je naime bila okolnost da se novčana kazna može izreći i za krivično delo koje ima identičan opis kao prekršaj, te nemogućnost izricanja zatvorske kazne za prekršaj u konkretnom slučaju ne predstavlja prepreku da se radi o krivičnim delu u smislu *Engel* kriterijuma.

Prema našem Zakonu o prekršajima,<sup>4</sup> svrha propisivanja, izricanja i primene prekršajnih sankcija je da građani poštuju pravni sistem i da se ubuduće ne čine prekršaji (čl. 5 st. 2 ZOP-a), a svrha kažnjavanja za prekršaj je da se izrazi društveni prekor učinioocu zbog izvršenog prekršaja i da se utiče na njega i na sva ostala lica da ubuduće ne čine prekršaje (čl. 33 st. 2 ZOP-a). Shodno tome, svrha kažnjavanja za prekršaje je retributivna i preventivna, za veliki broj prekršaja moguće je izreći zatvorske kazne, što znači da su ispunjeni *Engel* kriterijumi da se navedeni delikti smatraju krivičnim delima u smislu tumačenja ESLJP.

### 3.2. Šta se smatra istim delom?

Pitanje šta se smatra istim delom daleko je kompleksnije i u praksi ESLJP je izazivalo dosta kontraverzi, dovodeći do nedoslednosti u tumačenju. Tako je u presudi *Gradinger protiv Austrije* (Predstavka br. 15963/90, presuda od 23 oktobra 1995), sud našao povredu načela *ne bis in idem*, budući da je okrivljeni najpre u krivičnom postupku osuđen za izazivanje saobraćajne nesreće sa smrtnom posledicom, gde nije uzeta u obzir činjenica da je vozio pod dejstvom alkohola, jer procenat alkohola u krivi nije bio dovoljan da bi se radilo o težem obliku krivičnog dela, da bi kasnije u prekršajnom postupku bio osuđen zbog vožnje pod dejstvom alkohola. Primeњуjući kriterijum „istog ponašanja“ sud je najpre našao da se prekršajni postupak Austrije može smatrati krivičnim postupkom, da se prekršajna presuda odnosi na isto ponašanje za koje mu je već suđeno, te da je naknadnim vođenjem prekršajnog postupka došlo do povrede zabrane dvostrukog suđenja. Kriterijum istog ponašanja primenjen je kasnije i u predmetu *Fišer protiv Austrije* (predstavka br. 37950/97, presuda od 29. maja 2001).

Nekoliko godina u predmetu *Oliveira protiv Švajcarske* (presuda od 30. jula 1998), činjenične okolnosti bile su slične s tim da je podnosilja predstavke najpre kažnjena novčanom kaznom u prekršajnom postupku zbog vožnje neprilagođenom brzinom, da bi kasnije u krivičnom postupku bila takođe kažnjena novčanom kaznom zbog teških telesnih povreda nanetih iz nehata tom prilikom, s tim da je izrečena prekršajna kazna uračunata u krivičnu. Suprotno od odluke u predmetu *Gradinger*, Evropski sud je našao da se ovde nije radilo o povredi principa *ne bis in*

4 Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013.



*idem*, bez obzira na postojanje dve osude donete na osnovu istog činjeničnog stanja. Obrazlažući ovakvu odluku sud je istakao da podnosioca predstavke nije bila dva puta kažnjena jer u slučaju idealnog sticaja kada je jednom radnjom izvršeno više kaznenih dela a učinilac je osuđen najpre za jedno a kasnije za drugo delo, ne dolazi do povrede načela *ne bis in idem*, jer se tu radi o jednom kaznenom delu koje čine dva odvojena delikta u odnosu konzumpcije, a ne o istom ponašanju. Od značaja je i bila činjenica da izrečene kazne nisu bile kumulativne već je manja bila uračunata u veću. Kasnije je isto obrazloženje navedeno i u odluci *Göktan protiv Francuske* (predstavka br. 33402/96, presuda od 2. jula 2002).

Strazburška praksa konačno je ujednačena u predmetu *Zoolotukhin protiv Rusije*, kada je uveden kriterijum materijalnog identiteta dela, koji se primenjuje i od strane Evropskog suda pravde.<sup>5</sup> Podnosilac predstavke je najpre u prekršajnom postupku kažnjen zbog lakšeg nasilničkog ponašanja, da bi mu kasnije u krivičnom postupku bilo suđeno za krivično delo nasilničkog ponašanja prema službenom licu gde je doneta oslobađajuća presuda. ESLJP je našao da su činjenice na osnovu kojih je pokrenut krivični i prekršajni postupak, suštinski iste, jer krivično delo u potpunosti obuhvata činjenične elemente prekršaja uz jedan dopunski (ali po mišljenju suda nebitni) element koji se ogledao u pretnji nasiljem policajcu. Radilo se prema tome o istim delima jer su oba ponašanja utemeljena na identičnim ili suštinski istim činjenicama.

Kriterijum materijalnog identiteta dela koji se faktički svodi na identitet odnosno neraskidivu „vremensku i prostornu“ povezanost činjenica navedenih u dve ili više presuda, kasnije je primenjen i u slučaju *Maresti protiv Hrvatske*, *Tomasović protiv Hrvatske*, *Muslija protiv BiH*, *Milenković protiv Srbije*. U predmetu *Maresti protiv Hrvatske* okrivljeni je najpre u prekršajnom postupku osuđen na kaznu zatvora od 40 dana zbog povrede javnog reda i mira, da bi kasnije u krivičnom postupku bio osuđen za nanošenje teških telesnih povreda, jer je vređao i fizički napao oštećenog koji je zbog udaraca po glavi i po telu pretrpeo teške telesne povrede. Ovaj slučaj imao je veliki uticaj ne samo na Hrvatsko zakonodavstvo i praksu već i na postupanje naših sudova. Ipak neodoljiva sličnost predmeta *Maresti* i *Milenković* ukazuje da još uvek postoje nedoumice u pogledu pravilnog pristupa ovom problemu.

#### 4. DOMAĆA ZAKONSKA REŠENJA I PRAKSA

Do odluke u predmetu *Maresti*, mahom je važno stanovište da su krivični i prekršajni postupak dva odvojena kaznena postupka za različite vrste delikata te da *ne bis in idem* podrazumeva samo zabranu ponovnog suđenja u krivičnom postupku. Tako je u teoriji smatrano da zabrana ponovnog suđenja ne isključuje vođenje krivičnog postupka kada mu je prethodio neki drugi kazneni postupak za delikt koji potiče iz istog događaja (disciplinski, prekršajni ili postupak za privredni prestup),<sup>6</sup>

5 Više o ovom kriterijumu i praksi Evropskog suda pravde: V. Bajović, „Ne bis in idem“, u Đ. Ignjatović (ur.): *Kaznena reakcija u Srbiji – IV deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 239–252.

6 T. Vasiljević i M. Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Justinijan, Beograd, 2005, str. 38.

a i praksa je uglavnom stajala na istom stanovištu. Tako je isticano da oslobađajuća presuda za krivično delo nasilničkog ponašanja ne predstavlja smetnju za osudu u prekršajnom postupku za isto delo,<sup>7</sup> ili da „samo presuda doneta u krivičnom postupku sprečava njegovo ponovno vođenje, a nikako odluka prekršajnog suda jer između krivičnog dela i prekršaja postoji kvalitativna razlika koja se ogleda u objektu zaštite.“<sup>8</sup> Štaviše, Viši trgovinski sud je povodom pitanja da li je moguće protiv istog lica istovremeno voditi krivični postupak i postupak za privredni prestup, nižim sudovima dao sledeće instrukcije za postupanje:

- Samo pravnosnažna osuđujuća krivična presuda isključuje vođenje postupka i kažnjavanje odgovornog lica za privredni prestup. U tom slučaju će javni tužilac odbaciti prijavu, odnosno sud će doneti rešenje o obustavi postupka ili odbijajuću presudu.
- Ako je pokrenut krivični postupak za delo koje sadrži obeležja privrednog prestupa ali još nije doneta presuda, tužilac je ovlašćen ili da podigne optužni predlog ili da sačeka ishod krivičnog postupka pre nego što odluči o podizanju optužnog predloga.
- Pravnosnažno kažnjavanje odgovornog lica za privredni prestup ne sprečava kasnije vođenje krivičnog postupka za krivično delo koje sadrži obeležja ovog prestupa.<sup>9</sup>

Navedena tumačenja imala su uporište i u zakonskim rešenjima. Prema članu 63 st. 3 KZ-a: „Zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao odnosno platio za prekršaj ili privredni prestup, kao i kazna ili disciplinska mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline uračunava se u kaznu izrečenu za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline.“

Raniji Zakon o prekršajima<sup>10</sup> je predviđao:

Neće se kazniti za prekršaj lica koje je u krivičnom postupku ili u postupku za privredni prestup pravosnažno oglašeno krivim za delo koje ima i obeležja prekršaja. (čl. 8 st. 2)

Ako je protiv lica osumnjičenog za krivično delo bio određen pritvor, a krivični postupak je pravosnažno okončan obustavom krivičnog postupka ili oslobađajućom odnosno odbijajućom presudom, osim zbog stvarne nenadležnosti suda, pa se za istu radnju u prekršajnom postupku utvrdi krivica učinioaca, vreme provedeno u pritvoru uračunaće se u izrečenu kaznu za prekršaj. (čl. 43 st. 2)

Iz navedenih odredbi je proizilazilo da:

- a) Ako je protiv određenog lica *prvo vođen prekršajni postupak* to ne predstavlja smetnju da se kasnije protiv tog lica pokrene i vodi krivični postupak za

7 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Up. 756/2006 od 2.7.2008. godine.

8 Presuda Apelacinog suda u Novom Sadu, Kž. 1 3680/10 od 21.08.2010. godine.

9 Odgovori na pitanja trgovinskih sudova koji su utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda održanim dana 28.10.2009. i 24.11.2009. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računarske sporove održanoj dana 29.10.2009. godine. Sudska praksa trgovinskih sudova, Bilten br. 3/2009.

10 Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009.

krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja. Jedina olakšica je u tome što mu se kazna izdržana po presudi prekršajnog suda uračunava u kasnije izrečenu krivičnu sankciju.

- b) Ako je protiv određenog lica *prvo vođen krivični postupak*, mogućnost kasnijeg vođenja prekršajnog postupka za delo koje sadrži i elemente prekršaja zavisi od ishoda već okončanog krivičnog postupka i to:
- ako je lice u krivičnom postupku oglašeno krivim, ono se u tom slučaju ne može ponovo kazniti i u prekršajnom postupku.
  - U svim drugim slučajevima (donošenje odbijajuće ili oslobađajuće presude ili rešenja o obustavi krivičnog postupka) vođenje krivičnog postupka ne predstavlja smetnju da se protiv tog učinioca kasnije vodi prekršajni postupak ako njegovo delo sadrži i elemente prekršaja.

Odluka u predmetu Maresti ukazala je na problematičnost ovakvog pristupa iz ugla strazburške prakse, izazvala je dosta polemika u hrvatskoj teoriji,<sup>11</sup> a jasno je uočljiv njen uticaj i na postupanje naših sudova. Tako je, primera radi okrivljeni u prekršajnom postupku oslobođen odgovornosti za ugrožavanje javnog reda i mira a sud je nakon toga doneo odbijajući presudu u krivičnom postupku pozivajući se na zabranu dvostruke ugroženosti pod obrazloženjem da je „činjenični osnov optužbe u krivičnom postupku u potpunosti obuhvaćen presudom Prekršajnog suda... Nije od uticaja brzina i složenost prekršajnog i krivičnog postupka, već suština ovih postupaka pred dva različita suda iste države, koji rezultiraju izricanjem kazne sa ciljem budućeg sprečavanja i odvratanja od vršenja kažnjivih dela. U slučaju oslobađanja u prekršajnom postupku učinilac se više ne mora bojati daljeg krivičnog progona za istu radnju.“<sup>12</sup> Isto tako, u drugom slučaju je istaknuto da se „odlukom suda smatra kako odluka u krivičnim stvarima, tako i odluka prekršajnog suda u smislu člana 6 Zakonika o krivičnom postupku koji reguliše procesno načelo *ne bis in idem*.“<sup>13</sup>

Pored toga, novi Zakon o prekršajima<sup>14</sup> drugačije reguliše ovu materiju, predviđajući da se protiv učinioca prekršaja koji je u krivičnom postupku ili u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oglašen krivim za krivično delo (odnosno privredni prestup) koje obuhvata i obeležje prekršaja, ne može za taj prekršaj ponovo pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti i dovršiti

11 E. Ivičević Karas, „Povodom presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske – analiza mogućeg utjecaja na reformu prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj“, III. Specijalističko savjetovanje, *Primjena Prekršajnog zakona i ostalih propisa s područja prekršajnog prava u Republici Hrvatskoj*, Program, 2009, str. 2–6, D. Novosel, M. Rašo i Z. Burić, „Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svjetlu presude Euroskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 17, br. 2/2010, str. 785–812, E. Ivičević Karas, D. Kos „Primena načela *Ne bis in idem* u Hrvatskom kaznenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 19, broj 2/2012, str. 555–584.

12 Presuda Višeg suda u Kragujevcu K- 67/11 od 08.08.2011. godine i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž.1- 3876/11 od 20.10.2011. godine– *Bilten Višeg suda u Kragujevcu*, broj 3/2012.

13 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kžl. 4171/2011(2) od 10.1.2012. godine– *Bilten Višeg suda u Kragujevcu*, broj 3/2012.

14 Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013.

(čl. 8). Pored toga, ZOP nalaže da se u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka navede da li je protiv okrivljenog povodom istog događaja pokrenut krivični postupak ili postupak za privredni prestup (čl. 181 st. 1 i 8), kako bi prekršajni sud u tom slučaju spise predmeta dostavio nadležnom sudu na dalje postupanje i o tome obavestio podnosioca zahteva (čl. 183 st. 2 i 3). Ako je okrivljeni u krivičnom postupku odnosno u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oslobođen ili oglašen krivim za istovetan događaj koji obuhvata i obeležje prekršaja, prekršajni sud će doneti rešenje o obustavi prekršajnog postupka (čl. 248 st. 1 tač. 4).

Shodno tome, vođenju krivičnog postupka se daje jasan primat nad vođenjem prekršajnom postupka, a pored osuđujuće krivične presude i pravnosnažna oslobađajuća presuda aktivira zabranu vođenja prekršajnog postupka. Međutim ovakvo rešenje sadrži određene suštinske i proceduralne nedostatke i brojna pitanja ostavlja otvorenim.

U praksi se po pravilu, prekršajni postupak i pokreće i okončava pre krivičnog, te je osnovni problem koji se nameće pitanje dejstva prekršajne presude na dalju sudbinu krivičnog postupka. I svi navedeni slučajevi pred ESLJP u kojima su ne samo Srbija već i Hrvatska i BiH oglašene odgovornima za povredu čl. 4 Protokola 7 Evropske konvencije, odnosili su se upravo na ovu situaciju. Zakon o prekršajima je nastojao to da „reši“ tako što bi prekršajni sud u slučaju paralelnog ili naknadnog pokretanja krivičnog postupka spise predmeta dostavio krivičnom sudu, međutim ovakvo rešenje sadrži određene suštinske i proceduralne nedostatke.

Procesno posmatrano ZOP uopšte ne reguliše koju odluku donosi prekršajni sud u slučaju kada dostavlja spise krivičnom sudu zbog istovremeno ili naknadno pokrenutog krivičnog postupka.<sup>15</sup> Logično bi bilo da se u tom slučaju zahtev za pokretanje prekršajnog postupka odbaci, kada su oba postupka pokrenuta istovremeno, odnosno da se prekršajni postupak obustavi kada je krivični postupak pokrenut naknadno. Međutim ako bi se kasnije u krivičnom postupku utvrdilo da odnosni delikt nema elemente krivičnog dela, to bi sprečavalo kažnjavanje učinioca u prekršajnom postupku, kako zbog zastarelosti tako i zbog dejstva načela *ne bis in idem*.

Pored toga, navedeno rešenje gubi iz vida krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi a koja često sadrže i elemente prekršaja, čime se automatski zanemaruju interesi oštećenog. Primera radi krivično delo lake telesne povrede može u sebi sadržati i prekršaj protiv javnog reda i mira, te je moguće da se prekršajni postupak okonča pre isteka roka od tri meseca u kome je privatni tužilac dužan da podnese privatnu tužbu. U tom slučaju bi prekršajna presuda nalagala krivičnom sudu da privatnu tužbu odbije budući da se radi o „već presuđenoj stvari“. Ako prekršajni postupak ne bi bio okončan u tromesečnom roku za podnošenje privatne tužbe, prekršajni sud bio bi dužan da spise dostavi krivičnom sudu, ali bi oslobađajuća krivična presuda po privatnoj tužbi onemogućavala kasnije kažnjavanje učinioca u prekršajnom postupku.

Problematično može biti i novousvojeno rešenje po kome oslobađajuća krivična presuda onemogućava vođenje prekršajnog postupka, posebno imajući u vidu da

15 O tome i: N. Mrvić-Petrović, „Poštovanje načela *Ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, br. 2, 2014, str. 35–36.

je u nekim slučajevima razlika između krivičnih dela i prekršaja samo kvantitativna. Primera radi, kod krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti javnog saobraćaja nastupanje materijalne štete veće od 200.000 dinara razgraničava krivično delo i prekršaj. Kako se kod ovih krivičnih dela najčešće pokreću i krivični i prekršajni postupak prekršajni sud bi bio dužan da spise dostavi krivičnom sudu do okončanja krivičnog postupka. Međutim, ako bi se u krivičnom postupku ustanovilo da pričinjena šteta ne premašuje ovaj iznos, sud bi morao da donese oslobađajuću presudu jer „delo nije krivično delo“, ali bi ovakva presuda, po izričitoj zakonskoj odredbi (čl. 248 st. 1 tač. 4) u tom slučaju nalagala obustavu prekršajnog postupka?!

Jasno je dakle da izlaz iz navedenih situacija zahteva drugačiji pristup ovom problemu.

## 5. REŠENJE „LOGIČKOG ĆORSOKAKA“

Presude ESLJP kojima je ustanovljena povreda čl. 4 Prokotokola 7 Evropske konvencije jer je učinilac kažnjen i u prekršajnom i u krivičnom postupku su kritikovane kao nepravedne jer pravnoj sigurnosti daju primat nad pravičnošću.<sup>16</sup> Isticano je i da doktrina *ne bis in idem* po tumačenju Evropskog suda vodi u „logički ćorsokak“, jer sud putem pravne kvalifikacije u jednom postupku može videti kao relevantnu jednu kombinaciju činjenica dok u drugom postupku povodom istog događaja te činjenice mogu dobiti sasvim drugi smisao kroz drugačiju pravnu kvalifikaciju.<sup>17</sup>

Najveći problem u vezi sa tim ogleđa se u opasnosti da osuda za relativno lak prekršaj onemogući naknadno vođenje krivičnog postupka, odnosno da se kaznenopravna zaštita „iscrpi“ kažnjavanjem učinioaca za prekršaj umesto za krivično delo.<sup>18</sup> Kako je prekršajni postupak brži, jednostavniji i efikasniji od krivičnog, suštinska dilema je usklađivanje strazburških kriterijuma sa zahtevima adekvatne kaznenopravne zaštite. Nakon odluke u slučaju Maresti Hrvatska je pokušala da problem reši na normativnom planu, tako što bi jasno razgraničila krivična dela i prekršaje, nastojeći da zakonom izbegne preklapanje bitnih elemenata prekršaja odnosno krivičnog dela. Međutim ovaj zadatak se pokazao kao Sifzifov posao, budući da je granica između krivičnih dela i prekršaja i dalje nejasna.<sup>19</sup>

16 Tako S. Bovan ističe da je dominantan model primene načela *ne bis in idem*, gde se favorizuje princip pravne sigurnosti, samo još jedan dokaz da u pravnoj praksi caruje topus logičko-mehaničke funkcije pravosuđa. Vidi: S. Bovan, „Metodski potencijali hermeneutičkog pragmatizma u razumevanju i primeni načela *ne bis in idem*“, *Crimen* (V) 1/2014, str. 64.

17 B. Zupančić, „Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo)“, *Crimen* (II) 2/ 2011, str. 171–172.

18 U tom smislu se osnovano upozorava da „Pošto bi odluka prekršajnog suda u najpre pokrenutom prekršajnom postupku kao *res iudicata* isključila mogućnost da se naknadno inicira krivično gonjenje povodom istog događaja, došli bi u situaciju da od diskrecione procene organa uprave (a naročito policije ovlašćene da podnosi kako zahtev za pokretanje prekršajnog postupka tako i krivičnu prijavu) zavisi izbor merodavnog procesnog puta radi kaznene zaštite najvažnijih društvenih vrednosti. A to bi moglo da vodi brojnim zloupotrebama u praksi.“ N. Mrvić-Petrović, *op. cit.*, str. 28.

19 O tome: E. Ivičević Karas, D. Kos, „Primena načela *Ne bis in idem* u Hrvatskom kaznenom pravu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 19, broj 2/2012, str. 555–584.

Pored toga, u hrvatskoj teoriji je diskutovano da li bi ista odluka bila doneta da je poštovan „vremenski sled“ tačnije da je Maresti u prekršajnom postupku bio osuđen samo za one činjenice koje se odnose na prekršaj, umesto što je oglašen krivim i za fizički napad na oštećenog. U skladu sa tim je isticano da je kod ovog razgraničenja potrebno razlikovati remećenje javnog reda i mira u smislu vikanja i razbijanja na javnom mestu, od konkretnog krivičnog dela do koga dolazi kada lice koje remeti javni red i mir u jednom trenutku nožem nanosi tešku telesnu povredu nekoj osobi. Tada u optužnom predlogu za prekršaj ne treba opisivati nastalu posledicu (nanošenje povrede), kao a u opisu krivičnog dela ne treba opisivati čitav događaj koji je već prekršajno kažnjen, već je dovoljno naznačiti „nakon prethodne svađe“ i sl.<sup>20</sup>

Akcentat je dakle da se jezički razgraniči koje ponašanje potpada pod zakonski opis prekršaja, a koje pod zakonski opis krivičnog dela, te da se u obrazloženju prekršajne presude „ni slučajno“ ne navede ponašanje koje predstavlja element krivičnog dela, kako bi se omogućio opstanak obe presude i dvostruko kažnjavanje učinioca. Obrazloženja strazburških presuda lako mogu navesti na ovakvo tumačenje. Tako je i u presudi Milenković protiv Srbije ESLJP u vezi navoda vlade da prekršajna sankcija ne uključuje telesne povrede, istakao da je prekršajni sud izričito oglasio podnosioca predstavke krivim za udaranje i povređivanje oštećenog, što znači da je prekršajnom presudom Milenković osuđen i za fizički napad na oštećenog, bez obzira na pravnu kvalifikaciju dela. Pri tom se obe odluke odnose na isti događaj i istu radnju, odnosno na incident koji se desio 12. oktobra 2006. godine u Subotičkoj ulici. (par. 39 i 40 presude).

I Ustavni sud Srbije poveo se ovakvim tumačenjem skrenuvši pažnju prekršajnim sudovima da svojom izrekom ne treba da proširuju činjenični opis prekršaja i obuhvataju činjenični supstrat krivičnog dela, jer postoji opasnost da aktiviraju zabranu dva puta u istoj stvari. Osnovni cilj ovakvog tumačenja bio je da se preduprede situacije da prekršajna presuda predstavlja smetnju za progon učinilaca krivičnih dela.<sup>21</sup>

Iz ovoga proizilazi da se poštovanje principa *ne bis in idem* faktički svodi na pisanje obrazloženja krivičnih i prekršajnih presuda, te da isto lice može biti osuđeno zbog istog dela u dva različita postupka, pod uslovom da sud to adekvatno obrazloži izbegavajući upotrebu reči koje čine element drugog kaznenog delikta?! Osnovano se može izraziti sumnja da je Evropski sud tako nešto imao na umu.

Kritičari strazburške prakse insistiraju na različitim svrhama kažnjavanja u različitim postupcima,<sup>22</sup> i ističu da je u interesu društva u celini da se kazne različite povrede zakona izvršene identičnim događajem,<sup>23</sup> a kao pozitivan primer drugačijeg rešenja navode Model krivičnog zakonika SAD-a i američku praksu koja znatno liberalnije tumači zabranu dvostruke ugroženosti, odnosno *double jeopardy prohibition*.

20 D. Novosel i drugi, *op. cit.*, str. 799.

21 Vidi presudu Ustavnog suda, Už. 1285/2012, dostupno na: <http://www.slglasnik.info/sr/45-27-04-2014/23268-odluka-ustavnog-suda-broj-uz-1285-2012.html>.

22 S. Bovan, *op. cit.*, str. 71.

23 Tako se navodi da „ako se različitim inkriminacijama želi sprečiti potpuno drugačije zlo ili šteta, drugo gonjenje za isti događaj nije zabranjeno“ B. Zupančić, *op. cit.*, str. 175.

Međutim, čini se da je suština strazburškog tumačenja drugačija i da akcenat stavlja na interese pojedinca i njegovu zaštitu od države odnosno višestrukih kaznenih progona i kažnjavanja, dok su interesi države za adekvatnom kaznenopravnom reakcijom sasvim opravdano u drugom planu. Iako i laičkom posmatraču može izgledati nepravično da se krivična osuda izbegne jer je učinilac prethodno već prekršajno kažnjen, sa aspekta učinioca su američka rešenja daleko nepravičnija, imajući u vidu da zbog istog krivičnog dela može biti osuđen u više država na više paralelnih kazni. Primera radi, ako je lice kidnapovano u jednoj a ubijeno u drugoj državi, učinilac može u obe države biti krivično gonjen i kažnjen, što se obrazlaže time da su države odvojene političke zajednice koje imaju suverena ovlašćenja da kažnjavaju za sva krivična dela izvršena na njihovoj teritoriji, bez obzira na to da li je učinilac za isto delo već kažnjen od strane druge države.<sup>24</sup> Isto tako, moguće je vođenje postupka za isto delo kako pred sudom države članice tako i pred federalnim sudom, ako je reč o krivičnom delu koje se kažnjava i na državnom i na federalnom nivou.<sup>25</sup> Pored toga američko pravo ne poznaje odredbe o sticaju pa ako je jednom radnjom učinio više krivičnih dela tužilac može podići optužnicu za sva dela koja proističu iz te radnje. Primera radi, okrivljeni koji bi u našem pravu po pravilima o idealnom sticaju odgovarao samo za razbojništvo, u SAD-u bi mogao da odgovara za prinudu, krađu, neovlašćeno posedovanje vatrenog oružja, neovlašćeno ometanje poseda i broja druga dela koja proističu iz te radnje. Upravo u tome leži smisao rešenja iz Modela krivičnog zakonika SAD-a po kome se procenjuje da li svaka druga (nova) pravna kvalifikacija zahteva dokaz (činjenice) koje druga ne traži, a koje se navodi kao primer pozitivnog rešenja „logičkog ćorsokaka“ koji nameće *ne bis in idem*.

Shodno tome, osnovno pitanje koje se ovde nameće je pitanje adekvatnog balansa između interesa države i društva za efikasnom kaznenopravnom zaštitom i interesa pojedinca da ne bude dvostruko kažnjan zbog istog ponašanja. Dok u američkom pravu tas preteže u korist države, ESLJP daje primat interesima pojedinca „spašavajući ga“ krivičnog progona ako je prethodno prekršajno osuđen. Ovakvo rešenje u našoj teoriji osnovano nailazi na kritike i izgleda „nepravično“, ali ne sme se smetnuti sa uma da Evropski sud ne zna niti je dužan da zna razlike između različitih vrsta kaznenih delikata koji postoje u pravnim sistemima, već akcenat stavlja samo na položaj pojedinca i zaštitu njegovih prava. Iz tog ugla je irelevantno da li je pojedinac osuđen za nešto što se u unutrašnjem pravnom poretku naziva krivično delo ili prekršaj ili privredni prestup i na koju je kaznu osuđen ako je on dva puta sankcionisan zbog istog ponašanja.

I u našem pravu je, ponekad teško iz zakonskog opisa dela napraviti jasnu razliku između krivičnog dela i prekršaja. Primera radi, dok krivično delo nasilničkog ponašanja iz člana 344 KZ-a čini onaj „ko grubim vređanjem ili zlostavljanjem drugog, vršenjem nasilja nad drugim, izazivanjem tuče ili drskim ili bezobzirnim

24 Tako je primera radi u postupku *Heath v. Alabama*, 474 U.S.82 (1985) okrivljeni, koji je žrtvu kidnapovao u Alabami a lišio života u Džordžiji, od strane suda u Džordžiji gde je priznao krivicu kažnjen na kaznu doživotnog zatvora, dok mu je u Alabami za isto delo izrečena smrtna kazna. Vidi: S. A. Saltzburg, D. J. Capra /2004/: *American Criminal Procedure*, Seventh Edition, Thomson West Edition, US, 1571–1572.

25 Više o tome: V. Bajović, *op. cit.*, str. 240–241.

ponašanjem značajnije ugrožava spokojstvo građana ili teže remeti javni red i mir“, prekršaj iz člana 6 st. 3 Zakona o javnom redu i miru čini onaj ko „vređanjem ili zloupotrebom drugog, vršenjem nasilja nad drugim, izazivanjem tuče ili učestvovanjem u njoj ugrožava spokojstvo građana ili remeti javni red i mir“. Shodno tome, ako je vređanje bilo „grubo“ ili ako je spokojstvo građana „značajnije“ ugroženo ili je došlo do „težeg“ remećenja javnog reda i mira radiće se o krivičnom delu, a u suprotnom radiće se o prekršaju?! U vezi sa tim u teoriji se osnovano upozorava na hipertrofiju inkriminacija u krivičnom pravu, „jer se zakonodavac često ne pridržava načela da je pribegavanje krivičnoj represiji i propisivanje nekog ponašanja kao krivičnog dela krajnje sredstvo, tj. *ultima ratio*.“<sup>26</sup> Međutim, pojedinac ne bi trebalo da ispašta zbog navedene „hipertrofije“ te bi iz njegovog ugla kažnjavanje u prekršajnom i krivičnom postupku zbog, primera radi, nasilničkog ponašanja svakako predstavljala „dvostruko kažnjavanje“ zbog istog dela, bez obzira na formalno različitu svrhu kazne i vrednosti koje se štite različitim vrstama kaznenih delikata. Imajući to u vidu, izlaz iz „logičkog ćorsokaka“ do koga dovodi strazburško tumačenje načela *ne bis in idem* treba tražiti na procesnom planu.

Ako delo sadrži obeležja i krivičnog dela i prekršaja (odnosno privrednog prestupa) prednost bi uvek trebalo dati „težem“ odnosno krivičnom gonjenju, što je i izričito predviđeno novim Zakonom o prekršajima. Da je „slučaj Milenković“ rešavan po ovom Zakonu, Prekršajni sud bi bio dužan da obustavi rad na predmetu i slučaj dostavi krivičnom sudu odmah po pokretanju krivičnog postupka (Javni tužilac je, videli smo, pokrenuo krivični postupak 4 aprila 2007 a prekršajna presuda je doneta 6 novembra 2007). U tom slučaju bi bila doneta samo jedna (krivična) presuda te bi pitanje „dvostruke ugroženosti“ bilo bespredmetno. Osuđujuća krivična presuda bi u tom slučaju nalagala obustavu prekršajnog postupka po principu „već presuđene stvari“ i zahtev za adekvatnom kaznenopravnom zaštitom bi bio zadovoljen, budući da je učinilac u krivičnom postupku kažnjen za krivično delo koje u sebi sadrži i obeležja prekršaja. U takvom slučaju je prekršajna osuda suvišna, analogno primeni krivično pravnih odredbi o idelanom sticaju jer se krivično delo i prekršaj po pravilu nalaze u odnosu specijaliteta ili konzumpcije. Odnos specijaliteta bi postojao kada zakonski opis bića krivičnog dela u potpunosti obuhvata i biće prekršaja s tim da sadrži najmanje jedno dodatno obeležje, dok bi konzumpcija postojala kada biće krivičnog dela u potpunosti obuhvata i biće prekršaja odnosno kada izvršenje jednog krivičnog dela po pravilu dovodi i do ostvarenja bića prekršaja.

Međutim i ovakvo rešenje može nametnuti brojne probleme u praksi. Kao što je već pomenuto, ZOP sadrži pravnu prazninu jer ne reguliše koju odluku donosi prekršajni sud u situaciji kada dostavlja spise krivičnom sudu zbog istovremeno ili naknadno pokrenutog krivičnog postupka. Analogija sa krivičnim postupkom bi nalagala da se, u slučaju istovremenog podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka i krivične prijave, zahtev za pokretanje prekršajnog postupka odbaci. Ova odluka ne bi predstavljala procesnu smetnju za nastavljanje prekršajnog postupka po okončanju krivičnog, naravno pod uslovom da se u krivičnom postupku ne donese osuđujuća presuda (koja bi svakako sprečavala prekršajno gonjenje) i da



ne nastupi zastarelost prekršajnog gonjenja. Ako je prekršajni postupak u toku pa prekršajni sud sazna za naknadno pokrenuti krivični postupak dužan je da spise dostavi krivičnom sudu. Rešenje o obustavi prekršajnog postupka bi u tom slučaju onemogućavalo da se prekršajni postupak nastavi po okončanju krivičnog, pa je najadekvatnija odluka u tom slučaju rešenje o prekidu prekršajnog postupka. Ako se krivični postupak okonča pravnosnačnom osuđujućom presudom ili obustavom postupka zbog trajnih procesnih smetnji, prekršajni postupak bi trebalo po logici stvari obustaviti, dok bi svaka druga odluka krivičnog suda omogućavala kasnije nastavljajanje prekršajnog postupka.

U praksi se neretko dešava da se prekršajni postupak okonča pre pokretanja krivičnog, pa se postavlja pitanje mogućnosti naknadnog vođenja krivičnog postupka u toj situaciji. Upravo ovde dolazi do izražaja problem da se kazneno pravna reakcija „iscrpi“ kažnjavanjem učinioaca u prekršajnom postupku. Krivični zakonik tako nešto i dalje dozvoljava predviđajući samo da se kazna izrečena u prekršajnom postupku uračunava u krivičnu sankciju, ali se upravo ova praksa pokazala spornom iz ugla ESLJP.<sup>27</sup>

Kada se radi o krivičnim delima koja se gone po službenoj dužnosti odnosno o prekršajnim postupcima pokrenutim po zahtevu policije odnosno drugih državnih organa i raznih inspekcija, na „državi“ je (odnosno njenim organima) da proceni kom postupku će dati prednost. Iako je tačno Zupančićevo zapažanje da se činjenice povodom istog istorijskog događaja mogu kvalifikovati na različite načine, te da putem jedne pravne kvalifikacije sud može videti kao relevantnu jednu specifičnu kombinaciju činjenica, dok „potonja istraga istog istorijskog događaja može, kroz različitu pravnu prizmu, izneti potpuno drugačiji niz činjenica– kao odlučujuće i od prvorazrednog značaja za ishod,<sup>28</sup> pojedinac ne bi smeo da „ispašta“ zbog nesposobnosti nadležnih državnih organa da pravilno kvalifikuju činjenice i blagovremeno izaberu kaznenu reakciju najprimereniju konkretnom slučaju. Na taj način ne samo da se pojedinac štiti od dvostrukog kažnjavanja, već i u interesu države i njenih građana da se finansijski resursi ne rasipaju vođenjem različitih kaznenih postupaka u pogledu istog dela.

Daleko problematičnija su krivična dela koja se gone po prvitanj tužbi a koja često sadrže i elemente prekršaja, jer u tome slučaju pokretanje krivičnog postupka ne zavisi od „procene“ državnog organa tj. javnog tužioca, već od volje oštećenog. Primera radi krivično delo lake telesne povrede može u sebi sadržati i prekršaj protiv javnog reda i mira, te je moguće da se prekršajni postupak okonča pre isteka roka od tri meseca u kome je privatni tužilac dužan da podnese privatnu tužbu. U tom slučaju bi prekršajna presuda nalagala krivičnom sudu da privatnu tužbu odbije budući da se radi o „već presuđenoj stvari“. Jedini „izlaz“ je da se sa donošenjem prekršajne presude zastane do isteka tromesečnog roka za podnošenje privatne tuž-

27 Hrvatski KZ iz 1997. godine je sadržao identičnu odredbu, ali je KZ-om iz 2011. kome je daleko prethodila odluka Marešić, ova odredba brisana, te Hrvatski KZ iz 2011. godine ne sadrži odredbu o obaveznom uračunavanju kazne izrečene u prekršajnom postupku, nego samo opštu odredbu o uračunavanju vremena provedenog u pritvoru i istražnom zatvoru kao i svako drugo lišenje slobode u vezi sa kaznenim delom (čl. 54 KZ/2011, Kazneni zakon, *Nar. Nov.* 125/11).

28 B. Zupančić, *op. cit.*, str. 172.

be, kako bi se prekršajni sud informisao da li je oštećeni tražio zaštitu i u krivičnom postupku. Tada bi naime prekršajni sud bio dužan da spise dostavi krivičnom sudu, ali ovde se nameće drugi problem jer bi oslobađajuća krivična presuda po privatnoj tužbi onemogućavala kasnije kažnjavanje učinioca u prekršajnom postupku.

Ako bi se u krivičnom postupku ustanovilo da delo nema elemente krivičnog dela, sud bi bio dužan da donese oslobađajuću presudu. Prekršajni postupak se u tom slučaju ne bi mogao pokrenuti i nastaviti jer pravnosnažna oslobađajuća presuda takođe aktivira zabranu *ne bis in idem*. Primera radi ustanovi se da se povrede nanete učestvovanjem u tuči ne mogu klasifikovati kao teške telesne povrede ili da šteta pričinjena saobraćanom nezgodom ne premašuje određeni iznos ili da nije postojala namera da se izbegne plaćanje poreza već je to učinjeno iz neznanja. Oslobađajuća krivična presuda ili rešenje o obustavi postupka bi u takvim slučajevima onemogućavalo kasniju prekršajnu osudu za prekršaj protiv javnog reda i mira, bezbednosti saobraćaja ili oblasti poreskih propisa. Zbog toga je adekvatnije rešenje da se u navedenim slučajevima kada delo nema elemente krivičnog dela ali može sadržati obeležja prekršaja donese rešenje o odbacivanju optužnice i slučaj dostavi prekršajnom sudu, analogno situaciji kada sud na glavnom pretresu ustanovi da nije stvarno nadležan. Rešenje o odbacivanju optužnice, za razliku od presude i rešenja o obustavi postupka, ne aktivira zabranu *ne bis in idem*, te bi pokretanje (ili nastavljanje) prekršajnog postupka u navedenim slučajevima bilo moguće. Ovakvo rešenje sada je zamislivo i ostvarivo budući da su prekršajni sudovi od 1. januara 2014. godine svrstani u mrežu redovnih sudova kao sudovi posebne nadležnosti. Problem bi u ovom slučaju predstavljali relativno kratki rokovi zastarelosti u prekršajnom postupku, odnosno dugogodišnje trajanje krivičnih postupaka, ali to je već problematika suđenja u razumnom roku koja prevazilazi razmatranja principa *ne bis in idem*.

## 6. ZAKLJUČAK

Prekršaji, privredni prestupi i krivična dela predstavljaju različite kategorije kaznenih delikata koji se razlikuju po vrsti i karakteru, ali služe istom zaštitnom cilju a neretko se i njihovi elementi prepliću. Ova podela nasleđena je još iz jugoslovenskog prava, pa nije ni čudo što su se i Srbija i Hrvatska i BiH u kratkom vremenskom period našle na „meti“ suda u Strazburu zbog dvostrukog kažnjavanja učinioca u krivičnom i prekršajnom postupku. Praksa po kojoj osuda u prekršajnom postupku ne predstavlja smetnju za kasnije krivično gonjenje pokazala se neodrživom i dovela je do promene u zakonskim rešenjima i praktičnom tumačenju načela *ne bis in idem*. Najveća opasnost ovog „šireg“ tumačenja dvostruke ugroženosti ogleda se u bojazni da se kaznena reakcija ne „iscrpi“ kažnjavanjem učinioca za prekršaj, te da prekršajna osuda onemogući kasnije izricanje krivične sankcije za isto delo. Zbog toga novi Zakon o prekršajkima daje jasnu prednost krivičnom nad prekršajnim gonjenjem obavezujući prekršajni sud da spise dostavi krivičnom sudu u slučaju istovremenog ili naknadnog pokretanja krivičnog postupka za isto delo. Osuđujuća krivična presuda bi u tom slučaju nalagala obustavu prekršajnog postupka po principu „već presuđene stvari“ i zahtev za adekvatnom kaznenopravnom zaštitom bi bio zadovoljen, budući da je učinilac u krivičnom postupku kažnjen za krivično delo koje u sebi

sadrži i obeležja prekršaja. U takvom slučaju je prekršajna osuda suvišna, analogno primeni krivično pravnih odredbi o idelanom sticaju jer se krivično delo i prekršaj po pravilu nalaze u odnosu specijaliteta ili konzumpcije. Do problema dolazi u slučaju donošenja oslobađajuće krivične presude kao i u slučaju završetka prekršajnog postupka pre pokretanja krivičnog.

Ako se u krivičnom postupku ustanovi da delo nije krivično delo sud bi bio dužan da donese oslobađajuću presudu, međutim nepostojanje krivičnog dela ne isključuje postojanje prekršaja, a po ZOP-u oslobađajuća krivična presuda aktivira zabranu *ne bis in idem*. Primera radi u slučaju istovremenog pokretanja krivičnog i prekršajnog postupka za delo protiv bezbednosti javnog saobraćaja, prekršajni sud bi bio dužan da „ustupi“ predmet krivičnom sudu, ali ako se u krivičnom postupku ustanovi da pričinjena materijalna šteta ne premašuje iznos potreban za postojanje krivičnog dela, sud bi doneo oslobađajuću presudu (nema dela) a ovakva presuda bi po izričitoj odredbi ZOP-a takođe nalagala obustavu prekršajnog postupka. Na taj način bi učinilac prošao u potpunosti nekažnjeno. Jedini „izlaz“ iz ove situacije je donošenje rešenja o odbacivanju optužnice i prenošenje nadležnosti sa krivičnog na prekršajni sud.

Najproblematičnija je situacija do koje dolazi kada se prekršajni postupak okonča pre pokretanja krivičnog postupka. Iako kasnije kažnjavanje učinioca u krivičnom postupku po odredbama KZ-a nije isključeno, ova praksa se pokazala problematičnom iz vizure Evropskog suda. Jedini „izlaz“ iz ovog „ćorsokaka“ ogleda se u pažljivoj proceni nadležnih državnih organa da li će prednost dati krivičnom ili prekršajnom gonjenju. U tom smislu bi prednost uvek trebalo dati „težem“ tj. krivičnom gonjenju, uz mogućnost krivičnog suda da se oglasi nenadležnim ako ustanovi da delo nema elemente krivičnog dela i dostavi predmet prekršajnom sudu na postupanje. Uprkos kritikama koje se upućuju strazburškoj praksi da formalizmu daje primat nad pravičnošću, ne sme se zaboraviti da ovaj sud stvari posmatra prvenstveno kroz prizmu pojedinca i zaštite njegovih interesa, a pojedinac ne bi smeo da „ispašta“ zbog nesposobnosti nadležnih državnih organa da pravilno kvalifikuju činjenice i blagovremeno izaberu kaznenu reakciju najprimereniju konkretnom slučaju. Ovakvim postupanjem ne samo da se pojedinac štiti od „dvostrukog kažnjavanja“ već se sprečava i rasipanje budžetskih sredstava na vođenje različitih kaznenih postupaka u pogledu istog dela.

Vanja Bajović

Faculty of Law, University of Belgrade

## MILENKOVIC CASE– *NE BIS IN IDEM* PRINCIPLE IN CRIMINAL AND MISDEMEANORS PROCEEDINGS

### SUMMARY

Serbian criminal law traditionally contains a tripartite division of penal offences on misdemeanours, economic offences (*privredni prestupi*) and crimes, but elements of these „delicts“ are sometimes very similar and overlapped, and it is quite common in the practice that offender by one act simultaneously commit misdemeanour and crime. Dominant opinion

in Serbian legal theory and judicial practice was that punishment for misdemeanours does not prevent subsequent criminal prosecution for the same offence, having in mind different values protected by the different type of delicts, as well as different purpose of sanction in criminal and misdemeanor proceedings. However, this opinion was put under the question by the ECHR, who found that it means violation of the *ne bis in idem* principle proclaimed by the Article 4 of Protocol No. 7 to the European Convention. The practice of the ECHR regarding *ne bis in idem* principle is analysed in the first part of the paper. In this regard we are trying to explain what means „criminal offence“ according to Strasbourg criteria, and when the offences are the same, that is when „idem“ criteria was satisfied. The second part analyse Serbian law and judicial implementation of legal provision regarding *ne bis in idem* principle. Although new Serbian Misdemeanour Act of 2013 gives clear priority to criminal proceeding, numerous questions remains open, including some legal gaps in Misdemeanour Act, completion of misdemeanour proceeding before initiation of criminal prosecution and impossibility of misdemeanour punishment in the case of acquittal in criminal procedure.

**Keywords:** identity of offence, misdemeanour proceeding, criminal proceeding *ne bis in idem* principle.

Ivan Đokić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## O OBJEKTIVNOJ STRANI ODUSTANKA OD IZVRŠENJA KRIVIČNOG DELA

**Apstrakt:** Iako je u naučnoj obradi instituta dobrovoljnog odustanka znatna pažnja poklonjena analizi uslova dobrovoljnosti, jednako je bitno i pitanje samog odustanka od dela. Najpre se u skladu sa savremenim učenjem razmatra da li je učinilac uopšte bio u mogućnosti da delo dovrši, a zatim da li je napuštanjem izvršilačkog umišljaja svoju kriminalnu aktivnost zaustavio u stadijumu nedovršenog ili dovršenog pokušaja. Za razgraničenje između ove dve vrste pokušaja umesto objektivnog merila koristi se predstava učinioca o tome koje su radnje neophodne za nastupanje posledice. Upravo je to razgraničenje od presudnog značaja na planu objektivne strane odustanka od izvršenja dela, jer za kvalifikovanje ponašanja kao odustanka važe različite pravne pretpostavke u zavisnosti od toga koliko se učinilac približio ostvarenju zakonskog bića krivičnog dela.

**Ključne reči:** odustanak, dobrovoljnost, nedovršeni pokušaj, dovršeni pokušaj, sprečavanje nastupanja posledice.

### 1. UVOD

Institut dobrovoljnog odustanka pretpostavlja ostvarenost uslova koji se odnose najpre na sam akt odustajanja (objektivni element), a zatim i na dobrovoljnost odustanka (subjektivni element).<sup>1</sup> Pitanju dobrovoljnosti prethodi pitanje odustanka. Najpre se ispituje da li je posledica izostala delatnošću učinioca, a tek zatim da li je ta delatnost dobrovoljna.<sup>2</sup> Na objektivnom planu potrebno je da učinilac prestane sa daljim preduzimanjem radnje izvršenja (kod nedovršenog pokušaja), ili da spreči nastupanje posledice (kod dovršenog pokušaja), dok je u pogledu subjektivnog elementa potrebno da je odluku doneo sam, pod uticajem unutrašnjih motiva a ne usled nekih okolnosti koje predstavljaju ozbiljnu smetnju za dovršenje krivičnog dela.<sup>3</sup> Premda je naučna rasprava obično koncentrisana oko ključnog pojma dobrovoljnosti i ispitivanju uslova pod kojima se distanciranje od dela smatra relevantnim, ni pitanje odustanka kroz dvojaku mogućnost zadržavanja dela u fazi pokušaja ne izaziva manje dileme. Analiza zakonskih pretpostavki za primenu instituta dobrovoljnog odustanka ukazuje na tesnu povezanost između njegove objektivne i subjektivne strane. Ukoliko se pođe od uobičajenog psihološkog određivanja dobro-

---

\* docent, [djokic@ius.bg.ac.rs](mailto:djokic@ius.bg.ac.rs)

1 Franjo Bačić, *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd 1978, 110.

2 Ivana Simović-Hiber, *Dobrovoljni odustanak u krivičnom pravu*, doktorska disertacija, Beograd 1987, 153.

3 Zoran Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2015, 220.

voljnosti odustanka, te dve strane se teško mogu u potpunosti razdvojiti i ispitivati nezavisno jedna od druge.

## 2. NEMOGUĆNOST ODUSTANKA OD IZVRŠENJA DELA – PROMAŠENI (NEUSPEŠNI) POKUŠAJ

Pre nego što se razmotre zakonski uslovi za postojanje objektivne strane dobrovoljnog odustanka potrebno je ispitati da li je odustanak uopšte moguć.<sup>4</sup> Da bismo znali da li je učinilac odustao moramo znati razlog zbog koga nije dovršio delo. Odustati se može samo od one radnje koju bi učinilac mogao sprovesti do kraja (ili za koju on drži da bi je mogao u potpunosti izvesti). Učinilac koji nije mogao nastaviti izvršenje dela usled kakve prepreke i koji nije imao na raspolaganju neku alternativnu radnju (ili nije primetio da je ima) svojim povlačenjem ne odustaje od dela, već je sprečen da delo dovrši. Prema većinskom stavu u stranoj literaturi u tom slučaju radiće se o tzv. promašenom (neuspešnom) pokušaju (*fehlgeschlagener Versuch*). Ne može postojati odustanak onda kada učinilac nije imao mogućnost da delo dovrši, ili je on barem tako smatrao. Nije neophodno dakle da je faktički nemoguće dovršiti delo, presudan je stav učinioca i njegova predstava o mogućnosti dovršenja dela.<sup>5</sup> Tako će promašeni pokušaj, od koga dobrovoljni odustanak nije moguć, postojati kako u slučaju kada učinilac prepoznaje da u datim okolnostima ne može dovršiti krivično delo, tako i onda kada on u zabludi smatra da delo nije moguće dovršiti. Napuštanje kriminalne delatnosti u takvom slučaju ne može se smatrati odustankom koji uz ostale uslove omogućava privilegiju oslobođenja od kazne. Nužan uslov za odustanak je prema tome svest učinioca da delo može dovršiti, pa će postojati dobrovoljni odustanak čak i onda kada učinilac pogrešno drži da je dovršenje dela moguće (iako je objektivno delo nemoguće ostvariti) ali dobrovoljno prekida radnju izvršenja.<sup>6</sup>

U literaturi je gotovo nesporno da figura promašenog pokušaja postoji u barem dve različite varijante. Najpre, postojaće promašeni pokušaj, a samim tim i nemogućnost odustanka, u slučaju kada učinilac diže ruke od svog poduhvata zbog (fizičke) nemogućnosti da postigne konkretan cilj prema kome je radnja bila upravljena. Tu je učinilac svestan toga da na osnovu njemu raspoloživih sredstava posledicu opisane bićem ili više uopšte ne može da ostvari, ili ne može da je ostvari bez zna-

4 Kristian Kühn, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2008, 476.

5 Helmut Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien-New York 2002, 249; vid. Gerhard Hager, Wolfram Massauer, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (herausgegeben von Dr. Frank Höpfel, Dr. Eckart Ratz), Wien 1999, 31. Promašeni pokušaj treba razlikovati od nepodobnog pokušaja. Nepodobnost pokušaja se procenjuje iz jedne objektivne *ex-ante* perspektive. Nasuprot tome, promašeni pokušaj se zasniva isključivo na predstavi učinioca. Stoga, nepodoban pokušaj još uvek nije promašen (i odustanak je moguć) sve dok učinilac drži da posledicu može da ostvari. Ali, čim učinilac prepozna da je pokušaj nepodoban, onda je on istovremeno i promašen. Obrnuto, jedan iz perspektive učinioca promašeni pokušaj može objektivno biti podoban. Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2011, 255.

6 K. Kühn, 476; Georg Freund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin-Heidelberg 2009, 345–346.

čajne vremenske cezure. Npr. kada učinilac koji ima na raspolaganju samo jedan metak sa velike distance promaši lice koje je želeo da usmrti.<sup>7</sup> Jednako važi i za slučaj kada je dovršenje dela objektivno moguće, ali učinilac nije svestan da mu na raspolaganju stoje efikasna sredstva, ili nije uveren u njihovu podobnost da dovedu do posledice.<sup>8</sup>

Drugu grupu slučajeva neuspešnog pokušaja čine one situacije kada je ostvarenje dela za učinioca izgubilo smisao. Tu se govori o otpadanju motiva. Ko primera radi očekuje da krađom oduzme znatnu sumu novca, ali protivno očekivanju dođe u posed samo neznatne sume, nije ispunio svoj cilj.<sup>9</sup> Činjenica da učinilac može zadržati i malu svotu novca ne menja ništa u pogledu toga da je motiv njegovog dela otpao.<sup>10</sup>

Pojam promašenog pokušaja stvoren je u stranoj (pre svega nemačkoj) doktrini.<sup>11</sup> Učinilac kome se plan izjalovio i koji nije u stanju da dovrši delo, svojim otklonom od dovršenja ne vraća se na teren prava i za njega se ne može reći da odustaje od dela. Zakonodavac izričito ne reguliše ovu pravnu figuru koja ni u literaturi nije nesporna, jer tradicionalno shvatanje dolazi do istog rezultata (nema uslova za odustanak) ali negiranjem subjektivne pretpostavke – *dobrovoljnosti* odustanka, ili pokušaj smatra dovršenim, od koga učinilac ne može odustati prostim nečinjenjem.<sup>12</sup> Ipak, ističe se da je kategorija promašenog pokušaja, kod koga je odustanak od sa-

7 Slično i onda kada je ostvarenje bića krivičnog dela *pravno* nemoguće, kao npr. u slučaju neočekivane saglasnosti pasivnog subjekta na polni odnos, što isključuje prinudu kao bitan element krivičnog dela silovanja. Albin Eser, u: Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001, 426; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 506.

8 Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2011, 242; G. Freund, 346. Do istog rezultata dolazi i tradicionalno učenje koje primeenom Frankove formule isključuje dobrovoljnost. Učinilac tu sebi kaže: „ne mogu, uprkos tome što hoću“. A. Eser, 426.

9 U našoj literaturi se u takvim slučajevima isključuje dobrovoljnost. Vid. Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006, 116. U istom smislu i presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1561/04 od 24. novembra 2005. god. – sud nije prihvatio žalbene navode da je reč o dobrovoljnom odustanku od dovršenja krivičnog dela razbojništva onda kada je učinilac nakon upotrebljene prinude uvideo da mu pasivni subjekt predaje samo sitne novčanice u apoenima od 20 dinara, zbog toga što je delo za njega izgubilo smisao, jer je shvatio da mu delo neće doneti onu sumu novca koju je očekivao. Suprotno shvatanje da i u takvom slučaju postoji dobrovoljni odustanak prisutno je u anglosaksonskoj literaturi. Vid. Paul R. Hoeber, *The Abandonment Defense to Criminal Attempt and Other Problems of Temporal Individuation*, *California Law Review*, 2/1986, 411–412.

10 K. Kühl, 478. Ipak, nisu tako jasni svi slučajevi u kojima otpada motiv učinioca da delo dovrši. Npr. atentator u poslednjem trenutku spoznaje da lice prema kome usmerava radnju nije političar koga želi da usmrti. Delo bi inače prema tom drugom licu moglo biti dovršeno. Da je to ubistvo besmisleno za učinioca ne menja ništa na planu mogućeg dovršenja dela. Otpadanje motiva za konkretno delo može voditi tome da nije ispunjen uslov dobrovoljnosti u svom normativnom izrazu i da je stoga isključena privilegija odustanka. Pokušaj u odnosu na lice koje je učinilac imao na nišanu, prema ovom stavu, ipak nije promašen. G. Freund, 346.

11 Svoju sadašnju formu u nemačkoj literaturi pojam promašenog pokušaja zadobio je tek pre nekoliko decenija. Ranije je bio upotrebljavan u drugačijem značenju. Starija italijanska i francuska doktrina su pod pojmovima „delitto frustrato“ i „délit manqué“ podrazumevale dovršeni pokušaj kod koga je posledica nakon završetka radnje izvršenja izostala igrom slučaja. C. Roxin, 504–505.

12 Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011, 214.

mog početka isključen, zasnovana na jakim teorijskim i praktičnim argumentima. Ovo učenje, razdvajajući odustanak od kategorije dobrovoljnosti, polazi od ideje da je osnovni preduslov za ocenu da li se učinilac svojim ponašanjem vratio na kolo – sek prava rešavanje pitanja konkretne mogućnosti učinioca (posmatrane iz njegove perspektive) da svoju kriminalnu volju sprovede u (ne)delo. Razmatranje dobrovoljnosti logički izvire na površinu tek nakon zaključka da je učinilac *odustao* od dovršenja dela. A može se odustati od dela samo ako ga je bilo moguće dovršiti.<sup>13</sup>

Prihvatanje pojma promašenog pokušaja u našoj krivičnopravnoj literaturi i njegovo dovođenje u vezu sa normativnim obličjem instituta dobrovoljnog odustanka u Krivičnom zakoniku<sup>14</sup> (član 32. stav 2) značilo bi da apsolutne smetnje dovršenju dela (prema tekstu KZ to su one okolnosti koje *onemogućavaju* njegovo izvršenje) podrazumevaju da je učinilac faktički *sprečen* u nastojanju da delo ostvari, tako da bi na taj način bio isključen već odustanak od dela. Do pitanja dobrovoljnosti se u tom slučaju ne bi ni došlo (onda bi samo relativne smetnje, tj. realno savladive prepreke, ali koje *znatno otežavaju* izvršenje dela isključivale dobrovoljnost). No, uprkos tome što s jedne strane pravna figura promašenog pokušaja počiva na logički ispravnoj argumentaciji, s druge strane može se braniti i tradicionalni stav da nailazak učinioca na kakvu nepremostivu prepreku ne dotiče prostor odustanka, već da negira dobrovoljno distanciranje od dela. Uostalom, i zakonodavac govori o učiniocu koji je je *dobrovoljno odustao* od daljeg preduzimanja radnje izvršenja ili je sprečio nastupanje posledice, pa bi se moglo tvrditi da se u stvari i ne radi o dve različite kategorije, već o jednoj, tj. da odustanak i ne može postojati ako nije dobrovoljan. Ipak, ubedljivije izgleda shvatanje koje u ovakvim slučajevima negira već postojanje odustanka.

### 3. RAZGRANIČENJE IZMEĐU NEDOVRŠENOG (NESVRŠENOG) I DOVRŠENOG (SVRŠENOG) POKUŠAJA

Zakonodavac polazi od toga da je dobrovoljni odustanak moguć samo ako delo nije dovršeno. Ali su i različite pretpostavke za postojanje dobrovoljnog odustanka u zavisnosti od toga da li je dovršenje dela zaustavljeno u stadijumu nedovršenog ili dovršenog pokušaja (član 32. stav 1. KZ).<sup>15</sup> Šta je potrebno preduzeti da bi se distan-

13 U. Kindhäuser, 254; A. Eser, 425–426.

14 Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 i 108/14.

15 Krivičnopravno dejstvo dobrovoljnog odustanka je bez obzira na vrstu pokušaja isto – mogućnost oslobođenja od kazne – iako su pretpostavke za privilegiju na planu odmeravanja kazne drugačije u zavisnosti od stadijuma u kome se učinilac distancira od dela. Nasuprot tome, Krivični zakonik Opšti deo iz 1947. god. (član 23) pravio je razliku na planu kažnjavanja između odustanka od nedovršenog i odustanka od dovršenog pokušaja, predviđajući za prvi mogućnost oslobođenja od kazne, a za drugi obligatorno oslobođenje od kazne. Iako bi se moglo tvrditi da odustajanje u ranijoj fazi ostvarenja dela treba blaže tretirati (nedovršeni pokušaj) okolnost da učinilac odustaje od svoje negativne usmerenosti u situaciji kada više ne vidi nikakvu prepreku dovršenju dela, sprečavanjem nastupanja posledice (dovršeni pokušaj), ipak možda jasnije reflektuje unutrašnji prevrat i potiranje kriminalne energije, mada je teško objasniti različito tretiranje ovih situacija, osim što su uslovi za dobrovoljni odustanak u fazi dovršenog pokušaja stroži. U tom smislu i Objašnjenja uz Nactr



ciranje od dela smatralo (dobrovoljnim) odustankom zavisi od toga u kojoj meri se učinilac približio dovršenju dela.<sup>16</sup> Ukoliko učinilac još uvek nije preduzeo sve što je prema njegovoj predstavi neophodno za dovršenje dela dovoljno je za odustanak da on prekine dalje izvođenje radnje izvršenja (odustanak od nedovršenog pokušaja). Ako su prema njegovoj zamisli ispunjene sve pretpostavke za nastupanje posledice, tako da njeno ostvarenje zavisi od samostalnog delovanja uzročnih činilaca, nužno je da učinilac preduzme kontraakciju kako bi sprečio nastupanje posledice (odustanak od dovršenog pokušaja). Razlikovanje ima veliki praktični značaj,<sup>17</sup> jer od njega zavisi šta je neophodno preduzeti da bi objektivna strana instituta dobrovoljnog odustanka bila ispunjena. U prvom slučaju je dovoljna obična pasivnost, dok je u drugom slučaju potrebna aktivna radnja koja mora rezultirati u otklanjanju posledice.<sup>18</sup>

Iako je reč o objektivnoj strani instituta dobrovoljnog odustanka, prva i centralna pretpostavka ogleđa se u volji za odustankom. Učinilac napušta svoj umišljaj koji je isprva bio negativno usmeren i odustaje od dovršenja krivične radnje, ili sprečava nastupanje posledice. Zatim, neophodno je da se volja za odustankom manifestuje kroz odgovarajuću delatnost. Tu su moguće dve situacije: prekid radnje izvršenja (u ovom slučaju dovoljno je nečinjenje) ili sprečavanje nastupanja posledice i zadržavanje dela u fazi pokušaja (ovde je neophodno činjenje, tj. protivakcija – *contrarius actus*).<sup>19</sup>

Ako učinilac u trenutku promene svog izvršilačkog umišljaja (u trenutku odustajanja) smatra da dotad učinjeno još uvek nije dovoljno da biće krivičnog dela u potpunosti bude ostvareno, prekidanje daljeg izvođenja radnje izvršenja je dovoljno za odustanak. Neka dodatna aktivna radnja nije nužna, s obzirom na to da dovršenje dela (nastupanje posledice) ionako nije moguće. Reč je o odustanku u poziciji *nedovršenog* pokušaja.<sup>20</sup> Tu učinilac nije preduzeo sve što je prema njegovoj zamisli neophodno za ostvarenje bića dela.<sup>21</sup> Ukoliko učinilac u vreme kada napušta svoj izvršilački umišljaj smatra će dovršenje dela nastupiti na osnovu do tada preduzetih radnji (dakle, bez njegovog daljeg uplitanja; npr. odgurnuo je pasivnog subjekta koji je upao u vodu i treba samo da sačeka da se ovaj utopi),<sup>22</sup> obična pasivnost ne može zasnovati zakonsku privilegiju. U ovom slučaju je nužno da učinilac aktivno dela kako bi sprečio nastupanje posledice. To je odustanak u poziciji *dovršenog* pokušaja,<sup>23</sup> kada učinilac smatra da je preduzeo sve neophodne korake na putu ostvarenja zakonskog bića krivičnog dela. Shodno tome, zbog slabije ostvarenog intenziteta neprava, manje su stroge pretpostavke odustanka kada se učinilac još uvek

---

Krivičnog zakonika FNRJ: „Ustvari to znači stroži stav prema onome, koji je ranije odustao od pokušaja, nego prema onome koji je u radnji izvršenja išao do kraja. To se doduše može pravdati time, što je kod dovršenog pokušaja za dobrovoljni odustanak potrebna nova aktivna delatnost učinioca, dok je kod nedovršenog pokušaja dovoljno za odustanak, da samo prekine sa svojom delatnošću.“ *Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Beograd, 1951, 93.

16 Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München 2011, 211.

17 Osnov ovog razlikovanja leži u stepenu ostvarenosti neprava dela. A. Eser, 425.

18 Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin 1978, 437.

19 H. Fuchs, 246; G. Hager, W. Massauer, 33.

20 H. Fuchs, 248–249.

21 A. Eser, 427.

22 G. Hager, W. Massauer, 31.

23 H. Fuchs, 247.

nalazi u stadijumu nedovršenog pokušaja, jer je dovoljno za odustanak da učinilac prestane sa daljim preduzimanjem radnje izvršenja. Odustanak u fazi dovršenog pokušaja zahteva jedan dodatni delotvorni napor učinioca (*contrarius actus*).

Za razgraničenje između nedovršenog i dovršenog pokušaja ne koristi se objektivni tok izvršenja, već predstava učinioca o stadijumu u koji je svojim kriminalnim ponašanjem dospao.<sup>24</sup> Neophodno je primeniti subjektivni kriterijum, jer od učiničevog stava o tome koje su neophodne radnje da bi delo bilo ostvareno u totalitetu konkretnih zakonskih elemenata zavisi u kojoj se etapi izvršenja delo nalazi i koju je delatnost potrebno preduzeti da bi delo bilo zadržano u stadijumu nedovršenog delikta.<sup>25</sup>

Mada je ovo razlikovanje između nedovršenog i dovršenog pokušaja s obzirom na subjektivno merilo naočigled jasno, ono ipak u primeni nailazi na određene poteškoće.<sup>26</sup> Dugo vremena je bilo sporno da li razgraničenje ovih formi pokušaja vršiti s obzirom na stav učinioca u vremenu otpočinjanja radnje izvršenja ili na osnovu njegove predstave nakon preduzimanja poslednje izvršilačke radnje.

Ranije učenje je kao odlučujući kriterijum uzimalo stav učinioca u momentu preduzimanja radnje izvršenja (*Tatplantheorie*).<sup>27</sup> Ako je učinilac pošao od toga da će već prvom radnjom ostvariti delo i u svoj plan nije ukalkulisao neke dalje radnje nakon eventualnog neuspeha, njegov pokušaj će se smatrati promašenim, tako da se od njega ne može odustati.<sup>28</sup> Ukoliko je nasuprot tome učinilac već razmotrio even-

24 K. Kühl, 481. To je nesporno i u našoj, kao i u ranijoj jugoslovenskoj literaturi. Vid. Živko Topalović, *Krivično pravo po predavanjima dr Božidara Markovića. Druga knjiga*, Beograd 1909, 446; Janko Tahović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 1961, 247; Z. Stojanović, 215. Doduše, neki autori polaze od objektivnog načina razlikovanja između nedovršenog i dovršenog pokušaja kao primarnog, ali prihvataju plan učinioca kao dopunski kriterijum. „Nesporno je međutim, i da učinilac, ako već odustaje, mora imati neki stav o načinu odustajanja, što je nužno povezano i sa razlikovanjem svršenog i nesvršenog pokušaja: da li odustaje tako što *prekida radnju izvršenja* ili tako što *po njenom okončanju* na neki način *sprečava nastupanje posledice*“. I. Simović-Hiber, 175–176. Ima i autora koji polaze od subjektivnog merila, ali smatraju da ga treba dopuniti dodatnim kriterijumom. Tako Kambovski ističe da se *prekid kauzalnog toka* mora prihvatiti kao dopuna osnovnom subjektivnom kriterijumu. Kod nedovršenog pokušaja učinilac je još uvek gospodar nad kauzalnim tokom, jer njegovo dalje nečinjenje znači stvarni prekid kauzalnog toka. U odnosu na dovršeni pokušaj kauzalni tok više nije u vlasti učinioca, ali u nekim slučajevima učinilac se može naknadno umešati i sprečiti nastupanje posledice, tj. on može preuzeti vlast nad kauzalnim tokom. Vlado Kambovski, *Objektivna strana dobrovoljnog odustanka od izvršenja krivičnog djela, Naša zakonitost*, Zagreb 6/1975, 22–23. Usamljeni su oni autori koji odbacuju ustaljenu podelu na nedovršen i dovršen pokušaj. Tako Čubinski tvrdi: „Svaki pokušaj je nešto *nedovršeno* i stvaranje naročite forme ‘svršenog’ pokušaja već zbog toga je nešto veštački izmišljeno i sholastično“. Mihailo P. Čubinski, *Naučni i praktični Komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1930, 105.

25 H. Fuchs, 249. O stavu učinioca u odnosu na to dokle je u svojoj kriminalnoj aktivnosti došao ceni se na osnovu objektivne slike dela. Tako je Apelacioni sud u Kragujevcu u odluci Kž.1 242/14 od 6. marta 2014. god. zaključio da nije reč o nedovršenom, već da se radi o dovršenom pokušaju krivičnog dela ubistva u situaciji kada je učinilac nakon izvršene krivične radnje (uboda britvom oštećenog u predelu stomaka) pobjegao sa lica mesta. Zbog toga je zaključeno da se ne može primeniti institut dobrovoljnog odustanka (obično nečinjenje u tom slučaju nije dovoljno), jer učinilac nije pokušao ličnim angažovanjem, ili angažovanjem uz pomoć drugih lica, da spreči nastupanje posledice.

26 K. Kühl, 482.

27 J. Wessels, W. Beulke, 244.

28 C. Roxin, 534; U. Kindhäuser, 257.

tualni neuspeh prvobitnog ponašanja, odustanak od dovršenja dela nije isključen sve dok nisu iscrpljene one delatnosti koje je on uključio u svoj plan.<sup>29</sup> Razlog zbog koga ovo rešenje ne zadovoljava, nauka je pronašla u činjenici da ono favorizuje one učinioce koji su od samog početka u svoj plan uključili i neku drugu radnju. Uostalom, ono previše zavisi od naknadne izjave učinioca, koji po pravilu nema jasnu predstavu o mogućnosti korišćenja više različitih sredstava. I konačno: zaslužuje li privilegiju ubica koji je planirao 100 hitaca koje je i imao na raspolaganju, ali je nakon 99 promašaja odustao?<sup>30</sup>

Novije shvatanje ipak polazi od ukupnog razmatranja *horizonta odustajanja* nakon završetka poslednjeg akta u kriminalnom angažovanju.<sup>31</sup> Prema učenju o sveukupnom razmatranju (*Gesamtbetrachtungslehre*)<sup>32</sup> uzima se u obzir horizont odustanka, tj. izvršenja (*Rücktrittshorizont, Ausführungshorizont*) a ne perspektiva učiničevog plana na početku njegovog ponašanja. Odlučujuća je u tom pogledu svest učinioca nakon završetka poslednje izvršilačke delatnosti.<sup>33</sup> Da li je njegovo dotad učinjeno ponašanje neophodno nastaviti, ili je već dovoljno da nastupi posledica, učinilac može proceniti tek kada sagleda rezultat onoga što je preduzeo.<sup>34</sup> Različite akte u ostvarenju dela treba stoga posmatrati u njihovoj ukupnosti.<sup>35</sup> Shodno tome, u skladu sa vladajućim učenjem, radiće se o *nedovršenom pokušaju kada učinilac prekida delatnost u uverenju da dotad učinjeno nije dovoljno za nastupanje zabranjene posledice, a svestan je da mu na raspolaganju stoje podobna sredstva za ostvarenje bića krivičnog dela od kojih on odustaje*.<sup>36</sup> Ukoliko učinilac smatra da je

29 G. Freund, 349.

30 H. Fuchs, 250.

31 J. Wessels, W. Beulke, 244.

32 Koristi se i izraz učenje o jedinstvu dela (*Tateinheitslehre*). H. Fuchs, 252.

33 A. Eser, 428.

34 K. Kühl, 482.

35 H. Fuchs, 252. Jedno ranije učenje je bitno ograničavalo mogućnost odustanka u svakoj situaciji u kojoj učinilac ne dovršava delo jednim od više dostupnih sredstava, ali mu još neka druga sredstva stoje na raspolaganju, koja on onda ne koristi. Prema teoriji o pojedinačnim aktima (*Einzelaktstheorie*) višeačna delatnost u ostvarenju dela se raščlanjuje u jedan lanac samostalnih izolovanih pokušajnih radnji. Čim učinilac pri izvođenju radnje postupa sa traženim umišljajem (dovoljan je i eventualni umišljaj ako zakon ne zahteva nešto drugo) i misli da je ta radnja već dovoljna za dovršenje dela, radiće se o promašenom pokušaju i odustanak je isključen, ako učinilac kasnije prepozna da ta radnja nije bila dovoljna. Npr. učinilac hoće da usmrti drugoga jednim ili sa više udaraca kakvom šipkom, a ozbiljno drži mogućim i sa tim se saglašava da već prvi udarac dovede do smrti. Ispostavlja se da taj prvi udarac nije bio dovoljan, već da su bili neophodni i dalji udarci, što učinilac takođe prepoznaje. Prema teoriji pojedinačnih akata pokušaj je već nakon prvog udarca *promašen* (*dovršen*, G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 212). Učinilac ne može od njega odustati nepreduzimanjem daljih koraka, čak i da je ovo od samog starta obuhvatio svojim planom. On samo odustaje od jednog novog pokušaja, što pri tome ne menja ništa kada je reč o kaznjivosti za prvi (promašeni) pokušaj. Učenje o pojedinačnim aktima drastično umanjuje mogućnost za dobrovoljni odustanak, naročito u situacijama kada učinilac nema jasan plan izvršenja dela. Ono favorizuje učinioca koji se energičnije unosi u izvršenje dela: udari li učinilac već prilikom prvog udarca pasivnog subjekta tako snažno da ovaj usled toga može umreti, odustanak je moguć; ako ga bojažljivo udari, odustanak od pokušajnog ubistva je isključen. H. Fuchs, 250–253.

36 Pri tome ne zavisi ovo rešenje od toga da li je učinilac od samog starta kasnije moguća sredstva uključio u svoj plan ili je za njih saznao tek prilikom izvođenja deliktne radnje. U tom smislu u jugoslovenskoj literaturi Kambovski tvrdi da je kod radnje pokušaja koja se sastoji od više

ostvarenje njegove odluke dospelo u stadijum u kome je prema njegovom mišljenju prisutna bliska mogućnost nastupanja posledice, onda odustanak više nije moguć na osnovu pukog nečinjenja, već je neophodna određena spasilačka radnja pošto je takav pokušaj *dovršen*.<sup>37</sup>

Učenje o sveukupnom razmatranju (*Gesamtbetrachtungslehre*) polazi od toga da mogućnost nastavljanja radnje izvršenja (koja omogućava odustanak) postoji samo ako ona sa prethodno učinjenim predstavlja jedno „jedinstvo“. To znači da ponašanje koje učinilac zadržava sa prethodno ostvarenim stoji u jednoj tesnoj vremenskoj i prostornoj povezanosti. Mora se raditi o mogućnosti nastavljanja kriminalne delatnosti koja se neposredno može nadovezati na poslednje preduzetu izvršilačku radnju. Iz vizure ovog učenja, neće postojati neophodno jedinство ukoliko između poslednje preduzete radnje i planiranog nastavka radnje postoji jedna vremenska cezura.<sup>38</sup> Jedno još preciznije razgraničenje između nedovršenog i dovršenog pokušaja, u okviru učenja o horizontu odustanka, nudi shvatanje koje odlučujući kriterijum pronalazi u svesti učinioaca o opasnosti svog ponašanja (*Gefahrbewusstsein*). Ako učinioacu nedostaje ova svest, jer on nakon završetka poslednje izvršilačke delatnosti smatra da prema pasivnom subjektu ne može nastupiti željena (predviđena) posledica, postojaće nedovršeni pokušaj. Učinilac ovde polazi od toga da on mora preduzeti još neke radnje da bi nastupila posledica koju je obuhvatio svojim umišljajem (*Fortsetzungsbewusstsein*). On mora biti uveren da posledica bez daljih radnji neće nastupiti. Ako u takvoj poziciji učinilac ne preduzme te dalje korake, onda on odustaje od nedovršenog pokušaja. Naprotiv, ako je učinilac posedovao ovakvu svest, postojaće dovršeni pokušaj. Takva svest postoji kada učinilac nakon preduzimanja poslednje izvršilačke delatnosti računa sa ne tako udaljenom mogućnošću da će posledica i bez daljih radnji, na osnovu već preduzetog, nastupiti. Pri tome se ne zahteva uslov koji postoji kod umišljaja da se učinilac saglašava sa nepravom, nije neophodna njegova volja; traži se dakle manje od eventualnog umišljaja.<sup>39</sup>

---

pojedinačnih akata od malog značaja prethodni plan učinioaca o tome da li je on nameravao svoj cilj da ostvari jednim aktom ili preduzimanjem više pojedinačnih akata; „pokušaj je nesvršen i od njega učinilac može odustati nečinjenjem tako dugo, dok smatra da može nastaviti sa daljnjim činjenjem“. V. Kambovski, 22. Promašen je pokušaj samo onda kada učinilac u tom trenutku i na tom mestu nema sredstava delo da dovrši ili kada u poređenju sa neuspešnim akcijama sredstva koja su mu na raspolaganju nude samo malo verovatnu mogućnost za dovršenje dela. Npr. ako nakon 99 neuspešnih hitaca učinilac odustaje od poslednjeg 100. koji mu stoji na raspolaganju radiće se o promašenom pokušaju, jer upotreba poslednjeg raspoloživog hica stvara samo malu verovatnoću da će delo biti dovršeno. Odustanak od poslednjeg hica nije stoga dobrovoljni odustanak. H. Fuchs, 252–253.

37 J. Wessels, W. Beulke, 245–246.

38 K. Kühl, 486. Pojedini autori zagovaraju dalje ograničenje primene ovog shvatanja na taj način što dopuštaju mogućnost odustanka od nedovršenog pokušaja samo u onim situacijama kada učinilac odustaje od buduće radnje koja je *istovrsna* sa prethodno preduzetom (npr. samo ako učinilac odustaje od daljeg pucnja, nakon već neuspešnih, a ne ako odustaje od davljenja nakon neuspešnog pokušaja da žrtvu usmrti ubodom nožem). Dobrovoljno može odustati samo učinilac koji se odriče dalje upotrebe istovrsne izvršilačke radnje. Ovo shvatanje ipak ne deluje ubedljivo, jer bi se morao posmatrati kao promašen pokušaj odustanak učinioaca od odluke da promeni sredstvo izvršenja uprkos realnoj šansi da delo dovrši. Na taj način bi se odlučujućim smatrao isključivo formalni kriterijum, s tim što bi značaj sredstva izvršenja bio precejen. *Ibid*, 487.

39 *Ibid*, 483–484.

### 3.1. Odustanak u stadijumu nedovršenog pokušaja

Kod nedovršenog pokušaja, kao što je već rečeno, neophodno je da se učinilac uzdrži od daljeg preduzimanja radnje izvršenja, tj. da učinilac u nekom trenutku u kome on još uvek nije preduzeo sve neophodno za dovršenje dela dobrovoljno prekida dalje izvođenje deliktne ponašanja.<sup>40</sup> „Na primer, izvršilac nanišani i otkoči pušku, ali ne opali jer je odustao od izvršenja ubistva“.<sup>41</sup> „Odustanak od nesvršenog pokušaja postoji onda kad učinilac prekida započetu radnju izvršenja iako u izvođenju ove radnje nije bio sprečen okolnostima koje su nezavisne od njegove volje. Pri tome nije od značaja da li je bilo moguće, objektivno posmatrano, nastavljanje dela, s obzirom da se nesvršeni pokušaj određuje prema predstavi učinioca“.<sup>42</sup> Tako je u jednom primeru iz starije prakse sud smatrao dobrovoljnim odustankom od krivičnog dela silovanja ponašanje učinioca koji je nakon što je upotrebio prinudu u cilju obljube, na molbu oštećene i njenu tvrdnju da je nevina, odustao od dovršenja radnje.<sup>43</sup> Odustanak pretpostavlja (protiv)odluku učinioca da se distancira u odnosu na delo. Često se zahteva *definitivan* odustanak od dela.<sup>44</sup> Ovo je ispravno, jer o odustanku ne može biti reči ako je učinilac napravio privremenu pauzu u izvršenju ili je dalje izvršenje kratkoročno prekinuo.<sup>45</sup> Ipak, bilo bi previše i prestrogo ovaj uslov postaviti kao zahtev da učinilac definitivno odustane od ukupnog zločinačkog plana.<sup>46</sup> Tako, još je List (Liszt) u starijoj literaturi tvrdio da se ne može zahtevati konačno napuštanje zločinačke odluke.<sup>47</sup> Ko zadržava ostvarenje dela za jedan neodređeni kasniji trenutak i/ili za slučaj nastupanja povoljnijih okolnosti planira jedno sasvim novo delo, što ne predstavlja nastavak ranije ostvarenog. Dovoljno je da je učinilac odustao od *konkretnog* dela i da se on u odnosu na pokušano delo vratio na kolosek prava; planovi učinioca u pogledu njegovog budućeg ponašanja su irelevantni.

40 Kod krivičnih dela činjena potrebno je uzdržavanje od daljeg aktivnog ponašanja. Nasuprot tome, od pokušaja krivičnog dela nečinjenja se može odustati samo aktivnim radnjama. V. Kambovski, 26; A. Eser, 436; G. Freund, 355; T. Fischer, 214.

41 Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 2000, 163.

42 J. Tahović, 253. To znači da isto pravilo važi i za nepodoban pokušaj sve dok učinilac ne prepozna nepodobnost sredstva ili objekta radnje. J. Wessels, W. Beulke, 247.

43 <http://www.sirius.rs/praksa/792>.

44 Vid. Z. Stojanović, 222.

45 Tako, neće se raditi o odustanku od dovršenja krivičnog dela silovanja ako učinilac prekine sa upotrebom prinude, jer se žrtva poslužila lukavstvom i obećala mu je da će mu se podati nakon kratkog odmora, ako je on odlučan da u slučaju neispunjenja obećanja naknadno primeni prinudu. Vid. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 213.

46 To je odavno nesporno i u našoj nauci. „Nije potrebno, da je izvršilac sasvim napustio odluku, da izvrši krivično delo u pitanju. Od toga će postojati izuzetak samo onda, kad je izvršilac stvorio svojom delatnošću izvesno stanje i namerava, da na osnovu istoga produži i dalje svoju delatnost radi izvršenja krivičnog dela“. Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava. Opšti deo*, Beograd 1922, 277.

47 Franc von List, *Nemačko krivično pravo*, prevod: Milenko Vesnić, Beograd 1902, 237. Nasuprot tome, pojedini autori u ranijoj literaturi jasno su isticali zahtev definitivnog i konačnog odustanka od kriminalne volje. Tako Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin 1965, 177; H. H. Jescheck, 439. I prema rešenju američkog Modela Krivičnog zakonika (*Model Penal Code*) neophodan je definitivni odustanak učinioca; takav odustanak ne postoji ukoliko je učinilac odložio preduzimanje radnje za neki kasniji povoljniji trenutak, ili je preusmerio radnju ka drugom ali sličnom cilju ili pasivnom subjektu. P. R. Hoerber, 403; Daniel G. Moriarty, *Extending the Defense of Renunciation*, *Temple Law Review*, 1/1989, 15.

tni.<sup>48</sup> Dobrovoljni odustanak dakle treba razlikovati od prekida pokušaja. „Prekid pokušaja postoji kad učinilac za izvesno vreme odustaje od pokušaja, da bi docnije produžio radnju izvršenja“.<sup>49</sup>

Osim nekompletnog preduzimanja radnje izvršenja nužno je i postojanje već spomenutog subjektivnog uslova. U skladu sa napred navedenim, odustanak se manifestuje u prekidu radnje izvršenja, ali ovo ipak podrazumeva da učinilac polazi od toga da je dovršenje dela moguće.<sup>50</sup> To znači da je učinilac imao izbor da li da okonča svoju deliktnu aktivnost ili da je nastavi. Neće se raditi o odustanku ako učinilac nije imao izbora,<sup>51</sup> već je naišao na neku prepreku koju ne može da savlada, pa se zbog toga povlači.<sup>52</sup>

### 3.2. Odustanak u stadijumu dovršenog pokušaja

Za odustanak u fazi kada je učinilac preduzeo sve što je prema njegovoj zamisli neophodno da posledica nastupi obična pasivnost ne može da bude dovoljna za zakonsku privilegiju. Potrebno je da učinilac protivakcijom spreči nastupanje posledice. Ukoliko je učinilac u svojoj aktivnosti otišao toliko daleko da mu preostaje samo da sačeka nastupanje posledice postojaće dovršeni pokušaj i za dobrovoljni odustanak je neophodno da on spreči njeno nastupanje.<sup>53</sup> „Delatnost odustajanja mora biti, po kvalitetu i smeru, suprotna prethodno preduzetim delatnostima izvršenja“.<sup>54</sup> Učinilac može sprečiti posledicu samo novom radnjom kojom neutralizuje svoju raniju kauzalnu radnju.<sup>55</sup> Traži se svesna i voljna aktivnost kojom učinilac sprečava nastupanje posledice (spasilački umišljaj – *Verhinderungsvorsatz*).<sup>56</sup> „To činjenje treba da bude svesno i voljno usmereno na prekidanje uzročnog odnosa koji dovodi do ostvarenja posledice“.<sup>57</sup> „Neće se raditi o odustajanju ako je učinilac iz neznanja ili slučajno sprečio nastupanje posledice“.<sup>58</sup> Nije nužno da učini-

48 C. Roxin, 599; K. Kühl, 489–490; T. Fischer, 222.

49 Moša Pijade (redaktor), *Komentar Opšteg dela Krivičnog zakonika*, Beograd 1948, 91.

50 H. H. Jescheck, 439; J. Wessels, W. Beulke, 247.

51 K. Kühl, 492.

52 Naravno, neophodan je i izostanak posledice. Ovaj uslov se ipak kod nedovršenog pokušaja ne podrazumeva po sebi, jer nepotpuno preduzimanje radnje izvršenja i ne može dovesti do nastupanja posledice, ali je neophodan s obzirom na to da od stava učinioca zavisi da li je delo dospelo u stadijum nedovršenog ili dovršenog pokušaja. Učinilac može i bez znanja ispuniti sve pretpostavke za nastupanje posledice, npr. davanjem pasivnom subjektu određene doze otrova koja po njegovom mišljenju nije dovoljna da dovede do smrti, ali koja mimo očekivanog proizvodi posledicu. Prema jednom stavu, učinilac i u ovom slučaju može da odustane od dela, sve dok posledica ne nastupi. U suprotnom učinilac najviše može odgovarati za nehatno ostvarenje posledice. Odluka zavisi od načina tretiranja zablude o uzročnom toku. Ukoliko se nastupanje posledice učiniocu može uračunati u umišljaj, onda je delo dovršeno i nema mesta odustanku. Činjenica da je učinilac držao da će posledica izostati ukoliko on učini otklon od nastavljanja radnje izvršenja može se ceniti samo prilikom odmeravanja kazne. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 214; vid. U. Kindhäuser, 258–259.

53 K. Kühl, 482.

54 I. Simović-Hiber, 151.

55 V. Kambovski, 24.

56 K. Kühl, 497.

57 J. Tahović, 254; vid. A. Eser, 440.

58 F. Bačić, 111. Nužno je da učinilac postupa sa voljom da upravo svojim ponašanjem spreči nastupanje posledice. Toga nema ako je npr. učinilac poslužio pasivnog subjekta čajem u koji je usuo

nilac neposredno svojom radnjom spreči nastupanje posledice, moguće je i angažovanje nekog drugog lica; bitno je samo da inicijativa za otklanjanje posledice dolazi od učinioca. To podrazumeva i da učinilac svoju spasilačku radnju smatra podobnom. Ispunjenje ovog uslova podrazumeva uzročnost između učiniočeve spasilačke radnje i izostanka posledice. Prema vladajućem shvatanju otklanjanje posledice ne treba negirati samo zbog toga što su učiniocu na raspolaganju stajale druge, bolje i brže spasilačke radnje.<sup>59</sup> Ipak, u pravnoj literaturi ne tako retko zahteva se *optimalno* ponašanje koje dovodi do nenastupanja posledice. Učinilac mora dati sve od sebe i ne sme se osloniti na nesigurne radnje. Tako je i nemački Savezni sud u jednom slučaju (*Krankenhaus-Fall*) smatrao da ostavljanje životno ugroženog pasivnog subjekta u blizini bolnice nije ponašanje koje zadovoljava uslov sprečavanja posledice, jer je učinilac imao na raspolaganju bolje spasilačke mogućnosti. Ipak, onome ko je svojom aktivnošću sprečio nastupanje posledice ne može se prigovoriti što nije iskoristio sigurniji način da otkloni posledicu. Zakonodavac ovde polazi od principa da je dobro sve što se dobro završi. Ni strana praksa pretežno ne prihvata ovaj dodatak osnovnom uslovu. Prema stavu prakse odustaje od dovršenog pokušaja učinilac koji aktivira jedan kauzalni lanac koji je odlučujući za nenastupanje posledice, što znači da je potrebno da se sprečavanje posledice objektivno može uračunati učiniocu.<sup>60</sup>

Donekle su problematični slučajevi u kojima učinilac ne sprečava nastupanje posledice sam, već kroz zajedničko delovanje sa trećim licem ili sa pasivnim subjektom. Ako učinilac samo podrži nastojanje trećeg ili pasivnog subjekta da spreči nastupanje posledice kao „pomagač“ (npr. predajom telefona pasivnom subjektu koji bi i sam mogao doći do telefona) onda posledica spasilačke radnje (npr. pasivni subjekt je pozvao pomoć lekara) nije „delo“ učinioca, već „delo“ pasivnog subjekta ili trećeg.<sup>61</sup> Drugačije je kada je prilog učinioca, tj. njegov doprinos izostanku posledice bio *nezamenljiv*,<sup>62</sup> npr. u slučaju prevoza spasioca do žrtve a samo je učinilac imao na raspolaganju prevozno sredstvo. Učiniocu se uspeh spasilačke radnje ima uračunati kao njegovo delo kada on postupa i kao jedan „posredni izvršilac“, npr. pretnjom koristi drugoga kao svoje sredstvo. Isto važi i za slučaj da je on „saizvršilac“ u sprečavanju nastupanja posledice, npr. izvlačenje iz vode pasivnog subjekta uz zajedničko zalaganje učinioca i slučajnog prolaznika. Učiniocu se ne uračunavaju samo spasilačke aktivnosti koje su odraz izvršilačke uloge, već on može zaslužiti privilegiju i ako postupa kao „podstrekač“, npr. pozivanjem u pomoć lekara, kada se učinilac pojavljuje kao odlučujući inicijator spasilačke akcije.<sup>63</sup>

otrov, ali kada je pasivni subjekt primakao šolju ustima učinilac ga slučajno odgurne, tako da mu iz ruke ispadne šolja. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, 635.

59 Vid. A. Eser, 440.

60 C. Roxin, 546; K. Kühl, 497–499; T. Fischer, 223.

61 Slično zaključuje i Kambovski koji smatra da učinilac treba lično da spreči nastupanje posledice, ali da može da zatraži pomoć treće osobe samo kada su okolnosti takve da on sam ne bi mogao da spreči posledicu. Ako je učinilac mogao lično da spreči posledicu, a to nije učinio, već je samo neznatno doprineo njenom nenastupanju, onda njegova radnja nije kauzalna za izostanak posledice. V. Kambovski, 25.

62 C. Roxin, 560.

63 K. Kühl, 500; U. Kindhäuser, 263.

Odustanak u poziciji dovršenog pokušaja nije moguć kod svih krivičnih dela, već samo kod onih kod kojih posledica ne nastupa istovremeno ili neposredno nakon okončanja radnje izvršenja (temporalni delikti).<sup>64</sup> Kada je reč o momentalnim deliktima dobrovoljni odustanak u ovom stadijumu nije moguć.<sup>65</sup>

Ne može se govoriti o dobrovoljnom odustanku ukoliko i pored nastojanja učinioca da spreči posledicu ona nastupi.<sup>66</sup> Tada se može govoriti o neuspešnom odustanku (*misslungener Rücktritt*) koji može predstavljati samo olakšavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne, ili stvarnom kajanju (*tätige Reue*) koje ako su ispunjeni zakonski uslovi (član 58. stav 3. KZ)<sup>67</sup> može voditi oslobođenju od kazne.

#### 4. ZAKLJUČAK

Ključno za razmatranje objektivne strane instituta dobrovoljnog odustanka je postavljanje preciznih kriterijuma za razgraničenje između nedovršenog (nesvršenog) i dovršenog (svršenog) pokušaja. Ovo razgraničenje je od velikog praktičnog značaja s obzirom na različite zakonske pretpostavke odustanka u stadijumu nedovršenog i dovršenog pokušaja. Zakonodavac od učinioca koji je prema svojoj predstavi preduzeo sve neophodne korake ka dovršenju dela traži više od obične uzdržanosti. Učinioc tu treba da ispolji veću odlučnost i uloži energiju kako bi sprečio nastupanje posledice. To je razumljivo, jer je učinioc na svom kriminalnom putu otišao dalje od učinioca koji nije u potpunosti preduzeo radnju izvršenja. To razlikovanje je neophodno vršiti s obzirom na stav učinioca o tome u kojoj meri je ostvario kriminalno ponašanje i to u trenutku preduzimanja poslednje izvršilačke delatnosti, nezavisno od učiniočevog prvobitnog plana. Zakonsku privilegiju zaslužuje ipak samo onaj učinioc koji *dobrovoljno* odustane od dovršenja dela. Obično se kaže da pitanju dobrovoljnosti prethodi pitanje odustanka. Najpre se ispituje da li je učinioc odustao, a zatim da li postupao kao *gospodar svoje odluke*. I sam način određivanja pojma dobrovoljnosti bitno utiče na shvatanje pojma odustanka. Pristane li se uz tradicionalno psihološko učenje prema kome učinioc *dobrovoljno* odustaje ako se zaustavlja na kriminalnom putu iako je svestan da delo može da dovrši (Frankova formula) ova subjektivna pretpostavka se tesno prepliće sa uobičajenim shvatanjem odustanka, jer je upravo svest o mogućnosti dovršenja dela sastavni deo samog odustanka; za učinioca koji smatra da delo ne može da dovrši, pa diže ruke od svog ponašanja, ni ne može da se kaže kako odustaje od dela. Subjektivni supstrat odustanka – svest o mogućnosti dovršenja dela – poklapa se sa psihološkim shvatanjem dobrovoljnosti.

64 Z. Stojanović, 222.

65 V. Kambovski, 26; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, 163.

66 Z. Stojanović, 222. Naše krivično pravo, za razliku od nekih stranih zakonodavstava (npr. nemačkog [§ 24 I 2 StGB] i austrijskog [§ 16 II StGB]), ne izjednačava dejstvo sprečavanja posledice sa neuspešnim ali ozbiljnim i dobrovoljnim nastojanjem učinioca da spreči njeno nastupanje (nekauzalni odustanak). Vid. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 646–648. Na isti način i pojedine američke jurisdikcije uvažavaju odbranu učinioca koji je uložio razuman napor da spreči nastupanje posledice, bez obzira na to da li je učinioc uspešan u svom nastojanju. Michael H. Crew, Should Voluntary Abandonment Be a Defense To Attempted Crimes?, *American Criminal Law Review*, 2/1988, 445.

67 Ako se radi o krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora do 5 godina, a učinioc je posle izvršenog dela, a pre nego što je saznao da je otkriven, otklonio posledice dela ili je nadoknadio štetu prouzrokovanu krivičnim delom.



U tom slučaju je teško odvojiti ova dva aspekta instituta dobrovoljnog odustanka, jer i odustanak kao objektivna strana instituta iz člana 32. KZ podrazumeva istovetnu subjektivnu pretpostavku, tj. za konačan sud o odustanku neophodno je da se uzme u obzir stav učinioca prema mogućnosti dovršenja dela. Ako se prednost u oblikovanju uslova dobrovoljnosti da normativnom pristupu, kada se pojam dobrovoljnosti ocenjuje kroz etičko vrednovanje motiva za odustanak i u svetlu odgovora na pitanje da li učinilac za svoje povlačenje sa kriminalnog puta zaslužuje zakonsku privilegiju (oslobođenja od kazne u našem pravu ili isključenje postojanja krivičnog dela u nekim stranim zakonodavstvima)<sup>68</sup> omogućiće se jasno razgraničenje između pitanja odustanka i pitanja dobrovoljnosti. Slično važi i za drugačije psihološko učenje o pojmu dobrovoljnosti, koje je došlo do izražaja u nemačkoj doktrini i praksi.<sup>69</sup> Shodno tome, iako su odustanak i dobrovoljnost dve strane jednog instituta i stoga tesno povezane, ipak je reč o dva odvojena pojma i nužno je najpre ispitati da li je učinilac odustao od dela, a tek zatim da li je odustanak dobrovoljan.

Ivan Đokić

Faculty OF Law, University of Belgrade

## ON OBJECTIVE ELEMENT OF THE WITHDRAWAL FROM THE COMMITMENT OF THE CRIMINAL OFFENCE

### SUMMARY

Although in the scientific analysis of the institute of voluntary abandonment considerable attention is paid to considering of the condition of voluntariness, it is equally important to analyze the issue of withdrawal from the commitment of the criminal offence. First, in accordance with modern conceptions, it is considered whether the offender was in a position to complete the offence, and after that whether he stopped his criminal activity in the stage of unfinished or finished attempt. For the distinction between these two types of attempt instead of the objective is used subjective criterion, ie. attitude of the offender on what actions are necessary for the occurrence of consequence. Different legal requirements are applied in order to qualify an act as a withdrawal, depending on how close offender approached the realization of the forbidden consequence.

**Keywords:** withdrawal, voluntariness, unfinished attempt, finished attempt, preventing the occurrence of consequence.

68 Npr. u Nemačkoj i Austriji. Slično je i naš KZ iz 1929. godine predviđao (§ 33) nekažnjivost dobrovoljnog odustanka. Iako u Engleskoj još uvek važi *common law* pravilo prema kome se dobrovoljni odustanak ne smatra osnovom isključenja odgovornosti za pokušano delo, u SAD je više od polovine država sledilo rešenje sadržano u Modelu Krivičnog zakonika (§ 5.01[4]) koje dobrovoljni odustanak smatra punovažnom odbranom (*defence*) od krivične odgovornosti. M. H. Crew, 444.

69 Ivan Đokić, O dobrovoljnosti odustanka od izvršenja krivičnog dela, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 1/2015, 189–192. Kil (Kühl) smatra da je u pojam dobrovoljnosti utisnut pečat psihološkog elementa, koji stoga zahteva orijentisanje na slobodu odlučivanja učinioca i da se čisto normativno shvatanje protivi doslovnom zakonskom tekstu kojim je regulisan institut dobrovoljnog odustanka. Međutim, i ovaj autor prihvata normativno učenje kao pomoćno sredstvo i oblik korigovanja neprihvatljivih rešenja do kojih može dovesti isključivo psihološko shvatanje. K. Kühl, 493–495.

## KORIŠĆENJE, OTKRIVANJE I PREPORUČIVANJE INSAJDERSKIH INFORMACIJA

**Apstrakt:** U radu se analizira krivično delo korišćenja, otkrivanja i preporučivanja insajderskih informacija koje je regulisano članom 282. Zakona o tržištu kapitalu i koje čini deo našeg sporednog krivičnog zakonodavstva. Posle uvodnih razmatranja, autor analizira zaštitni objekat ovog krivičnog dela i ukazuje na suprotstavljena gledišta povodom pitanja da li se i koja dobra ugrožavaju ovim nedozvoljenim ponašanjem. U nastavku rada pažnja je posvećena elementima ovog krivičnog dela uz posebno osvrtnje na određenje pojmova insajdera kao i insajderske informacije kao objekta radnje izvršenja. Naposljetku, ovo krivično delo upoređeno je sa inkriminacijom odavanja poslovne tajne iz člana 240. Krivičnog zakonika.

**Ključne reči:** insajderska informacija, krivično delo, insajder, odavanje poslovne tajne.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Zloupotreba insajderskih (privilegovanih) informacija poslednjih decenija privlači sve više pažnje u krivičnim naukama, a intenzivniji su i postupci zakonodavnog regulisanja ovog nedozvoljenog ponašanja. U pitanju je krivično delo u pogledu kog postoje sporenja da li i kakve štetne posledice prouzrokuje, da li uopšte zavrđuje da bude kriminalizovano kao i da li bi zloupotreba insajderskih informacija trebalo da bude kažnjiva samo ako je učine određene kategorije lica ili bi svako mogao biti potencijalni učinilac ovog krivičnog dela. U pitanju je krivično delo koje je karakteristično za anglosaksonske pravne sisteme<sup>1</sup>, dok u evropskim državama ima znatno manji značaj.<sup>2</sup> U kriminologiji se ovaj oblik nedopuštenog postupanja tretira kao jedno od najkarakterističnijih dela kriminaliteta belog okovratnika kojem se pažnja naročito posvećuje od 2000-ih godina sa otkrivanjem velikih korporativnih skandala kao što su bili slučajevi Enron i WorldCom.<sup>3</sup> Kada je u pitanju pravno regulisanje, na planu Evropske unije prva direktiva koja predviđa da države članice normama krivičnog prava regulišu ovo ponašanje doneta je 1989. godine. U domaćem zakonodavstvu je ova inkriminacija prvo bila regulisana Zakonom o preuzimanju akcionarskih društava<sup>4</sup> i obuhvatala je samo situacije zloupotrebe insajderskih

---

\* asistent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 Đ. Ignjatović, Pojmovno određenje kriminaliteta belog okovratnika, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1–3, 1996, str. 229–242.

2 Vidi: C. Györy, The Comparative Political Economy of Financial Crimes and their Enforcement, in: in: J. Van Erp, W. Huisman, G. V. Walle (ed.), *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015, p. 453–470.

3 D. Friedrichs, *Trusted Criminals, White-Collar Crime in Contemporary Society*, USA, 2010, pp. 178–183.

4 „Sl. glasnik RS“, br. 46/2006, 107/2009, 99/2011.

informacija u vezi sa preuzimanjem akcionarskih društava. Uvođenjem krivičnog dela korišćenje, otkrivanje i preporučivanje insajderskih informacija u Zakonu o tržištu kapitala<sup>5</sup> u čl. 282. proširena je kriminalna zona tako da je ovo krivično delo, koje čini deo našeg sporednog krivičnog zakonodavstva, regulisano na sličan način kao i u evropskim pravnim dokumentima i u drugim pravnim sistemima.

## 2. OSNOV INKRIMINISANJA

U literaturi se navodi da se ovim krivičnim delom štiti nadindividualno dobro oličeno u funkcionisanju organizovanih tržišta kapitala. Ovakvo mišljenje zasniva se na pretpostavci da insajderski poslovi imaju negativan uticaj na likvidnost tržišta kao i da nepovoljno utiču na funkcije alokacije tržišta kapitala.<sup>6</sup> Međutim, ima i mišljenja da nije dokazano da trgovina poverljivim informacijama utiče na smanjenje likvidnosti tržišta, a kao primer se navode neke države u kojima je posle unošenja ove inkriminacije u zakonodavstvo zapravo došlo do smanjenja likvidnosti. Ističe se takođe da ovakvo ponašanje insajdera može imati pozitivne efekte na taj način što se trgovinom na osnovu poverljivih informacija utiče na tržišne trendove, a potom i na cenu finansijskih instrumenata. Dakle, njihovo postupanje predstavlja indikaciju za buduće tržišne trendove i omogućava potencijalnim investitorima da donesu određene zaključke.<sup>7</sup>

Po pojedinim stavovima zabrana trgovine insajderskim informacijama štiti poverenje učesnika na tržištu. Ovakvo mišljenje zasniva se na tvrdnjama da trgovina insajderskim informacijama dovodi u neravnopravan položaj učesnike na tržištu.<sup>8</sup> Međutim, po drugima iluzorno bi bilo očekivati da svi učesnici na tržištu mogu posedovati sve informacije, zbog čega se ovaj stav koriguje i tvrdi se da je neophodno obezbediti svima isti pristup informacijama. Ovo gledište je po nekim mišljenjima sporno, jer se i do pristupa ne dolazi slučajno, već u velikom broju situacija ljudi koji poseduju privilegovanu informaciju su oni koji se nalaze na određenim pozicijama u okviru kompanija do kojih su došli trudom, radom i kvalifikacijama.<sup>9</sup> No, bez obzira na to što ne postoji mogućnost ostvarivanja ekonomske ravnopravnosti učesnika na tržištu zbog njihovih različitih osobina i sposobnosti, postoji potreba da se obezbedi bar pravna jednakost na tržištu što podrazumeva jednaku mogućnost za učešće na tržištu kao i zaštitu od nezakonitog postupanja drugih učesnika.<sup>10</sup> Ako se i prihvati da je zaštitni objekat ovog krivičnog dela poverenje učesnika na tržištu kao i obezbeđivanje jednakih šansi za sve<sup>11</sup>, to ne znači da ova inkriminacija štiti in-

5 „Sl. glasnik RS“, br. 31/2011, 112/2015.

6 W. Joecks, R. Schmitz, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nebenstrafrecht II*, Band 6/1, München, 2010, p. 1197; K. M. Jamieson, *The Organization of Corporate Crime, Dynamics of Antitrust Violations*, USA, 1994, pp. 23–25; W. Weber, *Insider-Handel, Informationsproduktion und Kapitalmarkt*, Wiesbaden, 1994, pp. 17–18.

7 I. Seredynska, *Insider Dealing and Criminal Law*, Heidelberg, 2012, pp. 61–64.

8 C. Schröder, *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, Köln, 2007, p. 47; W. Wohlers, H. Kudlich, *Wirtschaftsstrafrecht, Insbesondere Kapitalmarktstrafrecht, Insolvenzstrafrecht, Korruptionsstrafrecht, Glücksspiel und Geldwäsche, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 3, 2010, p. 628.

9 I. Seredynska, *op. cit.*, p. 53.

10 N. Jovanović, *Berzansko pravo*, Beograd, 2009, p. 66.

11 K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln, 2006, p. 163.

dividualna dobra, odnosno imovinu učesnika na tržištu. Naime, bilo koji učesnik na tržištu nije svoju odluku o trgovini finansijskim instrumentima doneo pod uticajem insajdera. Da na primer hartije od vrednosti nisu kupljene ili prodane insajderu, bile bi kupljene ili prodane drugom učesniku na tržištu tako da bi do „gubitka“ došlo bez obzira na ponašanje insajdera. Zbog toga bi bilo i nemoguće ustanovljenje kauzalne veze između postupka insajdera i prouzrokovanog gubitka drugog investitora.<sup>12</sup> U literaturi se shodno navedenom trgovina insajderskim informacijama označava kao krivično delo bez žrtve (eng. *victimless crime*).

Stav o zaštiti poverenja građana u tržište kapitala može se kritikovati, jer poverenje predstavlja socijalno-psihološki sadržaj koji je neprecizan, a ne može se ni forenzički proveriti. Ako se krivično delo ne otkrije sledi da ne bi bilo ni povrede zaštitnog objekta. Stoga ima više opravdanja za shvatanje da je predmet zaštite funkcionisanje nekog sistema, a ne poverenje u njega.<sup>13</sup>

Postoji naposljetku i mišljenje da se na ovaj način šteta nanosi poslodavcu odnosno kompaniji, pre svega tako što se narušava njegova reputacija, jer nije do sada dokazano da trgovina poverljivim informacijama utiče na cenu akcija kompanije.<sup>14</sup> Po drugom stanovištu, osnov za inkriminisanje je povreda fiducijarnih dužnosti prema poslodavcu. Međutim, problem kod ovog shvatanja je da se informacija koju insajder poseduje može, bez namere pribavljanja koristi, preneti licu (npr. prijatelju ili članu porodice) koje nema fiducijarnu dužnost prema kompaniji, a ono može iskoristiti privilegovanu informaciju radi ostvarivanja imovinske dobiti.<sup>15</sup> Smatra se i da se privredni subjekt već štiti normama krivičnog prava koje zabranjuju odavanje poslovne tajne pri čemu učinilac tog krivičnog dela može biti bilo koje lice zbog čega nema potrebe da se pruža dodatna zaštita i kroz inkriminisanje korišćenja i trgovine privilegovanim informacijama. Osim toga, statistički podaci pokazuju da privredni subjekti nisu preterano zainteresovani da ostvaruju krivičnoppravnu zaštitu ni u slučaju otkrivanja poslovne tajne, već im je pre u interesu da takve situacije reše van krivičnih postupaka.<sup>16</sup>

### 3. ELEMENTI KRIVIČNOG DELA KORIŠĆENJA, OTKRIVANJA I PREPORUČIVANJA INSAJDERSKIH INFORMACIJA

#### 3.1. Subjekt krivičnog dela

U literaturi kao i u zakonodavstvima mnogih država pravi se razlika između primarnih i sekundarnih insajdera, odnosno vrši se klasifikacija insajdera prema bliskosti izvoru privilegovane informacije. Klasifikacija ima i praktični značaj, jer se vrlo često predviđa stroža kazna za primarne u odnosu na sekundarne insaj-

12 G. S. Craig, Liability and Criminality of Insider Trading in the U.S., *Defense Counsel Journal*, April 1992, p. 216–225; W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, p. 1198.

13 C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2006, p. 38–39.

14 G. S. Craig, *op. cit.*, p. 221.

15 K. L. Scheppelle, „It’s just not right“: The Ethics of Insider Trading, *Law and Contemporary Problems*, vol. 56, n. 3, 1993, p. 123–173. O fiducijarnim dužnostima u američkom pravu vidi: N. Ashadi, T. H. Eyssell, *The Law and Finance of Corporate Insider Trading: Theory and Evidence*, USA, 1993, pp. 51–55.

16 J. Baedorff, *Das Merkmal der Verwendung von Insiderinformationen*, Nomos, 2011, pp. 23–28.

dere ili se inkriminišu samo nedozvoljene radnje primarnih insajdera.<sup>17</sup> Tako je na primer u Direktivi o krivičnim sankcijama za zloupotrebe na tržištu<sup>18</sup> (u daljem tekstu *Direktiva*) u čl. 3, st. 3. predviđeno da će države članice inkriminisati kao krivično delo trgovinu na osnovu insajderskih informacija kao i podsticanje drugih na trgovinu zasnovanu na ovim informacijama i kazniti svako lice koje poseduje privilegovanu informaciju na osnovu 1) članstva u upravnom, nadzornom odboru kao i administraciji izdavaoca; 2) posedovanja kapital učešća u izdavaocu; 3) pristupa koji mu omogućava zaposlenje, profesija ili obavljanje drugih dužnosti; 4) izvršenog krivičnog dela. U istom stavu predviđeno je da će se kazniti i svako drugo lice koje preduzme pomenute radnje, a pri tome zna da se radi o insajderskoj informaciji. Direktiva u čl. 4. predviđa da će se ista lica kazniti i za neovlašćeno odavanje insajderskih informacija. Dakle, iako se ne pominju izričito termini „primarni“ i „sekundarni“ insajder, suštinski se ta razlika pravi. Direktiva sadrži i odredbe kojima se upućuju države članice da naprave razlike između ovih kategorija lica kada je u pitanju predviđanje krivičnih sankcija. U cilju ujednačavanja krivičnogpravnog reagovanja na zloupotrebe u vezi sa insajderskim informacijama pomenuta Direktiva u čl. 7. predviđa kao minimalnu kaznu zatvora u trajanju od četiri godine za trgovinu na osnovu insajderskih informacija kao i za podsticanje drugih lica da trguju finansijskim instrumentima na osnovu posedovanja privilegovanih informacija, dok je minimalna kazna za neovlašćeno otkrivanje ovih informacija dve godine zatvora.

Naš zakonodavac usvaja navedenu podelu na taj način što u čl. 282, st. 1. Zakona o tržištu kapitala propisuje da učinilac može biti bilo koje lice, dok je u st. 3. propisan teži oblik koji postoji ukoliko krivično delo iz st. 1. učini neko od zakonom određenih lica. Rešenje je vrlo slično onom sadržanom u Direktivi. Učinioci su podeljeni u četiri kategorije: 1) za razliku od Direktive, učinioci mogu biti članovi upravnog i nadzornog odbora ne samo u izdavaocu<sup>19</sup> već i u javnom društvu<sup>20</sup>, dok se članstvo u administraciji izdavaoca ne pominje; 2) kapital učešće se može pose-

17 Više o tome u: R. C. H. Alexander, *Insider Dealing and Money Laundering in the EU: Law and Regulation*, UK, 2007, pp. 113–141.

18 U pitanju je Direktiva koja zajedno sa Regulativom EU o zloupotrebama na tržištu (Regulation EU 596/2014, L 173/61) počinje da se primenjuje od 3. jula 2016. godine, čime istovremeno prestaje da važi Direktiva EU o trgovini insajderskim informacijama i manipulacijama na tržištu (Directive 2003/6/EC, L 96/16).

19 Pojam izdavaoca je određen u čl. 2, st. 1, tač. 38. Zakona o tržištu kapitala. U pitanju su domaća kao i strana pravna lica koja izdaju ili predlažu izdavanje hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, a ukoliko se radi o depozitnim potvrđama, izdavaocem se smatra lice koje izdaje hartije od vrednosti koje predstavljaju te depozitne potvrde. Izdavaoci su i Republika, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave, pravna lica korisnici budžetskih sredstava i organizacije obaveznog socijalnog osiguranja u Republici, Narodna banka Srbije, strane države, državni organi, centralne banke, međunarodne i nadnacionalne institucije, kao što su Međunarodni monetarni fond, Međunarodna banka za obnovu i razvoj, Međunarodna finansijska korporacija, kao i ostale članice Grupacije Svetske banke, Evropska centralna banka, Evropska investiciona banka, Evropska banka za obnovu i razvoj i ostale slične međunarodne organizacije.

20 Pojam javnog društva određen je u čl. 2, st. 1, tač. 43 kao izdavalac koji ispunjava bar jedan od dva predviđena uslova: 1) uspešno je izvršio javnu ponudu hartija od vrednosti u skladu sa prospektom čije je objavljivanje odobrila Komisija; 2) čije su hartije od vrednosti uključene u trgovanje na regulisanom tržištu, odnosno MTP u Republici.

dovati u izdavaocu kao i javnom društvu. Treća i četvrta kategorija su određene na isti način kao u Direktivi.

Kada je u pitanju prva kategorija učinilaca, to će po pravilu biti direktori i menadžeri i njihova odgovornost za neku od radnji koja čini ovo krivično delo je ne-sporna imajući u vidu da su njima ove informacije najpre dostupne kao i činjenicu da ova lica imaju posebne dužnosti prema izdavaocu.<sup>21</sup> Kako zakonodavac navodi da je u pitanju lice koje *putem članstva* u ovim organima dolazi do privilegovane informacije, potrebno je da između funkcije i saznanja informacije postoji povezanost. To znači da lice koje jeste član nekog od ovih organa, ali privilegovanu informaciju sazna na drugi način, ne bi mogao odgovarati po ovom osnovu. U literaturi je sporno da li lice koje sazna privilegovanu informaciju na osnovu članstva u upravnom ili nadzornom odboru odgovara po ovom osnovu i kada prestane neka od tih funkcija.<sup>22</sup> Čini se da bi na ovo pitanje trebalo potvrdno odgovoriti, imajući u vidu da se u posed privilegovane informacije dolazi obavljanjem određenih funkcija, koje i omogućavaju učiniocu da za njih sazna, zbog čega bi bilo irelevantno da li je informacija upotrebljena dok je lice imalo svojstvo člana ili nakon njegovog prestanka. Još jedno sporno pitanje jeste da li pod ovu odredbu treba podvesti samo lica koja formalno obavljaju funkcije ili u obzir dolazi i faktičko obavljanje dužnosti. Slično pitanje važi i kada se radi o licima koja imaju članstvo u ovim odborima, ali njihovo postavljanje na te funkcije nije učinjeno u skladu sa pravnim propisima. Obe navedene situacije nemaju velikog praktičnog značaja, jer i ako se zauzme stav da ova lica ne mogu odgovarati po osnovu njihovog članstva u upravnim i nadzornim odborima mogla bi i dalje biti krivično odgovorna kao primarni insajderi po osnovu obavljanja drugih dužnosti.<sup>23</sup>

Druga kategorija primarnih insajdera odnosi se na lica koja poseduju kapital učešće. U pitanju su akcionari, pri čemu veličina kapital učešća nije relevantna. No, kako se u literaturi navodi, mali akcionari će retko biti u poziciji da do insajderske informacije dođu na osnovu svog kapital učešća. U nekim zakonodavstvima je predviđeno da se kapital učešće osim u izdavaocu može posedovati i u sa njim povezanim licem što omogućava da učinioci budu i vlasnici udela. Treća kategorija učinilaca obuhvata različita lica i u literaturi nema jedinstvenih gledišta po pitanju određenja ove grupe insajdera. Kod ove kategorije zakonodavac odstupa od povezanosti lica sa izdavaocem odnosno javnim društvom, i zahteva se da se na osnovu obavljanja dužnosti na radnom mestu, profesije ili drugih dužnosti dođe do insajderske informacije i potom preduzme neka od radnji izvršenja krivičnog dela. Smatra se da se pod ovim licima podrazumevaju revizori, poreski savetnici, advokati, zaposleni u različitim državnim agencijama (npr. zaposleni u inspektoratima, u Komisiji za hartije od vrednosti, Komisiji za spečavanje konkurencije, članovi organa berze itd.). Pored toga, i zaposleni u izdavaocu mogu ući u ovu kategoriju insajdera pod uslovom da su do privilegovane informacije došli u okviru obavljanja dužnosti na njihovom radnom mestu, a ne slučajno. Pozicija zaposlenog ne bi trebalo da ima značaj za utvrđivanje krivične odgovornosti. Pored navedenih lica, smatra se i

21 R. C. H. Alexander, *op. cit.*, p. 38.

22 W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, p. 1232.

23 C. Schröder, *op. cit.*, p. 98–99.

da novinari koji se bave analizom privrednog poslovanja kao i analizom hartija od vrednosti mogu predstavljati ovu kategoriju insajdera, dok sa druge strane novinari koji tragaju za nepoznatim informacijama o kršenju propisa privrednih subjekata ne bi mogli ovde da se svrstaju, jer bi u suprotnom to značilo kršenje ustavnih garancija o slobodi štampe.<sup>24</sup> Problem koji se navodi u literaturi je da različite profesije mogu omogućiti saznavanje privilegovanih informacija. Kao primeri se navode taksisti, ugostitelji i svi drugi koji bi obavljajući svoj posao mogli doći u posed ovih informacija (tako što će na primer čuti razgovor dva direktora u restoranu).<sup>25</sup> Ipak, ne bi trebalo prihvatiti da bilo koja profesija dolazi u obzir, već samo ona koja je po redovnom toku stvari povezana sa mogućnošću da se dođe u posed privilegovane informacije.<sup>26</sup> No, po nekima nije dovoljno da se radi o uobičajenim poslovima, jer se uvek može pojaviti neka sporna situacija, već je umesto toga bolje govoriti o predvidljivosti da se saznaju ove informacije putem obavljanja određene profesije ili dužnosti.<sup>27</sup>

Četvrtu kategoriju primarnih insajdera čine lica koja su do privilegovanih informacija došla putem učinjenih krivičnih dela. U pitanju su ne samo krivična dela koja su usmerena ka dobijanju insajderskih informacija, već i krivična dela čije bi izvršenje uticalo na cenu finansijskih instrumenata na tržištu kapitala. U pitanju su raznovrsna krivična dela poput imovinskih krivičnih dela, špijunaže, a može se raditi i o krivičnom delu terorizma. Upravo su teroristički napadi koji su se desili 11. 09. 2001. godine bili povod za proširenje zloupotrebe insajderskih informacija i na ovu kategoriju insajdera. Naime, lice koje na primer podstrekava na izvršenje krivičnog dela terorizma može iskoristiti očekivane promene cene finansijskih instrumenata uzrokovane terorističkim napadom i na taj način pribaviti korist.<sup>28</sup>

Grupu sekundarnih insajdera čine sva ostala lica koja se ne mogu podvesti pod jednu od navedene četiri kategorije primarnih insajdera. Sekundarni insajderi bi bila i lica koja su privilegovanu informaciju saznala od primarnih insajdera. Po nekim mišljenjima ovakvo rešenje podložno je zloupotrebama, jer primarni insajder može privilegovanu informaciju poveriti drugom licu koje je potom iskorišćava u nekoj transakciji. Međutim, prema rešenju Zakona o tržištu kapitala primarni insajder je u tom slučaju krivično odgovoran zbog otkrivanja privilegovane informacije, dok sekundarni insajder odgovara zbog njenog korišćenja u nekoj transakciji. U literaturi ima predloga, a neke evropske države i predviđaju takvo krivičnopravno rešenje, da se ukine podela na primarne i sekundarne insajdere i da pod istim uslovima odgovara svako lice koje preduzme neku od radnji izvršenja ovog krivičnog dela.<sup>29</sup> Argumenti kojima se ovakva tvrdnja opravdava su da je treća kategorija primarnih insajdera neprecizno određena što može dovesti do različitih interpretacija kao i da četvrta kategorija primarnih insajdera uopšte ne mora imati bilo kakvu vezu sa izdavaocem kao i da je Direktiva uvođenjem ove kategorije usmerila zaštitu

24 C. Schröder, *op. cit.*, p. 103.

25 R. C. H. Alexander, *op. cit.*, pp. 37–81.

26 *Ibid.*, p. 43; I. Seredynska, *op. cit.*, p. 21.

27 C. Schröder, *op. cit.*, p. 104.

28 W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, pp. 1234–1235.

29 R. C. H. Alexander, *op. cit.*, pp. 80–81.

ne samo ka tržištu kapitala već i ka drugim dobrima koja sa njim nisu kompatibilna.<sup>30</sup> Međutim, očigledno je da se novo rešenje usvojeno u Direktivi u pogledu propisivanja krivičnih sankcija naslanja na rešenje Direktive iz 1989. godine<sup>31</sup> koja je pravila razliku između ove dve kategorije učinilaca, pri čemu je krug nedozvoljenih radnji sekundarnih insajdera bio uže postavljen tako da su one obuhvatale zabranu otkrivanja privilegovanih informacija trećim licima kao i zabranu preporučivanja ili podsticanja drugog lica da na osnovu tih informacija stekne ili otuđi hartije od vrednosti.

### 3.2. Insajderska informacija

Pojam insajderske informacije određen je u čl. 2, st. 1, tač. 46. Zakona o tržištu kapitala kao informacija o tačno određenim činjenicama, koje nisu javno objavljene, a odnose se direktno ili indirektno na jednog ili više izdavalaca finansijskih instrumenata ili na jedan ili više finansijskih instrumenata<sup>32</sup>, a koja bi, da je javno objavljena, verovatno imala značajan uticaj na cenu tih finansijskih instrumenata ili na cenu izvedenih finansijskih instrumenata. Dakle, potrebno je da bude ostvareno nekoliko uslova da bi jedna informacija bila smatrana insajderskom: najpre informacija mora biti precizna u smislu da se odnosi na tačno određene činjenice, informacija se mora direktno ili indirektno odnositi na jedan ili više finansijskih instrumenata ili na jednog ili više izdavaoca finansijskih instrumenata, informacija ne sme biti javno objavljena i naposljetku mora postojati verovatnoća da bi informacija u slučaju javnog objavljivanja imala značajan uticaj na cenu tih ili izvedenih finansijskih instrumenata. U nastavku rada biće analiziran svaki od ovih uslova.

Prvi uslov odnosi se na preciznost informacije. Regulatorna EU o zloupotreba na tržištu (u daljem tekstu *Regulatorna*) u čl. 7. određuje ovaj element kao set okolnosti ili događaj koji postoji ili za koji je razumno očekivati da će se ostvariti, a dovoljno su specifični da omogućavaju donošenje zaključka o njihovom uticaju na cenu finansijskih instrumenata ili derivata finansijskih instrumenata.<sup>33</sup> Komitet evropskih regulatora hartija od vrednosti navodi da je kod procenjivanja da li će se okolnosti ili događaj ostvariti u budućnosti ključno da se procena vrši na osnovu prethodno dostupnih informacija. Kod ovakvog definisanja ostaje ipak nejasno čija razumna procena o budućim događajima je dovoljna – da li procena insajdera ili ovaj kriterijum treba gledati kao objektivni standard koji se odnosi na razumnog investitora.<sup>34</sup> Drugi deo definicije odnosi se na uticaj ovih okolnosti odnosno do-

30 R. Schmitz, Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts in Europa, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 3/2003, pp. 501–538.

31 Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing, Official Journal L 334, 18/11/1989.

32 Finansijski instrumenti su taksativno navedeni u Zakonu o tržištu kapitala u čl. 2, st. 1. To su na primer prenosive hartije od vrednosti (akcije, obveznice), instrumenti tržišta novca (trezorski, komercijalni, blagajnički zapisi, sertifikati o depozitu), opcije, fjučersi, svopovi itd.

33 U Zakonu o tržištu kapitala u čl. 75, st. 5. definicija o tačno određenim činjenicama podudarna je sa definicijom iz Regulative.

34 B. Clarke, Inside Information and the European Market Abuse Directive, in: P. U. Ali, G. N. Gregoriou (eds.), *Insider Trading, Global Developments and Analysis*, USA, 2009, pp. 99–129.



gađaja na cenu i Komitet je zauzeo stav da informacija zadovoljava navedeni uslov ukoliko bi razumni investitor na osnovu nje doneo investicionu odluku koja ili nije rizična ili je slabo rizična ili bi takva informacija bila odmah iskorišćena na tržištu.<sup>35</sup> U literaturi se činjenice na koje se odnosi insajderska informacija dele na spoljašnje i unutrašnje prema tome da li pripadaju spoljašnjem svetu i da li su proverljive ili su poznate samo pojedincima, jer predstavljaju njihove namere ili donete odluke. Najveći broj insajderskih informacija odnosi se upravo na činjenice koje pripadaju spoljašnjem svetu i kao primeri se mogu navesti: odustanak od ili preuzimanje novih značajnih poslovnih aktivnosti, statusne promene (podela, spajanje, pripajanje, izdvajanje), promena pravne forme, sticanje ili otuđenje značajnog kapital učesća, promena odluke u pogledu isplaćivanja dividendi, preuzimanje kontrole, kršenje pravnih propisa, učinjena krivična dela na štetu izdavaoca itd.<sup>36</sup> Insajderska informacija može biti i činjenica koja je samo deo procesa donošenja odluke ako ispunjava i ostale predviđene uslove. Moguće je na primer da je upravni odbor u kompaniji doneo odluku koju tek treba da odobri skupština akcionara, a u tom slučaju se i ta činjenica može tretirati kao insajderska informacija.

Dalje, postavlja se pitanje da li prognoze i procene mogu da se tretiraju kao insajderske informacije. U literaturi se generalno zauzima pozitivan stav pod uslovom da se procene i prognoze zasnivaju na konkretnim činjenicama<sup>37</sup>, ali i dalje ostaje sporno da li se uticaj na cenu zasniva na činjenicama ili na proceni koju je dao uvaženi ekspert u određenoj oblasti poslovanja.<sup>38</sup> Sa druge strane, glasine se ne mogu tretirati kao insajderske informacije. Pravi se razlika između običnih pretpostavki odnosno spekulacija koje ne mogu biti insajderske informacije i glasina koje se zasnivaju na preciznim činjenicama zbog čega se može raditi o insajderskim informacijama. Granicu između ovih situacija je nekad teško uspostaviti, a predlog je da se u obzir uzme preciznost sadržaja kao i pouzdanost izvora informacija.<sup>39</sup>

Kada su u pitanju unutrašnje činjenice, u literaturi se najviše pažnje posvećuje analizi tzv. skalpiranja (eng. *scalping*) koje podrazumeva da investicioni savetnik kupi za svoj račun hartije od vrednosti, a potom svojim klijentima preporučuje da ih kupe i na taj način podstiče tražnju i podiže kurs.<sup>40</sup> U literaturi su podeljena mišljenja po pitanju da li se ovde radi o insajderskim informacijama ili manipulacijama na tržištu. Zastupnici stava da ne može biti u pitanju insajderska informacija smatraju da znanje o sopstvenoj nameri nije dovoljno da bismo mogli govoriti o insajderskoj informaciji, već mora postojati povezanost sa spoljašnjim svetom odakle dolazi informacija.<sup>41</sup> Po suprotnom gledištu se na taj način iz oblasti insajder

35 *Ibid.*

36 C. Schröder, *op. cit.*, pp. 54–56.

37 W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, pp. 1209–1210.

38 R. C. H. Alexander, *op. cit.*, p. 83.

39 C. Schröder, *op. cit.*, p. 65; W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, p. 1210.

40 N. Jovanović, *op. cit.*, pp. 411–412.

41 M. Weber, *Scalping – Erfindung und Folgen eines Insiderdelikts*, *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 8, 2000, pp. 562–564; M. Weber, *Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2003*, *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 1–2, 2004, pp. 28–45; C. Schröder, *op. cit.*, p. 60; K. Tiedemann, *op. cit.*, p. 163–165.

trgovine neopravdano isključuje veliki broj ponašanja. Dovoljno je, dakle, da lice zna za okolnost koja će se ostvariti u budućnosti i koja samo od njega zavisi, a pri tome je verovatno da će ta okolnost uticati na cenu finansijskih instrumenata ili njihovih derivata. Trebalo bi, ipak, uzeti u obzir st. 54. Preambule Regulative u kojoj je jasno naznačeno da se trgovina zasnovana na sopstvenim planovima i strategijama ne može tretirati kao insajderska, dok trgovina koja se zasniva na planovima i strategijama trećeg lica može biti insajderska.

Da bi informacija bila insajderska mora se odnositi na jednog ili više izdavalaca finansijskih instrumenata odnosno na jedan ili više finansijskih instrumenata. Informacija može sa njima biti povezana direktno ili indirektno. U pogledu direktne povezanosti može se raditi o različitim situacijama: promene u upravnim i nadzornim odborima, promene revizora, povećanje dividendi, ponuda za preuzimanje kao i svaka informacija koja je relevantna za poziciju izdavaoca na tržištu kapitala.<sup>42</sup> Kada je u pitanju više izdavalaca, može se na primer raditi o informaciji o spajanju privrednih društava ili postupku koji vodi Komisija za zaštitu konkurencije u slučajevima nekih oblika udruživanja učesnika na tržištu.<sup>43</sup> Kada se govori o indirektnoj informaciji može se kao primer navesti odluka koju donese jedan izdavalac u vezi sa svojim poslovanjem, a koja je relevantna i za konkurentnog izdavaoca. U tom slučaju, informacija se indirektno odnosi na konkurenta i ako ne bi bilo predviđeno da informacija može biti i indirektno relevantna, moglo bi se desiti da se iskoristi, a da ta situacija ostane van domašaja krivičnopravnih odredbi.<sup>44</sup>

Još jedan uslov odnosi se na okolnost da informacija nije dostupna javnosti, odnosno da nije objavljena. U čl. 79. Zakona o tržištu kapitala predviđena je obaveza za izdavaoca finansijskog instrumenta da bez odlaganja obavesti javnost o insajderskim informacijama koje se neposredno odnose na tog izdavaoca. Što se tiče načina objavljivanja, Zakon samo predviđa da je izdavalac dužan da obavesti javnost na način koji omogućuje brz pristup informaciji i mogućnost njene potpune, tačne i pravovremene ocene kao i da na svojoj internet stranici objavi sve insajderske informacije koje je obavezan da javno objavljuje. Sličnu odredbu sadrži i Regulativa (čl. 17). Važno je napomenuti da će ovaj uslov biti ostvaren i kada informacija nije dostupna celokupnoj već samo delu javnosti, na primer kada se objavi u lokalnim medijima, dok se po nekim mišljenjima informacija mora učiniti dostupnom zainteresovanom delu javnosti pod kojom se podrazumevaju investitori.<sup>45</sup> Objavljivanje ne podrazumeva i saznanje, odnosno potrebno je informaciju učiniti dostupnom, a irelevantno je da li su zainteresovana lica saznala informaciju.<sup>46</sup> Takođe je sporno pitanje da li i koliko vremena od objavljivanja insajderske informacije treba da prođe pre nego što se ona iskoristi u nekoj transakciji. Cilj je da svim zainteresovanim investitorima pruže jednake mogućnosti za korišćenje ove informacije zbog čega treba ostaviti određeni vremenski period od objavljivanja.<sup>47</sup>

42 B. Clarke, *op. cit.*, pp. 108–109.

43 C. Schröder, *op. cit.*, p. 68.

44 W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, p. 1213.

45 R. C. H. Alexander, *op. cit.*, p. 88.

46 W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, p. 1215.

47 I. Seredynska, *op. cit.*, p. 18.

Poslednji uslov koji mora biti ostvaren odnosi se na verovatnoću značajnog uticaja insajderske informacije na cenu finansijskih instrumenata i derivata. Za određenje ovog elementa relevantan je čl. 7, st. 4. Regulative u kome se navodi da će ovaj uslov biti ostvaren ukoliko bi razuman investitor uzeo ovu informaciju u obzir prilikom donošenja investicione odluke. Dakle, potrebno je precizirati standard „razumni investitor“. Smatra se da se ovaj standard ne može primenjivati na sve investitore podjednako, odnosno da standard treba prilagoditi različitim kategorijama investitora<sup>48</sup>, a pri tome je neophodno uzeti u obzir i vrstu tržišta na kome se donosi investiciona odluka<sup>49</sup>. U američkom pravu ovaj element je poznat kao *materialnost* insajderske informacije i smatra se da je u utvrđivanju njegove ostvarenosti potrebno uzeti u obzir nekoliko kriterijuma. Prvi je značaj informacije za investitora (na primer da bi investitor kupio hartije od vrednosti da je znao za informaciju). Drugi je uticaj informacije na tržištu (na primer na cenu hartija od vrednosti).<sup>50</sup> Treći uslov se odnosi na kredibilitet izvora informacije.<sup>51</sup>

U literaturi se dosta pažnje posvećuje i pitanju *značajnog* uticaja na cenu finansijskih instrumenata i derivata. U nekim pravnim sistemima se određuje tačan procenat promene. Tako je na primer u danskoj sudskoj praksi prihvaćeno da će ovo krivično delo postojati ukoliko je cena hartija od vrednosti promenjena za 10%. U Nemačkoj je na primer prihvaćeno da kod cene akcija ta promena mora biti 5%, a kod hartija od vrednosti sa fiksnom kamatnom stopom 1.5%. Kod fiksnog određivanja promene cene prigovara se da ovakvi limiti nisu po pravilu predviđeni zakonom na šta bi okrivljeni s pravom mogao da se poziva u krivičnom postupku, kao i da je jako teško predvideti koliki će tačno biti uticaj informacije na cenu finansijskih instrumenata. Sa druge strane, u francuskom zakonodavstvu se uopšte ne zahteva značajan uticaj na cenu finansijskih instrumenata.<sup>52</sup> Takođe, da bi ovaj uslov bio ostvaren ne zahteva se da je do promene cene zaista i došlo nakon objavljivanja informacije, ali ako je do promene došlo sud može uzeti u obzir tu okolnost radi provere da li je informacija bila takva da bi verovatno značajno uticala na cenu finansijskih instrumenata i derivata. Pri tome, ne bi bio dopušteno da se ta promena koristi naknadno protiv lica koja su donela razumnu odluku na osnovu *ex-ante* dostupnih informacija.<sup>53</sup> Kako u trenutku promene cene mogu delovati i mnogi drugi faktori, postoje dva gledišta u literaturi kako vršiti analizu. Prema jednom, informacija koja bi verovatno značajno uticala na promenu cene mora biti identična informaciji koja je objavljena i koja je uticala na tu promenu i drugo uslovi na tržištu moraju biti istovetni. Prema drugom gledištu smatra se da je dovoljno da u pogledu informacija postoji „funkcionalna jednakost“, dok kada su uslovi na tržištu u pitanju ne smeju

48 B. Clarke, *op. cit.*

49 C. Schröder, *op. cit.*

50 Za razliku od uticaja koji informacija ostvaruje na tržištu, mišljenja su podeljena po pitanju da li bi trebalo uzimati u obzir način na koji investitor procenjuje uticaj koji bi na tržištu ostvarila konkretna informacija ili je potrebno uzeti u obzir reakciju investitora na samu informaciju. Navedeno prema: B. Clarke, *op. cit.*, pp. 120–122.

51 W. S. Wang, M. I. Steinberg, *Insider Trading*, Oxford, 2010, pp. 99–117.

52 R. C. H. Alexander, *op. cit.*, pp. 83–111.

53 St. 15. Preamble Regulative.

postojati „očigledne razlike“.<sup>54</sup> Ako do promene u kursu nije došlo, sudu svakako ostaje na raspolaganju mogućnost da pomoću nalaza i mišljenja veštaka utvrđuje ovaj element insajderske informacije.<sup>55</sup>

### 3.3. Biće krivičnog dela

Krivično delo ima osnovni i tri kvalifikovana oblika. Radnju izvršenja osnovnog oblika čini lice koje u nameri da sebi ili drugom licu ostvari imovinsku korist ili nanese štetu drugim licima, upotrebi insajdersku informaciju na jedan od sledeća tri alternativno propisana načina: 1) neposredno ili posredno pri sticanju, otuđenju i pokušaju sticanja ili otuđenja za sopstveni račun ili za račun drugog lica finansijskih instrumenata na koje se ta informacija odnosi; 2) za otkrivanje i činjenje dostupnim insajderske informacije bilo kom drugom licu; 3) za preporučivanje ili navođenje drugog lica da na osnovu insajderske informacije stekne ili otuđi finansijske instrumente na koje se ta informacija odnosi.

Prva alternativna radnja izvršenja je upotreba insajderske informacije neposredno ili posredno pri sticanju, otuđenju ili pokušaju sticanja i otuđenja za sopstveni ili za račun drugog lica finansijskih instrumenata na koje se ta informacija odnosi. Da bi se razumeo pojam sticanja i otuđenja finansijskih instrumenata moraju se uzeti u obzir pravila o zaključenju berzanskog posla. Berzanski poslovi mogu da se zaključuju neposredno ili posredno. Pravo na neposredno zaključivanje berzanskog posla imaju samo članovi berze, dok ostala lica mogu da zaključuju berzanske poslove samo preko članova berze, kao svojih posrednika na berzanskom tržištu. U tom cilju se između člana i klijenta zaključuje ugovor o nalogu, čijim izvršenjem se zaključuje berzanski posao. Ugovor o nalogu, kao i berzanski posao, zaključuju se na osnovu naloga koji klijent daje članu.<sup>56</sup> „Izvršavanje naloga“ je izraz koji se koristi za izvršenje posla na koji se posrednik obavezao zaključenjem ugovora o nalogu. Izvršenjem obaveza iz ugovora o nalogu posrednik zaključuje berzanski posao. Nalog se izvršava na jedan od tri načina: izvršenje u kotaciji; povezivanje (spajanje) naloga klijenata; samostalno istupanje posrednika.<sup>57</sup> Dakle, radnja krivičnog dela bi bila dovršena izvršenjem naloga na jedan od tri pomenuta načina. Kako je kao radnja izvršenja inkriminisan i sâm pokušaj da se stekne ili otuđi finansijski instrument, krivično delo je dovršeno od trenutka kada je dat berzanski nalog. Ako bi sa druge strane nalog bio dat u trenutku kada lice ne poseduje insajdersku informaciju, pa pre nego što je nalog prihvaćen za informaciju sazna i nalog promeni postojaće radnja ovog krivičnog dela.<sup>58</sup> S obzirom da se nalog izvršava i posredno, može se postaviti pitanje odgovornosti u slučaju da broker ili diler znaju za postojanje insajderske informacije koja se odnosi na finansijski instrument koji oni stižu za račun klijenta koji za tu informaciju ne zna. U literaturi se smatra da u ovom slučaju ne bi bilo krivične odgovornosti, već bi ona postojala ako broker ili diler znaju da klijent

54 B. Clarke, *op. cit.*, pp. 120–122.

55 C. Schröder, *op. cit.*, p. 77.

56 N. Jovanović, *op. cit.*, p. 254.

57 *Ibid.*, p. 270.

58 U čl. 3, st. 4 Direktive je ovakva odredba predviđena.

daje nalog na osnovu insajderske informacije koja mu je poznata u kom slučaju bi postupali kao saučesnici.<sup>59</sup> Takođe, treba reći da je posebna situacija u kojoj broker koristi informacije o nalogima klijenata i na taj način dobija predstavu o mogućem uticaju tih naloga na cenu finansijskih instrumenata (eng. *frontrunning*).<sup>60</sup>

Druga alternativno predviđena radnja podrazumeva otkrivanje ili činjenje dostupnom insajderske informacije bilo kom licu. Dakle, zakonodavac ne pravi razliku da li informaciju prenosi primarni ili sekundarni insajder. Moguće je da se radi i o licu koje je na protivpravan način došlo u posed insajderske informacije (na primer prinudom). Radnja se može izvršiti na različite načine (usmenim, pisanim putem, elektronskom komunikacijom). Moguće je učiniti krivično delo i propuštanjem kada insajder ostavi neobezbeđenim dokumente koji sadrže insajdersku informaciju tako da se treće lice može sa njom upoznati. Treće lice ne mora znati da je informacija koja mu je otkrivena insajderska niti je neophodno da on tu informaciju dalje upotrebí. Ali, ako je treće lice već upoznato sa tom informacijom, ne bi postojalo ovo krivično delo zato što nije proširen krug lica koja su saznala za insajdersku informaciju.<sup>61</sup> Kako nije predviđeno da se radi o *neovlašćenom* otkrivanju insajderske informacije, postavlja se pitanje da li će postojati krivična odgovornost ukoliko je informacija morala da se otkrije u redovnom obavljanju poslova<sup>62</sup> (na primer informacija se mora otkriti revizoru). U ovakvim situacijama krivično delo po pravilu neće postojati zbog neispunjenosti subjektivnog elementa bića – namere da se pribavi korist ili nanese šteta.

Treća radnja određena je kao preporučivanje ili navođenje drugog lica da na osnovu insajderske informacije stekne ili otuđi finansijske instrumente na koje se ta informacija odnosi. U pitanju su radnje podstrekavanja koje su podignute na rang radnji izvršenja krivičnog dela. Kao i kod opštih pravila o podstrekavanju, podstrekavač umišljajno navodi drugo lice da donese odluku o izvršenju krivičnog dela, odnosno učvršćuje ili izaziva odluku kod drugog lica. Nije potrebno da krivično delo na koje je podstrekavano bude izvršeno. U literaturi se smatra da lice koje se podstrekava ne mora steći znanje da je u pitanju insajderska informacija, već je dovoljno da ima predstavu da je u posedu neke ekskluzivne informacije.<sup>63</sup> Ako se, sa druge strane, drugo lice upozna sa insajderskom informacijom postojale bi dve radnje izvršenja krivičnog dela, ali bi prema pravilima o sticaju ovde bio u pitanju prividni idealni sticaj po osnovu alternativiteta.

Kod svih alternativno predviđenih radnji izvršenja zahteva se da je učinilac upotrebí insajdersku informaciju. Pod ovim se pre svega podrazumeva postojanje povezanosti između korišćenja insajderske informacije i preduzimanja radnje. Nije neophodno da preduzimanje radnje bude uslovljeno isključivo insajderskom informacijom, već je dovoljno da ona predstavlja jedan od uzroka. Dakle, upotreba insajderske informacije podrazumeva postojanje kauzalne veze između insajderske

59 W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, p. 1224.

60 I. Seredynska, *op. cit.*, pp. 12–13.

61 W. Joecks, R. Schmitz, *op. cit.*, p. 1236.

62 U Direktivi kao i u Regulativi je predviđeno da otkrivanje insajderskih informacija nije neovlašćeno u slučaju da je učinjeno u redovnom obavljanju poslova, profesije ili dužnosti.

63 C. Schröder, *op. cit.*, p. 114.

informacije i preduzete radnje. To dalje znači da krivično delo ne postoji ako se radnja izvršenja preduzme, a naknadno sazna za insajdersku informaciju (npr. izvršen je nalog od strane posrednika, a lice još uvek nije došlo u posed finansijskih instrumenata).

Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost koja se sastoji u ugrožavanju funkcionisanja tržišta kapitala. Kod težih oblika (st. 2, st. 4) posledica se sastoji u prouzrokovanju štete odnosno pribavljanju imovinske koristi preko određenog iznosa.

Na subjektivnom planu mora postojati umišljaj. Kako je u biću krivičnog dela sadržana i namera kao subjektivni element, proizlazi da je potrebno postojanje direktnog umišljaja.<sup>64</sup>

Kod svih radnji zakonodavac zahteva postojanje subjektivnog elementa izraženog u nameri da se sebi ili drugome pribavi imovinska korist ili da se drugome nanese šteta. Ovakvo rešenje nije karakteristično za druge pravne sisteme, a ne predviđaju ga ni Direktiva kao ni Regulativa. Na ovaj način zakonodavac je suzio kriminalnu zonu, što može imati opravdanja imajući u vidu da je zloupotreba insajderskih informacija regulisana i u čl. 73–78. Zakona o tržištu kapitala, a kršenje ovih pravnih propisa je osnov za naknadu štete, ali i za preduzimanje upravnopravnih mera od strane Komisije za hartije od vrednosti. Navedeno posebno važi ako se uzme u obzir da nova Direktiva predviđa da upravnopravne mere nisu dovoljne da zaštite tržište kapitala i da bi svaka država članica morala da krivičnopravnim odredbama zabrani bar teške oblike zloupotrebe insajderskih informacija. U st. 11. Preambule Direktive navodi se da se pod teškim zloupotrebama podrazumevaju na primer situacije u kojima su radnje dovele do značajnog uticaja na integritet tržišta, do sticanja velikih profita ili prouzrokovanja velike štete trećim licima ili ako je vrednost finansijskih instrumenata na koje se odnosi insajderska informacija velika. Takođe, treba imati u vidu da Zakon o tržištu kapitala u pogledu kaznene odgovornosti pravnih lica predviđa prekršajnu odgovornost ukoliko pravna lica ne postupaju u skladu sa odredbama o zabrani zloupotrebe insajderskih informacija. Iako model odgovornosti pravnih lica za prekršaje značajno odstupa od koncepta krivične odgovornosti<sup>65</sup>, opravdano je da biće krivičnog dela bude uže određeno u odnosu na prekršaj.

Za sve alternativno predviđene radnje izvršenja zakonodavac propisuje novčanu kaznu ili alternativno kaznu zatvora u trajanju do jedne godine.

Prvi teži (st. 2) oblik će postojati ukoliko je usled neke od radnji izvršenja pribavljena imovinska korist ili je drugom licu naneta šteta u iznosu koji prelazi milion i petsto hiljada dinara. U tom slučaju je predviđena novčana kazna i kumulativno kazna zatvora do tri godine.

64 U teoriji je izraženo mišljenje da namera kao subjektivni element bića ukazuje na postojanje direktnog umišljaja. Vidi: Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, p. 87; N. Srzentić (ur.), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 1978, str. 82. O mišljenju da namera pojačava voljni element kod umišljaja vidi: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 67.

65 Više o tome u: I. Vuković, *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015, str. 61–69.

Drugi teži oblik (st. 3) određen je načinom pribavljanja insajderskih informacija, odnosno u pitanju su tzv. primarni insajderi. Ako je krivično delo iz st. 1. učinilo lice koje poseduje insajderske informacije putem članstva u upravnim ili nadzornim organima izdavaoca ili javnog društva, učešća u kapitalu izdavaoca ili javnog društva, pristupa informacijama do kojih dolazi obavljanjem dužnosti na radnom mestu, vršenjem profesije ili drugih dužnosti, odnosno putem krivičnih dela koje je učinilo predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora u trajanju do tri godine zatvora. Predviđanjem ovog težeg oblika naš zakonodavac se svrstao u grupu pravnih sistema koji prave razliku u krivičnopravnom regulisanju zloupotrebe insajderskih informacija prema učiniocu krivičnog dela – primarni ili sekundarni insajder.

Naposletku, najteža kazna (novčana kazna i kumulativno kazna zatvora u trajanju od šest meseci do pet godina) predviđena je u slučaju da neko od učinilaca iz st. 3. pribavi imovinsku korist ili nanese štetu u iznosu od milion i petsto hiljada dinara.

#### 4. ODNOS SA KRIVIČNIM DELOM ODAVANJA POSLOVNE TAJNE

Krivično delo odavanja poslovne tajne predviđeno je čl. 240. Krivičnog zakonika u grupi krivičnih dela protiv privrede. Za razliku od zloupotrebe insajderskih informacija čiji je cilj inkriminisanja zaštita tržišta kapitala, odnosno omogućavanje ravnopravnosti učesnika, predviđanje krivičnog dela odavanja poslovne tajne usmereno je pre svega na zaštitu privrednih subjekata. No, može se raditi o poslovnoj tajni za celu zemlju, za određenu oblast privrede ili za samo jednog privrednog subjekta,<sup>66</sup> odnosno pored individualnih interesa ovim krivičnim delom mogu se posredno štititi i opšti interesi.<sup>67</sup> Za razliku od insajderskih informacija, pod poslovnom tajnom podrazumevaju se samo oni podaci u pogledu kojih su kumulativno ispunjeni formalni i materijalni uslov. U čl. 240, st. 4. određeno je da se pod poslovnom tajnom smatraju oni podaci i dokumenti koji su zakonom, drugim propisom ili odlukom nadležnog organa proglašeni poslovnom tajnom (formalni uslov) i čije bi odavanje prouzrokovalo ili moglo da prouzrokuje štetne posledice za preduzeće ili drugi subjekt privrednog poslovanja (materijalni uslov). Radnja izvršenja sastoji se u neovlašćenom saopštavanju, predaji ili na drugi način činjenju dostupnim podataka koji predstavljaju poslovnu tajnu ili u pribavljanju takvih podataka u nameri da se predaju nepozvanom licu. Kako se zahteva da se radnja preduzima *neovlašćeno*, proizlazi da učinilac može biti samo lice koje je ovlašćeno da bude u posedu ovih podataka. Iako je to najčešće slučaj, izvršilac može biti i drugo lice, ali zakonodavac ne pravi tu razliku kao na primer kod krivičnog dela odavanja državne tajne.<sup>68</sup> Pored toga, dok se krivično delo korišćenja, otkrivanja i preporučivanja

66 Lj. Lazarević, *op. cit.*, str. 642.

67 Uporedi: K. Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2011, pp. 926–927; A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2010, p. 1832.

68 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 567.

vanja insajderskih informacija može učiniti samo umišljajno, kod odavanja poslovne tajne predviđen je i nehatni oblik.

## 5. ZAKLJUČAK

U radu je analizirano krivično delo korišćenja, otkrivanja i preporučivanja insajderskih informacija predviđeno čl. 282. Zakona o tržištu kapitala. Ovo krivično delo uvedeno je nedavno u naše sporedno krivično zakonodavstvo, a do tada je zloupotreba insajderskih informacija bila samo delimično regulisana i to krivičnim delom u Zakonu o preuzimanju akcionarskih društava. Najpre, kada je u pitanju osnov uvođenja ovog krivičnog dela u krivično zakonodavstvo, trebalo bi prihvatiti da se njime prvenstveno štiti funkcionisanje tržišta kapitala, a posredno se zaštita pruža i investitorima u vidu omogućavanja ravnopravnog položaja na tržištu kapitala. Kada je u pitanju određenje kruga učinilaca, naš zakonodavac je prihvatio podelu na tzv. primarne i sekundarne insajdere na taj način što je inkriminisao teži oblik ovog krivičnog dela u slučaju da se kao učinilac pojavljuje lice koje pripada jednoj od četiri zakonom određene kategorije. Ovakvo rešenje predviđa se i Direktivom o krivičnim sankcijama za zloupotrebe na tržištu. Radnja izvršenja krivičnog dela određena je na nešto drugačiji način u poređenju sa drugim pravnim sistemima kao i važećim pravnim dokumentima EU na taj način što je uvođenjem subjektivnog elementa bića sužena kriminalna zona. Čini se da za takvo rešenje ima opravdanja imajući u vidu i uputstva pomenute Direktive koja će tek početi da se primenjuje, kao i činjenicu da se pravna zaštita zbog zloupotrebe insajderskih informacija pruža i drugim pravnim normama. Može se primetiti da su predviđene kazne za ovo krivično delo niže u poređenju sa drugim zakonodavstvima, a nisu usklađene ni sa novom Direktivom koja predviđa minimalnu kaznu od četiri odnosno dve godine zatvora.

## LITERATURA

- Alexander R. C. H., *Insider Dealing and Money Laundering in the EU: Law and Regulation*, UK, 2007.
- Ashadi N., Eyssell T. H., *The Law and Finance of Corporate Insider Trading: Theory and Evidence*, USA, 1993.
- Baedorff J., *Das Merkmal der Verwendung von Insiderinformationen*, Nomos, 2011.
- Clarke B., Inside Information and the European Market Abuse Directive, in: P. U. Ali, G. N. Gregoriou (eds.), *Insider Trading, Global Developments and Analysis*, USA, 2009.
- Craig G. S., Liability and Criminality of Insider Trading in the U.S., *Defense Counsel Journal*, April 1992, p. 216–225.
- Friedrichs D., *Trusted Criminals, White-Collar Crime in Contemporary Society*, USA, 2010.
- Györy C., The Comparative Political Economy of Financial Crimes and their Enforcement, in: J. Van Erp, W. Huisman, G. V. Walle (ed.), *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*, Routledge, 2015.
- Ignjatović Đ., Pojmovno određenje kriminaliteta belog okovratnika, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1–3, 1996.



- Jamieson K. M., *The Organization of Corporate Crime, Dynamics of Antitrust Violations*, USA, 1994.
- Jovanović N., *Berzansko pravo*, Beograd, 2009.
- Joelck W., Schmitz R., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Nebenstrafrecht II*, Band 6/1, München, 2010.
- Kühl K., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2011.
- Lazarević Lj., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006.
- Roxin C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2006.
- Scheppele K. L., „It's just not right“: The Ethics of Insider Trading, *Law and Contemporary Problems*, vol. 56, n. 3, 1993.
- Schmitz R., Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts in Europa, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 3/2003.
- Schröder C., *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, Köln, 2007.
- Schönke A., Schröder H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2010.
- Seredynska I., *Insider Dealing and Criminal Law*, Heidelberg, 2012.
- Srzić N. (ur.), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 1978.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006.
- Tiedemann K., *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln, 2006.
- Vuković I., *Prekršajno pravo*, Beograd, 2015.
- Wang W. S., Steinberg M. I., *Insider Trading*, Oxford, 2010.
- Weber W., *Insider-Handel, Informationsproduktion und Kapitalmarkt*, Wiesbaden, 1994.
- Weber M., Scalping – Erfindung und Folgen eines Insiderdelikts, *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 8, 2000.
- Weber M., Die Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2003, *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 1–2, 2004.
- Wohlers W., Kudlich H., *Wirtschaftsstrafrecht, Insbesondere Kapitalmarktstrafrecht, Insolvenzstrafrecht, Korruptionsstrafrecht, Glückspiel und Geldwäsche*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 3, 2010.

Natalija Lukić

Faculty of Law, University of Belgrade

## CRIMINAL OFFENCE OF DEALING, DISCLOSURE AND RECOMMENDATION OF INSIDE INFORMATION

### SUMMARY

In this paper the author analyzes criminal offence of dealing, disclosure and recommendation of inside information that is prescribed in the Code of Financial Market. This criminal offence was recently introduced into our secondary criminal law legislation. Before that this criminal behaviour was only partially regulated in the Code on Takeover of Companies. First and foremost, in respect to reasons for prohibition of insider trading it should be accepted that the aim of this criminal offence is protection of financial market and indirectly of

investors ie. their equal treatment on financial market. Furthermore, our legislator divides offenders into two categories: primary and secondary insiders although these terms are not used in the Code. The fact that the offender belongs to one or another group is significant in regard to penalties that are higher for primary insiders. This legal solution is in accordance with the Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse. In comparison to other legal systems as well as to above mentioned Directive, criminal offence stipulated in the Code of Financial Market is more narrowly defined considering that the subjective element (intention of making profit or causing damage) is part of this criminal offence and in every case it must be proved. This solution is acceptable due to the fact that insider trading is forbidden in civil law and administrative law. Thus, the boundaries between these legal areas should exist. Finally, prescribed penalties are lower in comparison to other legal systems and they are not in accordance with the new Directive.

**Keywords:** inside information, criminal offence, insider, disclosure of trade secret.

## OSTVARENJE OPRAVDANIH INTERESA KAO OSNOV ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI

**Apstrakt:** U doba pojačane zaštite slobode mišljenja, javlja se pitanje u kakvom se odnosu ona nalazi sa zaštitom časti. Interesi „novijeg“ i „starijeg“ dobra sučeljavaju se kod zakonske odredbe koja ima dejstvo osnova isključenja protivpravnosti, a pominje se kod krivičnih dela protiv časti i ugleda. U nizu nabiranja se kao „lajtmotiv“ izdvaja zaštita opravdanih interesa. S tim u vezi, najpre je analizirano rešenje u srpskom pravu, sa relevantnom sudskom praksom, da bi se nakon toga prikazalo i rešenje u nemačkom pravu; takođe sa relevantnom sudskom praksom. Dati su odgovori na pitanja logike koja stoji iza ovog osnova isključenja protivpravnosti, širine njegovog dejstva, kao i uslova za njegovo ostvarenje.

**Ključne reči:** opravdani interesi, dozvoljeni rizik, vaganje interesa, sloboda mišljenja, omalovaženje, osnov isključenja protivpravnosti, uvreda.

### 1. SRPSKO PRAVO – OSNOV(I) ISKLJUČENJA KRIVIČNIH DELA PROTIV ČASTI I UGLEDA

Pored zakonom izričito predviđenih osnova isključenja protivpravnosti (delo malog značaja iz člana 18. Krivičnog zakonika – u daljem tekstu KZ, nužna odbrana iz člana 19. KZ i krajnja nužda iz člana 20. KZ), kao i osnova isključenja protivpravnosti koje su razvili sudska praksa i/ili teorija, a koji zakonom nisu (direktno) dobili svoje „opravdavajuće“ dejstvo (pristanak povređenog,<sup>1</sup> naređenje pretpostavljenog, vršenje službene dužnosti, dozvoljeni rizik, vršenje roditeljskog prava i preduzimanje medicinskih zahvata),<sup>2</sup> u Glavi krivičnih dela protiv časti i ugleda sadržano je nekoliko odredbi kojima se isključuje postojanje krivičnog dela.<sup>3</sup>

Polazište ovog osnova je Ustavom garantovana sloboda mišljenja i izražavanja iz člana 46.: „(1) Jemči se sloboda mišljenja i izražavanja, kao i sloboda da se govorom, pisanjem, slikom ili na drugi način traže, primaju i šire obaveštenja i ideje. (2) Sloboda izražavanja može se zakonom ograničiti, ako je to neophodno radi za-

\* asistent, [ivana.markovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.markovic@ius.bg.ac.rs)

1 I. Marković, *Pristanak povređenog u krivičnom pravu*, –u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, I deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2011, str. 282–296; I. Vuković, *Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti*, –u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, III deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2013, str. 168–186.

2 I. Marković, *Preduzimanje medicinskog zahvata kao osnov isključenja protivpravnosti – sa posebnim osvrtom na nepostojanje pristanka pacijenta*, –u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, II deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2012, str. 306–324.

3 Član 96. Krivičnog zakona Republike Srbije (KZS) iz 1977. godine sadržao je (skoro) istovetno rešenje.

štite prava i ugleda drugih, čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda i zaštite javnog zdravlja, morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Srbije.“<sup>4</sup>

Njegova krivičnopravna emanacija sadržana je najpre u 4. stavu 170. člana KZ:<sup>5</sup> „Neće se kazniti za delo iz st. 1. do 3. ovog člana učinilac, ako je izlaganje dato u okviru ozbiljne kritike u naučnom, književnom ili umetničkom delu, u vršenju službene dužnosti, u odbrani nekog prava ili zaštiti opravdanih interesa ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da to nije učinio u nameri omalovažavanja.“

Krivično delo uvrede iz pomenutog člana neće postojati i ako je uvredljiva izjava saznata od nekog ukoliko su kumulativno ostvareni objektivni i subjektivni uslov. Objektivni se može podeliti u tri (alternativno, naravno) postavljene grupe (ozbiljna kritika u naučnom, književnom ili umetničkom delu / u vršenju službene dužnosti, novinarskog poziva ili političke delatnosti / u odbrani nekog prava ili zaštiti opravdanih interesa),<sup>6</sup> dok je subjektivni postavljen negativno, kao nepostojanje namere omalovažavanja.

Tako glasi i sentenca utvrđena na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 23. decembra 2013: „Neće postojati krivično delo uvrede ako je kumulativno ostvaren objektivni i subjektivni uslov isključenja postojanja krivičnog dela iz člana 170. stav 4. Krivičnog zakonika, iako postoji saznanje o uvredljivoj izjavi.“<sup>7</sup>

Često se ovakve izjave daju u radnom okruženju ili tokom trajanja postupka, što potvrđuje i nemali broj primera iz sudske prakse, poput: „Kada je okrivljena, kao starešina organa uprave, u svojoj diskusiji o radnoj disciplini izgovorila uvredljive reči o privatnoj tužilji, obaveza je suda da oceni i utvrdi da li je okrivljena, prema načinu izražavanja i drugim okolnostima, inkriminisane reči upotrebila u cilju omalovažavanja, odnosno vredjanja, ili u ozbiljnoj kritici ponašanja privatne tužilje“;<sup>8</sup> „Ako okrivljeni, štiteći opravdane interese svog preduzeća, u sudskom postupku uvredi drugo lice, a iz načina izražavanja ne proizlazi da je to učinio u

4 „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006. Inače, simptomatična je sistematizacija ove slobode u Ustavu Srbije, koja zavređuje „tek“ daleki 46. član.

5 Član 170. KZ: „(1) Ko uvredi drugog, kazniće se novčanom kaznom od dvadeset do sto dnevnih iznosa ili novčanom kaznom od četrdeset hiljada do dvesta hiljada dinara. (2) Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno putem štampe, radija, televizije ili sličnih sredstava ili na javnom skupu, učinilac će se kazniti novčanom kaznom od osamdeset do dvestačetdeset dnevnih iznosa ili novčanom kaznom od stopepedeset hiljada do četristopepedeset hiljada dinara. (3) Ako je uvređeni uvredu uzvratio, sud može obe ili jednu stranu kazniti ili osloboditi od kazne.“

6 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, 4. izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2010, str. 507.

7 Detaljnije: „U konkretnom slučaju izreka pravosnažne presude ne sadrži sve bitne elemente krivičnog dela uvrede iz člana 170. stav 2. u vezi stava 1. Krivičnog zakonika. Naime, u izreci prvostepene presude sud samo utvrđuje da su u novinskom članku, čime je ostvaren samo objektivni uslov inkriminacije iz člana 170. stav 2. u vezi stava 1. KZ, iznete činjenice uvredljive prirode i da je okrivljeni bio toga svestan, ali ne i to da su navedene činjenice iznete u nameri omalovažavanja. Kod nedostatka ovog bitnog – subjektivnog elementa krivičnog dela, a to je da se iz načina izražavanja ili drugih okolnosti vidi da je učinjeno u nameri omalovažavanja, nema ni krivičnog dela uvrede iz člana 170. stav 2. u vezi stava 1. KZ.“ <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Isklju%20postojanja%20krivi%20dela%20uvrede.pdf>; pristupljeno stranici 16. juna 2016. godine.

8 Odluka Vrhovnog suda Srbije, Kzz. 23/98.

nameri omalovažavanja, neće se kazniti za krivično delo uvrede<sup>9</sup> i „Kada u odgovoru na žalbu u parnici učinilac navede za privatnog tužioca da `pokvareno u advokatskom stilu, uvijajući u oblandu, svoju žalbu naziva dopunom žalbe`, neće se kazniti za krivično delo uvrede zbog toga što je to uradio u zaštiti opravdanih interesa.“<sup>10</sup>

Značajan iskorak od teksta zakona, Sud čini konstatujući u nastavku sledeće: „Osim toga, javne ličnosti, kao što je u konkretnom slučaju privatni tužilac, trebalo bi da pokažu veću toleranciju prema kritici iznetoj u medijima, pa čak i kada ta kritika obuhvata preterivanja i provokacije, budući da zaštita časti i ugleda takve ličnosti ne može imati jaču pravnu zaštitu od prava na slobodu izražavanja garantovanu članom 10. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.“<sup>11</sup> U tom duhu glasi i (ranije) doneta sledeća odluka: „Kada okrivljeni u svojstvu odbornika skupštine opštine izgovori reči koje po objektivnim merilima predstavljaju uvredu časti i ugleda privatnog tužioca, ali su iznete u vršenju političke delatnosti, a privatni tužilac je predsednik skupštine, tada u radnji okrivljenog nema elementa krivičnog dela uvrede iz člana 170. st. 2 Krivičnog zakonika i ima se osloboditi optužbe primenom člana 170. st. 4. tog propisa.“<sup>12</sup>

U vezi sa krivičnim delom iznošenja ličnih i porodičnih prilika, u stavu 4. člana 172. KZ piše da se za iznošenje ili pronošnje ličnih ili porodičnih prilika koje je učinjeno u vršenju službene dužnosti, novinarskog poziva, odbrani nekog prava ili pri zaštiti opravdanih interesa, učinilac neće kazniti ako dokaže istinitost svog tvrdjenja ili ako dokaže da je imao osnovanog razloga da poveruje u istinitost onog što je iznosio ili pronosio.

U začelju Glave, u članu 176. regulisano je da se neće kazniti za delo iz čl. 173. do 175. učinilac ako je izlaganje dato u okviru ozbiljne kritike u naučnom, književnom ili umetničkom delu, u izvršavanju službene dužnosti, novinarskog poziva, političke delatnosti, u odbrani nekog prava ili zaštite opravdanih interesa, ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da to nije učinio u nameri omalovažavanja ili ako dokaže istinitost svog tvrdjenja ili da je imao osnovanog razloga da poveruje u istinitost onoga što je iznosio ili pronosio. Krivična dela u pitanju su povreda ugleda Srbije (član 173. KZ), povreda ugleda zbog rase, verske, nacionalne ili druge pripadnosti (član 174. KZ) i povreda ugleda strane države ili međunarodne

9 Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kž. 3082/91.

10 Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kž. 57/97.

11 *Ibid.* Član 10 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama: „(1) Svako ima pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj član ne sprečava države da zahtevaju dozvole za rad televizijskih, radio i bioskop preduzeća. (2) Pošto korišćenje ovih sloboda povlači za sobom dužnosti i odgovornosti, ono se može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva.“

12 Odluka Okružnog suda u Čačku, Kž. 548/2007.

organizacije (član 175. KZ), što znači da su pomenutim mogućnostima isključenja postojanja krivičnog dela obuhvaćena praktično sva krivična dela iz ove Glave.

Iako nije izričito rečeno koji element krivičnog dela u ovom slučaju nedostaje, nema razloga da se ovaj osnov isključenja postojanja krivičnog dela<sup>13</sup> ne posmatra kao osnov isključenja protivpravnosti. To potvrđuje i sudska praksa: „Formulacija `neće se kazniti` iz zakonske odredbe o nekažnjavanju za krivično delo uvrede označava da se isključuje protivpravnost dela, pa sud tada donosi oslobađajuću presudu“<sup>14</sup> i „Uvredljivo izražavanje o drugome u cilju zaštite svojih opravdanih interesa nije protivpravno, ukoliko nije preduzeto u nameri omalovažavanja lica na koje se uvreda odnosi, pa time ne predstavlja krivično delo uvrede, jer bez protivpravnosti nema krivičnog dela.“<sup>15</sup>

Pojam opravdanih interesa omogućava raznolike interpretacije. Neki u tome vide „svaki interes koji se kod pravilnog i pametnog procenjivanja konkretnih okolnosti sa njim vezanih, mora priznati kao bitan i koristan i koji zbog toga ima pravo na zaštitu i egzistenciju“,<sup>16</sup> odnosno vide ga kao konkretnog, tj. koji se mora razlikovati od opštih želja, nada i iščekivanja, a može se nalaziti i van područja normiranog pravom, tj. kao politički, zanatski, privredni,<sup>17</sup> materijalni ili idealni.<sup>18</sup>

Opravdani interes mora biti realizovan izjavom kao radnjom krivičnog dela protiv časti. Između sadržaja izjave i opravdanog interesa mora postojati stvarna veza: „Ukoliko se izjava okrivljenog data u sudskom postupku ne odnosi na sudski postupak, niti na odbranu nekog prava ili zaštitu opravdanih interesa, već se njome izražava nepoštovanje ili omalovažavanje ličnosti drugih lica i ljudskog dostojanstva, nema mesta primeni zakonske odredbe o nekažnjavanju za krivično delo uvrede.“<sup>19</sup> Potrebno je da postoji objektivna mogućnost da učinilac (uvredljivom) izjavom zaštititi svoj opravdani interes.<sup>20</sup>

Što se tiče širine dejstva osnova, moguće su tri linije (ne)ograničenja. Prva, koja liniju povlači već kod krivičnog dela uvrede;<sup>21</sup> druga koja se prostire do oboda kri-

13 Stojanović, *op. cit.*, str. 507.

14 Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kž. 3259/89.

15 Odluka Vrhovnog vojnog suda, K. 372/89.

16 M. Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1934, str. 523.

17 „Sud je našao da je okrivljeni prijavio slučaj krađe drva u šumi nadležnom državnom organu koji treba da preduzme mere u cilju pronalaženja izvršioca krivičnog dela, a u prijavi je naznačen i privatni tužilac kao mogući učinilac krivičnog dela. Time je okrivljeni postupao u zaštiti svojih opravdanih ekonomskih interesa, pa se njegova radnja ne može smatrati nezakonitom (protivpravnom) i ne može predstaviti radnju izvršenja krivičnog dela uvrede, kako je privatni tužilac zahtevao u privatnoj tužbi, navodeći da ga je okrivljeni prijavljivanjem označio kao lopova koji mu je ukrao drva.“ Odluka Okružnog suda u Čačku, Kž. 57/2002.

18 S. Frank, *Kazneno pravo posebni dio*, II sv., Zagreb 1936, str. 155.

19 Odluka Okružnog suda u Nišu, Kž. 144/2006.

20 R. Dubljević, Razlozi koji isključuju protivpravnost krivičnih dela protiv časti i ugleda, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5/1993, str. 524.

21 Čubinski, *op. cit.*, str. 522; J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 1957, str. 391; M. Perović, O odnosu odredbe čl. 173. KZ i krivičnog dela klevete iz čl. 169. KZ, *Pravni život*, br. 5–6/1958, str. 21.

vičnih dela protiv časti i ugleda<sup>22</sup> i treća, koja načelno ne priznaje granice u pogledu krivičnog dela na koje se odnosi.

Predstavnici prve ideje, da se ovaj osnov isključenja protivpravnosti odnosi samo na uvredu, zastupali su taj stav da ne bi zašli u sferu klevete.<sup>23</sup> U sudskoj praksi je vladalo mišljenje da se ova odredba ne odnosi na slučajeve tipične klevete, gde je učinilac svestan neistinosti onoga što iznosi ili pronosi (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Kž. 265/53 i Kž. 304/53), ali da se tiče nehatnih kleveta i da je njihova protivpravnost isključena (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Kž. 1089/52 i Kž. 1295/53).<sup>24</sup> Imajući u vidu da je Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2012. godine,<sup>25</sup> iz Krivičnog zakonika brisano krivično delo klevete (član 171), rasprava je postala bespredmetna. Doduše, deluje prihvatljiv stav Zlatarića, koji ističe da je dovoljno da je kritičar mogao osnovano da veruje u istinost svoje izjave, a da mu se zabluda može oprostiti ako nije postupao nesavesno, tj. suviše lakoverno i neoprezno u iznošenju svojih tvrdnji. Zato izjave zasnovane na skrivljenoj (nehatnoj, neizvinjavajućoj) zabludi ne ulaze u pojam pretežnijeg interesa, smatra on.<sup>26</sup>

Shvatanje da ostvarenje opravdanih interesa ne poznaje ograničenje u pogledu krivičnih dela na koja se odnosi, kosi se sa sistematskim tumačenjem odredbe, koja je locirana u Glavi krivičnih dela protiv časti i ugleda. U osnovi ovog razloga isključenja protivpravnosti nalazi se, istina, načelo vaganja interesa,<sup>27</sup> koje je samo po sebi, univerzalnog značaja, što može da zaliči na nelimitiranost dejstva ovog osnova. S obzirom na to da se ovde radi o pravnim dobrima između kojih ne postoji velika diskrepanca u vrednosti, balans se mora čuvati i tako što se neće dozvoliti primena ovog osnova i na neka druga (teža) krivična dela, već samo na pomenuta krivična dela protiv časti i ugleda. Postavlja se, doduše, pitanje da li je bilo legislativno-tehničkog smisla (skoro istovetnu) odredbu ponoviti na čak tri mesta u jednoj glavi.

## 2. NEMAČKO PRAVO – § 193 *StGB* (*WAHRNEHMUNG BERECHTIGTER INTERESSEN*)

U nemačkom pravu, u § 193 *Strafgesetzbuch*-a (u daljem tekstu: *StGB*), nalazi se odredba koja ima velike sličnosti sa prikazanim rešenjem kod nas. Ono je u tamošnjoj teoriji i praksi jasno određeno kao osnov isključenja protivpravnosti i naslovljeno sa „Ostvarenje opravdanih interesa“ (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*). Paragraf ovako glasi:

22 Frank, *op. cit.*, str. 150, 151; B. Kraus, Nekažnjavanje za kritiku društvene delatnosti – Opseg delovanja odredbe čl. 173. KZ, *Naša zakonitost*, br. 3–4/1952, str. 130–134. Treba imati u vidu da ova dva autora govore o članu 306. KZJ iz 1929. godine.

23 Perović smatra da je granica kritikovanja upravo kleveta. Društvo ima razloga da štiti za uvredljivo izražavanje i to pod određenim okolnostima, ali ne može sebi uzeti za pravo da takvu slobodu štiti i kad prelazi u klevetanje. Društvo tada ima drugi interes koji se sastoji u zaštiti svojih članova od klevetanja. Perović, *op. cit.*, str. 21.

24 B. Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*, sv II, Zagreb 1958, str. 200.

25 „Sl. glasnik RS“, br. 121/2012.

26 Zlatarić, *ibid.*, str. 202–204.

27 Saglasno Dubljević, *op. cit.*, str. 519.

„Prekoravajuće ocene naučnih, umetničkih ili trgovačkih učinaka, isto tako izjave date radi izvršenja ili zaštite prava ili radi ostvarenja opravdanih interesa, kao i prebacivanja i ukori nadređenih prema podređenima, službene prijave ili odluke od strane službenika i slični slučajevi su samo utoliko kažnjivi, ukoliko uvreda proizlazi iz oblika izjave ili iz okolnosti pod kojima je data.“<sup>28</sup>

Osnov je specifičan, i to po nekoliko linija. Prva specifičnost odnosi se na njegovu sistematizaciju; on se, naime, nalazi u posebnom delu StGB (u 14. odeljku naziva „Uvreda“, koji obuhvata §§ 185–200). Kao takav, odnosi se direktno samo na krivična dela uvrede (kojih, za razliku od srpskog prava, ima više oblika), i to konkretno na krivično delo uvrede (*Beleidigung*, § 185 StGB)<sup>29</sup> i krivično delo ogovaranja (*Üble Nachrede*,<sup>30</sup> § 186 StGB).<sup>31</sup> Nema kažnjive uvrede ako je lice to učinilo u ostvarenju opravdanih interesa. Zakon kao tipične slučajeve navodi sledećih pet situacija: 1) prekoravajuće ocene naučnih, umetničkih ili trgovačkih učinaka; 2) izjave date radi izvršenja ili zaštite prava ili radi ostvarenja opravdanih interesa; 3) prebacivanja i ukori nadređenih prema podređenima; 4) službena prijava ili odluke službenika; i 5) slični slučajevi. Drugim rečima, postojaće kažnjivost zbog nekog od ova dva krivična dela kada je izjava izraz nepoštovanja samo ako se to ispostavi iz forme ili okolnosti pod kojima je učinjena. Dalje možemo primetiti da se centralna sintagma – „ostvarenje opravdanih interesa“, po kojoj se zove čitav član, pa i sâm institut isključenja protivpravnosti, nalazi tek u nizu navođenja, iako barem zavređuje da se zbog svog značaja nađe na početku nabrojanja. Težište ove odredbe jeste upravo situacija davanja izjave radi izvršenja ili zaštite prava ili radi ostvarenja opravdanih interesa. Zbog međusobnog prožimanja, ove tri situacije navedene su u jednom dahu. Nije bliže određeno šta se smatra ostvarenjem opravdanih interesa, tako da možemo da kažemo da se ovde radi o generalnoj klauzuli.

Tipični primeri bi bili kada lice pred poslodavcem izrazi sumnju da je u kompaniji *Shell* učinjeno krivično delo protiv životne sredine; novinari optuže članove upravnog odbora *FIFA* da su uključeni u korupcione delatnosti na osnovu materijala koji deluje verodostojno, ali što se kasnije ne može u celosti dokazati, ili di-

28 „Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.“

29 § 185 StGB: „Uvreda će se kazniti kaznom zatvora do godinu dana ili novčanom kaznom, a ako je uvreda učinjena nasilno, kaznom zatvora do dve godine ili novčanom kaznom.“

30 Najbliži prevod naziva ovog krivičnog dela na srpski jezik bio bi „ogovaranje“, uprkos svojoj jakoj kolokvijalnoj crti. Inače, u Hrvatskoj je ovo novouvedeno krivično delo nazvano „sramoćenje“ (članak 148 KZ). Smatramo da ni ovaj prevod nije adekvatan, s obzirom na to da se sramoćenje može vršiti na više načina od onih obuhvaćenih zakonskim opisom. Sve u svemu, nijedan od ova dva termina ne dočarava precizno značenje ovog pojma (bukvalni prevod bi glasio: „mučni govor iza leđa“).

31 § 186 StGB: „Ko u pogledu drugog lica tvrdi ili pronosi neku činjenicu koja je podobna da drugoga učini prezrenim ili da ga unizi u javnom mjenju, ako se ne može dokazati da je činjenica istinita, kazniće se kaznom zatvora do jedne godine ili novčanom kaznom, a ako je delo učinjeno javno ili kroz distribuciju spisa (§ 11 Abs. 3) kaznom zatvora do dve godine ili novčanom kaznom.“ § 193 se ne odnosi na krivično delo klevete iz § 187 StGB.



rektorka škole reaguje na navode ministra obrazovanja koji je učitelje označio kao odgovorne za loše rezultate *Pisa* studije tako što na svom sajtu objavi da je on kao niko do sada uticao na urušenje obrazovnog sistema.

### 3. LOGIKA I DOMET OSTVARENJA OPRAVDANIH INTERESA

Logika koja stoji iza ovih primera i isključenja njihove kažnjivosti je vaganje interesa na osnovu procene rizika. Interes za ostvarenjem opravdanih interesa stoji nasuprot interesu optuženog lica za nenapadanjem njegove časti.<sup>32</sup> Ukoliko se prvi interes pokaže kao bitniji, lice koje daje izjavu sme da se upusti u rizik (koji se ne može isključiti) da ono što je izrekao nije tačno, s obzirom na širinu § 186 koji obuhvata i istinite (premda nedokazive) činjenične tvrdnje i ne štiti dobru veru davaoca izjave.<sup>33</sup> Paragraf se može primeniti samo kada se sa sigurnošću ne može utvrditi da li je tvrdnja istinita ili nije, kada se to ne može dokazati. Ukoliko je tvrdnja istinita i dokaziva ili je neistinita, paragraf ne proizvodi dejstvo.<sup>34</sup> Da se ne bi unapred ugušio svaki angažman tamo gde je očuvanje bitnih interesa ugroženo, pod određenim uslovima se toleriše rizik od povrede časti.<sup>35</sup> U tom smislu, opravdanje opravdanih interesa proističe iz dozvoljenog rizika kao osnova isključenja protivpravnosti.<sup>36</sup>

Iako se radi o vaganju interesa, ostvarenje opravdanih interesa ne predstavlja specifični slučaj krajnje nužde iz § 34, jer centralni uslov postojanja „istovremene opasnosti koja se na drugi način nije mogla otkloniti“ ovde ne mora postojati.<sup>37</sup> Nasuprot drugačijim shvatanjima,<sup>38</sup> vaganje interesa i dozvoljeni rizik nisu jedno drugom suprotstavljeni, već se nadopunjuju.<sup>39</sup> Ovo može poslužiti kao primer za opštu teoriju osnova isključenja protivpravnosti koja pojedine razloge ne bi postavljala jedne naspram drugih, već bi ih posmatrala komplementarno gde je to moguće.

Posmatrajući odredbu § 193 u kontekstu § 185 (krivično delo uvrede), gde se radi o izjavama datim u javnoj, često političkoj diskusiji i gde može da se dosegne izvesna polemička oštrina koja bi u privatnoj raspravi prešla prag uvrede, ovde biva „zasenjena“ ustavnom odredbom Art. 5 I *Grundgesetz*-a (u daljem tekstu: GG) koja garantuje slobodu mišljenja.<sup>40</sup> Jedni zbog toga delovanje § 193 u ovoj konstelaciji suštinski smatraju suvišnim,<sup>41</sup> dok drugi pomenuti paragraf vide kao manifestaciju

32 C. Roxin, *Strafrecht AT I*, 6. Aufl., C. H. Beck, München 2006, S. 837.

33 *Ibid.*

34 I. Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Im Spiegel der Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden 2010, Rn. 9.

35 Puppe, *ibid.*

36 Tako i Roxin, *ibid.*

37 Roxin, *ibid.*, S. 838.

38 W. Gallas, *NiedStrKomm* 9, 1959, S. 71 i H. Welzel, *StrafR*, 301 bis zur 10. Aufl.

39 Interes za ostvarenjem lica koja daje izjavu i interes za poštovanjem lica na koga se izjava odnosi vagaju se pod znakom raspodele rizika. Rizik kod vrednosnih ocena nije toliko bitan da bi sam za sebe opravdao § 193. Roxin, *op. cit.*, S. 839.

40 Art. 5 I GG glasi: „Svako ima pravo da slobodno iskaže i širi svoje mišljenje rečju, pismom i slikom i da se nesmetano informiše iz opštedostupnih izvora. Sloboda štampe i sloboda izveštavanja (...) se garantuju. Nema cenzure.“

41 U tom smislu i Roxin, *ibid.*, S. 837–838.

ustavne odredbe. Povezanost ostvarenja opravdanih interesa sa zajemčenom slobodom govora objašnjava zašto je merodavnu sudsku praksu razvio upravo Savezni ustavni sud (*Bundesverfassungsgericht*; u daljem tekstu BVerfG).

Drugo pitanje koje se postavlja je pitanje dometa – da li je ova odredba postavljena restriktivno, pa važi samo za (određena) krivična dela iz odeljka u kome se nalazi, ili njeni efekti imaju šire reperkusije?

*Eser* je još šezdesetih godina prošlog veka postavio tezu da § 193 analogno može da se primeni i na druga, „sa zajednicom povezana“ pravna dobra, kao u slučajevima iz § 201 (povreda poverljivosti reči) ili iz § 203 (povreda privatnih tajni).<sup>42</sup> Dok su nužna odbrana i krajnja nužda usmereni ka odbijanju opasnosti i statičnog su karaktera radi zadržavanja *status-a quo*, odnosno odbijanja eventualnih umanjenja vrednosti dobara, dotle ostvarenje opravdanih interesa u svojoj izrazito jakoj društvenoj upletenosti ima ujedno i evolutivnu funkciju: podržavanjem razvitka u najvećoj mogućoj meri i odatle proizlazećem razvoju društva treba, povrh odbrane od vrednosnih gubitaka, da služi stvaranju novih vrednosti (*status ad quem*).<sup>43</sup> Na osnovu ove funkcije je ovom osnovu pripisao sposobnost da bude generalizovano, ali i on odbija proširenje dejstva osnova na sva krivična dela.<sup>44</sup>

Koliko god da je funkcija § 193 ispravno postavljena tamo gde se predstavlja kao konkretizacija ustavne slobode mišljenja, to ne znači da se ovaj osnov isključenja protivpravnosti može proširiti i na druge delikte; ostvarenje opravdanih interesa je usko povezan sa deliktima kojima se napada čast i ugled nekog lica. Zaštita legitimnih „kontrainteresa“ kod gorepomenutih krivičnih dela (§§ 201, 203) ostvariće se na drugi način: restriktivnim tumačenjem zakonskog opisa, (prećutnim) pristankom povređenog, delovanjem krajnje nužde (§ 34).

Isto tako, osnov ne proizvodi dejstvo u odnosu na tzv. kritiku radi poniženja (*Schmähkritik*), kao i u odnosu na tzv. formalnu uvredu (*Formalbeleidigung*).<sup>45</sup> Formalna uvreda je protivpravni napad na čast drugoga kroz umišljajno iskazivanje nepoštovanja, gde se ne tek iz sadržaja izjave, već iz forme ili okolnosti izjave može prepoznati svesna povreda časti (na primer, kroz psovanje rečima „magarče“, „lopove“ i sl.).<sup>46</sup>

Premda se kritika radi poniženja i formalna uvreda pominju „u istom dahu“ i maltene posmatraju kao sinonimi; one to nisu.<sup>47</sup> Dok prvoj nedostaje predmetna povezanost sa temom rasprave, dotle je odlika formalne uvrede (u krivičnompravnom

42 Fischbach govori o jednoj vrsti generalne klauzule, koja nije relevantna samo za delikt povrede časti, već i za različite oblasti javnog i privatnog prava. O. G. Fischbach, *Die Wahrnehmung berechtigter Interessen im Disziplinarverfahren*, JR 1956, S. 253.

43 A. Eser, *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Gehlen, Bad Homburg 1969, S. 67.

44 Eser, *ibid.*

45 BVerfG 60, 234, 242; BVerfG 82, 272, 281; BVerfG NJW 1991, 3023, 3024.

46 <http://www.rechtslexikon.net/d/formalbeleidigung/formalbeleidigung.html>, pristupljeno stranici 09.06.2016. godine.

47 O. Stegmann, *Tatsachenbehauptung und Werturteil in der deutschen und französischen Presse*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, S. 393.

smislu) upravo veza između uvredljive vrednosne ocene i predmeta rasprave, jer formalna uvreda predstavlja ocenu činjeničnih tvrdnji u ekscesivnom obliku.<sup>48</sup>

Pod kritikom radi poniženja podrazumeva se „izjava koja se prema svom objektivnom smislu i konkretnim okolnostima slučaja ne može više shvatiti kao doprinos raspravi, već joj je smisao difamacija ili lično poniženje odnosnog lica.“<sup>49</sup> Polemička i/ili preterana kritika ne ulaze u ovu definiciju.<sup>50</sup> To znači da iako izjava deluje preterano i drastično, dok postoji objektivni osnov rasprave, ne ulazi se u polje kritike radi poniženja. Ovo dete prakse najvišeg suda tumači se usko zbog efekta koji ima, jer potiskuje ustavom zajemčenu slobodu govora.<sup>51</sup>

Doduše, tanka je linija između oštih vrednosnih ocena i ove kažnjive kritike, posebno jer se činjenice mešaju sa vrednosnim ocenama. Činjenica je konkretni postupak ili stanje prošlosti ili sadašnjosti, koji se mogu percepirati u sadašnjosti, te se tako mogu dokazati (uključujući unutrašnje činjenice).<sup>52</sup> Vrednosne ocene su ocene (iskazivanja mišljenja) bez konkretne činjenične srži, kod kojih je subjektivan stav davaoca izjave o predmetu izjave od velikog značaja.<sup>53</sup>

Pogledajmo to na primeru. Lice A objavi letke na kojima upoređuje vojničko zanimanje sa delatnošću „nadzornika u koncentracionim logorima, dželatima i mučiteljima“.<sup>54</sup> Iako je lice ovde izrazilo vrednosnu ocenu i time uvredilo aktivne vojnike kao kolektiv i vojsku kao instituciju, opravdava se njegova izjava na osnovu § 193 u vezi sa Art. 5 I GG, jer je veza sa vojnicima opšta izjava data u kontekstu uništenja ljudskih života i ne predstavlja čistu kritiku radi poniženja.<sup>55</sup>

Prvi korak u odgovoru na pitanje da li § 193 može da se primeni jeste da se proverí (ne)postojanje ovih situacija. Naredni korak je utvrđivanje šta čini opravdani interes i da li lice koje vređa ima osnov za ostvarenje tog interesa. O tome govori ispunjenost sledećih kriterijuma.

#### 4. KRITERIJUMI OSTVARENJA OPRAVDANIH INTERESA

Za početak, interes koji se želi ostvariti datom izjavom mora biti opravdan. Kao interes dolazi u obzir svaki javni ili privatni, duhovni ili imovinskopravni ukoliko ga pravni poredak smatra vrednim zaštite. To znači da on ne sme da bude suprotan zakonu ili dobrim običajima.<sup>56</sup> Interes je opravdan kada neposredno ili posredno

48 U. Rühl, *Tatsachen – Interpretationen – Wertungen*, Nomos, Baden-Baden 1998, S. 325.

49 BVerfGE 93, 266; BVerfG, NJW 2009, 3016.

50 BVerfG 82, 272, 284.

51 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2014/bvg14-086.html>, pristupljeno stranici: 09.06.2016. godine. Kao povreda osnovnog prava na slobodu mišljenja smatra se postupanje suda koji je kod višeznačnih izjava za osnov odluke uzeo onu koja je vodila osudi, a da nije prethodno druga moguća tumačenja argumentovano isključio. Beschluss vom 28.07.2014 (1 BvR 482/13).

52 Grundkurs Strafrecht II BT 1\_5 Vorlesung.

53 *Ibid.*

54 BGHSt 36, 83; BVerfGE 93, 266.

55 Grundkurs Strafrecht BT, *ibid.*

56 RGSt 34, 222; Hilgendorf LK, 18; Rudolphi/Stein SK, 13. Primer za to jr izvrgavanje ruglu imena određene osobe bez sadržinske povezanosti sa kritikom o kojoj je zapravo reč. Celle NSTZ 98, 88.

predstavlja interes sâmog učinioca, što će biti slučaj ako ga „toliko dotiče da se prema razumnoj proceni može postaviti kao njegov branilac“.<sup>57</sup> To nije slučaj samo ako se njega lično tiče, već i kada neko zastupa interese odnosnog lica na osnovu ovlašćenja (npr. kao advokat<sup>58</sup> ili član pokrajinskog parlamenta);<sup>59</sup> bliskog prijatelja; rodjaka;<sup>60</sup> dugogodišnjeg zaposlenog<sup>61</sup> ili drugih zajedničkih poslova užeg kruga ljudi (udruženje, opština).<sup>62</sup> Nasuprot tome, ne mogu se pod okriljem pomenutog paragrafa braniti tuđi privatni interesi koji se davaoca izjave ništa ne tiču. Tamo gde se interes svodi na senzacionalizam ili na želju za skandalom,<sup>63</sup> § 193 ne deluje. Isto važi ako se interes sastoji u tome da se neko lice otkrivanjem detalja iz privatnog života kompromituje. Naposljetku, opravdan je i opšti interes, interes čitavog društva.<sup>64</sup> „Pravno značajni interes“ je takoreći prethodni stepen subjektivnog prava, koji teži da utiče u oblasti koja se tiče jednog čoveka, više ljudi ili čitave zajednice.<sup>65</sup> U demokratskom društvu građani su ne samo slobodni, već su i pozvani da ukazuju na kršenja svojih, ali i tuđih prava; da zahtevaju otkrivanje i pravilno postupanje u krivičnim i svim drugim postupcima i da generalno ukažu i zahtevaju odbijanje napada na pravnodržavni poredak.<sup>66</sup>

Forma u kojoj je izjava data mora da bude podobna i nužna za ostvarenje interesa. Analogno opštem shvatanju krivičnog prava kao *ultima ratio*, načelo da treba primeniti najblaže sredstvo ovde dobija svoj praktični značaj. Iz ovog okvira izlazi, primera radi, obraćanje širokoj javnosti ukoliko bi za ostvarenje interesa bilo dovoljno angažovanje advokata ili obraćanje nadležnoj ustanovi; navođenje imena lica u pitanju kada to nije nužno; pronošnje saopštenja poznanicima ili označenje svedoka kao „lažova po zanimanju“ da bi se sud naveo na izvođenje dokaza.<sup>67</sup>

Izjava mora da bude prikladna, odnosno mora da stoji u odgovarajućoj srazmjeri u odnosu na rizik povrede časti. Ukoliko se izjava daje u stvari koja je objektivno malog značaja, onda se ne smeju izraziti tvrdnje čiji su efekti po egzistenciju lica na koje se odnose toliko štetni da se ni u slučaju dokazivanja njihove netačnosti ne mogu anulirati.<sup>68</sup> U javnom diskursu oštrina razgovora zavisi od načina („tona“) na koji se suprotna strana izražava.<sup>69</sup>

57 RGSt 63, 231.

58 Köln NJW 79, 1723; Saarbrücken AnwBl 79, 193.

59 W. Dallinger, MDR 55, S. 270.

60 BVerfG NJW, 04, 354.

61 Braunschweig NJW, 47/48, 697.

62 K. Kühl, Th. Lackner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., Beck, München 2007, S. 838.

63 Vid. u nastavku deo teksta o slobodi medija.

64 Prevaziđena je starija sudska praksa, prema kojoj medijima u otkrivanju zloupotreba nije pružena zaštita kroz § 193 ukoliko sâm novinar nije neposredno bio pogođen time. RGSt 64, 13. Roxin, *op. cit.*, S. 841.

65 Fischbach, *op. cit.*, S. 253.

66 Pod uslovom da je on prethodno uopšte (bio) uspostavljen.

67 HansOLG Hamburg, JR 1997, 521. Roxin, *op. cit.*, S. 841.

68 Roxin, *ibid.*

69 Roxin, *ibid.*

Jedan od ključnih uslova za opravdanje ostvarenja interesa jeste ispunjenje obaveze informisanja,<sup>70</sup> što potvrđuju odluke Suda Rajha i Saveznog vrhovnog suda, a podržava i većina teoretičara. Lice koje daje izjavu mora savesno da proveri da li su tvrdnje koje iznosi ili pronosi istinite.<sup>71</sup> Sudska praksa je tako izdvojila da nije opravdano da se o političkom neistomišljeniku pronose diskriminišuće, neproverene izjave koje su se mogle čuti na retoričkoj obuci u stranci<sup>72</sup> ili kada se usmene izjave izvora informacija, koji nije bliže poznat, bez daljih istraživanja postave kao osnova novinskog članka.<sup>73</sup>

Stepen pažnje koji se očekuje kod provere istinitosti tvdnje različit je i zavisi od svih spoljnih i unutrašnjih okolnosti, poput stepena verovatnoće prema dosadašnjim informacijama da je tačno što je iskazano; vremenske, poslovne i lične mogućnosti dalje provere; težina optužbe i shvatanja okruženja u kom je iskazano, itd.<sup>74</sup> Očekivani stepen pažnje je visok ukoliko se izjava objavljuje u medijima, dok su kod iskaza koji se daje pred organima gonjenja dovoljne pretpostavke zasnovane na indicijama, jer optužbe ostaju interne i jer je upravo zadatak policije i tužilaštva da proveri njihovu verodostojnost.<sup>75</sup> Lice mora da ukaže ako je provera pokazala da su činjenice sporne ili sumnjive.<sup>76</sup> Kažnjavanje zbog krivičnog dela uvrede dolazi u obzir samo ako je lice time pokušalo svoju sumnju da učvrsti svesno netačnim tvrdnjama, svoju prijavu zasniva na neodrživim pretpostavkama ili činjenice, u čiju ispravnost i sâm sumnja, predstavlja kao sigurne.<sup>77</sup>

Roxin smatra da je obaveza informisanja suvišna, obrazlažući to time da nezavano za (ne)sprovedene provere, opravdavajuća situacija koja bi objektivno pokrila rizik od neistinitosti postoji samo ako u prilog istinitosti izjave govori toliko indicija, da se ona sme rizikovati. Premda obaveza informisanja treba da predupredi mogućnost pozivanja na stvarnu zabludu, Roxin argumentuje da onaj ko je u svoju svest uneo te nedovoljne indicije, uopšte nije imao predstavu koja bi opravdala njegovu izjavu, a ako misli da je smeo da je načini, on će se naći u skrivljenoj pravnoj zabludi koja neće uticati na njegovu kažnjivost.<sup>78</sup> Tačno je da bi se ovde radilo o zabludi, ali ono što je pre toga rečeno nije održivo. Ako je lice te slabe indicije internizovalo, to ne znači da nije imalo predstavu, već da je njegova predstava bila pogrešna. Postavljenje obaveze informisanja radi izbegavanja zablude, prema tome, opstaje kao uslov za ostvarenje opravdanih interesa. Pored obzira pravne sigurnosti, za razliku od akutnih situacija u kojima dejstvuju drugi osnovi isključenja protivpravnosti (nužna odbrana, kranja nužda), ovde nema te hitnosti, te ne bi bilo

70 W. Gropp, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., Springer, Berlin 2015, 6/223; H.-J. Jescheck, Th. Weigend, *Strafrecht AT*, 5. Aufl., Duncker&Humblot, Berlin 1996, S. 403; G. Köhler, *Strafrecht AT*, Springer, Berlin 1997, S. 323.

71 BGHSt 3, 75.

72 BGHSt 3, 73.

73 BGHSt 14, 48.

74 K. Kühl, Th. Lackner, *op. cit.*, S. 840.

75 Roxin, *op. cit.*, S. 842.

76 BVerfG NJW 06, 207, 210.

77 BGH NJW 1997, 1247, 1249.

78 Roxin, *ibid.*, S. 842–843.

previše očekivati od lica koje daje potencijalno kažnjivu izjavu, da prethodno učini odgovarajuće provere.

Naposletku, kao subjektivni uslov pominje se to da davalac izjave dela „radi“ ostvarenja opravdanih interesa, da je to njegov motiv.<sup>79</sup> Biće, međutim dovoljno da on to čini „u znanju“ objektivno opravdavajućih okolnosti, a ne „zbog“ njih.<sup>80</sup> Problemi u dokazivanju (da li je to bio glavni motiv, da li su opravdani interesi uopšte razvili motivišuću snagu, itd.) razlog su ovakvog užeg tumačenja. Stoga će biti opravdana osnovana sumnja da je učinjeno krivično delo, izražena pred policijom, i onda kada svedoku uopšte nije bilo stalo do toga da učinioca privede licu pravde, već samo da mu napakosti.<sup>81</sup> Bitnije od njegove unutrašnje pokretačke snage je objektivni značaj i osnovanost onoga što tvrdi. Funkcija medija u demokratskom društvu je da u stvarima od javnog značaja dođe do i prenese te vesti, zauzme stav, kritikuje ili na drugi način učestvuje u javnom mnjenju,<sup>82</sup> pa će oni tako biti opravdani ukoliko informaciju, koja je od (opšteg) interesa, objave u želji da povećaju tiraž, ali ne i kada objavljuju čiste senzacionalističke vesti ili skandale, jer tu objektivno opravdanog interesa u smislu § 193 ni nema ako vest ne sadrži informacije koje služe ozbiljnim, javnim ciljevima.<sup>83</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Govoreći o rešenju iz srpskog prava i njegovim manifestacijama u odlukama sudova, sa nemačkim rešenjem i njegovom sudskom praksom i bogatom teorijskom razradom na umu, može se reći da je ostvarenje opravdanih interesa jedan takoreći „lokalizovan“, poseban osnov isključenja protivpravnosti krivičnih dela protiv časti i ugleda. Premda se zasniva na univerzalnom, ne samo u krivičnom pravu relevantnom, načelu vaganja interesa, a odatle je povezan i sa dozvoljenim rizikom, dejstvo ostvaruje ipak samo u odnosu na pomenutu grupu delikta. Osnov je, dakle, univerzalan, a dejstvo specifično.

Načelo vaganja interesa međusobno sučeljava određene vrednosti; u ovom slučaju slobodu mišljenja i izražavanja spram časti i ugledu. Ove vrednosti nisu u svim društvima i uvek imale isti značaj, a sada zakonska odredba pod određenim uslovima daje prednost jednom od njih, te je zbog toga dispozitivnog; ne tek deklaratornog karaktera.

Širina slobode mišljenja i izražavanja obuhvata zaštitu ne samo svog, nego i tuđeg interesa u svetlu zaštite opštih interesa. Staranje o funkcionisanju javnog života jedan je od glavnih zadataka države. Pa ipak, u tome joj je nezaobilazno potrebna pomoć građana. A to učestvovanje u društvenom i političkom životu jedne zajednice obuhvata i pravo na kritiku.

79 BGHSt 18, 187.

80 A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, C.H. Beck, München 2006, § 193 Rn. 23.

81 Suprotno tome: OLG Koblenz VRS 53 (1977), 269.

82 Kühn, Lackner, *op. cit.*, S. 839.

83 Roxin, *op. cit.*, S. 843.

Ostvarenje opravdanih interesa primer je evolutivnog momenta krivičnog prava – „odnos snaga“ između tradicionalne zaštite časti i ugleda i u novije vreme vrednošću oplemenjene zaštite slobode mišljenja i izražavanja, u slučaju ispunjenosti određenih uslova, prevagnuo je u korist ove druge. Čast shvaćena kao očekivanje/pravo svakoga upućenog pravnoj zajednici da bude tretiran shodno svojoj ličnosti i društvenoj poziciji<sup>84</sup> podrazumeva istovremenu spremnost lica za društvenu raspravu i kritiku, čak i ako ona možda ne odgovara istini.<sup>85</sup>

Granica tolerisanja uvredljivog izražavanja je kritika učinjena radi omalovažavanja. Kako slikovito smatra *Fischer*, opšta preplavljenost čulnim nadražajima, jezik koji postaje direktniji i siroviji, anonimizacija sredstava komunikacija i kampanjski karakter izveštavanja medija ne smeju da dovedu do toga da se sloboda medija pretvori u slobodu psovanja. Tada bi se zaštita pretvorila u svoju suprotnost, gde pobeđu odnose društveno jači i psihički izdržljiviji.<sup>86</sup>

## LITERATURA

Vuković I., Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti, –u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, III deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2013.

Čubinski M., *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd 1934.

Dubljević R., Razlozi koji isključuju protivpravnost krivičnih dela protiv časti i ugleda, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5/1993.

Eser A., *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Gehlen, Bad Homburg 1969.

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Fischbach O. G., Die Wahrnehmung berechtigter Interessen im Disziplinarverfahren, *JR* 1956.

Fischer Th., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Auflage, Beck, München 2015.

Frank S., *Kazneno pravo posebni dio*, II sv., Zagreb 1936.

Gallas W., *NiedStrKomm* 9, 1959.

Gropp W., *Strafrecht AT*, 4. Aufl., Springer, Berlin 2015.

Grundkurs Strafrecht II BT 1\_5 Vorlesung.

Hirsch H. J., *Ehre und Beleidigung*, Müller, Karlsruhe 1967.

<http://www.rechtslexikon.net/d/formalbeleidigung/formalbeleidigung.htm>, pristupljeno stranici 09.06.2016. godine

Jescheck H.-J., Weigend Th., *Strafrecht AT*, 5. Aufl., Duncker&Humblot, Berlin 1996

Köhler M., *Strafrecht AT*, Springer, Berlin 1997.

Kraus B., Nekažnjavanje za kritiku društvene delatnosti – Opseg delovanja odredbe čl. 173. KZ, *Naša zakonitost*, br. 3–4/1952.

Kühl K., Lackner Th., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl., Beck, München 2007.

84 Vid. H. J. Hirsch, *Ehre und Beleidigung*, Müller, Karlsruhe 1967, S.1.

85 Eser, *op. cit.*, S. 48.

86 Th. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Auflage, Beck, München 2015, S. 1365.

- Marković I., Preduzimanje medicinskog zahvata kao osnov isključenja protivpravosti – sa posebnim osvrtom na nepostojanje pristanka pacijenta, –u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, II deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2012.
- Marković I., Pristanak povređenog u krivičnom pravu, –u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, I deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd 2011.
- Perović M., O odnosu odredbe čl. 173. KZ i krivičnog dela klevete iz čl. 169. KZ, *Pravni život*, br. 5–6/1958.
- Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Im Spiegel der Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden 2010
- Roxin C., *Strafrecht AT I*, 6. Aufl., C. H. Beck, München 2006.
- Rühl U., *Tatsachen – Interpretationen – Wertungen*, Nomos, Baden-Baden 1998.
- Schönke A., Schröder H., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Auflage, C.H. Beck, München 2006.
- Stegmann O., *Tatsachenbehauptung und Werturteil in der deutschen und französischen Presse*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, 4. izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2010.
- Tahović J., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 1957.
- Zlatarić B., *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni*, sv II, Zagreb 1958.

### Sudska praksa (srpska)

- <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Isklju%C4%8Denje%20postojanja%20krivi%C4%8Dnog%20dela%20uvrede.pdf>; pristupljeno stranici 16. juna 2016. godine.
- Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kž. 3082/91.
- Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kž. 3259/89.
- Odluka Okružnog suda u Beogradu, Kž. 57/97.
- Odluka Okružnog suda u Čačku, Kž. 548/2007.
- Odluka Okružnog suda u Čačku, Kž. 57/2002.
- Odluka Okružnog suda u Nišu, Kž. 144/2006.
- Odluka Vrhovnog suda Srbije, Kzz. 23/98.
- Odluka Vrhovnog vojnog suda, K. 372/89.

### Sudska praksa (nemačka)

- Beschluss vom 28.07.2014 (1 BvR 482/13)
- BGH NJW 1997, 1247, 1249.
- BGHSt 14, 48.
- BGHSt 18, 187.
- BGHSt 3, 73.
- BGHSt 3, 75.
- BGHSt 36, 83;
- Braunschweig NJW, 47/48, 697.
- BVerfG 60, 234, 242.
- BVerfG 82, 272, 281.
- BVerfG 82, 272, 284.



BVerfG NJW 06, 207, 210.

BVerfG NJW 1991, 3023, 3024.

BVerfG NJW, 04, 354.

BVerfG, NJW 2009, 3016.

BVerfGE 93, 266.

HansOLG Hamburg, JR 1997

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2014/bvg14-086.html>, pristupljeno stranici: 09.06.2016. godine.

Köln NJW 79, 1723.

OLG Koblenz VRS 53 (1977), 269.

RGSt 63, 231.

Saarbrücken AnwBl 79, 193.

*Ivana Marković*

Juristische Fakultät der Universität Belgrad

## DIE WAHRNEHMUNG BERECHTIGTER INTERESSEN ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND

### ZUSAMMENFASSUNG

In der modernen Zeit ist es zu einem Umschwung gekommen, in welchem der Ehrschutz unter gewissen Voraussetzungen vor dem Schutz der freien Meinungsäußerung weichen muß. Ein Beispiel dafür ist die Wahrnehmung öffentlicher Interessen mit seiner Stellung als Rechtfertigungsgrund.

Im ersten Teil der Abhandlung wird das serbische Recht, unter Hinzuziehen relevanter gerichtlicher Entscheidungen, analysiert. Im Abschnitt der Ehrdelikte wird an mehreren Stellen ein solcher Rechtfertigungsgrund genannt. Dabei werden drei Situationen (als objektive Voraussetzung) und das Nichtvorhandensein einer Schmähungsabsicht (subjektive Voraussetzung) genannt.

Um deutsches Recht geht es im zweiten Abschnitt der Arbeit. Hier werden fünf Konstellationen bezeichnet und mit konkreten Voraussetzungen, die es zu erfüllen gilt, vervollständigt.

Abschließend werden gemeinsame Schlußfolgerungen gezogen: die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist ein auf Ehrdelikte bezogener (begrenzter) Rechtfertigungsgrund; dennoch gründet er auf dem universellen Abwägungsprinzip und hat Verbindungen zum erlaubten Risiko; er bezieht sich sowohl auf die eigenen, als auch auf fremde Interessen im Rahmen des Schutzes der Allgemeinheit, was ein Beispiel für die evolutive Funktion des Strafrechts ist. Von der rechtfertigenden Wirkung der Wahrnehmung berechtigter Interessen sind jedoch schmähkritische Äußerungen ausgenommen.

**Schlüsselwörter:** Wahrnehmung berechtigter Interessen, erlaubtes Risiko, Interessenabwägung, freie Meinungsäußerung, Schmähen, Rechtfertigungsgrund, Beleidigung.



# CONTENTS

FOREWORD .....	VII
<i>Zoran Stojanović</i> GARANTIEFUNKTION DES STRAFRECHTS.....	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> MIGRATIONS AS A CRIMINOLOGICAL PROBLEM – EUROPEAN EXPERIENCE.....	16
<i>Milan Škulić</i> POSITION OF THE VICTIMS OF THE CRIME /INJURED PERSON IN THE SERBIAN CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN GENERAL AND IN RELATION TO THE EU DIRECTIVE 2012-29 .....	40
<i>Goran P. Ilić</i> THE RIGHT TO APPEAL AGAINST CRIMINAL JUDGMENT AS A BASIC HUMAN RIGHT .....	81
<i>Nataša Delić</i> WILL AND ULTERIOR INTENT IN SERBIAN CRIMINAL LAW .....	92
<i>Milovan M. Mitrović</i> MAGNUM CRIMEN OR CRIME WITHOUT PUNISHMENT? .....	117
<i>Boris Begović</i> MEASUREMENT OF SOCIAL COSTS OF CRIME: BASIC METHODOLOGICAL ISSUES .....	130
<i>Djordje Djordjević</i> CRIMINAL LAW PROTECTION OF MINORS IN SEXUAL RELATIONS IN SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION .....	155
<i>Igor Vuković</i> THE LEGAL NATURE OF SEIZING THE PROCEEDS FROM CRIMINAL ACTIVITY (I.E. EXTENDED CONFISCATION).....	167
<i>Marija Karanikić Mirić</i> THE HISTORY OF THE IDEA OF MORAL DAMAGE IN MODERN SERBIAN CIVIL LAW .....	183

---

<i>Biljana Simeunović-Patić</i> RECIDIVISM – CRIMINOLOGICAL ASPECTS.....	195
<i>Ljubinka Kovačević</i> THE NOTION OF WORKPLACE BULLING IN SERBIAN LEGISLATION AND CASE LAW.....	214
<i>Vanja Bajović</i> MILENKOVIC CASE – <i>NE BIS IN IDEM</i> PRINCIPLE IN CRIMINAL AND MISDEMEANORS PROCEEDINGS.....	243
<i>Ivan Đokić</i> ON OBJECTIVE ELEMENT OF THE WITHDRAWAL FROM THE COMMITMENT OF THE CRIMINAL OFFENCE .....	259
<i>Natalija Lukić</i> CRIMINAL OFFENCE OF DEALING, DISCLOSURE AND RECOMMENDATION OF INSIDE INFORMATION.....	272
<i>Ivana Marković</i> DIE WAHRNEHMUNG BERECHTIGTER INTERESSEN ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND .....	289



KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

VI deo

Tematska monografija

*Biblioteka*

CRIMEN

36

*Priredio*

Prof. dr Đorđe Ignjatović

*Izdavač*

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

u saradnji sa Kriminološkom sekcijom

Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

*Za izdavača*

Prof. dr Sima Avramović

Dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

*Dizajn korica*

Đorđe Ignjatović

*Tehnička priprema*

Natalija Lukić

Ivana Marković

*Grafičko uređenje*

Irena Đaković

*Tiraž*

100

ISBN 978-86-7630-639-8

*Štampa*

JP Službeni glasnik, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

343.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija. Deo 6 /  
urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet Univerziteta,  
2016 (Beograd : Službeni glasnik). – X, 306 str. : tabele ; 24 cm. –  
(Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 36)

"Ova tematska monografija nastala je kao rezultat rada na Projektu  
br. 179051 'Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne  
države' ..." --> prelim. str. – Tiraž 100. – Str. VII–X: Predgovor  
/ urednik. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. –  
Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-639-8

1. Игњатовић, Ђорђе, 1952– [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство – Србија – Зборници

б) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 224555020

