



PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

Biblioteka

CRIMEN

5

Urednik Biblioteke

Prof. dr Đorđe Ignjatović

*Ovaj zbornik je rezultat rada na projektu br. 149033, pod nazivom
„Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja“
koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije*

© Pravni fakultet u Beogradu, 2008

Sva prava zadržana. Nijedan deo ove knjige ne može biti reprodukovan, presnimavan 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.yu

STANJE KRIMINALITETA
U SRBIJI I PRAVNA
SREDSTVA REAGOVANJA

II DEO

priredio
Đorđe Ignjatović

Beograd, 2008.

SADRŽAJ

Strana

Predgovor	7
1. <i>Roxin Claus:</i> BESITZDELIKTE Delikti posedovanja	9
2. <i>Stojanović Zoran:</i> MEĐUNARODNO KRIVIČNO PRAVO I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA International Criminal Law and Protection of Human Rights	25
3. <i>Ignjatović Đorđe:</i> STATUS KRIMINOLOGIJE U SRBIJI Status of Criminology in Serbia	37
4. <i>Lazin Đorđe:</i> THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY OF CRIMINAL PROSECUTION AND THE INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja i međunarodni pravni standardi	48
5. <i>Mitrović M. Milovan:</i> PROMENE KULTURNIH OBRAZACA I KRIMINALITET U SRBIJI Change of Cultural Patterns and Criminality in Serbia	61
6. <i>Taboroši Svetislav:</i> KAZNENOPRAVNA ZAŠTITA PRAVA POTROŠAČA Criminal Law Enforcement of Consumer Rights	80
7. <i>Begović Boris:</i> PRAVNI STATUS ABORTUSA I KRIMINAL: MNOGO VIKE NI OKO ČEGA? Legal Status of Abortion and Crime: Much Ado about Nothing?	104
8. <i>Simeunović Dragan:</i> THE VIOLENCE AS SOCIAL PATHOLOGY OF YOUNG PEOPLE IN THE BALKANS Nasilje kao oblik socijalne patologije mladih na Balkanu	125
9. <i>Opalić Petar, Ljubičić Milana:</i> ISTRAŽIVANJE VEZE IZMEĐU MATERIJALNOG STATUSA I PSIHOPTOLOŠKIH OBELEŽJA MALOLETNIH PRESTUPNIKA I NJIHOVIH RODITELJA Research of Connection between Economical Status and Psycho-Pathological Indications of Minor Delinquents and Their Parents	130
10. <i>Škulić Milan:</i> BASIC CHARACTERISTICS OF THE SERBIAN JUVENILE CRIMINAL LAW SYSTEM Osnovne karakteristike krivičnog sistema za maloletnike u Srbiji	148
11. <i>Đorđević Đorđe:</i> ODMERAVANJE KAZNE OSUĐENOM LICU Meting out Penalty to Convicted Person	162
12. <i>Delić Nataša:</i> TEORIJE KRIVICE I KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ PRAVNE ZABLUDE Theories of Culpability and Effect of Legal Error in Criminal Legislation	171
13. <i>Ilić P. Goran:</i> MARGINALIJE UZ DILEMU: TUŽILAČKA VERSUS SUDSKA ISTRAGA Marginal Issues with Dilemma: Prosecutor's vs. Court Investigation	191

14. <i>Žarković Milan:</i> KRJUMČARENJE MIGRANATA U SVETLU ODREDBA KRIVIČNOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE Migrants Smuggling in Criminal Law Determinations of Republic Serbia	203
15. <i>Majić Miodrag:</i> TRADICIONALNA KRIVIČNOPRAVNA NAČELA I IZAZOVI NOVOG DOBA Traditional Criminal Law Principles and Challenges of New Age	216
16. <i>Jovičić Jelena:</i> KAŽNJAVANJE ZA PRODUŽENO KRIVIČNO DELO Penalty for a Continued Criminal Act	227
17. <i>Đokić Ivan:</i> PRAVNA ZABLUDA Legal Error	231
18. <i>Bajović Vanja:</i> RESTORATIVE JUSTICE AND MEDIATION IN CRIMINAL PROCEDURE Restorativna pravda i medijacija u krivičnom postupku	241

PREDGOVOR

Ovo je drugi tom Zbornika STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA koji je pre svega rezultat rada istraživačkog tima angažovanog na istoimenom petogodišnjem projektu koji finansira Ministarstvo za nauku Republike.

Osim saradnika na Projektu, radove za Zbornik pripremili su i drugi autori. Među njima počasno mesto zauzima vodeći teoretičar krivičnog prava, ne samo u Nemačkoj, nego i u svetu, profesor Claus Roxin, počasni doktor čak petnaest univerziteta, među njima i beogradskog. Njegov prilog za temu ima jedno od najkontroverznijih pitanja savremene pravne nauke – zasnivanje krivične odgovornosti za samo posedovanje (držanje) određenih stvari. I pored brojnih na kriminalnopolitičkoj argumentaciji zasnovanih prigovora, krivični zakonodavci često posežu za ovakvim inkriminacijama. Interesantno je primetiti stav prof. Roxina da dijalog nemačke sa srpskom krivičnopravnom naukom može doprineti približavanju jednom zajedničkom i međunarodno prihvatljivom rešenju. U izvesnom smislu, „gosti“ u ovom Zborniku su (kao i u prvom tomu) prof. Petar Opalić i Milana Ljubičić sa Filozofskog fakulteta u Beogradu. Oni su svoj rad posvetili istraživanju veze između materijalnog statusa porodice i psihopatskih crta maloletnih prestupnika, temi koja može pomoći razumevanju etiologije kriminaliteta maloletnika.

Prvi tekst autora koji sarađuju na Projektu je onaj čiji je autor prof. Zoran Stojanović. U njemu se kritički razmatra doprinos dosadašnjih *ad hoc* i mešovitih međunarodnih tribunala i zaključuje da su oni nedovoljno doprineli zaštiti ljudskih prava i sprečavanju međunarodnih krivičnih dela za koja su bili nadležni. Autor se nada da će u tom pogledu stalni međunarodni krivični sud biti delotvorniji. Prof. Đorđe Ignjatović u svom radu analizira stanje i domete kriminologije u Srbiji. Prof. Đorđe Lazin ukazuje na relacije koje postoje između zahteva da se krivični postupak u Srbiji učini efikasnijim, bržim i ekonomičnijim i sadržaja Preporuke R(87)18 Komiteta ministara Saveta Evrope o funkcionisanju krivičnog pravosuđa, a posebno onog njenog dela koji se odnosi na diskreciono krivično gonjenje.

Prof. Milovan Mitrović piše o uticaju promena u kulturnim obrascima u Srbiji na kriminalitet u Republici, a posebno kriminogenom uticaju nekih od tih obrazaca. Prof. Svetislav Taboroši po prvi put se u našoj literaturi bavi izazovima i potrebom krivičnopravne zaštite potrošača, a prof. Boris Begović korišćenjem ekonometrijskog modela pokušava da uspostavi vezu između pravnog tretmana pobačaja i stanja kriminaliteta u datoj sredini. Prof. Dragan Simeunović piše o makrosocijalnim uzrocima nasilničkog ponašanja mladih na Balkanu.

Prof. Milan Škulić ukazuje na osnovne karakteristike krivičnopravnog sistema namenjenog maloletnicima u Srbiji, koji je uspostavljen Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika iz 2005. godine. Prof. Đorđe Đorđević piše o odmeravanju kazne osuđenom licu naglašavajući potrebu da teorija i praksa iznađu rešenja za probleme sa kojima se sudovi sreću u ovakvim slučajevima.

Docent Nataša Delić daje u svom radu doprinos razrešenju odnosa između teorije krivice i krivičnog prava. Docent Goran Ilić bavi se odnosom modela tužilačke i sudske istrage, posebno sa stanovišta položaja i uloge policije u svakom od njih. Docent Milan Žarković razmatra primenljivost normativnih rešenja sadržanih u našem Krivičnom zakoniku na sprečavanje i suzbijanje krijumčarenja migranata.

Magistar Miodrag Majić piše o potrebi elastičnijeg poimanja osnovnih principa krivičnog prava (poput načela zakonitosti, istine i suvereniteta države u ovoj oblasti) u naše doba koje karakterišu pojave kao što su terorizam, organizovani kriminalitet i masovna kršenja humanitarnog prava. Magistar Jelena Jovičić bavi se problemom kažnjavanja za produženo krivično delo, a Ivan Đokić shvatanjem pravne zablude u našem krivičnom zakonodavstvu i njegovim odrazom na koncept individualne subjektivne odgovornosti. Vanja Bajović ukazuje kako se (i to ne samo u svetu, nego i u našoj zemlji) restorativna pravda sve više afirmiše na račun retributivne pravde.

Već prvi pogled na sadržaj Zbornika ukazuje da su njemu obrađene izuzetno interesantne teme iz većine krivičnih nauka, najčešće uz ukazivanje na modele i rešenja koji bi pomogli u izgradnji još delotvornijeg modela kontrole kriminaliteta u Srbiji. S obzirom na to da je, od ukupno osamnaest radova, pet napisano na stranim jezicima i ova publikacija (kao i njen prethodni tom) ima crte međunarodnog zbornika.

U Beogradu
juna, 2008.

UREDNIK

BESITZDELIKTE

I. EINFÜHRUNG

Erst seit zehn bis fünfzehn Jahren wird in Deutschland über eine neue Deliktskategorie diskutiert: die sogenannten Besitzdelikte.¹ Es handelt sich hier um Straftaten, bei denen allein der Besitz bestimmter Gegenstände unter Strafe gestellt wird. In der Literatur überwiegt die Kritik an Tatbeständen dieser Art. Tatsächlich ist – wenigstens auf den ersten Blick – nicht leicht zu verstehen, wieso der bloße Besitz einer Sache, der als solcher niemandem schadet, ein vollendetes strafrechtliches Delikt sein soll.² *Struensee*³ hat sich in der ersten Abhandlung, die sich ausschließlich mit Besitzdelikten beschäftigt, darum bemüht, „in der Strafrechtswissenschaft und vielleicht auch beim Gesetzgeber das Bewusstsein dafür zu wecken, dass die ... so genannten Besitzdelikte ein legislatorischer Fehltritt sind“.

Die Hoffnung, beim Gesetzgeber Gehör zu finden, ist freilich nicht in Erfüllung gegangen. Das deutsche Strafrecht kennt mehr als 100 Besitztatbestände und ihre Zahl nimmt ständig zu.⁴ Internationale und europarechtliche Vorgaben tragen dazu bei.⁵ Die bekanntesten Besitzdelikte sind der unerlaubte Waffenbesitz (§§ 51, 52 WaffnG mit zahlreichen Varianten), der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) und der Besitz kinderpornographischer Schriften, soweit diese „ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben“ (§ 184b Abs. 4 S. 2 StGB). Der jüngste Tatbestand dieser Art ist der Besitz von Dopingmitteln „in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport, sofern das Doping bei Menschen erfolgen soll“ (§ 6a Abs. 2a S. 1 ArzneimittelG). Die Vorschrift liegt mir erst als Gesetzentwurf der Bundesregierung vor.⁶ Aber schon gibt es weitere Pläne. Ein Sprecher des Innenministeriums hat mitgeteilt,⁷ dass künftig auch der Besitz von Bombenbau-Anleitungen bestraft werden soll. Einen ersten Entwurf habe das Justizministerium allerdings verworfen.

-
- 1 *Nestler*, Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und Betäubungsmitteln, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, 65; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, 318 ff.; *Struensee*, Besitzdelikte, Festschrift für Grünwald, 1999, 713 ff. = Grundlagenprobleme des Strafrechts, 2005, 123 ff. Nach dieser Zweitveröffentlichung wird im Folgenden zitiert.
 - 2 Die erste Monographie zum Thema liefert *Eckstein*, Besitz als Straftat, 2001.
 - 3 *Struensee*, wie Fn. 1, 123.
 - 4 Näher *Eckstein*, wie Fn. 2, 19 ff., 39 ff.
 - 5 Dazu *Eckstein*, Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte, ZStW 117 (2005), 107 ff. (125 ff.).
 - 6 Bundestags-Drucksache 16/5526 vom 30.5.2007.
 - 7 Süddeutsche Zeitung vom 16.7.2007, Seite 1.

Anerkannt ist, dass Besitztatbestände nicht notwendig den Ausdruck „besitzen“ verwenden müssen. Auch Begriffe wie das „Führen“ von Waffen (§§ 51, 52 WaffenG), aufbewahren, lagern oder vorrätig halten⁸ bezeichnen den Besitz im Sinne einer Innehabung der tatsächlichen Gewalt. Beispiele aus der neueren Gesetzgebung sind etwa das „Halten eines gefährlichen Hundes“ (§ 143 Abs. 2 StGB) und das Verwahren eines Computerprogramms zur Vorbereitung eines Computerbetruges (§ 263a Abs. 3 StGB).

Die Kritik an derartigen Besitztatbeständen hat eine doppelte Stoßrichtung. Erstens wird betont, dass das Strafrecht nur menschliches Verhalten (in der Form des Tuns oder Unterlassens) inkriminieren könne, nicht aber einen bloßen Zustand wie den Besitz. Und zweitens wird kritisiert, dass Besitztatbestände die Vollendungsstrafe in rechtsstaatswidriger Weise auf Zustände anwendeten, die allenfalls als frühe Vorbereitungsstadien verstanden werden könnten, wobei die Schäden, um deren Verhinderungen es gehe, oft auch noch in bloßen Selbstgefährdungen bestünden. Diesen beiden Fragen soll im Folgenden nachgegangen werden.

II. DAS PROBLEM DER DELIKTSSTRUKTURELLEN MÖGLICHKEIT VON BESITZDELIKTEN IN LITERATUR UND VERFASSUNGSGERICHTLICHER RECHTSPRECHUNG

Lagodny ist der Erste, der die Besitzdelikte schon auf Grund ihrer Struktur als Gegenstand von Strafvorschriften nicht gelten lassen will. „Jeder Strafzweck setzt menschliches Verhalten entweder als positives Tun oder als Unterlassen voraus ... Der bloße Besitz stellt keinesfalls ein aktives Tun dar ... Es kommt nur Unterlassen in Betracht ... Da die Besitzdelikte aber nicht als Unterlassungsdelikte interpretiert werden können, sind sie verfassungswidrig.“⁹ Er erläutert das am Beispiel des Drogenstrafrechts.¹⁰ Der Besitz sei kein aktives Tun, etwa im Sinne einer Besitzverschaffung, weil diese schon selbständig unter Strafe gestellt sei (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Er sei aber auch kein Unterlassen (der Besitzaufgabe), weil nicht normiert sei, in welcher Weise die Besitzaufgabe erfolgen solle, „etwa durch Abgabe an eine zuständige Stelle, durch schlichtes Wegwerfen oder durch Zerstörung“.

Als Ergebnis hält er fest,¹¹ „dass alle Delikte, die den zweckfreien Besitz pönalisieren, verfassungswidrig sind, weil sie als bloße Sachbeziehungsdelikte, die keinerlei Verhalten voraussetzen, zur Erfüllung der Strafzwecke ungeeignet sind. Dies gilt unabhängig von der abstrakten Gefahr, die vom jeweiligen Gegenstand ausgeht.“

Zu derselben Lösung kommt *Struensee*, der auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit nicht eingeht, die Möglichkeit eines strafbaren Besitzes aber ebenfalls ausschließt. „Handeln ist die Vornahme, Unterlassen die Nichtvornahme ... gewillkürter

8 Dazu näher *Eckstein*, wie Fn. 5, 108 f.

9 *Lagodny*, wie Fn. 1, 322.

10 *Lagodny*, wie Fn. 1, 325-327.

11 *Lagodny*, wie Fn. 2, 335.

Körperbewegungen ... Verhalten ist ein Ausdruck, der beide Verhaltensformen umfasst ... Eine dritte Verhaltensform gibt es nicht.”¹²

Zwar erkennt er die Besitzbewahrung und das Gebrauchen als aktive Handlungen an. Doch setze die Besitzbewahrung „bereits ein Besitzen voraus“ und ermögliche „nur weiteres Besitzen“.¹³ Auch die Ausübung des Besitzes (etwa durch Verwenden, Gebrauchen oder Konsumieren) sei kein Besitz, weil die Ausübung auch „die Möglichkeit eines Besitzes ohne Ausübung“ voraussetze.¹⁴ Ebenso wenig könne man den Besitz als Unterlassen verstehen. „Das Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Sache als Nichtaufgeben der tatsächlichen Gewalt zu bestimmen, ist absurd und selbstverständlich auch vom Wortsinn nicht erfasst.“¹⁵

Merkwürdigerweise setzt sich keiner der beiden Autoren mit dem Umstand auseinander, dass das Bundesverfassungsgericht sich schon vor ihnen mit dem Problem beschäftigt und Besitzdelikte (aus Anlass unerlaubten Besitzes von Haschisch) für zulässig erklärt hatte.¹⁶ Gegenstand der Entscheidung war eine Verfassungsbeschwerde, in der geltend gemacht wurde, „der bloße Besitz eines Betäubungsmittels stelle keine Handlung im strafrechtlichen Sinne dar und dürfe deshalb nicht als Tat i.S. des Art. 103 II GG mit Strafe bedroht werden“. Die in Bezug genommene Verfassungsbestimmung besagt, dass „eine Tat“ nur bestraft werden kann, „wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde“. Die Gegner der Besitzdelikte argumentieren, dass eine „Tat“ nur in einem „Handeln“ oder „Unterlassen“ bestehen könne. Der Besitz sei aber kein Handeln oder Unterlassen, sondern ein bloßer Zustand.

Jedoch ergibt sich nach Meinung des BVerfG aus dem in Art. 103 II GG verwendeten Begriff der Tat „nicht, dass das strafbare Verhalten einem bestimmten strafrechtlichen Handlungsbegriff entsprechen müsse ... Dass der strafrechtliche Handlungsbegriff eine durch den Willensakt verursachte Körperbewegung erfordere, der Besitz demnach als ‚handlungsleerer Zustand‘ keine Tat darstellen könne, ist schon auf der Ebene des einfachen Strafrechts dem Gesetz nicht zu entnehmen. Es handelt sich vielmehr um eine bestimmte rechtsdogmatische Begriffsbildung, die ihrerseits in der Strafrechtslehre seit langem umstritten ist und der in der Strafrechtsdogmatik verschiedene andere Handlungsbegriffe gegenübergestellt werden ... Es spricht nichts dafür, dass sich der Verfassungsgeber mit der Formulierung des Art. 103 II GG auf einen so umstrittenen strafrechtlichen Handlungsbegriff festgelegt hat ...“ Der Gesetzgeber sei deshalb nicht gehindert, „auch das nicht mit einer Körperbewegung verbundene Begründen oder Aufrechterhalten eines verbotenen Zustandes..., wie etwa den unerlaubten Besitz oder Gewahrsam an gefährlichen Gegenständen, mit Strafe zu bedrohen“. Dem Beschluss fehlt allerdings eine Aussage darüber, was denn nun vorliegen muss, damit jemandem ein Vorgang oder Zustand als „Tat“ oder „Handlung“ zugerechnet werden kann.

12 *Struensee*, wie Fn. 1, 125.

13 *Struensee*, wie Fn. 1, 127.

14 *Struensee*, wie Fn. 1, 128.

15 *Struensee*, wie Fn. 1, 129.

16 NJW 1994, 2412 f.; im selben Sinne BVerfG, NJW 1995, 248 ff.

Nachfolgende Autoren haben die Möglichkeit des Besitzes als Straftat entgegen *Lagodny* und *Struensee* durch exaktere Angaben zu begründen versucht, ohne freilich einen passenden Handlungs- oder Tatbegriff liefern zu können. Nach *Eckstein*¹⁷ „zeichnet sich der strafbare Zustand Besitz durch Sachherrschaft, Herrschaftswillen und Besitzvorsatz aus“. Diese Umstände begründeten zwar keine Handlung, wohl aber „subjektive Beherrschbarkeit, die zum Schuldvorwurf berechtigt“. Diese „Abkehr vom Handlungsdogma“ entspreche einer Strömung in der Strafrechtsdogmatik, wonach sich eine Strafbarkeit „verhaltensunabhängig als Verantwortung für Sachbereiche konstruieren“ lässt.¹⁸ Dem folgt im Wesentlichen Ecksteins Lehrer *Schroeder*:¹⁹ Es sei „die Vereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz gegeben“.

*Lampe*²⁰ will neben Verboten und Geboten, deren Gegenstand soziale Prozesse sind, auch Verbote und Gebote anerkennen, „deren Gegenstand sachbezogene soziale Zustände sind ... Der Normadressat ist für sie verantwortlich, wenn sie seiner Herrschaft unterliegen.“ *Deiters*²¹ meint, die Strafbarkeit der Besitzdelikte auf ein „Unterlassen der Aufgabe der Sachherrschaft“ stützen zu können, wobei er freilich eine Bestrafung „nur im Bereich des Gefahrstoffrechts“ für legitim hält. *Pastor Muñoz*²² schließlich will den Besitz „parallel zu der Verantwortlichkeit wegen Unterlassung, und zwar als Zuständigkeit des Besitzers für den Besitz“, begründen.

III. DER BESITZ (DIE INNEHABUNG TATSÄCHLICHER GEWALT) ALS EINE DEM STRAFRECHTLICHEN VERHALTENSBEGRIFF GENÜGENDE PERSÖNLICHKEITSAUSSERUNG

Unabhängig von der noch zu erörternden kriminalpolitischen Legitimität von Besitzdelikten wird man ihre verfassungsrechtliche und strafrechtliche Möglichkeit einräumen müssen. Zunächst einmal wird man nicht sagen können, dass stets nur Handeln oder Unterlassen im Sinne bestimmter vorgenommener oder nicht vorgenommener Körperbewegungen strafbar sein könne. Zwar will *Struensee* das aus positiv-rechtlichen Regeln ableiten, die, wie etwa §§ 8, 9 StGB, das „Begehen“ einer Tat als Handeln oder Unterlassen bezeichnen. Doch haben jedenfalls „davon abweichende *leges speciales* und *posteriores* ... Vorrang“.²³ Auch ist ja nirgendwo im Gesetz der Begriff des „Handelns“ im Sinne von *Struensee* auf die „Vornahme ... gewillkürter Körperbewegungen“ beschränkt.²⁴

Schon das Bundesverfassungsgericht hat mit Recht darauf hingewiesen, dass eine ganze Reihe verschiedener strafrechtlicher Handlungsbegriffe um ihre An-

17 *Eckstein*, wie Fn. 5, 114; näher *ders.*, wie Fn. 2, 97 ff., 103 ff., 239 f.

18 *Eckstein*, wie Fn. 5, 141.

19 *Schroeder*, Besitz als Straftat, FS Kaczmarek, 2006, 570.

20 *Lampe*, ZStW 113 (2001), 885 ff. (896) bei Besprechung des Buches von *Eckstein*.

21 *Deiters*, GA 2004, 58 ff. (60/61) bei Besprechung des Buches von *Eckstein*.

22 *Pastor Muñoz*, Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung, GA 2006, 793 ff. (797).

23 *Eckstein*, wie Fn. 5, 113.

24 *Struensee*, wie Fn. 1, 125.

erkennung ringen. So habe ich einen Handlungsbegriff entwickelt,²⁵ demzufolge die „Handlung“ als „Persönlichkeitsäußerung“ zu verstehen ist. Handlung ist danach „alles, was sich einem Menschen als seelisch-geistiges Aktionszentrum zuordnen lässt“. Schroeder weist darauf hin,²⁶ meint aber, auch diese und andere „Ausweitungen des Begriffs der Handlung“ seien „nicht in der Lage, den Besitz als ‚Zustand‘ der Herrschaft zu erfassen“. Das ist aber irrig. Denn dass die willentliche Innehabung der tatsächlichen Herrschaft über eine Sache eine Persönlichkeitsäußerung des Besitzers ist, lässt sich nicht gut bestreiten. Wenn jemand viele Bücher oder Bilder besitzt, so liegt darin eine charakteristische Äußerung seiner Persönlichkeit. Nicht anders ist es aber auch, wenn er Waffen, Sprengstoff, Drogen oder Kinderpornographie bei sich verwahrt.

Neben das Verständnis von Handeln und Unterlassen als Vornahme oder Nichtvornahme von Körperbewegungen tritt also die Innehabung und Ausübung von Sachherrschaft als selbständige Form der Handlung im Sinne einer Persönlichkeitsäußerung. Erst kürzlich hat Sinn²⁷ eine „*machttheoretisch fundierte Verbrechenstheorie*“ zu entwickeln versucht, derzufolge alle Erscheinungsformen strafbaren Handelns als Missbrauch von Macht zu deuten sind. Das dürfte zu weit gehen.²⁸ Aber eine Erscheinungsform möglichen strafbaren Handelns kann die Innehabung rechtsgütererfahrender Macht in Gestalt des Besitzes bestimmter Gegenstände gewiss sein.

Die im Besitz verkörperte Herrschaft drückt sich in der Regel in der Vornahme oder Nichtvornahme bestimmter Tätigkeiten aus. Der Besitzer wird, wo der Besitz strafrechtlich relevant ist, die Sache nicht nur verwahren und ggf. pflegen und benutzen. Er wird auch ihre Weggabe oder Zerstörung unterlassen. Aber das sind nur Teilmomente der Besitzausübung als einer selbständigen, in Vornahme oder Nichtvornahme bestimmter Körperbewegungen nicht auflösbaren Persönlichkeitsäußerung.

Wenn Struensee meint, das „Weiterbesitzen“, das in der Besitzbewahrung liege, sei kein Besitzen, weil es einen Besitz schon voraussetze, so kann ich dem nicht folgen. Auch das Weiterbesitzen ist, wie schon der Wortsinn ergibt, ein Besitzen. Denn die Ausübung tatsächlicher Herrschaft ist keine punktuelle, sondern eine zeitlich gestreckte Persönlichkeitsäußerung. Dass diese aber deswegen kein Gegenstand des Strafrechts sein könnte, leuchtet nicht ein. Auch überzeugt es nicht, dass das Ausüben von Besitz kein Besitz sein soll, weil es auch einen nicht ausgeübten Besitz gebe. Die „tatsächliche Herrschaft“ über eine Sache ist als solche, auch wenn sie nur im Verwahren bestehen sollte, immer schon eine Ausübung von Besitz. Wer den Besitz nicht ausübt, gibt ihn auf und ist dann auch nicht mehr Besitzer.

Es gibt im Übrigen auch noch andere Erscheinungsformen deliktischen Verhaltens, die sich nicht auf vorgenommene oder unterlassene Körperbewegungen zurückführen lassen. Dazu gehören z.B. die „Statusdelikte“,²⁹ wie die Mitgliedschaft

25 Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 8 Rn. 44.

26 Schroeder, wie Fn. 19, 56 f.

27 Sinn, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten. Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007, VIII.

28 Vgl. dazu meine Rezension, JZ 2007, 835.

29 Dazu Lampe, ZStW 113 (2001), 896; Pastor Muñoz, wie Fn. 22.

in einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a StGB), aber auch das Sich-Bereit-Halten für die weisungsgemäße Begehung von Sabotagehandlungen (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder das Unterhalten friedensgefährdender (§ 100 Abs. 1 StGB) oder zuhälterischer Beziehungen (§ 181a Abs. 1 StGB).³⁰ Ein Verständnis der Handlung als Persönlichkeitsäußerung umfasst mühelos diese und alle anderen Erscheinungsformen strafbaren (und auch nicht strafbaren) Verhaltens und eignet sich deshalb als Grundbegriff für alles, was strafrechtlich relevant sein kann.

Die konstruktive Möglichkeit von Besitzdelikten lässt sich auf diese Weise besser begründen als durch die Anknüpfung an ein Unterlassen. Zwar ist manchen Besitzdelikten insofern ein Unterlassungsmoment zueigen, als der Besitzer es unterlässt, einen gutgläubig oder ohne sein Zutun in seinen Herrschaftsbereich gelangten Gegenstand abzuliefern, anzuzeigen oder zu vernichten. Aber erstens ist Besitzen im Sinne tatsächlichen Beherrschens etwas anderes und mehr als die bloße Nichtaufgabe der Besitzbeziehung. Und zweitens fehlt auch dieses Unterlassungsmoment im Hauptfall der aktiven Überführung verbotener Gegenstände in den Eigenbesitz. Denn hier ist ja die Besitzstrafbarkeit schon begründet, bevor überhaupt die Möglichkeit bestand, sich der Sache zu entledigen.

Es ist auch nicht nötig, allein auf die „subjektive Beherrschbarkeit, die zum Schuldvorwurf berechtigt“, abzustellen, wie *Eckstein* es tut. Zwar genügt dies den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts, wonach es allein darauf ankommt, ob eine Strafdrohung mit dem Schuldprinzip vereinbar ist. Aber die willentliche Innehabung tatsächlicher Herrschaft ist zunächst einmal objektives Unrecht, das zum Schuldvorwurf nur berechtigt, wenn die dafür allgemein geltenden Voraussetzungen hinzukommen.

Dagegen ist *Lampes* Auffassung von der Verantwortlichkeit des Normadressaten für sachbezogene soziale Zustände, die seiner Verantwortung unterliegen, mit der hier vertretenen Ansicht durchaus vereinbar. Nur scheint es mir nicht nötig, das Dogma von der Handlung als Grundbegriff des Strafrechts aufzugeben.³¹ Es genügt, von der antiquierten Deutung der Handlung als gewillkürter Körperbewegung zu ihrem Verständnis als Persönlichkeitsäußerung überzugehen.

IV. ZUR KRIMINALPOLITISCHEN BEURTEILUNG VON BESITZDELIKTEN

Mein Zwischenergebnis ist also, dass die Zulässigkeit von Besitzdelikten jedenfalls nicht an ihrer konstruktiven Unmöglichkeit oder gar Verfassungswidrigkeit scheitert. Eine ganz andere Frage ist es, ob solche Delikte kriminalpolitisch legitimierbar sind oder ob sie wegen ihres nicht unmittelbar rechtsgutsverletzenden oder –gefährdenden Charakters besser straflos bleiben sollten.

Eine allgemeingültige Antwort auf diese Frage lässt sich nicht geben. Vielmehr müsste jeder Fall gesondert untersucht werden, wobei sich zeigen würde, dass die

³⁰ Die letzten Beispiele bei *Schroeder*, wie Fn. 19, 571.

³¹ Wie *Lampe*, ZStW 113 (2001), 895, es will.

einzelnen Besitzdelikte sehr unterschiedlich zu beurteilen sind. Das kann in einem Vortrag nicht geleistet werden, weil jeder der zu untersuchenden Tatbestände eine eigene Abhandlung erfordern würde. Stattdessen sollen exemplarisch vier der wichtigsten und aktuellsten Besitztatbestände herausgegriffen und streiflichtartig nach ihrer jeweiligen Besonderheit beurteilt werden: der Waffenbesitz (1), der Drogenbesitz (2), der Besitz von Kinderpornographie (3) und der Besitz von Dopingmitteln (4).

1. Der Waffenbesitz

Nach §§ 51, 52 Waffengesetz ist der Besitz von Waffen verschiedener Art strafbar, wobei sich die Waffen, deren Besitz bei Strafe verboten ist, aus dem Gesetz in Verbindung mit Anlage 2 zum Waffengesetz entnehmen lassen. Dort werden die verbotenen Waffen im Einzelnen aufgezählt.

Es ist klar, dass diese Waffen nur durch ihren Gebrauch gefährlich werden. Ihr Besitz kann also höchstens als Vorbereitung eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts angesehen werden. Auch dies ist noch nicht einmal der Fall, wenn der Besitzer die Waffe ursprünglich nicht zu deliktischen Zwecken, sondern z.B. für sportliche Aktivitäten, für die Abwehr etwaiger Angriffe oder für die jederzeitige Möglichkeit eines vielleicht einmal erwünschten Suizids erworben hatte oder ohne sein Zutun in ihren Besitz gekommen war (etwa durch eine Erbschaft). Auch die Möglichkeit eines vorsätzlichen oder unvorsätzlichen Missbrauchs durch Dritte (wie Hausgenossen, die die Waffe an sich bringen und damit Unheil anrichten) kann nicht als Deliktsvorbereitung durch den Besitzer angesehen werden.

Mit den hergebrachten, an den Stadien der Deliktswerklichkeit orientierten Kriterien ist die Strafbarkeit des Waffenbesitzes also kaum zu begründen. *Pastor Muñoz*³² hält denn auch im Rahmen ihrer Analyse der Besitzdelikte eine Strafbarkeit des Waffenbesitzes nur für begründbar, wenn der an sich ungefährliche Besitz „von einem eindeutigen deliktischen Plan begleitet ist“. Fehle es daran, so sei, selbst wenn der Besitzer insgeheim kriminelle Absichten habe, „nur eine Gefährlichkeitsvermutung“ vorhanden, deren Pönalisierung illegitim sei. „Denn hier ist es nur möglich und nicht sicher, dass der Besitzer vorhat, eine Straftat zu begehen. Dieses Verhalten zu bestrafen, wäre Ausdruck eines Verdachtsstrafrechts.“ *Schroeder* meint,³³ bei Waffen „könnte ... eine sachgemäße Aufbewahrung die befürchteten Schäden ausschließen oder jedenfalls weitestgehend verhindern. Die Unterstrafestellung schon des Besitzes verstößt daher gegen das Übermaßverbot.“ Dagegen hält er „Besitzdelikte ..., die zusätzlich zu dem Besitz eine Absicht der Verwendung des Gegenstandes ... oder der Ermöglichung seiner Verwendung verlangen“, bei schwersten Delikten für legitim.

Die Strafbarkeit des ungenehmigten Besitzes von Schusswaffen unabhängig von ihrem ursprünglichen Verwendungszweck lässt sich gleichwohl rechtfertigen, und zwar aus doppeltem Grund. Der erste Grund liegt darin, dass sie dem Schutz von Leib und Leben und damit der Bewahrung höchstrangiger Rechtsgüter dient, deren

32 *Pastor Muñoz*, wie Fn. 22, 798, 803.

33 *Schroeder*, wie Fn. 19, 565.

Sicherung sich durch keine mildere Maßnahme im selben Maße erreichen lässt. Schusswaffen sind, wie *Nestler*³⁴ mit Recht sagt, „nach der Logik des WaffenG nicht nur Werkzeuge der ‚Verbrecher‘, sie sind auch in den Händen des Durchschnittsbürgers, der in Streitigkeiten gerät, der sich verteidigen will oder der einfach unachtsam mit seinen Waffen umgeht, ‚Prototypen der Deliktsbegehung‘“.

Wie lebensgefährlich ein liberales Waffenrecht ist, zeigt das Beispiel der U.S.A., wo aus historischen, der „Pionierzeit“ entstammenden Gründen Waffen nahezu frei zugänglich sind und wo ein Zusatz zur Verfassung jedem Amerikaner das Recht zubilligt, eine Waffe zur Selbstverteidigung zu tragen. Hier sterben jährlich allein fast 3.000 Kinder und Jugendliche durch Schusswaffen.³⁵ Durchschnittlich werden dort täglich 30 Menschen pro Tag durch Schusswaffen getötet. *Nestler* hat ausgerechnet,³⁶ dass dadurch in drei Jahren mehr Amerikaner zu Tode gekommen sind, als dies im gesamten Vietnam-Krieg geschehen ist.

Das dem deutschen Waffenrecht zugrunde liegende Prinzip: „So wenig Waffen wie möglich in der Bevölkerung“³⁷ ist daher ein durchaus geeignetes Mittel zum Schutz von Leben und Körperintegrität. Dass dieser Schutz durch weniger eingreifende Mittel – etwa „Beschlagnahme und Verhängung eines Bußgeldes“³⁸ – erreicht werden könnte, ist wegen der weitaus geringeren Tabuisierungswirkung unwahrscheinlich. Auch ist zu bedenken, dass dem Gesetzgeber im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip ein weiter Einschätzungsspielraum zu Gebote steht.³⁹

Es kommt ein zweiter Grund hinzu: Wenn es straflos wäre, gefährliche Waffen zu besitzen oder wenn jedermann zu ihnen sogar freien Zugang hätte und sich damit in der Öffentlichkeit zeigen dürfte, würde dies das Sicherheitsgefühl der Bürger wesentlich beeinträchtigen. Die Gewährleistung angstfreien Zusammenlebens seiner Bürger ist aber eine zentrale Aufgabe des Staates und sollte, wo es um Gefahren für Leib und Leben geht, auch mit den Mitteln des Strafrechts durchgesetzt werden dürfen.⁴⁰

Aus alledem ergibt sich, dass es bei der Strafbarkeit des Waffenbesitzes gar nicht so sehr um die Vorverlagerung der Strafbarkeit im Sinne einer Pönalisierung von Deliktsplanungen geht. Vielmehr wird die Eröffnung einer Gefahrenquelle unter Strafe gestellt, die sehr verschiedene lebensgefährliche Risiken mit sich bringen kann. Das ist legitim, weil aner kennenswerte Gegeninteressen durch „Besondere Erlaubnistatbestände für bestimmte Personengruppen“ (§§ 13 ff. WaffenG) ausreichend berücksichtigt sind.

2. Der Drogenbesitz

Ganz anders liegen die Dinge beim Drogenbesitz, dessen Strafbarkeit analog zu derjenigen des Waffenbesitzes geregelt ist (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG). Strafgrund kann

34 *Nestler*, wie Fn. 2, 69.

35 Vgl. *Klüver*, Süddeutsche Zeitung 14./15.7.2007, Seite 3.

36 *Nestler*, wie Fn. 2, 70, Anm. 27.

37 Dazu *Nestler*, wie Fn. 2, 69.

38 *Nestler*, wie Fn. 2, 71, lässt die Frage offen.

39 Vgl. *Roxin*, wie Fn. 25, § 2 Rn. 101.

40 Auf diesen Gesichtspunkt weist auch *Pastor Muñoz*, wie Fn. 22, 800 f., hin, will ihn aber nur bei manifesten Deliktsplänen des Besitzers gelten lassen (aaO. 798).

nicht der Eigenkonsum sein, der auch gar nicht unter Strafe steht, sondern nur die Gefahr der Weitergabe an andere, die sich durch den Konsum schädigen könnten.

Aber erstens steht die Weitergabe schon selbständig unter Strafe (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG). Zweitens ist der Konsum leichter Drogen, der in der Praxis im Vordergrund steht, nicht schädlicher als der Genuss von Alkohol und Tabak und kann daher mit der Verwendung todbringender Waffen nicht verglichen werden. Drittens bedeutet auch die Weitergabe noch nicht den Konsum durch den Erwerber, sondern ist nur dessen Vorbereitung, so dass der Besitz, wenn er auf Weitergabe abzielt, höchstens als Vorbereitung einer Vorbereitung verstanden werden kann. Viertens handelt es sich auch beim Erwerber, sofern man überhaupt von einer Gefährdung sprechen kann, nur um eine verantwortliche Selbstgefährdung, an der mitzuwirken nach allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen straflos ist. Die „Existenz eines Grundrechts auf Selbstgefährdung gem. Art. 2 Abs. 1 GG“ ist „absolut herrschendes Verfassungsverständnis“⁴¹. Fünftens schließlich liegt, wenn der Besitz auf Eigenkonsum zielt, auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers kein Strafgrund vor, so dass die Strafdrohung dann gegenstandslos ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat nur den letzten Gesichtspunkt aufgegriffen und für den Besitz von Betäubungsmitteln in geringer Menge, der typischerweise zum Selbstverbrauch bestimmt ist, ein Absehen von der Strafverfolgung angeordnet. Aber das befriedigt wenig, weil es die Strafbarkeit als solche bestehen lässt.⁴² Auch sind ja die übrigen Gesichtspunkte, die gegen die Strafbarkeit des Drogenbesitzes sprechen, damit noch nicht ausgeräumt.

Hintergrund der Pönalisierung jeglichen Drogenbesitzes ist wohl die Meinung, auf diese Weise die organisierte Kriminalität bekämpfen zu können, die den internationalen Drogenmarkt beherrscht. Aber dafür ist die Kriminalisierung von 3-4 Millionen Gelegenheitskonsumenten von Cannabisprodukten⁴³ kein unter dem Gesichtspunkt der Effizienz geeignetes und wegen der Außerverhältnismäßigkeit einer solchen Pönalisierung auch kein rechtsstaatlich legitimes Mittel.

3. Der Besitz kinderpornographischer Schriften

Nach deutschem Strafrecht (§ 184b Abs. 4 S. 2 StGB) ist der Besitz kinderpornographischer Schriften strafbar. Die Vorschrift hat ihre Wurzeln teils in eigenen Initiativen des Bundestages, teils in einer Empfehlung des Europarats⁴⁴ und soll primär die Herstellung von Kinderpornographie durch den Ausschluss oder die Reduzierung ihrer Abnahme verhindern.⁴⁵ Die Aufnahme pornographischer Bilder

41 Nestler, wie Fn. 1, 74. Auch Nestler betont eindringlich die gravierenden Unterschiede zwischen Waffen- und Drogenbesitz.

42 Zur Kritik Nelles/Velten, Einstellungsvorschriften als Korrektiv für unverhältnismäßige Strafgesetze?, NStZ 1994, 366 ff.; Staechelin, Don't „Legalize it“, but „Opportunize it“, JA 1994, 245 ff.

43 Vgl. dazu Staechelin, wie Fn. 42, 246.

44 Zur Entstehungsgeschichte näher Schroeder, Pornographieverbot als Darstellerschutz?, ZRP 1990, 299; ders., Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie, NJW 1993, 2581.

45 Dass einige vom Regierungsentwurf hinzugefügte weitere Strafbegründungen untauglich sind, zeigt Schroeder, NJW 1993, 2582.

von Kindern steht im deutschen Strafrecht zwar schon nach anderen Vorschriften unter Strafe (§§ 176, 176a, 180, ggf. auch 174 StGB), doch ist an die Hersteller meistens nicht heranzukommen, da sie auf den Abbildungen als individuelle Personen nicht erkennbar werden. Der Gedanke ist, dass die Hersteller der Kinderpornographie auf die Nachfrage der Abnehmer angewiesen sind und dass die Abnahme durch ein strafbewehrtes Besitzverbot zum Erliegen kommen oder doch erheblich eingeschränkt werden könne. Große praktische Bedeutung kann der Besitztatbestand deswegen nicht erlangen, weil in Deutschland auch schon das Sich-Verschaffen kinderpornographischer Schriften unter Strafe steht (§ 184b Abs. 4 S. 1 StGB). Aber die Besitzvorschrift erspart jedenfalls lange Nachforschungen nach der Art und Weise des Sich-Verschaffens und hilft auch weiter, wenn man nicht weiß, ob der Besitzer der kinderpornographischen Schriften diese nicht vielleicht selbst hergestellt hat.

In der Kommentarliteratur ist die neue Besitzvorschrift ziemlich ratlos aufgenommen worden. „Ein legitimer Grund der Pönalisierung ist kaum erkennbar“, schreiben *Lenckner/Perron/Eisele*.⁴⁶ Ob mit der Erleichterung der Strafverfolgung beim Auffinden kinderpornographischer Produkte „ein eigenständiger Straftatbestand legitimiert werden könnte, wird ... zu Recht bezweifelt“, meint *Hörnle*⁴⁷, und *Kühl*⁴⁸ nennt den Versuch, die Vorschrift damit zu begründen, dass die Nachfrage nach Kinderpornographie unterbunden werden soll, „wenig überzeugend“.

Es lassen sich aber doch vertretbare Gründe für einen solchen Besitztatbestand finden. Zunächst ist klar, dass es hier anders als beim Drogenbesitz nicht primär darum gehen kann, die Weitergabe der besessenen Gegenstände zu verhindern. Denn ein etwaiger Empfänger wird nicht geschädigt, und der schwere Kindesmissbrauch ist bereits geschehen.

Das Delikt lässt sich aber als „Anschlussstat“⁴⁹ verstehen, und zwar als ein selbständiger Deliktstyp, der Züge der Hehlerei (§ 259 StGB) und der Begünstigung (§ 257 StGB) vereinigt und als „Förderung der Herstellung von Kinderpornographie“ charakterisiert werden kann. Anders als beim Drogenbesitz, wo das Ziel einer Austrocknung des „Marktes“ zu Unrecht zur Legitimierung der Strafbarkeit ins Feld geführt wird (vgl. oben IV, 2, am Ende), geht es hier nicht um den vagen Gesichtspunkt einer Bekämpfung ungreifbarer händlerischer Netzwerke, sondern um die Verhinderung konkreter und schwerer Fälle sexuellen Missbrauchs junger Menschen.

Um mit der Hehlereiähnlichkeit zu beginnen: *Schroeder*⁵⁰ geht von der These aus, es sei heute „anerkannt, dass der Strafgrund für die Hehlerei jedenfalls vornehmlich darin liegt, das sie einen Anreiz zur Begehung von Delikten gegen das Eigentum bietet“. In entsprechender Weise ist der Wunsch nach dem Besitz von Kinderpornographie ein Anlass zu ihrer Herstellung. Es gibt freilich manche Ein-

46 *Lenckner/Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 184 b Rn. 8.

47 *Hörnle*, in: Münchener Kommentar, 2005, § 184 b Rn. 29.

48 *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 184 b Rn. 8.

49 *Pastor Muñoz*, wie Fn. 22, 804.

50 *Schroeder*, ZRP, wie Fn. 44, 300.

wände gegen eine solche an den Strafgrund der Hehlerei anknüpfende Strafbarkeitsbegründung. Zwei von ihnen sind gewichtig, lassen sich aber entkräften.

Der erste Einwand geht dahin, dass kinderpornographische Darstellungen anders als gestohlene Gegenstände auf Vervielfältigung und Verbreitung angelegt seien. Dabei komme der vom einzelnen Abnehmer ausgehenden Anreizwirkung so geringe Bedeutung zu, dass sie für eine Bestrafung nicht hinreichend sei. Um einen strafwürdigen Anreiz festzustellen, müsse man das Verhalten des Einzelbesitzers mit demjenigen aller anderen Abnehmer zusammenrechnen, also zu einem „Kumulationsdelikt“⁵¹ kommen, was aber dem Einwand begegne, eine Strafbegründung *ex iniuria tertii*⁵² zu schaffen.

Das führt in weitläufige Probleme, denen man aber in diesem Zusammenhang nicht näher nachzugehen braucht. Denn *Schroeder*⁵³ hat dargelegt, dass Kinderpornographie vorzugsweise in Gestalt von „Privat-Videos“ mit kleiner Auflage nachgefragt und hergestellt wird. Ob das, wie er meint, vor allem auf der besonderen „Attraktivität“ amateurhafter, in kleiner Auflage verbreiteter Kinderpornographie beruht oder ob dabei nicht auch die schwierigere Aufdeckbarkeit solcher „privater“ Beziehungen eine Rolle spielt, stehe dahin. Jedenfalls sind bei so beschaffenen Verhältnissen einige Kunden, die vielleicht zu Dauerabnehmern werden können, durchaus ein Anreiz zur weiteren Herstellung von Kinderpornographie, der mit der von Hehlern ausgehenden Anreizwirkung verglichen werden kann.

Der zweite Einwand besteht im Hinweis auf das Verantwortungsprinzip, wonach jeder sein Verhalten grundsätzlich nur darauf einzurichten hat, dass er selbst keine Rechtsgüter verletzt, nicht aber darauf, dass andere dies nicht tun. *Schroeder*⁵⁴ meint dazu, dieses Prinzip sei „keineswegs anerkannt und wenn, mit einer Reihe von Einschränkungen“. Auch das leitet also in verwickelte Streitfragen. Man wird aber jedenfalls sagen können, dass die Schaffung konkretisierbarer Deliktisanreize jedenfalls dann nicht straflos bleiben muss, wenn sie in kollusivem Zusammenwirken mit einem Vortäter erfolgt. Das beweist schon die Hehlerei.

Unser Tatbestand birgt aber auch Elemente, die der Begünstigung ähneln.⁵⁵ Denn wenn der Abnehmer und Besitzer der Schriften, wie es in der Regel der Fall sein wird, diese gegen Entgelt erlangt, sichert er dem Hersteller die Vorteile seiner Tat. Es sind dies zwar nur mittelbare Vorteile, deren Subsumtion unter den Begünstigungstatbestand (§ 257 StGB) im Einzelnen sehr umstritten ist.⁵⁶ Doch kommt es darauf in diesem Zusammenhang nicht an, weil eine exakte Parallelisierung nicht erforderlich ist.

Die „Förderung der Herstellung kinderpornographischer Schriften“, die durch den Besitztatbestand (§ 184b Abs. 4 S. 2 StGB) erfasst wird, lässt sich also in den Umkreis lange anerkannter Strafvorschriften wie Hehlerei und Begünstigung

51 Vgl. zu dieser zuerst von *Kuhlen* entwickelten Deliktskategorie *Roxin*, wie Fn. 25, § 2 Rn. 80 ff.

52 Dazu *Pastor Muñoz*, wie Fn. 22, 804.

53 *Schroeder*, ZRP, wie Fn. 44, 300; *ders.*, NJW 1993, 2582.

54 *Schroeder*, FS Kaczmarek, wie Fn. 19, 566.

55 Vgl. dazu auch *Pastor Muñoz*, wie Fn. 22, 805.

56 Dazu mit weiteren Nachweisen *Lackner/Kühl*, wie Fn. 48, § 257 Rn. 5.

(§§ 259 und 257 StGB) einordnen. Sie hat durch Anreiz und Belohnung auch anstiftungs- und beihilfenahe Züge, wenngleich es sich nicht um eine echte Teilnahme handelt. Die Vorschrift ist also nicht illegitim, auch wenn man wegen der Strafbarkeit schon der Besitzverschaffung (§ 184 Abs. 4 S. 1 StGB) an ihrer Notwendigkeit zweifeln mag.

Doch sollte man den Tatbestand einengend so auslegen, dass der Besitz unverlangt zugesendeter oder gutgläubig erworbener Schriften kinderpornographischer Art straflos bleibt. Denn hier fehlt die Anreizschaffung und die bewusste Verschaffung mittelbarer deliktischer Vorteile.

4. Der Besitz von Dopingmitteln

Schließlich sei noch kurz auf den wahrscheinlich bald in Kraft tretenden neuen Tatbestand des Besitzes von Dopingmitteln eingegangen, mit Hilfe dessen der Gesetzgeber das Sportdoping bekämpfen will, das zurzeit die Schlagzeilen der Medien beherrscht.

Schon seit 1998 ist es nach dem deutschen Arzneimittelgesetz „verboten, Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport in den Verkehr zu bringen, zu verschreiben oder bei anderen anzuwenden“ (§ 6a Abs. 1 AMG). Doch gilt das nur für Arzneimittel, „die Stoffe der im Anhang des Übereinkommens gegen Doping ... aufgeführten Gruppen von Dopingwirkstoffen enthalten“ (§ 6a Abs. 2 AMG). Das verbotene Verhalten wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft (§ 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG).

Diese Strafbarkeit soll nun durch das Verbot erweitert werden, „Arzneimittel, die im Anhang zu diesem Gesetz genannte Stoffe sind oder enthalten, in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport zu besitzen, so weit das Doping bei Menschen erfolgen soll“ (§§ 6a Abs. 2a, 95 Abs. 1 Nr. 2b AMG). Es soll jetzt also auch schon der bloße Besitz von Mitteln, die zum Sportdoping dienen, bestraft werden.

Man kann schon bezweifeln, ob das Strafrecht überhaupt ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Doping ist. Zwar ist das Doping im Spitzensport (und nicht nur dort) eine weitverbreitete Erscheinung. Auch seine Gesundheitsschädlichkeit und seine wettbewerbsverzerrenden Wirkungen können nicht bestritten werden.⁵⁷ Ferner ist es ersichtlich so, dass die Sportverbände und die Sportgerichtsbarkeit mit dem Problem nicht fertig werden können oder wollen. Aber es erweckt doch Unbehagen, wenn man sich vorstellt, dass künftig die Polizei mit ihren Suchhunden ein ständiger Gast in den Umkleidekabinen, in Mannschaftsräumen, in Hotelunterkünften und selbst in den Praxen der Mannschaftsärzte sowie bei Trainern und sonstigen Betreuen sein könnte.

Vieles spricht dafür, dass eine größere Kontrolldichte bei Dopingtests und eine öffentliche Ächtung des Doping, die im Entzug von staatlichen Subventionen und Sponsorengeldern und in einem Übertragungsboykott der öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten zum Ausdruck käme, ein wirksameres Mittel zur Bekämpfung dieser Erscheinung wäre.

⁵⁷ Näher zu alledem König, Dopingbekämpfung mit strafrechtlichen Mitteln, in: JA 2007, 573 ff. (574).

Wenn der Gesetzgeber aber das Doping mit strafrechtlichen Mitteln unterbinden will, ist ein Straftatbestand des Besitzes nicht geringer Mengen von Dopingmitteln eine rechtsstaatlich mehr als problematische und auch wenig erfolversprechende Vorschrift. Der Gesetzgeber hat sich nicht klar über den Strafgrund seiner Regelung ausgesprochen. Er sagt nur,⁵⁸ dass er die „kriminellen Netzwerke“, die beim Doping tätig seien, wirksam bekämpfen wolle. „Auch der Sportler und die Sportlerin sollen staatlicher Strafe unterliegen, wenn sie nicht geringe Mengen besonders gefährlicher Doping-Substanzen besitzen, weil hierdurch die Weitergabe der Mittel indiziert wird.“

Dabei beruft sich die Bundesregierung zwar auf ihre Verpflichtung gegenüber „den ethisch-moralischen Werten des Sports und der Volksgesundheit“. Aus dem Umstand, dass sie ihren Besitztatbestand der entsprechenden Vorschrift im Drogenstrafrecht nachgebildet hat (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG), dass das Selbstdoping straflos bleibt und eigentlich nur die Weitergabe erfasst werden soll (denn der Besitz gilt nur als deren Indiz), ergibt sich aber, dass allein eine gesundheitliche Schädigung von Nachbesitzern verhindert werden soll.

Gegen einen solchen Strafgrund sprechen aber alle Einwände, die schon gegen die Strafbarkeit des Drogenbesitzes vorgebracht wurden. Wenn ein Zweitempfänger das Dopingmittel in Besitz bringt, ist die Weitergabe durch den Erstbesitzer allenfalls die Vorbereitung für dessen Doping. Der Erstbesitz ist dann nur die Vorbereitung der Vorbereitung, deren Pönalisierung die Grenzen eines Tatstrafrechts weit überschreitet.

Hinzu kommt auch hier, dass der Empfänger sich durch die Verwendung der Dopingmittel vorsätzlich selbst gefährdet. Die vorsätzliche Selbstgefährdung aber fällt in den Verantwortungsbereich des Empfängers und ist dem Erstverursacher nicht zurechenbar. Zwar mein König⁵⁹, mit der Selbstverantwortlichkeit beim Doping sei es oftmals „nicht weit her“. Es gehe „vielfach um junge Menschen“, die „die Folgen ihres Handelns nicht abzuschätzen vermögen“. Auch könne man – gemeint ist: weil alle dopen – „in bestimmten Sportarten nicht bestehen, wenn man nicht zu Dopingmitteln greift“. Das gipfelt in der These: „Der (ehrgeizige) Sportler hat demnach dort, wo gedopt wird, nur drei Möglichkeiten: Er dopt selbst, er findet sich mit hinteren Plätzen ab oder er hört mit dem Leistungssport auf. In einem dopingverseuchten Sport ... ist echte Autonomie ... nicht gewährleistet.“

Die Abgabe von Dopingmitteln an Jugendliche kann selbstverständlich im Rahmen des Jugendschutzes bestraft werden (was freilich auch noch keine Strafwürdigkeit des Besitzes begründet). Der Gedanke, dass man dopen müsse, um konkurrenzfähig zu bleiben, scheint mir aber nicht geeignet, die Autonomie des dopenden Sportlers in strafrechtlich relevanter Weise einzuschränken. Denn erstens sind unsere Gerichte bisher auch noch nicht auf den Gedanken gekommen, die Verantwortlichkeit für „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“ (§ 299 StGB) deshalb als ausgeschlossen oder wesentlich herabgesetzt anzusehen, weil viele sich dieses Verhaltens schuldig machen und man deshalb geschäftliche Nachteile be-

58 Bundestags-Drucksache 16/5526, S. 1; hier auch das folgende Zitat.

59 König, wie Fn. 57, 576.

fürchten muss, wenn man sich einwandfrei verhält. Und zweitens hat der „ehrgeizige Sportler“ auch noch eine vierte Möglichkeit: Er kann seine dopenden Konkurrenten anzeigen, was deren positive „Testung“ und Disqualifikation nach sich zieht, so dass er schließlich nicht auf den hinteren Plätzen, sondern auf dem Siegerpodest landen wird.

Wäre wirklich die Bestrafung des Doping-Besitzes und das Dopen ein sinnvolles und notwendiges Mittel zum Gesundheitsschutz und dürfte man von der Selbstverantwortlichkeit dessen absehen, der dopt oder sich dopen lässt, dürfte die Strafbarkeit auch nicht auf den Sport beschränkt bleiben. Es müsste dann der Besitz von Dopingmitteln in nicht geringer Menge nicht ausschließlich zu „Dopingzwecken im Sport“, sondern in allen Fällen unter Strafe gestellt werden. Auch Musiker, Schriftsteller, Gelehrte, Examenskandidaten, Wirtschaftsmanager und andere Leute können sich zur Steigerung ihrer Leistungsfähigkeit dopen lassen wollen und müssten zu ihrem eigenen Schutz durch das Strafrecht daran gehindert werden. Ein vernünftiger Grund für eine solche Ungleichbehandlung ist unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes nicht ersichtlich. Wenn man aber hier ein Eingreifen des Strafrechts mit Recht für unangemessen hält, müssen beim Sport noch andere Gründe für deren Einsatz vorliegen.

Im Übrigen ist, wenn die bisher schon vorhandene Strafvorschrift nach Ansicht von Experten⁶⁰ „totes Recht“ geblieben ist, weil „die Strafverfolgungsbehörden keine Kenntnis von Straftaten in diesem Bereich erhalten“, auch nicht einzusehen, warum sich daran durch eine Besitzstrafbarkeit etwas ändern sollte.

Der richtige Weg zu einer strafrechtlichen Bekämpfung des Dopingunwesens läge darin, einen Tatbestand des „Sportbetruges“ zu schaffen. Wer in gedoptem Zustand zum Wettkampf antritt, täuscht und schädigt durch sein Verhalten die Mitbewerber, die Veranstalter, die Subventionsgeber, die Sponsoren, die zahlenden Medien und auch die Zuschauer. Der Schaden liegt darin, dass die aufgewendeten Mittel ihren sozialen Zweck verfehlen und dass die Mitbewerber schlechter abschneiden, als es bei dopingfreiem Antreten aller Wettkämpfer möglich wäre. Nicht in allen Fällen wird der immer schon geltende Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) erfüllt sein. Darauf kommt es auch nicht an, weil eine eigene, auf die Besonderheit derartiger Übervorteilungen abgestimmte Strafvorschrift geschaffen werden müsste. Eine Diskussion über deren genauen Wortlaut würde den Rahmen dieses auf Besitzdelikte beschränkten Vortrages sprengen. Aber es würde der gedopte Sportler der Täter des Sportbetruges sein. Das hätte zugleich den Vorteil, dass seine Überführung durch Tests verhältnismäßig leicht und sicher möglich ist. Hintermänner könnten als Anstifter mit derselben Strafe belegt werden wie der gedopte Sportler oder wären ggf. Gehilfen. Einer Besitzstrafbarkeit bedürfte es nicht.

Strafbar wäre dann freilich nur das Doping bei sportlichen Wettkämpfen. Ein Doping, das nur dem Aufbau eines muskelstarken Körpers oder der Bewältigung einer privaten Bergtour dient, wäre für alle Beteiligten straflos. Aber das wäre auch richtig. Denn diese Fälle liegen nicht anders als die, bei denen Menschen außerhalb

60 König, wie Fn. 57, 574 f.

sportlicher Wettbewerbe zum Zwecke der Leistungssteigerung zu Dopingmitteln greifen. Das sind Handlungsweisen, die jeder vor sich selbst verantworten muss.

V. SCHLUSS

Damit bin ich am Ende meines Vortrages. Mein Ergebnis ist, dass Besitzdelikte zwar nicht schon aus deliktsstrukturellen Gründen unzulässig sind, dass sie aber kriminalpolitisch nur zum Teil und, sofern überhaupt, nur auf sehr verschiedene Weise zu legitimieren sind. Wir brauchen dazu zahlreiche Einzelanalysen, mit denen wir immer noch ganz am Anfang stehen. Ein Gespräch mit der serbischen Strafrechtswissenschaft, die vor ähnlichen Problemen steht, würde uns gemeinsamen und international anerkannten Lösungen näher bringen.

REZIME

Dr Claus Roxin

Profesor emeritus, Univerzitet u Minhenu

DELIKTI POSEDOVANJA

Pitanje tzv. delikata posedovanja u Nemačkoj se raspravlja tek u poslednjih petnaestak godina. Radi se o krivičnim delima kod kojih je inkriminisano samo posedovanje, odnosno držanje određenih predmeta. U literaturi se na ova krivična dela uglavnom kritički gleda. Međutim, takav kritički stav ne nailazi na razumevanje zakonodavca, tako da u nemačkom krivičnom pravu postoji više od sto takvih krivičnih dela, a njihov broj stalno raste. Tome doprinose i tendencije u međunarodnom i evropskom pravu. Najpoznatiji delikti posedovanja jesu nedozvoljeno držanje oružja, nedozvoljeno držanje opojnih droga i držanje dečije pornografije. Najnovije krivično delo ove vrste u nemačkom krivičnom pravu jeste držanje sredstava za doping u sportu, a već se govori i o nameri da se predvide i neka druga takva krivična dela kao što je posedovanje uputstava za pravljenje bombi.

Kritika bića takvih krivičnih dela ide u dva pravca. Prvo, naglašava se da krivično pravo može da inkriminiše samo ponašanje čoveka (u formi činjenja ili propuštanja), a ne i samo stanje kao što je posedovanje, odnosno držanje određenih predmeta. Drugo, tvrdi se da nije u skladu sa principima pravne države predviđati kaznu za dovršeno krivično delo za radnje koje u stvari predstavljaju udaljene pripremne radnje. U radu se raspravljaju ova dva načelna pitanja, kao i četiri delikta posedovanja (nedozvoljeno držanje oružja, nedozvoljeno držanje opojnih droga, držanje dečije pornografije i sredstava za doping u sportu).

U pogledu načelnih pitanja koja se tiču strukture delikata posedovanja, autor zauzima stav da ta mogućnost postoji i da ona nije protivustavna niti protivna načelima pravne države. Odbacujući shvatanje radnje kao voljnog telesnog pokreta, ili voljnog propuštanja da se takav telesni pokret preduzme, u skladu sa sopstvenim personalnim shvatanjem radnje kao ispoljavanja ličnosti, autor smatra da nema smetnji da se u krivičnom pravu predvide i takvi delikti. Jer, ne može se poricati da voljno posedovanje realne vlasti nad jednom stvari predstavlja ispoljavanje ličnosti držaoca. Ako neko poseduje mnogo knjiga ili slika, to predstavlja karakteristično ispoljavanje njegove ličnosti. U tom pogledu ništa drugačije ne stoje stvari ako on kod sebe drži oružje, eksploziv, droge ili dečiju pornografiju.

Međutim, što se tiče pitanja kriminalnopolitičke legitimnosti pojedinih delikata posedovanja, stvari drugačije stoje. Tu se ne može unapred zauzeti jedan generalan stav. Zaključak autora je da delikti posedovanja nisu već iz samih strukturalnih razloga neprihvatljivi, ali da se kriminalnopolitički samo delimično (ako uopšte i mogu) opravdati, i to samo na vrlo različite načine. U tom cilju su nam potrebne brojne pojedinačne analize i razmatranja sa kojima smo tek na početku. Razgovor i diskusija sa srpskom krivičnom pravnom naukom, koja stoji pred sličnim problemom, dovela bi nas bliže jednom zajedničkom i međunarodno priznatom rešenju.

Ključne reči: delikti posedovanja, radnja krivičnog dela, držanje oružja, držanje opojnih droga, dečija pornografija, sredstva za doping u sportu

Prof. dr Zoran Stojanović
Pravni fakultet, Beograd

MEĐUNARODNO KRIVIČNO PRAVO I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA

Apstrakt: U radu se razmatra pitanje mogućnosti koje pruža međunarodno krivično pravo u zaštiti osnovnih ljudskih prava od njihovog kršenja vršenjem najtežih međunarodnih krivičnih dela. Ocenjujući dosadašnji rad međunarodnih ad hoc i mešovitih krivičnih tribunala zauzima se stav da su oni vrlo malo doprineli zaštiti ljudskih prava i sprečavanju vršenja međunarodnih krivičnih dela za koja su bili nadležni. Izraziti deficiti na planu materijalnog prava, kao i politički uticaj koji je pratio rad i osnivanje ovih tribunala nisu omogućili da oni u ozbiljnijoj meri doprinesu zaštiti osnovnih ljudskih prava i suzbijanju međunarodnih krivičnih dela. Ti tribunali nisu realizovali ideju da se i na međunarodnom nivou ostvari zaštita osnovnih ljudskih prava od vršenja najtežih međunarodnih krivičnih dela, naročito u onim slučajevima kada u njihovom vršenju učestvuju pojedinci iz državnih struktura. Ta ideja se ne može ostvariti ni proširivanjem univerzalnog principa tako da svaka država može primeniti svoje pravo i na ona međunarodna krivična dela koja nisu učinjena na njenoj teritoriji i sa kojima nema nikakvu tačku vezivanja, osim da se vršenjem tih krivičnih dela radi o povredi univerzalnih ljudskih prava. Zemlje koje imaju ambiciju da preuzmu na sebe ulogu međunarodnog krivičnog suda su danas veoma malobrojne, a neke od njih su posle kraćeg vremena odustale od neograničenog univerzalnog principa. Dugoročno, rešenje treba videti u stalnom međunarodnom krivičnom sudu. Iako je Međunarodni krivični sud započeo sa radom, njegovi prvi koraci pokazuju da za sada to još nije jaka i uticajna institucija. Ipak, umereni optimizam u pogledu daljeg razvoj međunarodnog krivičnog prava i rada Međunarodnog krivičnog suda, ukoliko budu ostvareni određeni uslovi, ima osnova. Jačanje međunarodnog krivičnog prava i međunarodnog krivičnog pravosuđa doprineće i zaštiti ljudskih prava suzbijanjem krivičnih dela koja su u njegovoj nadležnosti. Da li će do toga zaista i doći zavisi od toga koja će od dve tendencije postati dominantna: da li ona koja međunarodno krivično pravo instrumentalizuje za ostvarivanje državnih i političkih interesa uticajnih zemalja, ili ona koja u njemu vidi istinsko sredstvo za zaštitu osnovnih ljudskih prava.

Ključne reči: međunarodno krivično pravo, ljudska prava, Međunarodni krivični sud, krivični tribunali, Rimski statut

I

Za proteklih šezdeset godina od kako je usvojena Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (10. decembra 1948. godine) koncept ljudskih prava sve više je dobijao na značaju. Reč je o ideološko-normativnom konceptu koji je u ekspanziji. Bez obzira na njegovu instrumentalizaciju i zloupotrebu u političke svrhe, on danas predstavlja civilizacijsku tekovinu koja, bez obzira na izvesnu utopijsku crtu, može značajno da doprinese ostvarivanju ljudskog dostojanstva i ograničavanju

državne vlasti u odnosu na čoveka u svim državama sveta. To, svakako ne znači da su ljudska prava danas u dovoljnoj meri zaštićena, odnosno da na nacionalnom i međunarodnom nivou postoje adekvatni pravni i drugi mehanizmi za njihovu zaštitu. Štaviše, danas se u literaturi često nailazi na mišljenje da su ljudska prava ne samo nedovoljno zaštićena, nego da je i sam njihov opstanak u ozbiljnoj opasnosti.¹ Posebnu opasnost po ljudska prava danas predstavlja i način na koji se nastoje suzbijati neka teška krivična dela, kao što su ona iz oblasti organizovanog kriminaliteta, korupcije, a naročito terorizma. Iako se vršenjem tih krivičnih dela teško krše osnovna ljudska prava, njihovo suzbijanje po svaku cenu umesto da štiti ljudska prava, vodi njihovoj povredi. Složenom pitanju pravne zaštite ljudskih prava, pridružuje se i pitanje da li se i u kojoj meri ta zaštita može ostvarivati međunarodnim krivičnim pravom. Pojam međunarodnog krivičnog prava se i danas različito shvata. Za potrebe ovog rada ima se vidu međunarodno krivično pravo u užem smislu, tj. ono koje primenjuju međunarodni krivični sudovi. Osnovno pitanje koje se postavlja jeste da li takvo međunarodno krivično pravo i međunarodni krivični sudovi doprinose zaštiti ljudskih prava. Ono se nameće samo po sebi, jer se kao glavni osnov legitimiranja međunarodnog krivičnog prava i osnivanja i postojanja međunarodnog krivičnog pravosuđa navodi upravo nemogućnost zaštite ljudskih prava od strane nacionalnih sistema naročito u pogledu tzv. sistemskog nepravda kada su delovi državne strukture umešani u kršenje ljudskih prava i vršenje teških krivičnih dela. Da li je međunarodno krivično pravo do danas zaista obavljalo tu funkciju? Ako jeste, u kojoj je meri ono doprinelo suzbijanju teških kršenja osnovnih ljudskih prava vršenjem najtežih međunarodnih krivičnih dela kao što su genocid, zločin protiv čovečnosti, zločin protiv mira i ratni zločini? Mišljenja su potpuno podeljena i kreću se od stava da međunarodni krivični sudovi mogu garantovati zaštitu ljudskih prava na mnogo efikasniji način od nacionalnih sudova,² pa do toga da oni služe nekim drugim političkim ciljevima, te da je njihova preventivna uloga dosada bila ravna nuli.³

Ovo sporno pitanje treba razmotriti u odnosu na ad hoc tribunale, kako i mešovite (hibridne) krivične tribunale. Pažnju zaslužuje i nastojanje nekih malobrojnih zemalja da preuzmu ulogu međunarodnog krivičnog pravosuđa širenjem univerzalnog principa kod prostornog važenja krivičnog zakonodavstva. Naravno, ovo pitanje ima poseban značaj u odnosu na Međunarodni krivični sud.

II

Mada su međunarodni vojni tribunali u Nirnbergu i Tokiju imali veliku ulogu u razvoju međunarodnog krivičnog prava, nije jasno koliko je ta u osnovi „pobednička pravda” doprinela zaštiti ljudskih prava i suzbijanju najtežih

-
- 1 Vid., na primer, prikaz knjige C. Gearty, *Can Human Rights Survive?* (Cambridge University Press, Cambridge, 2006). In: *Human Rights Law Review* 8:1 (2008), pp.197-203.
 - 2 Tako Cassese koji ističe i neke druge prednosti međunarodnih u odnosu na nacionalne sudove. Up. A. Cassese, *International Law*, Oxford, 2001, pp. 268-269.
 - 3 Kritičku analizu suprostavljenih stavova u pogledu globalizacije krivičnog pravosuđa daje D. Zolo, *Globalizzazione, Una mapa dei problemi*, Roma-Bari, 2006, pp. 95-108.

međunarodnih krivičnih dela. Činjenica je da su širom sveta i posle njihovog ustanovljavanja i rada masovno kršena osnovna ljudska prava, te da je vršenjem najtežih međunarodnih krivičnih dela povređeno osnovno pravo ogromnog broja ljudi, tj. njihovo pravo na život.

I u pogledu rada ad hoc tribunala Saveta bezbednosti, čak i među onima koji su ih osnovali i koji su podržavali njihov rad, malo ima zadovoljnih.⁴ Sporno je, da li su i koliko ti tribunali doprineli zaštiti ljudskih prava. Iako je prilikom osnivanja Tribunala za bivšu Jugoslaviju rečeno da nije izabran najbolji put za njegovo osnivanje zbog hitnosti da se nešto učini da bi se sprečilo dalje teško kršenje ljudskih prava na teritoriji bivše Jugoslavije, do danas je ostalo nejasno da li je on (kao i onaj drugi ad hoc Tribunal za Ruandu) doprineo da se spreče teška kršenja ljudskih prava ne samo na teritorijama za koje su ovi tribunali osnovani, nego uopšte u svetu. Nasuprot optimističkom gledanju na međunarodno krivično pravo i rad međunarodnih krivičnih tribunala, prošireno je mišljenje da se počev od tribunala u Nirnbergu i Tokiju, preko onih u Hagu, pa do specijalnog tribunala za Irak u Bagdadu ostvaruje isti politički cilj: deljenje pravde pobednika pobeđenim ili slabim i malim državama od strane država pobednika, što između ostalog ima i funkciju prikriivanja i opravdanja sopstvenih zločina.⁵ Drugim rečima, polazi se od toga da međunarodno krivično pravo koje su do sada primenjivali ad hoc tribunali nema funkciju koja mu se pripisuje, a to je preventivno dejstvo u zaštiti osnovnih ljudskih prava od najtežih oblika njihove povrede kroz teška međunarodna krivična dela, kao i pravedno kažnjavanje učinilaca bez obzira na njihovu pripadnost određenoj naciji. Tom mišljenju se priklonio i autor ovog rada već od samog osnivanja Tribunala za bivšu Jugoslaviju, a rad tog tribunala ne daje osnova da to svoje mišljenje promeni. Međunarodni i mešoviti tribunali su deo punitivnog režima koji uspostavljaju moćne države u cilju disciplinovanja i kažnjavanja slabih. Ne deluje ubedljivo tvrđenje na koje se nailazi već u prvim zvaničnim izveštajima Tribunala da je on, za razliku od Nirnberškog i Tokijskog tribunala, istinski međunarodni krivični sud.⁶ Jedino je kod prva dva posleratna ad hoc tribunala njihov karakter bio jasno vidljiv i ogoljen, dok su Tribunalu za bivšu Jugoslaviju SAD i njeni saveznici uspeli da obezbede kakvu takvu podršku i drugih zemalja. Dalje, nije se radilo o potpuno pobeđenoj i okupiranoj državi, već je Tribunal upravo trebalo da posluži ostvarivanju tog cilja. To što je Tribunal za bivšu Jugoslaviju pomoćno telo Saveta bezbednosti UN i što je trebalo da sudi za krivična dela iz njegove nadležnosti bilo kome ukoliko su ona učinjena na teritoriji bivše SFRJ, ne može da prikrije činjenicu

4 Vid. npr. R. Zacklin, *The Failings of Ad Hoc International Tribunals*, *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004), p. 545. U tom radu autor (pomoćnik Generalnog sekretara OUN za pravne poslove koji je učestvovao u stvaranju Tribunala za bivšu Jugoslaviju) zaključuje da pristup koji je bio prisutan prilikom osnivanja ad hoc tribunala nije više ni politički ni finansijski održiv, te da je danas nemoguće zamisliti osnivanje tribunala tipa onog za bivšu Jugoslaviju, ma kako teške bile povrede međunarodnog krivičnog prava.

5 Vid. jednu od novijih knjiga čiji sam naslov izražava taj stav: D. Zolo, *La giustizia dei vincitori – Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, 2006.

6 Vid. *The Annual Report of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*, ICTY, Yearbook, 1994. p. 85.

ko stoji iza njega i čijim interesima on služi.⁷ Nema razloga da se bolje ocene ni hibridni krivični tribunalali koji su stvarani kao politička mera u vanrednim situacijama. Najgori primer jeste specijalni tribunal za Irak koji su osnovale američke okupacione snage. Iako on nije pravi međunarodni sud, njegovo postojanje i rad predstavljaju kompromitovanje ideje međunarodne pravde i međunarodnog krivičnog prava u celini.⁸ Ovakva ocena međunarodnih i mešovitih tribunalala ne znači da oni nisu kažnjavali učinioce teških međunarodnih krivičnih dela, ili da su kažnjavali nevine, već samo da se njihova osnovna uloga razlikovala od one zvanično proklamovane, te da su vrlo malo, ili nimalo, doprineli zaštiti osnovnih ljudskih prava od najtežih oblika napada na njih. I u građanskom ratu na teritoriji bivše Jugoslavije masovno su kršena osnovna ljudska prava, kako pre tako i posle osnivanja Tribunala, ali je bilo naivno i nerealno očekivati da će Tribunal imati isti pristup u gonjenju i kažnjavanju pripadnika svih strana u sukobu. Pogotovo je bilo nerealno očekivanje da će Tribunal voditi postupak protiv onih koji su 1999. godine doneli odluku o tome da je dozvoljeno i opravdano da se krše osnovna ljudska prava svih građana SR Jugoslavije, ukuljučujući i njihovo pravo na život, da bi se zaštitila ljudska prava jednog, u svakom slučaju u momentu donošenja te odluke, znatno manjeg broja građana. Danas je prilično jasno da je to bio početak ostvarivanja plana oduzimanja dela teritorije jednoj zemlji, kao i njeno kolektivno kažnjavanje koje se, u nekom drugom obliku, može ponoviti ukoliko se ne iskaže poslušnost i politika zemlje ne usmeri u pravcu koji odgovara interesima onih koji su u poziciji da kažnjavaju.⁹

Ostavlajući po strani političku ulogu tribunalala o kojoj postoje i drugačija mišljenja, nerazvijenost međunarodnog krivičnog prava u smislu jednog celovitog, konzistentnog i razrađenog sistema pravnih normi bila je očigledna. Pravo koje su primenjivali tribunalali znatno je zaostajalo za savremenim nacionalnim krivičnopravnim sistemima. Do nedavno, nedostajali su i ozbiljni i sistematski teorijski radovi iz oblasti međunarodnog krivičnog prava. Posebno je u oči padala nerazvijenost opšteg dela međunarodnog krivičnog prava. Opšti deo materijalnog međunarodnog prava ni danas nije ni blizu onako razvijen kao što je to slučaj sa unutrašnjim krivičnim pravom. Na zanemarivanje opšteg dela, pa i međunarodnog krivičnog prava u celini, doprineli su, između ostalog i sledeći faktori. Prvo,

7 Zastupanje stava da se i u slučaju Tribunala za bivšu Jugoslaviju radi o „pobedničkoj pravdi” nije retkost u savremenoj literaturi u oblasti međunarodnog krivičnog prava. Vid. npr. I. Ward, *Justice. Humanity and the New World Order*. Aldershot: Ashgate, 2003, p. 130.

8 Ambos smatra da je tim suđenjem učinjena „medveđa usluga” međunarodnom krivičnom pravu ističući da se iz presude stiče utisak da je ishod postupka bio unapred određen. Up. K. Ambos, *Das Todesurteil gegen Sadam Husein*, *Juristen Zeitung*, 17, 7. September 2007, p. 828.

9 Iako međunarodno pravo ne predviđa kažnjavanje država, pogotovo ne od strane drugih država (sankcije koje se mogu preduzeti u okviru međunarodnog prava ne ispunjavaju pravne i suštinske uslove koje kazna mora da ispunjava), dosta je prošireno shvatanje da je kažnjavanje slabih od strane moćnih država bila i ostala realnost u međunarodnim odnosima u okviru diplomatije sile kojoj danas nije cilj da uništi protivnika, već da promeni njegovo ponašanje u željenom smeru. Vid. A. F. Lang, *Punitive Justification or Just Punishment? An Ethical Reading of Coercive Diplomacy*, *Cambridge Review of International Affairs*, Vol. 19, Number 3, September 2006, pp. 389-403. U navedenom radu se zauzima i stav da napad na SR Jugoslaviju 1999. godine jeste akt kažnjavanja, ali da ne ispunjava uslove za pravednu kaznu (str. 401).

stvaranje međunarodnog krivičnog prava bilo je i ostalo, u rukama političara, diplomata, a u najboljem slučaju onih koji se bave međunarodnim javnim pravom.¹⁰ Laički, zdravorazumski i ignorantski stav prema ne samo složenoj, nego i za primenu krivičnog prava veoma važnoj materiji opšteg dela, bio je posledica nepoznavanja te materije od strane onih koji su kreirali međunarodno krivično pravo. Njihovo znanje, pa i interesovanje, nije išlo dalje od pojedinih krivičnih dela i, eventualno, pitanja dokazivanja. Drugo, to što je međunarodno krivično pravo počelo da se primenjuje treba najviše zahvaliti SAD i njihovoj odlučnosti da stvore vojne tribunale u Nirnbergu i Tokiju, pa i Tribunal za bivšu Jugoslaviju. Dominacija SAD prilikom stvaranja i rada tih tribunala imala je za posledicu i američki pristup međunarodnom krivičnom pravu, a to znači pragmatско rešavanje pojedinih slučajeva bez sistematske i teorijske obrade osnovnih pravnih instituta.¹¹ Za razliku od krivičnog prava anglosaksonskih zemalja koje uspešno može da funkcioniše i bez sistematski i teorijski razvijenog opšteg dela, međunarodno krivično pravo u odsustvu bogate sudske prakse i prava koje je kroz nju vekovima stvarano, ustavnih okvira kao i uopšte demokratskih institucija i garantovanja osnovnih ljudskih prava, umesto da pruži zaštitu najvišim vrednostima čovečanstva, preti da ugrozi osnovna ljudska prava.

III

S obzirom na nerazvijenost međunarodnog krivičnog pravosuđa i međunarodnog krivičnog prava, kao i politizacije ad hoc tribunala, imajući u vidu i to da često zemlje nisu voljne da krivično gone sopstvene državljane za određena međunarodna krivična dela, postavlja se pitanje da li krivično pravosuđe pojedinih zemalja može na sebe da preuzme ulogu međunarodnog krivičnog suda. Poznato je da su neke, mada malobrojne zemlje, pokazale pretenziju i spremnost da njihovi sudovi sude za najteža međunarodna krivična dela bez obzira što nisu učinjena na njihovoj teritoriji, što su učiniooci stranci, a žrtve takođe stranci. U pitanju je proširivanje primene u krivičnom pravu odavno poznatog univerzalnog principa kod prostornog važenja krivičnog zakonodavstva. Radi se o ideji da je, s obzirom da su u pitanju krivična dela kojima se teško krše osnovna ljudska prava kao univerzalne vrednosti, svaka zemlja pozvana da sudi učiniocima najtežih međunarodnih krivičnih dela čak i u slučaju kada se ne može naći nikakva tačka vezivanja učinjenog krivičnog dela za određenu zemlju. Takvo neograničeno proširivanje primene univerzalnog principa prostornog važenja krivičnog zakonodavstva nije ni celishodno, niti za njega postoji pravni osnov. Iako se čini da u osnovi takvih težnji stoje plemenite ideje, radi se o uzurpaciji međunarodne pravde. Može se zamisliti do kakvih bi sve pravnih

10 Tako K. Ambos, Remarks on the General Part of International Criminal Law, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), p. 661.

11 U tom smislu i Ambos u pogledu tribunala u Nirnbergu i Tokiju konstatujući i to da međunarodno krivično pravo nije bilo zasnovano na sistematskom i racionalnom krivičnompravnom pristupu zločinima učinjenim u Drugom svetskom ratu, već se ono sastojalo iz seta spontanih i improvizovanih pravila zasnovanih na moralnom i političkom imperativu da ti zločini ne ostanu nekažnjeni. Up. K. Ambos, *ibid.*, p. 661.

i političkih problema došlo ako bi većina zemalja same sebi dale nadležnost za suđenje međunarodnih krivičnih dela učinjenih van njihove teritorije od strane stranca prema strancu i ako ne bi uvažavale i pravo drugih zemalja da primene sopstveno pravo. Između ostalog, neograničeni univerzalni princip otvara i pitanje suđenja u odsustvu na šta savremeno krivično procesno pravo polazeći od garantija okrivljenog u postupku, s pravom, sigurno ne gleda sa simpatijama. Ta je orijentacija u teoriji kritikovana,¹² a čini se da ni u praksi nema perspektivu. Naime, ona je posle kraćeg vremena napuštena od strane Belgije koja je bila jedna od retkih zemalja koja je uvela neograničeni univerzalni princip.¹³ U Nemačkoj je takođe došla do izražaja ova tendencija, ali ne u svom apsolutnom obliku kao u Belgiji. S obzirom na to da prilikom krivičnog gonjenja u ovom slučaju važi načelo oportuniteta, ta se mogućnost u Nemačkoj veoma retko koristi. Tako, krivično delo genocida koje je u nemačko krivično pravo uvedeno 1954. godine, ne samo primenom ovog principa, nego i inače, u praksi je primenjeno samo u odnosu na Srbe iz BiH.¹⁴ Iako se radi o najtežem krivičnom delu, selektivna primena kao i neki stavovi zauzeti u nemačkoj sudskoj praksi u ovom pogledu izazivaju ozbiljne sumnje.¹⁵ Treba imati u vidu da i

-
- 12 Vid. npr. G. Fletcher, Against Universal Jurisdiction, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), pp. 580-584. Ima i drugačijih mišljenja. Tako, Ambos tvrdi da je rešenje u nemačkom zakonodavstvu ispravno i dosledno, konstatujući da ako bi vlade, parlamenti i krivično pravosuđe svih zemalja imale takav stav, ne bi ni postojala potreba za supranacionalnim krivičnim pravosuđem. Up. K. Ambos, Das Völkerstrafgesetzbuch – nationale Kodifikation internationalen Rechts. In: *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?* Berlin, 2007, p. 112. Ipak, isti autor zauzima kritički stav u pogledu primene ovog principa u suđenjima Srbima iz BiH u Nemačkoj. Up. K. Ambos, Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von Kriegsverbrechen in Bosnien-Herzegowina, 5 *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1999), pp. 226-230.
- 13 Vid. T. V. Beken, G. Vermuelen, T. Ongena, Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle „na bis in idem”, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 73, 2002 (2004), pp. 826-827.
- 14 Up. B.-R. Sonnen, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Heidelberg, 2005, p. 21.
- 15 U nekoliko slučajeva došlo je do osude Srba iz BiH od strane nemačkih sudova za genocid (npr. slučaj N. Jorgić). Za primenu nemačkog prava i krivično gonjenje u Nemačkoj u tim slučajevima zahtevalo se da je ispunjen uslov da postoji direktna veza sa Nemačkom. Nemački Savezni vrhovni sud je smatrao da je taj uslov ispunjen ukazujući na dve okolnosti. Prva je da su svi učinioci živeli u Nemačkoj, makar privremeno, a druga je da je Nemačka bila, zajedno sa drugim državama, angažovana u različitim političkim, vojnim i humanitarnim misijama na teritoriji bivše Jugoslavije u nameri da zaštiti nevine žrtve od napada Srba i posledica tih napada (podvukao Z.S.). Up. R. Rissing-van Saan, The German Federal Supreme Court and the Prosecution of International Crimes Committed in the Former Yugoslavia. *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005) p. 386. Dok je prva okolnost nesporna, drugi uslov je samo delimično ispunjen. Nemačka je zaista bila duboko umešana u sukob u bivšoj Jugoslaviji i učestvovala je u svim vrstama misija, ali čak i sa aspekta nemačkog gledanja na sukob u bivšoj Jugoslaviji ne deluje uverljivo tvrđenje u pogledu cilja tih misija. U političkom i moralnom smislu ovo tvrđenje deluje propagandistički, a u pravnom smislu predstavlja priznanje za umešanost Nemačke u sukob u bivšoj Jugoslaviji što daje osnova za tvrđenje da su time ostvareni i elementi određenih međunarodnih krivičnih dela, odnosno saučesništvo u njima. Istovremeno, to pokazuje i da je Nemačka kao učesnik na jednoj strani u sukobu, sudila pripadnicima druge strane u tom sukobu. U navedenom radu autorka vrlo afirmativno govori o ulozi suda čiji je sudija, ali se i iz tog rada može videti koliko je politička motivacija i politički uticaj bio prisutan u ovim slučajevima. I bez dublje analize ovih slučajeva, može se dati ocena da se tim suđenjima nemačko krivično pravosuđe ne bi moglo pohvaliti kao što se to čini u navedenom radu. Naprotiv, ta suđenja predstavljaju izuzetak u negativnom smislu i bacaju senku na inače dobro nemačko krivično pravosuđe.

u ovim slučajevima međunarodni odnosi i politika imaju presudnu ulogu. Naime, u Belgiji su pokretani postupci za slučajeve iz njenih bivših afričkih kolonija. Teško je zamisliti obrnut slučaj, kao što je nemoguće i zamisliti hipotetički slučaj da nemački državljani bude osuđen u BiH, odnosno Republici Srpskoj za genocid koji je učinio u Nemačkoj. Ili, šta bi bilo ako bi Srbija uvela neograničeni univerzalni princip (bez niza zakonom predviđenih ograničenja kao što je to slučaj sada) i počela da sudi državljanima drugih zemalja za genocid, zločin protiv čovečnosti, zločin protiv mira i ratne zločine učinjene u inostranstvu?¹⁶

IV

Osnivanje i rad ad hoc tribunala, hibridnih tribunala kao i nacionalnog pravosuđa orijentisanog ka međunarodnom krivičnom pravu doprinelo je tome da međunarodno krivično pravo dobije na značaju, ali je ono ostalo i dalje na nivou rudimentarne pravne oblasti pune kontradikcija i nejasnosti. Ono kao takvo nije moglo značajnije da ostvaruje svoju zaštitnu funkciju. Teško je tvrditi da je, makar u izvesnoj meri, došla do izražaja preventivna uloga međunarodnog krivičnog prava u pogledu zaštite osnovnih ljudskih prava od njihovog najgrubljeg kršenja vršenjem najtežih međunarodnih krivičnih dela. Ipak, to je ubrzalo započinjanje ostvarivanja ideje o univerzalnom međunarodnom krivičnom pravu i stalnom međunarodnom krivičnom sudu.

Posle usvajanja Statuta međunarodnog krivičnog suda 1998. godine u Rimu porastao je optimizam u pogledu budućnosti međunarodnog krivičnog prava. Poznato je da je Statut Suda stupio na snagu 1. jula 2002. pošto je prethodno broj zemalja koje su ga ratifikovale prešao potreban broj predviđen Statutom (šezdeset). Danas je taj broj porastao na 106 zemalja. Sud je svečano otvoren 11. marta 2003. godine kada su sudije položile zakletvu. Prva dva slučaja sa kojima je Međunarodni krivični sud započeo sa radom su iz Ugande i Konga, a nedavno je započet i postupak u jednom slučaju iz Sudana (Darfur).¹⁷ Ne umanjujući značaj tih slučajeva, postavlja se pitanje da li su to zaista najznačajniji slučajevi koji treba

16 Izvesna, ne baš najbolja, iskustva imamo sa suđenjem za dela koja su učinjena na teritoriji Srbije (odnosno bivše SR Jugoslavije) u toku napada NATO na SRJ. Poznato je kakvu je sudbinu doživela ta presuda, a šta bi tek bilo da se radi o krivičnim delima koja su učinjena u inostranstvu? Iako je samo to suđenje bez ikakve potrebe bilo politički obojeno (ukoliko je neko imao nameru da tim suđenjem ostvari i neke političke ciljeve, u tu svrhu bi mnogo bolje poslužilo jedno objektivno i fer suđenje koje bi pokazalo obim i težinu učinjenih krivičnih dela), a nisu adekvatno bila rešena ni neka pravna pitanja (npr. ona vezana za imunitet optuženih), opravdanost primene krivičnog prava Srbije (odnosno SR Jugoslavije) od strane domaćeg suda se ne može dovesti u sumnju. Ne samo da teritorijalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva to omogućava (štaviše, nalaže), već bi i realni princip to omogućavao i u slučaju da su ta dela učinjena u inostranstvu. Da je suđenje bilo sprovedeno lege artis ta presuda bi ostala zabeležena u istoriji krivičnog i međunarodnog krivičnog prava, iako se, naravno, u pogledu njenog krajnjeg ishoda i izvršenja ne bi ništa promenilo.

17 Sud je započeo svoj rad sa malim brojem zaposlenih da bi broj zaposlenih u 2006. godini porastao na oko 500 saradnika sa tendencijom daljeg povećanja. Up. H.-P. Kaul, *Der Internationale Strafgerichtshof – Stand und Perspektiven*. In: *Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?*, Berlin, 2006, pp. 98-99.

da uđu u istoriju međunarodnog krivičnog pravosuđa kao prvi slučajevi sa kojima je Međunarodni krivični sud započeo svoj rad? Šta je sa teškim međunarodnim krivičnim delima koje su izvršili, koje vrše i koje će vršiti državljani zemalja koje nisu ratifikovale Rimski statut? Posebno šta je sa zločinom agresije u pogledu kojeg za sada ne postoje pravni mehanizmi za kažnjavanje njegovih učinilaca u okviru međunarodnog krivičnog prava? Nije li opravdana skepsa koja postoji u pogledu tog teškog (ako ne i najtežeg) međunarodnog krivičnog dela koja čak dovodi u pitanje uobičajeno mišljenje da agresija predstavlja međunarodno krivično delo s obzirom na odsustvo represivnih instrumenata i mogućnosti da učinioci budu kažnjeni?¹⁸ Iako Međunarodni krivični sud nije naddržavna već međudržavna institucija,¹⁹ a pravo koje treba da primenjuje zasniva se pre svega na međunarodnom ugovoru, ipak se u Rimskom statutu može videti začetak kodifikacije supranacionalnog međunarodnog krivičnog prava i budućnost tog prava u velikoj meri je vezana za budućnost tog suda.

I pored činjenice da je Međunarodni krivični sud osnovan i počeo sa radom, nije bez osnova mišljenje da još nije sazrelo vreme za osnivanje stalnog međunarodnog suda i da će to biti tek onda kada ono što sada pripada svakoj državi, tj. zakonodavna, sudska i izvršna vlast budu pripadale jednoj naddržavnoj organizaciji. Iako dolazi do udruživanja država u određene regionalne zajednice kao što je Evropska unija, ipak postoje i dalje velike razlike između naroda i pojedinih država. Upravo primer Evropske unije koja je dostigla visok stepen ekonomske, pa i političke integracije zemalja članica, pokazuje koliko je oblast krivičnog prava osetljiva i složena i koliko su države malo spremne da se odreknu dela svog suvereniteta u toj oblasti u korist neke naddržavne institucije. U Evropskoj uniji, bar kada je u pitanju materijalno krivično pravo, jedva da je započeo proces ujednačavanja, a o nekim izvornim supranacionalnim krivičnopravnim normama za sada ne može da se govori. Iako se u krivičnom pravu evropskih zemalja zapaža trend „evropeizacije” krivičnih zakonodavstava, on nije došao do takvog izražaja kao što je to slučaj sa nekim drugim granama prava.²⁰

18 Vid. D. Zolo, Who is Afraid of Punishing Aggressors? On the Double-Track Approach to International Criminal Justice, *JICJ*, 5 (2007), p. 807.

19 Bassiouni ističe da nikada nije ni bilo nameravano da se Međunarodnom krivičnom sudu da karakter supranacionalne institucije, niti bi on kao takav bio prihvaćen od većine država. UP. M. Ch. Bassiouni, The ICC - Quo Vadis? *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), p. 422.

20 Iako uticaj Evropske unije i Saveta Evrope ne treba potceniti ni u ovoj oblasti, ipak se čini da međusobni uticaj evropskih zemalja na materijalno krivično zakonodavstvo nije znatno veći nego što je bio u protekla dva veka kada su korišćenje uporedno-pravnog metoda, kao i nauka krivičnog prava doprineli izvesnom ujednačavanju krivičnog zakonodavstva evropskih zemalja. Krivično pravo evropskih zemalja danas se i dalje značajno razlikuje tako da ostvarivanju ideje o zajedničkom evropskom krivičnom pravu, makar i u vrlo ograničenom obimu (tj. samo za neka krivična dela kojima se napadaju zajednički interesi Evropske unije), stoje na putu mnoge prepreke. I u pogledu takvih pitanja kao što je opšti pojam krivičnog dela u opštem delu, ili ubistvo i krađa u posebnom delu krivičnog prava pojedinih evropskih zemalja, postoje značajne i brojne razlike. Up. K. Ambos, Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some Preliminary Reflections, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 12, Number 2, 2005, pp. 173-191. Zato, termin „evropsko krivično pravo”, koji se u poslednje vreme sve više koristi, ne označava neko supranacionalno, izvorno evropsko krivično pravo od kojeg je Evropa danas veoma udaljena, već predstavlja samo zbirni pojam za one pravne

Statut međunarodnog krivičnog suda je rezultat višestrukog kompromisa: između prava i politike, između krivičnog prava i međunarodno-pravnog pristupa, kao i između dva velika pravna sistema, evropsko-kontinentalnog i anglo-saksonskog. Kompromisi su bili nužni i zbog različite razvijenosti pravnih sistema i krivičnog prava, pojedinih zemalja. Dok za zemlje sa nerazvijenim pravnim sistemom to može biti impuls za dalji razvoj, za druge prihvatanje međunarodnog krivičnog prava koje je ispod standarda koji važe u sopstvenom krivičnom pravu, može da ima negativne posledice. I usaglašavanjem krivičnog zakonodavstva Srbije sa Rimskim statutom do kojeg je došlo prilikom donošenja novog Krivičnog zakonika koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine, ne može se tvrditi da je time naše krivično pravo nešto dobilo i da je postalo bolje, već samo da je usaglašeno sa Rimskim statutom (u nekim slučajevima, kao kod komandne odgovornosti, to je učinjeno uz velike teškoće jer se nastojalo da se sačuvaju osnovna načela i standardi krivičnog prava).²¹ Međutim, i pored tih kompromisa taj je sud, kao i supranacionalno međunarodno krivično pravo, za neke zemlje ostao neprihvatljiv. Može se konstatovati da razlog tome nisu samo nezadovoljavajuća rešenja i stanje u kome se međunarodno krivično pravo nalazi. Glavni razlog za odbojan stav prema univerzalnom međunarodnom krivičnom pravosuđu i supranacionalnom međunarodnom krivičnom pravu političke je prirode. Ispoljeni trendovi na planu savremenog međunarodnog prava i međunarodnih odnosa nisu ohrabrujući za međunarodno krivično pravo. Unilateralizam u savremenom međunarodnom pravu postaje sve više opšta tendencija u ponašanju moćnih zemalja, ili grupe tih zemalja što predstavlja pretnju čitavom međunarodnom sistemu stvorenom posle Drugog svetskog rata.²² Iako se čini da bi proces globalizacije trebalo da prati i jačanje međunarodnog krivičnog prava, ako je tačno tvrđenje na koje se često nailazi, a to je da se iza procesa globalizacije u stvari krije unilateralno uvođenje hegemonizma SAD,²³ jasno je da one danas nemaju interes za ustanovljavanje istinskog međunarodnog krivičnog pravosuđa. Negativan stav koji SAD imaju prema Međunarodnom krivičnom sudu ima posebnu težinu s obzirom na njihov položaj i uticaj u svetu.²⁴ Upravo ta zemlja koja u međunarodnoj zajednici odlučuje

norme (u stvari norme međunarodnog prava) Evropske unije i Saveta Evrope koje su relevantne za nacionalne krivičnopravne sisteme, kao i delove tih sistema na koje su te norme izvršile uticaj. U tom smislu i B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, Berlin-Heidelberg, 2005, p. 5. Ipak, treba posebno ukazati na značaj Evropskog suda za ljudska prava koji, iako nije krivični sud, indirektno utiče na ujednačavanje zakonodavstva i sudske prakse u zemljama članicama Saveta Evrope i u oblasti krivičnopravne zaštite ljudskih prava. Vid. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, pp. 131-136.

- 21 To ne znači da je pitanje zakonodavnog regulisanja u vezi sa implementacijom Rimskog statuta u Srbiji završeno. Osim materijalno-pravnih pitanja koja su regulisana u KZ Srbije, ostaje da se posebnim zakonom reguliše niz važnih pitanja saradnje sa Međunarodnim krivičnim sudom.
- 22 Tako P.-M. Dupuy, *The Place and Role of Unilateralism in Contemporary International Law*, *EJIL* (2000), Vol. 11, No. 1, pp. 19-29.
- 23 Up. D. Zolo, *Chi dice umanità, Guerra, diritto e ordine globale*, Torino, 2000.
- 24 B. Schünemann smatra da ma koliko stav SAD u moralnom smislu bio zločinački, politički posmatrajući on je dosledan i sasvim jednostavan. Kao glavna ratujuća sila koja je jedina u poslednjih pedeset godina upotrebljavala oružanu silu na svim kontinentima i pobedila u svim ratovima, izuzimajući onaj u Vijetnamu, koja i dalje zadržava za sebe pravo da političke konflikte

o tome kome će biti suđeno i ko će biti kažnjen, ne dozvoljava da to bude učinjeno i u odnosu na njene državljane. SAD je preduzela određene mere da se zaštiti od Međunarodnog krivičnog suda tvrdeći da bi se taj sud mogao zloupotrebjavati u političke svrhe protiv njenih građana.²⁵ Takav stav SAD prema međunarodnom krivičnom pravosuđu u skladu je sa instrumentalizacijom koncepta ljudskih prava koju ta zemlja (zlo)upotrebljava i u međunarodnim odnosima.²⁶ Međutim, i Kina koja preko svog sudije aktivno učestvuje u radu Tribunala za bivšu Jugoslaviju, protiv je stalnog Međunarodnog krivičnog suda. Po svemu sudeći ni Ruska federacija neće ratifikovati Rimski statut. Ako tri stalne članice Saveta bezbednosti koje istovremeno predstavljaju najveće zemlje na svetu,²⁷ kao i druge mnogoljudne zemlje kao što je Indija, ili zemlje na čijoj teritoriji postoje konflikti iz kojih može proizaći i vršenje međunarodnih krivičnih dela iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda (npr. Izrael) ne žele da ratifikuju Statut i prihvate nadležnost Suda, postavlja se pitanje kakva je njegova budućnost. Da li će on moći da ostvari ideju univerzalne pravde i da time pruži doprinos i zaštiti osnovnih ljudskih prava? Broj zemalja koje su do sada ratifikovale Rimski statut svakako nije mali, ali treba imati u vidu i to kakav uticaj te zemlje imaju danas u svetu. Ohrabruje podrška Sudu koju mu daje većina evropskih zemalja. No, da li je to dovoljno? Sumnje se javljaju i u pogledu toga kako bi se ponašale te zemlje (ili bar neke od njih) ako bi njihovi državljani bili optuženi pred Međunarodnim krivičnim sudom. Odnos pojedinih zemalja prema međunarodnom krivičnom pravu treba sagledati i u kontekstu veoma složenog pitanja državnog suvereniteta. U pogledu pitanja da li je suverenitet prepreka za dalji razvoj međunarodnog krivičnog prava i kako ga uopšte danas shvatiti u međunarodnom javnom pravu, postoje danas različita mišljenja, ali nema sumnje da kako god taj pojam bio shvaćen on ima ozbiljne implikacije na planu međunarodnog krivičnog prava.²⁸

rešava agresijom i sebi daje pravo da prva upotrebi atomsko oružje, ona ne može biti sigurna da li će sudska praksa međunarodnog suda žrtve među civilnim stanovništvom supsumirati pod pojam „kolateralne štete”, pa bi zato bile glavni gubitnik Rimskog statuta. Up.: B. Schünemann, *Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung, Goldammer's Archiv für Strafrecht*, No. 5, 2003, pp. 305-306.

- 25 O tome govori i American Service Member's Protection Act (ASPA) iz 2002. godine koji je popularno nazvan „Hague Invasion Act”, jer predviđa i invaziju na Holandiju da bi se iz Haga oslobodio američki državljani koji bi bio izručen Međunarodnom krivičnom sudu, zatim iznuđena Rezolucija Saveta bezbednosti 1422, kao i ponuđeni i sa mnogim zemljama zaključeni bilateralni ugovori o neizručivanju američkih državljana Međunarodnom krivičnom sudu. Prema nekim izvorima broj država koje su te ugovore potpisale je 65, s tim da brojne države to nisu učinile javno. Vid. Konstanzer Schriften zum Völkerstrafrecht October 2003, p. 7.
- 26 O retoričkoj zloupotrebi i manipulisanju konceptom ljudskih prava od strane SAD koje na taj način sebi obezbeđuju da kao vrhovni arbitar preduzimanjem vojnih i drugih intervencija masovno krše ljudska prava pozivajući se na njihovu zaštitu vid. detaljnije M. Neves. *Die symbolische Kraft der Menschenrechte, ARSP*, Vol. 91, Heft 2, 2005, pp. 181-187.
- 27 U odnosu na državljane tih zemalja neće se koristiti ni mogućnost koju daje odredba člana 13. (tačka b) Rimskog statuta da se tužiocu krivično delo iz nadležnosti Suda prijavi od strane Saveta bezbednosti koji postupa na osnovu glave VII Povelje UN, jer se od tih zemalja može očekivati da će svojim pravom veta u Savetu bezbednosti to sprečiti.
- 28 Vid. R. Cryer, *International Criminal Law vs State Sovereignty: Another Round? The European Journal of International Law*, Vol. 16 No. 5, 2006, pp. 979-1000.

V

Bez obzira na iznete sumnje, početkom rada Međunarodnog krivičnog suda učinjen je veliki korak napred. Nada da će Međunarodni krivični sud sa daljim razvojem međunarodnog krivičnog prava postati respektabilna institucija čije će izbegavanje svaku državu koštati bar dela njenog ugleda koji uživa u međunarodnoj zajednici, nije bez osnova. I unutar SAD postoji istinski demokratski potencijal koji jednog dana može dovesti do toga da ta zemlja promeni svoj stav prema ovom sudu. Univerzalni karakter ljudskih prava zahteva i univerzalno međunarodno krivično pravo. To ne znači da od međunarodnog krivičnog prava treba očekivati da noseću ulogu u zaštiti osnovnih ljudskih prava. Međunarodni krivični sud ima dopunsku, odnosno komplementarnu nadležnost, ali ona postaje veoma važna onda kada sama država nije u stanju ili ne želi da reaguje u slučaju teških kršenja ljudskih prava do kojih dolazi vršenjem međunarodnih krivičnih dela koja su u nadležnosti Suda.

Osim teškoća i prepreka koje stoje na političkom, organizacionom, finansijskom i drugom planu pred Međunarodnim krivičnim sudom, problem predstavlja i nedovoljna razvijenost međunarodnog krivičnog prava. Početak rada Suda predstavlja podstrek za dalji razvoj međunarodnog krivičnog prava. Ne samo da će buduća praksa tog suda tome doprineti, već se zapaža i povećan interes teoretičara krivičnog i međunarodnog prava za izučavanje ove oblasti što će, uprkos teškoćama i ograničenjima koja proizlaze iz različitosti dve grane prava iz kojih je međunarodno krivično pravo nastalo, voditi njegovom daljem razvoju. Prihvatanje načela savremenog krivičnog prava, kao i pravno-dogmatska razrada pojedinih instituta i u međunarodnom krivičnom pravu treba da bude cilj kome će se težiti. Taj cilj je, dugoročno posmatrajući, realan i mogućnosti međunarodnog krivičnog prava u pogledu zaštite osnovnih ljudskih prava i suzbijanja najtežih međunarodnih krivičnih dela u velikoj meri će zavisi od njegovog ostvarenja. Problemi pravne prirode, iako vrlo ozbiljni, nisu nerešivi. Glavni problem i dalje će predstavljati to što će politički razlozi, moć i pokroviteljstvo odlučivati o tome kome će biti suđeno za međunarodna krivična dela, a kome neće.²⁹ Zato, iako se međunarodno krivično pravo do sada potvrdilo i kao oblast prava i kao naučna disciplina, još ne znamo kakva je njegova budućnost. Dosadašnja iskustva nam ne daju dovoljno osnova da odgovorimo na pitanje da li će ono služiti zaštiti osnovnih ljudskih prava od masovnog i najgrubljeg kršenja putem vršenja najtežih međunarodnih krivičnih dela, ili će to biti samo njegova sporedna funkcija koju će ono jedva obavljati i više služiti kao lažni legitimacijski osnov za ostvarivanje nekih drugih ciljeva. Da li će dalji razvoj međunarodnog krivičnog prava teći jednom stalnom uzlaznom linijom ili će se ponavljati ono što se u njegovom dosadašnjem razvoju već dogodilo, a to je da ono bude instrumentalizovano u rukama moćnih zemalja radi ostvarivanja samo njihovih interesa, a ne radi zaštite osnovnih ljudskih prava? Iako ove dve orijentaci-

29 Tako i Braunli koji ukazuje na paradoks da sve veći broj međunarodnih krivičnih tribunala umesto da jačaju načelo vladavine prava, to načelo dovode u pitanje. Up. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2003, p. 575. Njegova zabrinutost pokazuje i to da i među teoretičarima međunarodnog javnog prava ima onih koji realno i bez preteranog entuzijazma ocenjuju najnoviji razvoj međunarodnog krivičnog prava.

je, po pravilu, isključuju jedna drugu moguće je da, zbog delovanja različitih uticaja i interesa, obe delimično dođu do izražaja. Čini se da je upravo to realno očekivati u daljem razvoju međunarodnog krivičnog prava: ono će i dalje (makar delimično) biti zloupotrebjavano i selektivno primenjivano uz nastojanja da ostane nerazvijen skup heterogenih normi, ali se može očekivati da će dobijati i sve širu podršku da postane razvijen sistem pravnih normi koji će služiti zaštiti osnovnih ljudskih prava. Neposredna budućnost i dalji razvoj međunarodnog krivičnog prava biće u znaku sukoba tih dveju tendencija, a kako će ono izgledati i u kojoj meri će obavljati svoju zaštitnu funkciju zavisi od toga koja će od njih prevladati.

SUMMARY

Zoran Stojanović, Ph.D.

Full Professor at the Faculty of Law, Belgrade

INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

The establishment of the ad hoc tribunals and hybrid courts, the orientation of some countries toward the universal jurisdiction for core international crimes and especially the establishment of permanent international criminal court, gave to international criminal law a much greater significance in the last fifteen years than ever before. Nevertheless, in evaluating the contribution of that institutions and tendencies to the protection of fundamental human rights, only the creating of ICC gives the reason for the moderate optimism toward the future of international criminal law. In spite of the fact that the establishment of ICC was a great step in the development of international criminal law, there is no place for euphoria. Its future remains still unclear. On the one hand the Rome Statute is not a dogmatically refined international penal and procedure code and it is still considerably below the standards adopted in contemporary criminal law. On the other hand, its future depends on two opposite tendencies. One tends to keep international criminal law on the level of the conglomeration of heterogeneous and rudimentary norms which is substantially misused as means for the achievement of interests of the powerful states. The other has the difficult goal and hard task to make from international criminal law a coherent and developed system of law which will truly serve for the protection of fundamental human rights and the suppression of grave international crimes. These two tendencies are going to exist further and the tension between them will be present. If interests of justice and protection of human rights prevail over the interests of powerful states, international criminal law will have the future.

Keywords: International Criminal Law, Human Rights, International Criminal Court, Tribunals, Rome Statute

Prof. dr Đorđe Ignjatović
Pravni fakultet, Beograd

STANJE KRIMINOLOGIJE U SRBIJI

Apstrakt: Rad je podeljen u nekoliko celina. Posle Uvoda u kome je dat kratak osvrt na razvoj kriminologije u Srbiji i učinjen pokušaj da se on dovede u vezu sa opštim trendom društvenog razvoja, u prvom delu se izlaže o statusu kriminologije kao naučne discipline na univerzitetima u Srbiji (a navedeni su i osnovni izvori iz kojih se mogu steći osnovna znanja iz ove oblasti: udžbenici, prevodi važnih radova sa stranih jezika i časopisi koji objavljuju kriminološke tekstove). U drugom delu se ukazuje na najvažnije istraživačke ustanove i projekte na kojima su angažovane. U trećem delu pod nazivom Profesija kriminolog govori se o tome ko se može smatrati kriminologom (ovde je primenjena podela na „akademske”, „istraživače praktičare” i „mlade kriminologe”), o udruženjima kriminologa, o tematici njihovih radova (primetno je pojačano interesovanje za jedan krug tema dok su druge, mnogo važnije, zapostavljene) i teorijskim orijentacijama kriminologa u Srbiji (ovde se konstatuje da ne postoji neki dominantan teorijski okvir niti teorijski ili ideološki spor između njih). Najzad, u četvrtom delu daje završna ocena statusa kriminologije u Srbiji danas i čini pokušaj predviđanja njenog razvoja u budućnosti. Ukratko govoreći, sadašnjim stanjem ne možemo biti zadovoljni, a što se budućnosti tiče, teškoću predstavlja to što je nemoguće predvideti kako će se kretati kriminalitet. Međutim, nesporno je da kriminolozi i u budućnosti moraju insistirati da uvažavanje principa efikasnosti reagovanja ne sme biti na štetu poštovanja prava čoveka.

Ključne reči: kriminologija, Srbija, profesija kriminolog, tranzicija, ljudska prava

UVOD

U Srbiji je izraz Kriminologija u sistematskim radovima počeo koristiti profesor Toma Živanović koji je početkom prošlog veka taj termin shvatao kao zajednički naziv za sve krivične nauke. U tom pogledu, stav ovog poznatog srpskog krivičara poklapao se skoro u potpunosti sa onim koji je imao poznati autoritet tog doba (koga sa pravom smatraju jednim od najvećih kriminologa uopšte) Enrico Ferri.

Kao nastavni predmet, Kriminologija je u Srbiji doživela buran razvoj. Neposredno po okončanju rata, uvedena je u Nastavni plan Pravnog fakulteta u Beogradu i izdat prvi udžbenik pod tim nazivom. Početkom šezdesetih godina, primetan je rast interesovanja za ovu nauku. Tada se osniva Kriminološki institut, počinje da izlazi Revija za kriminologiju i krivično pravo, formira se Jugoslovensko udruženje za kriminologiju i krivično pravo i trend razvoja može se zapaziti do početka osamdesetih godina, kada dolazi do izvesne stagnacije, dok je u poslednjoj deceniji prošlog veka bila očigledno da je stanje krize vezano za specifičnu tranziciju koja se odvijala u ratnom okruženju zahvatilo i kriminologiju. Tek poslednjih godina, primećuje se određeni napredak – osniva se prvo udruženje kriminologa, Ministarstvo za nauku prihvata finansiranje nekoliko projekata iz ove oblasti, širi se krug visokoškolskih ustanova na kojima se ovaj predmet proučava.

Naravno, izbegavajući da šematizujemo ovakav trend razvoja kriminologije u Srbiji, teško je oteti se utisku da je on i izvesnoj meri pratio tok razvoja samog društva. Tako se porast interesovanja za ovu nauku (koju italijanski autor Massimo Pavarini smatra jednom „buržoaskom naukom” jer se javila sa nastankom kapitalizma) i kod nas možemo povezati sa unošenjem elemenata građanskog društva (pre svega kroz začetke tržišnog privređivanja šezdesetih godina prošlog veka) u Srbiju (odn. tadašnju Jugoslaviju). Dalji razvoj ove nauke takođe je pratio opšti trend razvoja društva. Kriza i raspad Jugoslavije koincidiraju sa opadanjem interesovanja za kriminologiju, stabilizacija društvenih prilika dovodi do obrnutog trenda.

U daljem tekstu, biće ukazano na razvoju kriminologije kao akademske discipline, istraživanjima u ovoj oblasti, „profesiji kriminolog” i najzad o oceni stanja ove nauke u Srbiji danas i o njenom budućem razvoju.

1. AKADEMSKA KRIMINOLOGIJA

Kriminologija se pre svega razvija kao nastavna disciplina na mnogim fakultetima u Srbiji, ali se njen status kao predmeta u silabusu tih visokoškolskih ustanova ne podudara. U nastavku biće reči o izvorima kriminoloških saznanja u Srbiji. Ukratko je ukazano na udžbenike koji su napisani iz ove oblasti, na prevode ključnih radova iz strane književnosti, kao i na časopise koji u Srbiji objavljuju kriminološke radove.

1.1. Status nastavnog predmeta

Kriminologija se kao nastavni predmet pojavila u Srbiji prvi put posle Drugog svetskog rata. S tim u vezi, postoji jedna anegdota koja govori o stanju naših krivičnih nauka u to vreme. Kako izgleda, prof. Janko Tahović je dobio zadatak da predaje Kriminalistiku, ali mu je kriminološka materija bila bliža, pa je uveo ovaj nastavni premet. Na žalost, takvo stanje trajalo je samo nekoliko godine – ubrzo (1948.) Kriminologija je nestala sa liste nastavnih predmeta. Sada je nemoguće proknuti u razloge zašto se to dogodilo: da li su oni bili personalni ili je izostavljena kao „buržoaska nauka” nepotrebna za obrazovanje socijalističkih pravnika.

Tek posle skoro jedne i po decenije, na Pravnom fakultetu u Beogradu ponovo se u nastavnom programu pojavljuje Kriminologija. Profesor dr Milan Milutinović postaje predavač na tom predmetu koji je imao status predmeta opcione (Pravosudne) grupe. Kasnije, predmet je preimenovan u Kriminologija sa Penologijom, da bi prema najnovijim izmenama nastavnog plana Pravnog fakulteta u Beogradu 2005. dobio naziv Kriminologija sa pravom izvršenja krivičnih sankcija.

Na Pravnim fakultetima u Novom Sadu i Nišu Kriminologija kao nastavni predmet postoji od formiranja ovih fakulteta (prvi predavači bili su prof. dr Jovica Reljić i prof. dr Mihajlo Aćimović), dok je na Pravnom fakultetu u Kragujevcu uvedena krajem osamdesetih godina.

Pored pravnih fakulteta Kriminologija se kao nastavni predmet predaje i na Fakultetu za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju (ranije Defektološki fakultet) kao i odskora na Fakultetu za bezbednost (ranije Fakultet za civilnu odbranu) u Beogradu. Takođe, deo kriminološke materije izlaže se u okviru predmeta Društvene devijacije na Filozofskom fakultetu u Beogradu.

1.2. Udžbenici

Prvi udžbenik Kriminologija izdat u na Pravnom fakultetu Beogradu 1946. (pp. 340) kao zbirka predavanja prof. dr Janka Tahovića.¹ Za to vreme, bio je to vrlo moderan udžbenik koji je imao nekoliko celina. U uvodnom delu izlagano je o pojmu i predmetu kriminologije i ukazano na njeno mesto u sistemu krivičnih nauka. Zatim se daje pregled sadržine kriminoloških učenja i kriminoloških škola (materija je podeljena u nekoliko celina: I – Razvoj kriminoloških doktrina do pojave kriminoloških škola; II – Razvoj kriminoloških doktrina, pojava i razvoj kriminoloških škola – antropološka, pozitivistička i biološka shvatanja i istorijski materijalizam; III – Sistematika savremene kriminologije. Ovde se izlaže o sociološkom i biološkom proučavanju kriminaliteta (pojam i metodologija kriminalne sociologije i biologije), kao i o društveno-ekonomskim uslovima razvoja ličnosti krivca. Autor je kriminologiju smatrao naukom o kriminalitetu kao realnoj pojavi.

Decenijama najuticajni udžbenik ne samo u Srbiji, nego i na prostorima ranije Jugoslavije bio je onaj autora prof. dr Milana Milutinovića (šest uzdanja, prvo 1969., poslednje 1990. godine).² U početku, udžbenik je imao poglavlja u kojima je obrađivana problematika iz kriminalne politike i penologije, da bi od petog izdanja ta materija bila izostavljena budući da je autor u međuvremenu objavio kao posebne udžbenike Penologiju (1977.) i Kriminalnu politiku (1984.). Udžbenik Kriminologija sastoji se iz tri dela: I – Uvod u kriminologiju (Pojam i predmet kriminologije; Metodi kriminologije; III – Istorijski razvoj i savremeno stanje kriminološke misli); II – Kriminalna fenomenologija (Istorijske, vremenske i druge karakteristike kriminaliteta; Neki osnovni tipovi kriminaliteta); III – Kriminalna etiologija (Koreni kriminaliteta – opšti uzroci; Neposredni činioci kriminalnog ponašanja – kriminogeni faktori; Neposredni sociogeni faktori; Ličnost delinkventa, endogeni faktori kriminalnog ponašanja). Što se same kriminologije tiče, autor je nije izričito definisao, a smatrao je naukom koja se bavi kriminalitetom kao masovnom pojavom i pojedinačnim kriminalnim ponašanjem.

Prvi udžbenik objavljen u Srbiji posle knjige prof. Milutinovića bio je rad prof. dr Đorđa Ignjatovića (prvo izdanje 1992., deveto 2008.). Autor je u nastojanju da integriše osnovna kriminološka saznanja definisao kriminologiju kao „samostalnu nauku koja, koristeći saznanja i istraživačke postupke nauka o čoveku i društvu, empirijski proučava kriminalni fenomen tj. zločin, njegovog izvršioca i žrtvu, kriminalitet i način na koji društvo reaguje na kriminalno ponašanje. Dakle u njen predmet (kriminalni fenomen) uključeni su i učenje o žrtvama i suzbijanje kriminaliteta delovanjem pre svega subjekata formalne socijalne kontrole. U skladu sa tom koncepcijom, izvršena je i sistematika materije u udžbeniku koji ima pet osnovnih celina: Uvod; I – Pojam i predmet kriminologije; II – Metodi kriminologije; III – Teorije u kriminologiji; IV – Tri dimenzije kriminalne pojave (fenomenološka, etiološka i viktimoška); i V – Socijalna reakcija na zločin i kriminalitet.”³

1 Tahović J. /1946/: *Kriminologija*, beleške po predavanjima u školskoj 1945/46 godini, Beograd.

2 Milutinović M. /1990/: *Kriminologija*, Beograd.

3 Ignjatović Đ. /2008/: *Kriminologija*, Beograd.

U udžbeniku *Kriminologija* autorki Slobodanke Konstantinović i Vesne Nikolić (prvo izdanje 1997., drugo 2003.) ova nauka je određena kao „samostalna, teorijsko empirijska, interdisciplinarna društvena nauka o fenomenološkim karakteristikama i uzrocima kriminaliteta kao masovne društvene pojave i kriminalnog ponašanja kao pojedinačne pojave, sa ciljem njegovog objašnjenja i suzbijanja”.⁴ Materija je izložena u sledećim celinama: I – Pojam, predmet, podela i metodi kriminologije; II – Mesto kriminologije u sistemu društvenih nauka; III – Kriminalna fenomenologija; IV – Etiologija kriminaliteta; V – Viktimološki pristup objašnjenju kriminaliteta.

U delu *Kriminologija s penologijom* prof. dr Milo Bošković određuje kriminologiju kao nauku koja proučava krivično delo, njegovog izvršioca i kriminalitet kao društvenu pojavu i sistematizuje izlaganje u nekoliko celina: I – Pojam kriminologije i razvoj kriminološke misli; II – Teorijske osnove etiologije kriminaliteta; III – Kriminogeni faktori (unutrašnji i spoljni faktori).⁵

Udžbenik *Kriminologija sa socijalnom patologijom* dr Zlatka Nikolića objavljen je 2000. godine u Beogradu.⁶ Knjiga je podeljena u dva dela od kojih se u prvom izlaže o kriminološkim problemima: I – Pojam i predmet kriminologije; II – Metodologija kriminologije; III – Istorijski razvoj i aktuelno stanje u kriminologiji; IV – Kriminalitet i društvena struktura (etiologija kriminaliteta); V – Pojavni oblici (fenomenologija) kriminaliteta; VI – Žrtve kriminalnih delikata (viktinologija); VII – Suzbijanje kriminaliteta. Autor smatra da je za određenje kriminologije sasvim dovoljno navesti kako je to nauka o kriminalitetu, i da je „svako drugo tumačenje i definisanje predmeta kriminologije samo potreba autora da po svaku cenu bude originalan”.⁷

1.3. Prevodi kapitalnih tekstova iz kriminologije

Kada se radi o prevodima kriminoloških tekstova, situacija u Srbiji je nezadovoljavajuća. Ako izuzmemo poznate prevode koje je u vreme dok je predavao u Sarajevu priredio prof. dr Dragoljub Dimitrijević, postoje samo još nekoliko sistematskih dela prevedenih na srpski jezik. Godine 1963. Institut za uporedno pravo izdao je prevod knjige Marca Ancela *Nova društvena odbrana* (autori prevoda prof. dr Miodrag Jovičić i prof. dr Ljubiša Lazarević),⁸ a 1991. Institut za kriminološka i sociološka istraživanja objavio je rad istog autora *Društvena odbrana* (prevod sa francuskog prof. dr Obrad Perić).⁹ Uz još jedan kraći rad Cesare Lombrosoa,¹⁰

4 Konstantinović S., Nikolić V. /2003/: *Kriminologija*, Niš.

5 Bošković M. /2000/: *Kriminologija s penologijom*, Novi Sad.

6 Nikolić Z. /2000/: *Kriminologija sa socijalnom patologijom*, Beograd.

7 *Kriminologija* je figurisala u nazivu još jednog udžbenika. U pitanju je knjiga prof. dr Žarka Jašovića, ali ona ovde nije predstavljena jer se njen autor bavio samo jednim oblikom kriminaliteta – onim koji vrše maloletnici –v.: Jašović Ž. /1983/: *Kriminologija maloletničke delinkvencije*, Beograd.

8 Ancel M. /1963/: *Nova društvena odbrana* (prevod), Beograd.

9 Ancel M. /1991/: *Društvena odbrana* (prevod), Beograd.

10 Lombroso C. /1993/: *Grafologija* (prevod), Beograd.

tri dela Emila Durkheima¹¹ i knjiga Hansa Tocha,¹² Michela Foucaulta¹³ i Stanley Cohena¹⁴ to bi bilo sve što je od knjiga sa kriminološkom tematikom prevedeno u Srbiji.¹⁵

Da bi se popunila ta praznina prof. dr Đorđe Ignjatović je 1997. u saradnji sa nekoliko prevodilaca priredio hrestomatiju *Kriminološko nasleđe* u čijem prvom izdanju je sadržano 25 kriminoloških tekstova koji se mogu smatrati klasičnim: od predstavnika Klasične škole (Beccaria, Bentham), preko predstavnika pozitivističke orijentacije u kriminologiji (Quetelet, Lombroso, Ferrero, Garofalo, Ferri, Tarde, Durkheim, Bonger, Shaw and McKay, Sellin, Sutherland, Merton, A. Cohen, Cloward and Ohlin), kao i predstavnika teorija socijalne reakcije (Gramatica, Ancel, Becker, Lemert, Wheel and Cottrel, Chapman, Taylor, Walton and Young, Hulsman, Klein). U drugom izdanju hrestomatije (Beograd, 2002) nalaze se još pet prevedenih tekstova (autori Sykes and Matza, Reckless, Hirshi, L. Cohen and Felson, Braithwaite). U trećem, još četiri teksta (Wolfgang and Ferracututi, Chambliss, Cordella, S. Cohen).¹⁶

1.4. Časopisi

Najznačajniji časopis za kriminologe u Srbiji je Revija za krivično pravo i kriminologiju koja izlazi od 1963. godine. U početku, bila je časopis Jugoslovenskog udruženja za kriminologiju i krivično pravo, a sada Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu.

Institut za kriminološka i sociološka istraživanja izdaje svoj Zbornik, Viktimološko društvo Srbije izdaje od 1998. časopis *Temida* u kome se u tematskim brojevima objavljuju pre svega tekstovi iz oblasti viktimologije; Fakultet za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju publikuje Defektološke sveske, Kriminalističko-policijska akademija časopis *Nauka – bezbednost – policija*. Nevladina organizacija Centar za bezbednosne studije od ove godine izdaje *Reviju za bezbednost*. Tekstove iz ove oblasti objavljuju i drugi časopisi iz oblasti društvenih nauka: *Arhiv za pravne i društvene nauke*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, *Pravni život*, *Sociološki pregled*, *Sociologija* i drugi.

2. ISTRAŽIVAČKI SEKTOR

Osnovna istraživačka ustanova usmerena na kriminološka istraživanja je Institut za kriminološka i sociološka istraživanja osnovan 1960. godine u Beogradu pod nazivom: *Institut za kriminološka i kriminalistička istraživanja*. Godine 1971. Institut

11 Durkheim E. /1963/: *Pravila sociološke metode* (prevod), Beograd; Durkheim E. /1997/: *Samoubistvo* (prevod), Beograd; Durkheim E. /1972/: *O podeli društvenog rada* (prevod), Beograd.

12 Toch H. /1978/: *Nasilnici*, Beograd.

13 Foucault M. /1997/: *Nazirati i kažnjavati – rođenje zatvora* (prevod), Beograd.

14 Koen S. /2003/: *Stanje poricanja – znati za zlodela i patnje* (prevod) Beograd.

15 U međuvremenu, u ediciji *Crimen* koju izdaje Pravni fakultet u Beogradu objavljena je na srpskom čuvena knjiga Jeana Pradela *Istorija krivičnih doktrina* koju je preveo prof. dr Obrad Perić.

16 Ignjatović Đ., ed /2006/: *Kriminološko nasleđe*, Beograd.

se spaja sa Sociološkim institutom Srbije i dobija naziv: *Institut za kriminološka i sociološka istraživanja*. Institut je u vreme osnivanja bio jedna od najuglednijih ustanova te vrste ne samo na području ranije Jugoslavije, nego i u ovom delu Evrope. Institut je bio organizator više međunarodnih skupova među kojima i svetskog kongresa kriminologa 1973. godine na kome je uvodni referat imao prof. Milan Milutinović. Institut je bio rasadnik vrhunskih kadrova od kojih je veliki deo nastavio naučnu karijeru na akademskim ustanovama širom tadašnje države.

Osamdesetih godina prošlog veka Institut postepeno dolazi u krizu koja je pre svega izazvana nedostatkom sredstava. Ideja da će ovakva institucija moći da na tržištu obezbedi sredstva za rad bila je jedna od zabluda ili se radilo o osećanju onih koji su donosili odluke da im rezultati kriminoloških istraživanja nisu potrebni. Institut se dovijao obezbeđujući sredstva na razne načine, od kojih je jedan bio organizovanje naučnih savetovanja. Do 2006. ona su održavana u Budvi („Budvanska škola prava”), a 2007. i 2008. godine savetovanja su održana na Paliću. Navešćemo teme savetovanja koja je Institut organizovao poslednjih godina: Privredni kriminalitet (2001); Delikti nasilja (2002); Strategija državnog reagovanja protiv kriminala (2003); Teški oblici kriminala (2003), Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja (2005); Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi (2006); Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija (2007); Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta (2008).

Trenutno kadrovi Instituta su angažovani na petogodišnjem projektu (2006-2010) Prevencija kriminala i socijalnih devijacija koji finansira Ministarstvo za nauku; do 2007. godine Projektom je rukovodio dr Dobrivoje Radovanović, a od tada njime rukovodi dr Marina Blagojević.

Istraživanjem u ovoj oblasti bavi se i Institut za uporedno pravo iz Beograda. Poslednjih godina, taj Institut imao je nekoliko projekata koji su povezani sa kriminološkom problematikom. Tako je od jula 2001. do avgusta 2002. realizovan projekat pod nazivom: *Compatibility of the Yugoslav Law with the European Convention on Human Rights*, koji je finansirala Swiss Agency for Development and Cooperation (SDC). Takođe, od marta do juna 2007. realizovan je projekat *Comparative Analysis Research on Temporary Residence Permits Legal Instruments Established in the Western Balkan Region*, koji je finansirala International Organization for Migration (IOM). Ovaj drugi projekat je od značaja za zaštitu žrtava trgovine ljudima i za efikasnije gonjenje učinilaca krivičnih dela u zemljama destinacije.

Istraživači na Institutu za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta u Beogradu rade na petogodišnjem (2006-2010) projektu Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja (rukovodilac Projekta prof. dr Đorđe Ignjatović) koji finansira Ministarstvo nauke Srbije. Kao rezultat njihovog rada objavljen je zbornik pod istim nazivom u kome se nalazi 22 priloga od kojih su devet na stranim jezicima (jedan na francuskom, ostali na engleskom).¹⁷

Na Kriminalističko-policijskoj akademiji u Beogradu takođe se vrše istraživanja koja uglavnom finansira Ministarstvo unutrašnjih poslova. U periodu od 2003-2005. na Akademiji je sprovedeno istraživanje Kriminalitet kojim se ugrožava bez-

17 Ignjatović Đ., ed /2007/: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja – I deo*, Beograd.

bednost pripadnika policije,¹⁸ kao i istraživanje o prevenciji kriminaliteta. Saradnici na ovoj visokoškolskoj instituciji su trenutno angažovani na istraživanju u okviru petogodišnjeg (2006-2010) projekta Sprečavanje i suzbijanje savremenih oblika kriminaliteta (rukovodilac prof. dr Milan Milošević) koji finansira Ministarstvo za nauku Srbije. U zborniku pod istim nazivom objavljeni su prvi rezultati rada istraživačkog tima.¹⁹

Kako se iz navedenog može videti, najveći broj kriminoloških istraživanja u Srbiji finansira se sredstvima Ministarstva za nauku. Vrlo je malo projekta koje naručuju privatne organizacije ili državni organi. To znači da istraživači i institucije u kojim rade nisu naterani da se ponašaju u tržišnom duhu, što naravno ima dobrih i loših strana. Dobre su to da nisu pod pritiskom naručilaca projekta, mogu objektivno da proučavaju svoj predmet, s druge strane – kao i u slučajevima akademskih istraživanja u svetu, određivanje predmeta istraživanja zavisi isključivo od interesovanja naučnika i njegovi rezultati ne moraju biti od značaja za praksu pravosudnih organa i drugih subjekata angažovanih u kontroli kriminaliteta.

3. PROFESIJA KRIMINOLOG

3.1. Udruženja

Šezdesetih godina osniva se u Beogradu Jugoslovensko udruženje za kriminologiju i krivično pravo koje je održavalo redovna godišnja savetovanja, svake godine u drugoj republici tadašnje SFRJ. Sa raspadom zemlje, ono je preraslo u Udruženje za kriminologiju i krivično pravo Srbije i Crne Gore, da bi od 2005. ponelo naziv Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu. Nezavisno od toga što se naziv udruženja menjao, što se kriminologa tiče, problem je bio u tome što je to ipak prevashodno bilo udruženje pravnika krivičara koji su dominirali u njegovom sastavu.

Zbog toga je na sednici Predsedništva Udruženja koja je održana novembra 2005. doneta odluka da se u okviru udruženja formira Kriminološka sekcija. Tako su kriminolozi po prvi put u Srbiji dobili svoje udruženje. Njegovi ciljevi su: razvoj kriminologije i srodnih naučnih disciplina; poboljšanje kvaliteta kriminoloških istraživanja; i podizanje naučnog i istraživačkog podmlatka u oblasti kriminologije.

Aktivnosti Sekcije obuhvataju:

- 1) organizovanje naučnih skupova, okruglih stolova i tribina o aktuelnim kriminološkim pitanjima i o predlozima zakona iz krivične oblasti;
- 2) promocija knjiga i drugih publikacija iz oblasti kriminologije;
- 3) organizovanje javnih predavanja domaćih i inostranih kriminologa;
- 4) zalaganje da kriminologija dobije zasluženi status na visokoškolskim ustanovama.

Članovi udruženja mogu biti kako građani Srbije (redovni članovi), tako i strani državljanima koji su doprineli razvoju kriminologije (počasni članovi). Pretpostav-

18 Prvi rezultati ovog istraživanja prikazani su u dva teksta objavljena u časopisu *Nuka-bezbednost-policija* u brojevima 2 i 3 za 2006. godinu.

19 Krivokapić V. et al., eds. /2006/: *Sprečavanje i suzbijanje savremenih oblika kriminaliteta*, Beograd.

ka za učlanjenje u Kriminološku sekciju je prihvatanje svih odredaba Etičkog kodeksa kriminologa. Svrha tog Kodeksa je da pruži neka uputstva istraživačima koji treba da postupaju u skladu sa ciljevima Sekcije i da razvijaju i promovišu najviše etičke standarde u kriminološkim istraživanjima. Cilj kodeksa je i da promoviše i podrži dobru praksu. Odredbe Etičkog kodeksa podeljene su u sledeće celine: 1. Opšte odgovornosti; 2. Odgovornost istraživača prema kriminologiji; 3. Odgovornost prema kolegama; 4. Odgovornost prema učesnicima u istraživanju; i 5. Odnosi sa sponzorima.

Pored ovog udruženja, postoje u Srbiji i Viktimološko udruženje i Udruženje penologa. Naročito živu aktivnost razvilo je Viktimološko društvo Srbije, neprofitno udruženje građana osnovano novembra 1997. godine. Jedan od osnovnih ciljeva jeste okupljanje što većeg broja istraživača, stručnjaka i aktivista zainteresovanih da rade na razvijanju viktimologije i unapređenju zaštite žrtava kriminaliteta i kršenja ljudskih prava.

3.2. Ko se može smatrati kriminologom?

Na ovo pitanje najjasniji odgovor daje Poslovnik o radu Kriminološke sekcije srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu koji predviđa više vrsta članova²⁰ koje se mogu svrstati u tri grupe:

1. „akademski kriminolozi“: lica sa akademskim zanimanjem – u stalnom radnom odnosu ili angažovani po ugovoru u nekoj od institucija visokog obrazovanja kao nastavnik ili saradnik na kriminologiji ili srodnim predmetima (pored kriminologije, penologije, kriminalne politike, društvenih devijacija, sociologije krivičnog prava, sudske psihologije i psihijatrije i drugih);

2. „istraživači praktičari“: lica u stalnom radnom odnosu ili angažovana po ugovoru u nekoj od organizacija ili institucija koje se bave istraživanjima u oblasti kriminologije, krivičnog pravosuđa ili navedenih srodnih oblasti (uključujući i vladine, policijske i istraživačke ustanove koje rade za organe lokalne samouprave ili službe socijalne zaštite), i

3. „mladi kriminolozi“: studenti dodiplomskih i poslediplomskih studija koji na visokoškolskim ustanovama proučavaju kriminologiju i navedene srodne discipline. Kao podsticaj razvoju naučnog podmlatka koji se regrutuje iz ove poslednje kategorije, Sekcija je uvela nagradni temat koji se raspisuje na dve godine i na kome pravo učešća imaju studenti mlađi od 25 godina koji pohađaju odgovarajući smer visokoškolske ustanove u Srbiji na kojoj se kao nastavni predmet izučava kriminologija. Ove godine tema nagradnog temata bila je: Primenljivost kriminoloških ideja u kontroli kriminaliteta u našim uslovima.

3.3. Tematika kriminoloških radova

Kada se radi o temama kojima se kriminolozi u Srbiji bave, treba odmah istaći da se one u velikoj meri poklapaju sa onima u drugim državama u tranziciji. Osim

20 Predviđena je i jedna kategorija članova koji bi se mogli nazvati „ljubitelji kriminologije“ (u Pravilniku stoji da je to „svako ... lice koje izražava interesovanje za kriminologiju ili srodne discipline, a ne može se svrstati u neku od prethodnih kategorija“), ali se tu očigledno ne radi o kriminolozima – v. na internet adresi: <http://kriminolog.sekcija.tripod.com/>

toga, postoji očito više izraženo interesovanje za jedan krug tema, dok su neke očito zanemarene. Tako se posle dominantnih tema kakve su u sedamdesetim i osamdesetim godinama prošlog veka dominirale (maloletnička delinkvencija i narkomanija), sada može zapaziti veći broj radova iz sledećih oblasti: trgovina ljudima, korupcija, organizovani kriminalitet, prava čoveka, terorizam, nasilje u porodici i nasilnički kriminalitet uopšte, kompjuterski kriminalitet i sl.²¹

Sa druge strane, čitav niz aktuelnih kriminoloških tema nije do sada obrađen u literaturi na odgovarajući način. Kao da se u Srbiji nije odvijala „divlja, otimačka” privatizacija u kojoj su ogromna društvena sredstva prešla u ruke manjeg broja ljudi bez prave naknade. Svojsinska struktura je promenjena, ogroman broj ljudi je preko noći ostao bez igde ičega, ali to za kriminologe nije bio dovoljan izazov.

Kriminalitet belog okovratnika takođe, a posebno onaj njegov deo kod koga se u cilju maksimiranja profita zaposleni ne snabdeavaju nužnom opremom za zaštitu, zbog čega godišnje u Srbiji na radnom mestu strada na desetine ljudi. Još veći problem – ekološki kriminalitet takođe bi tek trebalo da se istraži jer ekološki incidenti povremeno dobijaju dramatične razmere.

Kao što se vidi, očit je nedostatak onih istraživanja koja bi ujedinila znanja kriminologa i drugih specijalista (pre svega ekonomista i eksperata za zaštitu na radu i zaštitu čovekove okoline). Osim toga, postoji potreba za višedisciplinarnim pristupom još nekim tipovima kriminaliteta kao što su dela kojima se ugrožava zdravlje ljudi i niz delatnosti vezanih za upotrebu novih tehnologija.

Na kraju, može se postaviti i pitanje: postoje li u kriminologiji u Srbiji tzv. tabu teme, one o kojima se ne može pisati? Odgovor je nesumnjivo odrečan: ni jedan kriminološki problem nema takav tretman da bi istraživaču bilo ko sugerisao da ga izbegava: čak i kada su u pitanju takve teme koje tradicionalno izazivaju podozrenje kod nosilaca vlasti kakve su delikti zloupotrebe moći, ratni zločini, pobune u kaznenim zavodima i slične.

Postoji, međutim jedan drugi problem: to je autocenzura. Jedan broj kriminologa verovatno izbegava „vruće teme” ili navođenje pravih rezultata do kojih su došli (naročito kada se radi o evaluacionim istraživanjima izvršenim na poziv pravosudnih organa) jer bi oni mogli odvratiti naručioca istraživanja da nastavi saradnju u budućnosti. Međutim, ovaj problem nije karakterističan samo za našu sredinu i on se mora rešavati između ostalog i podizanjem profesionalnog ugleda kriminologa.

3.4. Teorijske orijentacije kriminologa u Srbiji

Navođenje sadržaja novijih udžbenika iz kriminologije imalo je za svrhu da pomogne u formiranju slike ne samo o tome kako se u radovima kriminologa u Srbiji shvata sam pojam kriminologije, nego i da ukaže na teorijsko usmerenje njihovih autora. Iz navedenog se može videti da je period u kome se smatralo da je samo jedna teorijska orijentacija u ovoj nauci moguća već duže od jedne decenije iza nas.

21 Te se teme mogu nazreti i iz naslova savetovanja održanih poslednjih godina u Srbiji. S druge strane, navođenje čak i sumarnog popisa radova koji tretiraju navedenu problematiku veoma bi povećalo predviđeni obim rada, a i sam izbor bi bio nepravedan prema autorima nepomenutih radova.

Shvatanja ranijih autora koji su prikazivali aktuelno stanje kriminološke misli u svetu, a onda konstatovali da jedino istorijski materijalizam nudi prave odgovore na sve probleme kriminaliteta i njegove kontrole sada jednostavno ne bi mogla da se održe.

S druge strane, ne postoji ni neka druga teorijska orijentacija koja bi se mogla smatrati dominantnom. Kriminolozi u Srbiji se pre opredeljuju za to da, u zavisnosti od toga kojim kriminološkim problemom se bave traže adekvatnu teorijsku osnovu za njegovo objašnjenje. Naravno, radi se prevashodno o teorijama autora sa Zapada, pre svega oni sa anglosaksonskog govornog područja.

Navešćemo jedan primer: kada u postsocijalističkoj Srbiji objašnjavaju stanje kriminaliteta (njegova stopa nije istina značajno porasla, ali su se zato veoma umnožili najopasniji vidovi kriminalne aktivnosti) kriminolozi u ovoj sredini rado kao teorijski okvir za objašnjenje koriste teoriju rutinske aktivnosti (A Routine Activity Approach) L. Cohena i M. Felsona. Slično je i u drugim slučajevima i u tom pogledu ne bi se moglo reći da postoje nekakvi suprotstavljeni teorijski koncepti, a još manje ideološka neslaganja. Čak i kada se za objašnjenje nekih događanja u ekonomskoj sferi koriste postavke istorijskog materijalizma, to je samo jedno od mogućih tumačenja, a nikako jedini i teorijski okvir.

4. KRIMINOLOGIJA DANAS I NJENA BUDUĆNOST

Pre svega, statusom i uticajem kriminologije u Srbiji danas ne možemo biti zadovoljni. Marginalizovana na razne načine (od kojih je o nekima već bilo reči), ona je trenutno važan predmet u obrazovanju pravnika, sociologa, specijalnih pedagoga i stručnjaka za bezbednost. U pogledu istraživanja, od nje se očekuje da – ako se već upusti u analizu prakse pravosudnih organa – ne stvara nevolje.

To je jedan od razloga zašto se kriminolozi često zaobilaze ne samo prilikom evaluacije pojedinih rešenja, nego i u postupku donošenja novih zakona iz oblasti kontrole kriminaliteta. Praksa da u stvaranju prava budu izbegnuti oni koji mogu kritikovati pojedina rešenja razvijena je u Srbiji do savršenstva. Komisije za pripremu predloga teksta zakona sastavljene bez vrhunskih stručnjaka, javna rasprava na koju se pozivaju samo oni koji se slažu – sve je to imitacija demokratske procedure stvaranja prava. Zato je toliko zakona koji se menjaju pre no što stupe na snagu ili sadrže odredbe koje izazivaju konfuziju u pravosuđu i upravi.

Navedeno ne znači da kriminolozi nisu bar delimično doprineli usvajanju određenih rešenja u zakonodavstvu Srbije: zaštita maloletnika, mere protiv nasilja u porodici, kažnjavanje izgreznika na sportskim takmičenjima, niz rešenja kod dela organizovanog kriminaliteta i korupcije dobrim su delom posledica angažovanja kriminologa. Takođe, ova nauka doprinela je boljem razumevanju stanja kriminaliteta u Srbiji u javnosti i smanjenju straha od njega. Građani su uglavnom pravovremeno obaveštavani o kretanju onog kriminaliteta koji kod njih izaziva najviše zabrinutosti.

Šta će se sa kriminologijom događati dalje? Na to pitanje je teško u ovom trenutku dati odgovor. Niti će kriminaliteta nestati sa razvojem društva (kao što su maštali utopisti), niti je njegovu buduću strukturu moguće prognozirati. Ne samo

tehnološki razvoj, nego i društvena kretanja od kojih je mnoge nemoguće predvideti doprinose napred navedenoj konstataciji. Kakve će posledice ostaviti dalje devastiranje čovekove sredine, nove tehnologije, velike migracije koje su izmešale nacije, rase i kulture do neslućenih razmera – možemo samo pretpostaviti. U to da će razvoj nauke (posebno onih o čoveku i njegovoj psihi) dovesti do lakšeg manipulisanja ljudskim ponašanjem i time otkloniti većinu neprihvatljivih ponašanja iz društva – takođe je teško poverovati.

Pre ćemo u budućnosti biti svedoci transformacije kriminalne aktivnosti u pravcu novih danas nepoznatih oblika protivdruštvenog ponašanja i prilagođavanja kriminologije takvom stanju. Naravno, menjaće se i odgovor sredine na takva dela. U tom stalnom naporu da kontroliše kriminalna ponašanja, društvo ni u jednom trenutku ne sme zaboraviti da se efikasna kontrola ne sme vršiti na štetu prava čoveka. Dakle, ni suzbijanje najtežih krivičnih dela ne sme se vršiti na nelegitiman način. Dužnost je kriminologa da stalno ukazuju na činjenicu (bez obzir da li se i kome ona sviđa) da se kontrola kriminaliteta ne sme vršiti na bilo koji način, makar on bio i delotvorniji od striktnog poštovanja prava čoveka.

SUMMARY

Dorđe Ignjatović, Ph.D.

Full Professor at the Faculty of Law, Belgrade

STATUS OF CRIMINOLOGY IN SERBIA

The paper is divided in several sections. Introduction provides a short account on progress of criminology in Serbia and is an attempt to connect it to overall social development. Status of criminology as a scientific branch explored on universities in Serbia is illustrated in the first section (listed are basic sources that provide basic information; such as textbooks, translations of prestigious works and magazine editions). The second section presents the most important research institutions and the projects that they are engaged on. *Criminologist by Profession* is the title of the third section which treats the following subjects: who can be considered a criminologist (grouped as *academic*, *practical researchers* and *young criminologists*), criminology associations in regard to research subjects (it was noted that high interest is present for certain subject matter whilst others, more important, have been neglected), and theoretical orientation of criminologists in Serbia (conclusion is that there is no major theoretical frame nor theoretical or ideological discrepancy between them). Finally, fourth section gives the evaluation of criminology status in Serbia and its future development. In brief, the present situation is not satisfactory and, as far as the future is concerned, the crime direction is unpredictable and therefore it is difficult to make any assumptions. However, it is without doubt that criminologists at present and in the future must apply reaction efficiency principals with high regard for human rights.

Key words: criminology, Serbia, profession criminologist, transition, human rights

Đorđe Lazić, Ph.D.
Full Professor at the Faculty of Law, Belgrade

THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY OF CRIMINAL PROSECUTION AND THE INTERNATIONAL LEGAL STANDARDS

Abstract: One of the most important calls in the reform of the Serbian Law on Criminal Procedure (LCP) from 2001 was the call to make it more efficient, faster and economical. The Committee of Ministers Recommendation R (87) 18 is significant for responding to this demand; it deals with the simplification of criminal legislation and especially the part on discretionary criminal prosecution (the opportunity principle).

The Recommendation expects member states to expand discretionary prosecution and devise measures with the same aim. The LCP is in accordance with this requirement since it brought a significant expansion of the opportunity principle (or discretionary prosecution) compared to the previous LCP from 1976. It was first introduced in proceedings against adults for acts for which the envisaged punishment is up to three years of imprisonment in two forms: adjourning a criminal prosecution (Art. 236) and waiving criminal charges due to the suspect's true repentance, compensation of damage and assessment that a criminal sanction would not be just (Art. 237). The expansion of discretionary prosecution was especially expanded in the criminal proceedings against juveniles.

The recommendation envisages that criminal proceedings can be not only waived for discretionary reasons, but also discontinued. The LCP, however, does not recognize this possibility, although it seems useful. Exceptionally, and only in proceedings against juveniles, the possibility of discontinuing proceedings for discretionary reasons is allowed.

The recommendation envisages clearly specified legal reasons which need to be fulfilled for discretionary waiving and discretionary discontinuation of proceedings in order to prevent possible abuses. The LCP is not always in line with this requirement. For example, adjourning of criminal prosecution (art. 236) does not envisage any conditions to be fulfilled, the existence of which a public prosecutor should assess in order to decide whether to adjourn criminal prosecution. In case of proceedings against juveniles, reasons for discretionary waiving of criminal proceedings are enhanced and are completely in accordance with the Recommendation requirements.

The Recommendation envisages not only the possibility of waiving and discontinuation for discretionary reasons, but also conditional waiving of criminal proceedings and conditional discontinuation (suspension) of proceedings. The LCP is partly in line with this requirement. Conditional waiving of proceedings is envisaged in case of adjourning a criminal prosecution (Art. 236). However, conditional discontinuation of criminal proceedings for discretionary reasons is not envisaged in criminal prosecution of adults, as is not unconditional discontinuation of proceedings for discretionary reasons. In proceedings against juveniles, however, the possibility of conditional discontinuation of instituted criminal proceedings (by court) is also envisaged.

Keywords: criminal procedure, opportunity principle, international standards, discretionary prosecution.

One of the most important and most commonly voiced demands concerning the upcoming reform of the Law on Criminal Procedure from 2001¹ is the requirement to make it more efficient, faster and economical and thus more useful for the individual, state and society. Some relevant international legal standards can be of help and are also binding to a certain extent. One of the documents is the Recommendation R (87) 18 issued by the Committee of Ministers of the Council of Europe² sent to member states (18 in total) concerning the simplification of criminal legislation. The Recommendation does not have explicit binding power, but certainly has extensive legal significance, since it represents a legal standard to be observed by all member states of the Council of Europe (of which Serbia is also a member). The recommendation covers broadly three groups of questions which are further elaborated in their provisions: discretionary prosecution; simplification of procedures for minor criminal offences and simplification of ordinary judicial procedures for non-minor offences. With respect to the first question of discretionary criminal prosecution, generally speaking the Recommendation advocates the extension of this option, the introduction of some other measures with the same aim, the possibility of not only discretionary initiation but also discretionary discontinuation of criminal proceedings, as well as a conditional initiation and conditional discontinuation of proceedings for discretionary reasons and subject to the fulfillment of relevant conditions. The paper will look into the question of discretionary criminal proceedings, as regulated by the Committee of Ministers Recommendation R (87) 18 to establish whether Serbian Law on Criminal Procedure is in accordance with the Recommendation, and if not, how it can be brought in line with it.

1. THE EXTENSION OF THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY

The request for discretionary prosecution (which follows the principle of opportunity of criminal prosecution) was proclaimed under number I a.i.b. of the Recommendation, and further elaborated and specified in points 1 – 12.³ Fundamentally it is aimed at alleviating negative consequences of the absolute application of the principle of mandatory criminal prosecution which demands the obligatory institution of criminal proceedings whenever a public prosecutor assesses that there is reasonable suspicion that a criminal offence has been committed, whereby he cannot assess (with discretionary right) if criminal prosecution in the specific case would be opportune, expedient and useful. The advantage of discretionary prosecution is that it is more cost-effective, faster and simpler as a way of solving easier cases (petty offences) when circumstances allow it, which, in turn, leads to freeing up of

1 „The Official Gazette of the FR of Yugolsavia” no. 70/01, 68/02 and „The Official Gazette of the Republic of Serbia” no. 58/04, 85/05, 115/05 i 46/06.

2 The Recommendation was adopted by the Committee of Ministers at the 410th session held on September 17th 1987 at the level of Minister Deputied. The Recommendation text was published in the book of ”The Collection of selected Recommendations of the Council of Europe”, the Council of Europe, Belgrade, 2004, p. 9-20.

3 Ibid, pp. 10 -12.

the courts. However, a shortcoming of this solution is that it violates the principle of citizen equality before the law, the principle of equity, and leaves scope for abuse. The scope for abuse is especially worrying in countries with an undeveloped democratic tradition and countries in transition with a turbulent and changing social situation. Each citizen must be able to believe that everybody who violates the norms of a criminal law will be criminally prosecuted, and that prosecution will not depend on political, financial or some other power and influence of the individual under investigation.

The Recommendation envisages that the principle of discretionary prosecution should „be introduced or its application extended wherever historical development and the constitution of member states allow; otherwise, measures having the same purpose should be devised.” (I.a. point 1).⁴

Serbian Law is in accordance with this Recommendation requirement. Thus, the new Law on Criminal Procedure adopted in 2001 significantly expanded the principle of opportunity (or discretionary prosecution) compared to the previous Law on criminal procedure from 1976. Discretionary prosecution for adults was first introduced for minor offences (with an envisaged punishment of up to three-year imprisonment) in two cases. The first case represents the possibility of adjourning criminal proceedings (article 236), and the second case the possibility of dropping criminal charge due to the suspect’s true repentance, damage compensation and assessment that a criminal sanction would not be just (article 237).

The expansion of discretionary prosecution is especially significant in criminal proceedings against minors. According to the 2001 Law on Criminal Procedure, discretionary prosecution of a minor was possible (under certain conditions) only for criminal offences for which the envisaged punishment was up to three-year imprisonment (Art. 480 point 1 of the Law on Criminal Procedure). However, according to the new Law on Juvenile Offenders and Criminal Legal Protection of Minors,⁵ which came into force on the 1st January 2006, the application of the principle of opportunity of criminal prosecution against minors was significantly expanded to include all criminal offences for which the envisaged punishment is up to five years of imprisonment (Art. 58 point 1).

The new Law on Juvenile Offenders also introduces a new possibility for the application of opportunity of criminal prosecution (which was absent in the previous criminal procedure against juvenile offenders), and that is a conditional waiving of criminal proceedings (analogous to the postponement of criminal prosecution against adults). Similarly, article 62 of this law envisages that a public prosecutor for juvenile offenders can decide not to start criminal proceedings against a juvenile offender (although there may be a reasonable suspicion that he committed a criminal offence) if both the minor and his or her parents agree that the minor will perform one or several correctional tasks set by the public prosecutor for juvenile offenders. There are three correctional tasks that can be set in this case (in accordance with ar-

4 Ibid, pp. 10.

5 „The Official Gazette of the Republic of Serbia” no. 85/20005 from 6th October 2005.

article 62, point 1) those from article 7, paragraph 1, points 1 – 3: settlement with the injured party, regular school or work attendance and community service.

It should be emphasized that the new Law on Juvenile Offenders further expands the principle of opportunity of their criminal prosecution by envisaging that this principle can be applied not only by a public prosecutor to decide to waive criminal proceedings against a juvenile offender, but also by the court (or judge for juvenile offenders or judicial council for juvenile offenders) to decide to discontinue initiated proceedings (art. 70). This is an important innovation which has been absent in Serbian law to date. Discretionary prosecution has been further expanded with the introduction of the possibility for the court (judge for juvenile offenders or judicial council for juvenile offenders) to conditionally discontinue proceedings providing a juvenile accepts to fulfill some correctional tasks from article 7, paragraph 1, point 3 of this law: settlement with the injured party, regular school or work attendance or community service (Art. 71). This is a new process, non-existent in Serbian law up to now, which is also in line with the Recommendation R (87) 18 requirements which call for the extension of discretionary prosecution.

2. WAIVING PROCEEDINGS FOR THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY

The Recommendation envisages that discretionary prosecution can be expressed as a decision to waive proceedings for discretionary reasons. „The power to waive ... proceedings for discretionary reasons should be founded in Law (I.a. point 2); „Discontinuation of proceedings can be pure and simple” (I.a. point 6). This represents the usual understanding of the principle of opportunity of criminal prosecution and it is rather broadly accepted by Serbian Law on Criminal Procedure. There are three cases for the application of this principle; two of which are applied in the case of adults, and one in the case of juveniles.

The first case of the application of opportunity principle in criminal prosecution of adults is possible only for criminal acts for which the envisaged punishment is up to three years imprisonment. In this case a public prosecutor can drop criminal charges (in other words he can make a discretionary decision not to start criminal proceedings) if the suspect, due to true repentance, prevents or compensates the damage and if the prosecutor assesses that the pronouncement of criminal sanctions would not be just (Art. 237 of the Law on Criminal Procedure).

The second case for the application of opportunity principle in criminal prosecution of adults is when a public prosecutor can adjourn criminal prosecution (whether he will adjourn prosecution or start proceedings depends on his discretionary assessment), with the courts consent, if the suspect agrees to perform a measure ordered by the public prosecutor (from the list of measures envisaged by the law – to compensate damage, honor the outstanding maintenance dues, pay a certain amount into a humanitarian fund, perform community service, undergo a drug or alcohol rehabilitation program or a psycho-social therapy) (Art. 236 of the Law on Criminal Procedure). Interestingly enough, the second case of discretionary

prosecution is not seen as the application of the opportunity principle by some authors, although the majority of authors agree that this is indisputably so.⁶

The third case of the application of opportunity principle is met in juvenile cases. According to the previous provisions of the Law on Criminal Procedure (Art. 480, par. 1 of the Law on Criminal Procedure),⁷ a criminal act for which the prescribed punishment is no more than three years imprisonment, a public prosecutor was able to waive criminal proceedings, although there was evidence that the juvenile committed a criminal act (reasonable suspicion), if it was believed that it would not be expedient in view of certain circumstances (envisaged by the law) and which he had discretionary right to evaluate: the nature of the criminal act, circumstances in which⁸ the act was committed, previous record of the juvenile, and personal characteristics, according to the new Law on Juvenile Offenders and Criminal Legal Protection of Minors, which came into force on January 1st 2006. The application of the opportunity principle in criminal prosecution against juveniles was considerably expanded into all criminal acts for which the prescribed punishment is up to five years of imprisonment (rather than three as previously set), under the same conditions as defined in previous Law on Criminal Procedure (Art. 58, par. 1).

3. DISCONTINUATION OF PROCEEDINGS FOR THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY

The Recommendation envisages that for discretionary reasons criminal proceedings can be waived, and, if initiated, can be suspended (permanently discontinued). „The power to discontinue proceedings for discretionary reasons should be founded in law (I.a. point 2); „discontinuation of proceedings can be pure and simple” (I.a. point 6); „the law should authorize judges to suspend proceedings conditionally or to discontinue them in accordance with procedures similar to those applied by the police force which are in line with the system of discretionary prosecution” (I.b. point ii). It is noteworthy that the word „suspension” of proceedings as used in the Recommendation does not mean temporary suspension of proceedings (as would be expected from the word „suspension”); instead, it is permanent discontinuation, the same as discontinuation of proceedings for discretionary reasons. It is

6 As we can see in M. Grubač – S. Beljanski: „*New institutes and new solutions in the Law on Criminal Procedure of the FR of Yugoslavia*”, Beograd, 2002, pp. 55: „The extension of opportunity scope, set in the jurisdiction of a public prosecutor, in the first situation it is analogous to conditional verdict, and in the second situation to the conditions for non-existence of a criminal act”. Similarly, O. Cvijovic: „*The Law on Criminal Procedure of the FRY*”, with explanations, Kultura, Beograd, 2002, pp. 128 considers: „The provisions of Articles 236 and 237 are new. They extend the right of a public prosecutor to act upon the principle of opportunity”.

7 „*The Official Gazette of the Republic of Serbia*” no. 85/20005 from 6th October 2005

8 However, the word „suspension” of proceedings, according to Serbian LCP means the opposite, that the proceedings are suspended temporarily and will be continued when reasons leading to the suspension cease to exist. Thus, according to article 254 of the LCP „If it is established that there is only a temporary obstacle to the prosecution of a defendant the council will decide to suspend the investigation” (point 5), and „When the reasons that led to the suspension cease to exist, the investigative judge will continue the investigation” (stav 6).

also worth emphasizing that this is the case of a special measure which has the same goal as discretionary prosecution. Instead of waiving proceedings for discretionary reasons pursuant to the decision of a public prosecutor (opportunity principle), here proceedings are discontinued by the court for discretionary reasons. This specific form of discretionary prosecution (through the possibility of a court discontinuing initiated proceedings for discretionary reasons) represents a solution rarely met in comparative law and which Serbian law does not allow in the case of adults, but only in proceedings against juveniles (according to the new Law on Juvenile Offenders).

Namely, Serbian Law does not allow the possibility of termination of criminal proceedings (if already initiated) for discretionary reasons no matter how important they may be. An investigation may be abandoned if a public prosecutor decides to desist from criminal prosecution (Art. 253 of the Law on Criminal Procedure) or by a decision of a non-hearing judicial council when they resolve on different issues during the investigation (Art. 254 of the Law on Criminal Procedure). In both cases these cannot be discretionary reasons, but only reasons which indicate that a criminal act does not exist at all. There are four groups of such reasons: 1) the act that the suspect is charged with is not a criminal act, 2) a circumstance excludes criminal accountability, 3) a circumstance permanently excludes criminal prosecution (obsolescence, amnesty, pardoning and others) or 4) there is not enough evidence that a criminal act was performed (Art. 254 par. 1 points 1 – 4 of the Law on Criminal Procedure). The reason for such a legal solution is the desire to keep the court's impartiality and political considerations out of a procedure. If a court was allowed to assess reasons for discretionary prosecution, it would mean that the court had taken over the role of a prosecutor and had ceased to be sufficiently objective and independent.

If Serbian law was to introduce the possibility of discontinuing an investigation for discretionary reasons too, this could be achieved in two ways. The first way is to prescribe that a public prosecutor can also withdraw from criminal prosecution for discretionary reasons. The decision would be binding to the court (due to the principle of prosecution) which would have to pass a decision on the proceedings discontinuation. The second way is to prescribe that the non-hearing judicial council whenever deciding on different issues during the investigation can also discontinue the investigation for discretionary reasons.

However, it should be taken into account that discretionary reasons (both for waiving prosecution and for discontinuation of proceedings) can be introduced only for minor cases, that is, for minor criminal offences. The limit for the application of the opportunity principle regarding criminal prosecution in Serbian Law on Criminal Procedure is up to three-year imprisonment for adults. Since these criminal offences are adjudicated in a truncated procedure (without investigation), discontinuation of proceedings for discretionary reasons can be implemented in a different way in accordance with the solutions of a truncated procedure. In a truncated procedure (which is always in jurisdiction of an individual judge) this would be possible either while the judge studies a proposal of charges or during the main hearing. When a judge receives a proposal of charges or a private accusation he examines the following: 1) his own jurisdiction, 2) the need to carry out or expand

some investigative actions, 3) conditions for the dismissal of the proposed charges. The judge will dismiss proposed charges or private accusation if there is a reason to discontinue proceedings during the investigation (when it is revealed that the act is not a criminal act, that a circumstance excludes criminal accountability or criminal prosecution or that there is not sufficient evidence for the case to be made) (Art. 439 and 441 of the Law on Criminal Procedure). Here some provisions could be added indicating that a judge can also dismiss an indictment proposal or private accusation for discretionary reasons. This solution would be unusual in so far that discretionary assessment (opportunity) would rest with the court and not with the public prosecutor (who is primarily connected with the principle of opportunity of criminal prosecution). When a court decides on whether or not to discontinue criminal proceedings for discretionary reasons, it takes over the role of a prosecutor and thus violates the prosecution principle. However, this would be an acceptable exception to the prosecution principle which would be in line with the provisions of the Law on Criminal Procedure according to which a court is already allowed to dismiss criminal proceedings even when this decision is contrary to the public prosecutor's position (hence, contrary to the prosecution principle). Consequently, the non-hearing judicial council can discontinue an investigation, whenever deciding on different issues during an investigation, if they believe that there are legal reasons for this (if the act is not a criminal act, if a circumstance excludes criminal accountability or criminal prosecution, or there is not enough evidence that a criminal act has been committed) (Art. 254 of the Law on Criminal Procedure).

It should be emphasized that nevertheless, Serbian Law allows the real possibility for a court to abandon initiated criminal proceedings for discretionary reasons. According to the previous Basic Law on Criminal Procedure a court was allowed to apply the institute of insignificant social damage (from Art. 8 par. 2) and determine that an act which, although containing all features of a criminal act as defined by the law, represents an insignificant social danger due to a minor significance or minor or non-existent harmful consequences, is not a criminal act. This institute is kept in the new Criminal Law of Serbia, which came into force on January 1st 2006, but under a new name „An Act of Minor Significance” and with somewhat changed conditions. The law envisages that a criminal act is not the act which, although containing all the features of a criminal act, represents an act of minor significance, whereby three conditions are met: that culpability degree is low, that the general purpose of criminal sanctions does not require the pronouncement of criminal sanctions and it is a criminal act for which the prescribed punishment is up to three-year imprisonment or a fine (Art. 18). This possibility could be applied by a public prosecutor while assessing whether or not to initiate a criminal procedure, but also by the court in all those situations in criminal proceedings when deciding if a criminal act has been committed. Whether a criminal act exists or does not exist due to its minor significance (according to Art. 18 of the new Criminal Law) depends on the assessment of a public prosecutor or a court if legal conditions for an act of minor significance are fulfilled. The assessment of these conditions depends in essence on discretionary assessment and in fact it is an expression of a discretionary prosecution.

However, it should be emphasized that Serbian Law makes an exception and allows proceedings to be abandoned for discretionary reasons, but only proceedings against juveniles (according to art. 70 of the new Law on Juvenile Offenders). During the preparatory procedure or after its completion, the law allows a public prosecutor for juveniles to propose to the judge for juveniles to abandon the proceedings if there are reasons for the application of opportunity principle in criminal prosecution from article 58, par. 1 and 3 (Art. 70 par. 1). Two cases are quoted: 1) if it is not expedient to start proceedings against a juvenile for a criminal act for which the prescribed punishment is up to five-year imprisonment, due to the nature and circumstances of the criminal act, previous life and personal characteristics of the juvenile and 2) if it is not expedient to start proceedings for another criminal act if the juvenile is already serving a sentence or facing a correctional measure for a previous act, bearing in mind the severity of the second criminal act and the punishment or correctional measure served by the juvenile for the first act (art. 58, par. 1 and 2).

4. LEGAL REASONS FOR THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY

The Recommendation envisages that discretionary waiving and discretionary discontinuation of proceedings are regulated by precisely determined legal reasons (conditions) in order to avoid possible abuses in waiving or discontinuation of proceedings for discretionary reasons. Thus the Recommendation requires that the „power to waive or discontinue proceedings for discretionary reasons should be founded in law” (I.a. point 2). „This principle should be exercised on some general basis, such as the public interest” (I.a. point 4) When exercising the power the competent body should... be led by the principle of equality for all citizens before the law and individual character of culpability, in particular:

- the severity, nature, circumstances and consequences of a criminal act;
- the personality of the alleged offender;
- probable court sentence;
- the effects of conviction on the alleged offender;
- the victim’s position (I.a. point 5).

To conclude, discretionary reasons for waiving or discontinuation of proceedings result from the assessment of four reasons: 1) public interest, 2) criminal act (nature, circumstances and consequences), 3) offender (personality, culpability and punishment effects) and 4) the victim (his or her position).

With respect to the solutions of Serbian Law on Criminal Procedure regarding the conditions for discretionary waiving of criminal procedure, they cannot be said always to be in harmony with the above said Recommendation requirements. The law does not envisage any conditions for the postponement of a criminal prosecution (Art. 23 of the LCP), the fulfillment of which a public prosecutor is supposed to assess. The decision depends on his fee assessment which need not be substantiated at all. This allows arbitrariness and possible abuses. To reduce such a risk, the changes to the Law on Criminal Procedure from May 2004⁹ introduced the obligation to

9 ”The Official Gazette of the Republic of Serbia” no. 58/2004. from 28th May 2004

seek court accord for the postponement of criminal prosecution. In this way the assessment of postponement justifiability is put under the jurisdiction of another body (court), in addition to a prosecutor, thus the matter is made more objective and less likely to be abused.

True, the second case of discretionary waiving of criminal proceedings (from article 237 of the LCP) envisages certain conditions which must be assessed to reach a decision whether or not to initiate criminal proceedings although there is reasonable suspicion that the suspect has committed a criminal act. So, a public prosecutor can dismiss a criminal charge if he assesses that due to true repentance the suspect has compensated or prevented damage and that the pronouncement of criminal sanctions would be unjust (article 237). A shortcoming of this solution is that it requires no conditions concerning either the criminal act (nature, circumstances and similar) or the offender, except for true repentance (whilst personality, conviction effects and similar are not envisaged). This is, however, partly covered by the requirement that the pronouncement of criminal sanction would not be „just”, but the concept of „justness” is too imprecise a category which cannot be reduced to any one of the discretionary reasons for waiving proceedings envisaged by the Recommendation, nor does it cover them in their totality. Therefore it would be more precise and a better outcome achieved to require the assessment of some circumstances relevant to the act and the offender rather than „justness”.

The reasons for discretionary waiving of criminal procedures against juveniles are better and more comprehensively defined than those governing procedures against adults; they can be said to be completely in line with the requirements from the Recommendation R (87) 18. The previous provisions of article 480 par. 1 of the LCP ruling waiving of criminal proceedings against juveniles required the assessment of the criminal act (nature and circumstances) and personality of the offender (previous life and personal characteristics). The assessment of a victim’s position (injured party) was, rightly, not required, since generally speaking a procedure against juveniles restricts the rights of injured party (for instance there cannot be a private or subsidiary prosecutor). This is so because the injured person cannot be expected to take proper care of the juvenile offender’s personality; however, this consideration is in public interest and represents the purpose of criminal procedures against juvenile offenders.

The new Law on Juvenile Offenders which came into force on January 1st 2006 (in art. 58 par. 1) keeps exactly the same conditions for waiving proceedings against juveniles (nature and circumstances of a criminal act and previous life and personal characteristics of the offender). However, the new solution, conditional waiving of proceedings, means that a public prosecutor can waive proceedings against a juvenile, providing the juvenile agrees to perform correctional tasks ordered by the public prosecutor (Art. 62 Par.1). It envisages somewhat changed conditions for a discretionary decision on conditional waiving of a procedure. It does not require conditions with respect to the criminal act (nature and circumstances), only conditions with respect to the offender himself; these are, however, numerous and regulated in detail. This solution is acceptable because the focus is on correctional tasks which must be adapted to the juvenile’s personality (in accordance with his nature)

and not the criminal act he has performed. All conditions that are required for a conditional waiving of criminal proceedings against a juvenile offender concern the offender himself and they are: 1) offender's personality; 2) circumstances in which he lives; 3) his readiness for cooperation in the performance of correctional tasks (art. 62 par 2); 4) confession of the criminal act; 5) relation to the criminal act and the injured party (Art. 5 par 3); 6) the influence on the offender's proper development; 7) strengthening the offender's feeling of personal responsibility not to commit criminal acts in the future (art. 6); 8) the total interest of the juvenile offender and the injured party (art. 8 par. 1).

5. CONDITIONAL DISCRETIONARY PROSECUTION

The Recommendation R (87) 18 envisages not only the possibility of waiving and discontinuation of proceedings for discretionary reasons, but also conditional waiving and conditional discontinuation (suspension) of criminal proceedings. The condition is that the suspect agrees to perform measures (obligation) ordered to him, whereby the injured party's consent can be also required. It envisages that „the waiving or discontinuation of proceedings may be pure ... or subject to compliance by the suspect with certain conditions, such as rules of conduct, the payment of moneys, compensation of the victim or probation.” (I.a. point 6). Also, „the alleged offender's consent should be obtained wherever conditional waiving or conditional discontinuation of proceedings is envisaged.” (I.a. pint 7). The recommendation advocates „an increase in the number of cases of conditional waiving of prosecution ... victim's consent can be a condition for prosecution” (I.b.i).

a) Serbian law envisages conditional waiving of proceedings through the already mentioned institute of adjourned criminal prosecution. Namely, a public prosecutor can, with the court's consent, conditionally decide not to initiate criminal proceedings, although there is a reasonable suspicion that an offender has committed a criminal act; instead the criminal prosecution can be adjourned subject to the defendant's compliance to perform a task ordered of him, which may be: damage compensation, payment of an amount of money into a humanitarian fund, community service, honoring due obligations of maintenance, rehabilitation from drugs and alcohol or psychosocial therapy (art. 236 of the LCP). For obligations 2 and 3 the injured party's consent is required, while for the other obligations it is not necessary (art. 236 par. 3 of the LCP). This solution is in line with the Recommendation according to which a victim's (injured party) consent is not always required. With respect to a list of conditions (obligations) which can be imposed on a defendant, all obligations are completely in harmony with what the Recommendation envisages. For instance, damage compensation and payment of maintenance dues can be categorized as „paying damages to the victim”, payment of moneys into a humanitarian fund under „money payment”, and community service, rehabilitation from alcohol and drugs and undergoing psychosocial therapy under the „rules of conduct”. To conclude, our solution is completely in harmony with the Recommendations requirements.

A similar solution concerning conditional waiving of criminal proceedings is envisaged in the case of juvenile offenders. If a public prosecutor for juveniles decides against criminal proceedings according to the opportunity principle (for a criminal act for which the prescribed punishment is up to five-years imprisonment, when initiating proceedings is not expedient bearing in mind the nature and circumstances of the act, previous life and personal characteristics of the juvenile), the decision by the juvenile can be conditioned and his parents' agreement that the juvenile shall perform one or more of three correctional tasks ordered to him by the public prosecutor: settlement with the injured party, school or work attendance and community service. (Art. 62).

b) As for conditional suspension i.e. conditional discontinuation of criminal proceedings for discretionary reasons, this possibility is not envisaged in criminal proceedings against adults, as it is not possible to unconditionally discontinue proceedings against adults for discretionary reasons. This possibility, granted by the Recommendation, could be taken into account by the legislator for the upcoming reform of the Law on Criminal Procedure, not only because of international obligations, but also because the good outweighs the bad in this solution.

In a procedure against a juvenile, however, the new Law on Juvenile Offenders envisages the possibility of conditional discontinuation of initiated criminal proceedings (by the court). In the course of a preparatory procedure against juveniles or after its completion, a public prosecutor for juvenile offenders can submit a proposal to the judge to discontinue the criminal proceedings against the juvenile providing the juvenile accepts to perform one or more of the three correctional tasks from article 7 par. 2 points 1 – 3: settlement with the injured party, regular school or work attendance and community service (art. 71).

6. THE CONTROL OF THE PRINCIPLE OF OPPORTUNITY

The basic unresolved question when discussing discretionary prosecution is the question of control of a decision on waiving procedure. Clearly, every discretionary decision by its nature allows a certain risk of arbitrariness and willfulness. In unstable social circumstances, such as in Serbia, negative situations are more likely to be an outcome. It is not perfectly clear from the text of the Recommendation R (87) 18 whether it allows for an appeal against a discretionary decision on waiving proceedings, or in other words, if there is control of such a decision. According to the Recommendation „Whenever possible, the complainant should be informed of the decision to waive or discontinue proceedings” (I.a. point 10). This formulation allows two interpretations: 1) The first is that a complaint is lodged, pursuant to it a decision on waiving or discontinuation of proceedings is passed and the complainant is informed of it. This understanding is illogical, since it would mean that discretionary waiving of proceedings is only possible following a complaint, which does not add up considering the nature of the matter. When it is a case of a decision on initiating or waiving proceedings, it is impossible to imagine a complaint before it is made.(it is only possible after the decision). 2) The second and only

logical interpretation is that a decision on waiving or discontinuation of proceedings is adopted, and the complainant, or who ever can lodge a complaint, should be informed, whenever possible. The recommendation does not envisage who can be the party lodging a complaint. Logically, this cannot be a public prosecutor or a suspect. A public prosecutor cannot appeal against his own decision, and a suspect cannot appeal and seek that criminal proceedings be initiated against him, since this would be damaging to him (in case of conditional waiving of proceedings, the suspect's consent is required). Therefore the right to appeal could only rest with an injured party, although the Recommendation does not explicitly envisage this. Such an appeal need not be always lodged, but the intention of the Recommendation is "whenever possible" (I.a.point 10).

New Serbian Law on Criminal Procedure does not seem to have envisaged sufficient control of discretionary waiving of proceedings. In the case of waiving criminal proceedings for discretionary reasons (Art. 237 of the LCP – if the suspect has compensated the damage due to true repentance and if a conviction would not be just), no control whatsoever is envisaged. The court's consent or the consent of the injured party to this decision is not envisaged, the injured party cannot appeal against the decision and the injured party is expressly deprived of the right to start criminal prosecution as a subsidiary complainant in this case. This solution seems to be extreme and, following the Recommendation, a form of control of the public prosecutor's decision should be introduced.

In the second case, conditional waiving of proceedings for discretionary reasons (adjourning of a criminal prosecution with the suspect's consent to perform a reparation ordered to him by a public prosecutor – art. 236), is a better situation, regarding control. For the adjourning of a criminal prosecution the court consent is always required (Art. 236 par. 1), which makes the public prosecutor's decision more objective and the risk of arbitrariness is reduced. This was the reason for the introduction of consent in an amendment to the Law on Criminal Procedure adopted on 28th March 2004. True, an appeal by an injured party is not envisaged, but an injured party's consent is required for two situations in case of conditional adjourning of the prosecution (payment of a certain amount in a humanitarian fund and performance of community service) (Art. 236 par, 3 of the LCP).

REZIME

Prof. dr Đorđe Lazin
Pravni fakultet, Beograd

NAČELO OPORUNITETA KRIVIČNOG GONJENJA I MEĐUNARODNI PRAVNI STANDARDI

Jedan od najvažnijih zahteva u reformi Zakonika o krivičnom postupku Srbije (ZKP) iz 2001. godine bio je zahtev da se on učini efikasnijim, bržim i ekonomičnijim. Za ostvarenje ovog zahteva od značaja je Preporuku br. R (87) 18 Komiteta ministara Saveta Evrope u vezi

pojednostavljenja krivičnog pravosuđa, a posebno njen deo koji se odnosi na diskreciono krivično gonjenje.

Preporuka načelno predviđa da diskreciono krivično gonjenje treba proširivati ili doneti mere koje imaju isti cilj. ZKP je u skladu sa ovim zahtevom jer je načelo oportuniteta (ili diskreciono gonjenje) značajno prošireno u odnosu na prethodni ZKP iz 1976. godine. Ono je prvi put uvedena i za punoletna lica i to za dela za koja je predviđena kazna do tri godine zatvora u dva slučaja: kod odlaganja krivičnog gonjenja (član 236) i kod odbacivanja krivične prijave zbog stvarnog kajanja osumnjičenog, naknade štete i procene da krivična sankcija ne bi bila pravična (član 237). Proširivanja diskrecionog gonjenja posebno je prošireno u krivičnom postupku prema maloletnicima.

Preporuka predviđa da se iz diskrecionih razloga krivični postupak može ne samo da ne pokrene, već i da se obustavi. ZKP, međutim, ne poznaje ovakvu mogućnost iako se ona čini korisnom. Izuzetno, samo u postupku prema maloletnicima, dopušta se mogućnost obustave postupka i iz diskrecionih razloga.

Preporuka predviđa da za diskreciono nepokretanje i diskrecionu obustavu postupka moraju da budu ispunjeni tačno određeni zakonski razlozi da bi se sprečile eventualne zloupotrebe. ZKP nije uvek u skladu sa ovim zahtevom. Tako se za odlaganje krivičnog gonjenja (čl. 236) ne predviđaju nikakvi uslovi koji bi trebalo da budu ispunjeni, a čije postojanje bi trebalo da procenjuje javni tužilac da bi odlučio da odloži krivično gonjenje. U postupku prema maloletnicima razlozi za diskreciono nepokretanje krivičnog postupka su mnogo bolje i šire postavljeni i u potpunosti su u skladu sa zahtevima iz Preporuka.

Preporuka predviđa ne samo mogućnost za odricanje i prekidanje postupka iz diskrecionih razloga, već i uslovno odricanje od pokretanja krivičnog postupka i uslovno prekidanje (obustavu) postupka. ZKP je delimično u skladu sa ovim zahtevom. Uslovno odricanje od pokretanja postupka predviđeno je kod odlaganja krivičnog gonjenja (čl. 236.). Međutim, uslovna obustava krivičnog postupka iz diskrecionih razloga nije predviđena u krivičnom postupku prema punoletnim licima, kao što nije predviđena mogućnost ni bezuslovne obustave postupka iz diskrecionih razloga. U postupku prema maloletnicima, međutim, predviđena je mogućnost i uslovne obustave započetog krivičnog postupka (od strane suda).

Ključne reči: krivični postupak, princip oportuniteta, međunarodni standardi, diskreciono gonjenje

Prof. dr Milovan M. Mitrović
Pravni fakultet, Beograd

PROMENE KULTURNIH OBRAZACA I KRIMINALITET U SRBIJI

Apstrakt: U prvom delu ovog rada prikazuje se jedna tipologija kulturnih obrazaca od koje bi se moglo poći u sociološko-fenomenološkoj analizi kriminaliteta i raznih vrsta socijalnih devijacija. U drugom delu ukazuje se na ranije uspostavljene i novonastale odnose, kao i na turbulentne društvene procese u aktuelnom srpskom društvu i na njihov kriminogeni potencijal. Istovremeno se naznačavaju neki osnovni pravci globalne društvene strategije za sistemsko suzbijanje najraširenijih i najopasnijih vrsta kriminaliteta u Srbiji.

Ključne reči: kriminalitet, kulturni obrasci

1. TIPOLOGIJA OBRAZACA KULTURE KAO OKVIR ZA SOCIOLOŠKU FENOMENOLOGIJU KRIMINALITETA U SRBIJI

Proučavanjem promena u načinu svakodnevnog društvenog života najneposrednije se ulazi u polje savremene teorije društvenih i kulturnih promena. I obrnuto, opšti (i klasični) teorijski modeli društvenih i kulturnih promena najpouzdanije se proveravaju na primerima iz svakodnevnog života pojedinaca i društvenih grupa. Ova okolnost je, verovatno, jedan od važnijih razloga zbog kojih se u savremenoj sociologiji pažnja istraživača sve više usmerava na način svakodnevnog života tzv. običnih ljudi. Globalni društveni okviri, a to znači šira struktura moći i globalizacijski procesi, uslovljavaju i proizvode sve suštinske promene u društvu, pa i one u načinu svakodnevnog života, ali pred savremenom sociologijom, antropologijom i psihologijom istovremeno se pojavljuje jedno novo i ključno pitanje – šta se sve pritom dešava sa masom običnih ljudi i kako izgledaju njihove lične i grupne drame prilagođavanja više ili manje neizbežnim globalizacijskim izazovima?

Tako se sociološko proučavanje promena u načinu društvenog života usredsređuje na proučavanje kulture, kao osobene ljudske duhovne sredine u kojoj se socijalizuju pojedinci i grupe i oplemenjuje (osmišljava, usmerava i uređuje) njihovo ponašanje i delovanje, a posebna pažnja poklanja se razmatranju usvojenih vrednosnih orijentacija i odgovarajućih normativnih preporuka. Njihovi kristalizovani sklopovi, tzv. kulturni obrasci predstavljaju svojevrzne kulturne imperATIVE bez čijeg poznavanja nije moguće ni objasniti ni razumeti društveno ponašanje i delovanje ljudi ili neki strukturno-istorijski određeni način društvenog života.

***Kulturni obrasci** su kristalizovane vrednosno-normativne društvene tvorevine koje osmišljavaju, usmeravaju i uređuju delovanje i ponašanje ljudi na svim važnijim poljima društvenog života.*

Pojam „kulturnog obrasca” (eng. *culture patterns*) među prvima je u sociološko i antropološko proučavanje kulture uveo američki antropolog **Edvard Sapir** (*Edward*

Sapir, 1884-1939) da bi njime izrazio srodne kulturne sadržaje koji su se ustalili kao oblici koji utiču na ponašanje ljudi u raznim situacijama. U istom pravcu još dalje je otišla Rut Benedikt (*Ruth Benedict*) koja je u svojoj poznatoj knjizi *Obrasci kulture* (*Patterns of Culture*, 1934) ovaj pojam šire promovisala i analitički razvila, koristeći ga kao osnovnu kategoriju u svojim konkretnim istraživanjima kulture i kulturnog ponašanja. Kod nje, kao i kod svih drugih istraživača kulture, vrednosti i norme čine osnovno jezgro svakog kulturnog obrasca, s čime je povezano sve ostalo (potrebe, sredstva, predmeti, interesi i sve drugo što utiče na društveno delovanje i ponašanje ljudi).

Vrednosti i norme čine duhovno jezgro svake kulture. **Vrednosti** su idealna i poželjna svojstva koja ljudi pridaju raznim pojavama, procenjujući njihovo subjektivno značenje i objektivni značaj za sebe i svoju primarnu ili neku drugu referentnu društvenu grupu. Vrednosti su uvek rezultat subjektivne procene objektivnih ili pretpostavljenih svojstava pojava (lica, predmeta, postupaka, radnji, ponašanja) kojom se one kvalifikuju kao više ili manje poželjne za subjekta koji ih procenjuje. Vrednovanje je društveno i psihološki determinisan kulturni čin koji je unutarjni (integralni) elemenat svakog društvenog delovanja i ponašanja. Vrednosti presudno utiču na izbor poželjnih ciljeva i kao „idealno treba” usmeravaju i osmišljavaju svako društveno delovanje i ponašanje ljudi.

Društvene norme su kulturne tvorevine koje predstavljaju ustanovljena uputstva ili pravila poželjnog ponašanja pojedinaca i društvenih grupa, koja uređuju njihove međusobne odnose na putu do ostvarivanja željenih ciljeva. Dok „vrednosne orijentacije” određuju ciljeve („šta treba”), dotle „normativne organizacije” preporučuju dozvoljene načine i sredstva („kako” i „čime”) treba delovati da bi se ciljevi ostvarili. Obično se pravi razlika između društvenih pravila, kao normi koje usklađuju različite interese i tako uređuju međusobne odnose ljudi u društvu (kao što su običaji, moral i pravo) i tehničkih pravila, kao praktičnih uputstava koja uvažavaju objektivne odnose među prirodnim pojavama (kao što su tehnološke preporuke i standardi).

Kulturni obrazac se uvek sastoji od međusobno usklađenih vrednosti i odgovarajućih društvenih i tehničkih pravila njihovog ostvarivanja. Strukturno je integrisan onaj kulturni obrazac koji počiva na „vrednosnom i normativnom konsenzusu” (na saglasnosti aktera oko ciljeva i metoda delovanja). Iskustveno je potvrđeno da samo dobro integrisani kulturni obrasci mogu da budu funkcionalno efikasni. Zato su samo takvi kulturni obrasci osnovni i najvažniji elementi strukture društvenih ustanova i organizacija i glavni integrativni elementi društvenih grupa.

Pošto su kulturne promene veoma dinamični, često i veoma protivurečni društveno-istorijski procesi, to je nastajanje, razaranje, nestajanje, uzajamno prilagođavanje, prožimanje, obnavljanje i smenjivanje različitih kulturnih obrazaca uobičajeni oblik kulturne komunikacije. Zato mnogi sociolozi misle da je proučavanje odnosa i procesa kompeticije, akomodacije, asimilacije, strukturiranja, destrukturiranja i restrukturiranja, odnosno interakcije kulturnih obrazaca, jedan od najboljih načina da se prodre do suštine socio-kulturnih fenomena i njihove dinamike.

Kad god se menja način obavljanja neke društvene delatnosti uvek je duhovno središte te promene promena u strukturi odgovarajućih kulturnih obrazaca. Slično se

dešava i onda kada promene zahvate društvene grupe, ustanove, organizacije i čitav društveni sistem. Kulturni obrasci su, dakle, i determinanta i rezultat promena u nekom određenom načinu društvenog života, bilo da je on tradicionalan ili moderan. Sveukupnost kulturnih obrazaca u jednom društvu čini duhovno (a to znači vrednosno-normativno) jezgro svake kulture. U tom smislu kultura je, kao skup ljudskih društvenih vrednosti, normi i tvorevina društvenog delovanja, glavno vezivno tkivo ljudi međusobno i društva kao celine.

Kultura u najširem smislu jeste skup svih duhovnih i materijalnih tvorevina ljudskog društvenog rada i delovanja koje predstavljaju vrednost za čoveka i ljudsko društvo.

Strukturno gledano, duhovnu kulturu sačinjavaju odgovarajući obrasci simboličke komunikacije (jezik), obrasci verovanja (magija, religija, mitovi), obrasci saznanja (zdravorazumskog, filozofskog, naučnog), obrasci i pravila ponašanja (običaji, moral, pravo), obrasci maštovitog stvaralaštva (umetnost) i najrazličitije ideje i ideologije koje sve to povezuju međusobno i sa praktičnim svakodnevnim životom pojedinaca i društvenih grupa. U tom smislu moglo bi se reći da svaka kultura u celini i svaki njen strukturni i funkcionalni elemenat ponaosob ima nekoliko dimenzija: vrednosnu, normativnu i praktičnu. Ideje, pravila i prakse uvek se međusobno povezuju i javljaju u zajedničkom obliku celovitog komunikacijskog, religijskog, saznajnog, umetničkog i normativnog društveno-kulturnog fenomena.

Funkcionalno gledano ideje, pravila i prakse različito se odnose na ekonomski, politički i kulturni život svake društvene zajednice i svakog njenog posebnog dela. Tako se oblikuju, pa se i međusobno razlikuju, stari i novi (tradicionalni i moderni) kulturni obrasci i njihove raznovrsne kombinacije. Kao takvi, oni su obično predmet sociološke, kulturološke ili antropološke deskripcije, ali mogu da budu i značajan problem produbljene teorijske analize.

U sociologiji i srodnim društvenim naukama već su se uobličile neke klasične teorijske paradigme proučavanja društvenih promena kulturnih obrazaca. U klasičnoj sociologiji su najpoznatiji evolucionistički, ciklički i difuzionistički modeli društvenih i kulturnih promena koji predstavljaju tri u osnovi različita, ali u pomećemu i međusobno komplementarna teorijska modela objašnjavanja modernizacijskih procesa. Uz njih, ili nasuprot njima, u najnovijoj sociologiji postmoderne orijentacije pojavljuju se i nove postmoderne teorije društveno-kulturnih promena koje predstavljaju radikalni zaokret u odnosu na klasične i moderne vizije društvenih tokova.

Pošto je polje svekolikog i svakodnevnog društvenog života veoma široko i skoro nepregledno, da bi se ostvario koliko-toliko celovit i sistematičan uvid u mnoštvo kulturnih obrazaca koji ga pokrivaju, mora se izvršiti „redukcija složenosti” postavljenog problema. Čini se da je u tom pogledu najpogodniji i najopravdaniji funkcionalni pristup, koji polazi od različitih načina vrednovanja raznih polja društvenog delovanja kao osnove sociološke tipologije kulturnih obrazaca.

Klasično razlikovanje *ekonomsko-privredne, društveno-grupne (socijetalne)* i *duhovne* sfere ljudskog društvenog života i u ovom slučaju može da posluži kao najširi tipološki okvir sociološke fenomenologije kulturnih obrazaca. U tom smislu se i razlikuju sledeći funkcionalni kulturni obrasci:

1. Ekonomski kulturni obrasci, koji se pre svega odnose na:

– *Vrednovanje rada* izražava se preko preovlađujuće radne i profesionalne etike.
 – *Vrednovanje imovine* ogleda se u odnosu prema osnovnim materijalnim dobrima (zemlji, novcu, nepokretnim i pokretnim stvarima) i dozvoljenim načinima njihovog sticanja (mukotržno i štedljivo sticanje, brzo zgrtanje, nasilna pljačka, beskrupulozna korupcija).

– *Vrednovanje potrošnje* (odlaganje potrošnje i štedljivost, podsticanje potrošnje radi pokretanja proizvodnje, potrošački hedonizam kao stil i smisao života).

2. Socijetalni obrasci, koji se pre svega odnose na primarne grupe:

– *Vrednovanje referentnih grupa* uopšte omogućuje kulturno situiranje socijalnih aktera na relaciji „mi” – „oni”, a razlike se javljaju na skali od stepenovanog kulturnog zatvaranja (autističkog ili narcističkog tipa) do stepenovane kulturne otvorenosti iza koje stoji naivna prostodušnost ili smišljena kulturna akcija.

– *Vrednovanje porodice* predstavlja jedan od najpouzdanijih pokazatelja tradicionalne kulturne preferencije i odnosa prema privatnom i javnom društvenom životu, a ispoljava se preko stavova prema braku (i razvodu braka), prema deci (u pogledu njihovog poželjnog broja, pola i načina vaspitanja) i kroz stavove prema užoj i široj rodbini.

– *Vrednovanje nacije* nalazi se u jezgru kolektivne društvene svesti svih civilizovanih naroda (a naročito onih u Evropi) tako da se analizom vrste, stepena i oblika ispoljavanja nekog konkretnog nacionalizma omogućuje dublje istorijsko razumevanje važnih strukturnih društvenih odnosa, čime se otkrivaju i dubinski koreni mnogih drugih kulturnih procesa.

3. Duhovni obrasci predstavljaju idejno jezgro svake kulture, te su kao takvi integralni deo napred navedenih i svih drugih kulturnih obrazaca. „Duhovno” se ovde ne shvata kao nešto što je uvek spiritualno i odvojeno od sveta materijalnog, nego se posmatra kao deo totalnog kulturnog fenomena u kojem su materijalno i duhovno nerazdvojni. Ako se pojam kulture vezuje za vrednosti, onda sve ono što ima nekakav *značaj* i *značenje* za čoveka ima vrednost kulturnog dobra i u materijalnom i u duhovnom smislu. „Duhovno” je *smisao* „materijalnog”, a materijalne kulturne tvorevine su „osmišljeni predmeti” ili „opredmećeni smisao”. Tako se kulturno stvaralaštvo u neku ruku može shvatiti i kao *osmišljavanje* materijalnih preduslova (fizičke i biološke) egzistencije čoveka i ljudskog društva.

Sledeći stepen tipologizovanja kulturnih obrazaca odnosio bi se na različite *strukturne nivoe njihovog oblikovanja i identifikovanja*, od kojih su najvažniji:

1. *individualni* (povezani sa osobinama ličnosti i ličnim stavovima);
2. *grupni* (oblikovani u okviru referentnih grupa – porodice, polnih, generacijskih, profesionalnih i drugih važnih skupina);
3. *globalni* (oblikovani u okviru nacionalne kulture i šireg civilizacijskog kruga).

Načini i oblici ispoljavanja kulturnih obrazaca razlikuju se i *istorijski*, prema „duhu vremena” i preovlađujućem „pogledu na svet” u okviru neke epohe. U srpskom društvu danas se vremenski preklapaju, a strukturno i funkcionalno prepliću dva prošla i jedan budući model kulturne komunikacije:

1. *kolektivni tradicionalizam* (spontani i autohtoni kolektivizam);
2. *represivni kolektivizam* (ideološki i politički nametnuto jednodimenzionalno);

3. *liberalni interkulturalizam* (začeci tolerantnog kulturnog pluralizma).

Prema stepenu integrisanosti razlikuju se:

1. *obrasci u nestajanju* (koji brže ili sporije nestaju uz spontano povlačenje ili zbog represivnog potiskivanja);

2. *integrisani obrasci* (koji su razvijeni, stabilni i funkcionalni);

3. *obrasci u nastajanju* (začeci novih kulturnih oblika koji se spontano afirmišu ili se represivno i agresivno promovisu).

Prema socijalnom statusu mogu se razlikovati:

1. *marginalni obrasci marginalnih grupa*;

2. *dominantni obrasci marginalnih grupa*;

3. *marginalni obrasci dominantnih grupa*;

4. *dominantni obrasci dominantnih grupa*.

Jedna razvijena tipologija kulturnih obrazaca, koja bi bila pogodna za njihovo produbljenje sociološko i fenomenološko razmatranje, u sebe bi uključivala sve navedene i još neke druge važne dimenzije kulturnih fenomena. Za ovu priliku analitički se naglašava normativna strana kulturnih obrazaca izražena preko osnovnih pravnih vrednosti i načina na koji se one štite u savremenom srpskom društvu. Naličje tako skicirane „analitičke slike” predstavljaju tipični socijalno-patološki i kriminalni fenomeni.

2. KRIMINOGENI POTENCIJAL NEKIH SOCIO-KULTURNIH OBRAZACA

Napred naznačena tipologija kulturnih obrazaca mogla bi da posluži kao polazna deskriptivna osnova za najširi teorijsko-hipotetički okvir jednog svestranog i sintetičkog sociološkog proučavanja ne samo kriminaliteta nego i nekih drugih važnih socio-kulturnih fenomena u Srbiji. Takvih naučnih i empirijskih istraživanja kod nas nema, niti su ona moguća izvan dobro organizovanih i kadrovski osposobljenih naučno-istraživačkih instituta – kojih, takođe, u Srbiji nema. U takvim okolnostima nam ostaje samo mogućnost da se fenomenologija kriminaliteta u Srbiji samo u najširim crtama skicira na osnovu nedovoljno pouzdane i teorijski često neupotrebljive službene dokumentacije (statističke i kriminološke) ili, pak, na osnovu nesistematičnih ličnih uvida, koji su, takođe, u načelu nedovoljno pouzdani.

U ovom radu učinjen je pokušaj da se u daljem sociološkom razmatranju društvenih korena kriminaliteta ukaže na kriminogeni potencijal veoma turbulentnih društvenih procesa u aktuelnom srpskom društvu. Političko ovladavanje ovim procesima i njihovo uvođenje u normalne društvene tokove, sa jedne strane je uslov za efikasno suzbijanje kriminaliteta u Srbiji, ali važi i obrnuto: sistemska regulacija može da bude efikasna samo ako se konkretnim okolnostima prilagode osnovne mere za suzbijanje najraširenijih i najopasnijih vrsta kriminaliteta. Našim kriminolozima ostaje kao zadatak da takve konkretne mere, uključujući i najpogodnija normativna rešenja, predlažu onima koji o tome donose odluke, a sociolozima da i jednim a drugima ukažu na socio-kulturni kontekst u kojem bi se takve mere primenjivale.

Ekonomski kulturni obrasci vrednuju, osmišljavaju, usmeravaju i uređuju privredne aktivnosti i kao takvi predstavljaju osnovu svakog društva i njegove kulture. O njima se u poslednje vreme govori u okviru rasprava o tradicionalnim osnovama ili o savremenim problemima moderne poslovne etike. U srpskom društvu tradicionalna skala privrednih vrednosno-normativnih obrazaca proteže se između *radne i ratno-pljačkaške*, a moderna između *hedonističko-potrošačke* i *radno-preduzetničke* poslovne orijentacije.

Ratovi su seljake nekad odvajali od kuća i njiva, a kasnije i radnike od fabrika. Socijalne revolucije su uvlačile mase radnog sveta u političke pokrete i tako ih odvajale od svakodnevnog i kontinuiranog rada. To je, sa svoje strane, uticalo na njihov odnos prema radu, štednji, potrošnji, prema sticanju i upotrebi materijalnih dobara.

Neki od elemenata islamsko-turskog neproduktivnog privrednog mentaliteta vekovima su se mešali sa tradicionalnom srpskom privrednom etikom vrednih seljaka (stočara i ratara) i retkih zanatlija i sitnih trgovaca. Verske razlike su bile glavna vododelnica između muslimana i hrišćana, u svemu, pa i u ekonomiji. U okolnostima srpskog robovanja pod turskom vlašću ili tokom vladavine muslimana nad hrišćanima, kod nas je nastao političko-ekonomski obrazac neradničke vlasti, neproduktivne vladajuće „izeličke klase”, koja ništa korisno ne radi nego u svojoj vladavini hedonistički uživa („na dušeku sve duvan pušeci”). Od tih, pa sve do današnjih dana, zadržao se politički obrazac javne vlasti kao sredstva za ostvarivanje privatnih interesa, vladajuće partijske nomenklature koja državu shvata kao svoj plen – ratni, posleratni ili revolucionarni – nacionalni, komunistički ili demokratski. Takav u osnovi kriminogeni obrazac političke vladavine bio je i najdublji kulturološki činilac korupcije kao sistemske devijacije i čitavog niza kriminalnih pojava koje oko korupcije nastaju.

Na drugoj strani je, pak, bila masa naroda („sirotinje raje koja globe davati ne može”) onih koji rade da bi sa svojom porodicom preživeli od danas do sutra, bez želje da se istaknu svojim imetkom, jer bi tako sami sebi na vrat navukli dodatnu bedu („Turke il’ hajduke”, a kasnije i poreznike). Živeći vekovima u tuđoj državi mase običnih ljudi stekle su naviku da je sistematski potkradaju, da bahato arče prirodna i javna dobra, da izbegavaju svaku obavezu i da stalno od države kamče ponešto – što se zadržalo i u novostvorenoj srpskoj državi, podstaknuto njenim rđavim uređenjem i mnogo duže nego što bi bilo normalno. Sličan odnos prema socijalističkoj državi imale su i mase njenih „radnih ljudi i građana” tako da se taj obrazac nerealnih očekivanja preneo sve do današnjih srpskih demokrata i njihovog očekivanja da je od svega najvažnije što brže vezivanje Srbije kao države za bogate evopske „jasle” (iliti fondove). Tako nastala tradicionalna radna i poslovna srpska etika u osnovi je bila reakcija na teške životne i istorijske okolnosti, a karakteriše je mnogo više nužda ličnog i porodičnog preživljavanja nego nekakva vrlina stvaranja društvenih dobara.

Međutim, ni tradicionalna srpska poslovna etika nije jedinstvena, pa nije bila ni bez vrlina od kojih bi se i danas neke mogle ponovo oživeti. U tom pogledu zanimljiv bi mogao da bude osvrt na ne naročito široku paletu normativnih radnih obrazaca srpskih seljaka i zanatlija i poslovne etike najboljih srpskih trgovaca i pre-

duzetnika, ali i na mentalitet socijalističkih „radnih ljudi i građana” (radnika, seljaka i „poštene” inteligencije).

Kao i kod drugih seljačkih naroda i kod Srba su postojala dva osnovna tipa seljačke ekonomije: *stočarska* i *ratarska*.

Stočarsku seljačku ekonomiju razvijali su stanovnici planinskih krajeva (u dinarskom geografskom pojasu) za koje je bio karakterističan polunomadski način života i sve ono što uz njega ide kao prateći socijalni mentalitet i kulturni identitet. Jovan Cvijić je dobro upoznao i opisao njihov „dinarski” tip socijalnog mentaliteta, a Sreten Vukosavljević je opisao njihov privredni mentalitet. Stočari su vekovima živeli u privremenim naseljima i stalnim sezonskim seobama zimi sa planina i prema jugu, leti na planine i prema severu. Stoka je njihovo „blago”, a i novac je u stočarskoj ekonomiji bio važniji nego u ratarskoj. Stočari češće prodaju (najviše s jeseni) i kupuju (u zimu) nego ratari, a kad nemaju ili kad su u prilici, onda i pljačkaju od sebe slabije. Ratovi im više odgovaraju nego ratarima, jer im je imovina pokretna. U ratu im se pruža više prilika da pljačkaju, a njihova plemenska organizacija društvenog života lakše se prilagođava vojničkoj organizaciji, za razliku od ratarske. Radovi oko stoke im nisu osobito teški (izuzev kosidbe) i ostavljaju im svakodnevno prilike za uzgredne poslove. Razvijaju ratničko-epsku mitologiju i umetnost.

Stočar mora da bude hrabar u planini i na putu, spreman da sa oružjem odbrani svoje „blago” od vukova, od hajduka, od nepoznatih s kojima se susreće i poznatih kojima se zamerio. Njegova poslovna etika i socijalni mentalitet više su ratnički nego radni, više liderski nego menadžerski. Spreman je puno da rizikuje, a lakše od ratara podnosi i gubitke. Teži brzom bogaćenju, a izbegava i prezire dugotrajne i sistemske radne napore koji donose malu dobit. I poslednji ratovi koji su vođeni na jugoslovenskim prostorima u Srbiju su doveli migrante ili bacili veliki broj izbeglica sa izraženim crtama ovog tipa socijalnog mentaliteta, koje su kod nekih od njih (kao tipičan posleratni sindrom) poprimile devijantne, patološke, pa i kriminalne oblike ispoljavanja. Urbane kriminalne bande specijalizovane za reketiranje, oružane pljačke i razne vrste iznuđivanja često regrutuju svoje članove iz ovog socijalno marginalizovanog kruga.

Ratarska seljačka ekonomija je komplementarna stočarskoj, ali se od nje znatno razlikuje. Srpski ratar je razvio i poslovni i socijalni mentalitet slobodnog inokosnog seljaka koji sam (sa članovima svoje porodice) uporno krči šumu i teškim radnim naporom sebi stvara njivu koju vremenom stalno proširuje. Zato je radan i štedljiv, slobodan i dostojanstven, hrabar i uporan, ali samo na svom kućnom pragu i onda kad brani svoju među i svoje ognjište. Čim se odvoji od svoje kuće, svoje porodice i svoje njive, oseća se uplašeno, otuđeno, gubi moralnu čvrstinu i orijentaciju i lako propada. Poradi opstanka kao „svoj na svome” spreman je da pretrpi mnoge nepravde, da sirotuje i da čeka „bolja vremena”. Ratar izbegava svaki poslovni, politički i bilo kakav drugi rizik. Boji se svega i svačega, jer zna da je za sitnog seljaka mnogo veća verovatnoća za veliki gubitak („na tankom se kida”) nego za neki veći dobitak („nije za mačka goveđa glava”). Njegova privredna strategija se ogleda u izreci „zrno po zrno pogača”, strpljiv je i spreman za velike, ali ne i za dugotrajne, kontinuirane i sistematske radne napore. Sezonski ritmovi ogromnog radnog napora u kampanjama oranja i sejanja, košenja i okopavanja, žetve i berbe smenjuju se sa dugim zim-

skim periodima bez posla. Tada se praktikuju razni muški i ženski zanati, a razvijaju se i osobena narodna kultura u kojoj je mitologija animistička, a usmena predaja ne samo epska nego i lirski.

Kad napušta obradu zemlje ratar će pre izabrati neki zanat, a stočar trgovinu. Ratar je bolji industrijski radnik u fabrici, a stočar pre bira da bude policajac, vojnik ili državni službenik ili kakav bilo rukovodilac (lider-menadžer pre nego menadžer-radilica). Ratar radije prvo odlazi u obližnji grad, a stočar ide prečicom, ka najvećim gradskim centrima i udaljenim krajevima, oslanjajući se tamo na klijentističku mrežu rođaka i „zemljaka” koja se ne tako retko bavi i kriminalnim radnjama. Takva mreža se u kriminogenim okolnostima lako preorijentiše sa legalnih na nelegalne poslove, tako da često funkcionise kao socijalna infrastruktura tzv. organizovanog kriminaliteta.

Tradicionalna socijalna struktura srpskog društva vekovima je opstojavala i preživljavala bez svoje političke, vojne, poslovne i kulturne elite. To je bila „krnja” socijalna piramida sa širokom i neorganizovanom osnovom, a bez jasno strukturisanog vrha i bez organske veze onih koji su se zadesili na vrhovima moći (vlasti) sa onima koji su bili ispod njih. To je bila pretežno seljačka civilizacija, bez nacionalnog plemstva i sa veoma tankim slojem građanstva. Društvo bez aristokratskog staleža bilo je i bez više svetovne elite, a to se odrazilo na diskontinuitet pravnih institucija. Nesiguran pravni okvir, sa svoje strane, oduvek je bio najveća smetnja ekonomskim poslovima. Istovremeno, to je uticalo da i srpsko građanstvo potiče samo od seljaštva i da bude bez elemenata i socio-kulturnih primesa nacionalne aristokratije, što se odrazilo na nivo i kvalitet srpske elite i srpske elitne kulture.

Prvi srpski trgovci i zanatlije najpre su bili „momci” kod stranih trgovaca i „šegrti” kod stranih zanatlija, tako da su od njih učili i dobro i loše u svom poslu. Njihov poslovni profil uopšte, pa i poslovna etika kao jedna važna crta toga profila, predstavlja svojevrsni hibrid nekakve socio-kulturne stočarske ili ratarske seljačke podloge i poslovnog pelcera koji su na tu podlogu nakalemile strane „gazde”. Čini se da je sličan postupak etičke i profesionalne hibridizacije srpske poslovne elite u toku i danas. Samo što smo u međuvremenu izgubili skoro čitav jedan vek, ne samo na političke nego i na poslovno-etičke stranputice i uzgred uništili već formirani sloj srpske poslovne građanske i nacionalne elite čija autohtona tradicija nam danas itekako nedostaje.

Umesto poslovno produktivne elite u socijalizmu smo dobili mase lenjih konzumenata, a izgubili vredne ratare i stočare. Tako je nastala ekonomski i etički najpogubnija i najštetnija – *socijalistička poslovna tradicija*. To je tradicija koja je bila ideološki utemeljena na udarničkom modelu „heroja rada” – čije je geslo bilo „nema odmora, dok traje obnova”. Takva „socijalistička ekonomija” bez ekonomske motivacije njenih aktera bila je više ideologija i demagoška politika nego ekonomija. Kao i svaka politička kampanja i ova „udarnička” nije mogla dugo da traje. A onda kada su početkom pedesetih godina 20. veka Titu stigle prve zapadne donacije (kao nagrada za njegovu politiku otpora Staljinu), a za donacijama prvo jeftini, pa sve skuplji krediti, u ekonomiji se zalegao parazitizam kakvog nikad ranije kod nas nije bilo. Njega su slikovito i tačno prvi opisali radnici koje su socijalistički ideolozi demagoški ubeđivali da su oni (kao „radnička klasa”) istorijski „revolucionarni

subjekti”, a oni su u stvari bili samo grobari umiruće socijalističke samoupravne ekonomije. Radnici-neradnici su se brzo prilagodili novom socijalističkom režimu i u stihovima izrazili svoj odnos prema njemu: „ala volim ovaj režim, plata ide a ja ležim”. Kad kasnije više nije bilo ni donacija, ni kredita, a pošto se nije radilo nije više bilo ni plate, „vrag je već bio odneo šalu” pa je krah socijalističke ekonomije praćen sarkastičnim aforizmima kao što su: „radio, ne radio, svira ti radio”; ili onaj poslednji – „niko ne može toliko malo da me plati, koliko malo ja mogu da radim”. Socijalistički „heroji rada” su tako „na kraju balade” bili dovedeni pred etički tragičnu dilemu – ili da časno gladuju ili da zaborave na „ordenje socijalističkog rada” i potraže kakvu koru hleba u obližnjem kontejneru. Od penzija koje je pojava inflacija nije se moglo preživeti.

Tek kad je uništena, videlo se koliko je bila važna nedostajuća autohtona poslovna tradicija u novim ekonomskim poslovima. Njen blagotvorni uticaj bi danas mogao da doprinese da prva generacija preduzetnika lakše i brže preboli svoje „dečije bolesti” i da se pritom umanjí rizik kriminalizacije privrednog života u Srbiji. Malo je verovatno da kriminalizovana privredna elita, koju uglavnom čine novokomponovani bogataši – ratni, posleratni i antiratni profiteri – sa svojim „prljavim” kapitalom mogu da pokrenu i vode zdravu i prosperitetnu srpsku posleratnu i postsocijalističku („tranzicijsku”) ekonomiju. Srbiji je danas potrebna što brža i što temeljnija poslovna preorijentacija sa pljačkaško-ratne na produktivno-radnu poslovnu etiku i sa „političke” na praktičnu ekonomiju, uz dosledno institucionalno razdvajanje javne politike od privatne ekonomije. Osnovni problem u razvoju modernog srpskog privrednog (i političkog) mentaliteta predstavljao je nedostatak zdrave društvene elite i racionalnih društvenih ustanova koje bi omogućile odgovornu politiku i podsticale moderno preduzetništvo.

Nasuprot neodložnoj potrebi da se u Srbiji što pre organizuje kvalitetna i društveno odgovorna elita i da se konstituišu racionalne i efikasne političke, ekonomske i kulturne ustanove i danas se šire nerealna očekivanja (agresivnom propagandom pod sloganom „širi dalje”) da će „bolji život” doći spolja, bez više rada i efikasnije organizacije (od „evropskih integracija” ili „prijateljskih” donacija). To je ponovno sejanje novo-starih iluzija o nekakvoj novoj „zemlji Dembeliji” – koja bi samo umesto „socijalističke” ovog puta bila „demokratistička”. To Srbija ne bi mogla da podnese, a da ne plati ogromnu, pa možda i najveću moguću cenu – da skoro nestane kao koliko-toliko nezavisna i suverena država. Ova potencijalna opasnost utoliko je realnija zato što je u Srbiji veoma snažna sistemski korumpirana politička oligarhija koja danas stvara najraznovrsnije „nepriincipijelne koalicije”, koja kupuje, prodaje i preprodaje ne samo fabrike i preduzeća nego i stranke i poslanike, sudije i ministre – pa ne čudi što takvi na kraju veoma jeftino prodaju (ili drugima u ruke predaju) i samu srpsku „zemlju i gradove”, narod i državu. Kriminogeni potencijal ovakvog političkog obrasca vladanja danas je za Srbiju višestruko razoran i to je za nju najveća unutarnja opasnost. Organizovani kriminalitet je samo logična posledica takve sistemske političke korupcije.

Ovoj vrsti kriminaliteta nije se moguće ozbiljno suprotstaviti samo pojačanom represijom organa društvene kontrole, niti izgradnjom novih većih i modernijih zatvora, već je potrebno razvijati sve ključne društvene institucije, podizati njihovu efi-

kasnost i opšti imunitet na kriminalne devijacije, što bi se najpre postiglo doslednim oduzimanjem celokupne imovine koja je stečena kriminalnim radnjama. Onima koji su zbog novca na sve spremni, treba oduzeti kriminalno stečeni novac, jer to je jedina kazna koja njih stvarno pogađa – što je najracionalnija mera i sa stanovišta društva kojem treba nadoknaditi štetu koju su mu kriminalci naneli.

Socijetalni obrasci u srpskom društvu dramatično se menjaju kao i oni ekonomski – i to uglavnom u tom smislu što slabi uticaj tradicionalnih primarnih grupa (susedskih, porodičnih i etničkih) a pojačava globalistički uticaj hedonističko-potrošačkih obrazaca masovne kulture i manipulativnih ideologija evropocentričkog i zapadnjačkog karaktera. U novom socijalnom ambijentu „usamljene gomile” rađa se i novi duh egoističke individue. Egoizam se probija, a solidarnost slabi na svim društvenim poljima i u svim važnijim odnosima pojedinaca i grupa. Susedi, prijatelji, rodbina, sunarodnici – kao konkretna ljudska bića – potisnuti su u drugi plan u odnosu na ideološki iskonstruisano biće apstraktnog „čoveka i građanina”. Za novi duh samoživog egoiste svi drugi (susedi, srodnici, bračni partneri, roditelji, pa i deca) predstavljaju običan balast – kad god on od njih nema neku neposrednu korist. Oni se jednostavno „ne isplate” i zato se odbacuju kao „suvišan prtljag”.

Takav odnos prema „svojim bližnjima” u poslednje vreme sve više stoji u dubokoj pozadini mnogih kriminalnih nasrtaja na čast, imovinu i živote drugih, pa čak i svojih najbližih srodnika. ne samo navedenim globalizacijskim tendencijama, nego i nekim lokalnim specifičnostima koje je sa sobom donela po sebi traumatična postsocijalistička tranzicija koja je kod nas bila praćena još i razaranjem države i društva u uslovima unutarnjeg građanskog rata i spoljne NATO-agresije. U okolnostima „razorenog društva” porodica i porodični odnosi su, kao i svi drugi društveni segmenti, bili zaustavljeni u razvoju, vraćeni unazad („retradicionalizovani”) i opterećeni patološkim devijacijama kojih se nije lako osloboditi ni kad se globalni okvir porodičnog života promeni.

Sumirajući rezultate domaćih socioloških studija Anđelka Milić (2004) ističe da su odnosi među generacijama u našoj porodici pretrpeli veće promene nego odnosi u braku. *Patrijarhalni autoritarni* obrazac socijalizacije još ranije je zamenjen *paternalističkim* odnosom roditelja prema deci. U poslednjoj krizi paternalistički obrazac se transformisao u *permisivni* model vaspitanja koji karakteriše popustljivost roditelja prema deci, ili zbog zanemarivanja roditeljske uloge ili zbog nesprenosti roditelja da odgovore novim izazovima roditeljstva u teškim okolnostima. Stvarno stanje je veoma daleko od najpoželjnijeg modela socijalizacije koji podrazumeva i autoritet roditelja i autonomiju dece (tzv. *autoritativni* obrazac).

Ranije je empirijski utvrđeno (A. Milić, 1994) da u vaspitnoj praksi naše porodice kod roditelja dominira kombinacija „zanemarujućeg” i „žrtvujućeg” obrasca koji formira „raspuštenu” decu, koja se ne uče obavezama, ni prema sebi niti prema drugima. Od dece se ne očekuje da doprinose porodici, ona imaju suviše raznih neproduktivnih sloboda, od „gluvaranja” po ulicama i kaficima do nereálnih potrošačkih prohteva. To stvara društveno neodgovorne osobe koje dugo ostaju infantilne, uz produženu zavisnost od roditelja, produbljeni jaz i oštre sukobe između generacija. Tako vaspitana omladina koja u vremenu predratne krize nije znala sama šta bi sa sobom učinila, nakon prolaska kroz pakao ratnog haosa na našim

prostorima, postala je pravi rasadnik najnovije generacije kriminalaca koji se surovo obračunavaju sa drugima – uključujući često u te druge i svoje roditelje i najbliže srodnike.

Globalna društvena kriza se tako neposredno i posredno odražava na sve (polne i generacijske) odnose u porodici. Sociolozi se slažu u oceni da u kriznim vremenima porodica na sebe preuzima teret svih drugih društvenih institucija i potvrđuje svoju primarnu ulogu za ljude koji kao izolovani pojedinci ne bi mogli preživeti globalne društvene kataklizme – što se potvrdilo i u slučaju naše porodice u poslednjoj deceniji 20. veka. Ali, saglasnost postoji i u oceni da su unutar naše porodice višestruko pojačani sukobi po svim linijama polnih i generacijskih odnosa. To su porodični sukobi koji su doveli do razaranja mnogih porodica i do velikog zla koje su jedni članovi porodice činili drugima, kao i i patnje koje su drugi, obično slabiji i nezaštićeniji morali da podnose. U uvodu sociološkog zbornika radova koji su priredili Silvano Bolčić i Anđelka Milić (2002), a pod naslovom *Srbija krajem milenijuma: razaranje društva, promene, i svakodnevn život* Anđelka Milić piše: „U društvu u kome su vodeće ekonomske i institucije pravne i socijalne zaštite prestale da deluju, zaista je ostala samo porodica ili njeni delovi koja je mogla i morala da preuzme na sebe ukupnu brigu i staranje za biološko i socijalno preživljavanje članova...Naši podaci upečatljivo svedoče o izuzetnoj veličini i intenzitetu potresa koje su doživele gotovo sve porodice na ovom prostoru u toku desetogodišnjeg društvenog propadanja...U strahu i neizvesnosti pred događajima koje nisu u stanju da predvide i shvate, roditelji posežu za neumerenim i često drastičnim oblicima kontrole nad decom...Neumerena kontrola, prezaštićenost i briga nad svakim njihovim korakom, decu dovodi u situaciju trajne teskobe, nesigurnosti, ali i ogorčenja, jer u roditeljima pronalaze glavne krivce za svoju neuspešnost, neosamostaljenost i dugoročnu zavisnost. Sa svoje strane, roditelji otpor mladih doživljavaju kao bezrazložan čin pobune, nepoštovanje njihovog autoriteta i brige, nezahvalnost, zbog čega postaju dodatno uplašeni i nesigurni, ali i skloni nekontrolisanim emocionalnim ispadima, što dalje komplikuje već destabilizovane generacijske odnose.”

Poseban problem sa današnjom omladinom je njihova nezaposlenost i s tim povezana bezperspektivnost. Stopa nezaposlenosti mladih kod nas (kao i u drugim društvima postsocijalističke tranzicije) znatno je veća nego što je opšta stopa nezaposlenosti. Ta razlika postoji i u razvijenim evropskim zemljama, samo što su obe stope nezaposlenosti u njima znatno manje. Opšta stopa nezaposlenosti kod nas je među najvećim u Evropi, kao što je i udeo mladih koji svoju perspektivu vide izvan svoje zemlje. Problem je utoliko teži što su mladi obrazovaniji, preduzimljiviji i dinamičniji od starijih, ali ih ustanovljena struktura društvene moći stalno potiskuje na margine društvenog života: u radu i raspodeli, u politici i upravljanju društvom, u kreiranju elitne kulture. Vrednosne orijentacije mladih odražavaju ove protivrečne prilike i dodatno komplikuju generacijske odnose.

Kriminogeni potencijal ovih socijalnih (ne)prilika u kojima su se našli mladi i kod nas i u drugim istočnoevropskim zemljama i u zemljama regiona ogleda se u tome što oni sve manje svoje životne aspiracije vezuju za profesionalni rad, a sve više za nerealna očekivanja da će olako steći novac u biznisu koji se odvija u ambijentu „sive ekonomije”, da bi se tako sebi priuštila neumerena potrošnja i u tom

smislu lagodan i „dobar život”. Stoga mladi, koji teže lakoj i velikoj zaradi bez rada, preferiraju „mutne radnje” na crnom tržištu, samo ako one donose novac. Tako je, recimo, 1997. godine prema jednom istraživanju u Rusiji, čak više od četvrtine sedamnaestogodišnjaka smatralo da se može kršiti zakon da bi se zaradio novac. U tom kontekstu razvija se osobena omladinska „delinkventska kontrakultura” u kojoj se glorifikuje kriminalno ponašanje, a kriminalci služe kao modeli za ugledanje („heroji ulice”).¹ Praktični društveni problemi su povezani sa pitanjem kako omladina sa takvim vrednosnim orijentacijama i skupina koja proživljava tešku sadašnjost može sebi i društvu da obezbedi bolju budućnost? Najverovatnija je pretpostavka da će i buduće društvo nositi pečat onih koji ga budu stvarali i zato je gašenje socijalnih žarišta omladinske delinkvencije i kriminaliteta mladih najpouzdaniji način da se u perspektivi obezbedi zdravo društvo.

Za ostvarivanje takvog cilja neophodna je odgovarajuća pravna regulativa, ali ona sama za sebe nikad nije dovoljna. A „odgovarajuća” je samo ona pravna regulativa koja u punoj meri uvažava društveno-kulturni kontekst u kojem nastaju i (treba da) deluju pravne norme. Zato se stalno mora imati na umu okolnost da je društveni preobražaj kulturnih obrazaca (od ekonomskih, preko socijetalnih, pa sve do duhovnih) u Srbiji uveliko determinisan ne samo širim globalizacijskim procesima nego i zatečenim i novonastalim društvenim odnosima unutar samog srpskog društva. U istom smeru se, više-manje sinhronizovano, menjaju i vrednosni i normativni elementi i pravnih instituta. Društvene vrednosti su šire okružene pravnih vrednosti, a moral i običaji pravnih normi. U tom smislu moglo bi se reći da *pravne vrednosti* i nisu ništa drugo nego najosnovnije vrednosti koje su u nekoj društvenoj zajednici ukorenjene i kao takve zaslužuju da ih država svojim pisanim normama, svojom politikom, pa i represivnim aparatom štiti i promovise. Kao i sve druge i pravne vrednosti su se istorijski menjale, a razlikuju se i od jednog društva do drugog, po sastavu i po hijerarhiji preovlađujućih vrednosnih sistema i orijentacija.

Karakter svake pravne kulture u osnovi zavisi od hijerarhije osnovnih i univerzalnih ljudskih vrednosti koje se prevashodno štite pisanim propisima. Takve vrednosti neki pravници označavaju kao „heksagon prirodnih prava” misleći pritom na njihovu univerzalnost (slikovito ih predstavljajući u obliku ravnostranog šestougona – heksagona), kao što su:

1. *ljudski život i zdravlje* (fizički i duhovni integritet čoveka);
2. *sloboda, čast i dostojanstvo* ljudske ličnosti izraženo preko čovekovih sloboda i prava;
3. *materijalna sigurnost* izražena preko sigurnosti stečene imovine i preko realnih prava na njeno sticanje (*pravo na imovinu*);
4. *intelektualna prava*, koja omogućuju slobodu intelektualnog stvaralaštva i pravo na intelektualnu svojinu;
5. *politička prava i slobode* (kako individualna tako i kolektivna) koja najsigurnije obezbeđuje efikasna pravna država;

1 Krizna vremena obeležava i kriza autoriteta tako da naša deca sve ređe kao modele za ugled uzimaju svoje roditelje i učitelje (ili učiteljice), a sve češće javne nasilnike, lokalne uličare, „silikon-ske” turbo-folk pevaljke, pa čak i svadljive političare. Uspešni sportisti su svetli primeri, pa zato kriminalne afere poput hapšenja fudbalske legende Dragana Džajića ili univerzitetskih profesora zbog korupcije oko ispita, razarajuće deluju na moral mladih ljudi.

6. *socijalna pravda* koja se ogleda u relativno ravnomernoj raspodeli najosnovnijih (egzistencijalnih) društvenih dobara između pojedinaca i grupa koji žive u istoj zajednici i simetričnom odnosu različitih prava i obaveza među njima.

Kao i u većini drugih tradicionalnih društava, osnovne društvene i pravne vrednosti su i kod nas donedavno bile izrazito kolektivističke, a njihova hijerarhija je bila obrnuta u odnosu na navedeni redosled u modernom „heksagonu prirodnih prava”.

– *Socijalna pravda* je pri vrhu hijerarhije vrednosti svih seljačkih društava, ali je ona kod nas ideološki iskompromitovana s istorijskom propašću socijalističkog projekta, u kojem se često sa „socijalnom pravdom” neodgovorno manipuliralo. Budući da je u tzv. tranzicionim vremenima i postsocijalističkim društvima socijalno klatno otišlo na sasvim suprotnu stranu, socijalna pravda je skoro „ispala” sa liste društvenih vrednosti, tako da je raskol „pravde” i „prava” dublji nego ikad dosad. Samo po sebi, takvo stanje društvene i pravne svesti je na socijalno šizoidan način patološko i u tom smislu ono je i realno i potencijalno veoma kriminogeno.

– *Materijalna sigurnost* još nikad dosad nije u Srbiji uspela da postane sistem-ska vrednost. Od turskih vremena u kojima su čast i imovina srpske raje bili stalno izloženi najraznovrsnijim zulumima i rizicima, preko bahatih i pohlepni ustaničkih vojvoda, korumpiranih sreskih kapetana i „bezdušnih zeleniša” u vremenima prvobitne akumulacije kapitala, do revolucionara koji sprovode nasilnu „eksproprijaciju eksproprijatora” i današnjih tranzicijskih i postsocijalističkih „tajkuna” koji su u simbiozi sa korumpiranim ministrima i organizovanim kriminalitetom često jači od države kao institucije. U takvim okolnostima ne samo da je ugrožena materijalna sigurnost običnih građana nego i njihova lična sigurnost za gole živote.

– *Ljudski život i zdravlje* (fizički i duhovni integritet čoveka), dakle, ni danas u Srbiji nisu dovoljno sigurni, a nikad i nisu bili nešto naročito cenjeni. Ljudski životi nemaju visoku cenu u društvima koja su prinuđena često da ratuju, a gde god i kad god goli život ima malu cenu tamo su i tada sve druge vrednosti opasno relativizovane i praktično ugrožene. To se pogotovo odnosi na korpus vrednosti i prava koja se u savremenim društvima vezuju za *slobodu, čast i dostojanstvo* ljudske ličnosti. O intelektualnim pravima da i ne govorimo, pošto ona spadaju u onu generaciju ljudskih prava koja su u takvim društvima još u povojima.

– *Politička prava i slobode* retko su kad, i samo kod ponekog srpskog intelektualca, i to više kao utopistička vizija nego kao realna mogućnost, mogla da prekorače stepenicu borbenog zalaganja za elementarno pravo na kakvu-takvu nacionalnu samostalnost i državnu nezavisnost. Dokle god se jedan narod bori za bilo kakvu državu i dokle god je ona spolja teritorijalno ugrožena, njeno unutarne (pravno i svako drugo) uređivanje je otežano, iako je upravo to najsigurniji način njenog opstojanja i razvoja. U takvim istorijskim okolnostima svaki vlastodržac koji ideološki nije bio sklon liberalnim vrednostima „čoveka i građanina” i konstituciji „pravne države” imao je sijaset izgovora, a često i realna opravdanja, što ograničava mnoga individualna i manjinska prava onih kojima je vladao. Takav politički kontekst ima kriminogeni potencijal, i to ne samo za politički nego i za svaki drugi kriminalitet.²

2 Videti: M. Mitrović, „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji”, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, ur. Đ. Ignjatović, Pravni fakultet, Beograd, 2007, s. 104-120.

Sa druge strane, odnos najvećeg broja Srba prema svom „narodu i državi” menjao se u poslednjih pola veka od ekstremnog zanemarivanja i radikalne negacije do kampanjske afirmacije, s radikalnim implikacijama. Vremena kad se marljivo i mirno radilo „na polzu roda svoga” prečesto su prekidana „vremenima smrti” („za spas naroda i države”). Srpske istorijske tragedije s početka 20. veka oko države „na kraju balade” su ideološki pervertirale kroz farsični komunistički obrazac „države koja odumire” i naroda koji se sam istorijski raspamećuje – da bi drugima olakšao da ga potom „denacifikuju”, a državu da mu razbiju i „desuverenizuju” – stvarajući pritom svoje nacionalne i suverene države.³

Naglo ali zakasnelo srpsko buđenje iz ideološke narkoze potenciralo je srpske nacionalne frustracije, a frustrirni akteri opasni su i po sebe i po druge – pogotovo ako su bili iz onog ljudskog soja i društvenog sloja koji „nije znao za Boga”. Na žalost, takvih među razočaranim i poraženim srpskim komunistima i njihovim ideološko-kulturološkim nus-produktima iz vremena postsocijalističke „tranzicije” nije bilo malo. Ili još tačnije – bilo ih je taman toliko koliko je bilo dovoljno da se pruži zgodan povod srpskim starim i novim neprijateljima da istorijski kompromituju i medijski satanizuju ceo srpski narod – i to tako temeljno da se od sramnog žiga ne poštede ni mrtvi, ni još nerođeni, a pogotovo ovi današnji Srbi. Takva protestantski temeljna i katolički cinična satanizacija Srba bila je neka vrsta zapadne propagandno-artiljerijske pripreme pred otvoreni juriš na Srbiju na koju se, potom, sa neba obrušio njihov „Milosrdni anđeo” u čudovišnoj akciji „humanitarnog bombardovanja”, ne samo vojnih nego i civilnih objekata, i to kasetnim bombama i raketnim projektilima punjenih zabranjenim „osiromašenim uranijumom”. Politika kojom je iznutra razgrađivana i rat kojim je spolja razbijena Jugoslavija bili su jedan veliki zločin protiv mira u kojem su se potom desili mnogi veći ili manji ratni zločini koje su manje-više činili svi akteri poslednjih ratova na prostorima bivše države.

U ratnim, posleratnim i međuratnim okolnostima, kad se olako, a često i besmisleno gube mnogi ljudski životi, sve druge vrednosti se urušavaju, a fizičko, psihičko i političko nasilje ovladava društvenom scenom na kojoj caruju agresivci, kriminalci i neodgovorni moćnici. To se nužno dešava u svakom društvu, svaki put kad se ono u nekakvom ratu nađe i neposredno kad iz rata izađe.

Zanimljiva su, naročito iz današnje srpske posleratne perspektive, stara zapažanja Dragoljuba Jovanovića (1895-1977) o našem odnosu prema ratu i uticajima čestog ratovanja na običaje, javni moral, kulturne obrasce i socijalni mentalitet srpskog naroda uopšte. Iznoseći svoje kritičko viđenje posledica još Prvog svetskog rata Jovanović ukazuje kako ratovi, a naročito ratni meteži, stvaraju priliku da se odlučni

3 Za ovu tezu indikativne su političke uloge dva Slovenca – s početka i s kraja srpske istorijske balade: Edvarda Kardelja, koji sa Titom „federira” jugoslovensku federaciju, a 1974. i (kon) federalizuje Srbiju i Dimitrija Rupela koji, s Bušom i Solanom, od Srbije otkida Kosovo i u polugodišnjem mandatu slovenačkog predsedavanja Evropskom unijom žuri da „dovede do kraja” obećano razbijanje Jugoslavije i „desuverenizovanje” Srbije. A da se „Vlasi ne dosete” ta jedna te ista istorijska podvala jednom se predstavlja kao zaloga propalog jugoslovenskog „bratstva i jedinstva”, drugi put kao sumnjiva „postsocijalistička demokratizacija”, a treći put kao „evroatlantska integracija” koja je indukovana američkim „štapom” i evropskom „šargarepom”. Triput uzastopce, u samo pola stoleća, mnogo je – čak i kad je od „braće Slovenaca” namenjeno samo „braći Srbima”.

i beskrupulozni, energični i lukavi probiju na sve načine u same vrhove društvene hijerarhije. U ratu se, kaže Jovanović, „troše rezerve plemenite volje, a razvija se volja rušilačka... Posle ratnih orgija dolazile su orgije poslovne. Jedne i druge su pratile čulna uživanja, kao da donesu naknadu za pretrpljeni strah, da učutkaju savesti, da umanje traume izazvane rizicima, strahovima i samim zločinima” (D. Jovanović, 1970, s. 30).

Jovanović zaključuje da se „iz modernog rata niko ne vraća kakav je otišao; ko ne pogine ostaje doživotni invalid, telesno ili duševno. Posle ratova teško se učvršćuju demokratije, a narodi dospevaju u ruke mangupa koji se proglašavaju za mesije, elitu i hegemone. Inflacija uništava novac, ubija volju za štednjom i radom, jedne bogati a druge siromaši, razara moral jer goni ljude da se ‘snalaze’ i na nepošten način. Javljuju se skorojevići, ‘ratni bogataši’ i ‘borci’ koji naglo prodiru u vrhove i srozavaju opšti ukus, snižavaju duhovni nivo, a od mita i korupcije stvaraju ‘normalnu’ praksu” (*Isto*, s. 63).

I pored svega što se u ratovima i između njih dešavalo sa srpskim društvom, sa narodom i ljudima, Jovanović ukazuje na nešto što bi, kako onda tako i danas, moglo da zvuči kao gorka racionalizacija, ali što, nadati se, nije sasvim nezasnovana konstatacija: „Hvalimo sudbinu, ipak, što nam robovanje nije ubilo dušu, što nam je ostao ponos. Naš živčani napor, često rđavo upravljen i retko pametno vođen, nikad nije značio podlost i nisko najamništvo silama mraka i tiranije. Ako smo grešili i ako se još grešimo o same sebe i o druge, to je više iz neznanja i naše urođene silovitosti nego iz pokvarenosti. Više volim da smo strogi i surovi no da kukavički priklanjamo glave pred nepravdama prolaznih gospodara. Mi smo narod koji voli slobodu i ravnopravnost, i koji je svoju ljubav uvek jasno izražavao, zato nam obrazi nose tragove udaraca. Kad smo morali ćutati, protest nam se ocrtavao u očima i iznad obrva; zato se lakše mrštimo no što se smejemo. život nam još nikad nije bio veselje. Sve što smo postigli, kao narod i kao pojedinci, stalo je neizmerno skupo” (D. Jovanović, *Kult rada*, s. 16-17).

Ovaj kulturni obrazac odgovara dinarskom mentalitetu i seljačkom narodu u kojem seljaci nisu bili lični podložnici svojih feudalnih gospodara (koji su bili druge vere i nacije) već autonomni kolektivni ili inokosni korisnici zemlje do koje su dospeli sami – krčeći šumu i braneći je mačem i puškom. Kad god su, u borbi sa jačim od sebe, padali u kolektivnu zavisnost i ropstvo, oni su koliko god su mogli čuvali ličnu i porodičnu čast i ponos, što je oblikovalo socijalni karakter srpskog naroda i bilo glavno vrelo moralne energije u svim njegovim slobodarskim težnjama, u bunama i revolucijama. Ako se i izgubi sloboda, kad ostane čast i ponos, može da se akumulira nova i dodatna moralna energija za ponovno oslobođenje, kad se za to steknu povoljne okolnosti. Ovaj moralni imperativ, naravno, valja shvatiti kao izraz velike nevolje i kao nužnost uvažavanja više sile, a nikako kao romantičarski ideal i vrlinu po sebi. Srećniji su oni pojedinci i narodi koji ne moraju na ovaj način i po skupoj ceni da iskušavaju svoju moralnu snagu i svoju slobodoljubivost.

Sumirajući srpska iskustva još iz Prvog svetskog rata (objavljena već 1927.) Dragoljub Jovanović ukazuje da treba sa rezervom primati neke umišljene nacionalne osobine kao što su herojstvo i tzv. demokratski duh našega naroda. On upozorava da je u našoj „junačkoj prošlosti” bilo previše surovosti, primitivizma i nepravdi

koje su nas omele da se udružujemo za rad i stvaranje. Tako nam se desilo da smo mi, u sred modernog, industrijskog, računskog i praktičnog sveta poprimili izgled jednog vojničkog, kavaljerskog i epski raspevanog naroda. I pored izvesnih pohvala za takav izgled Srba, on se pretvarao u neumereno samohvalisanje ili gorku racionalizaciju, a u stvari je bio veoma štetna samoobmana za koju su odgovorni svi oni koji su je podsticali: „U doba kad je i sam rat – rat za koji smo tobože stvoreni – postao jedno veliko organizovano i pretežno ekonomsko preduzeće, mi smo nesposobni za organizaciju, a pre ekonomskih pitanja još uvek stavljamo istorijske, filološke i partizanske raspore. Neka kojom nesrećom sutra izbije kakav rat, pa bi se videlo šta vredi naše toliko slavljeno junaštvo. Krajnje je vreme da se prilagodimo novim prilikama i da se sa ostalim narodima počnemo takmičiti baš na ekonomskom, socijalnom i kulturnom polju, gde smo do sada bili najslabiji” (*Kult rada*, s. 8).

Vreme za prilagođavanje je, dakle, odavno bilo dospelo, a mi smo ostali kakvi smo i bili. Kao da nije proteklo više od sedamdeset najbržih godina u svetskoj istoriji i kao da je ove redove danas napisao neki savremeni sociolog, analitičar srpskog društva. Očito da se radi o pojavama koje dugo traju, da su u pitanju duboko ukorenjeni tradicionalni običajno-moralni obrasci društvenog delovanja i ponašanja. Šteta je što su oni samo uočeni od ponekog srpskog intelektualca, ali nisu podrobnije proučavani u nacionalnoj nauci; ne samo iz teorijskih razloga nego i zbog skupe cene koju plaćamo kao ljudi i kao narod – zbog nepoznavanja samih sebe. A sami sebe nećemo spoznati dok ne budemo znali koja je to cena koju smo kao ljudi, kao narod i kao društvo spremni da platimo, a da se ne zapitamo „zašto”, „dokle” i „čemu sve to”??? Do takve samosvesti se ne dolazi spontano i automatski, čak i onda kad se neko uči na sopstvenim pokušajima i pogreškama – dakle, najneracionalnije. Taj zadatak pada na dušu srpskih intelektualaca. Oni ga nisu valjano obavili, jer su među njima retki bili oni koji su, poput Dragoljuba Jovanovića, na vreme ukazivali na ono što je za jedan narod najbitnije – a to je osmišljavanje najboljeg puta nacionalnog razvoja.

Opominjuće i skoro proročanski zvuči Jovanovićev zaključak da iskustva modernih ratova (Prvog i Drugog svetskog) uče da napadač na kraju gubi rat, jer se okupe veće snage protiv njega tako da se napad pokaže kao samoubilački gest. Takođe, danas se vlastodršci neposrednije nego ranije suočavaju sa pitanjem građana za koga ili zašto treba ratovati tako da pored generalštabova na scenario rata utiču i mnogi drugi, a naročito javno mnjenje. Ili će, možda, rat koji je vođen u Jugoslaviji pod kraj 20. veka ponovo preokrenuti obrazac ratovanja i doneti novo iskustvo koje je naslutio i Dragoljub Jovanović. Pošto je za početak rata, za njegov tok, pa i za ishod, najznačajniji činilac postao način njegovog medijskog interpretiranja u javnosti, pobednik postaje onaj ko uspe da preko medija sebe promoviše u „žrtvu agresije” i tako odijum javnosti svali na svog protivnika i onda kad je ovaj stvarna žrtva. To se upravo sa Srbima desilo u poslednjem ratu.

Ranije je lažna reč na nepravednom sudu mogla da ubije samo pojedinca. Danas je ona, bar kad je o srpskom narodu reč, za njega opasnija od svakog drugog oružja. Zato je za uspeh u današnjim ratovima važnija uloga intelektualnih elita, nacionalnih ideologa i novinara-propagandista, nego hrabrih vojnika iz običnog naroda. Ako su Srbi u svojoj istoriji i imali kakvih uspeha u ratovima, uvek je to

bilo rezultat ogromnih narodnih žrtava (obično mase seljaka). Zato je cena „srpskih pobjeda u ratu” i bila tako velika. Pokazalo se, takođe, da srpska elita nije imala političku umešnost da ono što je narod izborio u ratu sačuva u miru, niti je imala istorijsku mudrost da narod sačuva od novog rata. Kako sada izgleda, ta ista (pa ni nova) srpska kulturna i politička elita nema ni moralnu snagu da preuzme odgovornost za ono što se narodu desilo, ni sposobnost da kreira sopstvenu nacionalnu viziju budućnosti. Umesto toga, ona preuzima tuđe vizije i propagira ih kao nacionalne – što bi narod rekao – „naš hleb jede, a tuđu brigu vodi”.

Sociološki gledano, strategija borbe protiv kriminaliteta u Srbiji podrazumeva svekoliku duhovnu obnovu, jedan temeljiti kulturni preporod naroda koji je jedva preživeo traume poslednjih izgubljenih ratova. Bez toga nikakva reforma policije i pravosuđa, pravne regulative i kaznene politike neće dati očekivane i pozitivne rezultate. Za Srbiju danas nisu najpreče toliko izvikane „evroatlantske integracije” koliko su joj potrebne unutarne promene osnovnih kulturnih obrazaca i najvažnijih društvenih ustanova koje bi ona sama, svojim sopstvenim snagama i na svojim autohtonim kulturnim korenima morala prethodno da sprovede. Bez toga Srbija nema šta da traži u narečenim „integracijama”, niti bi ona u njima išta mogla da dobije kao besplatnu „donaciju” za koju ne bi kad-tad, ako ne i odmah, morala da plati nesrazmerno veliku cenu.

A tek kad u takvoj obnovi (koju još nije ni započela) poprilično poodmakne, Srbija može da računa na ozbiljne „integracije” sa spoljnim svetom, kako s onim na Zapadu i(li) Istoku, tako i sa onima na Jugu kao i na Severu. Od svakoga bi se po nešto korisno i dobro moglo naučiti, ako se najpre naučimo da ne ponavljamo svoje stare greške. Najpre se moramo osloboditi primitivnog narcizma koji nam često smeta da razlučimo svoje istinske vrednosti od svojih štetnih osobina. Jedna od takvih je i ona naivna prostodušnost s kojom su Srbi nekad poverovali u kraljevsko integralno jugoslovenstvo, pa zatim i u titoističko bratstvo i jedinstvo, te bi bilo krajnje nepromišljeno da se na slično naivan način poveruje i u najnovije globalizacijske „blagodeti” tzv. evropskih integracija. Verovatno je svaki od navedenih političkih projekata zbog ponečega bio ne samo istorijski nužan, nego je u ponečemu i za Srbe same mogao da bude koristan – samo da mu se promišljenije, organizovanije i racionalnije pristupalo. Višak oduševljenja je svaki put bio kažnjen ogromnim razočarenjem, a šteta i od jednog i od drugog bila je ne samo velika nego istorijski nenadoknadviva. Kad se pođe samo „grlom u jagode” onda je najbezazlenija posledica da nam zastane „jagoda u grlu” (kako su nas svojevremeno diskretno opominjali oni koji su i u titoističkim „vunenim vremenima” u sebi bili sačuvali zrnice zdravoga duha).

Srpske intelektualne elite, po tome sudeći, nisu proizvodile istorijski smislene kulturne obrasce, te su srpske političke elite uglavnom „trošile” tuđe ideološke obrasce (nacionalističke, komunističke ili liberalističke) – čime su srpski narod uvlačile u tuđe geopolitičke projekte koji su za njega bili veoma štetni. Tako su, na primer, pod titoističkom maskom „bratstva i jedinstva”, posle njihovog poraza u Drugom svetskom ratu sačuvani hrvatski ustašoidni, slovenački klerikalni i šiptarsko-balistički nacionalizam, a pod boljševičkom ideološkom maskom „odumiranja države” nestala je srpska država, a oko nje (pa i na njenom istorijskom prostoru)

istovremeno su uzrastale nacionalističke države neprijateljski raspoložene „srpske braće”.⁴ Zbog ideološke narkoze srpske intelektualne elite i istorijske neodgovornosti srpske političke elite, Srbi su najverovatnije, kao narod tako loše i prolazili u svim krupnim istorijskim zbivanjima u proteklom 20. veku. Dodatno zabrinjava činjenica da ni danas, posle svega što se s nama desilo i što smo doživeli i jedva preživeli, tako malo čuju oni retki koji opominju da bi se prema Evropi Srbi trebalo da odnose onako kako su se Slovenci i Hrvati odnosili prema Jugoslaviji: racionalno, odnosno hladno i instrumentalno. Nepobitna je činjenica da su evropsko pravo, tehnologija i poslovni menadžment Srbiji danas potrebniji čak i od „pristupnih fondova” i tržišta Evropske unije. Racionalan odnos prema tim i svim drugim činjenicama omogućuje da se isto tako gleda na našu duhovnu bliskost, kao i na energetske i ekonomsku povezanost sa Rusijom, ali i na one veze koje bismo mogli imati sa drugim, pa i udaljenijim azijskim, afričkim i latino-američkim zemljama, pa i sa današnjim (a naročito sa budućim) SAD.

Pravu i racionalnu meru u unutaršnjim odnosima jednih prema drugima, i u spoljnim odnosima sa svetom oko nas, današnja srpska intelektualna i politička elita još nije pronašla, niti je, takva kakva je (korumpirana i neodgovorna) u stanju da iznađe. Sudbinsko je pitanje da li će i kada Srbija, takva kakva je danas (porazena, ponižena i zbunjena) uspeti nekako da iznedri mudriju inteligenciju koja bi bila i nešto poštenija od one „poštene” titoističko-boljševičke, ali i da sama sebi izabere odgovorno političko vođstvo – koje bi bilo mudrije od miloševićevskog, a nacionalno odgovornije i manje korumpirano od demokratističkog??? Ako nada umire poslednja, onda za Srbiju još ima nade!!!

LITERATURA

Brdar, Milan (2007): *Srpska tranziciona ilijada, Aporije demokratskog preobražaja Srbije u geopolitičkom kontekstu*, Stilos, Novi Sad.

Društvena transformacija i strategije društvenih grupa: Svakodnevnica Srbije na početku trećeg milenijuma (2004): (priredila A. Milić), ISI FF, Beograd.

Društvene promene i svakodnevni život: Srbija početkom devedesetih, (1995): uredio Silvano Bolčić, ISI FF, Beograd.

Jovanović, Dragoljub (1927): *Kult rada*, Beograd.

Jovanović, Dragoljub (1970): *Vedrina*, Beograd.

Milić, Anđelka (1994): *Žene, politika, porodica*, Institut za političke studije, Beograd.

Milić A., Čičkarić L. (1998): *Generacija u protestu*, ISI FF, Beograd.

Mitrović, Milovan (2003): „Srpski intelektualci u svetlu sociologije”, *Zbornik Intelektualci u tranziciji* (ur. J. Trkulja), Kikinda, s. 75-102.

Mitrović, Milovan (2004): „Društvene institucije i kulturni identitet”, *Sociološki pregled*, br.1-2, s. 45-54.

Mitrović, Milovan (2004): „Vrednosno-normativni obrasci i društvene institucije”, *Sociološki godišnjak* (Pale), br. 1, s. 215-231.

Mitrović, Milovan (2005): *Sociologija*, Pravni fakultet, Beograd.

4 Videti: M. Mitrović, „Srpski intelektualci u svetlu sociologije”, *Zbornik Intelektualci u tranziciji* (ur. J. Trkulja), Kikinda, 2003, s. 75-102.

Mitrović, Milovan (2007): *Uvod u sociologiju i sociologiju prava*, Pravni fakultet – Službeni glasnik, Beograd.

Mitrović, Milovan (2007): „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji”, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet, Beograd, s. 104-120.

Moralnost i društvena kriza (1995): Zbornik radova (ur. S. Krnjajić), Institut za pedagoška istraživanja, Beograd,

Pantić, Dragan (1990): *Promene vrednosnih orijentacija mladih u Srbiji*, Institut društvenih nauka, Beograd.

Srbija krajem milenijuma: razaranje društva, promene i svakodnevni život (2002): Zbornik radova (urednici S. Bolčić, A. Milić), ISI FF, Beograd.

Tripković, Gordana (1997): *Materinstvo, Kulturni obrazac Srba*, Matica srpska, Novi Sad.

SUMMARY

Milovan M. Mitrović, Ph.D.

Full Professor at the Faculty of Law, Belgrade

CHANGE OF CULTURAL PATTERNS AND CRIMINALITY IN SERBIA

First part of this work is focused on various types of cultural patterns which are suitable for sociophenomenological analysis of criminality and other kinds of social deviations. In the second part of this work are indicated previously established relations as well as the newly-formed ones, and also it is pointed at the turbulent social processes in Serbian society nowadays and their criminogenic potential. At the same time, the author marks ground routes of global social strategy for systematic suppression of the most widely spread and the most dangerous kinds of criminality in Serbia.

Keywords: criminality, cultural patterns

KAZNENOPРАВNA ZAŠTITA PRAVA POTROŠAČA

Apstrakt: Prava potrošača su posebna prava koja se ne mogu svrstati u klasične kategorije subjektivnih ili objektivnih prava. Imaju dve jasne komponente: prva, izvedena iz privatnog prava, reguliše odnose između kupca i prodavca, a druga, budući da je situirana u javnom pravu, opredeljuje uslove za ostvarivanje ove prethodne. Prava potrošača u ovom smislu nisu ograničenije tržišnih sloboda, nego njihova garancija. Mada izgleda kao da poništavaju izvesne elemente sloboda tržišnih transaktora, u suštini ih garantuju na nivou najvišeg zajedničkog sadržaoa.

Zaštita prava potrošača odražava njihovu neortodoksnu prirodu: pored zaštite koju daje privatno pravo, ona se obezbeđuje i putem javnog prava, i to kroz različite njegove nivoe. Uobičajeno je da se smatra da krivično pravo nema ničeg zajedničkog sa zaštitom potrošača, jer ona počinje na nižim nivoima kaznenog prava, kod privrednih prestupa i prekršaja. Osnovna ideja ovog članka jeste da ako se prava potrošača štite manje obavezujućim normama od, na primer, izbornih prava, onda se i samo pravo logički devalvira unutar pravnog sistema. Pošto Ustav definiše ova prava kao osnovna prava građana (verujemo da bi to bilo prihvatljivo stanovište i za konstitucionaliste), može se očekivati da će biti i zaštićena normama koje odgovaraju takvom njihovom karakteru, tj. krivičnopravnim. Razlog zašto zakonodavac u Srbiji preferira druge mere, privredne prestupe, proističe iz nedoumica oko krivičnopravne odgovornosti pravnih lica.

U ovom članku autor konstatuje da postoji normativna nesaglasnost između sredstava zaštite prava potrošača i njihovog značaja. Smatra da krivično pravo treba redefinisati i kao mehanizam za zaštitu prava potrošača, mada postoje i opravdani razlozi da se u tome bude obazriv. Prava potrošača su, po mišljenju autora, prototip za novi standard u procesu razvoja ljudskih prava: ona su, verovatno, osnovno ekonomsko pravo čoveka u pravnom sistemu postindustrijske civilizacije.

Ključne reči: Prava potrošača, privatnopravna zaštita prava građana, javnopravna zaštita prava građana, krivično pravo, krivična odgovornost pravnih lica, krivična dela, privredni prestupi, prekršaji

UVOD¹

Pravo potrošača je kompleksno pravo što podrazumeva da se ono ne pojavljuje samo kao subjektivno pravo, podobno za zaštitu putem individualnih tužbi, nego je, istovremeno, kao pravo građanina i deo javnog poretka, objekt zaštite u opštem interesu. Na to jasno ukazuje član 90 Ustava Republike Srbije. Takođe, budući da se neke od komponenata prava potrošača vezuju i za dimenzije međunarodnog prava koje se primenjuje u određenoj zemlji sa ili bez ratifikacije (budući da je reč

¹ U pripremi ovog rada veliku pomoć mi je pružila asistent mr Tatjana Jovanić, na čemu joj se zahvaljujem.

i o ekologiji i o tehničkim normama), pitanje identifikacije takvog prava potrošača se može postaviti čak i van granica nacionalnog pravnog sistema. Primera radi, u domenu ekologije u proteklih nekoliko decenija svedoci smo nastanka ne samo međunarodnog prava životne sredine, već i čitavog svetskog poretka, kao posebne pravne celine i filozofije koja uključuje i posebne etičke dileme, od kojih su mnoge u direktnoj vezi sa pravom potrošača kao građanina.² Zbog pravnologičke, formalnopravne i disciplinarne nehomogenosti skupa normi koje obuhvatamo pravom potrošača, mehanizam zaštite tih prava takođe pokazuje niz pravnotehničkih manjkavosti: pre svega, isuviše je razuđen, ne postoji odgovarajuća veza između značaja ovih prava (sa stanovišta ustavnog sistema, sa jedne strane, i zahteva moderne privrede, sa druge strane) sa elementima sistema kojim se obezbeđuje njihova zaštita. Dok je u klasičnom, građanskopravnom okviru takva zaštita još i postojala kao zaštita kupca, u savremenoj tržišnoj strukturi i pravu koje se na njoj razvija, još kao da postoje lutanja kako povodom prirode zabranjenih dela, tako i u pogledu organizacionog dela državne vlasti i civilnog društva koji bi trebalo da ih obezbeđuju.

I

U ovom tekstu nas prvenstveno interesuje mehanizam pravne zaštite ovih prava, ali, budući da je reč o specifičnom pravu, koje nije samo subjektivno, nego i objektivno (tj. potrošač ne može da ga menja na osnovu svojih ovlašćenja, kao što je to slučaj sa nekim tipovima standarda) takav pristup obavezno uključuje i heterogene mehanizme zaštite. Naime, sem propisa kojima se opredeljuju oni elementi potrošačkog prava koji ne zavise od volje individualnog pregovarača, i kojih se on sam čak i ne može odreći, a koji zahtevaju zaštitu putem kaznenopravnih postupaka, očigledno je da u kompleksu prava potrošača postoje, na pravu zasnovana, ali ne kogentnim normama uspostavljena ovlašćenja. Zaštita tog dela prava potrošača ne može da bude poverena kaznenopravnom postupku, jer je očigledno da je ugrožen nekakav interes koji nije javni, čim je zakon dato ovlašćenje opredelio dispozitivnom normom. Stoga se i primenjeni sistem zaštite zasniva na procesnopravnim pravilima parničnog postupka, ali i na drugim pravom dozvoljenim postupcima prevazilaženja sukoba interesa, kao što su različiti arbitražni i slični vansudski postupci i privatne medijacije. Dakle, ranija praksa da se isključivo sudovi bave problemom zaštite potrošača se sve više napušta, jer se pokazalo da je to najmanje pogodan način za efikasnu zaštitu potrošača, naročito usled visokih troškova vođenja postupka i dužine trajanja.³ U novije vreme u praksi se sve više pokazuje značaj potrošačkog ombudsmana, a sve veći broj zemalja oslanja se na ovu instituciju.⁴

2 Svetski poredak podrazumeva proces internacionalizacije ne samo problema životne sredine, već i subjekata politike i prava životne sredine, ciljeva, mehanizama i instrumenata ostvarivanja politike i prava životne sredine. Vid. D. Todić: „Svetski poredak i politika i pravo životne sredine”, *Pravni život*, br. 9/2002, str. 301-313.

3 O specifičnostima vansudskog rešavanja sporova potrošača, načelima koja se moraju poštovati i pojedinim primerima institucija za rešavanje sporova potrošača vid. naročito: J. Vilus: „Sudsko i vansudsko rešavanje sporova potrošača po pravu Evropske Unije”, *Pravo i privreda*, br. 1-4/2003, str. 68-78.

4 D. Simonović: „Potrošački ombudsman”, *Pravni život*, br. 9/2003, str. 1239-1247.

U ovom kontekstu, međutim, nameće nam se nekoliko prethodnih ograničenja radi definisanja predmeta istraživanja: stoga se na ovom mestu nećemo baviti ne samo onim procesima zaštite prava potrošača u kojima ne dolazi do angažovanja državnih organa, nego čak ni onima u kojim je ugroženo pravo potrošača koje je definisano dispozitivnom – tj. građanskopravnom normom. Prema tome, negativnim definisanjem predmeta analize dolazimo do toga da se kaznenopravna zaštita pojavljuje u svim slučajevima u kojima zakonodavac nije prepustio volji stranaka da samostalno regulišu sve elemente ugovora, budući da u odgovarajućem odnosu postoje i elementi koji imaju implikacije po ostvarivanje javnog interesa. Ekonomska analiza takvih ugovora bi pokazala da u njima postoje, kada se posmatraju u masi, eksterni efekti koji utiču bilo na druge istovrsne ugovore, bilo na ostvarivanje prava zagarantovanih drugim propisima, ukoliko se ostvarivanje tih prava neposredno vrši kroz potrošački ugovor.⁵

U radu polazimo od toga da kaznenopravna zaštita treba da ostane jedan od vidova zaštite prava potrošača, ali se zalažemo za to da se precizno utvrdi njena uloga, kako krivičnih dela, tako i privrednih prestupa i prekršaja. Inkriminacija krivičnim zakonom trebalo bi da obuhvata one oblike štetnog ponašanja tržišnih učesnika koji imaju ozbiljne posledice po potrošače, dok bi značaj prekršaja kao instrumenata regulatornog režima trebalo jasnije opredeliti i uporediti ga sa alternativnim mehanizmima.⁶

Ako je pravo potrošača istovremeno i

a) **subjektivno pravo**, utemeljeno u pravnosvojinskom konceptu i sa sadržajima (ovlašćenjima) koja se nalaze u obligacionopravnom režimu ugovora i naknade štete, i

b) **pravo građanina** koje stoji u vezi sa ostvarivanjem kako osnovnih prava pojedinca, ali i prava konkurencije, dakle režimom javnopravnih propisa, pa čak i

c) **pravo čoveka** koje on ima nezavisno od načina na koji je regulisano nacionalnim pravnim **sistemom**, jer neposredno proističe iz paktova o ljudskim pravima,⁷

očigledno je da se i mehanizam zaštite mora prilagoditi takvim specifičnim oblicima u kojima se različiti aspekti ispoljavaju.

5 Međutim, ekonomska analiza ugovornog prava u velikoj meri usmerena je protiv razloga koji opravdavaju specifični režim zaštite potrošača. Vid. npr. R. Posner: *Economic Analysis of Law*, 1977, str. 85, str. 404-407 i dr.

6 P. Cartwright: „Crime, Punishment and Consumer Protection”, *Journal of Consumer Policy*, 2007, 30 (1), str. 1-20.

7 Ovdje treba ukazati i na jednu od posledica svojevrstne konvergencije između sfere koju bi tradicionlano označili sferom ljudskih prava i ostalih sfera, s obzirom na to da je evidentan značajan prodor ideja o ljudskim pravima u postojeće politike iz kojih proizilaze novi mehanizmi zaštite prava potrošača. Nova filozofija ljudskih prava naglašava potrebu da se i postojeća ljudska prava obogate sadržajima koji su van sfere „klasičnog” razumevanja građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i drugih prava. Primera radi, problem predstavlja i činjenica da formalizacija prava u vezi sa životnom sredinom nema ozbiljno uporište u međunarodnim dokumentima u oblasti ljudskih prava, već u međunarodnom pravu životne sredine (npr. Stokholmska konferencija o dugotrajnim organskim zagađivačima iz 2001, Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača 1985..). Za neke aspekte ovih problema u kontekstu prava čoveka: V. Rakić-Vodinić: „Ekološko pravo kao pravo čoveka”, *Pravni život*, br. 9/1995, str. 245-266.

Iz iznete strukture sadržaja koji obuhvatamo pojmom prava potrošača najpre proističe zaključak da je neophodno da se kao organi za obezbeđivanje ovih prava, odnosno sprovođenje zakona, javne različiti kako nedržavni, tako i državni organi. Govoreći samo o ovim potonjim, može se uočiti da se mehanizam zaštite i ostvarivanja ovih prava ne poverava samo organima koji spadaju u sudsku vlast, već i organima iz upravne grane vlasti.⁸ Valja primetiti da se čak i zakonodavna u izvesnom smislu pojavljuje kao kanal zaštite prava potrošača, jer je donošenje pojedinih propisa, poput onih kojima se obezbeđuju ekološki interesi, pravo na obaveštenost ili na organizovanje potrošača često predmet samostalnog propisa čije donošenje podrazumeva realizaciju nekog drugog, opštijeg zakona, ustava ili međunarodnog dokumenta. No, budući da se u ovom slučaju radi o zaštiti prava *in abstracto* kroz definisanje opštih uslova pod kojima se uživa, i ovaj aspekt analize ostaje po strani.

S obzirom na izloženo, jasno se nameće zaključak da je metodološki nelogično definisanje prava potrošača kao apstraktnih kategorija, opredeljenih gotovo isključivo preko dispozitivnog sadržaja, uz zanemarivanje činjenice da se ta prava mogu ostvariti samo u dinamičkom procesu u kojem se poimanje pravnog mehanizma zaštite ne može obezbediti samo ukazivanjem na zakonom zaprećene sankcije. Specifičnost i mnogodimenzionalnost ovog relativno novog ekonomskog prava čoveka se ne može shvatiti bez uvida u organizacioni aspekt državnih institucija kojima se prava ne samo garantuju, nego i šire i razvijaju. U tom smislu nam se čini logičnijim onakav pristup kakav je bio poznat još u rimskom pravu, kada su instituti opredeljivani s obzirom na mehanizam zaštite.

Sistem zaštite pravom utvrđenog kruga ovlašćenja koje ima potrošač kao kupac, građanin i čovek ima, sa stanovišta prava, dva aspekta: može se posmatrati kroz krug normi kojima se prava regulišu (logika sleda dispozicije) ili preko organizacionog pristupa, identifikacije organa koji ih obezbeđuju (logika sleda sankcije). Istakli smo da nam se sa stanovišta neposrednog procesa zaštite i individualne percepcije obima i sadržine prava potrošača od strane njih samih ovaj drugi pristup nameće kao logičan. Budući da je reč o pravima koja se pretpostavljaju, odnosno koja se, kao i svaka druga forma društvene moći manifestuju svojim izazivanjem (tj. nepoštovanjem), to i potrošač kao subjekt prava, u slučaju da smatra da je njegovo pravo povređeno, svojim aktivnostima sledi odgovarajući zakonom predviđeni tok radnji zaštite, tj. obraća se organima po opredeljenom redosledu, to se za njega procesni aspekt pojavljuje kao dominantan. No, specifičnost ovih prava je u tome što se povredom u jednom konkretnom odnosu istovremeno ugrožava i takvo isto (privatno) pravo u neodređenom broju slučajeva, odakle sledi mogućnost da se kao subjekt procesa zaštite pojavi i kolektivitet (privatnopravnih subjekata), a u slučajevima da je ugroženo pravo koje u sebi ima i elemente javnog interesa, odgovarajući javnopravni organ. Po sebi se razume da se ovaj drugi slučaj može javiti i preventivno i aposteriorno, iz čega, opet, dalje proističe i činjenica da se kao organi zaštite pojavljuju ne samo sudovi, nego i uprava.

8 Sadržinski, na agencije država, odnosno upravni organi, prenose deo svog kapaciteta u obliku javnih ovlašćenja. S. Taboroši: „Javne agencije – komentar uz Predlog zakona”, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2005, str. 957.

Znači, pošto bi nam identifikacija sfere kaznenopravne zaštite prava potrošača putem analize prisustva elemenata kolektivnog ugrožavanja subjektivnih prava potrošača, odnosno utvrđivanje postojanja moguće povrede javnog interesa, bilo logički prihvatljiviji, ali praktično neuporedivo teži postupak, jer bi zahtevalo analizu svakog pojedinačnog zabranjenog dela, smatramo da bi stoga bilo uputnije posredno identifikovanje nivoa društvene opasnosti na osnovu grupisanja u dela koja predstavljaju prekršaje, privredne prestupe ili čak i krivična dela, dakle podelu koja se ispoljava preko organizacionog kriterija. Uostalom, to je standardni postupak i u krivičnom pravu, a potpuno korelira i sa načinom nastajanja, odnosno razvoja klasičnih institucija građanskog (rimskog) prava.

Primitimo, ipak, da iako nam je za samo ostvarivanje ugroženog prava u praksi dominantan organizacioni kriterij (tj. identifikacija nadležnog organa za zaštitu), izvesno je da se njime ne može doći do identifikacije čitavog korpusa sistema zaštite prava potrošača, jer je identifikacija organa pravnologička i tehnička funkcija povrede datog konkretnog prava. Otklanjanje povrede jednog prava potrošača nam ne daje informacije o celini sistema zaštite, jer nam nedostaje u datom momentu svest o tome kako se štite druga prava potrošača. Stoga ukazujemo na rezerve koje imamo u pogledu izabranog metodološkog postupka: valjalo bi, istovremeno, sagledati i gde se sve nalaze definisana prava koja ubrajamo u prava potrošača, pa zatim, na osnovu društvenog značaja koji imaju, a kojeg im pravni sistem priznaje, moguća je identifikacija procesnog aspekta. Dakle, kao i u svim drugim oblastima prava, i u ovoj postupak mora da započne identifikacijom zabranjenih ponašanja kojima se ograničavaju prava potrošača, a zatim, posle njihovog razvrstavanja prema značaju (što je zakonodavac već učinio) sledi analiza samog procesa i mehanizma kojim se obezbeđuje njihova zaštita.

Konstatujemo, dakle, da je nastanak samog sistema zaštite potrošača, kao i drugih pravnih kategorija, moguće posmatrati logički i istorijski, pri čemu se ova dva aspekta nužno ne poklapaju. Naime, istorijski je zaštita razvijena iz evolucije parnice, jer je naknada štete, pogotovo u anglosaksonskom pravnom sistemu, ubrzo dobila i funkciju prevencije putem efekta zastrašivanja.⁹ Naime, principi po kojima se odmerava naknada štete nisu potčinjeni (evropskom) imperativu da se otkloni stvarna šteta i naknadi (kada je reč o poslovnopravnom odnosu) izgubljena dobit (ovo drugo nije pravilo kod parnica među privatnim, neprofesionalnim strankama), već su i ti principi izvedeni iz koncepta jedinstvenosti imovinskopravnog subjekta koji u svakom učesniku u prometu vidi transaktora koji teži profitu. Stoga je, najpre ugrađivanjem izgubljene dobiti, a zatim i visinom naknade štete koja je više odgovarala ekonomskim prilikama subjekta protiv kojeg je presuda doneta, nego objektivnim gubitkom imovine tužioca, u parničnu presudu unet element zaštite javnog interesa zastrašivanjem drugih, potencijalnih štetnika. Dakle, istorijski gledano, javnopravna zaštita je razvijena iz koncepta restorativne pravde kao jedne od odred-

9 O relativnom značaju javne i privatnopravne zaštite, odnosno sprovođenja zaštite interesa ugovornih strana sa stanovišta ekonomske teorije: S. Shavell: „The Optimal Structure of Law Enforcement”, 1993, *Journal of Law and Economics*, str. 270 i dalje.

nica privatnopravne zaštite,¹⁰ tj. potrošač je dobio zaštitu javnog poretka samo ukoliko je prethodno bio u obligacionopravnom odnosu.

Logički pristup nam izgleda drugačije: prava koja potrošač ima su, kao što je istaknuto, grupisana u tri ravni, od kojih se samo u jednoj potrošač poklapa sa kupcem. U ostale dve sistem zaštite deluje eksplicitno *ex ante*, i često uopšte nije neophodno da dođe do nastupanja štete, dovoljna je samo mogućnost. Dakle, da bi sistem zaštite delovao potpuno autonomno i preventivno, on mora da kao subjekta odredi građanina, odnosno čoveka, a ne kupca, budući da je status kupca moguć samo na osnovu već zaključenog ugovora. Doduše, u obligacionom pravu su moguće povrede interesa partnera i prilikom pregovaranja (ukoliko je reč o odnosima poslovnog prava, na primer nesavesnost u vođenju pregovora), ali to nije uobičajeno kod one kategorije koju identifikujemo sa kupcima koji kupuju robu za potrebe svojih domaćinstava. Stoga je logično da se čitav sistem zaštite zasnije na zaštiti viših i zajedničkih vrednosti za sve ljude (društvenih ciljeva regulacije),¹¹ proširi krugom objektivnih prava kojima se građanima garantuju određena prava na nacionalnom privrednom prostoru, a tek zatim, na kraju, opredele specifična prava koja ovi imaju kad se pojavljuju kao kupci sredstava za život. Dakle, pravnotehnički pristup bi nalagao da se najpre testira krivičnopravno zakonodavstvo, zatim nivo privrednih prestupa, a na kraju prekršaji.

U suštini, to je čitava mreža javnopravne zaštite potrošača, budući da privatnopravna zaštita (kroz parnični postupak) uopšte nije zaštita potrošača, nego zaštita interesa ugovornih strana. Bilo koje od njih. Za jasnije razlikovanje će nam najbolje poslužiti činjenica što je javnopravna zaštita potrošača sistem objektivnog prava koji obavezuje sve i daleko prevazilazi krug obaveza koje imaju prodavci u odnosu na kupce: obavezuje i proizvođače, i posrednike (trgovinu na veliko i malo), državne organe i treća lica koja nisu ni u kakvom ugovornom odnosu. Dakle, vododelnicu između privatnopravne i javnopravne zaštite predstavlja okolnost da li postoji simetrija u ovlašćenjima odnosno subjektivnim pravima ili ne. Potrošač kao kupac može da se odrekne svih prava koja u odnosu na njega ima njegov ugovorni partner, ali to ne može da učini u režimu objektivnog prava potrošača: obaveze druge strane nisu simetrične njegovim pravima.

Negde u „sivoj” zoni između privatnopravne i javnopravne zaštite potrošača nalaze se pravila koja bismo mogli označiti kao „meko pravo”. Ovde se ne radi o samoregulaciji, već pravilima koja nemaju snagu zakona ali izazivaju neku promenu ponašanja po pravilu praćenu nekim oblikom sankcije (osim one koja se predviđa striktno kaznenim zakonodavstvom).¹² Kao alternativu čistom modelu samoregulacije, koji bi suštinski bio nepovoljan sa stanovišta ostvarivanja zaštite potrošača, autori Ayres i Braithwaite predložili su model tzv. „prinudne samoregulacije”. Ovaj sistem, koji je već počeo da se primenjuje u sferi regulisanja finansijskih posrednika, pretpostavlja da su privredni subjekti motivisani da sami određuju pravila ponašanja

10 Npr. W. Cragg: *The Practice of Punishment: Towards a Theory of Restorative Justice*, Routledge, 1992.

11 A. Ogus: *Regulation: Legal form and Economic Theory*, Oxford University Press, 1994., str. 26.

12 G. Howells: „Soft Law”, u. P. Craig, C. Harlow: *Lawmaking in the European Union*, 1998, str. 310-311.

u skladu sa zakonom i saraduju sa regulatorom koji je kooperativan sve dok se regulisani subjekt ponaša na odgovarajući način.¹³

Ovakav oblik regulacije, zasnovan na kontroli usaglašenosti pre nego na pret-nji sankcijama, pokazao se ispravnim naročito u domenu regulisanja finansijskih posrednika. U sferi zaštite potrošača, tzv. „*compliance*” model podrazumevao bi aktivnu ulogu državnih i para-državnih organa kojima je poverena zaštita potrošača kao partnera regulisanih privrednih subjekata. Dakle, regulatorne agencije i druga tela će zahtevati od kompanija čije ponašanje nije u skladu sa standardima zaštite potrošača da promene konkretno ponašanje. Ove regulatorne agencije često su ovlašćene da izriču sankcije, odnosno da ukazuju na privredne prekršaje. Uopšte, strategija praćenja usklađenosti poslovanja nastoji da spreči potencijalne prekršaje bez neposredne i direktne pretnje sankcijama. „Kažnjavanje je skupo, a ubeđivanje jeftino”, dok strategija zasnovana na pretnji sankcijom utiče na stvaranje „organizovane subkulture odupiranja regulaciji.”¹⁴

Pošto je nedvosmisleno da se privatnopravna i javnopravna zaštita međusobno ne isključuju, ali se i ne preklapaju, to je ovu drugu moguće tretirati kao celoviti i konzistentni sistem kojeg čine tri, napred navedene komponente: krivičnopravna, materija privrednih prestupa i prekršajna.

Na ovom mestu ukazaćemo na novi koncept proizašao kao posledica re-definisanja uloge moderne države, odnosno njene uloge u regulisanju celine odnosa u privredi, čemu je naročito doprineo proces deregulacije i liberalizacije državnog sektora privrede. Naime, u modernom krivičnom pravu sve se češće koristi engleski izraz „*regulatory crime*”. Ova grupa kažnjivih dela obuhvata naročito ona kojima se krše propisi iz sfere zaštite čovekove okoline, zaštite zdravlja i sigurnosti, kao i širi korpus osnovnih prava potrošača. U širem kontekstu podrazumeva ne samo inkriminisana krivična dela, već i privredne prestupe čiji je zaštitni objekt javni interes u vidu zaštite zdravlja, bezbednosti i sigurnosti građana, a sve više prožima i zaštitu ekonomskih interesa potrošača.¹⁵

Krivičnopravna zaštita potrošača je situirana u širi kontekst, odnosno ima kao generalni predmet prava čoveka.¹⁶ No, budući da je horizont ljudskih prava daleko širi od onih slučajeva u kojima se ograničavaju prava čoveka da pristupi i koristi materijalne pretpostavke sopstvenog (ali primetimo: kolektivnog) postojanja, to ćemo se u ovom kontekstu ograničiti samo na ona krivična dela koja istovremeno predstavljaju i komponentu opšte zaštite celine pravnog poretka, ali i osnov za konkretnu zaštitu pojedinca u procesima koji prethode njegovoj ličnoj potrošnji.

13 I. Ayres, J. Braithwaite: *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Clarendon Press, 1992, Glava IV.

14 Isto, str. 19-20.

15 Npr. G. Richardson: „Strict Liability for Regulatory Crime”, 1987 *Criminal Law Review*, str. 297-303; R. Kimblin: „Penalties in Regulatory Crime”, *Environmental Law and Management*, Vol. 17/4, str. 169-175.

16 U svojoj knjizi o krivičnom pravu i zaštiti potrošača na primeru Velike Britanije, Cartwright jasno podvlači da se krivično pravo koristi kao instrument zaštite potrošača kao čoveka, što detaljno razrađuje u glavama V i VI o zaštiti bezbednosti i ličnog integriteta potrošača, kao i njegovih ekonomskih interesa. P. Cartwright: *Consumer Protection and the Criminal Law – Law, Theory and Policy in the UK*, Cambridge University Press, 2001.

II

Kaznenopravna zaštita prava potrošača je u našem pravnom sistemu predviđena eksplicitno X glavom Zakona o zaštiti potrošača. No, glavno ograničenje shvatanju da taj zakon i definiše prava i garantuje njihovo ostvarivanje je, po našem mišljenju, u tome što previđa ogroman jaz koji stoji između nivoa deklarisanja prava i konkretnih oblika u kojima se ona mogu ugroziti u prometu. Taj Zakon prava svodi na konkretna ovlašćenja ili obaveze prodavaca i samo za njih predviđa odgovarajuće kaznenopravne instrumente, a sam osnovni korpus prava, ono što je istorijski novum u pravnom sistemu, jednostavno prećutkuje. Mi, ipak, verujemo da se u pozitivnom pravu Republike Srbije ipak mogu naći i opštije garancije celine prava potrošača, a ne samo pojedinih njihovih komponenata, i to ne samo u Ustavu nego i u Krivičnom zakoniku iz 2005. g.¹⁷ U njemu se jasno pokazuje da se osnovna prava potrošača mogu prepoznati kao direktni ili indirektni zaštitni objekti zaštite kod mnogih njegovih članova. Smatramo da je to slučaj sa pojedinim krivičnim delima iz sledećih glava KZ:

Iz XIV glave:

Sprečavanje štampanja i rasturanja štampanih stvari i emitovanja programa (čl. 149)

iz XX glave:

Neovlašćeno iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta srodnog prava (čl. 199 KZ)

Iz XXI glave:

Neovlašćeno uklanjanje ili menjanje elektronske informacije o autorskom i srodnim pravima (čl. 200 KZ)

Neovlašćeno korišćenje tuđeg dizajna (čl. 202 KZ)

Prevara (čl. 208 KZ)

Zelenaštvo (čl. 217 KZ)

Falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica (čl. 225 KZ)

Zloupotreba monopolističkog položaja (čl. 232 KZ)

Neovlašćena upotreba tuđe firme (čl. 233 KZ)

Iz XXII glave:

Nedozvoljeno posredovanje (čl. 242 KZ)

Nedozvoljena trgovina (čl. 243 KZ)

Obmanjivanje kupaca (čl. 244 KZ)

Falsifikovanje znakova za obeležavanje roba, mera, tegova (čl. 245 KZ)

Iz XXIII glave:

Nesavesno pružanje lekarske pomoći (čl. 251 KZ)

Nadrilekarstvo i nadriapotekarstvo (čl. 254 KZ)

Proizvodnja i stavljanje u promet škodljivih proizvoda (čl. 256 KZ)

Nesavesno vršenje pregleda životnih namirnica (čl. 257 KZ)

Zagađivanje vode za piće i životnih namirnica (čl. 258 KZ)

Iz glave XXIV

Zagađenje životne sredine (čl. 260 KZ)

Unošenje opasnih materija u Srbiju i nedozvoljeno prerađivanje, odlaganje i skladištenje opasnih materija (čl. 266 KZ)

Povreda prava na informisanje o stanju životne sredine (čl. 268 KZ)

Iz glave XXVI

Ugrožavanje javnog saobraćaja (čl. 289 KZ)

Ugrožavanje bezbednosti vazdušnog saobraćaja (čl. 291 KZ)

Iz glave XXVII

Pravljenje i unošenje računarskih virusa (čl. 300 KZ)

Računarska prevara (čl. 301 KZ)

Iz glave XXXI

Neovlašćeno organizovanje igara na sreću (čl. 352 KZ)

Iz glave XXXII

Protivzakonita naplata i isplata (čl. 362 KZ)

Bilo bi, svakako, preambiciozno da se u okviru jednog članka bavimo analizom svakog od navedenih krivičnih dela s obzirom na njihovo biće. To je posebno teško zbog činjenice što je u Krivičnom zakoniku osnovni kriterij za klasifikaciju opredeljen prema vrsti pravnog interesa koji se odgovarajućom odredbom štiti, a ne prema subjektu: dakle primenjuje se objektivni, a ne subjektivni kriterij za identifikaciju krivičnopravne prirode dela. No ta činjenica ipak ne isključuje mogućnost da se pristupi i alternativno, tj. da se dela grupišu prema subjektu čiji je interes ugrožen.

Sledeći takav pristup, dolazimo do narednog zaključka: interesi potrošača kao građana su tesno inkorporirani u opšti interes održavanja javnog poretka, te se, sem u jednom jedinom slučaju, kriv. delo obmanjivanja kupaca iz čl. 244, ni kod jednog drugog ne može odvojiti zaštita interesa potrošača od nekog drugog zaštitnog objekta. Tako se, na primer, kod prvog navedenog dela iz čl. 149. očigledno radi o slobodi informisanja, ali nam je iz uporednopravne istorije poznato da su velike kompanije opstruirale objavljivanje vesti kojima se njihovo poslovanje prikazivalo na način koji njima nije odgovarao, često čak i onemogućavanjem štampanja glasila. Mada se iz dikcije kriv. dela to ne može direktno zaključiti, obrnuto ponašanje, tj. pristupanje emitovanju programa ili štampanju radi iznošenja lažnih podataka, što ne bi bilo biće istoimenog dela, već privrednog prestupa, u suštini takođe pogađa potrošača odgovarajuće informacije isto koliko i sprečavanje da informacija dospe do njega.

U grupu krivičnih dela kojima se povređuje pravo na informisanost potrošača, uključili smo i sva ona druga kojima se ovaj pojedinačno ili kolektivno dovodi u zabludu, poput kriv. dela iz članova 199, 200, 202, 233, 245 i 301 KZ. Zajedničko svim ovim delima je to što se potrošač dovodi u zabludu u vezi sa prirodom konkretnog proizvoda ili usluge, dakle, ako pokušamo da ovu situaciju primerimo fazama obligacionopravnog odnosa, reč je o neistinitim sadržajima koji se daju u ponudi za zaključenje ugovora. Takva situacija je već sankcionisana u konkretnom pravnom ambijentu građanskopravnog odnosa, ali je, kao krivično delo, ona opredeljena dvostruko različito: ovde je opasnost apstraktna, znači da se javlja za neodređeni broj potencijalnih ugovarača, i što se istovremeno nanosi šteta stvarnom

vlasniku odgovarajućeg predmeta industrijske svojine, čije su dimenzije i domašaj, takođe, u datom momentu nepoznate. Upravo se u ovakvoj dvostrukoj apstraktnosti društvene opasnosti i nalazi osnov da takva dela identifikujemo kao napad na privredni poredak i sigurnost pravnog saobraćaja. Ako imamo u vidu okolnost da se u ukupnom obimu svetskog prometa sredstava za život, kod kojih su ovakvi rizici najočitiji, vrednost prometa falsifikovanih proizvoda kreće na nivou od 5 do 6 procenata, a u zemljama u kojima je sistem preventivne zaštite potrošača neefikasniji i do 10%, onda je jasno da ova dela imaju neuporedivo teže posledice po stabilnost svetske ekonomije nego što se ta opasnost može percipirati sa stanovišta obmanutog pojedinca. Ugrožavanje potrošačkog prava na informisanje je, dakle, direktni atak na stabilnost svetske razmene.

Pravo na bezbedan proizvod, jedno od četiri prvo istaknuta zahteva u procesu strukturiranja prava potrošača kao elementa sistema javnog prava, eksplicitno se štiti dikcijom čl. 256 KZ, ali se, kao i povodom opšteg upućujućeg krivičnog dela iz čl. 244, radi samo o osnovnom delu. Već i sama odredba o „škodljivom” proizvodu je postavljena elastično, jer se očigledno pod škodljivim ne podrazumeva samo onaj koji je već prouzrokovao odgovarajuću štetu, već onaj koji može da proizvede štetu. To proističe iz osnovne funkcije krivičnog prava, kao mehanizma socijalne prevencije. A šta je to škodljivi proizvod,¹⁸ budući da se ne utvrđuje ex post, nakon nastanka štete, nego se mora unapred znati šta jeste, a šta nije, određuje masa normi u zakonima i administrativnim propisima koje se bave problemima opšte bezbednosti proizvoda, posebnim tehnološkim pravilima za određene delatnosti i standardima.¹⁹ Koncept škodljivog proizvoda sa nedostatkom u pravu EU je razjašnjen Direktivom o odgovornosti za štetu od proizvoda sa nedostatkom iz 1985. godine (koja nije ukinula postojeća nacionalna pravila o deliktnoj odgovornosti),²⁰ a koja čini sistem sa Direktivom o opštoj sigurnosti proizvoda iz 1992. godine. Međutim, procesna pravila o odgovornosti za štetu od proizvoda tj. sistem odgovornosti i dokazivanja krivice nije unifikovan na nivou EU, a razlike između evropskog i američkog koncepta odgovornosti za štetu su još veće.²¹ Da zaključimo, krivica se u smislu propisa o odgovornosti za štetu i uopšte bezbednosti proizvoda ne poima na isti način ni

18 Dok je škodljivost proizvoda lakše utvrditi, nivo praga rizika koje potrošači ispoljavaju ne samo u pogledu opasnih proizvoda već uopšte, nije homogen. U ekonomskoj teoriji je ukazano da zaštita života, zdravlja i sigurnosti potrošača ne zavisi primarno od usvojenih standarda sigurnosti, već se pred zakonodavca i regulatorno telo postavlja i pitanje koji je prihvatljiv nivo rizika u datom slučaju. W. Oi: „The Economics of Product Safety”, 1973, 4 *Bell Journal of Economics* 3, str. 22.

19 O škodljivosti proizvoda i odgovornosti za štetu od proizvoda (koja se može pojaviti u vidu odgovornosti za materijalne nedostatke stvari, ali i vanugovorne tj. deliktne odgovornosti) opširno u M. Karanikić: „Odgovornost za štetu od proizvoda”, *Pravni život*, br. 10/2003, str. 711-737.

20 R. Vukadinović: „Harmonizacija prava o odgovornosti za štete od proizvoda sa nedostatkom u okviru EEZ-a”, *Pravni život*, br. 11-12/1992, str. 2173-2185.

21 Dok u Evropi sudija kao polaznu tačku uzima opravdana očekivanja potrošača, u parnicama u SAD porota je ta koja ispituje očekivanja potrošača i ona pri tom ocenjuje da li su očekivanja potrošača razumna (pri tome polazi od očekivanja prosečnog potrošača) J. Culhane: „The Limits of Product Liability Reform Within a Consumer Expectation Model: A Comparison of Approaches Taken by the United States and the European Union”, 19 *Hastings International and Comparative Law Review* 1, 1995.

unutar EU, pa time adresati odgovornosti mogu da budu pojedinci, proizvođači, snabdevači, kooperanti, što se razlikuje od zemlje do zemlje.²²

Dakle, norma iz čl. 256 je vrh ledenog brega ispod kojeg se kriju hiljade propisa koji takođe predviđaju sankcije, ali se primena krivičnogpravnog očigledno rezervise za najteže kvalifikovana dela. Dakle, za razliku od prethodnog prava na informisanje (kao pretpostavke racionalnog ponašanja potrošača i dominantne tehnike u okviru politike zaštite potrošača),²³ kod kojeg je pozivanje na krivičnogpravnog zaštitu moguće uvek kada je društvena opasnost i apstraktna, kod ovog dela ćemo „prag” krivičnogpravne reakcije morati da vežemo za intenzitet „škodljivosti”. Ili, pak, za slučaj kada prethodne (pravne prepreke nižeg nivoa od krivičnogpravnog) budu neefikasne, kada ipak dođe do proboja opasnog proizvoda kroz mrežu posebnih nekrivičnogpravnih normi, on se pojavi na tržištu i izazove posledice).

Društvo, međutim, ipak reaguje neposredno kada je škodljivost izvesnih usluga takva da se ove ne mogu tolerisati ni na nižim nivoima društvene opasnosti. To je slučaj sa uslugama u oblasti zdravstva. Zato se krivičnim delom iz čl. 254 neposredno predviđa postojanje krivičnogpravnog ponašanja čak i ako ne postoji konkretna opasnost po potrošača, odnosno korisnika usluga. Prethodnim delom, inkriminisanim čl. 251 KZ, nesavesnim lečenjem je stvorena ne samo opasnost, nego se pretpostavlja da je bar jedan pacijent imao posledice od takvog medicinskog tretmana. Zato se ovde radi, kao i u slučaju definisanom krivičnim delom iz čl. 257, o delu kojim se eksplicitno ne štiti potrošač, dakle nije neposredno garancija prava na bezbedan proizvod i uslugu, nego funkcionisanje odgovarajućih delatnosti, dakle pravni poređak. Uostalom, da je reč o dvostrukosti društvene prirode ovakve zabrane svedoči i činjenica što se postupak za naknadu štete (parnica) može u ovim slučajevima da vodi i nezavisno od krivičnog.

Naredno pravo potrošača, na fer uslove prodaje i zaštitu njegovih ekonomskih interesa, takođe je prisutno kao objekat zaštite i u krivičnogpravnoj ravni. Krivično delo zelenaštva iz čl. 217, ali i protivzakonita naplata ili isplata iz čl. 362, bi, po našem mišljenju, zajedno sa osnovnim delom iz čl. 244 koje podrazumeva i obmanjivanje kupca o ceni, predstavljali – istina nekompletno – krivičnogpravno obezbeđivanje ovog prava potrošača. Naime, kod zelenaštva se radi samo o najtežim oblicima zloupotrebe kod kreditnih poslova,²⁴ dok su isto tako društveno opasni, ali ne i krivičnogpravno sankcionisani, oni oblici ponašanja poverilaca u sektoru finansijskih usluga kojima se ekonomski interesi potrošača toliko zanemaruju da mnogi od takvih ugovora postaju bliski zelenaškim. Reč je, naravno, o potrošačkom kre-

22 M. Davis: „Individual and Institutional Responsibility: A Vision for Comparative Fault in Product Liability”, 39 *Villanova Law Review* 281, 1994, str. 332-338.

23 S. Weatherill: „The Role of the Informed Consumer in European Community Law and Policy”, *Consumer Law Journal*, 1994/2, str. 49. i dalje.; G. Hadfield i dr: „Information-Based Principles for tethinking Consumer Protection Policy”, 21 *Journal of Consumer Policy*, 1998, str. 131 i dalje.

24 Prvi propisi o zaštiti korisnika kredita odnosili su se upravo na kreditne posrednike zelenaškog karaktera (mada su neki propisi, kao npr. u Velikoj Britaniji, bili prilično blagonakloni prema poveriocima). Vid. T. Jovanić: *Potrošački kredit: Pravno-ekonomski aspekti*, Udruženje banaka Srbije, 2004., str. 91-97.

ditu.²⁵ Iz razumljivih razloga se ne može pledirati na jačanju krivičnopravne odgovornosti, jer je ovde reč isključivo o pravnim licima, pa je stoga značaj drugih propisa utoliko veći. Sličan problem imamo i kod protivzakonite naplate i isplate iz čl. 362 KZ, bar kada je reč o odnosu potrošača i tzv. javnog sektora, odnosno delatnostima od opšteg interesa, poput komunalnih, kod kojeg se ovakvo delo vezano za potrošače uopšte i može pojaviti.

I najzad, četvrto pravo potrošača koje srećemo u korpusu krivičnog zakona je pravo na zdravu životnu sredinu. Ono se štiti pomoću normi iz čl. 260, 266 i 268, pri čemu se kod ovog poslednjeg člana ono javlja kao konkretna povreda prava građanina – potrošača, dok je kod prethodna dva ona apstraktnija. Posebno vidimo nedostatak u dikciji člana u tome što on predviđa samo izazivanje opasnosti bez stavljanja u promet opasnog materijala, dakle opasnosti koja nastaje emisijom na osnovu njegovog prisustva u zemlji, a ne i upotrebe, što je, diskretno, nagovešteno samo uputnicom „nedozvoljeno prerađivanje”.²⁶

Jednu grupu krivičnih dela koja imaju određene reperkusije na prava potrošača, ali se ne mogu opredeliti kao njihova neposredna krivičnopravna zaštita, predstavljaju dela kojima se ugrožava javni i pravni saobraćaj. Dok je kod dela iz čl. 289 i 291 ugrožavanje prava putnika na bezbedan proizvod (tj. uslugu) proisteklo iz delovanja koje ne mora da bude delovanje davaoca usluge, već može da bude i posledica aktivnosti ili neaktivnosti trećih lica koja nisu davaoci usluge, dotle je kod dela iz čl. 242 i 243 potrošač takođe posredno ugrožen jer se od prodavaca ili posrednika koji ne ispunjavaju statusne standarde kojima se opredeljuje njihovo pravo na poslovanje na tržištu ne može očekivati ni da će poštovati standarde za održavanje obligacionopravnih odnosa. U ostalom, u logici je privrednog prava da se statusni deo i reguliše radi obezbeđivanja sigurnosti pravnog saobraćaja, što konkretno znači ugovornih odnosa. Ovde je, opet, reč o posrednoj zaštiti prava potrošača.

III

Na kraju pregleda pozitivne krivičnopravne zaštite prava potrošača nam se postavlja i treće pitanje od onih kojima posvećujemo ovaj tekst: kakav je osnov i priroda odgovornosti prodavaca u kontekstu javnopravne zaštite prava potrošača u odnosu na osnov i prirodu krivičnopravne odgovornosti. Naime, prodavac, odnosno davalac usluga može biti i fizičko i pravno lice, dok je kod krivičnopravnog odnosa učinilac, prema još dominirajućim shvatanjima u krivičnom pravu, ipak samo fizičko lice.

S obzirom da prodavac, u smislu Zakona o zaštiti potrošača, može da bude ne samo svako privredno društvo, uključujući i preduzetnike, nego i lica koja se profesionalno bave trgovinom, čak i ukoliko ne potpadaju pod taj pojam (na primer,

25 Korisna analiza nepravinih klauzula koje su na granici zelenaških poslova u: M. Baretić: *Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima s posebnim osvrtom na ugovore banaka i osiguravajućih društava*, Narodne novine, Zagreb, 2003, str. 63.

26 Upporednu studiju o domašaju građanskopravnih i krivičnih sankcija u sferi zaštite čovekove sredine vid: M. Watson: „The use of criminal and civil penalties to protect the environment: A comparative study”, *European Environmental Law Review*, Vol. 15/4, 2006, str. 108-113.

prodavci na pijacama koji nemaju registrovanu firmu, pa čak ni, u smislu poreskih propisa, ni poreski identifikacioni broj), to se prvobitna impresija da krivični zakon u ovoj oblasti deluje samo indirektno, prilično relativizuje. Naime, tačno je da se kod krivičnih dela koja smo napred naveli kao izvršilac može javiti i privredno društvo, u kom slučaju se krivična odgovornost može eventualno utvrditi samo za odgovorno lice, ali je nesporno da se u svim slučajevima u kojima se fizičko lice javlja kao prodavac, i stoji u neposrednom odnosu sa kupcem²⁷, povreda prava potrošača može okvalifikovati kao krivično delo za koje odgovara izvršilac. Dakle, na osnovu prethodnog izlaganja je potpuno nesporno da je reč o protivpravnim radnjama kojima se povređuju prava potrošača, da su te radnje sankcionisane, ali da se ne može neposredno izvesti zaključak da će odgovarati svako lice koje ih učini, ili za čiji račun budu učinjene, već samo odgovorno lice.

Problem identifikacije učinioca dela se javlja, dakle, u daleko težoj formi kada je reč o privrednim društvima u užem smislu. Dok je u obligacionopravnom odnosu za naknadu štete (bar za trgovačka društva) pitanje rešeno na principu objektivne odgovornosti, u krivičnom se to, izvesno, ne može, te je stoga nemoguće opredeliti odgovornost pravnog lica za sve situacije i (krivičnim zakonom) nedozvoljene radnje u kojima ono dolazi do nekakve koristi.

Naknada štete je jedno, a krivična odgovornost, ipak, drugo. Naime, logično je da se iz jedne imovine, koja je povećana odgovarajućom radnjom, nadoknadi smanjenje imovine drugog učesnika u prometu. Ako je to povećanje veće od gubitka, onda je rešenje ne samo pravno i moralno, nego i ekonomski opravdano. A sa krivicom je već drugačije: budući da bez subjektivnog elementa nema krivičnog dela, a ovaj se može javiti samo u svesti odgovornih u kompaniji, to je moguće gonjenje samo njih, dakle fizičkih lica, čak i ukoliko ekonomski efekat od zabranjenog ponašanja pripadne kompaniji. Dakle, ona može da ima korist, koja joj se, eventualno, može i oduzeti, ali to ne menja činjenicu da sama kompanija ne odgovara krivičnopravno, čak i kada je obavezna da plati odgovarajući novčani iznos ili joj bude oduzeta nezakonito stečena dobit. Imamo, stoga, jedan paradoks: krivičnopravna odgovornost same kompanije ne postoji, ali je ona podložna krivičnopravnoj sankciji u onom svojstvu koje opredeljuje njen subjektivitet: a to je imovina.²⁸

Pozitivnopravno rešenje koje predviđa krivičnu odgovornost odgovornog lica u kompaniji može da bude testirano sa stanovišta novih tendencija u menadžmentu. Naime, u ogromnim kompanijama koje posluju čak na globalnom nivou, je mehanizam donošenja odluka socijalizovan do mere u kojoj je kapacitet odlučivanja na svakoj instanci iznad najniže u suštini nepotpun.²⁹ Svaka viša odluka počiva na pretpostavci istinitosti logičkih inputa, pa se stoga lako dešava da kao rezultat, kao svodnu, dobijemo neku odluku ili stanje koje nije prihvatljivo sa stanovišta bilo kog od pojedinačnih učesnika u procesu odlučivanja. A takva zbirna i jedinstvena od-

27 Preduzetnik, u smislu našeg Zakona o privrednim društvima.

28 H. Ball, L. Friedman: „Use of criminal sanctions in the enforcement of economic legislation: A sociological view”, (1965) *Stanford Law Review*, 17, 197–223.

29 O specifičnostima planiranja i odlučivanja kao procesima menadžmenta: D. Erić: *Uvod u menadžment*, Beograd, 2000, str. 258-276.

luka proizvodi štetu i šteta je nastala.³⁰ Tada bismo mogli da postupimo dvojako: ili da proglasimo princip objektivne odgovornosti i za krivičnopravnu materiju, sledeći logiku tzv. komandne odgovornosti, ili, pak, da kompaniju potpuno amnestiramo, a krivičnopravnu odgovornost u potpunosti vežemo za lice koje je bilo poslednje u lancu radnji koje su dovele do dela. Plašimo se da bi i jedan i drugi zaključak bio neproduktivan sa stanovišta ne samo zaštitnog interesa, nego i celokupnog pravnog poretka, mada smo intimno bliži prvom rešenju.³¹ Ubedljivi razlozi govore o tome da bi trebalo pažnju usmeriti na ključni menadžment (dakle, ne na one koji se nalaze na poslednjem nivou menadžerske lestvice pre neposrednih izvršilaca), s obzirom da na njihovo protivzakonito ponašanje neće bitnije delovati imovinske sankcije izrečene korporaciji (niti na psihološkoj osnovi, niti finansijski).³² Gobert navodi nekoliko modela odgovornosti koji obuhvataju zaposlene i samu korporaciju.³³ Ukoliko se krivično delo, prestup ili prekršaj moglo sprečiti pravovremenim reagovanjem top menadžera ili se može dokazati da je njihov propust u organizaciji uzrokovao inkriminisanu posledicu, upravljački kadar podložan je sankciji. Uпоредna sudska praksa pokazuje da dokazivanje odgovornosti zaposlenih na najnižoj tj. izvršnoj lestvici (onih najbližih potrošačima) može rezultirati u njihovoj odgovornosti ali tek pošto se dokaže njihov grubi propust odnosno uzročno-posledična veza u postojanju svih elemenata optužbe. Druga dva modela odgovornosti odnose se na samu kompaniju: njenu ličnu odgovornost za volju koja je pozajmljena kompaniji i supsidijarnu odgovornost za njene zaposlene.³⁴

Iz rečenog se nikako, međutim, ne može izvesti zaključak da ne postoji krivičnopravna zaštita prava potrošača u slučajevima kada su ta prava povređena delovanjem kompanija, jer je ona nesporna u odnosu na lica koja svoju volju „pozajmljuju” kompaniji. Znači, za dela kod kojih je nesporno da su učinjena u interesu kompanije, ali čiji su konkretni izvršioc i postoji kauzalna veza između njihovog delovanja i ugrožavanja prava potrošača, sva napred navedena krivična dela se mogu smatrati dovoljnim zakonskim osnovom za utvrđivanje krivičnopravne odgovornosti odgovornih (fizičkih) lica u kompanijama, pa i objektivne odgovornosti samih kompanija.³⁵

-
- 30 Čini se da se unutar procesa odlučivanja u poslednje vreme primarno stavlja akcenat na društvenu odgovornost kompanija, više nego na ponašanja koja bi mogla biti podložna krivičnopravnoj sankciji, s obzirom da one kompanije koje se smatraju društveno odgovornim kroz ovu socijalnu dimenziju nastoje da se približe potrošačkoj zajednici. O fenomenu društvene odgovornosti kompanija: S. Taboroši: „Društvena odgovornost kompanija”, *Pravni život*, br. 11/2005, str. 41-58.
- 31 Slično u: R. Kagan, J. Schloz: The „criminology of the corporation” and regulatory enforcement strategies, u K. Hawkins, J. Thomas (Eds.), *Enforcing regulation*, Boston: Kluwer-Nijhoff, 1984., str. 67-95.
- 32 C. Scott, J. Black: *Cranston’s Consumers and the Law*, Butterworths, 2000, str. 325-326.
- 33 C. J. Gobert: „Corporate Criminality: Four Models of Fault”, 14 *Legal Studies*, 1994., str. 393 i dalje.
- 34 Anglosaksonska sudska praksa bogata je slučajevima koji su postavili pravila u kojim situacijama je kompanija odgovorna. To se naročito odnosi na slučajeve kada je top menadžment delegirao šira ovlašćenja nižem menadžmentu tako da niži menadžeri mogu da odlučuju o određenim pitanjima. (Npr. slučaj *Moussell Bros Ltd v London and North-Western Rly Co* [1917] 2 KB 836.).
- 35 Dokazivanje objektivne odgovornosti kompanija najveći je problem u postupku ostvarivanja krivične zaštite. G. Richardson: „Strict Liability for Regulatory Crime”, 1987 *Criminal Law Review* 295.

IV

Uprkos prividnoj efikasnosti krivičnog pravnog rešenja koje je eksplicitno usmereno ka utvrđivanju odgovornosti lica – izvršilaca, dakle organa kompanije, a ne samog društva, ipak ostaje nedorečeno pitanje prirode odgovornosti kompanija.³⁶ Moglo bi se reći da je zakonodavstvo rešilo ovo pitanje pragmatično, empirički i funkcionalno, a da se uopšte nije učinila nespornom priroda te odgovornosti. Odsustvo pojedinih bitnih elemenata krivičnog dela u delovanju kompanija, naročito na terenu vinosti, moglo bi da kompaniju stavi u poziciju krivičnoodgovornog subjekta čim ona svojim poslovanjem povredi neku od kogentnih normi za koje je unapred rečeno da imaju karakter krivičnog dela, ili, pak, da se ta odgovornost pretpostavi samo ako je postojala i namera da se takvim ponašanjem stekne imovinska korist. Ukoliko krenemo logikom prvog pristupa, nedostaje nam subjektivni element krivičnog dela, jer bismo mogli da se zadovoljimo samo konstatacijom protivpravnosti. Ukoliko, pak, uključimo i drugi element, nameru da se stekne protivpravna imovinska korist, upuštamo se u mnoštvo dilema o tome da li je u privredi protivpravno ponašanje samo ono kojim se povređuju norme javnog prava, ili, pak, i na zakonu zasnovani privatnopravni interesi drugih učesnika u pravnom saobraćaju. U suštini, nema razlike između poslovanja na štetu jednih ili drugih, pa bi svako linearno rešenje (svako takvo ponašanje je krivično delo ili nijedno nije), mada odgovara formalnopravnoj prirodi krivičnog prava, bilo ipak zasnovano na normativističkom voluntarizmu.³⁷

Krivično pravo je ovu dilemu prividno rešilo jednim palijativnim metodom, jer je stvarni problem kvaliteta odgovornosti zamenilo pitanjem kvantiteta: pošto ne može da utvrdi krivičnopravnu odgovornost kompanija, pošlo je od (danas potpuno neprimerene) pretpostavke da su dela koja kompanije mogu da izvrše nižeg stepena društvene opasnosti, čime je stvorila osnov za konstukciju pojma privrednog prestupa.

Polazeći i ovom prilikom od pozitivnopravnog rešenja (Zakon o privrednim prestupima)³⁸, uočićemo da se donekle razlikuje stav teorije i normativno rešenja u pogledu odnosa krivičnog dela i privrednog prestupa. Dok je u literaturi suština objašnjenja razlike između ovih kategorija u nivou društvene opasnosti (dakle, teorija ne može da odgovori na pitanje vinosti pravnih lica, pa razliku kvaliteta predstavlja kao razliku kvantiteta), u pozitivnopravnoj normi, koja treba da ima neposredan uticaj na praksu, je ta razlika ipak jasnije izvedena insistiranjem na postojanju posledice. Privredni prestup postoji ako je radnja „prouzrokovala ili mogla prouzrokovati teže posledice”.³⁹ Dakle ne apstraktna, nego konkretna opasnost. No, sa druge strane, uočljivo je da se insistiranje na težim posledicama u ovom kontekstu javlja kao kvalifikativ koji ne treba da opredeli samo razliku od krivičnog

36 Za objašnjenje ovog fenomena iz ugla anglosaksonskog pravnika vid. npr.: C. Wells: *Corporations and Criminal Responsibility*, Oxford University Press, 2001.

37 S. Kadish: „Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations”, *University of Chicago Law Review* 30 (1963), 423, str. 436-438.

38 Sl. Glasnik RS 101/05.

39 ZOPP, čl. 2 st. 1.

dela, nego i razliku od prekršaja, budući da je materija prekršaja takođe jedna od komponenata sistema kaznenopravne zaštite u društvu, pa stoga i kaznenopravne zaštite potrošačkih prava. No, za razliku od krivičnih dela, kod kojih se, očigledno, naglasak stavlja na generalnoj prevenciji i apstraktnoj opasnosti, kod prestupa, a naročito kod prekršaja, reč je o neposrednom postojanju zabranjenog ponašanja odnosno izvršenom ugrožavanju prava potrošača. Stoga se samo ovde, kod prestupa i prekršaja, ne radi o kvalitativno drugačijem mehanizmu društvene represije, nego o kvantitativnoj razlici, jer se teža dela kvalifikuju kao prestupi, a lakša kao prekršaji.

Druga bitna razlika između krivičnog dela i privrednog prestupa je u vezi sa načelom zakonitosti. Ako je princip *nullum crimen sine lege* nesporan, a privredni prestupi predstavljaju krivična dela pravnih lica i u vezi su sa njihovom delatnošću (dakle, u smislu vrsta krivičnih dela su ograničeni samo na napred pobrojane glave), onda bi princip da nema prestupa ako on nije predviđen zakonom, morao da važi bez izuzetka. No, budući da se pravom privrednih prestupa ne štite prvenstveno društveni interesi koji proističu iz ustavom utvrđenih vrednosti i osnovnih ljudskih prava, nego pre svega, prizemni i neposredni materijalni interesi države (na primer, u oblasti fiskalnog sistema), kao i da se uređivanje te materije često vrši ne samo zakonom, nego i podzakonskim aktima, to je logično da se uvođenje dispozitivne norme putem podzakonskog akta (a na osnovu zakona) proprati i odgovarajućom sankcijom u istovrsnom aktu – dakle podzakonskom. Ograničenje koje smo imali u ranijem (federativnom) pravnom sistemu, da se privredni prestupi mogu propisivati samo uredbom koju donosi vlada na osnovu zakona, što treba shvatiti kao realizovanje obaveze vlade da sprovede neki zakon donošenjem odgovarajućih propisa kojima se ovaj konkretizuje, nam se čini potpuno logičnim.

Pošto je pravo privrednih prestupa razvijeno u jednom logičkom i privredno-sistemskom okruženju koje identifikujemo kao formalnorobna privreda (zbog ograničene samostalnosti privrednih subjekata usled postojanja društvene ili državne svojine), tradicionalno se domašaj regulative, odnosno definisanje zaštitnog objekta, može vezati za okvire javnog prava i materijalnog, odnosno finansijskog interesa društva i države. A budući da su prava potrošača u suštini prava pojedinaca koja ovi imaju na osnovu javnog prava, da je njihov zaštitni objekt integritet, tj. fizička bezbednost i ekonomski interes potrošača, a ne države, da država samo istupa kao njihov garant, to bi se dela protiv potrošača, bilo krivična, bilo prestupi, mogla upodobiti krivičnim delima protiv sloboda ličnosti. A privrednim prestupima se eksplicitno štiti samo javni interes („društvenoštetna povreda propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja je prouzrokovala....teže posledice...”). Privredni prestup je povreda propisa, a ne društvena reakcija na povredu nekog prava zasnovanog na zakonu, te se stoga za njegovo postojanje identifikuju samo dva elementa: ponašanje suprotno propisu i postojanje štete većeg obima usled takvog ponašanja.

I sada dolazimo do paradoksa: lakše je bilo zasnovati krivičnopravnu zaštitu prava potrošača u situaciji u kojoj najčešći izvršioci (privredna društva) ne ispunjavaju uslove da budu kvalifikovani kao subjekti, nego kod privrednih prestupa, kod kojih se traži postojanje posledice, dakle stvarna šteta, mada se ceo sistem javnopravne zaštite prava potrošača zasniva na zaštiti *ex ante*, dakle sprečavanju nastupanja posledica. Uostalom, posledice ovih dela i nisu teže, odnosno ne pokazuju

visok stepen društvene štetnosti, što ih čini prilično nepodobnim da budu predmet zaštite putem privrednih prestupa. Ako dodamo da se one manifestuju na imovini pojedinaca, dakle čak ne na imovini privrednih društava, onda nam se čini da je zaštita potrošačkih prava putem privrednih prestupa formalnopravno ispravno, no sa stanovišta cilja normi, suboptimalno rešenje.

Uprkos našem uverenju da se kaznenopravna zaštita prava potrošača kao element njihovog garantovanja ne postiže uspešno putem koncepta privrednog prestupa, u sukobu između pravne elegancije rešenja kojim bi se prava čoveka i građanina morala štiti ili krivičnopravno, ili putem administrativne preventivne kontrole mogućih počinitelaca, zakonodavac ipak posebnim propisom definiše kao privredni prestup i niz dela koja se ne mogu podvesti pod opštu zakonsku definiciju privrednog prestupa. Zakonom o zaštiti potrošača RS su kao privredni prestupi opredeljene radnje prodavaca koje ne predstavljaju znatnu društvenu opasnost niti izazivaju teže posledice, niti mogu da izazovu teže posledice, već, od svih elemenata pojma privrednog prestupa, imaju samo jedan: protivpravnost. Pa i taj element je nedovoljno određen, jer se nivo protivpravnosti ne određuje visinom sukoba određenog ponašanja i zakonom, odnosno na zakonu zasnovane norme, već često samo na osnovu postojanja sukoba datog ponašanja i neke tehničke, običajne ili druge norme.

U čl. 5 ZZP se definiše kao privredni prestup prodaja proizvoda ili pružanje usluga koje nisu sigurne po život i zdravlje potrošača i životnu sredinu, odnosno proizvodi i usluge koje ne odgovaraju zdravstvenim, higijenskim, kvalitativnim, ekološkim i drugim uslovima u skladu sa zakonom, važećim standardima, tehničkim i drugim propisima. Najpre se postavlja pitanje da li je u ovom delu važniji element nedovoljna sigurnost proizvoda ili usluge ili činjenica da ne odgovara različitim propisima. Budući da se opasnost može ceniti samo na osnovu toga da li je proizvod propisom označen kao opasan⁴⁰, a ne na osnovu zdravog razuma, to je očigledno da je legitimnost okvir za ocenu štetnosti. A legitimnost određuju i „standardi, tehnički i drugi propisi”. Ko ih donosi, da li su oni stvarno obavezujući ili su puke preporuke, ostaje otvoreno. Tela koja vrše standardizaciju su, bar na nivou EU, sastavljena i od predstavnika potrošačkih organizacija, odnosno korisničkih grupa.⁴¹

Još je komplikovanije kada u analizu unesemo i element različitosti nacionalnih propisa ili standarda u vezu sa kvalitetom određenog proizvoda koji se promeće u međunarodnom prometu. Ako se pogledaju aktivnosti postojećih međunarodnih organizacija, pojedinačnih država, transnacionalnih kompanija, nevladinih organizacija, i sl. institucija, jasno se stiče utisak da su elementi svetskog poretka zaštite potrošača naglašeno prisutni u svim segmentima politike zaštite potrošača. Univerzalizacija ovih standarda, pravnih tehnika i procedura, pokazuje karakteristike slične onima koje se pojavljuju kada se radi o tvorevinama nastalim na temeljima istih ideoloških postavki i oblikovanim u okvirima istih teorijskih pravaca. Dakle, postojeći međunarodni standardi prelivaju se u nacionalne pravne sisteme. Dok su standardi u pogledu proizvoda prilično koherentni u međunarodnim okvirima, standardi, posebno oni o sigurnosti pojedinih usluga (snabdevanje električnom ener-

40 Na primer, duvan ili alkohol nisu definisani kao bezuslovno štetni čak ni predlogom Zakona o opštoj bezbednosti proizvoda.

41 G. Howells: „Soft Law”, u P. Craig, C. Harlow: *EC Consumer Law*, 1998, str. 322-323.

gijom, gasom i sl.) nisu toliko usklađeni.⁴² To znači da je sektor usluga neophodno obogatiti pravilima kojima se uvode novi opšti standardi sigurnosti i bezbednosti individualnih korisnika, kao i adekvatno inkriminisati situacije u kojima mogu nastati štetne posledice.⁴³

Ponovo ćemo se osvrnuti na kriterijume ocene štetnosti proizvoda ili usluge kao stvarnog društvenog racija za sankcionisanje i njegovo zamenjivanje formalno shvaćenom legitimnošću. Situacija je još očiglednija kod privrednog prestupa iz čl. 10 Zakona o zaštiti potrošača: „privredni prestup vrši lice koje prodaje proizvod koji je rezultat genetskog inženjeringa ili u svom sastavu ima genetski modifikovane komponente, bez oznake takvog porekla”. I ovde imamo samo i isključivo protivpravnost, jer ne samo što ne postoji posledica – šteta – nego čak ni verovatnoća da će ona nastupiti. Među pravnotehničkim promašajima privrednoprestupne regulative u istom Zakonu nalazimo i prestup „ako ne istakne obaveštenje o ceni ...” (čl. 17 ZZP) ili „prilikom prodaje na rate ne poštuje ugovorenu dinamiku naplate” (čl. 31 ZZP). U oba slučaja nije sporno da se prodavac ponaša na način kojim se ugrožavaju prava potrošača, već je sporno da li se ta prava mogu štititi putem privrednog prestupa, budući da naročito ta dva slučaja uopšte ne odgovaraju opštem pojmu privrednog prestupa, jer kod prvog primera nema štete niti ona može da nastupi, a kod drugog se racio samo može naslutiti: u oba slučaja se privrednim prestupom štiti samo jedna ugovorna strana! Štiti se privatnopravni interes konkretnog kupca – ugovarača, a ne generalno pravo građanina kao potrošača. A sama logika pojma privrednog prestupa je izvedena iz potrebe zaštite javnog interesa, a ne privatnog.

Slično je i sa drugim od ukupno trinaest privrednih prestupa utvrđenih ovim Zakonom. Iz razloga ekonomije izlaganja nećemo se baviti privrednim prestupima iz srodnih zakona – o zaštiti konkurencije, javnom oglašavanju i drugima, jer je spisak mnogobrojnih privrednih prestupa koje ovi uvode, a imaju implikacija na prava potrošača, preširok, ali nam on, uprkos obimu, ne može da relativizuje ocenu koju smo izveli iz okvira ZZP: privredni prestupi kao komponenta kaznenopravne zaštite potrošača nemaju jasan logički identitet, njihova društvena racionalnost definisana preko zaštitnog objekta (tj. prevencija društvene štetnosti) je vrlo oskudno obrazložena i legitimnost izvode samo iz činjenice što su predviđeni propisom (koji često nije onog kvaliteta koji se zahteva Zakonom o privrednim prestupima). Iz toga sledi da je i poštovanje normi ponašanja koje su zaštićena privrednim prestupima uslovljeno visokim nivoom voluntarizma, posebno stoga što se o zaštiti privatnopravnog interesa kupca (dakle tipična građanskopravna situacija) brine javna tužba. A javni tužilac po zakonu štiti javni, a ne privatni interes. Stoga će pozitivnopravno rešenje faktički diskriminisati prava potrošača, time što će se štititi samo ona kod kojih postoji istovremeno i eksplicitni element javnog interesa, a ona koja država mora da garantuje, ali sama nema neposredne interese, ostaviti bez zaštite.

Ukoliko ovoj argumentaciji protiv zaštite prava potrošača putem privrednih prestupa (do koje je došlo zbog činjenice da pravna lica ne mogu da odgovaraju krivičnopravno) dodamo da se kod privrednih prestupa ove grupe komponenta

42 Osim nekih opštih tehničkih standarda kao npr. ISO 9000.

43 C. Scott, J. Black: *Cranston's Consumers and the Law*, Butterworths, 2000, str. 407.

vinosti uopšte i ne ispituje, već automatski podrazumeva i (nameće nam se kao utisak da se) usvaja apsolutna objektivna odgovornost, preostaje nam da zaključimo da je od argumentacije da se zaštita ekonomskih interesa tržišnih transaktora bolje postiže normama čija je priroda, bitni elementi i društvena funkcija opredeljena članom 2 ZOPP, ostalo vrlo malo. Smatramo da su privredni prestupi iz ZZP više ostatak nekadašnjih normi iz socijalističkog Zakona o trgovini nego što su proizvod anticipacije novog sistema zaštite ranije nepoznatih prava građanina kao potrošača. Kategorijalna konfuzija, koja je očigledna kada se mešaju neka prava kupca sa pravima građanina, uz istovremeno potpuno zapostavljanje zaštite niza drugih prava potrošača, pokazuje nam nedvosmisleno da je reč o pokušaju da se spoje suštinski potpuno heterogeni elementi dispozicije i sankcije, dispozicije koja je derivirana iz sistema društvenih odnosa modernog razvijenog tržišta i sankcije u kojoj prepoznamo relikte administrativnog upravljanja privredom.

V

Stižemo, najzad, do trećeg, u pravnoj arhitektonici, najnižeg nivoa kaznenopravne zaštite prava potrošača: do prekršaja⁴⁴. Zakon o prekršajima⁴⁵ prekršaj definiše kao protivpravnu skrivljeno izvršenu radnju koja je propisom nadležnog organa određena kao prekršaj. Mada je po samoj logici opasnost od radnje prekršaja manja od one koja postoji kod krivičnog dela, ali i privrednog prestupa, jer se ne insistira na ozbiljnijim posledicama, sama konstrukcija ovog instituta je identična prethodnim: protivpravnost, vinost i legitimitet su zajednička svojstva, ali je opredeljenje da to može da bude samo izvršena radnja, donekle drugačije, jer upućuje na to da nema ovog dela u pokušaju. No, sa stanovišta prava koje treba da budu predmet zaštite, a koja nas u ovom kontekstu interesuju, ta činjenica i nema veći značaj. No valja svakako istaći da se prekršajna odgovornost u velikoj meri poklapa sa odgovornošću za privredne presteupe, jer subjekt može da bude ne samo svako fizičko lice, nego i pravno lice, kao i odgovorno lice u pravnom licu, i, što posebno ističemo, preduzetnik.⁴⁶

Prekršaji kojima se ugrožavaju prava potrošača su, kao što je to bio slučaj i sa privrednim prestupima, propisani većim brojem normi koje su sadržane kako u osnovnom zakonu koji reguliše materiju zaštite potrošača, tako i u zakonima o trgovini, turizmu i nizu drugih, kao i u odlukama opštinskih i gradskih skupština: u vezi sa komunalnim delatnostima, pre svega.

Zakon o zaštiti potrošača eksplicitno navodi dvadeset prekršaja. Mada se i kod prekršaja očekuje izvestan nivo vinosti („skrivljena radnja”) za sve predviđene prekršaje ZZP pretpostavlja objektivnu odgovornost pravnog lica, jer radnju smatra

44 Da je reč o nižem obliku zabranjenog ponašanja, odnosno delu koje manje ugrožava zaštitni objekt, vidi se i eksplicitno iz čl. 8 Zakona o prekršajima, koji prekršaje supsumira pod krivična dela ili privredne presteupe svojom dikcijom da za prekršaj ne može da bude kažnjeno lice koje je u krivičnom postupku ili postupku po privrednim prestupima oglašeno krivim za delo koje ima i obeležja prekršaja.

45 Službeni glasnik RS 101/2005.

46 Čl. 17 ZOP.

direktnom funkcijom osnovne delatnosti prodavca. Za sve te slučajeve je stoga odgovorno ne lice koje je odgovarajuću radnju (činjenja ili propuštanja) preduzelo, već pravno lice, dakle subjekt na čijoj se imovini odražava efekat protivpravne radnje. Samo se za slučaj iz čl. 78 st. 1 („ne istakne jasno i vidljivo posebne uslove koje odobrava pojedinim grupama potrošača” (čl. 12 st. 1)) predviđa kumulativno i odgovornost preduzetnika i odgovornog lica.

Zajedničko svim radnjama koje ZZP opredeljuje kao prekršaje je težnja zakonodavca da se kupcu obezbede izvesni dodatni uslovi sigurnosti, ravnoopravnosti i zaštite ekonomskih interesa koji se ne mogu izvesti iz klasičnog, obligacionopravnog ugovora o kupoprodaji. Naime, većina ovde opisanih radnji predstavlja dodatne bitne elemente ugovora o kupoprodaji kada se on zaključuje između prodavca i potrošača, na osnovu čega se u teoriji Obligationnog prava čuju glasovi o tome da se klasična tipologija ugovora koja je zasnovana na ravnopravnosti strana prilikom zaključivanja (klasičan dvostrani i tzv. tipski ugovor) dopuni i trećom kategorijom, potrošačkim ugovorom, koji bi se nalazio negde na sredini između pomenutih.⁴⁷

S obzirom da sve u Zakonu navedene okolnosti koje predstavljaju osnov za prekršaje spadaju u domen proširivanja i konkretizacije osnovnih potrošačkih prava, da se njima nijedno pravo ne garantuje, nego samo preciziraju uslovi njihovog ostvarivanja, potpuno je logično da se staranje o njima poveri organima koji su u ustavnom sistemu zemlje zaduženi za sprovođenje zakona – upravnim organima. Kako zaštita javnog interesa predstavlja najvažniji interes i zadatak javne uprave, a moderna privredna regulativa sve kompleksnija, otuda potreba da se regulatorne agencije u sistemu javne uprave Srbije aktivno uključe u sferu zaštite potrošača, naročito kada je reč o korišćenju usluga (npr. telekomunikacije, energija, usluge zdravstvenog sistema, komunalne usluge i dr.). Iako se može reći da regulatorne agencije u Srbiji karakteriše organizaciona neujednačenost,⁴⁸ u domaći sistem sprovođenja zaštite potrošača trebalo bi što pre uključiti sve postojeće regulatorne agencije, a potrošače (zapravo njihove predstavnike) neposredno uključiti u njihov rad.

Potreba za angažovanjem državnih kvazi-upravnih organa proistekla iz promene uloge države dobro se može ilustrovati na primeru delatnosti od opšteg interesa. Denacionalizacija i privatizacija javnih preduzeća izbrisala je neposrednu vezu između građana i države, s obzirom da su javna preduzeća vršila ne samo poverene delatnosti od opšteg interesa, već i regulatorne funkcije. Liberalizacija komunalnih usluga i javnih servisa podrazumeva promenu odnosa između korisnika i države, te je sada neophodno da regulatorne agencije u datim sektorima preuzmu na sebe ovlašćenja i obaveze koja su nekada pripadala javnim preduzećima.⁴⁹

Diskusija o potrebi za angažovanjem upravnih organa, pored sudova koji primenjuju građansko i krivično pravo, otvara pitanje efikasnosti alternativnih

47 O nekim specifičnostima pojedinih ugovora regulisanih Zakonom o obligacionim odnosima u vezi sa režimom zaštite potrošača videti u: D. Simonović: „Ugovori u Zakonu o zaštiti potrošača”, *Pravni život*, br. 10/2006., str. 1075-1096.

48 Z. Urošević: „Položaj i uloga javnih agencija u našem pravnom sistemu”, *Pravni život*, br. 10/2005, str. 283-295.

49 C. Graham: *Regulating Public Utilities*, Hart Publishing, 2000, Glava V.

mehanizama u sprovođenju institucionalne zaštite potrošača. Kako se sistem koji se oslanjao na građanskopravnu i krivičnopravnu zaštitu u mnogim zemljama pokazao nedovoljno efikasnim, jer sudovi nisu ti koji kontinuirano prate ponašanje privrednih subjekata, neke zemlje su se ugledale na sistem koji je razvila Federalna trgovačka komisija SAD. Reč je o jednom od njenih regulatornih ovlašćenja, tzv. „cease and desist order”, odnosno mogućnosti izricanja naredbe konkretnom adresatu da prestane da krši određeni propis i obustavi ponašanje koje šteti interesima potrošača. Čest je slučaj da se individualni potrošač ne poziva na zaštitu koju mu priznaje privatno pravo. Čak i ako ostvari pravnu zaštitu, privredni subjekt može nastaviti sa štetnim ponašanjem. Ovo štetno ponašanje jače ugovorne strane nije ograničeno samo na kršenje normi privatnog prava, već čak i u slučajevima kada je time učinjeno neko krivično delo, a češće prekršaj. Obično je razlog činjenica da privredni subjekti imaju veću korist da nastave da se ponašaju na ustaljen način, ukoliko je za njih profitabilnije da plate novčanu kaznu i/ili materijalnu nadoknadu oštećenom licu. Tehnika koju je razvila Federalna trgovačka komisija SAD upravo je usmerena ka eliminaciji ovakvog ponašanja i kao takva predstavlja dopunski instrument kojim se štetnik primorava da poštuje zakon, s obzirom da Komisija može izreći i dodatne sankcije.⁵⁰ Slično američkom modelu, Zakon o poštenom trgovanju (The Fair Traiding Act) Velike Britanije iz 1973. godine ovlastio je nadležne organe da izdaju obavezujuće naredbe privrednim subjektima da obustave štetno ponašanje i odustanu od vršenja istog u budućnosti, a koje je rezultiralo u kršenju odredbi građanskog ili krivičnog prava.⁵¹ Pritom nije nužno da je nadležni organ, odnosno sud, doneo odluku o protivpravnosti i štetnosti određenog ponašanja, što čini ovaj metod bržim pravnim mehanizmom u poređenju sa sudovima. Da bi nadležni organ mogao da izda ovakvu naredbu, neophodno je da se utvrdi kontinuitet inkriminisanog, odnosno štetnog ponašanja, odnosno neophodno je da se takva praksa kontinuirano sprovodi. U teoriji potrošačkog prava ističe se da je ovaj regulatorni instrument sprovođenja zaštite potrošača jedan od najvažnijih pravnih instrumenata, ali se takođe ističe da je neophodno izmeniti neke pretpostavke njegovog dejstvovanja.⁵² Naime, osnovni problem koji bi trebalo otkloniti je zahtev da se dokaže kontinuitet štetnog ponašanja, što usporava postupak zaštite interesa potrošača. Suštinski zahtev bi trebalo da predstavlja mogućnost regulatornog tela da dokaže da se privredni subjekat ponaša suprotno propisima i nametne sankciju koja može biti i veća od one koju predviđa određeni prekršaj, dakle autonomnost u izricanju sankcije. U domaćem pravu, inspekcijski organi su, međutim ograničeni zakonom propisanim sankcijama predviđenim za određene oblike prestupa i prekršaja. Budući da je reč o primeni principa zakonitosti, dakle ustavom definisanog ograničenja, na

50 15 USC § 45(b), (1). Međutim, kritičari ističu da Komisija često ne reaguje dovoljno brzo da bi sprečila viktimizaciju potrošača i nastanak ekstra profita na osnovu štetnog ponašanja. H. Wellford: „The Federal Trade Commission’s New Look: A Case Study of Regulatory Revival”, S. Epstein and R. Grundy (Eds): *Consumer Health and Product Hazards*, MIT Press, 1974, str. 335-337.

51 I šire od tradicionalnih granica privatnog i krivičnog prava, jer se ovi mehanizmi najčešće i koriste kao metod sprečavanja prevarnog i obmanjujućeg oglašavanja i nekorektnih praksi trgovaca, koji *stricto sensu* nije objekat zaštite klasičnog građanskog prava, već pripada korpusu javnopravne zaštite potrošača.

52 C. Scott, J. Black: *Cranstons Consumers and the Law*, Butterworths, 2000, str. 439-446.

datu sferu odnosa, efekat prevencije, koji je bio podloga za napred navedena rešenja, ostvaruje se u ograničenom obimu. Faktički, efekat prevencije se postiže putem zaprećene, a ne izrečene kazne. A budući da je svest o postojanju zaprećene kazne uslovljena informisanošću obveznika, izvesno je da se efekat postiže u zavisnosti od stepena koncentracije trgovinske mreže: veliki prodavci su u stanju ne samo da poznaju propise, nego i da ih primenjuju, dok je u situaciji u kojoj imamo visoko disperzovanu mrežu prodavaca (ili, pak, monopolisanu strukturu) očekivani efekat od zaprećivanja sankcijom niži od efekta kojeg bismo imali kada bi gornji limit zaprečenih sankcija bio elastičniji.

Bez obzira na nove trendove u sferi ostvarivanja institucionalne zaštite potrošača, potrebno je ukazati na činjenicu da krivičnopravna zaštita potrošača u velikoj meri zavisi od percepcije sudova o tome u kojoj meri povreda prava potrošača predstavlja krivično delo, privredni prestup ili prekršaj. Jedan od mogućih načina da se postigne veća efikasnost sudske zaštite potrošača je ustanovljenje specijalnih sudova, kao što je npr. Tržišni sud u Švedskoj. Ovo telo uzima u obzir prekršaje u domenu zaštite potrošača sa izričitom strogoćom. Međutim, čak i ovakvo radikalnije institucionalno rešenje ne bi bilo dovoljno ukoliko se svest zajednice o pravima potrošača i njihovom značaju ne promeni.⁵³

Pošto smo osvetlili prirodu i značaj prekršaja i identifikovali neke alternativne mehanizme koji bi mogli zameniti, ili dopuniti sistem kazni koje predviđaju prekršaji, ukratko ćemo ukazati na osnovne zamerke koje pravna teorija pripisuje prekršajima i uopšte kaznenoj regulativi u materiji zaštite prava potrošača.⁵⁴

U nizu prigovora upotrebi prekršaja kao mehanizama sprovođenja zaštite ističe se da ovi oblici sankcija nisu uvek primenjeni na isti način, odnosno jednoobrazno na sve situacije. Činjenica da se sankcije ne primenjuju jednako može biti simptom tzv. pristrasnosti regulatora (*regulatory capture*). Sistem prekršaja često podrazumeva prenormiranost, ali se na ravni izvršenja sankcija ipak ostavlja mogućnost diskreciji u njihovoj primeni.

Drugi krug prigovora odnosi se na efekte kaznenih mera. Baldwin primećuje da pokretanje postupka u kome se mogu izreći kaznene mere može narušiti ugled privrednog subjekta, što bi sa druge strane negativno uticalo ne samo na odnose tog subjekta sa potrošačima, već i regulatornim agencijama.⁵⁵

Sistem prestupa i prekršaja kritikuje se i sa stanovišta regulatorne efikasnosti, s obzirom da se u zemljama u kojima su za njihovo izricanje nadležni sudovi oni zapravo opterećuju u radu.

VI

Dakle, da zaključimo: u pravnom sistemu Republike Srbije postoji u osnovi logičan sistem garantovanja i zaštite prava potrošača, ali takva konstatacija ne

53 Isto, str. 520.

54 P. Cartwright: „Crime, Punishment and Consumer Protection”, *Journal of Consumer Policy*, 2007, 30 (1), str. 1-20.

55 R. Baldwin: „The new punitive regulation”, *Modern Law Review*, 2004, 67(3), 351-383.

povlači i zaključak da je taj sistem ni efikasan, ni celovit. Ostavljajući po strani činjenicu da je privatnopravna ravan zaštite prava kupaca iz obligacionopravnog odnosa neefikasna zbog opštih problema u vezi sa radom parničnih sudova, i činjenicom da je i za ove sporove predviđen klasični parnični postupak, koji je i skup i spor, za javnopravnu se može reći da je manje transparentna na nivou garantovanja osnovnih prava nego na nivou zaštite pojedinih konkretnih komponenata tih prava. Naime, takva zaštita je poverena materiji prekršaja, tržišnoj i drugim inspekcijama kao i prekršajnim sudovima. U prirodi je povreda prava potrošača da se najveći broj spornih situacija otklanja i pre pokretanja postupka pred sudovima, jer su njihove karakteristike takve da je potpuno nesporno da li je radnja prekršaja izvršena već u momentu inspekcijskog nadzora. To važi kako za slučajeve nadzora po službeno dužnosti, tako i za slučajeve intervencija na osnovu zahteva potrošača.

Daleko ozbiljniji problem uočavamo na nivou garantovanja prava, na onom nivou na kojem se prava potrošača uvode u pravni sistem i istovremeno definiše mehanizam njihovog garantovanja. S obzirom da je reč o ustavnoj obavezi Republike da štiti prava potrošača, verujemo da bi, kao što je slučaj i sa drugim pravima građanina koja inauguriše Ustav, primarnu garanciju trebalo da da Krivični zakon. Teza koju smo napred izneli i jeste baš to: Krivični zakonik može da se shvati kao temeljna komponenta mehanizma garantovanja prava potrošača uprkos činjenice što su ta prava obično ugrožena poslovnom praksom pravnih lica. Dakle subjekata koji nemaju krivičnopravnu odgovornost.

Funkcionalno prenošenje uloge garantovanja potrošačkih prava na materiju privrednih prestupa je logično samo u tom smislu što se ovde otklanja problem odgovornog subjekta i njegove vinosti, ali se istovremeno, snižavanjem autoriteta i nivoa normi koje opredeljuju sankciju, snižava i autoritet i nivo normi koje definišu dispoziciju tj. samo pravo potrošača. Takvo rešenje je u postojećem pravnom sistemu neminovno i proističe iz ukupne pravne arhitektonike, te se zaključak ovog rada ne bi mogao shvatiti kao zahtev za drugačijim sistemom kaznenopravnih garancija prava potrošača, već isključivo kao ukazivanje na činjenicu da se u modernoj, postindustrijskoj civilizaciji javljaju nova fundamentalna prava građana koja se ne mogu prostom analogijom upodobiti ni imovinskim, ni javnopravnim sadržajima. Prirodno je, onda, što se te dileme odslikavaju i u ogledalu kaznenog prava, budući da je ono uvek samo verno odslikavalo društvenu situaciju koja postoji u pogledu poštovanja prava.

SUMMARY

Svetislav Tabaroši, Ph.D.

Full Professor at the Faculty of Law, Belgrade

CRIMINAL LAW ENFORCEMENT OF CONSUMER RIGHTS

Consumer rights are special, sui generis kind of civil rights, because they have two distinctive components: one, within the private law, regulates the relation between seller and

buyer, but the second, being an element of the public law, provides conditions influencing the scope of the first. They are not limits to the market freedoms, however, but their guarantee. Although they seem to nihiliate some aspects of the freedoms of market agents, in fact, they are their effective guarantee at the level of the common denominator.

Protection of consumer rights reflects their unortodox nature: besides the protection furnished by the private law, public law grants it also, through its different levels. It is common opinion that criminal law has nothing in common with consumer protection, which „begins” at the lower level of criminal policy, at the level of (so called) economic contravention, and even lower, public offence. The main idea of the article is that if consumer rights are not protected with the norms of the same quality as, for example, electoral rights, they have to be posted in the legal hierarchy lower, as well. Since the Constitution defines those rights as basic civil rights, it is to be expected that they have to be protected by the norms of the same level, which, in the case of penal approach, have to be crimes. The reason why the law maker in Serbia prefers other (economic contravention) measures is the outcome of the dispute over the criminal responsibility of legal persons. In this article author states that there is a conflict between the explicite means of consumer rights protection (economic contravention and public offenses) and their importance. It seems that criminal law can be reexamined as consumer rights protection mechanism, as well, although such approach is not widely accepted.

Consumers rights are, according to the author, a prototype of the new standard in human rights evolution processes: they are, probably, the basic economic human right of the post-industrial civilization and its legal framework.

Key words: consumer rights, private law protection of civil rights, public law protection of civil rights, criminal law, criminal responsibility of legal persons, crime, economic contravention, public offense

Prof. dr Boris Begović
Pravni fakultet, Beograd

PRAVNI STATUS ABORTUSA I KRIMINALA: MNOGO VIKE NI OKO ČEGA?¹

Apstrakt: Cilj ovog rada je da prikaže i razmotri savremena saznanja u pogledu uzročno-posledične veze pravnog statusa abortusa i kriminala. Razmatranje teorijskih objašnjenja mehanizma uzročno-posledične veze ova dva fenomena pokazalo da može da postoji nekoliko veza. Prva identifikovana veza, efekat kohorte, nije od većeg teorijskog značaja. Teorijski značajnija može da bude druga veza, ona koja dovodi do promene demografske strukture kohorte. Treća identifikovana veza, ona kojim se utiče na sklonost pojedinca ka kriminalu najinteresantnija je sa stanovišta teorije. Pokazalo se da se ovaj mehanizam svodi na dejstvo faktora koji uslovljavaju investicije u ljudski kapital, shvaćene na najširi način, tako da obuhvataju i obrazovanje i domaće vaspitanje. Navedeni teorijski nalazi daju dodatne argumente u prilogu ekonomske teorije kriminala kao opšteg konceptualnog okvira za razmatranje faktora kriminala. Na metodološkom planu, pokazalo se da postoje znatni problemi vezani za merenje pojedinih veličina. Uočeni su specifični problemi koji dovode do grešaka u merenju, odnosno do nepouzdanosti pojedinih indikatora. Empirijska istraživanja veze između pravnog statusa abortusa i stope kriminala vezana su za brojne probleme. Pri empirijskom istraživanju složenih fenomena, poput kriminala, uvek postoje veliki problemi, budući da postoji veoma veliki broj faktora čije delovanje nije jedinstveno u svim slučajevima, na svim područjima, čak i jedne zemlje (pogotovo ukoliko je heterogena), i čije delovanje, odnosno relativni uticaj može da se menja u vremenu. Pokazalo se da je najveći izazov vezan za specifikaciju ekonometrijskog modela, budući da se pojavio problem izostavljanja relevantnih promenljivih, odnosno problem endogenosti objašnjavajuće promenljive. U svetlu ovih nalaza sa velikom rezervom treba primiti empirijske rezultate kao dokaz postojanja uzročno-posledične veze pravnog statusa abortusa i kriminala.

Ključne reči: abortus, kriminal, stopa nataliteta, ljudski kapital, ekonometrijski model

1. UVOD

Početak 1990-ih godina došlo je do naglog i drastičnog pada nivoa, odnosno stope kriminala u SAD. Stopa ubistava pala je za preko 40%, dok su stope imovinskog kriminala i nasilnih krivičnih dela (osim ubistava) pale za preko 30%. Imajući u vidu ovako dramatičnu promenu, ne čudi da se krajem prošle decenije pojavio prilično veliki broj radova koji su se bavili analizom uzroka ovog fenomena, mada se pokazalo da nije pronađeno zadovoljavajuće, odnosno opšteprihvaćeno objašnjenje.²

1 Zahvaljujem se Dragoru Hiberu, Gordani Matković, Bošku Mijatoviću, Marku Paunoviću, Danici Popović i Mirijani Rašević na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.

2 Tematski broj časopisa *Journal of Criminal Law and Criminology* (Vol. 88, Summer Issue, 1998) sadrži nekoliko obimnih članaka koji predstavljaju sadržaj pregled tih istraživanja.

Preokret u toj raspravi donose Donohue i Levitt (2001), koji objavljuju tekst u kome iznose tezu da je osnovni uzrok tog pada stope kriminala legalizacija abortusa u SAD koja se odigrala početkom 1970-ih godina. Naime, sve do 1970. godine abortus je na celoj teritoriji SAD bio zabranjen, da bi 1970. godine usledila njegova legalizacija u pet saveznih država (Aljaska, Havaji, Kalifornija, Njujork i država Vašington). Konačno, presudom Vrhovnog suda SAD u slučaju *Roe v. Wade*, februara 1973. godine, abortus je legalizovan u svim američkim savezним državama. Nešto manje od dvadesetak godina kasnije na kriminalnu scenu je stupila prva generacija onih koji su začeti, odnosno rođeni nakon legalizacije abortusa. Navedeni rad je doveo do brojnih reakcija u akademskim krugovima, a u mnogima od njih su osporavani neki od njegovih nalaza, naročito na metodološkom planu, pre svega u pogledu postupka empirijskih istraživanja kojima je testirana i verifikovana osnovna hipoteza. Velika i plodna rasprava koja je usledila posle objavljivanja ovog rada pokazuje koliko je bilo atraktivno da se pronađe jedan uzrok kojim može da se objasni drastičan pad kriminala. Štaviše, živa rasprava na temu veze pravnog statusa, odnosno legalizacije abortusa i kriminala u SAD je izašla iz čisto akademskih krugova, što se i moglo očekivati, imajući u vidu prilično polarizovane političke stavove pristalica i protivnika abortusa u toj zemlji, odnosno politički značaj pitanja pravnog statusa abortusa.

Cilj ovog rada je da, prikazujući osnovne nalaze ključnih radova u poslednjoj deceniji, prikaže i razmotri savremena saznanja u pogledu uzročno-posledične veze pravnog statusa abortusa i kriminala. Taj cilj će se postići tako što će se, prvo, razmotriti teorijska objašnjenja mehanizma uzročno-posledične veze ova dva fenomena. Potom će se razmotriti osnovni metodološki problemi, pre svega problemi merenja najznačajnijih fenomena relevantnih za sagledavanje navedene veze. Konačno, prikazaće se i najznačajnija empirijska istraživanja: njihov postupak, obuhvat i rezultati. Dobijeni rezultati i njihova pouzdanosti će se komentarisati u svetlu uočenih metodoloških problema. Konačno, sve navedeno će poslužiti da se u zaključku odgovori na pitanje da li, posle svih ovih istraživanja, znamo nešto više o faktorima kriminala i načinu na koji oni deluju. Cilj i način na koji će se doći do njega usloveli su i strukturu ovog rada.

2. TEORIJSKO RAZMATRANJE: VEZA LEGALIZACIJE ABORTUSA I KRIMINALA

Ključno teorijsko pitanje vezano je za prirodu, odnosno mehanizam uzročno-posledične veze između pravnog statusa abortusa, kao metoda kontrole rađanja, i kriminala. Osnovna hipoteza koju su postavili i testirali Donohue i Levitt (2001) jeste da je legalizacija abortusa u SAD početkom 1970-ih godina, odnosno drastično uvećanje broja abortusa koje je sledilo, osnovni faktor drastičnog pada nivoa, odnosno stope kriminaliteta u SAD koji je zabeležen tokom 1990-ih godina, pre svega u oblasti najtežih krivičnih dela. Koja je priroda uzročno-posledične veze abortusa kao metoda kontrole rađanja, odnosno njegovog pravnog statusa, i nivoa, odnosno stope kriminala? Da li postoji više veza te vrste?

Prva veza može da se potraži u uticaju broja abortusa kao metoda kontrole rađanja na umanjeње starosne grupe, odnosno kohorte koja je najviše sklona kriminalu. Naime, statistički podaci pokazuju da postoji određena regularnost u pogledu starosti izvršilaca najtežih krivičnih dela, pogotovo ubistava, ostalih nasilnih krivičnih dela i imovinskog kriminala. Prema statističkim podacima za SAD, najveći broj izvršilaca ovih krivičnih dela pripada starosnoj grupi, odnosno kohorti od 18 do 24 godina. Povećanje broja abortusa, odnosno umanjeње stope nataliteta u jednoj godini, dovodi do umanjeња najrizičnije starosne grupe, odnosno kohorte za nešto manje od dve decenije. I tu dolazimo do prvog ključnog teorijskog pitanja o odnosu broja abortusa i stope nataliteta. Naime, navedena veza, odnosno efekat kohorte, postoji jedino ukoliko porast broja abortusa neminovno dovodi do pada stope nataliteta, odnosno pada broja živorođenih. Ukoliko je to slučaj, menja se starosna piramida populacije, odnosno starosna struktura društva, tako da se umanjuje i apsolutni i relativni broj ljudi koji spadaju u najveće „kandidate” za najteža krivična dela, odnosno ljude koji su u najrizičnijoj starosnoj grupi. Ovakva uzročno-posledična veza na prvi pogled nije sporna, ali se suštinski krije između jedne druge, prave uzročno-posledične veze, a to je veza između stope nataliteta i kriminala. Ključna pretpostavka smanjenja, sa stanovišta kriminala, najrizičnije kohorte jeste smanjenje stope nataliteta, bez obzira kako se do nje dolazi. Ukoliko povećani broj, odnosno uvećana stopa abortusa dovodi do pada stope nataliteta, onda je ispunjen potreban uslov za ovakvu uzročno-posledičnu vezu abortusa i kriminaliteta. Međutim, povećan broj abortusa ne mora neminovno da dovede do opadanja stope nataliteta, odnosno do umanjeња broja živorođenih.

Problem nastaje usled složenosti i nejednoznačnosti veze abortusa i stope nataliteta. Pri tome, stopa abortusa može da bude endogena sa stanovišta nekih drugih promenljivih koje ona, navodno, opisuje. Otuda Joyce (2004a) ukazuje na složeno pitanje međusobne povezanosti abortusa, drugih, alternativnih metoda kontracepcije, odnosno kontrole rađanja, dominantnog seksualnog ponašanja, motivacije potencijalnih majki, broja začeca i stope nataliteta u jednom društvu. Stoga se može dogoditi da pri rastu stope abortusa dođe do povećanja stope nataliteta, usled promena do kojih dolazi u pogledu primene drugih, alternativnih metoda kontrole rađanja, ili promena u pogledu dominantnog seksualnog ponašanja.

Na taj problem, nejednoznačnog uticaja broja, odnosno pravnog statusa abortusa na stopu nataliteta, kao i na složeni uticaj pravnog statusa abortusa na broj neželjenih trudnoća, ukazuju i Donihue i Levitt (2001), oni koji su glavni zagovornici teze da je legalizacija abortusa dovela do pada stope kriminaliteta. Naime, ovi autori navode da je pad nataliteta u SAD daleko manji nego što bi se moglo očekivalo na osnovu porasta broja abortusa. Očigledno je da postoji neki faktor koji deluje na povećanje broja začeca. Može se pretpostaviti da legalizacija abortusa predstavlja svojevrsno „osiguranje”, pa se parovi češće upuštaju u seksualne odnose *ceteris paribus*, što dovodi do povećanja broja začeca. Ovakvo posmatrano, radi se o svojevrsnom moralnom hazardu do koga je dovela legalizacija abortusa. Naime, legalizovan abortus ima uticaj na seksualno ponašanje, odnosno postojanje mogućnosti legalnog prekida trudnoće stvara moralni hazard. Povećani broj abortusa, stoga, ne mora da ima proporcionalni uticaj na stopu nataliteta. Ukoliko je izraženiji moralni hazard

ove vrste, veća je i razlika između rasta broja abortusa i očekivanog smanjenja stope nataliteta.

Pogotovo što na dominantno seksualno ponašanje uticaj imaju veoma veliki broj faktora od kojih je neke veoma teško identifikovati, odnosno kvantifikovati. Time se dalje komplikuju odnosi između stope abortusa i stope nataliteta. Naime, može se pretpostaviti da postoji neka promenljiva koja simultano utiče i na seksualno ponašanje, s jedne strane, i na pravni status abortusa, s druge. To bi, na primer, mogla da bude generalna promena društvene klime, odnosno dominantnih vrednosti u društvu. Za funkcionisanje navedenog uzročno-posledičnog lanca koji se svodi na veličinu najrizičnije kohorte ključna je stopa nataliteta, a ne stopa, odnosno broj abortusa.

Jedino dosad sprovedeno empirijsko istraživanje pokazalo je da je legalizacija abortusa u SAD dovela do obaranja stope nataliteta (Levine *et al.*, 1999). Naime, već sama činjenica da su neke savezne države legalizovale abortus pre univerzalne legalizacije do koje je došlo presudom Vrhovnog suda, stvorila je mogućnost za primenu metoda kvazieksperimenta („prirodni eksperiment”). Pokazalo se da je legalizacija dovela do pada stope nataliteta za 4%. Ukoliko bi se statistički kontrolisao fenomen da su žene putovale iz svoje savezne države (tamo gde im je prebivalište) u drugu, kako bi abortus obavile u onim saveznom državama u kojima je on bio legalizovan, pad stope nataliteta se procenjuje na 11%. Ove nalaze, međutim, treba posmatrati u svetlu empirijskih nalaza o promeni dominantnog seksualnog ponašanja. Naime, Klick i Stratmann (2003) zaključuju, na osnovu praćenja promene učestalosti veneričnih bolesti, da je legalizacija abortusa u SAD dovela do povećanja učestalosti seksualnih aktivnosti za čak 25%. Čak i ukoliko se zaključi da se radi o precenjenoj stopi povećanja, ostaje otvoreno pitanje kako je došlo do toga da je tako uvećana učestalost seksualnih aktivnosti dovela do znatnog pada stope nataliteta.

Shodno navedenom, uzročno-posledični lanac mehanizma, odnosno efekta kohorte bi se mogao sumirati na sledeći način: legalizacija abortusa dovodi do uvećanje broja, odnosno stope abortusa, što dovodi do obaranja stope nataliteta, što kroz dve decenije dovodi do relativnog umanjenja kohorte, odnosno starosne grupe najrizičnije sa stanovišta kriminala, što dovodi do pada nivoa, odnosno stope kriminala. Ovaj uzročno-posledični lanac svakako funkcioniše jedino ukoliko su ispunjena dva preduslova. Prvi je da uvećanje broja, odnosno stope abortusa dovodi do pada stope nataliteta, a drugi je da promena broja, odnosno stope abortusa koja je posledica njegove legalizacije ne dovodi do promene stope smrtnosti dece. Ovo su, simultano posmatrano, dovoljni, mada ne i potrebni uslovi za funkcionisanje ovog mehanizma. Za prvi smo već videli da, sa stanovišta teorije, ne mora uvek da bude ispunjen. I u pogledu drugog se javljaju određeni problemi.³ Shodno tome, ne može se doneti jednoznačan teorijski zaključak o uticaju abortusa na kriminal putem efekta kohorte.

3 Postoji jedan empirijski nalaz (Gruber *et al.*, 1999) da je u SAD legalizacija abortusa dovela do opadanja stope smrtnosti dece, odnosno da je sama činjenica da je dete neželjeno za 40% uvećava verovatnoću da će umreti tokom prve godine. Ukoliko je ovaj nalaz istinit, slabi se efekat koji abortus ima na stopu kriminaliteta putem umanjenja kohorte, budući da abortus uvećava verovatnoću da dete doživi starost u kojoj postaje najrizičnije sa stanovišta kriminala.

Nezavisno od uverljivosti prethodnih teorijskih analiza, odnosno od ispunjenosti navedenih uslova, otkrivanje efekta kohorte i odgovarajućeg uzročno-posledičnog lanca kojim pravni status abortusa utiče na kriminal nema preveliku spoznajnu vrednost, odnosno, teorijski posmatrano, nije previše interesantno. Implicitno, ovim se tvrdi da se nije promenilo ponašanje, odnosno sklonost ka kriminalu niti jednog pripadnika te, sa stanovišta kriminala najrizičnije kohorte, već samo da se umanjio njihov broj, odnosno veličina te kohorte. U tom smislu, ne saznaje se ništa novo o faktorima kriminala, odnosno ne uvećava se naše razumevanje kriminalnih aktivnosti.⁴ Daleko je interesantnije i teorijski izazovnije odgovoriti na pitanje da li se sa promenom pravnog statusa abortusa menja predispozicija ljudi u navedenoj kohorti za kriminal, odnosno da li legalizacija i povećanje broja abortusa dovodi do njihove manje sklonosti ka kriminalu.

Donohue i Levitt (2001) i Lott i Whitley (2007) identifikuju dva osnovna mehanizma kojima se može objasniti promena predispozicija, odnosno ponašanja pojedinaca iz najrizičnije kohorte do koje dolazi sa promenom pravnog statusa abortusa. Prvi mehanizam svoje poreklo vodi od toga što abortus kao metod kontrole rađanja, odnosno njegov doprinos smanjenju nataliteta, nije podjednako rasprostranjen među svim ženama, već da u primeni tog metoda prednjače žene iz određenih segmenata društva, obično onih segmenata koji imaju veću sklonost ka kriminalu. Tako se, na primer, na osnovu dostupnih podataka za SAD, može zaključiti da u korišćenju abortusa kao metoda kontrole rađanja uvek prednjače crnkinje, potom maloletne i neudate žene, kao i žene sa nižim prohodima i sa nižim nivoom obrazovanja (Levine *et al.*, 1999) – ostale žene dominantno koriste druge metode kontrole rađanja. Drugim rečima, legalizacija abortusa, odnosno povećanje broja abortusa može da iznadproporcionalno utiče na smanjenje stope nataliteta koja se odnosi na navedene segmente društva. Donohue i Levitt (2001) zaključuju da upravo deca koju su rodile maloletne i neudate crnkinje, slabijeg obrazovanja i nižih prohoda imaju veće sklonosti ka kriminalu, odnosno da postoji veći rizik da se, kada dođu u odgovarajuće životno doba, prepuste kriminalu. Za takav zaključak autori ne nude bilo kakvo teorijsko obrazloženje, odnosno uzročno-posledičnu vezu, već se pozivaju na empirijske nalaze jedne neobjavljene studije (Commanor i Philips, 1990). Drugim rečima, ovaj nalaz, odnosno mehanizam uzročno-posledične veze ostaje teorijski neobjašnjen.

Jedino uverljivo teorijsko objašnjenje ovog nalaza, odnosno mehanizma nudi ekonomska teorija kriminala. Naime, prema ekonomskoj teoriji kriminala, pojedinac bira između svog angažovanja u delatnosti koja je u skladu sa zakonom ili onoj koja predstavlja kršenje zakona u zavisnosti od očekivane neto koristi koja proizlazi iz bavljenja jednom i druge delatnošću. Neto korist od bavljenja legalnom delatnošću zavisi od investicija u ljudski kapital, odnosno obrazovanje ljudi. Što su veće investicije u ljudski kapital, to su veći prinosi od bavljenja delatnostima koje su

4 Eventualno, navedena teorijska argumentacija mogla bi da se koristi u raspravi na temu poželjnog pravnog statusa abortusa u pojedinim zemljama. Naime, zagovornici legalizacije abortusa, odnosno održanja takvog njegovog pravnog statusa, mogli bi da argumentuju da takav status abortusa ovim uzročno-posledičnim lancem dovodi do umanjivanja kriminala. Ipak, morali bi da pronađu uverljivu argumentaciju za vezu između pravnog statusa abortusa i stope nataliteta.

skladu sa zakonom, pa je i manja verovatnoća da će se dete kada odraste upustiti u kriminal. Uslovi koje se opisuju kao uslovi u kojima se žene više odlučuju na abortus nego na druge metode kontrole rađanja ne bi bili idealni uslovi za roditelje da investiraju u ljudski kapital deteta. Upravo se niži nivo investicija u ljudski kapital pokazao kao osnovno objašnjenje empirijskim istraživanjima potvrđene veće sklonosti američkih crnaca ka kriminalu.

Ovakvo objašnjenje čak može da deluje uverljivo, ali se javlja jedan problem. Ovakva uzročno-posledična veza između legalizacije abortusa i kriminala zasniva se na promeni strukture rizične kohorte stanovništva sa stanovišta rasnog i porodičnog porekla. Drugim rečima, legalizacija abortusa dovodi do umanjenja, na primer, broja dece maloletnih, odnosno mladih majki u najrizičnijoj kohorti, ali se ne menjaju njihove predispozicije ka kriminalu. Shodno tome, menja se i sklonost te kohorte ka kriminalnu. Međutim, sklonost pojedinca ka kriminalu se ne menja, jedino se menja broj potencijalnih izvršilaca. Drugim rečima, i dalje ne saznajemo ništa o promeni podsticaja koji utiču na ponašanje pojedinca. A jedino na taj način, sticanjem novih znanja u tom pogledu, može se povećati naše razumevanje faktora kriminala.

Drugi mehanizam uzročno-posledične veze više obećava sa stanovišta razumevanje mehanizama delovanja faktora kriminala. Taj mehanizam se zasniva na činjenici da abortus može da pospeši kontrolu momenta rađanja – smanjuje se frekvencija, odnosno verovatnoća rađanja „neželjenog” deteta. Legalizacija abortusa znači da se uvećava mogućnost, odnosno da se dodaje još jedno sredstvo majci da bira kada će da rodi. Iako je na prvi pogled ovaj mehanizam uverljiv, u mnogo čemu, odnosno dobrim delom, on se svodi na prethodni argument. Iako se neki faktori kriminala ne mogu promeniti (rasa), neki se mogu promeniti u maloj meri (dohodak, obrazovanje), a neke od tih faktora se zaista mogu promeniti, naročito pitanje da li se radi o maloletnoj majci, vanbračnom detetu, odnosno samohranom majci. Međutim, opet se postavlja pitanje na koji način promena ovih faktora dovodi do manje stope kriminaliteta. Umesto odgovora na to pitanje Donohue i Levitt (2001) navode empirijske nalaze (Gruber *et al.*, 1999) prema kojima sama činjenica da je neko dete „neželjeno” dovodi, na osnovu statističkih podataka za SAD, do povećanja verovatnoće od 60% da je majka samohrana, za 50% se uvećava verovatnoća da će rasti u siromaštvu, za 45% da će njegovo domaćinstvo primati socijalnu pomoć (materijalno obezbeđenje porodice) i za 40% da će umreti tokom prve godine. Ipak, samo navođenje navedenih statističkih podataka vezanih za uslove odrastanja „neželjenog” deteta ne nudi nikakvo objašnjenje u pogledu toga kako su takvi uslovi povezani sa budućom kriminalnom karijerom, odnosno objašnjenje uzročno-posledične veze. Štaviše, navode se rezultati još dve empirijske analize. Dagg (1991) navodi da, u Skandinaviji, kao i u nekim istočnoevropskim zemljama, usled toga što je majci onemogućeno da prekine trudnoću, raste verovatnoća da će se dete, kada dođe u odgovarajuće godine, uključiti u kriminal. Rasanen *et al.* (1999) su sproveli empirijsko istraživanje u Finskoj na osnovu kojeg su zaključili da verovatnoća, odnosno rizik za uključivanje u kriminalne aktivnosti zavisi, između ostalog, i od toga da li se dete rađa kao neželjeno. Nezavisno od toga u kojoj meri su sva ova empirijska istraživanja sprovedena na metodološki korektan način, odnosno koliko su njihovi rezultati pouzdani, ona nisu ponudila nikakvo objašnjenje uočenih veza,

koja se uzimaju kao uzročno-posledične veze. Na primer, Rasanen *et al.* (1999) tvrde da je veća verovatnoća da će dete, kada odraste, da se uključi u kriminal ukoliko je njegova majka pušila tokom trudnoće. Sve da je to i tačno, nedostaje objašnjenje te uzročno-posledične veze.

Postoji samo jedno uverljivo objašnjenje mehanizma ove uzročno-posledične veze, a to je da legalizacija abortusa uvećava verovatnoću da neko dete nije neželjeno, a to znači da se njegovo odrastanje odvija u uslovima u kojima se uvećava verovatnoća da će roditelji ulagati u njegov ljudski kapital. To podrazumeva domaćinstvo sa oba roditelja (što se često poistovećuje sa bračnom zajednicom), majku, odnosno roditelje koji su u zrelim godinama, sa višim nivoom sopstvenog obrazovanja itd. Sve to utiče na uvećanje investicija u ljudski kapital deteta, bez obzira da li se radi o formalnom obrazovanju ili domaćem vaspitanju. Stoga je, kako navode Lott i Whitley (2007), zaista ključno pitanje kako abortus i njegov pravni status utiču na investicije u ljudski kapital dece.

Zanimljivo je da su Akerlof *et al.* (1996) pokazali da je legalizacija abortusa u SAD dovela do povećanja broja vanbračne dece, odnosno broja dece koju odgaja samohrana majka. Ključna razlika do koje je došlo sa promenom pravnog statusa abortusa je u tome što su nekada majke svoju vanbračnu decu u daleko većoj meri davale na usvajanje, pa su ona živela u bračnoj zajednici usvojitelja, što je uvećalo šanse za investicije u njihov ljudski kapital.⁵ Štaviše, legalizaciju abortusa prati povećanje predbračne seksualne aktivnosti, što takođe *ceteris paribus*, dovodi do povećanja broja vanbračne dece, odnosno dece koju, ukoliko ne budu data na usvojenje, odgaja samohrana majka, čime se umanjuje verovatnoća za investicije u ljudski kapital dece. Iako postoji jasna empirijski uočena korelacija između legalizacije abortusa i broja vanbračne dece, odnosno broja dece koju odgaja samohrana majka, ona je očigledno, samo delom posledica već opisanog moralnog hazarda, a dobrim delom posledica promene društveno prihvaćenih vrednosti. Naime, ne postoji više takva stigma prema predbračnom seksu i vanbračnom podizanju dece kao što je to nekada bilo u (puritanskoj) Americi, a sve se to odigrava u periodu u kome se legalizovao abortus.⁶ Sve navedeno ukazuje na mogućnost da legalizacija abortusa može da dovede i do umanjenja investicija u ljudski kapital dece, pa time i do uvećanja stope kriminala.

Nasuprot tome, empirijski se pokazalo (Sampson i Laub, 1993 i Rasanen *et al.*, 1999) da što je veća porodica, to je veća šansa za decu iz te porodice da se upuste u kriminal, odnosno da počine krivična dela. Ovakva empirijska regularnost može da se teorijski objasni (Becker, 1981). Naime, roditeljska pažnja, pa time i investicije u ljudski kapital deteta su uvek na *per capita* osnovi, pa povećanje porodice, odnosno broja njenih članova, može da dovede, a veoma često i dovodi do opadanja *per capita* investicija u ljudski kapital dece. Samim tim, legalizacija abortusa može da dovede

5 Usvajanje deteta je, po samoj svojoj prirodi, dobrovoljno. U slučaju usvojitelja, ne postoji mogućnost da je dete „neželjeno”. Samim tim, usvojitelji iskazuju privrženost detetu i investicijama u njegov ljudski kapital.

6 Dosad nije istraženo da li je u posmatranom periodu došlo do povećanja socijalne pomoći za samohrane majke u SAD. Ukoliko je to tako, ovom promenom bi se mogao objasniti deo povećanja broja vanbračne dece do kojeg je došlo neposredno posle legalizacije abortusa.

i do uvećanja investicija u ljudski kapital dece. Štaviše, ovaj efekat legalizacije abortusa, tj. mogući efekat na umanjenje broja članova porodice, ima dejstvo i na decu koja su rođena pre promene pravnog statusa abortusa, mada se opet može postaviti pitanje relativnog značaja ostalih metoda kontrole rađanja.

Da li je prikazana rasprava ponudila čvrsta i uverljiva objašnjenja mehanizma uzročno-posledične veze između pravnog statusa abortusa i kriminala? Pokazalo se da mnoga od navedenih objašnjenja nisu baš sasvim uverljiva. Štaviše, pokazalo se da mnogi od ovih mehanizama funkcionišu na teorijski očekivan način jedino ukoliko je ispunjeno jako mnogo pretpostavki, odnosno preduslova. Drugim rečima, veza nije stabilna. Stoga se može reći da, bar zasad, nije formulisana uverljiva teorija kojim se jednoznačno objašnjava uzročno-posledična veza pravnog statusa abortusa i kriminala.

No, pretpostavimo za trenutak da su navedena objašnjenja uverljivija nego što to ona zaista jesu. Zanimljivo pitanje je da li se ovim negira ekonomska teorija kriminala, ona koja ukazuje na to da pojedinci sami, na osnovu podsticaja, donose racionalne odluke o tome da li će da se uključe u kriminalne aktivnosti ili ne? Na prvi pogled može da se kaže, ukoliko je tačno da promena broja, odnosno stope abortusa utiče na kriminal, da to nema nikakve veze sa racionalnim odlukama pojedinaca. Međutim, analiza u ovom delu rada pokazala je da je jedina mogućnost za konzistentno teorijsko obrazloženje veze pravnog statusa abortusa i kriminala leži upravo u ekonomskoj teoriji kriminala, koja se zasniva na racionalnoj odluci pojedinaca. Ključ za objašnjenje navedene veze jesu investicije u ljudski kapital. Što su veće investicije u ljudski kapital, to je manja verovatnoća da će se pojedinac upustiti u kriminalne aktivnosti. Uverljivost ovih obrazloženja raste ukoliko se pod investicijama u ljudski kapital deteta podrazumeva ne samo obrazovanje, već i vaspitanje unutar same porodice, što podrazumeva i stvaranje određenog sistema vrednosti i emocionalne stabilnosti deteta. Koliko su uverljiva teorijska obrazloženja veze pravnog statusa abortusa i investicija u ljudski kapital, drugo je pitanje. Međutim, ukoliko bi se odbacila ekonomska teorija kriminala, teško da bi se mogla formulisati bilo kakva iole uverljiva uzročno-posledična veza između abortusa i kriminala. Tada bi moralo da se pokaže da jednostavno postoji sistem vrednosti ili model ponašanja koji se neizostavno prenosi sa jedne generacije na drugu. Time se zalazi u domen neuverljivih teorija o nečijoj predestiniranosti za kriminal.

Izvesno je da su određena objašnjenja uverljiva, ali nisu teorijski zanimljiva – ne doprinose mnogo tome da bolje razumemo faktore koji uslovljavaju kriminalne aktivnosti, odnosno odluke pojedinaca.

3. METODOLOŠKI PROBLEMI: MERENJE KLJUČNIH POJAVA

Prvi metodološki problem, odnosno problem merenja ključnih fenomena, odnosi se na broj izvršenih abortusa. U uslovima u kojima je abortus legalizovan to, načelno posmatrano, nije nikakav problem, ali jeste problem ukoliko to nije tako. Ukoliko abortus nije legalan, odnosno ukoliko predstavlja kršenje zakona, niko nema podsticaj da prijavi abortus – naprotiv svi imaju podsticaj da ga prikriju,

tako da ne postoje pouzdani podaci o broju izvršenih abortusa, a po prirodi stvari sa postupcima koji su u suprotnosti sa zakonom, obično se radi o potcenjivanju pojave. Samim tim, postoji realna opasnost da se preceni povećanje broja abortusa do koga dolazi sa njegovom legalizacijom. U ekstremnom slučaju, može se čak pretpostaviti da se broj abortusa zapravo nije ni promenio, već da je jednostavno posle legalizacije abortusa samo prijavljuje isti onaj broj koji se ranije nije prijavljivao. Zbog svega toga se postavlja pitanje: kako oceniti stvarno povećanje broja izvršenih abortusa posle njegove legalizacije?

Ne postoji pouzdan metod za tako nešto. Ni Donohue i Levitt (2001) se nisu upuštali u tako nešto, već samo ukazuju na to da je sa legalizacijom došlo do dramatičnog uvećanja broja abortusa, mada priznaju da postoji mnogo posrednih dokaza o priličnom broju nelegalnih abortusa tokom 1960-ih godina.⁷ Ključni argument koji autori upotrebljavaju u prilog svojoj tezi o dramatičnom porastu broja abortusa do koga je došlo sa legalizacijom leži u dinamici broja abortusa posle legalizacije, koji je porastao sa 750.000 u 1973. (prva godina posmatranja u kojoj je došlo do legalizacije) na 1,6 miliona u 1980. godini, posle čega se taj broj stabilizovao, odnosno dostignuto je tzv. stabilno stanje. Da je broj ilegalnih abortusa bio približan broju abortusa koji je dostignut posle legalizacije, ne bi bilo potrebno čak sedam godina da se dostigne stabilno stanje. Još jedan argument se navodi u prilog teze da je došlo do značajnog povećanja broja abortusa je pretpostavka o postojanju značajne cenovne elastičnosti tražnje za abortusom. Naime, navodi se, na osnovu istraživanja koje je sproveo Kaplan (1988), da je cena abortusa pre njegove legalizacije bila između 400 i 500 U\$, dok je krajem 1980-ih pala na 80 U\$. Ukoliko se taj podatak pridruži pretpostavci o visokoj cenovnoj elastičnosti tražnje, ovim bi mogla da se brani teza o drastičnom povećanju broja abortusa. Ipak ne postoje bilo kakve ocene koeficijenta cenovne elastičnosti tražnje, odnosno ne zna se da li je ta tražnja elastična ili ne, odnosno koliki je koeficijent njene elastičnosti. Stoga pomak u dostizanju stabilnog stanja predstavlja ključni argument.

Dodatni argument u prilog njihove teze zasniva se na dinamici broja usvojenja dece u SAD. Navodi se da je 90.000 dece usvojeno 1957. godine, 170.000 dece 1970. godine, dok je taj broj pao na 130.000 1975. godine, pa se to uzima kao dokaz o dramatičnom povećanju broja abortusa posle njihove legalizacije. Ova dinamika, međutim, ne može da posluži kao posredni dokaz, tim pre što ostaje neobjašnjeno drastično povećanje broja usvojene dece do koga je došlo u periodu koji prethodi legalizaciji abortusa. U tome ne pomaže ni navedeni podatak o procentu vanbračno rođene dece koja su data na usvojenje, koji je opao sa 9% pre 1973. na svega 4% u periodu između 1973. i 1981. godine. Promena broja usvojene dece zavisi od dominantnog sistema vrednosti, odnosno životne kulture, a svakako i od iznosa socijalne pomoći za samohrane majke, i stoga ne može da posluži kao podatak kojim može da se potkrepi hipoteza o drastičnom porastu broja abortusa, posle 1973. godine. Tim pre što su iste društvene promene, odnosno promene kulturnih obrazaca, dovele do legalizacije abortusa i umanjenja stigme prema roditeljstvu van braka. Što je više

7 Poenta je da se određeni broj abortusa u doba njegove zabrane bio legalan. Radi se o abortusima koji su bili izričito dopušteni iz medicinskih razloga. Opravdano je pretpostaviti da se broj ovakvih abortusa nije promenio sa njegovom legalizacijom.

samohranih majki koje se odlučuju da zadrže svoju decu (imajući u vidu umanjenje stigme, odnosno socijalnog pritiska), umanjuje se procenat usvojenja, a kraj 1960-ih i 1970-e svakako predstavlja godine u kojima se drastično izmenio dominantan kulturni obrazac Amerike.

Korišćenje broja usvojenja kao posredne mere abortusa stvara još jedan problem. Naime, osnovni mehanizam kojim legalizacija abortusa putem povećanja stope abortusa dovodi do umanjenja kriminala jeste umanjenje frekvencije „neželjene” dece. Usvojenjem se, kao što je već napomenuto, eliminišu efekti „neželjene dece” – usvojena deca dospevaju u porodice koje, obično, prolaze određeni stepen kontrole, odnosno selekcije pre usvojenja, u kojima zajedno žive oba roditelja (usvojitelja), u kojima postoje pristojni materijali prihodi, pa im stoga te porodice pružaju sve ono što im ne bi pružale samohrane majke, pre svega u pogledu investicija u ljudski kapital. Prema tome, ukoliko povećanje broja abortusa dovodi do umanjenja broja usvojenja, stvara se mogućnost da se anuliraju pozitivni efekti povećanja broja abortusa na planu kriminala.

Iako su se Donohue i Levitt (2001) izneli mnoštvo argumenata kojima se podržava teza da broj abortusa pre njegove legalizacije nije identičan broj abortusa posle legalizacije, oni ipak nisu pružili niti jednu jedinu informaciju o tome koliki je broj abortusa bio pre njegove legalizacije. A takva informacija je potrebna za korektnu formulaciju ekonometrijskog, odnosno regresionog modela na kome se zasniva empirijsko istraživanje. Samim tim, navedeni metodološki problem nije rešen na odgovarajući način.

Naravno, umesto broja, odnosno stope abortusa, može da se koristi i broj novorođenih, odnosno stopa nataliteta, ali se onda javlja problem druge vrste – istraživanje se prebacuje na drugi teren. Da bi se istraživanje vratilo na teren uticaja legalizacije abortusa na kriminal, potrebno je da se dođe do jednoznačnih zaključaka o vezi legalizacije abortusa i stope nataliteta, kao i da se kvantifikuje snaga te veze, pa da se onda pređe na relacije između stope nataliteta i kriminala. Već se pokazalo da je relacija između pravnog statusa abortusa i stope nataliteta veoma složena, sa različitim mehanizmima koji deluju i to u različitim smerovima, poput svojevrsnog moralnog hazarda. Pri tome, teorijsko razmatranje je pokazalo da se veza stope nataliteta i kriminala, manje-više svodi na promenu veličine kohorte koja je najrizičnija grupa sa stanovišta kriminala, a ne na daleko zanimljiviju promenu: promenu ponašanja pripadnika te grupe, odnosno promenu njihove predispozicije ka kriminalu.

Konačno, postoji i problem merenja nivoa, odnosno stope kriminala. Pri tome, nije relevantno to što su podaci o kriminalu generalno potcenjeni (fenomen poznat kao tamna brojka kriminala), budući da je ovakva potcenjenost slučajno raspodeljena, pa stoga ne utiče na pouzdanost rezultata ekonometrijskih istraživanja promene stope kriminaliteta. Drugim rečima, ne postoji bilo kakva osnova da se tvrdi da je ta potcenjenost veća ili manja u pojedinoj godini, na pojedinoj teritoriji, ili u slučaju pojedine kohorte stanovništva. Problem, međutim, nastaje zbog toga što podaci o kriminalu, odnosno o počinjenim krivičnim delima (tamo gde uopšte postoje) ne sadrže podatke o godinama, odnosno životnoj dobi izvršilaca tih dela. To znači da se ne može pratiti kretanje broja krivičnih dela čiji su izvršioци upravo oni iz ko-

horte koja se posmatra, odnosno čije se ponašanje analizira, kao rezultata promene pravnog statusa abortusa.

Stoga se ponekad (Donohue i Levitt, 2001) koriste podaci o uhapšenima, budući da oni pružaju informaciju o životnoj dobi izvršilaca krivičnih dela. Otuda je moguće pratiti odnos broja uhapšenih u posmatranoj kohorti i ukupnog broja uhapšenih, kao indikator učešća krivičnih dela čiji su izvršioci iz te kohorte u ukupnom broju krivičnih dela. Međutim, da bi ovaj indikator bio tačan, potrebno je da su simultano ispunjena dva uslova. Prvi je da su svi uhapšenici krivi, odnosno da su oni zaista izvršioci krivičnih dela, a drugi je da su svi izvršioci svih, odnosno posmatranih krivičnih dela uhapšeni. Izvesno je, međutim, da ni jedan ni drugi uslov u stvarnosti nisu ispunjeni. Prvi zbog toga što postoje greške u hapšenju, pa se hapse i nevini, a drugi zbog toga što uvek postoji određen broj (registrovanih) krivičnih dela čiji izvršioci nikada nisu otkriveni, odnosno uhapšeni. Problem je, međutim, što greška do koje dolazi usled toga što ova dva uslova nisu ispunjena ne mora da bude slučajna, pa se onda javlja pristrasnost. Na primer, u slučaju različite efikasnosti policije (merene relativnim brojem „rasvetljenih” krivičnih dela, odnosno podignutih odgovarajućih optužnica) na različitim područjima i u različitim godinama, odstupanje će biti sistematski različito. Takva odstupanja mogu i da se sistematski menjaju sa godinama izvršilaca – ipak je veća verovatnoća da će do pogrešnog hapšenja doći u slučaju mlađih lica. Odstupanja stvarne i zabeležene stope kriminaliteta će biti sistematski veća u slučaju pojedinih područja posmatranja, pojedinih godina i u slučaju pojedinih starosnih grupa. Za istraživanja ove vrste, naročito su opasna sistematska odstupanja u ovom pogledu između različitih kohorti stanovništva, budući da dovodi do direktne deformacije slike kriminala koja se dobija. Sve to dovodi do pristrasnosti ekonometrijski ocene koje se dobijaju u empirijskoj analizi efekata promene pravnog statusa abortusa i stope kriminala.

4. EMPIRIJSKA ISTRAŽIVANJA: DOKAZIVANJE UZROČNO-POSLEDIČNE VEZE

Ključno empirijsko istraživanje veze pravnog statusa, odnosno legalizacije abortusa i kriminala u SAD sprovedli su Donohue i Levitt (2001). Ovo istraživanje je pokrenulo raspravu na ovu temu, uz veliki broj priloga, pri čemu je najveći deo rasprave bio metodološke prirode, vezano za sam postupak empirijske analize navedene uzročno-posledične veze, a u manjoj meri teorijskim i praktičnim implikacijama dobijenih rezultata.

Donohue i Levitt (2001) su kao indikator nivoa kriminala koristili stopu, odnosno broj tri različite vrste krivičnih dela na 1.000 stanovnika: stopa ubistava, stopa imovinskih krivičnih dela i stopa nasilnih krivičnih dela koja isključuju ubistvo. Pri tome su koristili podatke o abortusima na nivou svake pojedinačne savezne države SAD za period počev od 1973. zaključno sa 1985. godinom, dok su se podaci o kriminalu takođe odnosili na svaku pojedinačnu saveznu državu SAD za period počev od 1985. zaključno sa 1997. godinom.

Kao indikator intenziteta abortusa, kao faktora kriminala, autori su koristili nešto što nazivaju „efektivna stopa legalizovanog abortusa”. To je indeks kojim se

meri kumulativni uticaj svih prethodnih abortusa na kriminal u godini t . Taj indeks se izračunava kao suma stope abortusa (odnos broja abortusa i broja novorođenih) za sve starosne kohorte, ponderisana učestćem te kohorte u ukupnom broju uhapšenih posmatrane godine. Drugim rečima:

$$ESA_t = \sum_{i=1}^a SA_{t-a} \cdot \frac{BU_a}{BU}$$

pri čemu je ESA_t predstavlja efektivnu stopu abortusa u godini t , SA predstavlja stopu abortusa u godini $t-a$, BU broj uhapšenih u dobi a , a BU ukupan broj uhapšenih. Ovako iskazani nivo abortusa korišćen je, potom, kao osnovna objašnjavajuća (nezavisna) promenljiva, dok je kao zavisna promenljiva, ona koju treba objasniti, korišćena stopa kriminaliteta, iskazana kao broj krivičnih dela na 1.000 stanovnika za godinu dana.

Formirana su tri ekonometrijska modela, po jedan za sve tri vrste krivičnih dela, odnosno specifične stope kriminaliteta. Pored efektivne stope abortusa, kao nezavisne promenljive korišćene su: nivo policijske zaštite (broj policajaca *per capita*), veličina zatvorske populacije (broj zatvorenika *per capita*), stopa nezaposlenosti, bruto domaći proizvod *per capita*, stopa siromaštva (procenat stanovnika ispod linije siromaštva), nivo sredstava za materijalno obezbeđenje (iznos socijalne pomoći po porodici koja je prima), režim nošenja oružja i potrošnja piva *per capita*. Dakle, onim faktorima za koje se u ranijim empirijskim istraživanjima pokazalo da utiču na stopu kriminala.

Budući da se radi o ekonometrijskom modelu zasnovanom na kombinaciji uporednih podataka i vremenskih serija (panel) izdvojena su dva slobodna člana koji treba da inkorporiraju efekte koji se ne menjaju, a koji proizlaze iz uporednih podatka (savezna država) i vremenske serije (godina). Potom su navedeni modeli ekonometrijski ocenjeni metodom ponderisanih najmanjih kvadrata.

Dobijeni rezultati su takvi da se pokazalo da su ocene parametara uz efektivnu stopu abortusa statistički značajne i imaju očekivan predznak – negativan. Shodno tome, ovakav rezultat može se uzeti kao potvrda da porast broja abortusa dovodi, uz odgovarajući vremenski pomak, do opadanja kriminala, bar u slučaju ubistava, imovinskog kriminala i nasilnih krivičnih dela. Ocene parametara uz ostale promenljive, bar one koje su statistički značajne, uglavnom imaju teorijski očekivani predznak.

Ovakvom postupku ekonometrijskog istraživanja može se staviti nekoliko primedaba, odnosno postoji određen broj metodoloških problema kojima se dovodi u sumnju pouzdanost njihovih rezultata. Prvo, postavlja se pitanje zbog čega se koristio metod ponderisanih, a ne običnih najmanjih kvadrata. Naime, ocenjuju se relativne veličine, odnosno promenljive, kako zavisne, tako i nezavisne, što znači da su razlike u veličini posmatranih područja (američkih saveznih država) već uzete u obzir. Ponderisanje bi imalo smisla jedino ukoliko bi faktori vezani za uzročno-posledičnu vezu pravnog statusa abortusa i stopa kriminala delovali snažnije u slučaju većih saveznih država. Ne postoji niti jedan jedini podatak koji bi, makar i

posredno, ukazivao na postojanje takve regularnosti, a autori nisu ponudili niti jedino alternativno obrazloženje zbog čega su koristili ponderisane najmanje kvadrate.

Nadalje, postoji dosta problema koji su vezani za test robustnosti rezultata. Naime, u savremenoj ekonometrijskoj analizi uobičajeno je da se robustnost određene veze testira promenom indikatora zavisne i nezavisne promenljive, promenom vremenskog ili teritorijalnog obuhvata, promenom specifikacije modela, metoda ocene modela i tome slično. Osim nešto malo promene teritorijalnog obuhvata (izuzimanje države Njujork, na primer), testiranja robustnosti rezultata praktično nije ni bilo.

Problemi se javljaju i pri specifikaciji najznačajnije objašnjavajuće promenljive. Prvo, u godinama u kojima nije bilo legalizovanog abortusa, koriste se nule kao frekvencija abortusa, iako je to svakako bio pozitivan broj. Do zaključka da se koriste nule kao frekvencija (što znači da abortusa uopšte nije ni bilo) dolazi se posredno, budući da su autori naglasili da su koristili podatke počev od 1973. godine, tj. godine pune legalizacije abortusa u SAD. Međutim, za izračunavanje efektivnih stopa abortusa određenih kohorti potrebni su podaci o abortusima pre 1973. godine. Budući da se ne pominje da se koriste bilo kakve procene, može se zaključiti da se pretpostavlja da pre 1973. godine abortusa nije ni bilo, što svakako nije tačno. Time se precenjuje povećanje abortusa do koga je došlo 1973. godine sa njegovom legalizacijom, odnosno u periodu do 1980. godine kada je dostignuto stabilno stanje. Kao što je razmatranje uzročno-posledične veze pokazalo, abortus ima određeno dejstvo na kriminal nezavisno od toga da li je legalan ili ne.

Drugi problem vezan za objašnjavajuću promenljivu jeste korišćenje stope abortusa kao odnosa broja abortusa i broja živorođenih. Naime, promena u brojiocu utiče na promenu u imeniocu i to ne na jednoznačan način. Samim tim, ovaj indikator postaje nepouzdan. Ostaje nejasno zbog čega nije korišćena stopa abortusa definisana kao broj abortusa *per capita*. Ovaj indikator, iako nije uobičajen u demografskim istraživanjima, ne bi bio toliko osetljiv na međusobne uticaje broja abortusa i broja živorođenih poput korišćenog.

Ponuđena formulacija regresionog modela, odnosno izbor promenljivih i njihovih indikatora onemogućava testiranje identifikovanih mehanizama uzročno-posledične veze između legalizacije abortusa i stope kriminala. Naime, efekat kohorte je posledica stope nataliteta i njene promene, nezavisno od efekata koju na tu stopu ima promena stope abortusa. Pri tome, već je napomenuto da se može dogoditi da i pri umanjenim stopama abortusa dolazi do umanjenja stope nataliteta, usled razlika u pogledu primene drugih, alternativnih metoda kontrole rađanja ili razlika u pogledu dominantnog seksualnog ponašanja. Ovo naročito predstavlja veliki problem u SAD, budući da se mnoge savezne države znatno razlikuju od onih sa veoma čvrstim moralnim pravilima (bar u periodu u kome se razmatra promena ponašanja), do onih koje su u tom pogledu daleko liberalnije. Nije isto da li se razmatra odnos abortusa i stope nataliteta u, na primer, Kaliforniji, Pensilvaniji ili Juti.

Kritika načina na koji je formulisana ključna objašnjavajuća promenljiva (efektivna stopa legalizovanog abortusa), navela je Joyca (2004a) da formuliše alternativni regresioni model, sa istom zavisnom promenljivom. Umesto efektivne stope abortusa, Joyce (2004a) uvodi četiri veštačke (*dummy*) promenljive koje označavaju

različiti status abortusa u različitim američkim državama u različitim godinama, približavanje stabilnom stanju koje je nastupilo 1980. godine, kao i kohorte koje su rođene u posmatranim godinama.

Uvođenje veštačke promenljive za kohorte po različitim godinama u kojima je počela legalizacija abortusa omogućava alternativnu formulaciju u kojoj se ne dolazi do dramatične promene broja abortusa od nula do nekog, statistički zabeleženog pozitivnog broja, već se opisuju različita razdoblja u kojima su se dešavale promene, odnosno prelazak iz jednog stabilnog stanja (u kome je u svim saveznm državama abortus bio zabranjen) u drugo u kome je abortus legalizovan u svim saveznm državama. Iako je, načelno posmatrano, bolje sa stanovišta samog istraživanja, da se, svuda gde se to može, koriste prave, a ne veštačke promenljive, ali u ovom slučaju ipak se čini da veštačke promenljive imaju više smisla.

Reformulisanje ključne objašnjavajuće promenljive dovelo je do drugojačije formulacije modela, iako su svi ostali članovi ekonometrijskog modela bili istovetni i ocenjivani su na osnovu istih onih podataka koji su koristili Donohue i Levitt (2001). Pri tome su, međutim, dobijeni rezultati sasvim drugojačiji. Samo u slučaju jednog krivičnog dela (imovinski kriminal) dobijena je statistički značajna ocena parametra i to uz veštačku promenljivu za period od 1971. do 1973. godine, dakle u samo vreme legalizacije abortusa. Uzgred je testirana i veza ovih veštačkih promenljivih sa stopom nataliteta i dobijena je statistički značajna ocena parametra uz istu ovu veštačku promenljivu, što implicira postojanje veze između stope abortusa i stope nataliteta samo tokom godina u kojima se menja pravni status abortusa. Ipak, ključni nalaz ovog istraživanja jeste da nije, osim u jednom, već navedenom slučaju, uspostavljena statistički značajna veza između promene pravnog statusa abortusa i stope kriminala.

Problem svakako nastaje usled mobilnosti stanovništva između američkih saveznih država. Naime, neko ko je rođen kao neželjeno dete u Kaliforniji, dvadesetak godina kasnije krivična dela možda čini u Oklahomi. Autori napominju da su ovu komponentu uključili i da su celokupan regresioni model prilagodili podacima o razlikama između države rođenja i države boravka za sve petnaestogodišnjake na osnovu čega je rekalkulisana efektivna stopa legalizovanih abortusa, i navodi se da su dobijeni zadovoljavajući rezultati. Ostaje i problem imigracije, odnosno činjenice da se na strani učinilaca krivičnih dela javljaju i oni koji uopšte nisu rođeni u SAD, odnosno oni na koje bilo kakav pravni status abortusa u SAD nije imao nikakav uticaj. Uključivanje tih podataka u regresioni model, prema navodima autora, nije doveo do gubitka statističke značajnosti ocene parametara uz efektivna stopa legalizovanih abortusa, ali se umanjila vrednost ovog parametra.

Ključni problem u svakom ekonometrijskom istraživanju jeste loša specifikacija modela usled izostavljanja relevantne promenljive. Ekonometrijski posmatrano, to znači da je ocena nepouzdana, odnosno da se javlja lažno pozitivna ocena: kao statistički značajna se pokazuje ona ocena parametra koja to nije. Sami autori to pokušavaju da reše uključivanjem interaktivne promenljive dobijene na osnovu godine i savezne države, budući da bi se navodno time rešio ovaj problem. Niti je jasno koji je to sadržaj ove procedure, a još manje je jasno kako bi ta procedura rešila problem izostavljanja relevantne promenljive.

Najveći problem vezan za izostavljanje relevantne promenljive, odnosno greške specifikacije modela, leži u tome što možda postoji neka promenljiva koja simultano deluje i na jednu i na drugu promenljivu koje su u modelu (zavisnu i nezavisnu), pa se onda u vremenskim serijama dešava da u posmatranom periodu deluje nešto što možda simultano deluje i na varijabilitet stope abortusa i varijabilitet stope kriminaliteta, odnosno na svaku od tih promenljivih pojedinačno. Stoga se usled izostavljanja relevantne promenljive dobija pristrasnost ocene parametara na gore, odnosno kao statistički značajna se ocenjuje ona veza koja to u stvarnosti nije. Joyce (2004a) navodi da zabeleženi pad kriminaliteta može da bude povezan sa krajem epidemije tzv. krak kokaina s kraja 1980-ih godina u SAD, odnosno pada kriminala povezanih sa krak kokainom. Problem sa ovim objašnjenjem leži u tome što se ne primećuje odgovarajući porast kriminala kao posledica početka te epidemije, i što ne postoje dovoljno pouzdani podaci na osnovu kojih ova teza može da se testira.

Donohue i Levitt (2001) pribegavaju i dodatnoj empirijskoj analizi. Naime, polazi se od toga da ukoliko je zaista legalizacija abortusa, odnosno povećanje njegove stope presudno uticalo na obaranje stope kriminaliteta, onda će se to neminovno odraziti na umanjenje stope kriminaliteta u određenoj kohorti, odnosno starosnoj grupi. Drugim rečima, dejstvom ovog faktora neće se smanjiti stope kriminaliteta u ostalim kohortama, odnosno starosnim grupama. Stoga su autori pokušali da dokažu da su efekti legalizacije abortusa zaista koncentrisani na pomenutu kohortu. Za takvo istraživanje je bilo potrebno formiranje novog indikatora kriminala, pa je za to korišćena stopa koju čini odnos broja uhapšenih *per capita* za stanovništvo ispod 25 godina.⁸ Ne samo da se ovim indikatorom analiza usredsređuje na kohortu čije se ponašanje posmatra, nego se iz analize isključuje i efekat kohorte, odnosno jedan od mehanizama delovanja legalizovanja abortusa na kriminal. Naime, ukoliko se radi samo o uticaju kohorte, onda bi se moglo očekivati da se ne dobiju statistički značajne ocene parametara uz efektivnu stopu abortusa, odnosno da taj parametar bude jednak nuli.

Ocenjivanje ovih modela pokazalo je da ne postoji statistički značajna veza između legalizacije abortusa i stope ubistava. U slučaju ostalih krivičnih dela, potvrđena je statistički značajna veza između legalizacije abortusa i stope kriminala. Iako je statistička značajnost ocene parametara na nivou od 95%, veoma je blizu te granice, što ukazuje na to da rezultati možda i nisu robustni. Test robustnosti, međutim, nije sproveden, tako da se o njegovim rezultatima može samo nagađati. Pokazalo se da je statistički značajna ocena parametara u slučaju specifikacije modela koja se odnosi na kohorte stanovnika koji su mlađi od 25 godina starosti, dok takva veza nije potvrđena kod onih koji su stariji. Znači da se uticaj legalizacije abortusa na stopu kriminala ne svodi isključivo na efekat kohorte, tj. na relativno umanjenje najrizičnije starosne grupe. Testirana je i „razlika u razlici”, odnosno razlika između jedne i druge stope kriminala, za mlađe i starije od 25 godina i pokazalo se da je i ona je statistički značajna, osim u slučaju nasilnih krivičnih dela.

Ovo istraživanje je pružilo neke empirijske dokaze da postoji veza legalizacije abortusa i stope kriminala koja nije zasnovana isključivo na efektu kohorte, odno-

8 O metodološkim problemima korišćenja ovog indikatora kriminala i njihovim posledicama po rezultate empirijskih istraživanja već je bilo reči nešto ranije.

sno na uticaju abortusa na relativnu veličinu najrizičnije kohorte. I ovo treba, sa stanovišta razumevanja faktora kriminala, da bude jedan od ključnih i najvažniji empirijskih nalaz. A on je na samoj ivici statističke značajnosti i deluje toliko krhko da je veliko pitanje da li bi izdržao bilo koju testiranje robustnosti.

Konačno, svesni slabosti ovog nalaza autori formulišu još jedan model, a to je model u kome je nezavisna promenljiva apsolutni iznos broja hapšenja u određenoj starosnoj grupi definisana na nivou pojedinačne godine života (od 15 do 24 godina), a na nivou kohorte i države je definisana i stopa abortusa. Taj model se ocenjuje na osnovu podataka za svaku pojedinačnu starosnu grupu (godine života), svaku saveznu državu i svaku godinu. Ovakav model omogućava da se faktori kriminala posmatraju na nivou svake pojedinačne savezne države. Time se može odbaciti prigovor da se faktori kriminala razlikuju između različitih saveznih država, pa da te razlike, odnosno faktori koji uslovljavaju te razlike, predstavljaju izostavljenu promenljivu koja uslovljava pristrasne ocene parametara uz glavnu objašnjavajuću promenljivu.

Kao razlog zbog čega se koristi apsolutni, a ne relativni (*per capita*) pokazatelj kriminala autori navode nedostatak pouzdanih podataka o stanovništvu države na nivou kohorte od jedne starosne godine. Međutim, kako navode Foote i Goetz (2008), takav postupak dovodi do toga da se gubi smisao celog modela kao mehanizma za empirijsko testiranje veze pravnog statusa abortusa i stope kriminala, odnosno ocene ovako formulisanog modela (sa apsolutnom, a ne relativnom veličinom) nisu pouzdane. Ocenjivanje ovog modela dalo je pomešane, nejednoznačne rezultate, iako je većina ocena statistički značajna. Nasuprot tome, Foote i Goetz (2008) su uspeli da reše problem iskazivanja nezavisne promenljive, odnosno uspeli su da formulišu model u kome je nezavisna promenljiva relativna veličina, i ocene tako formulisanog modela pokazuju da ne postoji statistički značajna veza između pravnog statusa abortusa i stope kriminala.

Joyce (2004b) je započeo novu seriju empirijskih istraživanja, koristeći iste podatke koje su koristili Donohue i Levitt (2001) On polazi od činjenice da su se ključne promene pravnog statusa događale između 1971. i 1974. godine. Prva legalizacija na nivou saveznih država je započeta 1971. godine, dok je 1974. godina prva godina tokom koje je u celosti abortus bio dozvoljen. Na osnovu toga se i formulišu veštačke promenljive kojima se iskazuju ove promene. Ekonometrijska analiza nije dovela do statistički značajnih ocena parametara ovih promenljivih, tako da autor zaključuje da ne postoji veza između legalizacije abortusa i pada stope kriminala u SAD. Međutim, ovo nije dobar argument, odnosno nalaz budući da se žene vremenom prilagođavaju promenjenom pravnom statusu abortusa, na šta upućuje i to da je stabilno stanje dostignuto tek sedam godina po punoj legalizaciji abortusa.

Potom je testirana razlika u vezi pravnog statusa abortusa i stope kriminala između crnaca i belaca. Naime, može se očekivati da u SAD crkinje više koriste abortus, odnosno da efekat legalizacije abortusa ima veći intenzitet u slučaju crnaca, što dovodi do promene rasne strukture najrizičnije kohorte. Pokazalo se da ne postoji razlika u navedenoj vezi između crnaca i belaca. Ukoliko je to zaista tako, ovim se osporava jedan od mehanizama uzročno-posledične veze između legalizacije abortusa i umanjenja kriminala.

Najzad, Joyce (2004b) je pri ekonometrijskoj analizi izvršio grupisanje država, kako bi time kontrolisao specifične faktore kriminala koji deluju samo na jednoj lokaciji, odnosno faktora specifičnih za svaku državu i za svaku godinu. Ovim treba da se sprovede kontrola dejstva nekih nepoznatih, a iz specifikacije modela izostavljenih promenljivih koje su visoko korelirane i sa stopom abortusa i sa stopom kriminala. Ipak procedura koja je korišćenja za kontrolu izostavljenih primenljivih može da bude predmet kontroverze, tako da ovaj zaključak treba prihvatiti sa zrnom soli.

Empirijska istraživanja uzročno-posledične veze između pravnog statusa abortusa i kriminala neminovno su se raširila, odnosno započela su i u dugim zemljama u svetu. Kahane *et al.* (2006) pristupaju empirijskom istraživanju ove relacije u Velikoj Britaniji (na području Engleske i Velsa). Pri tome, ovi autori su do krajnje konsekvence doveli problem koji se nazire od samog početka ekonometrijskih istraživanja veze pravnog statusa abortusa i stope kriminala – problem endogenosti objašnjavajuće promenljive. Drugim rečima, promenljiva koja je specifikovana kao zavisna (stopa kriminala) utiče na onu koja je specifikovana kao nezavisna (efektivna stopa abortusa). Postojanje ovakve veze utiče na pouzdanost rezultata ocene ekonometrijskog modela, odnosno može da dovede do toga da se kao statistički značajne veze prihvate one koje to nisu. Endogenost objašnjavajuće promenljive krije se u činjenici da postoje faktori koji simultano utiču i na efektivnu stopu abortusa i na kriminal. Radi se o resursima (u najširem smislu te reči) koji su na raspolaganju (potencijalnoj) majci. Na osnovu toga ona donosi odluku o tome da li će da prekine trudnoću ili ne. Međutim, raspoloživost tih resursa određuje i stopu kriminala, pre svega putem uticaja na investicije u ljudski kapital deteta. Shodno tome, povećanje stope kriminaliteta u budućnosti može da dovede do rasta stope abortusa. Time se uspostavlja endogenost ključne objašnjavajuće promenljive.

Kahane *et al.* (2006) prvo ponavljaju empirijsko istraživanje prema modelu i proceduri koju su predložili Donohue i Levitt (2001) na panel podacima za Englesku i Vels, pri čemu se kao uporedni podaci pojavljuju podaci za pokrajine (grofovije), a period posmatranja kriminala je obuhvatao sve godine između 1983. i 1997. Formirano je sedam ekonometrijskih modela, za sedam vrsta najtežih krivičnih dela. Ocene parametara ovih modela, koji ne uzimaju u obzir probleme endogenosti objašnjavajuće promenljive, pokazale su se kao statistički značajne. Međutim, pristupilo se reformulaciji ovih modela, kako bi se izbegao navedeni problem endogenosti. To je učinjeno time što su se umesto izvorne, u ocenu parametara uključene instrumentalne promenljive, a modeli su ocenjene metodom dvostepenih najmanjih kvadrata. Korišćene su dve instrumentalne promenljive, obe usmerene na iskazivanje dostupnosti abortusa potencijalnim korisnicima, umesto same stope abortusa. Prva instrumentalna promenljiva je broj abortusa obavljen u mestu stanovanja pacijenta u odnosu na broj abortusa obavljen van tog mesta. Druga je broj abortusa obavljen u mestu stanovanja pacijenta u ustanovama državnog sistema zdravstvene zaštite (NHS) u odnosu na broj abortusa obavljen u ustanovama koje se van tog sistema. Ocena ovih modela nije dovela do statistički značajnih ocena parametara, odnosno nije se pokazalo da postoji veza između abortusa, odnosno njegovog pravnog statusa i stope kriminala.

Ekonometrijska analiza veze legalizacije, odnosno dinamike abortusa i stepena kriminala u Kanadi koju je sproveo Sen (2007) dovodi do jedne interesantne novine. Naime, autor je raspolagao podatkom o broju, odnosno dinamici abortusa maloletnih (ispod 20 godina) žena i pokazalo se da postoji statistički značajan uticaj ove promenljive na stopu kriminala. U istraživanju se nije posvetila pažnja problemu endogenosti objašnjavajuće promenljive.

5. ZAKLJUČAK: DA LI VIŠE ZNAMO O FAKTORIMA KRIMINALA?

Nije čudno što je navedena rasprava uzburkala akademske i ne samo akademske vode u SAD. U toj zemlji abortus predstavlja vruće političko, gotovo ideološko pitanje i postoji poprilična podeljenost američke javnosti u ovom pogledu (opcije *pro life* i *pro choice*). Uticaj ove rasprave u drugim zemljama počinje da jača tek u poslednje dve-tri godine.

No, ključno akademsko pitanje jeste da li posle ove rasprave, odnosno njenih dosadašnjih rezultata, znamo više o faktorima kriminala i mehanizmima kojima oni utiču na kriminal. Sa stanovišta teorije, postavljeno je nekoliko zanimljivih teorijskih hipoteza o tome kako pravni status abortusa, odnosno promena broja abortusa koja proizlazi iz promene njegovog pravnog statusa, utiče na kriminal. Šire posmatrano, otvoren je zanimljiv teorijski prostor koji se nalazi između demografije i kriminologije.

Prva teorijski identifikovana veza, efekat kohorte, nije od većeg teorijskog značaja. Teorijski značajnija može da bude druga veza, odnosno drugi mehanizam uzročno-posledične veze, onaj koji dovodi do promene demografske strukture kohorte, pa time utiče na stopu kriminala. Ipak, pokazalo se da je za uspostavljanje ovog mehanizma potrebno da bude ispunjen čitav niz prilično restriktivnih preduslova. Treći identifikovan mehanizam navedene uzročno-posledične veze, onaj kojim se utiče na sklonost pojedinca iz određene kohorte, odnosno društvene grupe, ka kriminalu najinteresantniji je sa stanovišta teorije. Pokazalo se da se ovaj mehanizam svodi na dejstvo faktora koji uslovljavaju investicije u ljudski kapital, shvaćene na najširi način, tako da obuhvataju i obrazovanje i (domaće) vaspitanje.

Navedeni teorijski nalazi, u onoj meri u kojoj su uverljivi, daju dodatne argumente u prilog ekonomske teorije kriminala kao opšteg konceptualnog okvira za razmatranje faktora kriminala. Naime, ekonomska teorija kriminala zasniva se na racionalnim odlukama svakog pojedinca da se (ne) upusti u kriminalne aktivnosti. Pokazalo se da razmatranja sa područja između demografije i kriminologije daju dodatne elemente za razumevanje podsticaja na osnovu kojih pojedinci slobodno donose racionalne odluke. Nizak nivo ljudskog kapitala dovodi do niskih oportunitetnih troškova bavljenja kriminalnom, što *ceteris paribus* i rezultuje u povećanoj verovatnoći upuštanja u kriminal.

Očigledno je, međutim, da ovaj dosad potpuno prazan prostor između demografije i kriminologije u istraživačkom smislu obećava, tako da su preko potrebna nova istraživanja, naročito u pogledu međusobnog odnosa između pravnog statusa

abortusa, njegove stope, stope nataliteta, stope smrtnosti dece i strukture, pogotovo, mada ne i isključivo starosne strukture stanovništva koja se dobija. Takva istraživanja omogućiće nam da bolje razumemo demografske faktore koji utiču na kriminal, kao i mehanizme dejstva tih faktora.

Na metodološkom planu, pokazalo se da postoje znatni problemi vezani za merenje pojedinih veličina, odnosno fenomena. Uočeni su specifični problemi koji dovode do grešaka u merenju, odnosno do nepouzdanosti pojedinih indikatora. Dalje istraživanja na tom planu, odnosno dalja razmatranja pouzdanosti svakog indikatora, od ključne su važnosti kako bi se spoznale sve opasnosti od lažnih, nepouzdanih indikatora, pa time i do nepouzdanih zaključaka.

Empirijska istraživanja uzročno-posledične veze između pravnog statusa abortusa i stope kriminala vezana su, kako se i moglo očekivati, za brojne probleme. Naime, uvek postoje veliki problemi u empirijskom istraživanju složenih fenomena, poput kriminala, budući da postoji veoma veliki broj faktora čije delovanje nije jedinstveno u svim slučajevima, na svim područjima, čak i jedne zemlje (pogotovo ukoliko je heterogena), i čije delovanje, odnosno relativni uticaj može da se menja u vremenu. Pokazalo se da je najveći izazov vezan za specifikaciju ekonometrijskog modela, budući da se pojavio problem izostavljanja relevantnih promenljivih, odnosno problem endogenosti objašnjavajuće promenljive. U jednom jedinom slučaju u kojem je problem endogenosti rešen na zadovoljavajući način, pokazalo se da ne postoji statistički značajna veza između abortusa i stope kriminala.

Navedeni nalazi ne treba da budu obeshrabrujući – to su pravi izazovi za ekonometrijsku analizu. Upravo u toj oblasti leže mogućnosti daljeg unapređivanja empirijske analize faktora kriminala i mehanizama njihovog delovanja, a to je ključni način za bolje razumevanje ovog fenomena. Mnogo vike je nezasluženo bilo oko toga da je pronađeno objašnjenje drastičnog pada kriminala u SAD početkom 1990-ih. Nasuprot tome, otvaranjem novog područja analize, onog koji se nalazi između demografije i kriminologije stvaraju se mogućnosti za nova saznanja o faktorima kriminala i mehanizmima njihovog delovanja.

LITERATURA

Akerlof, G. A., Yellen, J.L. i Katz, M.L. (1996): An Analysis of Out-of-Wedlock Child-bearing in the United States, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111, ss. 277-317.

Becker, G.S. (1981): *A Treatise on the Family*, Chicago: Chicago University Press.

Commanor W.S. i Philips, L. (1999): The Impact of Income and Family Structure on Delinquency, *Unpublished Manuscript*, Santa Barbara: University of California.

Dagg, P.K.B. (1991): The Psychological Sequelae of Therapeutic Abortion: Denied and Completed, *American Journal of Psychiatry*, Vol. 5, No. 148, ss. 578-585.

Donohue, J.J. i Levitt, S.D. (2001): The Impact of Legalized Abortion on Crime, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 116, ss. 379-420.

Donohue, J.J. i Levitt, S.D. (2004): Further Evidence that Legalized Abortion Lowered Crime: A Reply to Joyce, *Journal of Human Resources*, Vol. 39, ss. 30-49.

Foote, C.L. and Goetz, C.F. (2008): The Impact of Legalized Abortion on Crime: Comment, *Quarterly Journal of Economics* (u štampi).

Foote, C.L. and Goetz, C.F. (2005): Testing Economic Hypotheses with State-Level Data: A Comment on Donohue and Levitt (2001), *Working Paper No 05-15*, Boston: Federal Reserve Bank of Boston.

Gruber, J., Levine, P.L. i Staiger, D. (1999): Abortion Legalization and Child Living Circumstances: Who Is the "Marginal Child"?, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 114, ss. 263-291.

Joyce, T. (2004a): Did Legalized Abortion Lower Crime?, *Journal of Human Resources*, Vol. 39, ss. 1-28.

Joyce, T. (2004b): Further Tests of Abortion and Crime, *Working Paper 10564, NBER Working Paper Series*, Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research.

Kahane, L.H., Paton, D. i Simmons, R. (2006): The Abortion-Crime Link: Evidence from England and Wales, *Working paper*, California State University at East Bay

Kaplan, J. (1988): Abortion as a Vice Crime: A "What if" Story, *Law and Contemporary Problem*, Vol. 51, ss. 151-179.

Klick, J. i Stratmann, T. (2003): The Effects of Abortion Legalization on Sexual Behavior: Evidence from Sexually Transmitted Diseases, *Journal of Legal Studies*, Vol. 32, ss. 407-433.

Levine, P.B. *et al.* (1999): *Roe v Wade* and American Fertility, *American Journal of Public Health*, Vol. 89, ss. 199-203.

Lott, J.R. i Whitley, J. (2007): Abortion and Crime: Unwanted Children and Out-of-Wedlock Births, *Economic Inquiry*, Vol. 45, ss. 304-324.

Rasanen, P. *et al.* (1999): Maternal Smoking during Pregnancy and Risk of Criminal Behavior among Adult Male Offspring in the Northern Finland 1966 Birth Cohort, *American Journal of Psychiatry*, Vol. 13, No. 156, ss. 857-862.

Sampson, R. i Laub, J. (1993): *Crime in the Making: Pathways and Turning Points through Life*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Sen, A. (2007): Does Increased Abortion Lead to Lower Crime?: Evaluation the Relationship between Crime, Abortion and Fertility, *B.E. Journal of Economic Analysis and Policy*, Vol. 7, ss. 1-36.

SUMMARY

Boris Begović, Ph. D.

Full Professor at the Faculty of Law, Belgrade

LEGAL STATUS OF ABORTION AND CRIME: MUCH ADO ABOUT NOTHING?

The aim of the paper is to review and evaluate the contemporary findings about the causality of legal status of abortion and crime. The theoretical consideration demonstrated that there are several linkages between the two. The first identified linkage, the cohort effects, proved not to be of a significant theoretical value. The second one, the one that changes the demographic structure of the cohort, could be of more theoretical importance. The third linkage of the causal relations between legal status of abortion and crime, the one which affects the propensity of the individual towards the crime is the most interesting from the theoretical point of view. It is demonstrated that this linkage boils down to the investment in the human capital. On the methodological front, it is demonstrated that there are substantial problems regarding measurement of the some of the variables. Specific problems of the measurement are recognized and they made some of the indicators rather unreliable. Em-

irical research of the link between legal status of abortion and crime generated numerous problems. Empirical research of complex phenomena, like the crime, always generate serious problems, as there is a huge number of factors whose impact is not uniform in all the cases and in all areas, even in one country (of that country is heterogeneous), and whose impact can change in time. It is demonstrated that the biggest challenge is specification of the econometric model, particularly regarding the omission of the relevant variable, as well as the issue of the explanatory variable being endogenous. Taking that into account, the results of the empirical research that provide some empirical evidence to support the existence of the link from legal status of abortion to crime should be taken with a considerable pinch of salt.

Keywords: Abortion, Crime, Fertility rate, Human capital, Econometric model

Dragan Simeunović, Ph.D.

Full Professor at the Faculty of Political Sciences, Belgrade

THE VIOLENCE AS SOCIAL PATHOLOGY OF YOUNG PEOPLE IN THE BALKANS

Abstract: The violence as social pathology in the Balkans is growing very drastically in last two decades as the result of the civil wars, the transitions process and the very fast and radical economic changes. Especially the young people are both the victims and every day more the perpetrators as well of different forms of social pathology.

The violent and criminal behavior, using the narcotics, alcohol and cigarettes in very early age of young people on the Balkan, prostitution and even suicide, started to be one kind of complex social answer and reaction of the young people on the Balkan without jobs and social perspectives. All this reasons plus different political and traditional treatment of various ethnical groups and religions on the Balkan stimulate other negative form of social life and reaction of young people like xenophobia, political radicalism etc. as well.

Schools in the most Balkans countries have become dangerous places for children. In contrast to developed Western countries where youth violent criminals are in high percentage children coming from broken homes, in the Balkans as many as 90% of young violent criminals come from unbroken homes. The problem does not seem to be in the completeness of the family but in its dysfunction and loss of authority. Criminal youth gangs have replaced families. They offer to young people money, power and protection, which were no longer provided by their families. Gangs and soccer-fans have become the authorities of young people in the big cities in the Balkans of today. Their criminal action consists of every kind of violent activity, as for example gang wars.

Young people from refugee families are in a special social situation. In general, that certain national, race and religious affiliations predestined one to being a victim of violence.

On the Balkan there is the lack of: the prevention, social control and other social measures, but the financial resources as well, needed to fight the ground of the violence as social pathology of the young people and the different forms of its appearing.

Keywords: violence, young people, Balkan, social pathology

Social pathology in the Balkan is growing very drastically in last two decades as the result of the civil wars, the transition process and the very fast and radical economic changes. Especially the young people who are both the victims and every day more the perpetrators as well of different forms of social pathology.

The use of narcotics, alcohol and cigarettes at a very early age of young people in the Balkan, prostitution and violent and criminal behavior, even suicide, started as one kind of social response and reaction of young people in the Balkans without jobs and social perspectives. All these reasons plus different political and traditional treatment of various ethnical groups and religions in the Balkan stimulate other negative forms of social life and reactions of young people like violence, xenophobia, political radicalism etc. as well.

There exists in the Balkans contrary data regarding the social pathology of young people. The differences between the data given by the NGOs and various countries in the Balkans are considerable, but the main characteristics of social pathology are evident.

In general, the situation has been worsening in the last twenty years. We have to consider two situations: one, countries that have experienced the recent war and internal conflicts (Bosnia and Herzegovina, Slovenia, Croatia, Serbia, Macedonia, Albania and Montenegro) and two, countries that have not (Romania, Bulgaria and Greece). Naturally, the war and internal conflicts caused the worsening of the social pathology syndrome among young people who experienced them first hand. Especially evident are alcoholism, prostitution, and violence including homicide and drug abuse.

Growing incidences of the above syndrome were evident during the years of war and internal conflict. It is interesting to note that the decline of the incidences of social pathological behavior happened during the bombing of Serbia and Montenegro in 1999 and during the turbulent political changes in Serbia in the year 2000. It was a time of fear and change, which diverted peoples' attention to existential matters. However, when the new government was established in the years 2001-2002 we again witnessed an increase in social pathology as a result of the weak new government and especially police and judicial systems. Stabilization and betterment of living conditions contributed to the decline in the number of incidents of social pathological behavior in 2003-2004. Now again when Serbia is shaken because of the crisis in Kosovo we find social pathology rising.

It is easy to conclude that there exists a certain correlation between the level of social pathology and economic and political stability. In the countries that did not experience the war and big political upheavals the reason for increase in social pathology lies in the transition of the economic and political system experienced by the post communist countries. The main reason why the patterns of social pathology developed among young people was the sudden breakdown in the structure of the families and schools. Due to pressing economic needs parents had to devote most of their time and effort to sustaining their families materially, thus neglecting their children's emotional upbringing, which led many children as young as eleven years of age to addictions of alcoholism, drug abuse and aggressive behavior. Also, turbulent political times required the parents to devote more of their time to political issues than they would have normally. In contrast to developed Western countries where youth criminals are in high percentage children coming from broken homes, in the Balkans as many as 90% of young criminals come from unbroken homes. The problem does not seem to be in the completeness of the family but in its dysfunction and loss of authority. The schools lost their traditional authority as well. In those countries that did not experience the war and became members of European Union types of social pathology connected to poverty such as prostitution and panhandling declined somewhat. Criminal youth gangs have replaced families. They offer to young people money, power and protection, which were no longer provided by their families. The problem of criminal youth gangs is especially evident in Macedonia today, where the gang's number up to a hundred members resembling small

armies. Their weapons consist of knives and guns. Gangs have become the authorities of young people in the big cities in the Balkans of today.

Their criminal action consists of every kind of violent activity, as for example gang wars. Gang membership offers youngsters of poor families easy access to the status symbols of the wealthy: expensive clothes, cars, weapons, the use of expensive drugs, etc., whereas young people coming from rich families, already having those material possessions, gain the missing social inclusion of peer acceptance. Youth gangs are practically a pathological combination of family and an imitation of paramilitary organization. Their heroes are most often older very violent local criminals who took part in the civil war, and imitating them only leads to violence. In Serbia alone the incidents of youth violence rose 30% in the last year.

Different ethnic groups in the Balkans exhibit different types of social pathology among young people, and each group has its own particularity. For example, the police of the city of Nis reported in 2002 that Roma youth criminals committed the largest percentage of petty theft. However, Roma youth criminals rarely kill. The largest numbers of youthful killers come from the ranks of Serbs, Albanians and Montenegrins. In comparison with other Balkan countries, in Croatia and Slovenia girls represent a large percentage of drug abusers. In Serbia and Montenegro the youth suicide ratio is four to one (four boys to one girl) – young boys in these societies being more susceptible to loss of pride and success in a traditional patriarchal society.

A special type of social pathology growing in the Balkans is the aggressive behavior of soccer fans, particularly in Croatia, Greece and Serbia. This behavior is not limited to the time and place of the games but is carried over into the general social life.

These groups do not come together just for the games alone, as in the past, but in their regular gatherings they exist permanently as dangerous bullies. As a rule their political orientation is right wing. Their victims are not only members of other fan groups but rather individuals from other ethnic groups and other religious orientations.

Poor parental supervision is obvious in the lack of prevention of drug abuse. In order to take a correct attitude toward this problem, parents, as pillars of the family, have to be well informed about the problems concerning drug addiction. In the majority of Balkan countries NGOs compiled research on parental knowledge concerning drug abuse, which proved that parents were not well informed. For instance, in the majority of Balkan countries parents were not aware of the extent of the problem. As a rule more than 50% of parents generally learn about the problem of drugs from their own children rather than children being cautioned about this by their parents. More than 40% of parents do not recognize symptoms of drug use and more than 20% have a totally wrong perception, while just 12% are willing to contact the police when they learn that their children are drug users. More than 60% of parents that were polled did not know anything about what drugs look like. Another 60% of parents believe that drug addiction is curable and 18% believe that it is not curable, while 22% do not know whether it is, or is not curable.

Schools in the Balkans have become dangerous places for children and in spite of preventative measures schools are spawning grounds for alcoholism and drug abuse. They are also fertile grounds for violence and vandalism.

Regarding child pornography, young people are both the victims and perpetrators. With respect to organized fights between youth groups known to have happened in large numbers in the recent past, there has been a decline due to the intervention of the government and police agencies. However, the mechanisms for school safety have not been fully developed yet in the majority of Balkan countries.

Young people from refugee families are in a special social situation. Their families are mostly unemployed, very poor and disadvantaged. In the eyes of their children they are losers in the society. Their frustration is compounded by memories from the war such as deaths of family members, witnessing massacres and tortures, burning of their homes, hunger, and in general exposure to intensive stress for a prolonged period. Young refugees suffer from lack of hope and positive perspective for their future. This has led to early alcoholism, suicide and family violence. As a rule refugee youths are not aggressive towards others but are rather self-destructive. This problem is especially prevalent in Bosnia and Serbia. Serbia today has the largest refugee population in Europe, which includes 200.000 people violently displaced from their homes in Kosovo. In addition, 7500 children from the countries formed on the territory of former Yugoslavia became orphans as the result of the civil-war, contributing to the belief among young refugees, in general, that certain national, race and religious affiliations predestined one to being a victim.

Prostitution in the Balkans is a combination of imported and local trafficking of female youths.

The largest percentage of prostitutes in the Balkan countries is from other poor former communist countries, especially from the former Soviet Union. The Balkan countries are one of the stops on the way to the Western countries. Regarding official evidence more than 90% of prostitutes are drug addicts. They stay in the Balkans for too short a time to even receive help.

In the Balkans there is in general the lack of: the prevention, social control and other social measures, but the financial resources as well, needed to fight the ground of this social pathology and the different forms of its appearance.

In the end remains the open question of how to solve the problem of social pathology in the Balkans as a very specific part of Europe. The best thing has always been prevention, but the Balkan countries are still poor and devastated, except for Slovenia. Secondly, all Balkan countries are not in the same position. Some of them are members of the European Union; some should soon become members, while others will remain outside as non-members for a long time. The problem of social pathology in the Balkans will always be general and specific to the whole region, regardless of whether these countries belong to the European Union or not. As for example drug trafficking and the prostitution network permeate all Balkan countries as a gateway to Western Europe and it cannot be eradicated or isolated from the Balkans alone. It is clear that the intervention of Europe in just several Balkan countries alone will have poor results and will not stop crime. If the European Union wants to

help the Balkans, and itself, then it must help every Balkan country at the same time using all possible social and state mechanisms and not just money.

In that sense the return to religion and reliance on it could be one of the greatest assets.

REZIME

Prof. dr Dragan Simeunović
Fakultet političkih nauka, Beograd

NASILJE KAO OBLIK SOCIJALNE PATOLOGIJE MLADIH NA BALKANU

Nasilje kao oblik socijalne patologije tokom poslednje dve dekade je u veoma upadljivom porastu na Balkanu, kao rezultat građanskih ratova, procesa tranzicije i vrlo brzih i radikalnih ekonomskih promena. Mladi ljudi naročito, istovremeno su i žrtve i, sve češće, glavni akteri različitih sociopatoloških manifestacija.

Nasilničko i kriminalno ponašanje, konzumiranje narkotika, alkohola i cigareta na ranom uzrastu kod mladih na Balkanu, prostitucija, pa i samoubistvo, počinju da bivaju jedan od složenih socijalnih odgovora i reakcija mladih bez zaposlenja i socijalne perspektive. Sve ovo, ali i različito političko i tradicionalno tretiranje različitih etničkih grupa i religija na Balkanu, podstiču druge negativne oblike socijalnog života i odgovora mladih ljudi kao što su ksenofobija, politički radikalizam, itd.

U mnogim balkanskim zemljama škole su postale opasna mesta za decu. Za razliku od razvijenih zemalja Zapada, u kojima visok procenat mladih delinkvenata-nasilnika potiče iz razorenih domova, na Balkanu čak 90% mladih nasilnih delinkvenata potiče iz celovitih porodica. Izgleda da problem nije u necelovitosti porodice, već u njenoj disfunkcionalnosti i gubitku autoriteta. Omladinski kriminalni gangovi zamenili su porodice. Oni mladima nude novac, moć i zaštitu – ono što im njihove porodice više ne pružaju. Gangovi i navijačke grupe danas postaju autoriteti za mlade ljude u velikim balkanskim gradovima. Njihova kriminalna aktivnost uključuje razne oblike nasilja, pa i ratove gangova.

Mladi iz izbegličkih porodica nalaze se u specifičnom socijalnom položaju. Uopšte uzev, određena nacionalna, rasna i religijska pripadnost predodređuje pojedinca da postane žrtve nasilja.

Na Balkanu je evidentan nedostatak prevencije, socijalne kontrole i drugih socijalnih mera, ali i finansijskih resursa, neophodnih za odgovarajuće delovanje na korene nasilja kao oblika socijalne patologije mladih ljudi, kao i različite oblike njegovog ispoljavanja.

Ključne reči: nasilje, mladi, Balkan, socijalna patologija

Prof. dr Petar Opalić
Filozofski fakultet, Beograd

Milana Ljubičić
Filozofski fakultet, Beograd

ISTRAŽIVANJE VEZE IZMEĐU MATERIJALNOG STATUSA I PSIHPATOLOŠKIH OBELEŽJA MALOLETNIH PRESTUPNIKA I NJIHOVIH RODITELJA

Apstrakt: U uvodu je razmatrana teorijska i empirijska građa, vezana za ulogu materijalnog statusa porodice i psihopatoloških obeležja maloletnih prestupnika i njihovih roditelja u nastanku i obeležjima maloletničke delinkvencije.

Zatim je, na osnovu podataka iz dosijea 43 maloletna prestupnika kojima je izrečena neka od mera (pojačanog nadzora roditelja ili organa starateljstva, ili mera upućivanja u vaspitnu ustanovu ili vaspitno-popravni dom), ispitivana, i odgovarajućim statističkim postupcima proveravana, veza između materijalnog statusa porodice s jedne, i psihopatoloških obeležja maloletnika (opšta mentalna poremećenost, duševna zaostalost, zavisnost od supstanci, pokušaji samoubistva, depresivnost, anksioznost, te agresivnost i niska frustraciona tolerancija) s druge strane. Takođe je utvrđivana veza između materijalnog statusa porodice i broja članova porodice, te veza između materijalnog statusa i psihopatologije roditelja (opšta mentalna oboljenja, alkoholizam, asocijalnost i agresivnost), odnosno delinkventa (pokušaj suicida, zavisnost od supstanci, depresivnost, anksioznost i frustraciona tolerancija).

Utvrđili smo statistički značajnu povezanost samo između alkoholizma oca i niskog materijalnog stanja porodice. U apsolutnim brojkama uočena je međutim, povezanost između siromaštva i većeg broja članova porodice. Nefunkcionalne ili dezorganizovane su porodice maloletnika ili vrlo dobrog ili vrlo lošeg materijalnog stanja. Takođe uz nizak materijalni status ide (mada ne i statistički značajno) asocijalnost roditelja, niska frustraciona tolerancija, zavisnost od supstanci i mentalna retardiranost maloletnih prestupnika.

S druge strane uz visok materijalni status maloletnih delinkvenata idu pokušaji suicida, depresivnost, anksioznost, te agresivnost maloletnih delinkvenata, kao i agresivnost majke.

Dobijene rezultate komentarisali smo u vezi sa rezultatima sličnih istraživanja i teorijskim stavovima iz sociologije kriminaliteta.

Ključne reči: maloletni prestupnici, materijalni status, psihopatologija, roditelji

1. UVODNA RAZMATRANJA

Brojni mislioci su pokušavali otkriti šta to uzrokuje kriminalitet i prestupničko ponašanje mladih¹, a rađanjem građanskog društva su nastale i prve naučne teorije,

1 Žarko Jašović definiše maloletničko prestupništvo kao: „...svako ponašanje pojedinaca ili grupa mladih koje je protivdruštveno, odnosno društveno neprihvatljivo, tj. kojim se krše pravne ili moralne norme određenog društva i koje, kada je društveno vidljivo, izaziva spontano ili organizovano društveno reagovanje u nameri da se zaštite društvena dobra i vrednosti, a i sami akteri takvog ponašanja” (Jašović 1983, 58). U našem tekstu polazimo od ovako definisanog pojma

koje su pokušale odgovoriti na ovo pitanje. U najopštijem, njih je moguće podeliti na četiri grupe. To su: biološke, psihološke, sociološke i psihopatološke teorije, koje zločin objašnjavaju svaka iz svoga ugla, naglašavajući uticaje onih faktora koji su inherentni njihovim naučnim orijentacijama.

Biološke teorije nastanak delinkventnog ponašanja objašnjavaju biofizičkim faktorima: specifičnom fizičkom konstitucijom, odlikama gena, tj. hromozomskim anomalijama, te posebnostima neurotransmitera. Delinkventno ponašanje vezano je za tzv. psihobiogram po Krečmeru, koji uključuje biološka svojstva pojedinca (nasleđeni kvocjent inteligencije, telesnu konstituciju, slično Lombrozovom opisu, podrazumevajući i neka psihobiološka obeležja (Welsch 1962).

Psihološke teorije ističu značaj osobina ličnosti i procesa njihovog formiranja u ranom detinjstvu. Nastanak delinkventnog ponašanja se objašnjava procesom učenja, obeležjima inteligencije ili pak specifičnim elementima porodičnih konstelacija. Među ovim se naročito ističe psihoanalitička teorija koja je izvršila veliki uticaj na kriminologiju, stavljajući naglasak na otkrivanje predispozicija za kriminalno i prestupničko ponašanje u ranom detinjstvu, kao i na prepoznavanje nesvesne motivacije kriminalnih delatnosti (nesvesno osećanje krivice kojeg se učinilac oslobađa činjenjem krivičnog dela).

Sociološke teorije delinkvenciju objašnjavaju u najširem, društvenim uticajima. Tako teorija anomije sklonost ka delinkventnom ponašanju vidi kao posledicu neusaglašenosti između društveno proklamovanih ciljeva i dozvoljenih sredstava za njihovo postizanje. Subkulturna teorija antisocijalno ponašanje tumači postojanjem sukoba unutar i/ili između različitih kultura kojima pripadaju prestupnici, dok teorija diferencijalne asocijacije ističe značaj socijalne sredine kao moderatora u učenju devijantnog ponašanja.

Što se psihopatološkog pristupa tiče on je u sociologiji kriminaliteta poodavno prisutan. Tako u udžbeniku „Sociologija kriminaliteta” koji je uredio Roucek J. (1961) poglavlje pod nazivom „Psihopatologija i socijalne devijacije” zauzima vidno mesto, a sličan pristup zapažen je i u empirijskoj sociologiji kriminaliteta, u kojoj se istražuju direktne veze kriminaliteta i individualne psihopatologije (Mannheim 1966, Beste 1983). Ovaj stav se zadržao do današnjih dana (Meier 2005, Ignjatović 2007). Istina, bilo je i onih koji smatraju da je psihijatrijski pristup suviše naglašen u sociologiji kriminaliteta, pa se on, nasuprot sociološkom, psihološkom, pa i biološkim, kritikuje kao ekstrem (Hakee 1974), a među psihijatrijskim kategorijama navodi se najčešće isticana „psihopatija” kao primer „represivne” prisutnosti psihijatrije u sociologiji kriminaliteta, gde psihopate, kako kaže Moser (1971), služe kao tipični objekti zaplašivanja. Pomenimo da se kao faktori kriminalnog odnosno prestupničkog ponašanja najčešće navode sledeća psihopatološka stanja, da ne kažemo psihijatrijske dijagnoze: psihoze (organske, psihotična ponašanja kod upale ili povrede mozga, epilepsije, zatim shizofrenije, paranoja, manično-depresivna

maloletničkog prestupništva, koji se preklapa sa pojmom maloletničke delinkvencije u širem smislu, u koju ulaze: „...teškoće u vaspitanju i sitna kažnjiva dela mladih (kao neposlušnosti, bekstvo do kuće i škole, skitnja, opijanje i slično) koje se pojavljuju kao tipični ‘mladalački bunt protiv sveta odraslih’, ali su i povezana sa delinkvencijom u užem smislu” (Ignjatović 2005, 21).

psihozu), zavisnost od droga (narkomanija, pre svega) i alkoholizam, i najzad neuroze (fobije, hysterije, prisilne ili opsesivno-kompulsivne neuroze), te oligofrenija i psihopatija. Posebna pažnja posvećena je u novije vreme alkoholizmu i zavisnostima od raznih vrsta supstanci (opijata, depresanata, stimulativnih i halucinogenih droga), odnosno psihičkim stanjima koja utiču na smanjenje ili gubitak samokontrole, te psihopatološkim crtama ličnosti koje se odnose na impulsivnost (Mannheim 1966, Meier 2005, Ignjatović 2007). Integrativna lista faktora rizika kriminogenog i prestupničkog ponašanja po Nedopilu (2000, prema Meier 2005, str. 193), sadrži 29 faktora od kojih su dva od pet psihopatološkog karaktera (poremećena ličnost i neposredna motivacija), a šest od devet iz grupe tzv. anamnestičkih podataka (rano iskustvo nasilja, stabilnost u partnerskim odnosima, zavisnost od supstanci, psihički poremećaj, rane smetnje prilagođavanja i poremećaji ličnosti), i najzad, četiri od sedam faktora tzv. postdeliktne kliničke varijable (uvid u vlastiti poremećaj, poboljšanje psihopatološkog statusa, emocionalna stabilnost, razvoj coping-mehanizama – mehanizama savladavanja stresa odnosno frustracije). Četvrtu veliku grupu činilaca po Nedopilu, čine inače socijalne varijable rizika u koje spadaju, pored ostalih šest varijabli, i rad odnosno materijalni status učinioca krivičnog dela.

S obzirom da se u našem tekstu bavimo sociološkom analizom povezanosti određenih socio-demografskih karakteristika porodica maloletnih prestupnika sa vidljivošću i nekim aspektima delinkventnih akata, akcentirano smo stavili na one pristupe koji etiologiju delinkvencije objašnjavaju prvenstveno uticajem ključnih socijalnih činilaca, pre svega materijalnog statusa s jedne strane, i nekih psiholoških, tačnije psihopatoloških činilaca sa druge strane. Zapravo, u novijoj literaturi iz sociologije kriminaliteta sve je više prisutna tendencija da se kriminalitet u društvu istražuje istovremeno i na mikro i na makro modelu društvenog funkcionisanja (Lündemann, Ohlemaher 2003), tako da se istražuju emocionalni aspekti prestupničkog ponašanja, ili kao nezavisni činioци društvenog delanja, ili u korelaciji sa makrosocijalnim činioциma.

Uticaj materijalne deprivacije na kriminalno ponašanje su podvlačile rane sociološke teorije (Mannheim 1966), odnosno istraživači u sociologiji kriminaliteta (Schwind 1978), uključujući i one „tvrde” marksističke provenijencije (tzv. socijalistička kriminologija-Bucholz, Hartmann, Lekschas, Stiller 1971). U novije vreme (Meier 2005) od društvenih činilaca ekonomske prirode naročito se ističe nezaposlenost odnosno stabilnost radnog mesta potencijalnog pretpostavnika. Tako Jeremy Bentham (Ignjatović 2002) sagledava siromaštvo kao primarni uzrok kriminaliteta. Bonger (*ibidem*) pak, ističe uticaj egoistične prirode čovjeka koja je provocirana socio-ekonomskim prilikama u kapitalizmu, dok Trasher (*ibidem*) ekonomsku etiologiju delinkvencije objašnjava posrednije, socijalnom nekompetentnošću siromašnih i njihovom nemogućnošću uklapanja i prihvatanja vrijednosti srednje klase. Shaw (1966) je uočio da je stopa delinkvencije najviša u onim zajednicama u kojima je raspodela ekonomskih, kulturnih i društvenih vrednosti najnepovoljnija. Albert Koen (Ignjatović 2002) maloletničku delinkvenciju povezuje sa statusnom frustracijom pripadnika niže klase, dok Sutherland (*ibidem*) ističe da genuzu devijantnog ponašanja treba tražiti u društvenoj (dez)organizaciji zajednice, za koju upotrebljava termin diferencijalna društvena organizacija.

Istraživanja koja se bave proučavanjem uticaja materijalne deprivacije na nastanak delinkventnog ponašanja su potvrdila neke od prethodno iznešenih teorijskih koncepata. Tako su, oslanjajući se na Shawa i MekKaya, Sampson i Groves (1989) na uzorku od 10905 ispitanika,² ispitivali uticaj socijalne dezorganizacije na delinkventno ponašanje mladih. Oni su naime, utvrdili da postoji izrazita povezanost između nekih obeležja šire socijalne sredine (etničke heterogenosti, urbanizacije), porodičnih prilika (rezidencionalne mobilnosti, porodične strukture i socioekonomskog statusa (za čije indikatore su uzeli nivo edukacije i zanimanja roditelja, kao i porodične prihode) s jedne strane, i odlika vršnjačke grupe, te angažovanja maloletnika u prosocijalnim aktivnostima, sa sklonošću ka delinkventnom ponašanju, sa druge.

Murray i Farrinkton (2005) su utvrdili da siromaštvo visoko pozitivno korelira sa sklonošću ka delinkventnom ponašanju, a do sličnog zaključka je u svom istraživanju došao i Jarjoura *et al.* (2002). Naime, ovaj autor i njegovi saradnici su uočili, da deca čije je detinjstvo obeleženo dugotrajnim siromaštvom, imaju značajne predispozicije za nastanak delinkventnog ponašanja. Deca koja rastu u siromaštvu postigla su niži akademski uspeh, ostvarila su niži nivo samopouzdanja i socijalne kompetencije, a pri tom ih, smatraju autori, roditelji neadekvatno nadgledaju, jer im, kako tvrde, nedostaju veštine roditeljstva. Oni su zaključili da rano iskustvo siromaštva utiče na nivo školskog postignuća deteta i razvoj njegovih sposobnosti, pa tek onda na njegovo ponašanje. Pri tom su ključni motivi za devijantno ponašanje siromašnih maloletnika mogućnost da se dođe do dobra i višeg društveno-ekonomskog statusa, da se preživi, da se zabavi, te da se postigne određeni ugled i čast. Zanimljivo je da Albert Coen (prema: Haralambos 1980) smatra da asocijalno ponašanje maloletnika iz nižih društvenih slojeva nosi u sebi elemente zlobe, zabave, te prkošenja tabuima. Terminom perzistentnog antisocijalnog ponašanja (Hrncić 1999) Rutter (*ibidem*) je označio delinkventno ponašanje koje vodi građenju kriminalne karijere, a koje je pri tom uslovljeno kako genetskim tako i sredinskim, a naročito porodičnim uticajem, za razliku od adolescencijom limitiranog antisocijalnog ponašanja, koje je ograničeno isključivo na doba sazrevanja, i u čijem nastanku bitnu ulogu igra vršnjačka grupa.

Baveći se proučavanjem procesa definisanja devijantnosti, Aaron Cicourel (prema: Haralambos 1980) je u analizu uključio interakciju između potencijalnog devijanta i eksponenata (ne)formalne socijalne kontrole. Uočio je da su maloletnici koji potiču iz deficijente porodice niskog socio-ekonomskog položaja i slabog školskog postignuća, i da nedovoljno poštuju autoritete, uklapajući se pri tom u sliku tipičnog delinkventa. S druge strane, ove odlike karakterišu upravo nižu klasu, stoga je razumljivo da maloletnici iz srednje klase češće bivaju definirani kao bolesnici, a ne kao delinkventi.

S druge strane, Bernburg i saradnici (2006) su, prativši uticaj zvanično dobijene etikete devijanta, u svom longitudinalnom istraživanju (koje je uključilo 1000 ispitanika, učenika 7. i 8. razreda javnih škola, koji su bili praćeni svakih 6 meseci u toku dve godine), pokazali da zvanično dobijena etiketa delinkventa, kao i stav značajnih

2 Reč je o uzorku koji je obuhvatio 238 lokacija u Engleskoj i Velsu, a koji je sproveden u okviru British Crime Survey 1982. godine (Sampson, Groves 1989).

drugih, uključujući i roditelje, o tome da su im deca „nevaljala”, visoko pozitivno korelira sa nastavljanjem devijantnog ponašanja i udruživanjem sa grupama devijantnih vršnjaka. Uključivanje u grupu etiketiranih za devijanta ima naime, presudnu ulogu. Smatra se da grupa pruža pojedincu socijalno skrovište od onih koji negativno reaguju na njega kao devijanta.

Palamara i saradnici (1986) su se u svojoj studiji bavili istraživanjem potencijalnih posledica, koje bi po docniji životni put adolescenata, mogla imati dva oblika institucionalne kontrole. U uzorak su uključili adolscence podvrgnute kontroli vaspitno-popravnih i institucija za zaštitu mentalnog zdravlja. Rezultati studije su pokazali da oba oblika izrečenih institucionalnih mera povećavaju rizik od nastavka delinkventnog ponašanja, te opšte psihološke neprilagođenosti, u prvom redu izrazite anksioznosti. Pojava potonje sagedava se kao rezultat odvojenog života od porodice i boravka u instituciji.

Delinkventi se od nedelinkvenata razlikuju, ne samo po tome što ovi drugi nisu činili krivična dela, već po činjenici da socijalno označeni najčešće pripadaju manjinama, koje inače ekonomski lošije stoje, kako su uočili Rutter i Giller (prema: Vermeiren 2004). Ovi autori tvrde da predstavnici socijalne kontrole, u prvom redu policija, obraća uglavnom pažnju na pripadnike određenih grupa, koji su prokazani kao najčešći učinioci krivičnih dela.

Hannon (prema: Roberts 2004) ističe da u nastanku i vidljivosti delinkevncije maloletnika bitnu ulogu igra socijalni položaj njihove porodice, uključujući i rasnu pripadnost. Naime, prema siromašnijim postoji značajan društveni otklon: njihov „kriminalni imunitet” je slabiji pa su stoga socijalno uočljiviji. „Kriminalnim imunitetom” Čemblis inače naziva tretman prestupnika iz različitih socijalnih klasa, koji je određen isključivo socijalnom precepcijom o „opasnosti učinioca”. Naravno, opasniji izgređnici su redovno i siromašn(ij)i (Ignjatović 2002).

Rezultati jednog longitudinalnog istraživanja sa prostora bivše SFRJ, koje se bavilo praćenjem životnih ishoda maloletnih prestupnika, ukazuje na materijalni status kao faktor rizika za perzistentno antisocijalno ponašanje. Reč je o istraživanju koje su proveli Bajer i Kljajić (1990), zaključivši da loše materijalno stanje, bez dodatne patologije samih roditelja (koja je inače u njihovom istraživanju uključivala alkoholizam, antisocijalno ponašanje u najširem smislu, te boravak u zatvoru), ne predstavlja rizik za recidivizam. Kao ključne rizične faktore su izdvojili: asocijalno ponašanje roditelja i njihovu nebrigu za dete, različite oblike psihopatologije roditelja, lošu porodičnu atmosferu, te izrazito slabo školsko postignuće delinkvenata.

Baveći se ispitivanjem maloletničke delinkvencije u Srbiji tokom 90-ih, Milašinović (2001) je konstatovao da se geneza prestupničkog ponašanja mladih mora povezati sa sveopštom krizom srpskog društva. I on je uočio da su maloletni delinkventi, ne samo nižeg obrazovnog nivoa, već i slabijeg socioekonomskog statusa, te da u prilog tome govore široko zastupljeni imovinski delikti³.

3 Ukoliko bismo pošli od ovakvog objašnjenja etiologije maloletničkog prestupništva, ostao bi neobjašnjen gro dela, i to ne samo onih koja čine bolje materijalno situirani maloletnici, već i ona koja po svom karakteru nisu imovinska, već dela protiv ličnosti, koja su od 1998. u Srbiji u konstantnom porastu (Ljubičić 2007).

2. CILJEVI ISTRAŽIVANJA

Uz izuzetak studija koje su rađene na prostoru bivše SFRJ tokom 60-ih i 70-ih godina 20 veka (Todorović 1970) istraživanja koja etiologiju maloletničkog prestupništva povezuju sa socijalnim, a pogotovu sa materijalnim statusom porodice, su u današnje vreme veoma retka. Stoga je naša namera bila, da u onoj meri u kojoj su nam dostupni podaci to dopuštali, utvrdimo postojanje i jačinu veze između materijalnog statusa porodice maloletnika s jedne, i individualne psihopatologije delinkventa i psihopatologije porodice sa druge strane.

Jedan od naših ciljeva je utvrđivanje postojanja odnosno jačine (tj. statistički značajne povezanosti) između materijalnog statusa porodice i psihopatoloških fenomena u porodici maloletnika posebno. Pri tom ćemo se osloniti na, u dosijeima najzastupljenije, procene stručnog tima Centara za socijalni rad u Beogradu o funkcionalnosti, različitim oblicima psihopatologije, kako roditelja tako i maloletnika, kao i vaspitnim praksama roditelja tokom resocijalizacije delinkventa.

To nam otvara prostor da pretpostavimo sledeće: Materijalna deprivacija je u značajnoj vezi sa bitnim aspektima porodične i individualne (dis)funkcionalnosti, pa se onda pred nas postavlja cilj da proverimo, može li se očekivati da su i mere izrečene maloletnicima nižeg socioekonomskog statusa češće institucionalnog karaktera (jer je to navodno u interesu maloletnika), nego li mere prema delinkventima višeg ekonomskog statusa.

Tu je i cilj, temeljen na dijametralno suprotnoj pretpostavci, koja treba da se proveri, a koja glasi: Materijalna deprivacija porodice u velikoj meri oblikuje i našu (ne nužno adekvatnu) procenu o (dis)funkcionalnosti porodice i pojedinca delinkventa, koja je viđena u negativnijem svetlu u odnosu na bolje materijalno situirane porodice, iako obe mogu da budu podjednako opterećene ličnom i porodičnom psihopatologijom.

3. HIPOTEZE ISTRAŽIVANJA

Pošli smo od generalne pretpostavke da sama porodična sredina i ličnost maloletnog prestupnika, uključujući i njena psihopatološka obeležja, ograničava dijapazon mera primenjivih na delinkvenata, budući da se prema maloletniku treba postupati u skladu sa procenom mogućeg pozitivnog uticaja izrečene sankcije na razvoj ličnosti i jačanje njegove odgovornosti, kao i s obzirom na kapacitete (odnosno zdravlje porodice) da podrži društvo u tom nastojanju. Naime, smatramo da na izricanje mera utiču, ne samo institucionalna (ne)dostupnost⁴ tretmana, već i porodične prilike, tj. mogućnost roditelja da nadziru ponašanje i vaspitavaju maloletnika, koje su naravno sužene ukoliko su porodica i delinkvent opterećeni psihopatologijom.

4 Novi Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica iz 2006. predviđa kao jednu od mera primenjivih na maloletnike i dnevni boravak u odgovarajućoj ustanovi za obrazovanje i vaspitanje (član 18. Zakona) bez izdvajanja iz porodične sredine. Ova mera međutim, prema informacijama dobijenim na terenu od stručnih timova za delinkvenciju Centara za socijalni rad grada Beograda, još uvek nije zaživela.

Nameravamo da proverimo hipotezu da li materijalna deprivacija porodice nužno korelira sa i porodičnom nefunkcionalnošću, iako je naš uzorak mali, da bi u potpunosti odgovorili na ovo pitanje. Zapravo, odgovor na ovo pitanje zahtevao bi analizu uticaja šireg socijalnog i kulturnog miljea na funkcionalnost porodice.

Sažeto rečeno, a imajući u vidu saznanja, kao i rezultate dosadašnjih istraživanja ovog i sličnih problema, postavili smo sledeće, nešto određenije hipoteze:

1. Porodica maloletnih prestupnika je u proseku veoma niskog socioekonomskog statusa;
2. Najveći broj porodica je istovremeno strukturalno nepotpun, vrlo verovatno i nefunkcionalan, pa je pri tom moguće pronaći značajnu statističku povezanost između ovih obeležja porodice i njenog niskog materijalnog statusa;
3. Porodice maloletnih prestupnika su opterećene psihopatologijom roditelja (alkoholizmom, obeležjima asocijalnog ponašanja, te agresivnošću) više nego li prosečne porodice u društvu;
4. Psihopatologija maloletnika i njegovih roditelja je značajno povezana sa niskim materijalnim statusom porodice;
5. Među maloletnim delinkventima prisutni su različiti oblici psihopatologije (kao što je sklonost ka agresivnom reagovanju, asocijalnosti, zavisnosti od psihoaktivnih supstanci, depresivnosti, anksioznosti, pokušajima suicida i uopšte nisko toleranciji na frustracije);
6. Prisustvo individualne psihopatologije delinkvenata je u pozitivnoj korelaciji sa niskim materijalnim statusom njegove porodice.

4. METOD RADA

a) Izvori i način prikupljanja podataka

U studiji smo koristili podatke iz službenih dosijea maloletnika, koji su evidentirani u viračarskom i palilulskom Centru za socijalni rad, te u Zavodu za vaspitanje i obrazovanje dece i omladine „Vasa Stajić” u Beogradu, a kojima su izrečene neke od vaspitnih mera, kao što su pojačani nadzor od strane roditelja, pojačani nadzor organa starateljstva, upućivanje u vaspitnu ustanovu ili vaspitno-popravnog dom.

Sve podatke o porodici maloletnika, njenoj funkcionalnosti, crtama ličnosti maloletnika, o izvršenom krivičnom delu, kao i o okolnostima pod kojima je delo izvršeno su u dosijea unosili članovi stručnog tima⁵ pomenutih Centara. U dosijei-

5 Stručni tim je sastavljen od psihologa, pedagoga i socijalnog radnika, koji prikupljaju podatke o različitim aspektima života maloletnika, svaki sa pozicija vlastite struke. Psiholozi procenjuju psihofizičko stanje maloletnika, kvalitet porodičnih i bračnih odnosa. Pedagozi su usmereni na evaluiranje adekvatnosti nadzora roditelja nad ponašanjem i uspešnosti određenog vida formalnog tretmana maloletnika, na procenu njegove uključenosti u grupu vršnjaka, redovnost pohađanja nastave (ukoliko maloletnik ide u školu). Socijalni radnici prikupljaju podatke o socio-ekonomskom statusu porodice. Timovi do podataka dolaze opservacijom, izlaskom na teren (posećuju maloletnika u školi, i u krugu porodice), te razgovorom sa maloletnikom i njegovom porodicom.

Koristimo priliku da se zahvalimo direktoru Gradskog centra za socijalni rad Beograda Jasminki Veselinović, potom rukovodiocima Centara za socijalni rad na opštinama Vračar, Veliboru Ristoviću,

ma se takođe nalaze podaci o, od stručnog tima predloženim, te oficijelno izrečenim merama, kao i podatak o proceni uspešnosti resocijalizacije.

Materijalni status porodice procenjuje socijalni radnik, a pri tom se kao vidljivi kriterijumi u obzir uzimaju porodični prihodi, stambena situiranost (vlasništvo nad kućom/stanom, veličina i izgled stambenog prostora), te opremljenost domaćinstva tehničkim pomagalicama. Materijalni status je ocenjivan kao veoma loš, loš, dobar i veoma dobar.

Pored ovog procenjivana je i lična psihopatologija, kako roditelja tako i maloletnika, te vid i uspešnost roditeljske kontrole ponašanja i vaspitno-edukativnog statusa deteta, potom vidljivosti, načina sankcionisanja delinkventnog ponašanja i na kraju ocenjivana je i uspešnost resocijalizacije delinkventa.

b) Opis predmeta i uzorka istraživanja

Analizirali smo dosijea⁶ 43 maloletna prestupnika, od kojih su na 33 primjenjene zavodske mere (23 ispitanika se nalazi u Zavodu za vaspitanje i obrazovanje maloletnika „Vasa Stajić” u Beogradu, a 10-oro je smešteno u Vaspitno-popravnom domu u Kruševcu).⁷ Na 10-oro njih primenjene su vanzavodske vaspitne mere, i to mere pojačanog nadzora organa starateljstva u 9 slučajeva, i mere pojačanog nadzora roditelja u jednom slučaju. Pored toga, potrebno je istaći da se maloletnici međusobno razlikuju s obzirom na opštinsku pripadnost Centra za socijalni rad koji se brine o njima. Naime, s izuzetkom maloletnika smeštenih u domu „Vasa Stajić”, koji u ovaj Zavod bivaju upućivani ne samo iz beogradskih opština, svi maloletnici smešteni u Vaspitno-popravni dom u Kruševcu su nastanjeni na području opštine Palilula, koja slovi za jednu od najsiromašnijih beogradskih opština. S druge strane, maloletnici na koje su primjenjene vaspitne mere pojačanog nadzora organa starateljstva odnosno roditelja, su nastanjeni na području opštine Vračar.

Analizom obuhvaćeni maloletnici su uzrasta od 14 (dva maloletnika) do 21 godine (Reč je o jednom mlađem punoletnom licu). Najzastupljeniji su 17-ogodišnjaci, njih ukupno 18 (41,9%).

Maloletnice su nešto starije u odnosu na maloletnike, i pri tom su daleko zastupljenije u uzorku u odnosu na ukupan broj maloletnica osuđenih za krivična dela u Republici Srbiji. Uzorkom je obuhvaćeno 9 devojčica (20,9%) i 34 dečaka (79,1%). Procentualni udio osuđenih maloletnica u uzorku je iznosio 20,9%, za razliku od nacionalnog nivoa u kome se procentualno učešće maloletnica u ukupnom broju maloletnika osuđenih za krivična dela, u periodu od 1980-2004. godine, kreće od 3.5% (1993. i 1996.) do 8.3% (1987.) (Ljubičić 2006).

te Palilula, Snežani Jovanović, kao i timovima koji rade sa decom sa problemima u ponašanju u pomenutim centrima, koji su nam omogućili uvid u službena dosijea maloletnika. Posebnu zahvalnost dugujemo (nažalost preminuloj) Branki Bulić, v.d. upravnik Zavoda za vaspitanje dece i omladine „Vasa Stajić”, koja nam je omogućila, ne samo uvid u dosijea, već nam je pružila korisne informacije o porodicama štićenika smeštenih u ovom domu.

6 O dosijeima kao izvorima za kvalitativna i kvantitativna istraživanja u sociologiji maloletničkog prestupništva i kriminaliteta pisali smo opširnije u našem ranijem radu (Opalić, Ljubičić 2007).

7 U Vaspitno-popravni dom u Kruševcu upućuju se maloletnici osuđeni za teža krivična dela, te oni kod kojih se nije uspelo vaspitnim merama korigovati delinkventno ponašanje.

c) Statistička obrada podataka

Obilje podataka smo kvantifikovali i obradili koristeći program SPSS (verzija 10.0). Kvantifikacija podataka je bila moguća zahvaljujući činjenici da su dosijea jednoobrazni službeni dokumenti, koji su sastavljeni od Liste praćenja rada na zaštiti korisnika, Izvještaja socijalnog radnika, te Ličnog lista korisnika usluga socijalne zaštite.

Kao osnovne pokazatelje statističke značajnosti jačine veze između vrednosti materijalnog statusa, te vrednosti psihopatoloških porodičnih i ličnih obilježja ispitanika, koristili smo rezultate sa χ^2 testa i vrednosti koeficijenta kontingencije (c).

5. REZULTATI ISTRAŽIVANJA

a) Materijalni status, funkcionalnost i brojnost članova porodica maloletnih prestupnika

Pokazalo se da je materijalni status najvećeg broja porodica maloletnih prestupnika loš. Materijalni status 23 porodice je procenjen kao veoma loš i loš, dok je u nešto manje od polovine (20, tj. 46,6%) viđen kao dobar i veoma dobar.

18 (41,9%) porodica ima pet ili više članova, dok su samo četiri porodice dvočlane. Zanimljivo je da porodice sa pet i više članova imaju veoma nizak materijalni status u 2/3 slučajeva, dok one sa manjim brojem članova imaju daleko bolju materijalnu situaciju: od 20 porodica čija materijalna situacija je dobra i veoma dobra, samo dve su petočlane (vidi Tabelu br. 1).

Pored toga, pokazalo se da postoji statistički značajna veza ($\chi^2=21.400$; $c=0.576$; $p=0.045$) između materijalnog stanja i broja članova porodice u smislu da je materijalni status porodice lošiji ukoliko je broj članova porodice veći (vidi Tabelu br. 1).

Tabela 1. Vrednosti (f i %) materijalnog stanja i brojnosti članova porodice ispitanika sa vrednostima odgovarajućih statističkih parametara

Broj članova porodice	Materijalna situacija porodice									
	Vrlo loša		Loša		Dobra		Vrlo dobra		ukupno	
	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%
dva	1	9.1	1	8.3	2	20			4	9.3
tri			3	25.0	2	20	4	40	9	20.9
četiri			3	25	5	50	3	30	11	25.6
pet i više	9	81.8	5	41.7	1	10	3	30	18	41.9
nepoznato	1	9.1							1	2.3
Ukupno	11	25.6	12	27.9	10	23.3	10	23.3	43	100

$$\chi^2=21.400, c=0.576, p=0.045$$

Zanimalo nas je da li se materijalni status može dovesti u vezu sa funkcionalnošću porodice. Pokazalo se da je više od polovine analizom obuhvaćenih porodica nefunkcionalno, dok su nam podaci za četiri porodice nedostajali. Najčešće su kao

nefunkcionalne viđene porodice čija je materijalna situacija veoma loša (u čak 90% slučajeva), ali i one koje slove za dobro materijalno situirane (u 70% slučajeva). Pored toga, pronašli smo **statistički značajnu vezu između lošeg materijalnog stanja porodice i procene o njenoj disfunkcionalnosti** ($\chi^2=16.215$; $c=0.523$; $p=0.013$). Naime, strukturalno deficijentnih je više od polovine analizom obuhvaćenih porodica, od kojih je opet znatno više veoma loše i loše materijalno situirano.

Čak 80.8% nepotpunih porodica je procenjeno kao nefunkcionalno. Kao nefunkcionalne, a pri tom i strukturalno deficijentne, izdvajaju se porodice u kojima su **roditelji razvedeni** ili su pak **raskinuli svoju vanbračnu zajednicu**, te one porodice čija je nepotpunost posledica **smrti oca**.

Zanimljivo je da **u slučaju strukturalne deficijentnosti, koja je nastala kao posledica smrti majke, nijedna porodica nije procenjena kao nefunkcionalna.**

b) Psihopatološka ispoljavanja roditelja i materijalni status porodice prestupnika

U psihopatologiju roditelja smo uvrstili sve one oblike psihopatologije i asocijalnih oblika ponašanja koji su kao takvi identifikovani u dosijeima maloletnika. Pri tome, imali smo u vidu sve raspoložive podatke o oba roditelja maloletnika (43 očeva, i 43 majke). U prvom redu, analizirali smo prisustvo mentalnih poremećaja i alkoholizma među roditeljima, te prisustvo različitih oblika asocijalnog ponašanja (sklonost ka agresivnosti, nasilju, čestim svađama, skitnji, prosjačenju i sitnim krađama), uključujući i boravak u zatvoru, a potom smo ove varijable ukrstili sa varijablom materijalnog statusa porodice (vidi Tabelu br. 2).

Tabela 2. Vrednosti (f i %) nekih oblika psihopatologije roditelja i materijalnog stanja porodice sa vrednostima statističkih parametara

Psihopatološko stanje roditelja	Materijalno stanje porodice									
	vrlo loše		loše		dobro		vrlo dobro		Ukupno	
Majka je ...	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%
psihički bolesna			3	25	3	30	2	20	8	18.6
nepoznato	1	9.1	1	8.3	2	20	1	10	5	11.6
$\chi^2=5.099$, $c=0.326$, $p=0.531$										
alkoholičarka	1	9.1	2	16.7	2	20	2	20	7	16.3
nepoznato	1	9.1	2	8.3	1	20	1	20	5	11.6
$\chi^2=1.094$, $c=0.158$, $p=0.982$										
agresivna	5	45.5	4	33.3	3	30	8	80	20	46.5
nepoznato	3	27.3	2	16.7	1	10	1	10	7	16.3
$\chi^2=8.955$, $c=0.415$, $p=0.176$										
asocijalna	7	63.6	2	16.7	2	20	1	10	12	27.9
nepoznato			3	25	1	10	1	10	5	11.6
Ukupno majki	11	25.6	12	27.9	10	23.3	10	23.1	43	100
$\chi^2=11.965$, $c=0.467$, $p=0.063$										
Otac je										
psihički bolestan	3	27.3	4	33.3	1	10			8	18.6
nepoznato	2	18.2	2	16.7					5	11.6
$\chi^2=8.167$, $c=0.400$, $p=0.226$										
alkoholičar	4	36.4	5	41.7	3	30	4	40	16	37.2

nepoznato	6	34.5	1	8.3			2	20	9	20.9
$\chi^2=14.084, c=0.497, p=0.029$										
agresivan	5	45.5	4	33.3	1	10	3	30	13	30.2
nepoznato	4	36.4	2	16.7	1	10	2	20	9	20.9
$\chi^2=8.278, c=0.402, p=0.218$										
asocijalan	5	45.5	4	33.3			2	20	11	25.6
nepozanto	2	18.2	1	8.3	1	10	1	10	5	11.6
Ukupno očeva	11	25.6	12	27.9	10	23.3	10	23.1	43	100
$\chi^2=7.747, c=0.290, p=0.257$										

Pokazalo se da podjednak broj očeva i majki imaju dijagnostikovan neki mentalni poremećaj (pri tom, u obzir treba uzeti da su nam nedostajali podaci za pet očeva i isto toliko majki). S druge strane pokazalo se da je od 8 mentalno obolelih majki pet dobrostojećih, za razliku od očeva od kojih sedmorica žive u porodicama čiji je materijalni status loš.

Detaljnije gledano, alkoholizmu je sklono nešto manje od polovine očeva, od čega je opet polovina veoma lošeg i lošeg materijalnog stanja. Druga polovina onih koji nisu alkoholičari su lošijeg, ostatak dobrog i veoma dobrog materijalnog stanja. Međutim, ovaj podatak treba uzeti sa rezervom, s obzirom na činjenicu da su nam nedostajali podaci za čak 9 očeva (20.9%).

Alkoholizmu su, pokazalo se, u manjoj meri sklone majke. Pri tom, više od polovine takvih majki su istovremeno i dobro materijalno situirane.

Agresivno ponašanje ispoljava nešto više od 1/3 očeva, koji su u gotovo 70% slučajeva veoma loše i loše materijalno situirani.

Zanimljiv je podatak da, iako razlike nisu statistički značajne, majke češće u odnosu na očeve inkliniraju agresivnom ponašanju. Agresivnih ih je gotovo 50%, mada ovaj nalaz moramo uzeti sa rezervom jer nam nedostaju podaci za čak 7 (16.3%) majki. **Iznenadujuće je visoko procentualno učešće dobrostojećih majki koje su agresivne.** Takvih je čak 70% od svih agresivnosti sklonih majki.

Asocijalnosti je sklono 1/4 očeva, koju su u najvećem broju slučajeva veoma loše i loše materijalno situirani. U uzorku smo identifikovali 9 očeva osuđenih na zatvorsku kaznu, od kojih su samo dvojica vrlo dobrog materijalno statusa.

Majke su u odnosu na očeve nešto sklonije asocijalnosti i to češće one koje su vrlo loše i loše materijalno situirane. Ipak, ovaj nalaz treba uzeti sa rezervom pošto nam nedostaju podaci za pet majki, a i razlike nisu statistički značajne.

Nismo dakle potvrdili statistički značajnu povezanost između opšteg psihičkog oboljenja, agresivnosti, asocijalnosti roditelja oba pola s jedne strane, i materijalnog statusa porodice sa druge.

Jedino smo ustanovili **statistički značajnu vezu između alkoholizma oca s jedne, i vrlo lošeg i lošeg materijalnog stanja porodice maloletnika sa druge strane** ($\chi^2=14.084, c=0.497, p=0.029$). Rezultat nas ne iznenađuje, budući da je poznato (Radulović 2000) da alkoholizam materijalno znatno osiromašuje porodicu, zbog relativno visoke cijene alkohola i još više radi alkoholičarskog zanemarivanja brige o porodici, uključujući i onu ekonomske prirode.

c) Neki oblici psihopatologije maloletnika i materijalni status njihovih porodica

Pod psihopatologijom maloletnika smo izdvojili u dosijee unešene: prvo opšte mentalne poremećaje, pa prisustvo zavisnosti od supstanci, anksioznosti, depresivnosti i pokušaja suicida, a njima smo dodali i nisku frustracionu toleranciju i mentalnu retardiranost (Tabela br. 3). Cilj nam je bio, kao što smo rekli, da utvrdimo da li postoji statistički značajna veza između materijalnog statusa porodice s jedne strane, i navedenih obelježja psihopatološkog statusa maloletnika sa druge.

Tabela 3. Vrednosti (f i %) nekih psihopatoloških obeležja maloletnika i materijalnog statusa njihovih porodica sa vrednostima statističkih parametara

Psihopatološka obeležja maloletnika		Materijalno stanje porodice maloletnika									
		vrlo loše		loše		dobro		vrlo dobro		Ukupno	
Maloltenik je...		f	%	f	%	f	%	f	%	f	%
mentalno poremećen		1	9.1			1	10	1	10	3	7
$\chi^2=1.257, c=0.169, p=0.739$											
Obeležja IQ-a	lako ment. retardiran	6	54.5	4	33.3	1	10	1	10	12	27.9
	prosečno	5	45.5	8	66.7	8	80	7	70	28	65.1
	visoko					1	10	2	20	3	7
Ukupno		11	25.6	12	27.9	10	23.3	10	23.3	43	100
$\chi^2= 10.423, c=0.442, p=0.108$											
zavisan od supstanci		3	27.3	2	16.7	4	40	5	50	14	32.6
$\chi^2=3.158, c=0.262, p=0.368$											
pokušao suicid		4	36.4	3	25	3	30	4	40	14	32.6
$\chi^2=0.667c=0.125, p=0.881$											
agresivan		7	63.6	7	58.3	6	60	7	70	27	62.8
$\chi^2=0.361, c=0.091, p=0.948$											
niska tolerancija na frustraciju		10	90.9	10	83.3	8	80	8	80	36	83.7
$\chi^2=0.622, c=0.0119, p=0.891$											
depresivan		4	36.4	5	41.7	7	70	6	60	22	51.2
$\chi^2=7.511, c=0.386, p=0.276$											
anksiozan		4	36.4	6	50	7	70	6	60	23	53.5
$\chi^2=6.580, c=0.364, p=0.361$											
Ukupno maloletnika		29	67.4	12	27.9	1	2.3	1	2.3	43	100

Među maloletnim delinkventima pronašli smo čak 12 (27.9%) kod kojih je konstatovana laka mentalna zaostalost. Ona je utvrđena u 80% slučajeva kod maloletnika čija je materijalna situacija veoma loša i loša, dok je kod onih koji su dobro i vrlo dobro materijalno situirani, u isto toliko slučajeva inteligencija procenjena kao prosečna.

Pokazalo se da je nešto manje od polovine maloletnika zavisno od psihoaktivnih supstanci. Očekivano je da su češće zavisnici oni čija je materijalna situacija

vrlo loša i loša. U odnosu na opštu populaciju (do 4% zavisnika) ovo je ipak vrlo visoka zastupljenost ove vrste psihičkih poremećaja.

Slično važi i za pokušaj suicida, koji je registrovan kod nešto manje od 1/3 maloletnika, i to češće kod onih čija je materijalna situacija procenjena kao vrlo dobra ili pak, vrlo loša.

Agresivnosti je sklono više od polovine uzorkom obuhvaćenih maloletnika. Zanimljivo je da se u gotovo polovini slučajeva radi o vrlo dobro i dobro materijalno situiranim maloletnicima, dok su agresivnosti najmanje skloni oni maloletnici čija je materijalna situacija loša.

Najveći broj maloletnika ispoljava, kao što se očekivalo, nisku toleranciju na frustracije. Niska frustraciona tolerancija je najčešće prisutna među maloletnicima čiji je materijalni status veoma nizak (u čak 90.9% slučajeva) i nizak (u 83.0% slučajeva), dok je među onima koji su dobro i vrlo dobro materijalno situirani taj broj neznatno niži, odnosno podjednak (80%).

Depresivnost je prisutna kod više od polovine maloletnika, što je takođe vrlo visoka prisutnost u odnosu na opštu populaciju, gde se kreće oko 10%.

Depresivnosti su u gotovo dvostruko češće skloni oni koji su dobro i vrlo dobro situirani, u odnosu na one čija je materijalna situacija vrlo loša i loša. Ovaj rezultat se poklapa sa mišljenjem da su depresiji skloniji viši društveni slojevi odnosno obrazovaniji deo stanovništva.

Nešto više od polovine maloletnika je anksiozno. Zanimljivo je da, kao i u slučaju depresivnosti, dobro i vrlo dobrostojeći maloletnici češće u odnosu na loše i vrlo loše materijalno situirane naginju anksioznosti.

S obzirom da smo uočili velik broj maloletnika koji su pokušali suicid, kao i onih koji su anksiozni i depresivni, odlučili smo testirati tezu koja se može pronaći u literaturi (Baryluk, 2003, Dixon, 2004, Ford, 2005), da vid mere koji je primjenjen na maloletnika, visoko korelira sa navedenom psihopatologijom. Naime, uočili smo da je od ukupno 14 maloletnika, koji su pokušali suicid, polovina smeštena u Zavod za vaspitanje dece i omladine „Vasa Stajić” u Beogradu, dok se petoro se nalazi u Vaspitno-popravnom domu u Kruševcu. Depresivnosti su najviše skloni analizom obuhvaćeni maloletnici smešteni u Kruševcu, čak njih 90%, te 50% onih koji su smešteni u „Vasu Stajića”, za razliku od samo dva maloletnika na koja su primenjene pojačane mere nadzora roditelja ili organa starateljstva.

Kao i u slučaju depresivnosti, maloletnici koji se nalaze u vaspitnoj ustanovi ili vaspitno-popravnom domu su daleko anksiozniji u odnosu na delinkventne vršnjake koji su pod merama tzv. otvorene zaštite. Naime, od 22 anksioznosti sklona maloletnika, samo dvojica se nalaze pod pojačanim nadzorom, dok je čak 90% onih koji su smešteni u vaspitno-popravni dom, te 55% smeštenih u Zavod za vaspitanje „Vasa Stajić”, je anksiozno.

Međutim, pokazalo se da postoji značajna statistička veza između, na maloletnike primenjenih institucionalnih mera s jedne, i pokušaja suicida ($\chi^2=13.398$, $c=0.487$, $p=0.020$), anksioznosti ($\chi^2=22.254$, $c=0.584$, $p=0.014$), i depresivnosti ispitanika ($\chi^2=22.884$, $c=0.589$, $p=0.011$) sa druge strane.

Treba reći, da rezimiramo, da nismo utvrdili da je veza između obeležja materijalnog stanja porodice (vrlo loš, loš, dobar i vrlo dobar) statistički značajno povezana sa bilo kojim psihopatološkim obeležjem maloletnih prestupnika (sa opštom psihičkom poremećenošću, sa mentalnom retardiranošću, zavisnosti od supstanci, pokušajem suicida, agresivnošću, depresivnošću, anksioznošću i niskom frustracijom tolerancijom). Međutim, *kada se uzmu u obzir razlike u apsolutnim ciframa (f i %), tada se uočava da su daleko lošijeg materijalnog stanja maloletni delinkventi koji su više mentalno zaostali, koji su češće zavisni od supstanci, koji su manje agresivni, čiji je prag frustracione tolerancije nizak i koji su pokušali suicid. S druge strane dobra materijalna situiranost je, gledajući apsolutne cifre, povezana sa većom prisutnošću depresivnosti i anksioznosti maloletnih delinkvenata.*

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Utvrđivanje potencijalne veze između značajne sociodemografske karakteristike, materijalnog statusa porodice s jedne, i registrovane psihopatologije kako roditelja tako i maloletnih delinkvenata iz Beograda sa druge strane, dalo je samo delimično očekivane rezultate. Pretpostavka da materijalna deprivacija porodice nužno ne upućuje maloletnika na delinkventno ponašanje, ali da je ovaj faktor na specifičan način povezan sa psihopatološkim varijablama maloletnika i njegove porodice, se na ovaj način potvrdila.

Naši rezultati su potvrdili pre svega da je više od polovine porodica maloletnika niskog socioekonomskog statusa.

Pokazalo se zatim, da su porodice sa većim brojem članova siromašnije.

Što se tiče glavne hipoteze, više od polovine porodica je procenjeno kao nefunkcionalno, i to tako da su najčešće nefunkcionalne vrlo loše (u 90% slučajeva) i vrlo dobro materijalno situirane porodice (čak u 70% slučajeva). Zapravo, nešto više od polovine porodica je i strukturalno deficijentno (najčešće usled razvoda i raskidanja vanbračne zajednice roditelja), a u preko 50% njih su niskog socioekonomskog statusa. Podatak o velikom broju strukturalno nepotpunih porodica maloletnih delinkvenata, koje su pri tom i nefunkcionalne, ne odstupa od podataka sličnih studija naših i stranih autora (Hrnčić 1999, Bernburg 2002, Jarjoura i saradnici 2002 i druge). Zanimljivo je da nefunkcionalnost porodice u našem ispitivanju ne nastupa posle smrti majke, već najčešće posle razvoda roditelja i smrti oca.

Najčešće prisutni oblici psihopatologije su kod majki agresivnost, a kod očeva alkoholizam.

U pogledu utvrđivanja veze između materijalnog statusa porodice i pojedinih oblika psihopatologije roditelja postoje razlike. Naime, za razliku od očeva, majke alkoholičarke su one koje su psihički poremećenije i agresivnije, a u najvećem broju slučajeva su, što je zanimljivo, dobro i vrlo dobro materijalno situirane.

Pokazalo se, generalno govoreći, da između pojedinih oblika psihopatologije roditelja i materijalnog stanja porodice, uz izuzetak alkoholizma oca, nema statistički značajne povezanosti.

Najveći broj asocijalnih roditelja je vrlo loše i loše materijalno situiran.

Što se tiče psihopatologije maloletnih prestupnika, kada se uzmu u obzir razlike izražene u apsolutnim brojevima, postoje ipak određene veze odnosno pravilnosti. Tako 82% analizom obuhvaćenih maloletnika ispoljava nisku toleranciju na frustracije, a visok je i procenat agresivnih. Pri tom, niska tolerancija na frustracije, kao i agresivnost, su češće prisutne kod maloletnika koji su lošije materijalno situirani. Ovaj rezultat govori donekle u prilog teorije o manjkavoj samokontroli kriminalu sklonih ljudi Gottfredsona i Hirshija (Meier 2005), po kojoj prestupnici nisu u stanju da odlože zadovoljenje najosnovnijih ljudskih potreba, ponašajući se impulsivno, nepredvidivo, ukratko asocijalno.

Najveći broj maloletnika nema aktuelnu psihijatrijsku dijagnozu, ali je među njima visoko rasprostranjena depresivnost i anksioznost. Pri tom oba ova obeležja su povezana sa visokim materijalnim statusom porodice maloletnika (mada ne statistički značajno).

Manje od polovine maloletnika je pokušalo suicid, ili je pak zavisno od psihoaktivnih supstanci, a pri tom su, treba istaći, imajući u vidu apsolutne cifre, i jedni i drugi češće materijalno dobrostojeći.

Mogli bismo da sumarno zaključimo, da rezultati našeg istraživanja govore u prilog teze da su porodice maloletnika na svoj način „degradirane porodice”⁸ (Stevanović 1999, 19). Reč je o familijama koje karakteriše prisustvo psihopatoloških fenomena, kako porodičnih tako i ličnih. Međutim, izuzev alkoholizma oca, u našem istraživanju je potvrđeno da psihopatološke odlike nisu nužno povezane sa niskim materijalnim statusom porodice. Zapravo, od prepoznatljivih oblika psihopatologije nisu oslobođeni ni roditelji ni deca delinkventi, bez obzira na materijalnu situiranost porodice.

Dodajmo i to, da nizak količnik inteligencije, koji je u našem istraživanju utvrđen isključivo među delinkventima niskog socioekonomskog statusa (mada ne na nivou statističke značajnosti), je takođe nađen u sličnim istaživanjima drugih autora (Vermeiren 2002, Jarjoura i saradnici 2002).

Ostaje otvoreno pitanje, da li radi lične dobrobiti maloletnog delinkventa, niskog socioekonomskog stanja i evidentirane lične i porodične, treba isključiti iz primarne porodice, da bi ih se zaštitio od recidiva prestupništva, kao i od simptoma težeg psihičkog poremećaja. Iako je: „ono što na kraju zovemo pravdom, stvar ... dogovora” (Cicourel, prema: Haralambos 1980, 417), treba imati na umu, da poodavno (Waxweiler 1983), a danas sve više, stoji na raspolaganju psihoterapija delinkvenata (Anđelković 2002), kako individualna tako, a naročito grupna, koja otvara mogućnost da se uspešno rešavaju na duži rok oba ova fenomena društvene devijacije.

S obzirom da smo u našoj analizi bili ograničeni na ono što smo u pogledu navedenih odlika porodica i samog maloletnika mogli pronaći u službenim dosijeima o maloletnim prestupnicima, koji uz to nije bio brojčano impozantan, nesumnjivo da bi u svrhu povećanja heuristične ubedljivosti rezultata ovakvih istraživanja, bilo

8 Terminu „degradirana porodica” smo se priklonili smatrajući ga adekvatnim u sadržinskom smislu, ali ne i u pogledu opsega samog pojma. Naime, smatramo da je termin „degradirana porodica” vrednosno određen i to sa negativnom konotacijom.

preporučljivo ne samo povećanje uzorka, nego i dopuna analiziranih podataka činjenicama dobijenim iz prve ruke, tj. od samih maloletnika i njihovih roditelja. Zato rezultate ovog istraživanja treba shvatiti kao nalaze pilot-studije, koja može pomoći u sličnim ispitivanjima problema maloletničkog prestupništva u budućnosti. Pri tome smatramo, da to obavezno treba činiti kako u širem i užem socijalnom kontekstu, tako i u njenoj subjektivnoj dimenziji, tj. u strukturi doživljaja ispitanika i atmosferi relacija koje vladaju u porodici u kojoj žive i sredini u kojoj se prestupnici rehabilituju.

LITERATURA

Anđelković B. (2002): *Forenzička analitička psihoterapija*, subspecijalistički rad, Medicinski fakultet, Beograd.

Bajer M., Kljajić S. (1990): *Kasniji životni put delinkventne dece*, RZRKSSO Hrvatske.

Barylnik J. (2003): Psychopathology, psychosocial characteristics and family environment in juvenile delinquents, *The German Journal of Psychiatry*, 6, 30-32.

Bernburg G.J. (2002): Anomie, social change and crime, *British Journal of Criminology*, 42, 729-742.

Beste H. (1983): *Innere Sicherheit und Sozialforschung – Eine empirische Analyse der Entwicklung kriminologischer Forschung und staatlicher Kontrollpolitik*, Lit, Münster.

Bucholz E., Hartmann R., Lekschas J., Stiller G. (1971): *Sozialistische Kriminologie*, Staatsverlag der DDR, Berlin.

Dixon A., Howie P., Starling P. (2004): Psychopathology in female juvenile offenders, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 45(6), 1150-1158.

Ford A.J. (2005): Substance use, social bond and delinquency, *Sociological Inquiry*, 75(1), 109-128.

Hakeem R. (1974): Eine Kritik des psychiatrischen Ansatzes, in: Sack F., König R. (Hrsg): *Kriminalsoziologie*, Akademische Verlagsgesellschaft, Frankfurt/M. 244-282.

Haralambos M. (1980): *Uvod u sociologiju*, ČGP Delo, OOUR Globus, Zagreb.

Hrnčić J. (1999): *Delinkvent ili pacijent: studija porodičnog neuspeha*, Zadužbina Andrejević, Beograd.

Ignjatović Đ. (2002): *Kriminološko nasleđe*, Policijska akademija, Beograd.

Ignjatović Đ. (2007): *Kriminologija*, Dosije, Beograd.

Jarjoura G.R., Triplett A.R., Brinker P.G. (2002): Growing up poor: examining the link between persistent childhood poverty and delinquency, *Journal of Quantitative Criminology*, 18(2), 159-188.

Jašović Ž. (1981): *Kriminologija maloletničke delinkvencije*, Naučna knjiga, Beograd.

Kury H. (Hrsg): *Kriminologische Forschung in der Diskussion: Berichte, Standpunkte, Analysen*, C. Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München.

Lauritsen L.J. (2005): Explaining patterns of offending across the life course: comments on interactional theory and recent tests based on the RYDS-RIS data, *The Annals of the American Academy*, 602, 212-228.

Ljubičić M. (2006): Kretanje maloljetničkog prestupništva u Srbiji u periodu 1980-2004: interpretacija zvaničnih statsitičkih podataka o nekim osobinama maloljetnika osuđenih za krivična dela u svetlu socioloških teorija, u: *Sociološki pregleđ*, XXXX(4), 589-613.

Lündemann Ch., Ohlemacher Th. (2003): *Soziologie der Kriminalität. Theoretische und empirische Perspektive*, Juventa, Weinheim-München.

- Mannheim H. (1966): *Comparative Criminology*, Routledge a. Kegan Paul Ltd., London.
- Matić O. (1974): *Ispitivanje ličnosti maloletnih delinkvenata*, Institut za sociološka i kriminološka ispitivanja, Beograd.
- Meier B.-D- (2005): *Kriminologie*, Verlag C.H. Beck, München.
- Milašinović S. (2001): *Kriza, mladi, kriminal*, M. Čale, Beograd.
- Moser T. (1971): *Repressive Kriminalpsychiatrie – Vom Elend eine Wissenschaft. Eine Streitschaft*, Subrkamp Verlag, Frankfurt/M.
- Murray J., Farrington P.D. (2005): Parental imprisonment: effects on boys antisocial behaviour and delinquency through the life-course, *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 46(2), 1269-1278.
- Opalić P., Ljubičić M. (2007): Document analysis in a form of explorative mode in relation to qualitative and quantitative study of juvenile delinquency based on examples of psychopathology of delinquents, u: Ignjatović Đ. (pr.): *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, Pravni fakultet, Beograd, 67-81.
- Palamara F., Cullen F.T., Jeanne C.G. (1986): The effects of police and mental health intervention on juvenile deviance: Specifying contingencies in the impact of formal reaction, *Journal of Health and Social Behavior*, 27, 90-105.
- Perić O. (2007): *Zbornik radova*, Dosije, Beograd.
- Radulović J. (2000): *Alkoholizam i rad*, Socem, Podgorica.
- Roberts J.E. (2004): Fitting in with the crowd: A sociological analysis of juvenile delinquency, *Sociology Senior Comperhensive*.
- Roucek J. (1961): *Sociology of Crime*, Philosophical Library, New York.
- Sampson J. R., Groves B. W. (1989): Community structure and crime: testing social-disorganisation theory, *The American Journal of Sociology*, 94(4), 774-802.
- Schaw R. C. (1966): *The Jack-Roller: A Delinquent Boys Own Story*, Phoenix Books, University of Chicago Press, Chicago-London.
- Schwind H.-D., Ahlbor W., Weiss R. (1978): *Empirische Kriminalgeographie-„Kriminalatlas Bochum“*, BKA, Wiesbaden.
- Stevanović I. (1999): Nasilje u porodici i maloletnička delinkvencija, *Termida*, 3-4, 19-25.
- Todorović A. (1970): *Prestupništvo maloletnika u Beogradu*, Institut za kriminološka i kriminalistička istraživanja, Beograd.
- Vermeiren R. (2003): Psychopatology and delinquency in adolescents: A descriptive and developmental perspective, *Child Psychology Rewiew*, 23, 277-318.
- Welsh X. (1962): *Entwicklung und heutiger Stand der kriminologischen Persönlichkeitsforschung und Prognose des sozialen Verhaltens von Rechtbrechern in Deutschland*, Kriminalistik Verlag, Hamburg.
- Wexweiler R. (1983): Zur Theorie psychoterapeutischer Behandlung Delinquenter und empirische Befunde zur Wirksamkeit, in: Kerner H.J., Kury H., Sessar K. (Hrsg): *Deutsche Forschung Zur Kriminalitätentstehung und Kriminalitätskontrolle*, C. Heymanns Verlag, Band, 6/3, 1887-1909.
- Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica* (2006), Službeni glasnik, Beograd.

SUMMARY

Petar Opalić, Ph. D.

Full Professor at the Faculty of Philosophy, Belgrade

Milana Ljubičić

Faculty of Philosophy, Belgrade

RESEARCH OF CONNECTION BETWEEN ECONOMICAL STATUS AND PSYCHO-PATHOLOGICAL INDICATIONS OF MINOR DELINQUENTS AND THEIR PARENTS

The introduction considered theoretical and empirical material regarding economical status of the family and psycho-pathological indications of minor offenders and their parents.

Further on, based on the dossiers of 43 minor offenders who have been given penalty of some nature (close parental or authority surveillance or minor offenders facility detention) the connection between economical status of the family on one side and psycho-pathological indications (general mental disorder, spiritual indisposition, substance dependency, suicide attempts, depressiveness, anxiety, aggressiveness and low frustration level) on the other was researched and verified by relevant statistical methods.

A close link between low economical status of the family and fathers' alcoholism was established to be statistically significant. Absolute data related bigger families with poverty. Dysfunctional or disorganized families are of either excellent or very poor financial background. Also, dissocial behavior of parents, low frustration level, substance dependency and mental disorder are more likely to occur (not statistically significant) in families with poor income.

On the other hand, attempted suicide, depressiveness, anxiety, aggressiveness of minor offenders and then of their mother is linked to high living standard.

Research results were compared with the results of similar research and theories of criminal sociology.

Keywords: economical status, psycho-pathology, minor offenders, parents

Milan Škulić, Ph. D.

Professor at the Faculty of Law, Belgrade

BASIC CHARACTERISTICS OF THE SERBIAN JUVENILE CRIMINAL LAW SYSTEM

Abstract: Author writes about the basic characteristics of the Serbian Juvenile Criminal Law System. That Law System is based on the new Code about Criminal Law for juveniles, which is in force since the January the 1st 2006. In the article are explained the main legal sources of the juvenile criminal law, the minimum age for criminal responsibility of juveniles and age-based classifications of the juveniles and the sanction system with the summary explanations of the basic kinds of informal and formal interventions. Author also explains the formal system of the sanctions for juveniles in the general scope of the criminal sanctions and basic characteristics of the juvenile criminal procedure. In the article are expressed some characteristics problems of so called bad practice too, but the generally conclusion is that the new Code about Juvenile Perpetrators of the criminal offences and about the criminal law protect of the children and Juveniles is a very good step in Serbian legal system, which is completely balanced with the modern tendency in the best comparative legal systems. That new Code is a very solid legal basis for dealing better with the problem of juvenile delinquency and too for the better treatment the juvenile victims in the general criminal procedure.

Keywords: Criminal Law, Juvenile Justice, Diversion, Criminal Procedure, Juvenile Delinquency

1. THE MAIN LEGAL SOURCES OF THE CRIMINAL LAW FOR TREATING THE JUVENILE DELINQUENTS IN SERBIA AND SOME CHARACTERISTICS OF THAT LAW

Since the January the 1st 2006 is in Serbia in force the new Code about Criminal Law for juveniles.¹ That Code was adopted in Serbian National Assembly in September 2005, but there was one time period of three times before the code came into the force. The purpose of that *vacation legis* was to make possibilities for good preparation of the all official actors of new criminal law system for juveniles. In fact that law, i.e. the new Code about Juvenile Perpetrators of the criminal offences and

1 The official name of that Code is: *The Code about Juvenile Offenders of the Criminal Offence and about the Criminal Law Protect of the juvenile Persons*. That second part of the title of that Code is not formally completely correct, because it is not the law about the criminal law protection of the children and juveniles. It is regularly the matter of the Criminal Code, i.e. some parts of that Code, e.g. the offences against the life and body or the offences against the family etc. in the *Code about Juvenile Offenders of the Criminal Offence and about the Criminal Law Protect of the juvenile Persons* (Art. 150 etc.), there are only some provisions about the protection the injured persons or victims of some types of crime in the criminal procedure, especially because of the prevention of so called secondary victimization. These provisions are procedural and it is in fact some kind of protection of that type of victims (children and juveniles who are injured with some specific crimes, e.g. rape) in the procedure, i.e. of the typical criminal procedure.

about the criminal law protect of the children and Juveniles is not completely new, but it is for the first time that Serbia has a special code about criminal position of the juvenile delinquents and about the procedure towards the juveniles who are in the conflict with law. Besides one part of that Code is about some important aspects of the special protection of the children and the juveniles who are the victims of some sorts of crimes.

The Code on Juvenile Criminal Offenders and the Criminal Law Protection of the Children and Juveniles consists of four essential parts: 1) material criminal Juvenile Law, 2) criminal procedure juveniles law, 3) the law of execution of the sanctions for juveniles and 4) some part of criminal procedural law which secures better criminal protection of children and juveniles who are the victims of some sorts of criminal offences.

The new Code on Juvenile Criminal Offenders and the Criminal Law Protection of the Children and Juveniles is a very solid legal basis for dealing better with the problem of juvenile delinquency. Some important legal possibility from that Code function very good in the practice, but in the same time there is some problems too and because of that, it is possible to explain first good praxis model and after that, some practical problems.

The Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles (hereinafter: the Law on Juveniles) introduces a number of new values, such as mandatory specialisation of judges², a higher jurisdiction of district courts for juveniles in the first instance proceedings, it sets forth alternative sanctioning measures, new educational measures, etc. The law excludes the possibility of running the criminal proceeding, pronouncing and implementing criminal sanctions against children (persons of up to 14 years of age). Juveniles have been, and still are, persons between 14 and 18 years of age.

The Republic of Serbia Law on Juveniles contains provisions which are in line with the Rule 8 of the United Nations Standard Minimum Rules concerning the measures alternative to the institutional treatment. Namely, in addition to prison sentence, the Law also provides for warning and guidance measures (admonition by the court and specific obligations), and increased supervision measures (increased supervision by parents, adoptive parent or guardian, increased supervision in a foster family, increased supervision by the guardianship authority, increased supervision with daily attendance in relevant rehabilitation and educational institution for juveniles).

The Law on Juveniles has considerably adhered to international standards in the area of the protection of juvenile perpetrators of criminal offences set forth under the United Nations and the Council of Europe Conventions and the United Nations Recommendations (Beijing-Rules, Riyadh-Guidelines, Rules of the United Nations on the protection of juveniles deprived of freedom and Tokyo-Rules).

The Law does not provide for special juvenile courts, which, in terms of organisation, would be completely separate from regular courts, because it would not be appropriate, as it would require a complicated reform of the court system and addi-

2 Škulić, M., *Criminal Procedure Law – general part*. Belgrade, 2007, p. 95–96.

tional financial resources. Nowadays the majority of other countries with rich legal tradition (e. g. Germany) are solving this issue in a similar way. The Law provides for the specialisation of juvenile judges in the area of the rights of child and the offending by the young in line with the Beijing-Rules, whereas teachers, mentors and other professionals are elected jury. Genuine jurisdiction of district courts is determined in the first instance; hence the proceedings against juveniles are run before the juvenile judge and the juvenile bench of the district court.

2. THE MINIMUM AGE FOR CRIMINAL RESPONSIBILITY OF JUVENILES AND AGE-BASED CLASSIFICATIONS OF THE JUVENILES

The concept of a juvenile, significant to the criminal law, is determined under Article 3, paragraph 1-3. In the Serbian law a juvenile is a person who at the time of commission of the criminal offence attained 14 years of age but not 18 years of age. The age of 14 represents the lowest age limit below which no jurisdiction of criminal authorities may be exercised.³ This age has been effective in our country for a long time, which may be explained by the tradition, and it has been so in the majority of other countries too,⁴ although there are some differences in that respect.⁵

Such approach is based on the assumption that once a child has attained 14 years of age only then will it reach a degree of development of its personality when criminal sanctions may be applied against it. A younger juvenile is a person who at the time of commission of the criminal offence attained 14 but is under 16 years of age. An elder juvenile is a person who has attained 16 but is under 18 years of age.⁶ The classification into younger and elder juveniles is significant for the implementation of some substantive provisions (e. g. for the application of certain sanctions, in trials against an adult for a criminal offence committed at under-age one must take into account the age at the time of commission), the application of some procedural provisions, such as those on detention, etc. Further classifications within age limits determined by calendar aim to lessen the shortcomings of this criterion because daily practice indicates that the maturing process of one's personality and age limits need not coincide.

Another category of criminal offenders existed in our legislation, i. e. in the former Yugoslav criminal law in 1959, when significant reforms of legislation were implemented, i. e. the category of young adults. It includes persons who at the time of commission of the criminal offence attained 18 but did not turn 21 years of age at

3 More about: Stojanović, Z., *Comment on the Criminal Code*. Belgrade, 2006, pp. 33–34.

4 For instance, minimum age limit as to criminal responsibility is seven in Cyprus, eight in Scotland, ten in England, thirteen in France, fourteen in Germany, Austria, and Italy and the majority of eastern European countries, fifteen in Scandinavia, sixteen in Poland, Portugal and Andorra, and eighteen in Spain, Belgium and Luxembourg.

5 More about: Škulić, M., *Age limit as to criminal responsibility – comparative analysis*. In: „Foreign law life”, No. 1-2, Belgrade, 1998, pp. 19–27.

6 More about: Babić, M. and Marković, I., *Criminal Law – general part*. Banja Luka, 2008, pp. 472–475.

the time of the trial.⁷ In some situations the age between 18 and 21 is also important, being assessed at the time of commission of the criminal offence, given that there is a ban on pronouncing thirty to forty years of imprisonment against the said perpetrator.

3. THE SANCTION SYSTEM: BASIC KINDS OF INFORMAL AND FORMAL INTERVENTIONS

The legislation of Republic of Serbia to date has not seen more complex systems of alternative measures, using only the mechanisms available within the criminal procedure laws with respect to discretionary assessment on whether to prosecute or not (hereinafter: the principle of opportunity. The introduction of diversion orders in the Law on Juveniles as alternative measures for solving a criminal offence committed by a juvenile is a novelty. It means that, in addition to criminal sanctions envisaged for this category of offenders, there are diversion orders which are not real sanctions, but a special type of measures *sui generis*, a form of 'para-sanctions'. In our law diversion orders are measures *sui generis* which on certain conditions, depending on the stage of the proceedings, may be applied by some authorities (competent Public Prosecutor for juveniles and Juvenile Judge) before the proceedings against a juvenile were instigated or in the course of the proceedings. Their purpose is to avoid the criminal proceedings to be instigated against a juvenile or, if instigated already, to dismiss the case, i.e. to 'divert' it.

Diversion orders, one or more, may be applied to a juvenile offender for criminal offences punishable by fines or imprisonment of up to five years as prescribed by the law (Art. 5 of the Law on Juveniles⁸). Our legislation allows an extensive application of diversion orders by this provision, which is optional, because not only may 'petty' criminal offences fall under this provision, but also those falling under 'medium criminality'.

In order to apply diversion orders it is necessary that requirements relating to a juvenile be met, which could be referred to as requirements of subjective nature. The juvenile should plea guilty of crime in that case, but his/her approach to the offence as well as to the injured party is also of importance. The offender's approach to the injured party is particularly significant because victims have been receiving a growing attention in the modern criminal law.

Diversion orders may be applied only to the category of juveniles being between fourteen and eighteen years of age, but not in other cases, e. g. when adults are put on trial for criminal offences committed when they were juveniles or when perpetrators belong to the young adult category.

Diversion orders include:

– Engagement, without remuneration, in the work of humanitarian organisations or community work (welfare, local or environmental);

7 More about: Perić, O., *Comment on criminal regulations on juveniles*. Belgrade, 1995, pp. 77–78.

8 For simplicity, hereinafter all Articles that state no legal source are contained in the Law on Juveniles.

- Settlement with the injured party so that by compensating the damages, apology, work or otherwise, the detrimental consequences would be alleviated either in full or partly;
- Regular attendance of classes or work;
- Undergoing relevant check-ups and drug and alcohol treatment programs;
- Participation in individual or group therapy at suitable health institution or counselling centre (Art. 7).

At the time of selecting a diversion order, two equally important requirements will be taken into consideration: on the one hand, the interest of the juvenile criminal offender will be assessed, and the interest of the injured party (the victim), on the other. The victim has been receiving a growing attention in the modern juvenile criminal law (model justice and welfare-justice). Settlement with the injured party is found today in a number of legal systems of some European and overseas countries, and many authors find that it is the most valuable alternative against the repressive sanctions under the criminal law.⁹

As far as juveniles are concerned, an additional criterion must be taken into account – not to allow the application of some diversion order to impede their schooling, being a primary task, or their employment, if employed.

A diversion order may not exceed six months, but the competent authority shall not specify the exact duration when passing a decision (Art. 8, § 2). This body is authorised to substitute the diversion order being exercised at the time with another because they find that the other will better serve the purpose, or to revoke it during the said period if the purpose had already been served, i. e. if the juvenile complied with the diversion order he/she had taken on.

In selecting a diversion order and the application, the competent juvenile state prosecutor or juvenile judge should consult some persons (the juvenile's parents, adoptive parent, guardian), i. e. some competent authority (guardianship authority) and pass joint decisions resulting from cooperation with these subjects. The role of these persons, i. e. the guardianship authority, is consultative. Their possible disagreement, therefore, will not have any impact on the decision passed by the competent authority. The competent authority will pass a decision within an informal procedure, thus avoiding the traumatic effects of the criminal proceedings (Art. 8, § 3).

The introduction of settlement between the juvenile perpetrator and the injured party is provided for as a type of the diversion order (Art. 7, § 1). Such mechanism has not existed in our legislation so far. Settlement has not been exercised fully in practice as a result of a lack of appropriate by-laws, and our court practice seems relatively conservative too. Now proper by-laws have been developed, and a proposal of the Law on Amendments and Additions to the Law on Juveniles is in the procedure too, which will allow a broader application of the settlement solution. The proposal of the Law on Amendments to the Law on Juveniles (in more detail later on), also introduces the required elements of a separate mediation procedure aimed at completion of the settlement between juvenile offenders and the injured

9 Perić, O., *Comment on the Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles*. Belgrade, 2005, p. 30.

parties, which will create conditions for the settlement between juvenile offenders and the injured parties to be fully exercised in practice.

For decades in our criminal proceedings there has been a mechanism to proceed according to the principle of opportunity for prosecution of juveniles, and the latest Law on Juveniles introduces for the first time the proceeding according to the conditioned opportunity. In two cases the public prosecutor, being the only authorised prosecutor in the proceedings against juveniles, (an exclusive right to criminal prosecution against juveniles), irrespective of the existence of evidence indicating that a juvenile has committed a criminal offence, may still decide not to instigate the proceedings against the said juvenile:¹⁰

1) with regard to the criminal act of a certain degree of gravity – when reference is made to the criminal offence punishable by imprisonment of up to five years or a fine, should the public prosecutor find that it would not be appropriate to conduct the proceedings against the juvenile, given the following cumulatively prescribed circumstances: a) the circumstances relating to the offence: aa) the nature of the criminal offence, and bb) the circumstances under which a criminal offence has been committed, and b) the circumstances relating to the juvenile: aa) his/her previous living circumstances, and bb) personal characteristics of the juvenile (Art. 58, § 1), but should personal characteristics of the juvenile be examined to pass such decision, the juvenile public prosecutor, following the agreement between him/her and the guardianship authority, may refer the juvenile to youth home or an educational institution, for up to thirty days (Art. 58, § 2);

2) when the penalty is already being enforced against the juvenile – when enforcement of penalty or educational measure against the juvenile is already in progress, the juvenile public prosecutor may decide not to press charges for another criminal offence committed by the juvenile, if due to gravity of such offence as well as the sentence or educational measure being served, conducting of proceeding and pronouncing a criminal sanction for that offence would serve no purpose (Art. 58, § 3).

In accordance with the latest Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles it is possible to condition the proceeding upon the principle of opportunity for prosecution of juveniles by requesting the juvenile to fulfil some obligations, i. e. by enforcement of appropriate diversion orders as a sort of ‘para-sanctions’ including the different educational measures (mediation, community service etc.) mentioned above. The juvenile public prosecutor may subject the decision not to prosecute for a criminal offence of a certain degree of gravity to consent of the juvenile and his/her parents, adoptive parent or guardian, as well as to readiness of the juvenile to accept and comply with one or more diversion orders indicated above (Art. 62, § 1). In selecting particular diversion orders, the juvenile public prosecutor shall take particular regard of their congruence with the character of the juvenile and circumstances under which he is living, taking into account his/her readiness to co-operate in their implementation. (Art. 62, § 2), and the enforcement of diversion

10 In more detail: Škulić, M., The principle of opportunity in the criminal proceedings against juveniles, In: *Selection of Court Practice – professional informative magazine „Glosarijum”*, No. 7–8/97, Belgrade, pp. 66 ff., pp. 66–68.

order containing the forms of settlement with injured party requires agreement of the said party as a special condition (Art. 62, § 3). If the juvenile fully complies with the accepted diversion order, which shall be reported by the guardianship authority, the juvenile public prosecutor shall pass a decision on rejecting criminal charges and/or the motion of the injured party to instigate the proceedings. (Art. 62, § 4), thus proceeding in accordance with the principle of opportunity for prosecution being activated when a particular condition for its application is met.

The juvenile public prosecutor may reject charges and/or motion of the injured party to instigate the proceedings against the juvenile also if the juvenile complies in part with the accepted diversion order when in his deliberation it would not be pertinent, due to: 1) the nature of the criminal offence and circumstances of its commission, 2) the previous living circumstances of the juvenile, his personal character and 3) reasons for failure to fully comply with the accepted ordered recommendation (Art. 62, § 5). On the other hand, if the juvenile fails to comply with the accepted diversion orders or complies only partially to a degree that does justify the instituting of the proceedings, the juvenile public prosecutor files a motion with the juvenile judge of the competent court to initiate the preparatory proceeding (Art. 62, § 6).

If the juvenile public prosecutor proceeded upon the conditioned opportunity for prosecution of the juvenile, he/she shall notify the injured party of rejecting the criminal charges and/or the motion of the injured party who shall not be entitled to request the initiating of the proceedings (Art. 62, § 7), and if a juvenile has made full restitution of damages resulting from the criminal offence, the injured party shall not be entitled to exercise his/her property claim, and if damages were compensated in part, the injured party may exercise his/her property claim in civil proceedings (Art. 62, § 8).¹¹

4. THE SANCTIONS FOR JUVENILES IN THE GENERAL SCOPE OF THE CRIMINAL SANCTIONS

The Law on Juveniles provides for sanctions which are permitted to be pronounced to juvenile perpetrators of criminal offences. There are three categories of sanctions: educational measures, juvenile prison sentence and security measures.¹² One can notice that the educational treatment is predominant, whereas the repressive treatment is exceptional. Similar to other modern legislations, the purpose of these measures is not to be repressive, but primarily they have an educational importance.¹³ Within the framework of the general purpose of penal sanctions (Art. 4 of the Criminal Code),¹⁴ the purpose of criminal sanctions against juveniles is to

11 Škulić, M., *Criminal Procedural Law – general part*. Belgrade, 2007, pp. 100–101.

12 More about: Ignjatović, Đ., *Penal Sanctions Execution Law*. Belgrade, 2006, pp. 181–195.

13 Compare: Heine/Locher, *Jugendstrafrechtspflege in der Schweiz*. MPI, Freiburg, 1985, p. 5.

14 According to the Criminal Code of Serbia (Art. 4), criminal sanctions shall be the following: penalties, warning measures, security measures and educational measures. General purpose of prescribing and imposing criminal sanctions shall be the prevention of offences that violate or jeopardize the values protected by criminal legislation.

influence the development and enhancement of personal responsibility of the juvenile, education and his/her proper personality development through supervision, protection and assistance as well as by providing general and professional qualifications in order to ensure the juvenile's re-socialisation into the community.

Types of educational measures are defined in Law. Educational measures include:

- Warning and guidance: court admonition and alternative sanctioning;
- Measures of increased supervision increased supervision by parents, adoptive parent or guardian, increased supervision in foster family, increased supervision by guardianship authority and increased supervision with daily attendance in relevant rehabilitation and educational institution for juveniles;

Institutional measures: remand to rehabilitation institution, remand to correctional institution, committal to special institution for treatment and acquiring of social skill: special institution for or cure and correction.

– Admonition and guidance are pronounced when such measures are required to influence the character and behaviour of the juvenile.

– Increased supervision measures are pronounced when education and development of a juvenile require measures of longer duration under relevant qualified supervision and assistance, without separation from the current environment.

– Institutional educational measures are pronounced to a juvenile requiring rehabilitation, medical treatment and acquiring of social skills of longer duration with complete separation from his current environment, aimed at increased influence on the juvenile. Institutional measures are pronounced as a last resort and may last, within the limits set forth under this Act, only as long as necessary to achieve the purpose of the educational measures (Art. 11).

The juvenile prison sentence may not apply to a particular category of juvenile offenders because it has been prescribed that only educational measures may be applied to younger juveniles.¹⁵ This approach originates with the understanding that the said category is still not at the proper level of bio-psycho-socio development, hence cannot be punished. Primarily, educational measures are applied to elder juveniles too, but they may be exceptionally sanctioned by being sent to the juvenile prison. The following conditions must be met cumulatively in order to remand a juvenile to the juvenile prison: if he/she is an elder juvenile and if he/she has committed a criminal offence punishable by imprisonment of longer than 5 years according to law. In addition to these requirements, the sentence may be pronounced should it not be justifiable to order an educational measure due to a high degree of guilt, the nature and the gravity of the criminal offence.

The third category of penalties applicable to juveniles includes security measures. Security measures may be ordered to juveniles if they are sentenced to educational measure or juvenile prison (Art. 39). The security measure of mandatory treatment of alcoholics and the measure of mandatory treatment of drug addicts may not be ordered together with admonition and guidance measures. The security

15 Stojanović, Z., *Criminal law – general part*. Belgrade, 2007, p. 205.

measure of mandatory psychiatric treatment and confinement in a medical institution may be ordered separately.

5. BASIC CHARACTERISTICS OF THE JUVENILE CRIMINAL PROCEDURE

Traditionally, the juvenile criminal procedure is one kind of special type of criminal procedure.¹⁶ First instance proceedings against a juvenile are conducted before a juvenile judge and juvenile court bench of the district court. The juvenile bench) in the first instance court shall comprise a juvenile judge and two lay judges of different sex as a rule. The juvenile judge is presiding judge of the bench. The juvenile judge of the first instance court conducts preparatory proceedings and performs other tasks in juvenile proceedings. The juvenile bench of the higher court, comprised of three judges shall have second instance jurisdiction. When the juvenile bench sits in trial it shall comprise two judges and three lay judges. A juvenile judge and juvenile bench judges must be persons who have acquired special qualifications in the field of the rights of the child and juvenile delinquency. Lay judges are elected from the ranks of teachers, professors, educators and other qualified persons experienced in work with children and youth.

A juvenile may not be tried in absentia (Art. 48). When undertaking procedural actions participants in the proceeding are required to exercise due care, so that conducting of criminal proceedings would not have a detrimental effect to his development. Certain components of the juvenile's personality are in focus, being stressed that one must have regard to maturity, having in mind the level of it, other personal traits, and one should pay a particular attention to the protection of privacy of the juvenile.

A juvenile shall have defence counsel during the first questioning and throughout the proceedings (Art. 49). Should the court fail to precede so, provisions of the criminal proceedings would be severely violated. The juvenile himself or his close persons, such as legal representative or relatives, shall select the defence counsel. Counsel for the juvenile may be only an attorney with special qualification in the field of the rights of the child and juvenile delinquency.

The guardianship authority in juvenile proceedings is a specific subject, but not a party. The said authority shall be entitled to be informed about the course of the proceedings, to put together proposals during the proceedings, and indicate facts and evidence of importance for appropriate disposition. In order to allow the guardianship authority to successfully carry out activities in the proceedings, the Law provides for the obligation of the juvenile public prosecutor to notify the relevant guardianship authority of any proceedings (Art. 53). Should the prosecutor fail to fulfil his/her obligation, it shall be done so by the juvenile judge.

Basic stages of the proceedings instigated against juveniles include: 1) the preparatory proceeding is conducted by the juvenile judge replacing the court inves-

16 More about: Lazin, Đ., *Special and Assistance Criminal Procedures*. Belgrade, 1995, pp. 60-61.

tigation,¹⁷ which does not exist in this type of the proceedings, and the same as in the proceedings against adults, the proceedings against juveniles may be preceded or are preceded as a rule – the pre-criminal proceedings, being under the jurisdiction of the police and the public prosecutor;¹⁸ 2) the proceeding before the juvenile court bench, which can be conducted in session of the bench or in a hearing, and 3) the appeal proceedings. In the preparatory proceeding against a juvenile, the facts required for the evaluation of his/her maturity will be particularly looked at. These provisions represent the greatest departure from established proceedings against perpetrators of criminal offences. When examining the character of a juvenile, the opinion of the guardianship authority must be attained.

The guardianship authority has a significant role in providing assistance following the enforcement of institutional measures and juvenile prison sentence. Any institutional educational measure means a complete separation of a juvenile from his/her environment for a limited period of time. This primarily refers to the juvenile prison sentence. Following the enforced sanction a juvenile should return to his/her environment. In order to facilitate this process, the guardianship authority is in constant touch with the juvenile in the course of duration of the institutional measure, i. e. juvenile prison, and notifies the court about any change. However the guardianship authority should also be in touch with the juvenile's family, the prison, i. e. the institution where the sentence is served. This contact aims to enable the guardianship authority to prepare the juvenile for leaving the institution, but also to prepare his/her family to accept him/her so he/she could participate in the social life in the easiest possible manner.

Legislation of Serbia may be classified into legislations of the majority of European countries where the courts are competent for juvenile criminal offences, but in Serbia there are still no special juvenile courts, separated from the courts of general jurisdiction in terms of organisation, as it is the case in some other countries.¹⁹ Neither the Law on Juveniles does provide for the establishment of specialised juvenile courts because, at this point, it would require extensive reforms and a longer period of time. Due to the aforementioned reasons, the Law sets forth very broad a specialisation of both authorities competent for juvenile perpetrators, and those which proceed in cases on juveniles as victims. Namely, the Law on Juveniles provides for the compulsory specialisation of judges presiding over the court bench in cases against juvenile perpetrators of criminal offences. Judges must have special qualifications and skills on the rights of a child, including the skills on juvenile delinquency. This is also required from public prosecutors, investigative judges, specialised police officer and the attorney. In order to efficiently specialise the authorities competent for

17 More about: Škulić, M., *Juveniles as perpetrators and victims of criminal offences*. Belgrade, 2003, pp. 121–123.

18 In accordance with the new Criminal Procedure Code, the pre-criminal proceeding will cease to exist, but as long as a suspect is not known, the investigation will be conducted by the police as a dominant authority in coordination with the Public Prosecutor. Once the suspect has been identified, the investigation will be conducted by the Public Prosecutor.

19 Perić, O., *Comment on the Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles*. Belgrade, 2005, p. 118.

juvenile delinquents, the genuine competence of courts relating to juvenile cases has been changed. Only juvenile benches of district courts are being competent in the first instance proceedings.

The right to appeal against the ruling can be exercised by court users, defendants, the injured, public prosecutor, spouse of the defendant, a partner he/she is living with unofficially, direct line of descend blood relative, legal representative, adoptive parent, brother, sister and foster parent. These persons may lodge an appeal against the decisions passed by the juvenile bench, as follows: verdicts that order juvenile prison sentence court decisions pronouncing educational measures to a juvenile, including decisions on case dismissal (Art. 80). Certain parties in the proceedings may not lodge an appeal. The guardianship authority, whose role in the criminal proceeding against juveniles is in focus, does not have the right to appeal, not being a party in the proceeding. Juvenile public prosecutor is the only authorised body to appeal both to the benefit and to the detriment of a juvenile.

An appeal has a limited suspending impact.²⁰ If the appeal was lodged against a judgement ordering juvenile prison sentence or a decision ordering an educational measure to be enforced in a facility or an institution, it may delay the enforcement. However, upon agreement with the parents and the interview with a juvenile the court may decide differently and remand the juvenile to serve the prison sentence, i. e. some of those measures. Decisions ordering other educational measures will be still enforced regardless of the appeal, and no exceptions have been provided for.

When deliberating in session, the second instance bench will summon a juvenile to the session only if the presiding judge of the bench or the bench itself finds that his/her presence will be useful. Such decision of the competent authority should conform to the needs of the protection of the juvenile's character.

A second instance bench may overturn the first instance decision by pronouncing more severe measures to the juvenile only if so moved in the appeal (Art. 81, § 1). If the first instance decision does not pronounce a juvenile prison sentence or institution measure, the second instance bench may pronounce such punishment and/or measure only after holding a hearing. A longer juvenile prison or a stronger institutional measure than pronounced in the first instance decision may also be ordered by the sitting of the second instance bench (Art. 81, § 2).

A request for the protection of legality as an extraordinary legal remedy may be filed upon the following grounds: when the court decision violated the law or when a juvenile was pronounced juvenile prison sentence or educational measure unjustifiably (Art. 82). The law will be violated in cases when the commission of facts has been established properly and in full, but the application of provisions to the established finding of fact was improper. The request for the protection of legality against enforceable decisions (verdicts and judgements) may be filed only by the competent juvenile public prosecutor. The persons entitled to appeal may only encourage the prosecutors. A request for repeating the proceeding is also an extraordinary legal

20 More about: Lazarević, Lj., Grubač, M., *Comment on the Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles*. Belgrade, 2005, pp. 367–368.

remedy. This request is decided upon by the court bench which was proceeding in the first instance during the previous proceeding.

6. CONCLUSION ABOUT THE DOMINANT MODEL FOR TREATING THE DELINQUENT JUVENILE – FURTHER PERSPECTIVES, REAL POSSIBILITIES AND PRACTICAL PROBLEMS IN SERBIA

The main emphasis of the reform program of the juvenile justice system in Serbia was based in the first line on law reform, but on the community-based alternatives, the reform of correctional institutions for juvenile offenders, training and inter-ministerial and inter-sectoral coordination. In all these areas was made significant progress, especially after the enacted comprehensive laws on juvenile justice – the new Code about Juvenile Perpetrators of the criminal offences and about the criminal law protect of the children and Juveniles in 2005, which came into force in January 2006.

Traditionally, in the last few decades the rate of recidivism of the adults who were convicted is about 65%, which is very high level. It is a sign that criminal policy is not enough successful. Officially, the rate of recidivism of juveniles is far much lesser, compare to the adults. It is about 18%, but it is not realistic, because official statistics is very limited. Namely, when an juvenile commits an criminal offence for the first time and after that repeats the offence while he/she is still a juvenile, he/she will be registered officially as a recidivist, but if he/she commits a crime in a age below 18, i.e. as a juvenile, and if he/she repeats the offence in the time when he/she became an adult, he will be officially not a recidivist, but an adult who commits the criminal offence for the first time. There is no absolute precise data about real juvenile recidivism in Serbia in the last decades, but it is possible to estimate that and it the realistic conclusion is that the rate of juvenile's recidivism is probably higher than recidivism of adults. It is most probably about 80%.

Although, new Juvenile Code is a good step it is not enough. The main criteria for evaluation of the new Juvenile Code and new and probably better practice in accordance with the new law, will be the reduce of a juvenile recidivism rate. It is first necessary to have better and more realistic statistics in Serbia and after that to use some good legal possibilities from the new law and if it would be necessary improve some provisions of that law and after that it is probably possible in Serbia to be more successful in the control of juvenile delinquency.

There are too, some other significant problems in the practice, or some examples of „bad practices”. According to the Art. 66 Juvenile Law, during preparatory proceeding the Juvenile judge may remand a juvenile to a home, educational or similar institution, under supervision of a guardianship authority or placement in foster family on temporary basis (hereinafter: temporary placement measure) if this is necessary to separate the juvenile from his current environment or to provide assistance, supervision, protection or accommodation for the juvenile.

The decision about remanding a juvenile may be appealed within twenty four hours by the juvenile, parent, adoptive parent or guardian, defence counsel and Juvenile Public Prosecutor. The appeal shall not stay enforcement of the decision. The costs of accommodation of the juvenile are payable in advance from budgetary funds and comprise part of the costs of criminal proceeding. That temporary accommodation of juvenile is principally in interest of juvenile and it can be legally substitute to the detention of juvenile which is always a harder measure with the purpose to secure the presence of the juvenile during the procedure.

Exceptionally, the Juvenile judge may remand the juvenile to detention when grounds exist specified under Article 142 of the Criminal Procedure Code (for example, the danger of escape etc), if the purpose for ordering detention cannot be achieved by temporary placement measure specified in Article 66, paragraph 1 of Juvenile Code. That legal restriction for remand the juvenile to detention is very good solution, but it is still and unfortunately very rare in the practice.

In the practice of execution of juvenile prison there are traditionally some problems. Only one juvenile prison institution (in town Valjevo) exists in Serbia, but the problem is, because that institution is not exclusively only for juveniles or younger adults, but for some categories of young adult offenders too. In the practice it can be a serious problem. The problem in the practice is too with the accommodation of some juvenile's delinquents in correctional or educational institutions together with some other juveniles or even children who are not delinquents, i.e. they are not in conflict with law, but have some social problems.

Although, there are some problems in the practice, especially because of the lack of the institutional capacity and the practical problems connected to the execution of the institutional measures, Serbia made a great progress with the new Juvenile Criminal Law, which is completely balanced with the modern tendency in the best comparative legal systems. The Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of the Juveniles is not an entirely new law, but that law provides "a good basis for the reform of criminal law for juveniles that contains elements of Yugoslav and Serbian traditions, while combining them with reasonable innovations that correspond to international trends.

REZIME

Prof. dr Milan Škulić

Pravni fakultet, Beograd

OSNOVNE KARAKTERISTIKE KRIVIČNOPRAVNOG SISTEMA ZA MALOLETNIKE U SRBIJI

U radu se objašnjavaju osnovne karakteristike krivičnogpravnog sistema za maloletnike u Srbiji. Taj se sistem temelji na novom Zakonu o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, koji je počeo da se primenjuje u januaru 2006. godine. U članku su objašnjeni osnovni izvori krivičnog prava za maloletnike, starosna granica krivične odgovornosti maloletnika i krivičnopravna klasifikacija maloletnika, sistem sankcija

uz sumarno objašnjenje osnovnih vrsta neformalne i formalne intervencije. U radu se takođe objašnjava formalni sistem sankcija za maloletnike u okviru generalnog okvira kriminalnih sankcija, kao i osnovne karakteristike krivičnog postupka prema maloletnicima. Objasneni su i neki karakteristični problemi u praksi ili tzv. loša praksa, uz generalni zaključak da je uprkos tome, novi Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, veoma dobar korak u pravnom sistemu Srbije, koji je u potpunosti usklađen sa savremenim tendencijama u najboljim uporednopravnim sistemima. Taj novi Zakon je veoma dobra pravna osnova za bolje suočavanje sa problemom maloletničke delinkvencije, ali takođe i za bolji tretman maloletnih žrtava krivičnih dela u krivičnom postupku.

Ključne reči: krivično pravo, pravosuđe za maloletnike, diverzioni sistemi za maloletnike, krivični postupak, maloletnička delinkvencija

ODMERAVANJE KAZNE OSUĐENOM LICU

Apstrakt: Problematika odmeravanja kazne osuđenom licu veoma je složena i zahteva jasno i precizno zakonsko regulisanje. Ona je novim Krivičnim zakonikom iz 2005. godine regulisana na gotovo istovetan način kao i ranijim Osnovnim krivičnim zakonom. Rešenja usvojena u Krivičnom zakoniku su solidna i prihvatljiva, kako sa gledišta teorije tako i prakse. Međutim, imajući u vidu brojne izmene u Krivičnom zakoniku, naročito u pogledu sistema kazni i odmeravanja kazne za dela u sticaju, usvojena rešenja se pokazuju kao nepotpuna i nedovoljno precizna. Stoga će i teorija i praksa morati da traže adekvatna rešenja za situacije koje se u praksi pojavljuju, a koje nisu pokrivene sadašnjim zakonskim odredbama, sve dok novim izmenama i dopunama našeg krivičnog zakonodavstva ova pitanja ne budu preciznije rešena.

Ključne reči: odmeravanje kazne, osuđeno lice, sticaj krivičnih dela, sistem kazni, Krivični zakonik

Problematika odmeravanja kazne osuđenom licu u našoj literaturi iz oblasti krivičnog prava nije dobila odgovarajuću teorijsku obradu koja bi odgovarala ovoj značajnoj i veoma kompleksnoj materiji. Ona je uglavnom izlagana u okvirima udžbenika i komentara bez detaljnije i produbljenije teorijske obrade. Ni krivično zakonodavstvo ovoj problematici nije poklanjalo veliku pažnju, tako da su pri izmenama i dopunama i pri donošenju novih krivičnih zakona uglavnom zadržavana stara rešenja iako je bilo dosta razloga da se postojeća rešenja potpunije i preciznije razrade, a i dopune u odnosu na pojedina pitanja koja su u vezi sa odmeravanjem kazne osuđenom licu u teoriji ili u praksi bila sporna i u odnosu na koja su iznošena različita mišljenja.

Novi Krivični zakonik iz 2005. godine regulisao je ovu materiju odredbama čl. 62. koje su u gotovo identičnom tekstu preuzete iz ranijeg Osnovnog krivičnog zakona. Međutim, s obzirom na krupne izmene u novom Krivičnom zakoniku o drugim pitanjima (sistem kazni, odmeravanje kazne za krivična dela u sticaju i dr.) usvojena zakonska rešenja su postala još nepotpunija, nepreciznija i nedovoljno određena, što u ovoj materiji otvara, pored već ranije postojećih, i niz novih pitanja u vezi sa različitim situacijama koja mogu da se pojave u praksi i za koja se iz usvojenih zakonskih odredaba ne vide jasna i određena rešenja, a koja će teorija i praksa morati da rešavaju dok novim izmenama u krivičnom zakonodavstvu ne budu preciznije rešena. Stoga postojeća problematika odmeravanja kazne osuđenom licu mora dobiti adekvatnu teorijsku obradu, a ona mora sadržati razmatranje problema u celini osnovnih zakonskih rešenja i u detaljima vezanim za pojedine konkretne situacije.

Prvo pitanje koje se postavlja jeste na koje se sve slučajeve odnose odredbe o odmeravanju kazne osuđenom licu. Prema Krivičnom zakoniku u pitanju su dve osnovne situacije: 1) da se učiniocu sudi za novo krivično delo koje je učinio pre nego što je započelo izdržavanje kazne po ranijoj osudi, i 2) da se učiniocu sudi za krivično delo učinjeno za vreme izdržavanja kazne zatvora ili maloletničkog zatvora.¹ Delo koje je učinjeno pre nego što je započelo izdržavanje kazne može biti učinjeno posle izrečene kazne, a pre nego što je započelo izdržavanje kazne, a može biti učinjeno i ranije ali se za to nije znalo u vreme vođenja postupka za delo za koje je izrečena kazna a čije izdržavanje nije još započelo. U oba slučaja moguće je da je do suđenja došlo pre započetog izdržavanja kazne, u toku izdržavanja kazne ili posle izdržane kazne. Za delo učinjeno u toku izdržavanja kazne moglo se saznati i otpočeti suđenje u toku samog izdržavanja kazne, ali i kasnije, posle izdržane kazne. Zakonik ovde govori o vremenu izdržavanja kazne zatvora ili maloletničkog zatvora, ali ne pominje i vreme izvršenja drugih kazni ili umesto kazne izrečene mere upozorenja (uslovna osuda), ali u svakom slučaju treba imati u vidu i ove vremenske periode odnosno slučajeve, zbog čega neki autori smatraju da izraz "vreme izdržavanja" treba shvatiti kao "vreme izvršavanja",² što nije u skladu sa pravim smislom izraza "izdržavanje" koji se upotrebljava samo za izvršavanje kazne lišenja slobode o kojima Zakonik izričito i govori. Kao delo učinjeno u vreme izdržavanja kazne zatvora treba smatrati i delo učinjeno u vreme dok se učinilac nalazio na uslovnom otpustu, jer u vreme uslovnog otpusta izdržavanje kazne još traje s obzirom da se kazna smatra izdržanom tek kad je uslovni otpust istekao, a nije bio opozvan.³ U takvom slučaju primenjuju se odredbe o opozivanju uslovnog otpusta, a ako se uslovni otpust zbog proteka roka više ne može opozvati mogle bi se primeniti i odredbe o odmeravanju kazne osuđenom licu.

U svim navedenim slučajevima osuđenom se po pravilu izriče jedna jedinstvena kazna za oba krivična dela, tj. za krivično delo za koje je već osuđen i za novoučinjeno ili naknadno otkriveno ranije učinjeno krivično delo, po pravilima o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju (izuzev u dva izuzetna slučaja, o kojima će kasnije biti izlagano).

Pri odmeravanju te jedinstvene kazne ranije izrečena kazna uzima se kao već utvrđena, a ukoliko je ranije izrečena kazna već u celini ili delimično izdržana, izdržana kazna ili izdržani deo uračunava se u jedinstvenu kaznu odmerenu za oba dela.⁴

U vezi sa izloženim u teoriji a i u praksi je sporno da li se pravila o odmeravanju kazne osuđenom licu mogu primenjivati samo ako izrečena kazna još nije u celini izdržana, ili ona treba da se primenjuje i posle izdržane kazne.⁵ Drugo shvatanje se čini prihvatljivijim jer se primenom odredaba o odmeravanju kazne osuđenom licu

1 v. Z. Stojanović: Krivično pravo, opšti deo, Beograd, 2005, str. 294-295.

2 LJ. Lazarević: Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006, str. 223.

3 M. Đorđević, Ž. Jovanović: Krivično pravo, opšti deo, Beograd, 1978, str. 199; u tom smislu i presuda Saveznog suda Kž. 25/76 od 14.7.1976, objavljena u knjizi B. Čejovića: Krivično pravo u sudskoj praksi, knjiga prva, opšti deo, Beograd, 1985, str. 267-269.

4 D. Jovašević: Krivično pravo, opšti deo, Beograd, 2006, str. 242.

5 M. Đorđević u Komentaru Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, grupa autora, izd. „Savremena administracija”, Beograd, 1988, str. 231.

i posle izdržane odnosno izvršene izrečene kazne učinilac dovodi u istu situaciju kao i da mu se za sva učinjena dela istovremeno sudilo, a pored toga Zakonik u ovim odredbama govori o uračunavanju u novoizrečenu jedinstvenu kaznu kazne koju je osuđeni izdržao ili izdržanog dela te kazne.

Novi Krivični zakonik iz 2005. godine zadržao je u osnovu sva dosadašnja zakonska rešenja o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju. Kazna zatvora u trajanju od 30 do 40 godina odmerena za neko od krivičnih dela u sticaju apsorbuje ostale pojedinačno utvrđene kazne, pojedinačno utvrđene kazne zatvora spajaju se u jedinstvenu kaznu zatvora po sistemu asperacije, s tim da tako odmerena kazna zatvora ne može preći opšti zakonski maksimum ove kazne (20 godina), a novčane kazne se po sistemu kumulacije sabiraju u jedinstvenu novčanu kaznu.⁶ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica iz 2005. godine kojim je sada regulisana primena krivičnih sankcija prema maloletnicima zadržao je ranije rešenje prema kome se kazna maloletničkog zatvora za krivična dela u sticaju odmerava neposredno za sva krivična dela bez prethodnog odmeravanja kazne za svako pojedinačno.⁷

Zadržavajući u osnovi dosadašnja zakonska rešenja o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju Krivični zakonik je ostao pri rešenjima koja su sa teorijskog gledišta sasvim prihvatljiva, a koja su i do sada široko primenjivana u praksi naših sudova. Ipak, nisu dati odgovori na neka pitanja koja se, s obzirom na izmenjen sistem kazni u novom Krivičnom zakoniku i izmene opštih zakonskih okvira pojedinih kazni, postavljaju, dok se i u vezi sa nekim slučajevima za koja su data rešenja ipak pojavljuju izvesne dileme.

Primena odredaba o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju u slučajevima odmeravanja kazne osuđenom licu, pored problema koji kod njihove primene inače postoje, postavlja i niz novih problema koji se u ovakvim slučajevima pojavljuju, zbog čega ove situacije treba posebno razmotriti.

Zakonik izričito govori o slučaju kada je osuđenom licu bila izrečena kazna zatvora, a za novoučinjeno ili novootkriveno krivično delo sud takođe utvrdi kaznu zatvora. Tada će sud po pravilu po sistemu asperacije odmeriti jedinstvenu kaznu zatvora za oba krivična dela (izuzev u slučaju ako je za neko od tih dela utvrđena kazna zatvora u trajanju od 30 do 40 godina kada će po sistemu apsorpcije izreći samo tu kaznu). U vezi sa tim Zakonik određuje da će sud pri ovom odmeravanju ranije izrečenu kaznu uzeti kao već utvrđenu. Međutim, ako je ranije izrečena kazna bila odmerena za više krivičnih dela u sticaju postavlja se pitanje da li uzeti u obzir jedinstvenu izrečenu kaznu ili pojedinačne utvrđene kazne za sva krivična dela u sticaju. Mišljenja o tome su podeljena. Prema jednom shvatanju pravičnije bi bilo uzeti u obzir pojedinačno utvrđene kazne, jer bi učinilac bio u istoj situaciji kao da mu se sudilo za sva dela u sticaju, a izbeglo bi se da se redukcija utvrđene kazne pri primeni asperacije vrši dva puta u odnosu na isto krivično delo i tako dva puta učiniocu praktično umanjuje utvrđena kazna.⁸ Drugo shvatanje, da se uzima jedinstvena

6 Z. Stojanović: Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006, 325. i sl.

7 D. Jovašević: Krivično pravo, opšti deo, Beograd, 2006, str. 321.

8 B. Zlatarić: Krivični zakonik u praktičnoj primjeni, sv. 1, Zagreb, 1956, str. 238.

ranije izrečena kazna kao već utvrđena, više prihvaćeno od savremenih autora, proizlazi iz jezičkog tumačenja zakonske odredbe "uzimajući ranije izrečenu kaznu kao već utvrđenu"⁹. Ako je osuđeni pre izdržavanja kazne ili u toku izdržavanja kazne učinio više krivičnih dela, za sva ova dela bi mu se odmeravala kazna po pravilima koja važe za sticaj, pri čemu bi se uzela u obzir i ranije izrečena kazna.

Prema odredbama o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju ako je sud za neko od dela u sticaju utvrdio kaznu zatvora od 30 do 40 godina izriče se, po sistemu apsorpcije, samo ta kazna, pa bi se ta odredba adekvatno primenila i kod odmeravanja kazne osuđenom licu. Nema odredbe o tome ako su u pitanju dve kazne zatvora od 30 do 40 godina, pri čemu bi svakako trebalo uzeti u obzir onu veću, a nema ni izričite odredbe o tome da li bi se, u slučaju kada je izrečena kazna veća od 30, a manja od 40 godina, s obzirom na ostale utvrđene kazne zatvora, ova kazna mogla povisiti do 40 godina.

S obzirom na odredbe Krivičnog zakonika o maksimumima kazne zatvora u vezi sa kaznama zatvora kod sticaja i kod odmeravanja kazne osuđenom licu moglo bi se postaviti i pitanje korišćenja intervala između 20 i 30 godina, pa i između 30 i 40 godina za odmeravanje kazne kad kazna za jedno veoma teško delo može dostići 40 godina. Zakonik ovu mogućnost ne predviđa, ali bi takvo rešenje možda de lege ferenda bilo moguće i celishodno. Zbog toga bi ubuduće, celishodnije rešenje u pogledu zakonskog maksimuma kazne zatvora moglo da bude da opšti zakonski maksimum kazne zatvora ostane 20 godina, a da za najteža krivična dela i sticaj teških krivičnih dela bude 40 godina. Ovakvo rešenje ne bi u stvari ništa bitno izmenilo u pogledu mogućeg maksimuma kazne zatvora, a otklonilo bi dileme suda da li izreći kaznu od 20 ili od 30 do 40 godina za teška krivična dela kod kojih ta mogućnost postoji. Ako je novo krivično delo učinjeno u vreme trajanja uslovnog otpusta ili je u to vreme otkriveno krivično delo koje je osuđeni ranije učinio pri odmeravanju kazne za to delo primeniće se odredbe o opozivanju uslovnog otpusta. Ako do opozivanja uslovnog otpusta nije došlo problem je da li sud treba da odmeri kaznu primenom propisa o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju (kako u tom slučaju utvrditi jedinstvenu kaznu a da se u nju uračuna deo izdržane kazne i kako uzeti u obzir dalje trajanje uslovnog otpusta) ili za novo odnosno novootkriveno delo izreći novu kaznu. Pošto KZ nije ništa propisao za ovakav slučaj, čini se da prihvatanje drugog od dva pomenuta moguća rešenja bilo celishodnije.

Pri primeni odredaba o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju, kao i pri primeni ovih odredaba pri odmeravanju kazne osuđenom licu pojavljuje se više problema i kad su u pitanju novčane kazne. Prema Krivičnom zakoniku novčana kazna za krivična dela u sticaju odmerava se po sistemu kumulacije utvrđenih novčanih kazni za pojedina krivična dela, pri čemu jedinstvena odmerena novčana kazna ne sme preći 18.000.000 dinara ako su pojedinačne novčane kazne utvrđene u dnevnim iznosima, a ako su pojedinačne novčane kazne utvrđene u određenom

9 Z. Stojanović: Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006, str. 237, u tom smislu i presuda Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine Kž. 857/70 od 17. novembra 1970 i Saveznog suda Kzs 18/79 od 26. aprila 1979, objavljeno u već citiranom delu B. Čejovića, str.377. i 378, kao i presuda Saveznog suda Kzs 33/75 od 16.10.1975, objavljena u Zbirci sudskih odluka, 1977, knj. II, sv. 2, str. 32.

iznosu jedinstvena novčana kazna ne može biti viša od 1.000.000 dinara, odnosno 10.000.000 dinara ako je jedno ili više krivičnih dela u sticaju učinjeno iz koristoljublja.¹⁰ Različito određen opšti zakonski maksimum novčane kazne zavisno od toga da li se novčana kazna odmerava u dnevnim iznosima ili u određenim (fiksni) iznosima i inače nema dovoljno opravdanja, pa nema ni u slučaju odmeravanja novčane kazne za krivična dela u sticaju.

Problem bi se pojavio u tome što jedinstvena novčana kazna za krivična dela u sticaju koja se odmerava po sistemu kumulacije ne sme preći opšti zakonski maksimum novčane kazne, a on je različit s obzirom na dva načina odmeravanja ove kazne. U tom smislu moglo bi se postaviti pitanje da li bi dve pojedinačno utvrđene novčane kazne odmerene u fiksnim iznosima mogle po sistemu kumulacije da pređu maksimum za fiksno određene novčane kazne, ako zbir ne bi prešao iznos u kome bi sud mogao da odmeri kaznu za samo jedno delo po sistemu dnevnih iznosa, da je za takvo odmeravanje imao vremena a da znatno ne produži trajanje krivičnog postupka. Neke dileme u vezi sa odmeravanjem jedinstvene novčane kazne mogle bi se pojaviti i u slučajevima kada bi ranije izrečena bila odmerena na jedan, a kasnije odmerena kazna na drugi od načina na koje se po krivičnom zakoniku može odmeravati novčana kazna.

Krivični zakonik je predvideo kaznu rada u javnom interesu kao novu vrstu kazne u našem krivičnom zakonodavstvu. Ova kazna predviđena je kao glavna kazna, a može se izreći za sva krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna. Njen minimum i maksimum su od šezdeset do tri stotine šezdeset časova.¹¹ Zakonik je u pogledu odmeravanja ove kazne za krivična dela u sticaju predvideo da se ona odmerava po sistemu kumulacije, s tim da jedinstvena kazna ne može biti veća od tri stotine šezdeset časova. Međutim, predviđene odredbe o odmeravanju ove kazne za krivična dela u sticaju odnose se samo na slučaj ako je sud za svako od krivičnih dela u sticaju utvrdio ovu kaznu, a nije dato rešenje o slučajevima kada je ona utvrđena samo za jedno ili samo za neka krivična dela, dok su za druga dela u sticaju utvrđene druge kazne. Zbog toga u praksi mogu nastati izvesni problemi, naročito ako su za ostala (ili za jedno) krivična dela utvrđene kazne zatvora. U takvim slučajevima postavlja se pitanje da li bi sud trebalo da izrekne samo kaznu zatvora ili obe kazne zajedno. Izricanje samo utvrđene kazne zatvora značilo bi zanemarivanje utvrđene kazne rada u javnom interesu i otvorilo pitanje kako u takvom slučaju uzeti u obzir utvrđenu kaznu rada u javnom interesu (da li bi se u izvesnoj proporciji zamenila kaznom zatvora pa onda izrekla jedinstvena kazna zatvora za sva dela u sticaju ili bi ona na neki drugi način mogla da utiče na visinu jedinstvene kazne zatvora). Ako bi se izrekle obe kazne (zatvor i rad u javnom interesu) problem je u tome što su obe ove kazne glavne kazne, a učiniocu se za krivična dela u sticaju izriče samo jedna glavna kazna. Problem bi zatim nastao i u pogledu izvršenja ovih kazni (koja bi se prvo izvršavala) što bi takođe bilo potrebno regulisati. Jedno od mogućih rešenja bilo bi i propisivanje da ako sud za neko od krivičnih dela u sticaju

10 I. Simić: Krivični zakonik sa kraćim komentarom, Beograd, 2005, str. 57-58.

11 Đ. Đorđević: Nove kazne u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, u publikaciji „Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja”, I deo, Beograd, 2007, str. 176.

utvrdi kaznu zatvora za ostala krivična dela ne može utvrđivati kaznu rada u javnom interesu. Problem bi predstavljalo i rešenje da se kazna rada u javnom interesu u zakonu predvidi i kao glavna i kao sporedna kazna, jer bi se u takvom slučaju ova kazna mogla izricati i uz druge glavne kazne što očigledno ne bi odgovaralo prirodi ove kazne i onome što se njenim izricanjem treba da postigne.

Primena ove kazne u krivičnom zakoniku kod odmeravanja kazne osuđenom licu takođe nije jasno regulisana jer u ovim odredbama Zakonik govori samo o kazni zatvora, a nije jasno da li se to odnosi i na kaznu rada u javnom interesu koja takođe može biti u pitanju, što stvara mnoge probleme s obzirom na to da se i kod odmeravanja kazne osuđenom licu, sem dva izuzetna slučaja, primenjuju pravila o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju.

Kazna oduzimanja vozačke dozvole se svakako može izreći i za krivična dela u sticaju ako su ispunjeni opšti uslovi koji se traže za njeno izricanje. Međutim, Zakonik nije dao nikakve odredbe o odmeravanju ove kazne za krivična dela u sticaju i pri odmeravanju ove kazne osuđenom licu, što otvara više pitanja koja se o tome mogu pojaviti u praksi i za koja treba pronaći odgovarajuća rešenja. Prvo od ovih pitanja je kako odmeriti jedinstvenu kaznu oduzimanja vozačke dozvole ako je sud za više krivičnih dela u sticaju pojedinačno utvrdio ovu kaznu. Čini se da bi najbolje rešenje bilo da se kod ove kazne, kao i kod novčane kazne a i kazne rada u javnom interesu, jedinstvena kazna utvrđuje po sistemu kumulacije, tj. sabiranjem pojedinačno utvrđenih kazni. Što se tiče maksimuma koji jedinstvena kazna kod ove vrste kazni ne bi smela da pređe on bi mogao biti tri godine koliko je i inače opšti maksimum ove kazne, a što bi odgovaralo i rešenjima koja su predviđena u pogledu svih drugih kazni koje postoje u našem Krivičnom zakoniku. Ipak u vezi sa tim se pojavljuju i neka druga pitanja koja traže odgovarajuća rešenja koja u Zakoniku nisu data. Pošto se ova kazna može izricati i kao glavna i kao sporedna kazna to njeno odmeravanja za krivična dela u sticaju zavisi i od toga. Tako ako bi sud ovu kaznu utvrdio kao sporednu za više od krivičnih dela u sticaju, te kazne bi po sistemu kumulacije trebalo da spoji u jednu sporednu kaznu (ne preko njenog opšteg maksimuma, tj. preko tri godine) i nju izrekne uz odmerenu jedinstvenu glavnu kaznu. Ako sud ovu kaznu utvrdi za neko krivično delo kao glavnu, a za neko kao sporednu kaznu sud bi takođe obe kazne spojio u jedinstvenu kaznu oduzimanja vozačke dozvole i istu izrekao kao sporednu kaznu uz drugu glavnu kaznu utvrđenu za ostala krivična dela (za koja nije utvrđena kazna oduzimanja vozačke dozvole ili za koja je ova kazna utvrđena kao sporedna kazna, a druga kazna je izrečena kao glavna kazna). Ako je sud za jedno ili više krivičnih dela u sticaju utvrdio ovu kaznu kao glavnu, a za druga dela kaznu zatvora ili rada u javnom interesu, kazna oduzimanja vozačke dozvole morala bi se izreći kao sporedna uz neku od ovih glavnih kazni. Problem bi nastao ako bi sud za neka od dela u sticaju kao glavnu utvrdio novčanu kaznu, a za neka oduzimanje vozačke dozvole, jer bi se moralo odrediti koju od ove dve utvrđene glavne kazne izreći kao glavnu, a koju kao sporednu kaznu. Čini se prihvatljivijim da se prednost da novčanoj kazni da ona bude izrečena kao glavna kazna.

Zakonik ništa ne govori o kazni oduzimanja vozačke dozvole ni u odredbama o odmeravanju kazne osuđenom licu iako se i u ovoj problematici mogu pojaviti neka pitanja u vezi sa ovom kaznom. Tako, na primer, ako je nekom licu za učinjeno

krivično delo izrečena kazna oduzimanja vozačke dozvole kao glavna kazna pa pre njenog izvršenja osuđeni izvrši novo krivično delo ili bude otkriveno da je ranije učinio neko drugo krivično delo za koje sud takođe utvrdi oduzimanje vozačke dozvole, postavlja se pitanje da li će sud i u ovakvom slučaju primeniti pravila o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju, što može dati različit rezultat u pogledu mogućnosti trajanja ove kazne. Moglo bi se postaviti pitanje da li kumulacija sa ranije izrečenom kaznom može biti najviše tri godine ili kazna koja bi bila izrečena za novo ili novootkriveno delo nezavisno od primene pravila o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju može biti tolika da bi njeno sabiranje sa ranije izrečenom kaznom moglo iznositi i više od tri godine. U tom smislu prvo rešenje moglo bi biti prihvatljivije s obzirom da se takvo rešenje uglavnom prihvata u takvim situacijama i kad su u pitanju druge vrste kazni.

U vezi sa kaznom oduzimanja vozačke dozvole za krivična dela u sticaju i pri odmeravanju kazne osuđenom licu može se pojaviti i problem ako sud za neko od krivičnih dela u sticaju utvrdi kaznu oduzimanja vozačke dozvole, a za drugo krivično delo odluči da bi trebalo izreći meru bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom, s obzirom da se prema izričitoj odredbi člana 53. stav 3. KZ kazna oduzimanja vozačke dozvole ne može izreći zajedno sa merom bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom. Pošto se teško može tumačiti da se ova odredba ne odnosi na slučajeve kada je u pitanju sticaj krivičnih dela, onda bi se moralo odrediti kojoj bi se od pomenute dve krivične sankcije dala prednost. Čini se da bi opravdanije bilo dati prednost meri bezbednosti koja se može izreći u dužem trajanju (do pet godina) i koja se ne može zameniti drugom merom bezbednosti, nego kazni oduzimanja vozačke dozvole čije je maksimalno trajanje kraće (do tri godine) i umesto koje sud može izreći i neku drugu kaznu. Nezgodno je kod ovog rešenja to što bi sud već utvrđenu kaznu (ali pre njenog izricanja) trebalo da zameni drugom kaznom koja se za to delo može izreći, zbog toga što je u odnosu na drugo krivično delo ocenio da treba izreći meru bezbednosti, ali bi bilo još nezgodnije da zbog utvrđene kazne oduzimanja vozačke dozvole sud ne izrekne meru bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom koja po Krivičnom zakoniku može da traje duže od kazne oduzimanja vozačke dozvole.

Može se dogoditi da osuđeno lice kome je izrečena uslovna osuda učini novo krivično delo pre izricanja uslovne osude ili u toku njenog trajanja, kao i da se u to vreme otkrije neko ranije učinjeno krivično delo. U tom slučaju primenile bi se odredbe Krivičnog zakonika o opozivanju odnosno neopozivanju uslovne osude. Kod primene ovakvog rešenja ostaje problem koji Zakonik nije izričito rešio, a koji nastaje ako sud opozove uslovnu osudu, a za krivično delo za koje se sudi utvrdi kaznu rada u javnom interesu, jer nema odredbe o tome kako bi se kazna zatvora i kazna rada u javnom interesu spojile u jedinstvenu kaznu u smislu pravila za odmeravanje kazne za krivična dela u sticaju, a ako bi se u takvom slučaju izrekle obe kazne imali bismo slučaj istovremenog izricanja dve glavne kazne što u krivičnom pravu nije uobičajeno.

Problem sa gledišta odmeravanja kazne osuđenom licu predstavlja i slučaj ako je osuđenom licu izrečena sudska opomena pa posle toga bude otkriveno neko njegovo ranije učinjeno krivično delo. Ako bi sud u takvom slučaju izrekao bilo koju

kaznu, on ne bi primenio pravila o odmeravanju kazne za dela u sticaju, a ako bi i hteo da ih primeni ne vidi se način kako bi sudsku opomenu spojio sa nekom kaznom u jedinstvenu kaznu. Posebno se pojavljuje problem ako u takvom slučaju sud za delo za koje već osuđenom licu sudi utvrdi da bi trebalo izreći sudsku opomenu, jer bismo pri njenom izricanju imali dve sudske opomene za dela na koja treba primeniti pravila o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju, a ako bi izrekao samo jednu za oba dela ta sudska opomena je već izrečena pa ne bi imalo smisla da se ponovo izriče. To ukazuje da naš Zakonik uopšte nije regulisao izricanje sudske opomene za krivična dela u sticaju iako prema opštim propisima o sudskoj opomeni to nije isključeno.

Krivični zakonik u svojim odredbama o odmeravanju kazne osuđenom licu predviđa i dva slučaja kada se neće ili ne moraju primeniti pravila o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju. Oba slučaja odnose se na situaciju kada je osuđeno lice u toku izdržavanja kazne zatvora ili maloletničkog zatvora izvršilo novo krivično delo. Zakonik, međutim, nije predvideo ništa, kao što je već rečeno, za slučajeve kada je novo krivično delo učinjeno u vreme izvršavanja neke druge kazne (novčane kazne koju osuđeni plaća u ratama, kazne rada u javnom interesu, kazne oduzimanja vozačke dozvole ili u toku trajanja uslovne osude). S obzirom na to da o ovim slučajevima ne govori ništa, proizlazi da se na njih ne odnose odredbe o odmeravanju kazne osuđenom licu, tako da sud u tim slučajevima za novo krivično delo izriče kaznu nezavisno od ranije izrečene kazne, dok bi ako je delo učinjeno u vreme trajanja uslovne osude primenio odredbe o njenom opozivanju ili neopozivanju. Takva situacija nije povoljna za osuđeno lice u onim slučajevima ako je ranije bila izrečena novčana kazna, kazna rada u javnom interesu ili kazna oduzimanja vozačke dozvole pa za novo delo bude izrečena ista vrsta kazne, jer bi pri primeni pravila o odmeravanju kazne za sticaj jedinstvena kazna bila ograničena opštim maksimumom te vrste kazne, što ovako nije slučaj.

Prvi od pomenuta dva slučaja kada se osuđenom licu ne izriče jedinstvena kazna odmerena po pravilima o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju je mogućnost koju Zakonik predviđa da se osuđenom licu za krivično delo učinjeno u toku izdržavanja kazne izrekne nova kazna nezavisno od ranije izrečene kazne, ako se "s obzirom na težinu krivičnog dela i neizdržani deo ranije izrečene kazne, ne bi mogla ostvariti svrha kažnjavanja". Ovo bi, na primer, mogao biti slučaj ako je lice već osuđeno na maksimum kazne zatvora ili nešto malo manju kaznu tako da nova, jedinstvena kazna utvrđena po pravilima o odmeravanju kazne za sticaj ne bi mogla biti veća ili ne znatnije veća od već izrečene kazne koju je osuđeni već skoro celu izdržao. Tako bi osuđeni iako je učinio teško krivično delo posle vrlo kratkog vremena, zbog primene ovih pravila, završio izdržavanje kazne, što svakako ne bi odgovaralo mogućnostima za ostvarenje svrhe kažnjavanja. Ovakvo rešenje je prihvatljivo, pa u našoj literaturi iz oblasti krivičnog prava nije bilo osporavanja ove odredbe iako ona postoji već dugi niz godina i pri mnogim dosadašnjim promenama u našem krivičnom zakonodavstvu nije menjana.

Drugi izuzetak od primene pravila o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju je odredba prema kojoj se osuđeno lice za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna učinjeno u toku izdržavanja kazne

zatvora ili maloletničkog zatvora kažnjava disciplinski. Smisao ove odredbe je da se odgovornost za najlakša krivična dela učinjena u toku izdržavanja kazne zatvora ili maloletničkog zatvora reši primenom propisa o disciplinskoj odgovornosti lica na izdržavanju kazne, što se u ovakvim slučajevima smatra celishodnim. U tom smislu učiniocu bi bila izrečena neka od disciplinskih mera predviđenih Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija: ukor, ograničenje ili zabrana primanja paketa do tri meseca, oduzimanje dodeljenih pogodnosti ("posebnih prava"), ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu do tri meseca i upućivanje u samicu u slobodno vreme ili tokom celog dana i noći (do 15 dana, a za sticaj disciplinskih prestupa do 30 dana).¹² U Zakoniku nedostaje rešenje za slučajeve kada je delo učinjeno pred sam kraj izdržavanja kazne (nema vremena da se izrečena disciplinska mera izvrši) ili ako je ovo krivično delo otkriveno tek kad je kazna već izvršena.

Iz izložene problematike odmeravanja kazne osuđenom licu i analize odgovarajućih odredaba Krivičnog zakonika vidi se da je ova materija veoma složena i da zahteva veliku preciznost i iscrpnost pri zakonskom regulisanju. Rešenja usvojena u Krivičnom zakoniku su solidna i prihvatljiva, kako sa gledišta teorije tako i prakse. Ipak se zapaža da u Zakoniku veliki broj konkretnih situacija nije dobilo odgovarajuća izričita rešenja, pa su mnoga pitanja ostala otvorena, time i sporna, zbog čega bi odredbe o odmeravanju kazne osuđenom licu trebalo izmenama i dopunama Krivičnog zakonika precizirati i dopuniti kako bi sve situacije do kojih u praksi može doći bile pokrivena odgovarajućim jasnim i preciznim zakonskim formulacijama.

SUMMARY

Đorđe Đorđević, Ph.D.

Professor at the Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

METING OUT PENALTY TO CONVICTED PERSON

The problem relating to the meting out penalty to the convicted person is very complex and demands clear and precise legal regulation. It is regulated in the new Criminal Code from 2005 in almost the same way as in earlier Basic criminal law. From theoretical and practical point of view, solutions adopted in the Criminal Code are solid and acceptable. However, having in mind a number of new regulations in the Criminal Code, especially regarding the system of penalties and the meting out penalty for joinder of offences, adopted solutions prove themselves as incomplete and not precise enough. Therefore, both the theory and the practice shall have to search for adequate solutions for the situations that occur in the practice, and are not covered with current legal provisions, until these issues are solved by new changes and amendments to our criminal legislation.

Key words: meting out penalty, convicted person, joinder of criminal offences, system of penalties, the Criminal Code

¹² Đ. Ignjatović: Pravo izvršenja krivičnih sankcija, Beograd, 2006, str. 162-163.

Doc. dr Nataša Delić
Pravni fakultet, Beograd

TEORIJE KRIVICE I KRIVIČNOPRAVNI ZNAČAJ PRAVNE ZABLUDE

Apstrakt: U radu autor razmatra veoma kompleksnu problematiku odnosa između teorija krivice i krivičnogpravnog značaja pravne zablude. Naime, do donošenja Krivičnog zakonika Srbije kod nas je bio prihvaćen materijalno-formalni pojam krivičnog dela kao i psihološke teorije krivice, u skladu sa kojima se krivica svodi samo na psihički odnos učinioca prema delu i utvrđuje s obzirom na njegovu svest i volju. Posledica ovog shvatanja je bilo zakonsko rešenje prema kome pravna zabluda nije imala uticaja na postojanje krivice i krivičnog dela, već je predstavljala samo fakultativni osnov za ublažavanje ili oslobođenje od kazne. Krivični zakonik Srbije u skladu sa tekovinama savremene krivičnogpravne teorije usvaja formalni pojam krivičnog dela, a krivicu definiše u skladu sa stavovima mešovitih, psihološko-normativnih teorija krivice, prema kojima krivica predstavlja psihički odnos učinioca prema delu zbog koga mu se može uputiti prekor. Shodno tome, opravdano se odbacuje i princip da nepoznavanje prava uvek škodi i propisuje da neotklonjiva pravna zabluda isključuje krivicu, jer učinilac opravdano nije znao da je njegovo delo zabranjeno, nije bio dužan i nije mogao to da zna, te mu se otuda i ne može uputiti prekor.

Ključne reči: krivica, teorije krivice, psihološke teorije krivice, normativne teorije krivice, psihološko-normativne teorije krivice, pravna zabluda, otklonjiva pravna zabluda, neotklonjiva pravna zabluda, svest o protivpravnosti

Kao što je poznato za razliku od našeg ranijeg zakonodavstva koje je sadržalo nepotpunu materijalno-formalnu definiciju opšteg pojma krivičnog dela (član 8/1. OKZ), Krivični zakonik Srbije, u skladu sa načelima pravne sigurnosti i zakonitosti, a uvažavajući tekovine savremene krivičnogpravne doktrine¹ i po uzoru na druga evropska zakonodavstva,² u odredbi člana 14. daje pojam krivičnog dela u formalnom smislu, prema kome je krivično delo ono delo koje je zakonom predviđeno

1 U tom smislu vidi: A. Schönke/ H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2001, 145, C.Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner, Teil, Band I*, München, 2006, 195-197. Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2007, str. 95-101, Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2007, 52-54, Z. Stojanović, Pojam krivičnog dela u novom Krivičnom zakoniku, *Branich*, 2005/3-4, 5-25, Z. Stojanović, Neki problemi u primeni novih rešenja u Krivičnom zakoniku, *Bilten OSB*, 2006/73, 16, i Z. Stojanović, Nova rešenja u Krivičnim zakonicima Srbije i Crne Gore i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni, U: *Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni*, Zlatibor, 2006, 11-12. No, treba reći da i danas među autorima ima onih koji zastupaju materijalno-formalni pojam krivičnog dela. Vidi: M. Babić, Teorijsko određenje opšteg pojma krivičnog dela, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci*, 2007/30, 41-42, B. Čejović, *Krivično pravo, opšti i posebni deo*, Beograd, 2007, 96-99, V. Kambovski, *Kazneno pravo, opšt del*, Skopje, 2005, 345. i LJ. Lazarević, *Komentar KZ RS*, Beograd, 2006, 34.

2 Jedan broj savremenih krivičnih zakonodavstava ne definiše opšti pojam krivičnog dela već rešavanje tog pitanja prepušta nauci krivičnog prava i sudskoj praksi, kao npr. nemačko, francusko i švajcarsko.

kao krivično delo, koje je protivpravno i skrivljeno. Shodno tome, opšti pojam krivičnog dela ima sledeća četiri elementa: radnju, predviđenost krivičnog dela u zakonu, protivpravnost i krivicu. S obzirom na prirodu pojedinih elemenata i njihovu suštinsku i funkcionalnu povezanost ovaj opšti pojam krivičnog dela je objektivno-subjektivna (da bi neka radnja koja je u zakonu predviđena kao krivično delo i koja je protivpravna bila krivično delo, neophodno je da se ona može učiniocu pripisati u krivicu),³ a data definicija, u odnosu na ranija shvatanja, pretpostavlja i novi pristup prilikom određivanja sadržine pojedinih elemenata ovog pojma.⁴

U tom smislu na sasvim novi način definisana je i krivica kao četvrti element opšteg pojma krivičnog dela, odnosno poslednji nivo na kome se donosi odluka i konačna ocena o tome da li je u konkretnom slučaju učinjeno krivično delo.

Prema odredbi člana 22. Krivičnog zakonika Srbije krivica postoji ako je učinilac u vreme kada je učinio krivično delo bio uračunljiv i postupao sa umišljajem, a bio je svestan ili je bio dužan i mogao biti svestan da je njegovo delo zabranjeno. Krivica može postojati i onda kada je učinilac postupao iz nehata ako to zakon izričito predviđa. Shodno navedenom, strukturu krivice čine tri komponente/elementa, a to su: a) uračunljivost, b) umišljaj i nehat i c) svest (ili dužnost i mogućnost te svesti) o protivpravnosti.

Ovaj način zakonskog definisanja krivice posledica je prihvatanja psihološko-normativnih teorija krivice, a što je u sistemu krivičnog prava od neposrednog značaja bilo i za rešavanje pitanja krivičnogpravnog značaja/dejstva pravne zablude.

Da podsetimo, do donošenja Krivičnog zakonika Srbije kod nas su bile prihvaćene psihološke teorije krivice (vinosti) i u skladu sa njima pravna zabluda u našem pravu nije imala značaja za postojanje ili nepostojanje krivice, odnosno krivičnog dela, već je mogla da utiče samo na kažnjavanje učinioca.⁵

Naime, psihološke teorije krivice su nastale u Nemačkoj krajem 19. veka pod snažnim uticajem pozitivističkog načina mišljenja koji je u to vreme imao značajno uporište u zapadnoevropskoj i anglosaksonskoj naučnoj misli i u skladu sa osnovnim postavkama filozofskog pozitivizma (smatralo se da zakonitosti koje vladaju u prirodi treba otkriti i na području društvenih nauka) psihološke teorije krivice su afirmisale ideju da krivicu u osnovi treba posmatrati kao empirijski proverljivu

3 Dato shvatanje svoje uporište ima i u našoj novijoj sudskoj praksi, a dobra primer za to je odluka Okružnog suda u Subotici Kž. 129/06 od 20.3.2006. godine. Vidi: Z.Stojanović, (2006), 16-17. Uporedi: D. Atanacković, Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela, *Anali PF*, 1991/1-3, 29-34. Takođe vidi: D. Atanacković, Prilog definisanju opšteg pojma krivičnog dela, *Anali PF*, 1990/5, 550-555.

4 Vidi: C. Roxin, (2006), 200-201 i I. Vuković, Važne novine u određenju opšteg pojma krivičnog dela u predlogu KZ S, U: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005, 97-108.

5 Ima i mišljenja da ovakav krivičnopravni značaj pravne zablude nije neposredno proizilazio iz postojećeg pojam vinosti (krivice) već je s obzirom na zakonom određeni pojam vinosti (krivice) i prihvaćeni princip subjektivne odgovornosti predstavljao neprincipijelnost zakonodavca u regulisanju pravnog smisla i pravnog dejstva pravne zablude, jer kako se navodi, „bez obzira o kojem njenom obliku je reč, vinost (krivica) je u pozitivnopravnom smislu određena ne samo svešću o nečem, „stvarnosnom”, već i svešću o nečem vrednosnom – svešću o zabranjenosti posledice – bitnog elementa dela kao pravnog i socijalnog pojma”. S. Pihler, Pravna zabluda i princip subjektivne odgovornosti, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 1988/7-8, 34. i 37.

činjenicu. Otuda se prema ovim teorijama krivica svodi samo na određene psihičke procese i veoma jednostavno definiše kao psihički odnos učinioca prema delu.⁶

Inače, polazne osnove na kojima počivaju psihološke teorije krivice su: najpre, a) Listov (Liszt) naturalistički, odnosno objektivno-kauzalni pojam radnje (koji je nastao pod uticajem mehaničkog i kontemplativnog materijalizma i bio kamen temeljac celokupne „objektivne” dogmatike) zatim, b) Belingova (Beling) podela elemenata krivičnog dela na objektivne, koji čine biće i subjektivne, koji čine unutrašnju stranu krivičnog dela, i c) Bindingov (Binding) objektivno-formalni pojam protivpravnosti.

Osnovna karakteristika psiholoških teorija krivice jeste njihova jednostavnost. Međutim jasno je uočljiva i ograničenost njihove primene i to pre svega u odnosu na pojam nehata. Naime, pošto umišljaj i nehat po svojoj prirodi imaju heterogenu strukturu praktično je bilo nemoguće u skladu sa ovim teorijama nehat svesti samo na puki psihički proces jer je pre svega nesvesni nehat sadržinski nezamisliv bez normativne komponente.

Osim toga, simplifikovanje krivice isključivo na konstataciju određenog psihičkog odnosa kao puke činjenice imalo je za posledicu to da psihološke teorije zbog svoje etičke bezbojnosti i moralne indiferentnosti nisu mogle da daju odgovor na suštinsko pitanje, a to je zašto određeni psihički odnos predstavlja krivicu. Drugim rečima, ove teorije nisu mogle da izraze pravu suštinu krivice koja je nesumnjivo mnogo više od pukog psihičkog odnosa jer nisu raspolagale aparaturom koja bi bila pogodna da identifikuje i markira socijalno-etičku stranu krivice i osvetli njenu moralnu utemeljenost i društvenost.

Jednom rečju, suštinski nedostatak psiholoških teorija je bio u tome što su nastojale da krivicu svedu na moralno indiferentni psihički proces koji kao takav ne može da rezultira odgovarajućim socijalno-etičkim prekorom.⁷

6 O tome vidi: C. Roxin, (2006), 855. i E. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tubingen, 1975, 367. Kako se navodi, sama krivica je uslovno rečeno „pronalazak” kasnije etape u razvoju rimskog prava. No, *dolus malus* koji je zamenio kolektivnu i objektivnu odgovornost, „zadovoljavao” je krivično pravo neko vreme, a onda je od strane hrišćanskih pisaca, naročito T. Akvinskog dobio novu sadržinu. Naime, tada se krivično delo počinje shvatati kao greh protiv božanstva pa je u tom smislu neko ponašanje moglo biti i proglašeno za greh samo ako se učiniocu moglo prebaciti da je postupao sa zlom (zločinačkom) namerom (*malitio*). Na taj način se krivica sve do kraja 18. veka shvata kao moralna kategorija i shodno tome određeno ljudsko ponašanje se može smatrati kao krivično delo samo ako neposredno manifestuje zlobu učinioca, njegovu pokvarenost i uopšte nemoralnost. Pri tome, promene koje su sa buržoaskom revolucijom nastupile u shvatanju krivičnog dela kao povrede društvenog ugovora (Bekarija (Beccaria)), i shvatanjem krivičnog dela kao povrede morala (Kant (Kant)), odnosno kao povrede pravnog poretka (Hegel (Hegel)), nisu imale značajniji uticaj na području shvatanja krivice. Jednom rečju, krivim se smatrao onaj učinilac za koga se prema shvatanjima vremena i sredine moglo tvrditi da je postupao zlokobno, pokvareno i nemoralno. Ova konstrukcija bila je uzdrmana tek mnogo kasnije i to po pitanju nehatnih krivičnih dela koja prema postojećem principu nije bilo moguće moralno negativno okarakterisati i vezati za negativne osobine ličnosti učinioca. Vidi: LJ. Bavcon, Neki teoretski problemi krivične odgovornosti, *JRKKP*, 1965/3, 310-311. i V. Kambovski, Normativna koncepcija za vinata, U: *Zbornik radova Pravnog fakuleta u Zagrebu i Zbornik radova Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi” u Skoplju*, posvećen Prof. Dr F. Bačiću, Zagreb/Skopje, 2007, 157-158.

7 Najznačajniji predstavnik psiholoških teorija krivice bio je List (Liszt) koji je u svojim radovima negirao polazne ideje klasične škole i pojam krivice utemeljen na slobodi, i suprotno tome svoje

Otuda je dalji razvoj krivičnopravne doktrine koji se sa jedne strane ogleda u napuštanju indeterminističkog učenja, a sa druge strane, u tendenciji uvažavanja ličnih svojstava učinioca krivičnog dela, a pod uticajem odgovarajućih kriminalnopolitičkih učenja, doveo u sumnju i celokupno shvatanje krivice kao čisto psihološke kategorije. Naime, postepeno je postalo sasvim jasno da samo utvrđivanje psihičkog odnosa učinioca prema delu ne znači istovremeno i utvrđivanje onog psihičkog sadržaja/supstrata koji je sam po sebi podložan prekoru i osudi. Volja, kao takva, ne nosi u sebi i sa sobom prekor već se pojavljuje samo kao jedan psihički fenomen koji je pravno i moralno bezbojan, a sam sadržaj volje pokazuje se kao nedovoljan za zaključak o njenoj ne vrednosti. Jednom rečju, volja se pojavljuje kao čist psihički proces koji još uvek ne daje odgovor na pitanje da li je određeni učinilac kriv ili ne. Na ovaj način opovrgnuta je ne samo teorija volje kao varijanta psihološke teorije, već i teorija svesti koja takođe svoje učenje o krivici zasniiva na psihičkom odnosu učinioca prema delu, a iz razloga što ni svest kao psihički proces, isto kao ni volja, ne daje mogućnost da se objasni u čemu zapravo leži suština prekora koji se upućuje učiniocu krivičnog dela.⁸

U skladu sa navedenim psihološkim teorijama i u našem pravu pošlo se od stava da krivica predstavlja psihički odnos učinioca prema delu i da taj odnos može biti dvojak, tj. da se može manifestovati kao umišljaj ili nehat.⁹ Tako su umišljaj i nehat

stavove o krivici bazirao na determinizmu, a krivicu posmatrao isključivo kao psihički proces. Međutim, tokom vremena i sam autor je uočavao skučenost dometa psiholoških teorija krivice (naročito prilikom definisanja umišljaja i nehata) i moglo bi se reći skoro intuitivno prepoznavao neophodnost integrisanja vrednosnih sudova u ovaj pojam, a što se može videti kroz uvođenje tzv. „materijalnog pojma krivice” koji u sebi na određeni način nosi i jednu „notu” moralnosti. No, treba reći da i pored toga, ovaj autor suštinski nikad nije odstupio od psihološkog pojma krivice iako je već tokom njegovog života ovaj pojam bio u velikoj meri kritikovan (Lipeman (Lipemann)), a novi, normativni pojam krivice već imao dosta pristalica. Vidi: O. Novoselec, *Temeljni aktuelni problemi krivnje u krivičnom pravu*, DD, Zagreb, 1985, 110-115, M. Singer, O pojmu krivnje u krivičnom pravu, *Naša zakonitost*, 1965/5, 396. i M. Singer, *Pojam radnje u sistemu krivičnog prava*, DD, Zagreb, 1963, 58-60. i 70-79.

- 8 Ipak, ima i mišljenja da se psihološke teorije krivice samo deklarativno odriču moralnog vrednovanja kao polazne tačke za utvrđivanje krivice jer prilikom utvrđivanja da li je učinilac bio svestan obeležja bića krivičnog dela i da li je hteo delo, sud bi trebalo da dolazi i do ubeđenja da li je učinilac kriv ili ne, što u stvari znači negativan vrednosni sud o učiniocu i krivičnom delu koji opravdava primenu prinude. LJ.Bavcon, (1965/3), 313.
- 9 Primera radi, među našim autorima psihološke teorije krivice zastupaju: T. Živanović (autor razlikuje represivnog krivca koji se kažnjava i preventivnog krivca kome se izriču mere bezbednosti, i pri tome kao subjektivno obeležje represivnog krivca navodi vinost (krivicu) koju definiše kao skup psihičkih odnosa koje izvršilac treba da ima prema delu da bi bio krivac (T. Živanović, Osnovni problemi krivičnog prava, Beograd, 1930, 131)); M. Čubinski (krivicu posmatra kao određen psihički odnos između učinioca i njegova radnje, odnosno posledice, koji stvara vezu između učiniočevog unutrašnjeg sveta i učinjenog dela i ukazuje na to da je on vin (M. Čubinski, *Naučni i praktični komentar KZ*, 1930, 153)); N. Srzentić i A. Stajić (krivicu definišu kao skup psihičkih odnosa učinica prema delu, pri čemu treba imati u vidu da je sam psihički odnos prema delu jedan veoma složen odnos u kome se prepliću razni elementi unutrašnjeg života čoveka, ali od svih tih elementa pretežan značaj imaju svest i volja (N. Srzentić/A. Stajić, *Krivično pravo, opšti i posebni deo*, Sarajevo, 1968, str. 142)); M. Karanović (ističe da se samo pomoću komponentske zastupljenosti voljnog intelektualnog elementa mogu definisati i razgraničiti pojedini stepeni vinosti (krivice) i da stoga treba prihvatiti psihološko shvatanje dok, normativno i psihološko-normativno shvatanje vinosti (krivice) nema realnog oslonca (M. Karanović, *Utvrdjivanje vinosti*

postali vrste ili oblici krivice, a krivica koja se označavala pojmom vinost predstavljala je generički pojam za umišljaj i nehat. Osim toga, uračunljivost je bila (neopravdano) izdvojena iz pojma krivice/vinosti što je opet dovelo do uvođenja (suvišnog) pojma krivične odgovornosti kao višeg rodnog pojma.¹⁰ Najzad, neposredna posljedica ovakvog shvatanja je i nepriznavanje (neotklonjive) pravne zablude kao osnova koji isključuje krivicu.¹¹

Shodno datom rešenju naše ranije zakonodavstvo je po pitanju pravne zablude praktično stajalo na stanovištu da nepoznavanje prava škodi, odnosno prihvatalo načelo *error iuris nocet* koje je nastalo još u rimskom pravu, i koje je samo tada i imalo smisla s obzirom na relativnu malobrojnost krivičnopravnih normi. Otuda bi se moglo reći da je ranije postojeće rešenje po pitanju krivičnopravnog značaja pravne zablude sa jedne strane bilo u evidentnom kontrastu sa psihološkim i ljudskim realnostima savremenog doba, a sa druge strane i u očiglednoj suprotnosti sa proklamovanim socijalno-etičkim i humanističkim osnovama krivičnog zakonodavstva. Jednostavno rečeno, zakonodavac se na ovaj način na račun osnovnih principa krivičnog prava, pravednosti i krivice, prihvatajući fikciju i prezumpciju da svi poznaju pravo, priklonio jednom praktičnom i pragmatičnom rešenju koje je pre svega trebalo da zadovolji potrebe krivičnog pravosuđa. No, bez obzira na to što je jedan broj krivičnopravnih teoretičara sa pravom ukazivao na nedostatke ovakvog zakonskog rešenja i opravdano u svojim radovima afirmisao usvajanje normativne,¹²

u krivičnom postupku, Beograd, 1982, 64)); N. Srzentić, A. Stajić i LJ. Lazarević (podržavajući psihološku teoriju krivice ovi autori ističu da krivicu treba odrediti psihološki, bez prihvatanja normativnih elemenata kao elemenata krivice jer je nedopustivo krivičnu odgovornost proširivati van umišljaja i nehata, kao i što bi bilo nedopustivo tvrditi da nema krivične odgovornosti kad postoji umišljaj ili nehat, uz uračunljivost učinioca (N. Srzentić/A. Stajić/LJ. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd, 1996, 254)) i LJ. Lazarević (kako ovaj autor navodi: „u teoriji krivičnog prava, a i u najvećem broju krivičnih zakonodavstava, najviše je prihvaćeno psihološko shvatanje krivice, prema kome je krivica psihički odnos učinioca prema izvršenom delu i izražava se u svesti i volji, dok se krivično delo uzima u svom stvarnom i društvenom značenju, a ne i u pogledu svoje protivpravnosti” (LJ. Lazarević, *Komentar KZS*, Beograd, 2006, 79-80)).

- 10 O terminološkom i suštinskom odnosu između pojmova „krivica” i „vinost” i pojmova „krivica” i „krivična odgovornost” vidi: Z. Stojanović, (2007), 152-155. i Z. Stojanović, *Krivica ili krivična odgovornost*, *Branich*, 2004/3-4, 7-13.
- 11 Ima mišljenja da je zakonodavac time što je pravnu zabludu predvideo kao osnov za ublažavanje, odnosno oslobođenje od kazne ne neki način ipak ublažio stanoviše psiholoških teorija o irelevantnosti nepoznavanja zakona. F. Bačić, *Neophodne promjene u oblasti krivnje*, *JRKKP*, 1986/1-2, 166.
- 12 A. Maklecev (stoji na stanovištu da krivica pretpostavlja određeni psihički odnos učinioca prema učinjenom objektivno protivpravnom delu i prema normi, a koji mora biti takav da se u njemu ispoljava protivdužnosno ponašanje (A. Maklecev, *Uračunljivost, krivnja i opasnost*, *Zbornik znanstvenih rasprava*, 1939/40, Ljubljana, 214-215)); M. Dolenc i A. Maklecev (navode da postojanje krivice podrazumeva unutrašnju vezu između učinioca koji postupa protivpravno i protiv svoje dužnosti i njegovog dela, a koja je takva da sa stanovišta pravnog poretka opravdava izricanje negativnog suda (M. Dolenc/A. Maklecev, *Sistem celokupnog krivičnog prava*, Beograd, 1935, 72-73)); S. Frank (smatra da je kriv onaj učinilac koji zna da radi nešto zabranjeno, koga sugrađani za njegovo ponašanje prekovavaju, a od koga se u konkretnom slučaju moglo očekivati da se ponaša kao većina njegovih sugrađana (S. Frank, *Teorija kaznenog prava*, Zagreb, 1955, 149)); D. Atanacković (zaključuje da je normativno shvatanje vinosti (krivice) jedino koje može da objasni pravi razlog prekora koje današnje društvo čini prema učiniocu krivičnog dela (D. Atanacković, *Kriterijumi odmeravanja kazne*, Beograd, 1975, 139)) i F. Bačić (krivicu određuje

odnosno psihološko-normativne¹³ teorije krivice i u skladu sa tim uvažavanje značaja neotklonjive pravne zablude za postojanje krivice,¹⁴ dato rešenje je egzistiralo sve do donošenja Krivičnog zakonika Srbije.¹⁵ Naime, kao što je rečeno, u Krivičnom zakoniku Srbije je dat pojam krivice u skladu sa mešovitim, psihološko-normativnim teorijama i shodno tome, neotklonjiva pravna zabluda je predviđena kao osnov koji isključuje krivicu.

Evo o čemu je reč.

Normativne teorije krivice su nastale u Nemačkoj početkom 20. veka na ideološkim osnovama subjektivnog idealizma i neokantovske filozofije vrednosti u skladu sa kojom se afirmiše mišljenje da su i u krivičnom pravu vrednovanje i objekt vrednovanja osnovne polazne tačke, te da tim dualizmom treba da budu prožeti i osnovni krivičnopravni pojmovi. Ova afirmacija teleoloških pristupa u krivičnom pravu imala je za posledicu to da i sam pojam krivice počinje da se vezuje za vrednosne ocene.

Posmatrano u širem kontekstu, nastanak normativnih teorija krivice vezan je za usvajanje novih koncepcija o pojmu radnje – finalni pojam, odnosno za napuštanje Listovog objektivno-naturalističkog pojma radnje krivičnog dela što je predstavljalo okosnicu celokupnog krivičnopravnog sistema kao i napuštanje deskriptivno-

kao normativnu kategoriju, odnosno vrednosni sud, prekor, i u tom smislu je definiše kao ocenu unutrašnje subjektivne strane čovekovog ponašanja sa stanovišta zahteva pravnog poretka (F. bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1980, 233-234)).

- 13 M. Radovanović (ističe da psihološko-normativno shvatanje krivice pruža potpuniji pojam krivice jer ona nije samo psihički proces određene sadržine, već i postupanje protivno dužnostima koje nameće zajednički život u društvu (M. Radovanović, *Krivično pravo SFRJ*, Beograd, 1975, 183)); J. Tahović (smatra da da se prilikom utvrđivanja krivice psihički odnos učinioca prema delu može odrediti na pravi način jedino ukoliko se ocena vrši i sa gledišta suda o vrednosti, odnosno nevrednosti učiniočevog ponašanja (J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, 1957, 183)), V. Kambovski (navodi da je vinost (krivica) socijalno-etički zasnovan prekor koji se upućuje izvršiocu zbog protivužnosnog formiranja njegove volje (V. Kambovski, (2005), 540)) i Z. Stojanović (koji ukazuje na opravdanost mešovitih, psihološko-normativnih teorija krivice koje polaze od toga da je krivica psihički odnos učinioca prema delu zbog kojeg mu se može uputiti prekor (Z. Stojanović, (2007), 156)).
- 14 Interesantno je napomenuti da D. Atanacković koji načelno prihvata normativne teorije krivice ipak smatra da pravna zabluda (kako je on naziva, zabluda o zabranjenosti dela tj. zabluda o opštoj protivpravnosti) ne može uticati na krivicu. D. Atanacković, *Pojam zablude u krivičnom pravu, JRKKP*, 1977/1, 62.
- 15 Da podsetimo: Krivični zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1860. godine, ne uvažava pravnu zabludu i u tom smislu je u parag. 3. predviđeno da „neznanje zakona nikoga ne opravdava”. Nakon toga, rešenje prema kome pravna zabluda predstavlja samo osnov za oslobođenje, odnosno ublažavanje kazne u našem zakonodavstvu je bilo prihvaćeno u Krivičnom zakoniku iz 1929. godine, pa tako parag. 21. propisuje da „neznanje ili nepravilno shvatanje ovog krivičnog zakona nikoga ne izvinjava, ali s obzirom na prilike pod kojima je krivično delo učinjeno, može sud izreći blažu kaznu, a u osobito lakim slučajevima može osloboditi od svake kazne) (Krivični zakonik – opšti deo nije poznavao ovaj institut). Kao fakultativni osnov za ublažavanje, odnosno oslobođenje od kazne, pravna zabluda je bila predviđena i u članu 10. Krivičnog zakonika iz 1951. godine, u kome je stajalo da „Sud može blaže kazniti učinioca krivičnog dela koji iz opravdanih razloga nije znao da je takvo delo zabranjeno, a može ga i osloboditi od kazne”, kao i Krivičnom zakonu SFRJ iz 1977. godine, odnosno Krivičnom zakonu SRJ (1992) i OKZ (2003) u kojima je u članu 17. bilo predviđeno da „učinilac krivičnog dela koji iz opravdanih razloga nije znao da je to delo zabranjeno može se blaže kazniti ili osloboditi od kazne”.

objektivnog shvatanja bića krivičnog dela koje je predstavljalo prepreku za unošenje vrednosnih sudova u sam pojam radnje i time onemogućavalo proširenje platforme odgovornosti učinioca sa terena čisto psihičkog odnosa prema delu na teren odgovornosti za samu nevrednost dela. Sve ovo je nadalje omogućilo slobodno preplitanje objektivnih i subjektivnih elemenata u samom pojmu krivičnog dela tako da na taj način krivično delo postaje objektivno-subjektivni fenomen pri čemu i protivpravnost figurira kao objektivno-subjektivni pojam, a krivica, kao što je napred istaknuto, dobija primese normativnog. Sve u svemu, nastanak normativnih teorija krivice predstavlja veoma radikalna zahvat u strukturu do tada opšteprihvaćenih instituta u nauci krivičnog prava jer se i mnogi instituti koji su se do tada smatrali nezavisnim od krivice, sada dovode u vezu sa njom, pre svega, takav slučaj je bio sa protivpravnošću koja se dugo vremena smatrala sasvim zasebnim krivičnopravnim pojmom, a koja u interpretaciji ovog učenja postaje kriterijum ocene nevrednosti kao osnova subjektivne prekorivosti. Dakle, razvoj nauke krivičnog prava koji je obeležen a) nastankom finalnog pojma radnje, b) priznavanjem subjektivnih obeležja bića krivičnog dela kao i c) priznavanjem subjektivnih momenata konstitutivnih za protivpravnost nekog ponašanja, obezbedio je platformu za pojavu normativnih teorija krivice, što istorijski posmatrano, na neki način predstavlja okončanje jedne faze u razvoju doktrine, koja je, kao što je navedeno, započela kritikom osnovnih Listovih i Belingovih ideja.¹⁶

Nadalje, treba reći i to da su za nastanak normativnih teorija krivice od značaja bile sledeće teorije: a) Frankova (Frank) teorija „pratećih okolnosti” i „prekorivosti”; b) teorija o krivici kao „mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje” i već spomenuta c) Velcova (Welzel) finalna teorija radnje.

a) Frankova teorija „pratećih okolnosti” i „prekorivosti”

Frank koji se smatra osnivačem normativnih teorija prvi je formulisao i razradio ideju da je krivica prekor („Schuld ist Worf”) prebacivanje, a ostvareno biće krivičnog dela, objekt tog prekora. Prema ovom autoru krivica nije sadržana u psihi učinioca već predstavlja sud koji nam govori to da je jedno protivpravno ponašanje usled određenih okolnosti podložno prekoru, tj. da se učiniocu za to može prebaciti. Shodno tome, autor smatra da se krivica ne iscrpljuje u psihičkom odnosu učinioca prema delu, već u suštini predstavlja jednu normativnu („normativer”) pojavu tj. počiva na vrednosnom („wertender”) sudu.

Nadalje, prema Franku postojanje prekora koji predstavlja suštinu krivice zavisi od tri preduslova, a to su: uračunljivost, umišljaj i nehat i „normalne prateće okolnosti” („der normalen geistigen Beschaffenheit des Täters, einer konkreten psychischen Beziehung des Täters zur Tat oder doch der Möglichkeit einer solchen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) und der normalen Beschaffenheit der Umstände, unter welchen der Täter handelt”).

Uračunljivost i postojanje umišljaja i nehata Frank ubraja u tzv. opšte osnove za izricanje prekora zbog preduzete protivpravne radnje koja sadrži obeležja bića nekog krivičnog dela. Međutim, da bi prekor koji je zasnovan na navedenim opštim

16 Vidi: A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 145. i C. Roxin, (2006), 282.

pretpostavkama mogao biti upućen konkretnom učiniocu za konkretno delo, neophodno je da je on postupao/delovao u „normalnim pratećim okolnostima”. Ovo nadalje znači da je moguće da u konkretnom slučaju postoje opšti uslovi za krivični prekor (uračunljivost i umišljaj) ali da se on zbog postojanja određenih okolnosti učiniocu ne može uputiti za dato delo, takva okolnost je prema autoru npr. stanje nužde. „Normalne prateće okolnosti” su zbog svoje prevashodno objektivne prirode kasnije pod uticajem kritike zamenjene subjektivnim elementom označenim kao „normalno motivisanje” („normale motivierung”) odnosno „motivisajuće značenje” („motivierende bedeutung”), a što bi nadalje značilo da u konkretnom slučaju nisu postojale okolnosti koje bi onemogućile to da odgovarajuće pravne norme odvrata učinioca od izvršenja protivpravnog dela, odnosno da su ga postojeće okolnosti mogle motivisati na ponašanje koje bi bilo u skladu sa odgovarajućom normom, ali se on „oglušio” na njihovo delovanje. Suštinu ovako shvaćene krivice Frank je nazvao „prekorivost” (prekornost/prebacivost) („Vorwerfbarkeit”) i ovaj izraz je trebalo da označi da se zabranjeno ponašanje nekom može pripisati u krivicu samo ukoliko mu se na osnovu njega može uputiti prekor.¹⁷

Doprinos ovog autora ogleda se pre svega u tome što među prvima uočava osnovne slabosti psiholoških teorija i ukazuje na neophodnost sadržinskog obogaćenja krivice ističući da se ona ni u kom slučaju ne može iscrpeti samo u umišljaju i nehatu i da je očigledno da njena egzistencija zavisi i od nekih drugih momenata/elementa, a što je u krajnjoj liniji za posledicu imalo unošenje normativnog elementa u pojam krivice.

b) Teorija o krivici kao „mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje”

Frankova teza o krivici kao prekору dalje je razrađena strane Goldšmita (Goldchmidt) i Frojdentala (Freudenthal). Oba ova autora su u svojim radovima posebnu pažnju posvetila trećem elementu Frankvog pojma krivice, tj. pitanju da li je individualni učinilac u konkretnom slučaju, a s obzirom na okolnosti datog slučaja, u trenutku izvršenja krivičnog dela bio u stanju da se ponaša u skladu sa zahtevima pravnog poretka, ili drugim rečima, da li se od njega u konkretnom slučaju moglo očekivati da se ponaša drugačije nego što se ponašao. Ako se od učinioca nije moglo očekivati drugačije ponašanje koje bi bilo u skladu sa zahtevima pravnog poretka, ne bi se moglo govoriti o njegovoj krivici.

Kako se navodi, povod za nastanak ovih teorija bili su neki slučajevi krajnje nužde kod kojih se u suštini nije moglo opravdati ni isključenje protivpravnosti, ali ni osuda učinioca (tzv. „slučaj neposlušnog konja” iz 1897. godine).¹⁸ Naime, u datim situacijama nije bilo osnova za prekor učinioca, iako je u čisto psihološkom smislu krivica postojala. Otuda se kao novo obeležje krivice uvodi „mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje” („Zumutbarkeit Anderen Verhaltens”) (kod nas

17 *Ibid.*, 195. i *Ibid.*, 856-857.

18 Učinilac je bio kočijaš kod privatnog preduzetnika i imao je konja za koga je znao da je sklon da u toku vožnje repom hvata užu, ali ga je svejedno jednog dana upregao jer se plašio da mu gazda ne otkáže ukoliko odbije vožnju. U toku vožnje desila se nezgoda i tom prilikom je jedna osoba zadobila teške telesne povrede. Kočijaš je bio oslobođen sa obrazloženjem da se od njega nije moglo zahtevati da odustane od date vožnje i da na taj način rizikuje da dobije otkaz na radnom mestu kočijaša. Cit. prema: P. Novoselec, (1985), 126.

prevedeno kao „pripisnost”, odnosno „pripisivost”) i u tom smislu se smatra da krivica ne postoji ukoliko takve mogućnosti nije bilo. Pri tome, kako se ističe, ova mogućnost nije psihološke, već normativne prirode i u suštini predstavlja vrednosni sud o delu učinioca, tj. sud o nevrednosti dela kojim učinilac krši određenu normu.

Dakle, pristalice ovih teorija u pojam krivice unose novi, normativni element koji se sastoji u mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje. Shodno tome, učinilac se može prekoreti za svoje ponašanje samo ako se od njega moglo zahtevati drugačije ponašanje. Odnosno, nemogućnost da se zahteva drugačije ponašanje isključuje krivicu. Ovo shvatanje je najpre imalo uporište samo u odnosu na nehatna krivična dela, ali se kasnije proširilo i na umišljajna, a osim toga, uticalo je i na proširenje shvatanja pojma krajnje nužde.¹⁹

Nadalje, s obzirom na to na koji način je bio određen kriterijum mogućnosti da se zahteva drugačije ponašnje ova teorija ima dve varijante: a) individualizirajuću i b) generalizirajuću. Glavni predstavnik individualizirajuće teorije je Frojdental koji Frankove „prateće okolnosti” označio kao „motivacione momente” („Motivationsdrucks”) od kojih zavisi da li se od učinioca moglo zahtevati ponašanje u skladu sa normama pravnog poretka i ukoliko su u konkretnom slučaju ove okolnosti bile takve da im se učinilac nije mogao odupreti (nije imao mogućnost), ne može mu se ni uputiti prekor za učinjeno delo, što znači da nema ni krivice. U skladu sa ovim shvatanjem, mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje postaje etički element krivice (tzv. etički utemeljena individualizirajuća teorija) jer se motivi koji su doveli do krivičnog dela prevashodno etički vrednuju i shodno tome se smatra da krivičnopravni prekor nije osnovan ukoliko je isključena mogućnost etičkog prekora. No, moglo bi se reći da je osim prenatravanog „etiziranja” nedostatak ovog shvatanja i u tome što se sud o krivici izvodi iz pukog fakticiteta tj. samo na temelju ispitivanja mogućnosti učinioca, a uz neopravdano zanemarivanje dužnosti da se poštuje data norma.²⁰ Najznačajniji predstavnik generalizirajuće teorije je bio Goldšmit koji je opravdano insistirao na unošenju vrednosnih sudova u pojam krivice i u tom smislu pošao od razlikovanja krivičnopravne norme na „ocenjujuću normu” i „određujuću normu” („Pflichtnorm und Rechtsnorm”). Prema ovom autoru predmet ocenjujuće norme je spoljno ponašanje i ona je kao takva obavezna za svakoga i značajna za protivpravnost, a funkcija određujuće norme je ta da utvrđuje uticaj norme na predstave i motive pojedinca i stoga je značajna za krivicu. Shodno datom, određujuća norma je ta koja uspostavlja dužnost da se poštuje

19 A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 197, C. Roxin, (2006), 860. i P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, 209.

20 Kao ilustraciju svojih shvatanja, autor navodi tri slučaja iz sudske prakse u kojima je prema njegovom mišljenju učiniocima trebalo osloboditi zbog nemogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje. a) U jednom rudarskom mestu babica je potvrdama o rođenju u više navrata navodila da su deca rođena u ponedeljak, umesto u nedelju, razlog tome je bilo insistiranje očeva rudara koji su dobijali slobodan dan jedino ako je dete bilo rođeno radnim danom. b) Trgovački putnik je morao po nalogu svoje firme, da bi ostavio dobar utisak na potencijalne kupce, da odseda u skupim hotelima i da nosi luksuzna odela. Pošto su mu plata i dnevnice bili nedovoljni za sve to, on je da bi ispunio postavljene zahteve koristio novac firme. c) Jedna Sicilijanka koja je živela u SAD je izbola nožem ujaka i ujnu jer je ujna njenom mužu, koji ju je zbog toga i napustio, saopštila kako je ona pre braka imala nedozvoljene odnose sa svojim ujakom. P. Novoselec, (1985), 129.

pravna norma, no ta dužnost neće postojati ako u konkretnom slučaju prevazilazi psihofizičke mogućnosti ljudi. Otuda, ukoliko se od nekog u konkretnom slučaju ne može zahtevati drugačije ponašanje, pri čemu se kao relevantne ne uzimaju individualne psihofizičke mogućnosti pojedinca, već mogućnost određujuće norme da deluje na motivacioni proces „prosečnog građanina” („Durchschnittsmenschen”), onda mu se ne može uputiti prekor, i stoga krivica ne postoji.²¹ Osnovna zamerka ovom shvatanju je što se kriterijum prosečnog građanina u svojoj osnovi povezuje sa determinizmom, a razlika između motivacije konkretnog učinioca i motivacije prosečnog građanina svodi na razliku njihovih karaktera. Shodno tome smatra se da je stav učinioca prema društvenim vrednostima, koji je došao do izražaja u vršenju krivičnog dela, pre svega izraz njegove deformisane ličnosti, njegovog asocijalnog karaktera.²²

c) Velcova finalna teorija radnje

Šire posmatrano, može se reći da je novi pojam radnje u naučnom sistemu krivičnog prava bio kreiran pod uticajem društveno-ekonomskih, ideoloških i kriminalno-političkih prilika koje su vladale u Nemačkoj početkom tridesetih godina 20. veka. Naime, u to vreme je razvoj nauke krivičnog prava išao u pravcu uvažavanja subjektivnih momenata u do tada pretežno objektivno orjentisanoj dogmatici krivičnog prava. Međutim, realizacija tog razvojnog pravca poprimila je u konkretnim prilikama i veoma reakcionarne vidove u tom smislu što se u nemačkoj teoriji krivičnog prava, a pod uticajem društveno-ekonomskih i političkih prilika, u kontekstu datog sve izrazitijeg pomeranja težišta od objektivnog ka subjektivnom, sadržinski menja i sam pojam protivpravnosti tako da se ona sve manje shvata kao povreda ili ugrožavanje zaštićenog dobra, a sve više kao sud o moralnoj i etičkoj nevrednosti učiniočevog ličnog stava i političkog uverenja. Tako je suština protivpravnosti vezivana za različite subjektivne momente što je dovelo do „etiziranja” krivičnog prava i formiralo teorijski osnov koji je trebalo da omogući da se krivičnopravna sankcija prvenstveno „veže” za učiniočevo uverenje, njegov politički i moralni stav. Sam ideološki osnov datih shvatanja predstavljale su ideje neokantovske jugozapadne nemačke filozofske škole koje su svojim „spekulacijama” („metoda vrednovanja”) krivično pravo naprosto udaljile od stvarnog života, umesto da ga sasvim suprotno, uvažavanjem subjektivnih momenata približe životnoj stvarnosti.

21 Vidi: A. Schönke/H. Schröder, (2001), 195, C. Roxin, (2006), 857. i 861. i P. Novoselec, (1985), 130.

22 Interesantno je napomenuti da je generalizirajuća teorija o mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje preko kriterijuma prosečnog građanina kao merila krivice imala značajan uticaj na nemačku doktrinu tridesetih godina 20. veka, mada je već i tada trpela i ozbiljne kritike. Nakon toga, ova teorija ponovo dobija na značaju po okončanju Drugog svetskog rata i to povodom suđenja lekarima koji su po Hitlerovoj naredbi ubijali duševne bolesnike da bi na taj način „spasli” preostale građane. Inače, pojam mogućnosti da se zahteva drugačije ponašanje prihvata se i u savremenoj nemačkoj doktrini samo na jedan novi, drugačiji način. Naime, mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje nije više normativni element krivice, odnosno razlog njenog isključenja, ali je praktično značenje ove mogućnosti i dalje veliko u slučaju tzv. ispričavajućih razloga („entschuldigungsgründe”) u koje prema nemačkom zakonodavstvu spadaju: ispričavajuća krajnja nužda, prekoračenje granice nužne odbrane, određeni slučajevi postupanja po naređenju i određeni slučajevi sukoba dužnosti. P. Novoselec, (1985), 133. O ispričavajućim razlozima vidi: C. Roxin, (2006), 877-878.

U datom kontekstu, oslanjajući se na fenomenološku filozofiju Hartmana (Hartmann) i njegovu ontologiju Velcl kritikujući kako naturalizam i mehanički materijalizam tako u izvesnoj meri i neokantovsku filozofiju vrednosti prožetu subjektivnim idealizmom, a u osnovi zastupajući radikalni subjektivizam, u svojim teorijskim razmatranjima daje jedan novi pojam radnje u kojem je objektivni momenat potpuno zanemaren na račun subjektivnog.²³

Polazna tačka u učenju o finalnoj radnji jeste da je ljudska radnja svrsishodni akt, odnosno da je finalnost bitna ontološka odlika radnje, a time i ljudske delatnosti uopšte, i da se po ovome ona razlikuje od kauzalnog zbivanja. Shodno tome, ljudska radnja ne može postojati ako nije ciljna jer ona predstavlja akt kome je ciljna usmerenost imanentna. Drugim rečima, ako ljudska radnja nije usmerena ka određenom cilju, onda ona prestaje da bude „radnja” i uključuje se u slepi kauzalni tok zbivanja.²⁴ Nadalje, iz ovoga proizilazi i osnovna postavka teorije o finalnoj radnji, a to je da je usmerenost na cilj, finalnost, identična sa umišljajem tj. da je radnja ciljno sprovođenje umišljaja. Dakle, da je umišljaj nerazdvojni element radnje što opet znači da je on istovremeno i osnovni subjektivni element umišljajnog bića krivičnog dela kao i važna indicija protivpravnosti svakog umišljajnog dela.

U tom smislu Velcl nadalje samu protivpravnost određuje kao jedan vrednosni sud, i to negativni vrednosni sud o odnosu radnje prema normi. Pri čemu se smatra da ovaj vrednosni sud može biti objektivni samo kao opšte merilo, a predmet tog suda jeste krivično delo koje predstavlja jedinstvo objektivnih i subjektivnih elemenata. Shodno tome, polazi se od mišljenja da je za postojanje krivičnog dela od primarnog značaja da se utvrdi nevrednost radnje s obzirom na moralni stav učinioca. Drugim rečima, nije bitan ostvareni rezultat neke radnje već su bitne trajne unutrašnje tendencije koje determinišu ponašanje učinioca.

Kao što se može videti, usvajanje subjektivnog pojma radnje za posledicu ima i suštinski drugačije shvatanje protivpravnosti tako da prilikom njene ocene odlučujući značaj ima subjektivni, socijalno-etički momenat koji je izražen u finalnom svojstvu radnje, u njenoj svrsishodnoj usmerenosti. Ovakvim pristupom Velcl elemente protivpravnosti nalazi pretežno u ličnosti učinioca, u nevrednom usmeravanju radnje, odnosno egzistenciju protivpravnosti nekog ponašanja primarno vezuje za subjektivne momente, što u krajnjoj liniji za posledicu ima to da za ovog autora krivično delo u prvom redu predstavlja povredu dužnosti, a tek uzgredno i povredu zaštićenog dobra.

Finalna teorija radnje imala je neposredni značaj i za pojam krivice jer, kao što je navedeno, time što je umišljaj kao integralni deo radnje i kao subjektivni element bića krivičnog dela postao konstitutivan za krivičnopravni značaj nekog ponašanja on je potpuno izuzet iz krivice. Tako, umišljaj kao objekt suda o nevrednosti nije više i element tog suda, odnosno krivice. Shodno tome, „izgubivši” umišljaj krivica je postala potpuno normativan pojam. Ona je otuda čist sud o nevrednosti dela, odnosno prekor upućen računljivom učiniocu što svoju odluku nije doneo u skladu sa moralno-etičkim vrednostima, iako je to mogao da učini. Ukratko, krivica

23 C. Roxin, (2006), 203-204.

24 H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, 33.

zavisu od odgovora na pitanje da li je učinilac mogao i drugačije da postupi nego što je postupio u konkretnom slučaju.

Nadalje, egzistencijalnim pretpostavkama krivice Velcl smatra slobodu volje i uračunljivost. Od egzistencijalnih pretpostavki krivice razlikuju se konstitutivni elementi krivice u odnosu na konkretno krivično delo u koje spadaju intelektualni i voluntativni element krivičnog prekora, odnosno „prekorivosti”. Intelektualni element krivičnog prekora sastojao bi se u tome da je učinilac znao i mogao znati bitna obeležja bića krivičnog dela sadržanog u njegovom ponašanju i da je znao i mogao znati da je njegovo delo protivpravno, pri čemu znanje bitnih obeležja bića krivičnog dela ima dvostruku funkciju, predstavlja konstitutivni element umišljaja i istovremeno konstitutivni element krivičnog prekora.²⁵

Nedostaci finalne teorije radnje jasno su bili uočljivi pre svega kod nehatnih krivičnih dela kao i kod krivičnih dela nečinjenja. Osim toga, ovako ekstremno proširivanje pojma radnje za posledicu je imalo to da se u okvirima čisto normativnih teorija krivice pojam krivice krajnje sužava jer se ona odvaja od umišljaja i nehata i svodi samo na ocenu i zaključak o ne vrednosti dela kao čisto objektivan sud, nezavistan od psihičkog odnosa učinioaca prema delu. Zato je i sama finalna teorija radnje pretrpela kritike i bila napuštena i u pretežnom delu nemačke doktrine zamenjena socijalnom teorijom radnje. No, u celini posmatrano (uz zanemarivanje ideološke strane) ovo učenje je ipak dalo doprinos progresivnom razvoju krivičnopravne nauke, a u tom smislu i nastanku i razvoju normativnih teorija krivice.²⁶

Kao što je napred navedeno, normativne teorije krivice su nastale na spoznaji da se nehat ne može objasniti ukoliko se ostane u sferi čistog psihologizma jer se on shodno svojoj prirodi ne može svesti na puki psihički odnos. Shodno tome, došlo se do zaključka da je za krivicu potrebno još nešto osim umišljaja i nehata, koji su na taj način prvo „degradirani” na rang elemenata krivice, a potom prebačeni u nepravo. Krivica je tako praktično „izgubila” vezu sa umišljajem i nehatom i bila je svedena samo na prekor, koji je bio kvalitativno jednak i kod umišljaja i nehata („teorija jedinstvene krivice”). Ovaj nedostatak je pak, na izvestan način otklonjen kroz „teoriju o dvostrukoj ulozi/funkciji umišljaja”, prema kojoj umišljaj ima dve uloge, prvu, da u okviru neprava pokazuje smisao radnje, i drugu, da u okviru krivice pokazuje ne vrednost dela. Ovakvim rešenjem normativne teorije krivice su ipak posredno „priznale” da stepen krivice ne može biti jednak kod umišljaja i nehata.

Sam razvoj normativnih teorija krivice karakteriše to što se u pojam krivice umesto elementa koji se označavao kao „mogućnost da se zahteva drugačije ponašanje” kao suštinski, ključni element, njeno centralno obeležje unosi svest o protivpravnosti. Shodno tome, prema normativnim teorijama krivice,²⁷ krivica se utvrđuje tako što se ocenjuje/vrednuje/valorizuje/evaluiira odnos učinioaca prema

25 *Ibid.*, 139-141.

26 Vidi: M. Singer, (1963), 116-155.

27 Normativna teorija krivice prihvaćena je danas u Nemačkoj i Italiji. Vidi: A. Schönke/ H. Schröder, (2001), 197-198, C. Fiore, *Diritto penale, Parte generale*, Torino, 1995, 362-368. i A. Manna, *Corso di diritto penale, Parte generale, I*, Verona, 2007, 287-294. Uporedi: C. Roxin, (2006), 860-874.

određenim normama i na osnovu toga donosi zaključak o opravdanosti prekora koji mu se upućuje. Jednostavno rečeno, krivica je objektivni vrednosni sud (negativna ocena) koji zasnovan na kriterijumu svesti o protivpravnosti, tj. razlog prekora je odgovarajuća svest o protivpravnosti.

Sve navedeno, rezultiralo je i stavom da je moguće da učinilac u konkretnom slučaju bude uračunljiv i da ima odgovarajući psihički odnos prema delu, umišljaj, ali da krivica (koja je izvan umišljaja i nehata) ne postoji jer, s obzirom na nepostojanje svesti o protivpravnosti, učiniocu nije opravdano uputiti prekor. Drugim rečima, posledica ovog shvatanja je to da pravna zabluda pod određenim uslovima (neotklonjiva) može da isključi krivicu.

Ako sada dalje posmatramo genezu teorija krivice možemo videti da je suštinski nedostatak normativnih teorija krivice koji se sastoji u tome što na artifičijelan način odvajaju sud o krivici od njenog psihološkog supstrata usmerio dalji razvoj teorija krivice u pravcu nastanka (umerenih) mešovitih, psihološko-normativnih teorija, čiji je najznačajniji predstavnik Mazger (Mazger), koje polaze od kompleksnog pojma krivice i određuju je kao unutrašnji odnos učinioca prema delu zbog kojeg mu se može uputiti prekor.

Ove teorije svoje uporište imaju u stavu da se ne može doći do ispravnog i potpunog suda o krivici ukoliko se ne procenjuje i subjektivni, psihološki sadržaj koji postoji kod učinioca u odnosu na delo koje je učinio. Stoga se uvek polazi od psihološkog sadržaja koji se dopunjava normativnim elementima i u tom smislu krivica je jedinstvo realnog, materijalnog, subjektivnog, psihološkog supstrata i objektivnog, vrednosnog, pravnog suda o njemu, koji ima svoju socijalno-etičku dimenziju i čija je sadržina određena dominantnim društvenim moralom. Jednom rečju, krivica je jedinstvo ontološkog i normativnog.

Shodno tome, prema ovim teorijama krivica je viši rodni pojam, složena kategorija koja obuhvata sledeće elemente: uračunljivost, umišljaj i nehat i svest o protivpravnosti.

Uračunljivost je neophodna pretpostavka ili obavezan elemenat krivice i predstavlja sposobnost učinioca za krivicu koja podrazumeva ispravnost njegovog psihičkog aparata. Uračunljivost podrazumeva postojanje sposobnosti rasuđivanja i sposobnosti odlučivanja. Po pravilu, polazi se od pretpostavke uračunljivosti i ona se u konkretnom slučaju utvrđuje samo onda kada se pojavi sumnja da je reč o neuračunljivom učiniocu, što znači da se tada ne utvrđuje uračunljivost, već neuračunljivost.²⁸

Prema psihološko-normativnim teorijama krivice umišljaj i nehat su istovremeno i elementi i oblici krivice. Elementi zato što ne sadrže čitavu krivicu, kao u okviru psiholoških teorija, već moraju biti i vrednovani. Pri tome, oni su elementi od posebnog značaja i to iz dva razloga, prvog, jer daju suštinski pečat krivici i drugog, jer se ostali elementi (uračunljivost i svest o protivpravnosti) pretpostavljaju, pa je praktično u najvećem broju slučajeva utvrđivanjem umišljaja i nehata,

28 Vidi više o tome: N. Delić, Neke dileme u vezi utvrđivanja neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti (član 23. KZ), U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, I deo*, Beograd, 2007, 149-172.

rešeno i pitanje krivice. Istovremeno, umišljaj i nehat su i dva pojavna oblika krivice, odnosno dva različita stepena krivice jer u osnovi umišljaj znači svesno kršenje društvenih normi i otvoreno suprotstavljanje temeljnim društvenim vrednostima, a nehat samo ravnodušnost prema njima. Shodno tome, krivično pravo uzima u obzir odgovarajuće socijalno-etičko vrednovanje i pravno ga artikuliše na taj način što se umišljajnom i nehatnom učiniocu upućuje prekor različite težine. Međutim, ovde treba imati u vidu i to da osim toga što umišljaj i nehat čine sadržinu same krivice, njihovi određeni segmenti pojavljuju se već na nivou predviđenosti u zakonu, tj. obuhvaćeni su bićem krivičnog dela. Dakle, u tom smislu oni su oblik ponašanja koje je predviđeno kao krivično delo i oblik krivice (teorija o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata).

Najzad, kao treći konstitutivni element krivice javlja se i svest o protivpravnosti, a kao što je napred bilo i navedeno, uvažavanje svesti o protivpravnosti kao elementa krivice znači napuštanje načela *error iuris nocet* ili *nemo censetur ignorare legem* i shvatanja da je pravna zabluda irelevantna za postojanje krivice, odnosno samog krivičnog dela.

Ako sada pažnju usmerimo na sadržinu člana 22. stav 1. Krivičnog zakonika Srbije u kome je definisana krivica, u odnosu na svest o protivpravnosti kao njen element možemo da uočimo sledeće: prvo, svest o protivpravnosti je samostalni element krivice i drugo, svest o protivpravnosti može biti aktuelna i potencijalna.

Svest o protivpravnosti je samostalni element krivice koji se pretpostavlja i čije se postojanje ne mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju, te se polazi od oborive pretpostavke da ona postoji. Drugim rečima, polazi se od pretpostavke da je svaki prosečan, normalan čovek svestan dozvoljenosti, odnosno zabranjenosti sopstvenog ponašanja.

Svest o protivpravnosti je samostalna komponenta krivice i njeno postojanje ili odsustvo nema nikakvog značaja za postojanje umišljaja ili nehata. Naime, svest o protivpravnosti je znanje učinioca da se sa svojom radnjom sukobljava sa pravom, da čini nešto zabranjeno i razlikuje se od intelektualnog elementa umišljaja koji se sastoji u svesti o bitnim obeležjima bića krivičnog dela. Stoga se prvo utvrđuje da li je učinilac postupao sa umišljajem, a nakon toga i da li je postojala svest o protivpravnosti.

Po svojoj prirodi svest o protivpravnosti može biti aktuelna ili potencijalna, odnosno ona ne mora uvek da postoji, dovoljno je da je postojala dužnost i mogućnost da se takva svest ima.

Navedena shvatanja da je svest o protivpravnosti samostalni element krivice i da je za postojanje krivice dovoljna i potencijalna svest o protivpravnosti posledica su usvajanja tz. „teorije krivice”.

Naime, u krivičnopravnoj doktrini ne postoji jedinstven stav po pitanju mesta svesti o protivpravnosti u okviru krivice i tu se u osnovi razlikuju dva gledišta, jedno, prema kome je svest o protivpravnosti deo umišljaja i drugo, prema kome je ona samostalni element krivice. S tim u vezi je i pitanje da li je za postojanje krivice neophodna aktuelna svest o protivpravnosti ili je dovoljna potencijalna svest o protivpravnosti. S obzirom na način rešavanja datih pitanja izdvojile su se četiri teorije:

a) stroga teorija umišljaja, b) ograničena teorija umišljaja, v) stroga teorija krivice i g) ograničena teorija krivice.

Pristalice stroge teorije umišljaja smatraju da umišljaj ne obuhvata samo svest o pojedinim obeležjima bića krivičnog dela već i svest o protivpravnosti. Osnovna ideja ove teorije je da svest o obeležjima bića krivičnog dela dobija smisao tek ako se poveže sa svešću o protivpravnosti. To nadalje znači da svest o protivpravnosti mora biti aktuelna, što ovu teoriju čvrsto vezuje za psihologizam jer se i svest o protivpravnosti tretira isključivo kao čist psihički proces bez normativnih elemenata. Shodno tome, osnovna slabost ovog shvatanja je što zanemaruje normativnost svesti o protivpravnosti i sam princip krivice definiše preusko jer nedovoljno naglašava značaj dužnosti svakog člana društva da prema svojim mogućnostima ispita ispravnost svojih postupaka. Osim toga, ova teorija ima slabosti i na planu dogmatike jer sa jedne strane, uvodi tzv. „pravni nehat”, dok sa druge strane dolazi do neosnovanog cepanja umišljaja na dve vrste: redovni oblik umišljaja, koji je uključen u svest o protivpravnosti i „prirodni umišljaj” koji se iscrpljuje u svesti o zakonskim obeležjima krivičnog dela.

Slabosti stroge teorije umišljaja pokušao da prevaziđe Mazger koji je zastupao ograničenu teoriju umišljaja i u tom smislu je odstupio od načela da svest o protivpravnosti uvek mora biti aktuelna i stao na stanovište da je dovoljna i potencijalna svest o protivpravnosti, čime se u stvari u velikoj meri približio samoj teoriji krivice. Naime, ovaj autor je uvideo neodrživost konstrukcije pravnog nehata i smatrao da će se u ovim slučajevima neosnovano pozivanje učinilaca na pravnu zabludu izbeći ako se teorija umišljaja ograniči u tom smislu da se pravnoj zabludi ne prizna dejstvo u slučajevima kada ona počiva na tzv. „pravnom slepilu”, koje je kasnije zamjenjeno pojmom „neprijateljskog stava prema pravu”. Odstupanje od stroge teorije umišljaja autor je objašnjavao time da ova teorija vredi samo u meri u kojoj ne protivureči opštem pravnom principu prema kome se pravna zabluda u određenim slučajevima izjednačava sa svesnom pobunom protiv prava što nadalje znači da u takvim slučajevima učinilac treba da bude kažnjen kao da je umišljajno postupao.

Prema strogoj teoriji krivice svest o protivpravnosti ili mogućnost svesti o protivpravnosti predstavlja samostalni element krivice koji je nezavistan od umišljaja. Za razliku od teorije umišljaja teorija krivice se zadovoljava i potencijalnom svešću o protivpravnosti. Prema ovom shvatanju krivica je isključena samo ako pravna zabluda nije skrivljena, a to će biti samo onda kada je neotklonjiva. Ako je pak, pravna zabluda bila otklonjiva, to nema nikakvog dejstva na postojanje umišljaja. Međutim, pošto se i u tom slučaju stepen krivice u suštini „smanjuje” učiniocu se kazna može ublažiti. Inače, teorija krivice vezana je za napred objašnjenu Velcelovu finalnu teoriju radnje i nastala je kao nužna konsekvenca izjednačavanja finalnosti i umišljaja. Naime, ako se pođe od toga da je umišljaj u suštini način upravljanja kauzalnim tokom i da shodno tome spada u nepravo, onda je sasvim logično i to da svest o protivpravnosti nema na njega nikakav uticaj jer umišljaj pripada sferi ontološkog, a svest o protivpravnosti sferi normativnog. Zasluga ove teorije je pre svega u tome što je afirmisala potencijalnu svest o protivpravnosti kao dovoljnu za upućivanje prekora.

Predstavnici ograničene teorije krivice slažu se sa predstavnicima stroge teorije krivice da je svest o protivpravnosti element krivice, a ne umišljaja. No, od njih se razlikuju po tome što zabludu o osnovima koji isključuju protivpravnost ne tretiraju kao pravnu zabludu i smatraju da ona isključuje umišljaj ukoliko se u konkretnom slučaju nije mogla izbeći, odnosno ukoliko se mogla izbeći postoji odgovornost za nehat ako se redi o krivičnom delu kod koga je nehat kažnjiv. Međutim, prilikom argumentovanja datog stava nastaju značajne poteškoće koje proizilaze iz toga što kod zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost ostaje sačuvana svest o obeležjima bića krivičnog dela kao i volja da se to biće ostvari, te shodno tome ostaje otvoreno pitanje zašto je umišljaj isključen.

S tim u vezi izdvojila su se tri stava: teorija o negativnim obeležjima bića krivičnog dela, teorija o analogiji između zablude o biću dela i zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost i teorija o izjednačavanju zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost i zablude o biću krivičnog dela samo u odnosu na sankciju. Teorija o negativnim obeležjima bića krivičnog dela polazi od toga da su okolnosti koje isključuju protivpravnost kao negativno obeležje sastavni deo bića krivičnog dela. Umišljaj se stoga mora odnositi na takvo prošireno biće krivičnog dela i osim svesti o biću krivičnog dela mora sadržati i svest o nepostojanju osnova koji isključuju protivpravnost. Otuda, prema ovom shvatanju zabluda o osnovima koji isključuju protivpravnosti jeste jedna vrsta zablude o biću krivičnog dela. Osnovni nedostatak ove teorije je u tome što je ona suštinski nerealna jer je umišljaj shvaćen na dati način praktično nemoguć pošto u praksi učinioci krivičnih dela po pravilu nikad ne razmišljaju o odsustvu osnova koji isključuju protivpravnost. Teorija o analogiji između zablude o biću krivičnog dela i zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost polazi od strukturnih sličnosti ovih zabluda koje proizilaze iz toga što se obe odnose na deskriptivna i normativna obeležja nekog pravnog pravila, pri čemu se zabluda o biću krivičnog dela odnosi na obeležja bića, a zabluda o osnovima koji isključuju protivpravnost na obeležja osnova isključenja protivpravnosti i zbog toga se obe zablude u jednakoj meri razlikuju od pravne zablude kod koje postoji ispravno shvatanje svih pomenutih obeležja, samo je vrednosni sud o njima pogrešan. Zbog navedene sličnosti, smatra se nadalje, da je opravdano da zabluda o obeležjima bića krivičnog dela i zabluda o osnovima koje isključuju protivpravnost imaju isto krivičnopravno dejstvo te da je i kod jedne kao i kod druge zablude isključen umišljaj, kao i protivpravnost. Osnovni prigovor koji se upućuje ovoj teoriji jeste taj da se u krajnjoj liniji svodi na teoriju o negativnim obeležjima krivičnog dela jer u suštini nema argumente da opravda analogiju na kojoj cela konstrukcija počiva. Nedostaci teorije o analogiji doveli su do nastanka teorije prema kojoj je zabluda o osnovima koje isključuju protivpravnost izjednačena sa zabludom o biću krivičnog dela samo u pogledu sankcije. Ova teorija u osnovi polazi od teorije o dvostrukoj ulozi/funkciji umišljaja te se uzima da je u slučaju zablude o osnovima koji isključuju protivpravnost postoji umišljaj kao element protivpravnosti, ali da je isključena umišljajna krivica i da u obzir dolazi jedino odgovornost za nehat. Naime, kako se smatra, učinilac je u tom slučaju sa umišljajem ostvario biće krivičnog dela, ali je pogrešno smatrao da postoje okolnosti, koje bi da su zaista postojale opravdavale njegovu radnju i ukoliko je tu zabludu mogao da izbegne učinioću se, uzevši u celini, može uputiti prekor samo zbog nehata. Drugim rečima, umišljaj u

odnosu na obeležja bića krivičnog dela i nehat u odnosu na okolnosti koje isključuju protivpravnost opravdavaju u totalitetu samo nehat. Čini se da je jasno uočljiva protivrečnost u koju zapada ova teorija time što se smatra da umišljajne krivice nema u slučaju kada je biće krivičnog dela ostvareno sa umišljajem.²⁹

Najzad, po pitanju šta čini sadržaj/predmet svesti o protivpravnosti, ili drugim rečima kada svest o protivpravnosti postoji, odnosno koje su to okolnosti koje učinilac mora znati da bi bio svestan protivpravnosti, treba reći da shodno zakonskoj odredbi ona postoji kada je učinilac bio svestan da je njegovo delo zabranjeno. Iako u teoriji postoje različita mišljenja o tome šta se pod tim konkretno podrazumeva,³⁰ treba uzeti da svest o protivpravnosti postoji kada je učinilac svestan pravne zabranjenosti dela koje preduzima tj. kada kod njega postoji svest o tome da čini ponašanje koje je pravom, pravnim normama zabranjeno. Shodno tome, svest o protivpravnosti postoji kada je učinilac svestan da je njegovo ponašanje protivno pravnom poretku, odnosno da predstavlja napad na neko pravom zaštićeno dobro, što u suštini znači da je učinilac na jedan laički način svestan toga da čini nepravo. Pri tome, postojanje svesti o protivpravnosti ne znači da se zahteva da učinilac poznaje pravnu normu u njenom konkretnom obliku, tj. da poznaje tekst zakona kojim se određeno ponašanje zabranjuje ili naređuje jer kada bi se to zahtevalo, onda bi sasvim osnovan bio prigovor da samo pravnik može biti kriv (i to ne svaki). Iz navedenog nadalje proizilazi da svest o protivpravnosti ne mora da obuhvati i svest o kažnjivosti. Naime, svest o kažnjivosti praktično u sebi uvek sadrži i svest o protivpravnosti, ali svest o protivpravnosti ne sadrži uvek i svest o kažnjivosti. Dalje, kada je reč o odnosu svesti o protivpravnosti i svesti o društvenoj štetnosti ponašanja, treba reći da svest o društvenoj štetnosti nije dovoljna za postojanje svesti o protivpravnosti jer ne obuhvata i svest o tome da dato dobro koje se u konkretnom slučaju povređuje ili ugrožava istovremeno predstavlja i pravno dobro, odnosno ne obuhvata svest o tome da povreda ili ugrožavanje datog dobra istovremeno predstavlja i ugrožavanje pravnog poretka i pravne sigurnosti. Na kraju, iz prethodno rečenog jasno proizilazi i to da za postojanje svesti o protivpravnosti nije dovoljna ni samo svest o nemoralnosti datog ponašanja.³¹

Nadalje, prema odredbi člana 29. stav 1. Krivičnog zakonika Srbije nije krivično delo koje je učinjeno u neotklonjivoj pravnoj zabludi, a u skladu sa odredbom stava 2. pravna zabluda je neotklonjiva ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da zna da je njegovo delo zabranjeno. Shodno tome, u slučaju neotklonjive pravne zablude nema

29 P. Novoselec, (1985), 171-186.

30 F. Bačić smatra da učinilac treba da bude svestan negativnog socijalnog značaja svoga dela, što bi značilo da se za postojanje svesti o protivpravnosti ne traži svest o formalnoj protivpravnosti, odnosno svest o tome da je dato ponašanje pravno zbranjeno. (F. Bačić, (1980), 274). P. Novoselec ističe da svest o protivpravnosti mora da obuhvati svest o formalnoj protivpravnosti, drugim rečima, spoznaju da je dato ponašanje zabranjeno i svest o materijalnoj protivpravnosti, tj. svest o tome da se povređuju ili ugrožavaju najznačajnija društvena dobra. (P. Novoselec, (1985), 165). Moglo bi se reći dosta „interesantno” razmatranje ovog pitanja iznosi B.Čejović koji na kraju zaključuje da svest o zabranjenosti dela obuhvata svest o protivpravnosti i svest o predviđenosti dela u (krivičnom) zakonu, a posredno i svest o društvenoj opasnosti. (B. Čejović, Neki aspekti subjektivnog elementa u krivičnom delu, U: *Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni*, Beograd, 2006, 95-100).

31 Vidi. Z. Stojanović, (2007a), 177-179. i P. Novoselec, (1985), 168. i (2004), 249.

krivičnog dela jer je isključena krivica kao njen obavezni element. S obzirom na sve napred izneto, jasno je da ovde nema krivice jer kod učinioca nije mogla postojati svest o protivpravosti koja je konstitutivni element krivice. Dakle, učinilac je bio uračunljiv i postupao sa umišljajem ali opravdano nije imao svest o protivpravosti, odnosno nije znao da preduzima pravom zabranjeno ponašanje,³² a iz razloga što ne poznaje pravnu normu ili je pravnu normu pogrešno tumačio (direktna pravna zabluda) odnosno, iz razloga što pogrešno procenjuje postojanje pravnih uslova za primenu nekog od osnova koji isključuje protivpravost ili pogrešno smatra da nešto predstavlja osnov koji isključuje protivpravost (indirektna pravna zabluda) i stoga mu se za učinjeno delo ne može uputiti prekor.³³

Jednom rečju, pravna zabluda bi bila negativna strana svesti o protivpravosti kao elementa krivice (a, stvarna zabluda negativna strana umišljaja, preciznije, njegove intelektualne komponente), dok bi podela pravne zablude na otklonjivu i neotklonjivu bila druga strana podele svesti o protivpravosti na aktuelnu i potencijalnu. Shodno rečenom, moguće su tri situacije: prva, da učinilac postupa sa aktuelnom svesti o protivpravosti što znači da je potpuno svestan protivpravosti svog dela, tj. da nije u zabludi o protivpravosti i u tom slučaju postoji krivica i postoji krivično delo, druga, da učinilac postupa sa potencijalnom svešću o protivpravosti tj. da nije bio svestan protivpravosti ali je bio dužan i mogao da bude svestan da je njegovo delo zabranjeno, takav učinilac se nalazi u otklonjivoj pravnoj zabludi za koju zakonodavac predviđa mogućnost ublažavanja kazne i treća situacija, učinilac nema ni aktuelnu, ni potencijalnu svest o protivpravosti, tj. nije svestan protivpravosti, niti je bio dužan i mogao biti svestan da je njegovo delo zabranjeno, i takav učinilac se nalazi u neotklonjivoj pravnoj zabludi koja u potpunosti isključuje njegovu krivicu i samim tim isključuje i postojanje krivičnog dela.³⁴

32 Vidi više o tome: Z. Stojanović, Pravna zabluda u novom Krivičnom zakoniku, *RKK*, 2006/3, 9-18. i M. Damaška, Problem razgraničenja stvarne i pravne zablude, *Naša zakonitost*, 1965/1, 9-31. Shvatanje pravne zablude kao zablude o pravnoj zabranjenosti dela predstavlja tzv. formalno shvatanje pravne zablude koje je inače nastalo i dalje se razvijalo u kontekstu formalnog pojma krivičnog dela. Suprotno tome, u skladu sa materijalno-formalnim pojmom krivičnog dela pod pravnom zabludom se po pravilu smatra zabluda o društvenoj opasnosti dela. Vidi: M. Stevanović, *Pravna zabluda u krivičnom pravu*, DD, Beograd, 1989, 140-143. i A. Stajić, Izgradnja jugoslovenskog materijalnog krivičnog zakonodavstva na osnovama novih ustavnih rešenja, *JRKKP*, 1974/4, 549. Takođe uporedi: D. Atanacković, Odnos društvene opasnosti i protivpravosti kao elemenata opšteg pojma krivičnog dela, *Anali*, 1969/2, 194-205. i V. Kambovski, (2007), 166.

33 Prema odredbi parag. 17. KZ Nemačke u kome je predviđena zabluda o zabranjenosti dela, isključena je krivica učinioca kada pri izvršenju krivičnog dela nije znao da postupa protivno pravu („Unrecht zu tun“) ako je zabluda bila neotklonjiva, a ako je zabluda bila otklonjiva, kazna mu se može ublažiti. (Vidi: A. Schönke/H. Schröder, (2001), 335). Austrijski KZ pravnu zabludu predviđa u parag. 9. u kome stoji da je isključena krivica učinioca koji zbog neotklonjive zablude u kojoj se nalazi ne zna za protivpravost svoje radnje. (Vidi: E. Forreger/E. Serini, *Manz Taschenausgaben Strafgesetzbuch*, Wien, 1989, 47-48). Kao što se vidi oba zakonika u skladu sa prihvaćenom normativnom koncepcijom krivice prediđaju da pravna zabluda, direktna i indirektna, isključuje krivicu. Međutim za razliku od ovih zakonskih rešenja KZ Francuske u čl. 122-123. pravnu zabludu restriktivno određuje i predviđa da je isključena krivica učinioca koji je zbog neotklonjive pravne zablude opravdano verovao da je njegovo ponašanje u skladu sa zakonom (da ima zakonsko pravo da izvrši delo), iz čega proizilazi da se pod pravnom zabludom podrazumeva samo zabluda o osnovima isključenja protivpravosti, odnosno indirektna pravna zabluda (*Code Penal*, Paris, 2004, 32).

34 Vidi, P. Novoselec, (2004), 258. i V. Kambovski, (2006), 167.

Shodno svemu napred navedenom, možemo da zaključimo da je naš zakonodavac po pitanju pravne zablude usvojio jedno savremeno i pre svega humano rešenje jer je predvideo da u slučaju neotklonjive pravne zablude nema krivice, odnosno nema krivičnog dela, što u krajnjoj liniji znači da nema kažnjavanja onog učinioca koji iz opravdanih razloga nije znao da čini nešto što je zabranjeno (mislio je da dopušteno).³⁵ Kao što smo u radu nastojali da prikažemo, dato zakonsko rešenje po pitanju pravne zablude neposredno je povezano sa zakonskim pojmom krivice, zasnovanim na shvatanjima mešovitih, psihološko-normativnih teorija krivice, kao i opštim, formalnim, objektivno-subjektivnim pojmom krivičnog dela.

Na kraju, ne možemo, a da ne konstatujemo da nam ova nova zakonska rešenja govore o tome da je tvorac Krivičnog zakonika Srbije prilikom njegovog sastavljanja pošao od neminovnosti da se pravni mehanizmi reagovanja na kriminalitet moraju permanentno usklađivati sa etičkim i moralnim principima i da u tom kontekstu krivično pravo i njegovo zakonodavstvo, kao i sudska praksa, moraju pratiti progresivne procese i tendencije, tj. tekovine savremene krivičnopravne doktrine, te da u tom smislu krivično pravo mora valorizovati i revalorizovati svoje institute pa kada je to opravdano preduzeti i radikalne kvalitativne i kvantitativne zahvate. Mišljenja smo stoga da je datim rešenjima, zakonodavac upravo dokazao da je napuštanje nekih tradicionalnih instituta opravdano pre svega u onim slučajevima kada se osnovano može smatrati da su nove usvojene koncepcije humanije, pravednije i efikasnije.³⁶

SUMMARY

Nataša Delić, Ph.D.

Assistant Professor at the Faculty of Law, Belgrade

THEORIES OF CULPABILITY AND EFFECT OF LEGAL ERROR IN CRIMINAL LEGISLATION

In this piece of work the author considers very complex matter of relationship between the theory of guilt and importance/effect of legal error. Namely, till the ratification of Criminal Code of Republic of Serbia the materially-formal general notion of criminal offence as

35 Po tom pitanju ima i suprotnih mišljenja, pa tako M. Zupančić navodi da dato rešenje dovodi do preterane subjektivizacije krivičnog prava, a u krajnjoj liniji i do njegovog „odumiranja”. Cit. prema: V. Jakulin, *Pravna zabluda*, *Pravni život*, 2005/9, 336. Takođe, LJ. Lazarević dovodi u pitanje opravdanost „ovako radikalne” izmene na planu krivičnopravnog značaja pravne zablude. LJ. Lazarević, *Kritički osvrt na neka rešenja u KZS*, *Bilten sudske prakse VSS*, 2006/3, 139-140.

36 Naravno, da ovde treba imati u vidu i to da je naša sudska praksa i do sada pravnu zabludu kao institut primenjivala veoma restriktivno. No, opravdano se može očekivati da će se u praksi, po prirodi stvari, češće javljati otklonjiva pravna zabluda, dok će neotklonjiva predstavljati izuzetak čija primena, shodno njenom krivičnopravnom značaju, nužno pretpostavlja relativno visoke kriterijume, kao što je primera radi, i u nemačkoj sudskoj praksi (BGH 4 5, 352; BGH 5 18, 21 20; BGH NStZ 00, 364 i BGH 40 264). Cit. prema: A. Schönke/H. Schröder, (2001), 342. Upoređi: Smith/Hogan, *Criminal Law*, London, 1988, 80-81, A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 1992, 207-208. i A. Ashworth, *Mistake of Law*, *Criminal LR*, 1974, 652.

well as psychical theories of guilt were accepted, according to which the culpability comes up to only a psychical attitude of perpetrator to a felony and is been defined according to his sense/aware and volition. The implication of this concept was the legal decision according to which legal error did not have any influence to existence of guilt and criminal offence/criminal act but only symbolized optional ground for lenient or divestiture from the penalty. The Criminal Code of Republic of Serbia in accordance to a modern inheritance of criminal legal theory adopts formal concept of general notion of criminal offence, and guilt defines in the line with miscellaneous, psychical-normative theories of guilt, according to which the guilt reflects psychical relation of perpetrator to a offence for which purpose the lecture might be consigned to him. Pursuant, it is reasonably dismissed the principle that the ignorance of law always harms and prescribes that unavoidable legal error excludes culpability because the perpetrator legitimately neither was not aware that his offence was prohibited nor was in duty and could not know, i.e. there was not an existence sense of the prohibition of the act, where from he could not be lectured.

Keywords: guilt/culpability, theories of guilt, psychical theories of guilt, normative theories of guilt, psychical-normative theories of guilt, legal error, avoidable legal error, unavoidable legal error, a sense of the prohibition of the act

Doc. dr Goran P. Ilić
Pravni fakultet, Beograd

MARGINALIJE UZ DILEMU: TUŽILAČKA VERSUS SUDSKA ISTRAGA

Apstrakt: Rasprava koja se vodi u kontinentalnom pravu o pravicima reforme postojećih zakonskih rešenja u prvi plan je postavila dilemu: tužilačka ili sudska istraga. Uprkos različitom subjektu koji se pojavljuje kao *dominus litis* u jednom i drugom modelu istrage, ne treba zanemariti ni neka pitanja koja su zajednička za oba tipa ove procesne faze, a odnose se na organe koji učestvuju u njoj i njihove međusobne odnose. Jedan od njih je i policija čijem položaju i odnosu prema drugim organima, a naročito javnom tužilaštvu, treba posvetiti odgovarajuću pažnju. Analiza pokazuje da policija bilo formalno, bilo *de facto* ima značajnu, tako-reći odlučujuću ulogu u otkrivanju dela i pronalaženju učinilaca, pa čak i njihovoj sudivosti.

Ključne reči: tužilačka istraga, sudska istraga, kontinentalni krivični postupak, anglo-američki krivični postupak, policija

I

Porast broja predmeta koji nije praćen odgovarajućim povećanjem broja sudija i tužilaca, teški oblici kriminala nadnacionalnog karaktera, preterani formalizam u cilju obezbeđenja bolje odbrane optuženog, hipertrofija krivičnih inkriminacija i potreba da poremećaji izazvani izvršenjem krivičnog dela dobiju svoj pravosudni epilog,¹ samo su neka od pitanja sa kojima se suočava krivičnoprocesno zakonodavstvo zemalja kontinentalne Evrope. Sagledane u svetlu prava na suđenje u razumnom roku, ove poteškoće bi mogle da navedu na zaključak da se kontinentalni model deljenja pravde pokazuje kao manje efikasan od anglo-američkog modela. Primera radi, u 2005. godini je u Engleskoj i Velsu optuženi koji se izjasnio krivim u prosequ čekao na suđenje 12 nedelja, dok je optuženom koji se izjasnio da nije kriv suđenje počinjalo u prosequ za 21 nedelju. U slučaju polaganja jemstva prosequ je 16 nedelja, a u pritvorskim predmetima 14 nedelja.² U istoj godini je u Srbiji postupak od podnošenja krivične prijave do donošenja odluke o njenom odbacivanju, prekidu ili obustavi istrage ili podizanju optužnice u 24,63% slučajeva trajao do mesec dana, u 18,90% dva do četiri meseca, a u 17,58% preko šest meseci do jedne godine. Trajanje postupka duže od godinu dana zabeleženo je u ovom periodu u 12,76% slučajeva.³

1 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2002, 603.

2 Ovi rokovi se razlikuju u zavisnosti od pojedinih regiona. *Judicial Statistics England and Wales for the year 2005*, Presented to Parliament by the Secretary of State for Constitutional Affairs and Lord Chancellor by Command of Her Majesty May 2006, © Crown Copyright 2006, 94, dostupno na adresi: <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm67/6799/6799.pdf>.

3 *Bilten 467 Punoletni učinioi krivičnih dela – Prijave, osude, optuženja – 2005.*, Republika Srbija, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2007, str. 36.

Kriza u koju je zapalo kontinentalno krivičnoprocesno zakonodavstvo ima za posledicu preispitivanje klasičnih procesnih načela, brisanje oštih razlika između građanskog i krivičnog pravosuđa i dovođenje u pitanje osnovnih procesnih pojmova.⁴ Kada je reč o načelima krivičnog procesnog prava, pažnja je posebno usmerena na istražno načelo, načelo sudske odgovornosti i, naročito, načelo istraživanja materijalne istine. Reč je o načelima koja oslikavaju ulogu koju sud ima u utvrđivanju činjeničnog stanja u krivičnom postupku, što predstavlja jednu od bitnih razlika između postupka kontinentalnog tipa i anglo-američkog modela.

Uvreženo je shvatanje da bi odstupanje od navedenih načela značilo napuštanje mešovitog modela i prihvatanje optužnog tipa krivičnog postupka. Pri tom se u stručnoj javnosti pod stranački oblikovanim postupkom podrazumeva uglavnom ukidanje tradicionalne službe istražnog sudije, ali ne i ukidanje istražnog monopola državnih službenika što bi dosledno sprovođenje stranačke procesne koncepcije nalagalo.⁵ Usled toga zagovornici istrage kojom rukovodi tužilac smatraju da bi sud trebalo da zadrži rukovodeću ulogu na glavnom pretresu (to je uostalom stav i branitelja sudske istrage), što predstavlja odstupanje od klasične uloge sudije u anglo-američkom postupku.⁶ Prelaskom na tužilački model istrage sud bi bio rasterećen od nesudskih funkcija (u koje se ubraja i sprovođenje istrage) i mogao bi u potpunosti da se posveti deljenju pravde.⁷

Težište spora je, dakle, prebačeno na teren istrage kao centralne faze prethodnog postupka koji u tradicionalnom kontinentalnom „pravosuđu” predstavlja stvarno, iako ne i formalno-pravno, njegovu dušu.⁸ Istorijski posmatrano, sudska istraga je proizašla iz francuskog Zakonika o krivičnoj istrazi (*Code d'instruction criminelle*) od 1808. godine koji je razdelio prvostepeni postupak na dve faze, od kojih je prva bila uređena u duhu inkvizitorskog postupka, dok je druga predstavljala izraz revolucionarnih ideja i zasnivala se na načelima akuzatorskog postupka preuzetim iz engleskog prava.⁹ Tako koncipiran krivični postupak je otpočinjao fazom pripreme ili prethodne istrage (*la phase de l'instruction préparatoire ou préalable*), po čijem okončanju je sledila faza konačne istrage (*la phase de l'instruction définitive*). Prva faza krivičnog postupka je bila usmerena ka prikupljanju dokaza o postojanju

4 M. Damaška, Napomene o sporazumima u kaznenom postupku, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 11, br. 1, 2004, 4.

5 M. Damaška, O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14, br. 1, 2007, 5.

6 Više o tome: G. P. Ilić, Način i obim primene krivičnoprocesnog zakonodavstva i prevencija kriminaliteta, u L. Kron (priređila), *Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta MMVIII*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2008, 230.

7 Z. Pavlović, Javni tužilac kao subjekat prevencije kriminaliteta, u L. Kron (priređila), *Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta MMVIII*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2008, 181.

8 M. Damaška, O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka, *op. cit.*, 4. Na to uostalom upućuju i rezultati pojedinih empirijskih istraživanja koji pokazuju da ovaj stadijum ima najčešće presudno značenje za ishod glavnog pretresa. D. Krapac, Suvremeni prethodni krivični postupak: nastanak i glavne značajke, *Naša zakonitost*, br. 2-3, 1989, 289 i 290.

9 O pripremama za donošenje Zakonika o krivičnoj istrazi videti: A. Langui, A. Lebigre, *Histoire du droit pénal II La procédure criminelle*, Cujas, Paris, 1979, 143-145; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Paris, 2000, 395-398.

krivičnog dela i odgovornosti okrivljenog, dok je faza konačne istrage bila organizovana kao pretres na kojem je okrivljeni imao mogućnost da pred sudom dokazuje svoju nevinost.

Ako se pomenute faze krivičnog postupka sagledaju u svetlu prava okrivljenog i njegovog branioca da prisustvuju izvođenju dokaza i slobodno komuniciraju u cilju pripremanja odbrane, može se reći da su u toku pripreme istrage prava odbrane bila u velikoj meri ograničena.¹⁰ Zbog toga su usledile zakonske izmene kojim su uvedene značajne garancije lične slobode u krivični postupak, i to prvenstveno u fazu pripreme istrage, što je dovelo do ublažavanja inkvizitorskih elemenata. Međutim, deoba prvostepenog krivičnog postupka na pripremnu i sudeću etapu je ostala nepromenjena i presudno je uticala na evropska krivičnoprocesna zakonodavstva krajem XIX veka.

Na drugoj strani, u engleskom pravu i zemljama koje su pod njegovim uticajem prihvatile *common law* sistem, najveća pažnja je pridavana glavnom pretresu, dok se o fazama koje mu prethode govorilo samo u najbitnijim crtama. To je posledica davnašnje engleske koncepcije krivičnog postupka zasnovane na slabim ovlašćenjima policije u prikupljanju dokaza, odsustvu profesionalnog tužioca i glavnom pretresu kao istinskom središtu krivičnog procesa.¹¹ Suštinske izmene koje je savremeni engleski krivični postupak pretrpeo, kao i odstupanja do kojih je, u odnosu na njegov tradicionalni model, došlo u pojedinim zemljama precedentnog prava (naročito, u pogledu nadležnih organa za pokretanje i sprovođenje krivičnog progona), imali su za posledicu povećanje značaja pripreme faze krivičnog postupka.

Bez obzira na različite načine uređenja prethodne faze krivičnog postupka u uporednom pravu, njihov zajednički imenitelj je da se u okviru ove procesne etape ostvaruju funkcije isleđenja, progona i selekcije predmeta koji će biti izneti na glavni pretres radi suđenja.¹² Sa tim u vezi se može postaviti jedno pitanje koje promiče poprilično nezapaženo u stručnim raspravama o uređenju krivičnog postupka, a odnosi se na ulogu policije u fazi otkrivanja dela, pronalaženja učinioca i prikupljanja dokaza. U kojoj meri od policije zavisi da li će neka povreda kaznenih propisa ići u pravcu sudivosti, pokazuju ankete koje su sedamdesetih godina prošlog veka vršene u Francuskoj.¹³ Čitava serija nasilnih ponašanja, fizičkih i verbalnih, male težine, rešena je dogovorom između sukobljenih stranaka, uz učešće policije koja ih je utvrdila. Maloletni učinioci takvih dela su najčešće sankcionisani putem policijskog upozorenja, tako da su predstavnici snaga reda na neki način ovde nastupali kao delegati sudske vlasti. Reč je o pitanju koje zavređuje detaljniju analizu.

10 Pripremna faza krivičnog postupka nije imala značaj pravnog spora u kojem dve ravnopravne stranke pred sudom zastupaju različite interese, već je predstavljala jednostrano postupanje javne vlasti. V. Bayer, *Kazneno postupovno pravo Prva knjiga Povištni razvoj*, Zagreb, 1943, 293.

11 J. R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, Que sais-je?, PUF, Paris, 1998, 67.

12 J. Pradel, Rapport général, in *La phase préparatoire au procès pénal en droit comparé*, Actes du Séminaire International organisé par l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles de Syracuse et tenu à Noto (Italie) 26 septembre – 1 octobre 1982, Revue international de droit pénal, n° 1-2, Paris, 1985, 11.

13 L. Mucchielli, Une société plus violente? Une analyse socio-historique des violences interpersonnelles en France, des années 1970 à nos jours, članak prihvaćen za objavljivanje u časopisu *Anali*, br. 1, 2008.

II

Uporedna analiza određenih faza krivičnog postupka pretpostavlja korišćenje hronološkog kriterijuma za izdvajanje pojedinih faza, karakterističnih po jednom „vodećem učesniku” koji je ovlašćen da odluči o pokretanju naredne procesne faze. U skladu sa tim je moguće razlikovati pripremnu fazu koja se sastoji od isleđenja¹⁴ i progona, međufazu u okviru koje se odlučuje o stavljanju pod optužbu i osnovanosti daljeg vođenja postupka, i sudeću fazu namenjenu donošenju meritorne odluke.¹⁵

Ako se u svetlu izložene podele sagleda pojam prethodnog postupka, može se reći da on obuhvata pripremnu fazu i međufazu krivičnog postupka. Određene nedoumice mogu nastati jedino u vezi sa trenutkom pokretanja ovog procesnog stadijuma, budući da njegova pripremna faza može biti organizovana kao sudski postupak ili stavljena u nadležnost nesudskim organima. Na osnovu toga se može govoriti o sudskom i upravnom modelu pripremne faze prethodnog postupka.

Osnovna odlika sudskog modela je da istragu sprovode sudski organi, što se opravdava nezavisnošću i nepristrasnošću suda koji predstavlja bolju garantiju prava građana.¹⁶ Budući da je za zasnivanje krivičnog postupka kao pravnog odnosa potrebno da postoje tri procesna subjekta u akciji (sud, ovlašćeni tužilac i okrivljeni), postupanje policije prilikom otkrivanja krivičnih dela i pronalaženja učinilaca predstavlja vanprocesnu fazu koja ne ulazi u okvir krivičnog postupka. Na ovaj način je u našem pravu uređena istraga kao prva faza prethodnog postupka.

Upravni model pripremne faze prethodnog postupka se odlikuje poveravanjem isleđenja i progona nesudskim organima, tačnije, javnom tužiocu i policiji. Tako se u francuskom i belgijskom pravu u okviru pripremne faze izdvajaju izviđaj (*l'enquête*)¹⁷ i progon (*la poursuite*) čiji glavni akteri su javni tužilac i policija,¹⁸ dok javni tužilac rukovodi isleđenjem u nemačkom i italijanskom pravu. Na drugoj strani, u engleskom krivičnom postupku policija sprovodi isleđenje i progon, a javni tužilac je nadležan za donošenje odluke o nastavljanju ili obustavi krivičnog progona. U slučaju da se u toku pripremne faze pojavi potreba za ograničenjem ličnih prava i sloboda osumnjičenog, odluku o tome po pravilu donosi sud.

Pokretanje prethodnog postupka je teorijski moguće urediti na dva načina. Prvi se zasniva na načelu oficijelnosti koje podrazumeva obavezu državnih organa da započnu i sprovedu krivični postupak po službenoj dužnosti, bez obzira da li to želi oštećeno lice. Drugi način se temelji na dispozitivnom načelu koje dovodi u vezu mogućnost krivičnog progona sa voljom oštećenog lica. U skladu sa pomenu-

14 Isleđenje je genusni pojam za izviđaj i istragu. T. Živanović, *Osnovni problemi Krivičnog i Građanskog procesnog prava (postupka)*, II. odeljak, Beograd, 1941, 20.

15 M. Delmas-Marty, Introduction, in M. Delmas Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, PUF, Paris, 1995, 66.

16 T. Vasiljević, *op. cit.*, 478.

17 Francuska procesna teorija smatra da je izviđaj po svojoj prirodi sudski, a ne upravni postupak. R. Merle, A. Vitu, A., *Traité de droit criminel Tome II Procédure pénale*, Quatrième édition, Cujas, Paris, 1989, 307.

18 Nakon toga istražni sudija sprovodi istragu (*l'instruction*) i donosi se odluka o osnovanosti daljeg vođenja krivičnog postupka.

tim načelima je moguće zamisliti sledeće sisteme pokretanja prethodnog postupka: progon vrši oštećeni ili njegovi naslednici (privatna tužba); progon preduzima u ime društva svaki građanin (popularna tužba); progon je u rukama samih sudija (progon po službenoj dužnosti);¹⁹ progon obavljaju specijalizovani organi državne uprave kao što su javni tužilac (javna tužba) ili policija.²⁰ Uporedna analiza ove problematike pokazuje da ovlašćenje za pokretanje prethodnog postupka pripada, po pravilu, javnom tužiocu i policiji, a da, u pojedinim pravnim sistemima, to pravo ima i privatno lice.

Prilikom pokretanja prethodnog postupka poseban značaj dobija pitanje odnosa javnog tužioca i policije. Sa tim u vezi, u procesnoj teoriji se pravi razlika između kontinentalne i engleske koncepcije.²¹ Osnovna odlika prve je da javni tužilac rukovodi izviđajem i usmerava rad sudske policije.²² Iako policija najčešće biva prva obavestena o izvršenju krivičnog dela, rukovodeća uloga javnog tužioca je obavezuje da ga odmah obavesti o delu za koje je saznala. Na ovaj način je pokretanje prethodnog postupka regulisano u francuskom, italijanskom i belgijskom pravu. U nemačkom krivičnom postupku su funkcioneri policije obavezni da bez odlaganja obaveste nadležnog javnog tužioca o rezultatima potraga koje su preduzeli. Nasuprot tome, engleska koncepcija pokretanja prethodnog postupka ovlašćuje policiju da sprovodi isleđenje samostalno, odnosno bez kontrole koju bi vršio javni tužilac.²³ Po završetku isleđenja policija dostavlja spise Krunskoj službi gonjenja²⁴ koja odlučuje da li će nastaviti ili obustaviti krivični progon.²⁵ Policija je i u SAD nadležna za isleđenje krivičnih slučajeva, nakon čega upućuje predmet kancelariji javnog tužioca²⁶ koji odlučuje da li će podići optužbu i preduzeti krivično gonjenje.²⁷

-
- 19 U francuskom krivičnom postupku je sudeće veće ovlašćeno da postupi na taj način u pogledu krivičnog dela koje je učinjeno na glavnom pretresu. J. Larguier, *Procédure pénale*, Onzième édition, Que sais-je?, PUF, Paris, 2001, 56.
 - 20 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, op. cit., 540.
 - 21 E. Mathias, L'équilibre des pouvoirs entre la police et le ministère public, in M. Delmas-Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, Paris, 1995, 399-400.
 - 22 *Ibid.*, 400-401.
 - 23 J. R. Spencer, op. cit., 24.
 - 24 Krunska služba gonjenja (*Crown Prosecution Service*) je osnovana donošenjem Zakona o progonu krivičnih dela (*Prosecution of Offences Act*) od 1985. godine. Na njenom čelu se nalazi direktor javnih progona (*Director of Public Prosecutions*) koji je pod nadzorom Vrhovnog tužioca (*Attorney General*). Više o tome: *Ibid.*, 32-36.
 - 25 Ako policija oceni da je umesto progona nekog lica dovoljno da mu uputi upozorenje (*caution*), nije obavezna da dostavi spise Krunskoj službi gonjenja. Pored monopola policije u vezi sa progonom učinilaca krivičnog dela, Krunska služba gonjenja nema mogućnost ni da zastupa optužbu na glavnom pretresu, jer su za to nadležni advokati (*barristers*). J. Pradel, *Droit pénal comparé*, op. cit., 541; J. R. Spencer, op. cit., 36-40.
 - 26 Nadležnost za progon učinilaca federalnih krivičnih dela pripada saveznim tužiocima (*United States attorneys*), dok okružni (*District attorneys*) i opštinski (*Municipal attorneys*) javni tužioce gone učinioce krivičnih dela predviđenih zakonima država članica.
 - 27 L. Weinreb, La phase préparatoire du procès pénal aux Etats-Unis, in *La phase préparatoire au procès pénal en droit comparé*, Actes du Séminaire International organisé par l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles de Syracuse et tenu à Noto (Italie) 26 septembre – 1 octobre 1982, *Revue internationale de droit pénal*, n° 1-2, Paris, 1985, 332-334.

Kada je reč o državnim organima koji se mogu pojaviti kao subjekti sprovođenja prethodnog postupka, tačnije, njegove pripremne faze, uporedna rešenja se mogu svrstati u tri grupe.²⁸ U prvu spadaju zakonodavstva koja, poput engleskog, policiji prepuštaju isleđenje i otpočinjanje krivičnog progona protiv osumnjičenog. Italija i Nemačka su zemlje u kojima je zastupljen drugi sistem, karakterističan po zajedničkom delovanju javnog tužilaštva i policije u isleđenju i progonu pretpostavljenih učinilaca krivičnih dela. Treći model se odlikuje raspodelom ovlašćenja između policije, javnog tužilaštva i istražnog sudije, a postoji u Francuskoj i zemljama koje su prihvatile njen model prethodnog postupka.

Jedna od zajedničkih odlika navedenih rešenja je stalno prisustvo policije, uz angažovanje sudije kada je potrebno preduzeti radnje kojima se ograničavaju osnovna ljudska prava u prethodnom postupku.²⁹ Uočljivo je i da opada značaj istražnog sudije u sprovođenju prethodnog postupka, a da njegovu ulogu preuzima javni tužilac.³⁰ Usled toga se, kao jedno od najvažnijih pitanja u uređenju odnosa između državnih organa koji mogu biti nadležni za sprovođenje prethodnog postupka, pojavljuje problem ravnoteže ovlašćenja između policije i javnog tužilaštva. Sa tim u vezi se u procesnoj teoriji pravi razlika između kontinentalne i engleske koncepcije.³¹ Kontinentalna koncepcija daje policiji aktivnu ulogu u pripremanju krivičnog spisa, garantujući pri tom rukovodeću ulogu javnom tužilaštvu u toku isleđenja i donošenja konačnih odluka o krivičnom progonu. Nasuprot tome, engleski sistem privileguje policiju u isleđenju i progonu osumnjičenih lica, što pojedini autori objašnjavaju činjenicom da je javno tužilaštvo relativno skoro uvedeno u englesko pravo i teško pronalazi mesto u odnosu na druge procesne subjekte ovlašćene za postupanje u prethodnom postupku.³²

III

Analiza zakonskih rešenja koja postoje u zemljama kontinentalne koncepcije pokazuje da se rukovodeća uloga javnog tužioca ispoljava, na jednoj strani, u činjenici da ne postoji nijedna radnja koju javni tužilac ne može sam da preduzme, što, *a contrario*, znači da nema ovlašćenja koje je stavljeno u isključivu nadležnost policije.³³ U tom smislu je u nemačkom krivičnom postupku javno tužilaštvo ovlašćeno da preduzme svaku istražnu radnju, a u francuskom, belgijskom i italijanskom pravu je javni tužilac nadležan za preduzimanje svih neophodnih radnji u cilju otkrivanja

28 J. Pradel, Rapport général, *op. cit.*, 20.

29 *Ibid.*, 25.

30 *Ibid.*, 26.

31 E. Mathias, *op. cit.*, 399.

32 Krunskoj službi gonjenja se od osnivanja upućuju kritike da je neefikasna, a često se prigovara i kvalitetu njenog osoblja. Osnovni problem je u tome što je ona obrazovana kako bi, pre nego što budu izneti na suđenje, iz postupka bili povučeni predmeti koji se zasnivaju na slabom dokaznom materijalu i gde javni interes ne opravdava troškove progona. Takvo rešenje je naišlo na kritiku jednog dela javnosti koji smatra da je nenormalno da odluku o sudbini predmeta, umesto suda, donosi jedan funkcioner. J. R. Spencer, *op. cit.*, 39.

33 E. Mathias, *op. cit.*, 401.

gonjenja krivičnih dela. Pored toga, primarna nadležnost javnog tužilaštva se ogleda i u postojanju nekih ovlašćenja koja isključivo ono može da vrši.³⁴

Generalno ovlašćenje javnog tužilaštva da preduzima sve neophodne radnje u toku pripreme faze prethodnog postupka ima za posledicu da se policija, prilikom sprovođenja ove faze postupka, pojavljuje prvenstveno kao izvršni organ. Takva raspodela uloga daje mogućnost javnom tužiocu da naredi policiji da preduzme istražnu radnju koju je, inače, ona nadležna da izvrši po službenoj dužnosti ili da joj delegira ovlašćenje za preduzimanje određene istražne radnje.³⁵

Prva situacija postoji, na primer, u francuskom i belgijskom krivičnom postupku gde su, izuzimajući izlazak na lice mesta koje vrši javni tužilac u slučaju zločina ili flagrantnog prestupa, oficiri sudske policije ovlašćeni da preduzmu iste radnje kao i javni tužilac. Na drugoj strani, javni tužilac je ovlašćen da delegira policiji preduzimanje određenih istražnih radnji koje ona nije ovlašćena da samostalno preduzme. Tako je u nemačkom pravu javni tužilac ovlašćen da neposredno ili preko službenika policije preduzima sve vrste istražnih radnji.³⁶ U Italiji je javni tužilac nadležan da preduzme tehnička utvrđenja koja se ne mogu ponoviti, ispitivanje i suočenje, pregled lica, mesta i stvari, pretresanje i oduzimanje predmeta.³⁷

Policija se u pripremljivoj fazi prethodnog postupka može pojaviti i kao organ odlučivanja. Ako se izuzmu radnje čije izvršenje ne podrazumeva upotrebu prinude, kao i određene prinudne radnje koje, poput zadržavanja, policija može samostalno da vrši, preduzimanje ovih aktivnosti je podvrgnuto kontroli javnog tužioca, a, uz to, neophodno je da postoje i posebne okolnosti koje upućuju na hitnost postupanja ili flagrantnost dela.³⁸ Policija je u većini analiziranih zemalja obavezna da bez odlaganja podnese izveštaj javnom tužiocu o preduzetim radnjama. Kada je reč o flagrantnosti kao uslovu za samostalno postupanje policije u pripremljivoj fazi prethodnog postupka, francusko, italijansko i belgijsko zakonodavstvo ga izričito navode, dok se u nemačkom krivičnom postupku samo uzgredno spominje.³⁹ Na drugoj strani, dok nemački i naš zakonodavac pribegavaju pojmu hitnosti u cilju

34 *Ibidem*

35 *Ibid.*, 402. U našem krivičnom postupku policija preduzima radnje po zahtevu ili odobrenju javnog tužioca ili istražnog sudije. O tome videti: Đ. Lazin, Uloga organa unutrašnjih poslova prema novom Zakoniku o krivičnom postupku, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1, Beograd, 2002, 23-27; S. Bejatović, Radnje organa unutrašnjih poslova u predkrivičnom i prethodnom krivičnom postupku i njihova dokazna vrednost, *Bezbednost*, br. 6, Beograd, 2003, 875-878.

36 Više o tome: R. Juy-Birmann, Le système allemand, in M. Delmas-Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, Paris, 1995, 97-102.

37 Mathias, E., *op. cit.*, 402. Navedene istražne radnje, osim ispitivanja i suočenja, javni tužilac može poveriti sudskoj policiji. Nakon donošenja Dekreta-zakona o mafiji od 8. juna 1992. godine koji je postao Zakon od 7. avgusta 1992. godine, br. 356, policiji može da bude povereno i ispitivanje i suočenje. A. Perrodet, Le système italien, in M. Delmas-Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, PUF, Paris, 1995, 303.

38 E. Mathias, *op. cit.*, 403.

39 Pored toga, u pomenutim državama je različito uređen obim ovlašćenja koja policija ima u slučaju flagrantnih dela. Više o tome: *Ibid.*, 404.

opravdanja samostalnih policijskih ovlaštenja, on se u francuskom i italijanskom krivičnom postupku retko koristi, a belgijsko pravo ga ne navodi.

Treba još reći da javno tužilaštvo, za razliku od policije, raspolaže i ovlaštenjima koje isključivo samo može da vrši. Većinu tih ovlaštenja (na primer, izdavanje naredbe za privođenje svedoka i okrivljenog u nemačkom, francuskom i italijanskom pravu, izbor veštaka u nemačkom krivičnom postupku, ispitivanje okrivljenog koji se nalazi u pritvoru i suočenje u italijanskom procesnom pravu) javno tužilaštvo vrši bez obzira na okolnosti konkretnog slučaja, dok druge radnje može da preduzme samo ako je reč o flagrantnom krivičnom delu ili je neophodno hitno postupanje.⁴⁰

Engleska koncepcija odnosa ovlaštenja između policije i javnog tužilaštva daje policiji određena ovlaštenja koja samo ona može da vrši.⁴¹ Isključiva nadležnost policije postoji u pogledu isleđenja krivičnih dela i sastavljanja krivičnog spisa.⁴² U poređenju sa kontinentalnom koncepcijom, engleska policija u rasvetljavanju krivičnih dela postupa uglavnom bez spoljašnje kontrole, osim kada je reč o određenim radnjama koje zadiru u oblast zagarantovanih ljudskih prava. Policija može po službenoj dužnosti da u slučaju postojanja razumne sumnje izvrši pretresanje (*stop and search*) lica, vozila ili prostorija, da uhapsi lice za koje postoji razumna sumnja da je izvršilo ili se pripremalo da izvrši krivično delo koje predstavlja osnov za lišenje slobode (*arrestable offence*), i da zadrži uhapšeno lice ako oceni da njegova izjava može biti iskorišćena kao dokaz.⁴³ Na drugoj strani, policija je obavezna da pribavi naredbu mirovnog (*justice of the peace*) ili okružnog sudije (*Circuit Judge*) ako nisu ispunjeni potrebni zakonski uslovi za preduzimanje nekog od navedenih ovlaštenja ili ako bi trebalo preduzeti nadzor i snimanje komunikacije određenih lica.⁴⁴

Zajedničko ovlaštenje policije i javnog tužilaštva, tj. Krunske službe gonjenja odnosi se na donošenje odluke o krivičnom progonu. Usvajanjem Zakona o progonu krivičnih dela (*Prosecution of Offences Act*) od 1985. godine uvedena je određena „dvostepenost u ocenjivanju progona”,⁴⁵ tako da je policija primarno ovlašćena za donošenje odluke o preduzimanju ili odustanku od progona. U slučaju da odluči da goni osumnjičenog, policija dostavlja predmet Krunskoj službi gonjenja koja, uzimanjem u obzir određenih kriterijuma, donosi odluku o daljoj sudbini postupka.

40 O tome videti: *Ibid.*, 405-406.

41 *Ibid.*, 407-408.

42 Ovlaštenja policije su uređena Zakonom o policiji i krivičnom dokazu (*Police and Criminal Evidence Act*) od 1984. godine, na osnovu kojeg je ministar unutrašnjih poslova doneo podzakonske propise (*Codes*) koji detaljno uređuju ovu materiju.

43 Zakon o policiji i krivičnom dokazu ne sadrži nijednu odredbu koja ovlašćuje policiju da vrši proveru identiteta. Postoje, međutim, posebni zakoni koji, poput Zakona o drumskom saobraćaju (*Road Traffic Act*) od 1988. godine, ovlašćuju policiju da proveri identitet vozača osumnjičenog za delo protiv bezbednosti saobraćaja. O ovlaštenjima engleske policije u prikupljanju dokaza videti: J. R. Spencer, *op. cit.*, 25-30. Nasuprot tome, u SAD odbijanje pojedinca da pokaže policajcu lična dokumenta predstavlja zakonski osnov za hapšenje. A. Hage, *Le système judiciaire américain*, Ellipses, Paris, 2000, 75.

44 Ovo pitanje je uređeno Zakonom o nadzoru komunikacija (*Interception of Communication Act*) od 1985. godine.

45 E. Mathias, *op. cit.*, 409.

Ako odluči da nastavi progon, Krunska služba gonjenja preuzima neophodne mere za iznošenje predmeta na suđenje.⁴⁶

Većina kontinentalnih autora smatra da u praktičnom pripremanju krivičnog spisa javno tužilaštvo samo delimično zauzima mesto koje mu po zakonu pripada, a da policija u potpunosti ostvaruje svoju ulogu, a ponekad, i svojevolumno improvizuje u zavisnosti od konkretnih okolnosti.⁴⁷ Dominantna uloga policije u pripremnoj fazi prethodnog postupka je posledica slabog informisanja javnog tužilaštva od strane policije i pasivne uloge koju javno tužilaštvo ima u toku isleđenja.

Uprkos izričitoj zakonskoj odredbi da javni tužilac mora da bude bez odlaganja obavešten o početku pripreme faze prethodnog postupka, policija često propušta da to učini ili prekasno obaveštava javnog tužioca. Prvi slučaj se u teoriji naziva nezvaničnim odustancima (*les classements officieux*) u okviru kojih se razlikuju aktivni i pasivni odustanak.⁴⁸ Do aktivnog odustanka dolazi kada policija neposredno iskorači iz polja svojih ovlašćenja i preuzme posao javnog tužioca (na taj način što nagovori podnosioca prijave ili tužbe da povuče svoj podnesak ili ne sačini zapisnik). Pasivni odustanak podrazumeva da je javni tužilac obavešten o sprovedenom isleđenju čiji rezultati upućuju na odustanak kao jedini način okončanja postupka.

Policija često sa zakašnjenjem obaveštava javnog tužioca o pokretanju isleđenja, što potvrđuju i rezultati jedne uporedne analize postupanja policije u Nemačkoj, Belgiji, Francuskoj i Italiji. Oni pokazuju da javni tužilac biva obavešten o izvršenju lakih i manje teških, a, ponekad, i teških dela po isteku roka koji se poklapa sa rokom okončanja izviđaja.⁴⁹

Praktična dominacija policije u sprovođenju pripreme faze prethodnog postupka je posledica i pasivnosti javnog tužioca u ovoj fazi postupka.⁵⁰ Javni tužilac vrlo retko izlazi na lice mesta, rukovođen mišlju da će policija obaviti sve što je neophodno i poslati mu prikupljeni materijal. Sa tim u vezi, vredno je pomena da engleska Krunska služba gonjenja, budući lišena bilo kakve mogućnosti usmeravanja delatnosti policije u isleđenju krivičnih dela, praktikuje da odustane od progona u slučajevima kada policija odbije da postupi po njenom zahtevu za izvođenje određenih dokaza.⁵¹

46 Odluka o nastavljanju ili odustanku od progona se donosi na osnovu ocene određenih okolnosti koje su nabrojane u Zbirci propisa za krunske tužioce (*Code for Crown Prosecutors*) od 1994. godine. Inače, Krunska služba gonjenja je krajem devedestih godina prošlog veka odustajala od progona u proseku u 13% slučajeva. Više o tome: J. R. Spencer, *op. cit.*, 35-36.

47 E. Mathias, *op. cit.*, 411.

48 *Ibid.*, 412-413.

49 *Ibid.*, 413.

50 P. Hünerfeld, La phase préparatoire du procès pénal en République Fédérale d'Allemagne, in *La phase préparatoire au procès pénal en droit comparé*, Actes du Séminaire International organisé par l'Institut Supérieur International de Sciences Criminelles de Syracuse et tenu à Noto (Italie) 26 septembre – 1 octobre 1982, *Revue internationale de droit pénal*, n° 1-2, Paris, 1985, 126; E. Mathias, *op. cit.*, 414.

51 Usvajanjem Zakona o krivičnom postupku i isleđenjima (*Criminal Procedure and Investigations Act*) od 1996. godine predviđeno je donošenje službenih propisa o okolnostima pod kojima će policija biti dužna da postupi po zahtevu Krunske službe gonjenja. J. R. Spencer, *op. cit.*, 37-38.

Na osnovu izloženog se može reći da je u kontinentalnom pravu funkcionalna zavisnost policije od tužilaštva samo teorijskog karaktera, budući da ona *de facto* uživa istinsku autonomiju u toku pripreme faze prethodnog postupka.⁵² Time je, prema mišljenju pojedinih autora,⁵³ dovedena u pitanje zakonodavčeva namera da javni tužilac bude garant zakonitosti krivičnog progona, odnosno nepristrasnosti pripreme faze prethodnog postupka i isključenja proizvoljnog postupanja.

IV

Dilema tužilačka *versus* sudska istraga se u domaćoj stručnoj javnosti rešava uglavnom u korist tužilačkog modela, pri čemu se kao jedno od važnih pitanja u vezi sa tim pominje i raspodela ovlašćenja između policije i javnog tužilaštva. Izneto je mišljenje da bi ovo pitanje trebalo urediti u zavisnosti od vrsta radnji koje se preduzimaju u okviru istrage, tako da bi se policija bavila prikupljanjem obaveštenja o delu i učiniocu, javni tužilac bi, po pravilu, prikupljao dokaze, a sud bi bio nadležan za preduzimanje radnji procesne prinude.⁵⁴ Zagovornici ovog istražnog modela ističu da bi sa njim trebalo uskladiti i sve ostale faze krivičnog postupka, tj. prvostepenog i postupka po pravnim lekovima.⁵⁵

Ukoliko bi model tužilačke istrage bio prihvaćen u našem krivičnom postupku, trebalo bi voditi računa o poteškoćama koje mogu nastati u praktičnoj raspodeli ovlašćenja između javnog tužilaštva i policije. Pažnju bi trebalo usmeriti ka odnosu javnog tužilaštva i policije, pri čemu bi bilo neophodno da se odgovarajućim zakonskim rešenjima ojača funkcionalni autoritet tužilaštva.⁵⁶ To bi, na jednoj strani, podrazumevalo da se zaposleni u odeljenjima policije koja postupaju po nalogu javnog tužioca nalaze pod njegovom isključivom nadležnošću, tako da ih izvršna vlast, bez tužiočeve saglasnosti, ne može rasporediti na druge funkcije. Na drugoj strani, javni tužilac bi trebalo da ima veći uticaj na karijeru policajaca koji potpadaju pod njegovu nadležnost. Jednom reči, zaokupljenost policijskom karijerom ne bi smela da odnese prevagu nad pitanjima u vezi sa krivičnim postupkom.

Otvoreno je i pitanje položaja odbrane u novom modelu istrage. Da li je realno da se javni tužilac kao državni organ stara i o interesima odbrane na način na koji bi to činio sud? Sa tim u vezi, ne bi trebalo smetnuti sa uma ni javnotužilački mentalitet koji ostavlja malo prostora za uzimanje u obzir interesa suprotne strane. Treba li zbog toga izlaz potražiti u pravcu sprovođenja privatnih branilačkih istraga koje bi bile dostupne uglavnom okrivljenima koji su u boljoj materijalnoj situaciji, a iziskivalo bi i promenu dosadašnje branilačke prakse.⁵⁷ Bez paralelne branilačke

52 E. Mathias, E., *op. cit.*, 415.

53 *Ibid.*, 417.

54 V. Đurđić, *Efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta*, u L. Kron (priređila), *Kazneno zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta MMVIII*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2008, 215-216.

55 *Ibid.*, 219.

56 O iskustvima drugih zemalja na tom planu videti: E. Mathias, 415-420.

57 M. Damaška, *Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 13, br. 1, 2006, 12.

istrage i raspravnosti koju bi ona unela u faze postupka koji prethodne glavnom pretresu, teško bi se moglo govoriti o jednakosti oružja.

Zahtev za usklađivanjem ostalih faza krivičnog postupka sa novim modelom istrage, pretpostavlja i usklađivanje sa osnovnim načelima krivičnog postupka, što znači i sa načelom utvrđivanja istine. Ne treba biti veliki poznavalac krivičnog procesnog prava da bi se znalo da nijedno načelo na kojem se zasniva naš krivični postupak nije do kraja dosledno sprovedeno. Drugim rečima, svako procesno pravilo je praćeno određenim izuzetkom, pa je pitanje samo do koje granice izuzeci potvrđuju, a kada sami postaju pravilo. Na sličan način se postupa i sa načelom istraživanja istine u krivičnom postupku. Kao slučajeve u kojima se odstupa od ovog načela, što je prema mišljenju pojedinih autora motivisano razlozima višeg reda,⁵⁸ obično se navode zabrana *reformation in peius*, optužno načelo i sa tim povezan odnos presude i optužbe, pravnosnažnost sudske odluke itd.⁵⁹ Pomenuti razlozi višeg reda su svakako motivisali zakonodavca da u postupku prema maloletnicima zauzme drugačiji stav, tj. da ovlasti veće za maloletnike da i bez predloga javnog tužioca donese odluku na osnovu činjeničnog stanja utvrđenog na glavnom pretresu.⁶⁰

Da li je moguće da se u svetlu tužilačkog modela istrage zadrži dosadašnje načelo sudske odgovornosti za utvrđivanje činjenica, tako da bi se sudija neposredno starao o dokazivanju činjenica važnih za postupak.⁶¹ Ili je neophodno ići u pravcu stranačke dokazne inicijative što bi za dalju posledicu imalo uvođenje porote na kojoj bi, a ne na sudu, počivala odgovornost za utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku.⁶²

Vrednost pojedinog procesnog sistema se danas ceni prema tome koliko je pogodan instrument za suzbijanje kriminaliteta konstrukcijom i kombinacijom svih ustanova, a ne prema tome sa kolikom su doslednošću sprovedena u njemu pojedina procesna načela.⁶³ U korak sa uvođenjem novih procesnih ustanova bi morala da ide i odgovarajuća organizacija pravosuđa, jer bi se u protivnom pravni sistem našao u poziciji orkestra koji bi na starim instrumentima trebalo da izvodi muziku sa nove partiture.⁶⁴ U kojoj meri će domaćem zakonodavcu poći za rukom da iznađe pravi put u rešavanje dileme tužilačka vs sudska istraga teško je, a i nezahvalno, u ovom trenutku prognozirati. Za sada je dovoljno ukazati na neke od problema, jer se jedino kroz stručnu raspravu o njima može doći do rešenja koja će ispuniti zahteve pravičnog postupka.

58 T. Vasiljević, *op. cit.*, 321.

59 V. Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo Knjiga prva Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava*, Sedmo izdanje, Zagreb, 1982, 176-179; Č. Stevanović, V. Đurđić, *Krivično procesno pravo Opšti deo*, drugo izdanje, Niš, 2006, 78-79.

60 O tome videti: O. Perić, *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Drugo, dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2007, 152.

61 Ovo načelo je posledica načela oficijelnosti i načela istraživanja materijalne istine, a cilj mu je utvrđivanje pune istine o krivičnoj stvari. T. Vasiljević, *op. cit.*, 311.

62 M. Damaška, *Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji*, *op. cit.*, 8.

63 T. Vasiljević, *op. cit.*, 65.

64 *Ibid.*, 5.

SUMMARY**Goran P. Ilić, Ph.D.**

Assistant Professor at the Faculty of Law, Belgrade

**MARGINAL ISSUES WITH DILEMMA:
PROSECUTOR'S VS. COURT INVESTIGATION**

The discussion conducted in continental law regarding directions of reforms of current legal solutions, highlighted the dilemma: prosecutor's or court investigation. In spite of the different subject arising as *dominus litis* in both investigation models, the issues these two process phases have in common, and whosh refer to the bodies involved in them and their mutual relations, should not be neglected. One of them is police whose position relative to other bodies, and especially to the public prosecutor's office, should be paid due attention. The analysis shows that poilce, whether formally or *de facto*, has crucial role in discovering acts and identifying perpetrators, and even determining their judicialisation.

Key words: prosecutor's investigation, court investigation, Continental criminal proceedings, Anglo-American criminal proceedings, police

KRJUMČARENJE MIGRANATA U SVETLU ODREDABA KRIVIČNOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt: Migraciona kretanja ljudi, kao i drugi složeni društveni fenomeni, imaju brojne uzroke, manifestuju se u različitim oblicima i rezultiraju raznovrsnim posledicama. Nastojanja pojedinaca da preseljenjem u druge oblasti poboljšaju svoju životnu situaciju, često uzrokuju neželjene, veoma dramatične i drastične promene, kako na pojedinačnom planu, tako i u okviru manjih društvenih grupa, na nivou šire zajednice, pa i u međunarodnim razmerama. Potrebe, želje i mogućnosti se neretko ne poklapaju. Pored ostalog, na putu migranata javljaju se prepreke u vidu legitimnih interesa država da posebnim propisima regulišu režim prelaska državne granice, kao i pitanja boravka i tranzita stranaca. Uporedo sa ovim propisima, sve su prisutniji međunarodni i nacionalni pravni dokumenti kojima se sankcionišu aktivnosti koje za cilj imaju ilegalno prelaženje državnih granica i krijumčarenje migranata. Normativna rešenja čija unapređenja i dosledna primena mogu dati značajan doprinos sprečavanju i suzbijanju uplitanja ljudi iz kriminalnog miljea u proces migracija usvojila je i Republika Srbija.

Ključne reči: migracije, krijumčarenje migranata, krivičnopravna zaštita

UVOD

Pod migracijama se podrazumevaju seobe (kretanje i privremeno ili trajno preseljenje) većeg broja ljudi iz jednog socio-kulturnog ambijenta (emigraciono područje) u drugi (imigraciono područje), najčešće iz ekonomskih razloga. Prve velike migracije ove vrste se vezuju za doba industrijske revolucije u Engleskoj. U to vreme su razvlašćeni seljaci sa svojim porodicama masovno dolazili u velike gradove. Na drugoj strani, decenijama su SAD bile izložene navali prekomorskih imigranata, a sredinom XX veka dolazi i do ekonomskih migracija u Evropi.¹ Migraciona kretanja uzrokovana ekonomskim i drugim faktorima (političkom nestabilnošću, etničkim, nacionalnim, verskim, rasnim i drugim konfliktima i sl.), i izmenjeni obrasci migracijskih kretanja u Evropi, nastali završetkom hladnog rata, vezuju se i za etničke sukobe u bivšoj SFRJ, a porastu ilegalnih migracija² doprinose i postojeća

1 Đ. Ignatović, *Kriminologija*, Beograd, 2007, str. 172.

2 Brojnost i raznovrsnost uzroka i uslova migracija, pružaju mogućnost diferencijacije primenom različitih kriterijuma. Pored ostalog, moguće ih je razlikovati i po osnovu legalnosti na legalne (regularne) i ilegalne (neregularne). Neregularne migracije predstavljaju kretanje koje se odvija izvan zakonskih propisa zemalja porekla, tranzitnih zemalja i zemalja odredišta. Iz perspektive odredišnih zemalja, to je nezakonit ulazak, boravak ili rad u zemlji (migrant nema potrebno ovlašćenje ili isprave koje su prema propisima o useljavanju potrebne za ulazak, boravak ili rad u dotičnoj zemlji). Iz perspektive emitivne zemlje, nepravilnost se npr. ogleda u slučajevima kada osoba pređe međunarodnu granicu bez valjanog pasoša ili putne isprave ili ukoliko ne ispunjava administrativne uslove za napuštanje zemlje. Neregularni migrant je onaj koji, zahvaljujući ne-

ograničenja za legalan ulazak u zemlje Evropske unije.³ Pod ovakvim okolnostima, a naročito tamo gde su migracije i upravljanje granicama ugroženi nasrtajima organizovanog kriminala, mora se uspostaviti efikasan mehanizam provođenja zakona koji bi delovao brzo i temeljito, a u cilju odbrane ljudskih prava građana i migranata, te obezbeđenja stabilnosti i adekvatnog upravljanja državom.⁴

1. KRIJUMČARENJE MIGRANATA I TRGOVINA LJUDIMA U MEĐUNARODNIM PRAVNIM DOKUMENTIMA

Međunarodna zajednica je jasno stavila do znanja da se još uvek prisutne i, na žalost, veoma razvijene pojave i forme trgovine ljudima i krijumčarenja migranata, moraju posmatrati i tretirati kao oblici kršenja ljudskih prava i organizovano kriminalno delovanje. To je u okviru Ujedinjenih nacija normativno rešeno Konvencijom protiv transnacionalnog organiziranog kriminala⁵ i njenim dopunama u formi Protokola za sprečavanje, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, naročito ženama i decom (u daljem tekstu „prvi protokol”), odnosno Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom (u daljem tekstu „drugi protokol”).

Uz podsećanje na Rezoluciju Generalne skupštine 54/212 od 22. decembra 1999. godine⁶ i potrebu da se migrantima pruži humani tretman i da se u potpunosti zaštite njihova prava, u okviru preambule „drugog protokola” iskazana je zabrinutost zbog značajnog porasta uključivanja grupa za organizovani kriminal u krijumčarenje migranata i druge kriminalne aktivnosti vezane za ovaj delikt. Istovremeno je naglašeno da delotvorna akcija sprečavanja i borbe protiv krijumčarenja migranata zahteva sveobuhvatni međunarodni pristup, uključujući saradnju, razmenu informacija i druge odgovarajuće mere na nacionalnom, regionalnom i međunarodnom nivou.

U cilju jasnijeg definisanja i što je moguće preciznijeg fokusiranja problema, članom 3. „drugog protokola” definisana su značenja ključnih termina koji se u protokolu koriste. Kako je naglašeno, za svrhe protokola „krijumčarenje migranata” će značiti obezbeđivanje nelegalnog ulaska u državu potpisnicu lica koje nisu njeni državljani ili lica sa stalnim boravkom, a u cilju sticanja, na neposredan ili posredan

zakonitom ulasku ili isteku vize, nema pravni status u zemlji tranzita ili zemlji domaćinu. Ovaj pojam se primjenjuje na migrante koji krše propise zemlje vezane uz ulazak u zemlju i bilo koja druga lica koja neovlašćeno ostaju u zemlji domaćinu (naziva se i prikriveni/nezakoniti migrant/migrant bez isprava ili migrant u neregularnoj situaciji). *Glossary on migration*, International Organization for Migration, Geneva, 2004, str. 34.

3 A. Giddens, *Sociology*, Cambridge, 2001, str. 284.

4 *Training manual for law enforcement and members of the judiciary on combating illegal migration and smuggling of persons for the Western Balkan region*, IOM Bruxelles, 2005.

5 Konvencija je usvojena rezolucijom A/RES/55/25 od 15. novembra 2000. na pedeset i petoj sednici Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, dok su Protokoli usvojeni u Palermu decembra 2000. godine.

6 Rezolucija sadrži apel državama članicama i sistemu Ujedinjenih nacija da ojačaju međunarodnu saradnju u oblasti međunarodne migracije i razvoja, da se pozabave korenom uzroka migracija, naročito onih uzroka koji se odnose na siromaštvo, kako bi maksimalno povećale koristi od međunarodnih migracija.

način, finansijske ili druge materijalne koristi, dok će „nelegalni ulazak” značiti prelazak granica bez ispunjenja potrebnih zahteva za legalan ulazak u državu primaoca.

„Prvim protokolom”, članom 3. (u stavu a) precizirano je da će trgovina ljudima značiti vrbovanje, prevoz, transfer, smeštanje ili prihvatanje lica, upotrebom pretnje ili upotrebom sile ili drugih oblika prinude, otmicom, obmanom, ili prevarom, zloupotrebom ovlašćenja ili stanja nemoći, ili davanjem, odnosno primanjem novca ili beneficija zbog postizanja pristanka lica da bude kontrolisano, u svrhe eksploatacije. Pritom, eksploatacija će uključivati, u najmanju ruku, eksploataciju prostitucije ili drugih oblika seksualne eksploatacije, prinudni rad ili usluge, ropstvo ili prakse slične ropstvu, servitut – služenje ili odstranjivanje organa.

Povlačenje paralele između ilegalnih migracija i trgovine ljudima, crpi svoju logiku u brojnim okolnostima, pa je u potpunosti razumljivo što oba kriminalna fenomena, svoj zajednički imenitelj nalaze i u Konvenciji protiv transnacionalnog organiziranog kriminala i rešenjima sadržanim u njemu. Tako npr. članom 5. „drugog protokola” naglašava se da migranti neće biti podložni krivičnom gonjenju, zbog činjenice da su predmet radnji iznetih u članu 6. protokola. Saglasno tome, može se zaključiti da se migranti tretiraju kao lica čija se lična situacija zloupotrebljava i koja se u takvim okolnostima tokom ilegalnog prebacivanja u neku od zemalja potpisnica dovode u odnos potpune zavisnosti i položaj žrtve.⁷ Ova se činjenica naglašava i u preambuli Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima usvojene u Varšavi 16. maja 2005. godine. U ovom dokumentu se, uz ukazivanje na Okvirnu odluku Saveta Evropske unije od 19. jula 2002. o suzbijanju trgovine ljudima, Okvirnu odluku Saveta Evropske unije od 15. marta 2001. o položaju žrtava u krivičnom postupku i Direktivu Saveta Evropske unije od 29. aprila 2004., boravišne dozvole, koje se izdaju državljanima trećih zemalja, vezuju i za „žrtve ilegalne imigracije” koje sarađuju s nadležnim organima, a ne samo za lica koja su žrtve trgovine ljudima.⁸

Ipak, i Konvencija o međunarodnom organiziranom kriminalu i dopunjujući protokoli potenciraju potrebu razlikovanja fenomena trgovine ljudima i krijumčarenja migranata.⁹ Iako se ukazuje da je trgovina ljudima poseban oblik zloupotrebe

7 Postavlja se logično pitanje, šta ako takve situacije i faktičke zavisnosti migranata nema, kao i da li postoje kriminalno politički razlozi za nekažnjavanje onih migranata koji se, po svom izboru i u okolnostima koje su sami birali i dogovorili sa krijumčarima, a koje su kao takve i ispoštovane u svemu, ilegalno prebacuju u državu potpisnicu (npr. uz korišćenje lažnih identifikacionih dokumenata). S druge strane, u slučajevima žrtava trgovine ljudima koje se prinudno, na silu, na prevaran ili sličan način uvlače u lanac poniženja i eksploatacije, a koje nelegalno ulaze u državu potpisnicu, izuzimanje od krivičnog progona za dela vezana za nelegalan ulazak u državu tranzit ili destinacije, ali i za brojna druga dela vezana za situaciju žrtve, uvek ima opravdanje.

8 Rešenje uvedeno u nacionalne propise Instrukcijom ministra unutrašnjih poslova Republike Srbije (5. jul 2004. godine), a u pogledu odobrenja privremenog boravka stranim državljanima iz humanitarnih razloga doneto je saglasno Preporukama principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima. Odnosi se samo žrtve trgovine ljudima, a ne i na krijumčarena lica.

9 U osvrtu na trgovinu ženama, s razlogom se ističe da trgovci manipulišu i izvrcu proces migracije kako bi ostvarili svoje kriminalne ciljeve, ali i napominje da treba zapamtiti da neke žene dobrovoljno napuštaju svoje domove u potrazi za boljim životom (zakonito ili nezakonito), pa bi bilo pogrešno pretpostaviti kako je svaka žena koja je nezakoniti migrant ili se sumnjiči za nezakonitu migraciju ujedno i žrtva trgovine ljudima. Ipak, neke žene koje dobrovoljno napuste svoje

migracije, i u okviru smernice broj 2. Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima naglašava se da trgovina znači više nego organizovano kretanje lica u cilju profita, a kao dodatni faktor koji razdvaja trgovinu ljudima od krijumčarenja imigranata, posebno se apostrofira prisustvo sile, prinude ili prevare kroz ili u nekom delu procesa, pri čemu se prevara, sila ili prinuda koristi u svrhu eksploatacije.¹⁰

Gledano kroz prizmu objekta zaštite, krijumčarenje lica je delikt protiv države kojim se krše njeni zakoni o granicama i imigraciji, a trgovina ljudima ozbiljan zločin protiv žrtava, koji uključuje i neki oblik iskorišćavanja. Trgovina ljudima se može provoditi i nakon zakonitog prelaženja državne granice, dok to, prema prirodi stvari, nije moguće u slučaju krijumčarenja. Uz to, za razliku od ilegalnih migracija koje podrazumevaju ilegalno prelaženje međunarodnih granica zasnovano na dobrovoljnoj odluci i takvo angažovanje krijumčara koji, nakon naplate unapred (u velikoj većini slučajeva), pomažu migrantu da ilegalno uđe u zemlju njegovog izbora,¹¹ trgovina ljudima ne mora nužno podrazumevati i prelazak granice (kod unutrašnje trgovine ljudima).

Definišući delokrug primene „drugog protokola”, u članu 4. se naglašava da će se on primenjivati (ako nije drukčije naznačeno), za sprečavanje, istragu i krivično gonjenje krivičnih dela utvrđenih u skladu sa članom 6. ovog protokola (tamo gde su krivična dela transnacionalna, po prirodi, i uključuju neku grupu za organizovani kriminal), kao i na zaštitu prava lica koja su predmet takvih krivičnih dela.¹² Članom 6. stavom 1. predviđeno je da će svaka država potpisnica usvojiti takve zakonske i druge mere koje mogu biti neophodne da se ustanove kao krivična dela, sledeća dela koje se učine na međunarodnom nivou, a u cilju sticanja finansijske ili druge materijalne koristi, na neposredan ili posredan način:¹³

domove u potrazi za boljim životom (zakonito ili nezakonito) mogu završiti kao žrtve trgovine ljudima, dok su neke ekonomski migranti. *Priručnik Regionalna norma za obuku policije u suzbijanju trgovine ljudima u jugoistočnoj Evropi*, International Centre for Migration Policy Development, Vienna, 2003, str. 20.

- 10 *Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima*, usvojene od strane Visokog komesarijata UN za ljudska prava, 2002, str. 9.
- 11 Potencijalni migrant je taj koji prvi kontaktira trgovca i zna na granici da se krijumčari, za razliku od osobe koju su trgovci odabrali kao svoju žrtvu, a koja u tom trenutku obično ne zna ništa o svojoj sudbini žrtve trgovine ljudima. *Priručnik Regionalna norma za obuku policije u suzbijanju trgovine ljudima u Jugoistočnoj Evropi*, Beč, 2003, str. 42 i 44. Trgovina se razlikuje od krijumčarenja jer je namera da se žrtva eksploatiše posle ilegalnog ulaska, dok veza krijumčarenja sa žrtvama obično prestaje kada se postigne ilegalni ulazak. Radna grupa Interpola za borbu protiv trgovine ženama zbog seksualne eksploatacije, *Priručnik za istražitelje*, Predstavljeno i odobreno na 3. sastanku Grupe Lion, Francuska 6-8 mart 2002, str. 1. Nakon prelaska državne granice prokrijumčareni ljudi su slobodni, dok žrtve trgovine ljudima to nisu. S. Mijalković, *Trgovina ljudima*, Beograd, 2005, str. 71.
- 12 Očigledno da su preduslovi primene odredaba „drugog protokola” postavljeni kumulativno, a kako se prvi po prirodi krijumčarenja imigranata podrazumeva, transnacionalnost, primena protokola će izostati u slučajevima ilegalnog prebacivanja migranata od strane pojedinaca ili grupa koje nemaju karakter grupa za organizovani kriminal.
- 13 Direktivom Saveta 2002/90/EC od 28. novembra 2002. godine, kojom se definiše omogućavanje neovlašćenog ulaska, tranzita i boravka, ističe se da će u skladu sa članom 1. Direktive svaka država članica uvesti odgovarajuće sankcije za svako lice koje svesno pomaže licu koje nije

- krijumčarenje migranata (podstav A);
- proizvođenje lažnog putničkog ili identifikacionog dokumenata (i), kao i nabavka, obezbeđivanje ili posedovanje takvog dokumenta kada se učine u cilju omogućavanja krijumčarenja migranata (ii) (podstav B);¹⁴
 - omogućavanje licu koje nije državljanin ili lice sa stalnim boravkom da oстане u državi o kojoj je reč bez ispunjenja potrebnih zahteva za zakonit ostanak u državi sredstvima pomenutim u podstavu (b) ovog stava ili bilo kojim drugim nelegalnim sredstvima (podstav C).

Stavom 2. predviđeno je da će država potpisnica usvojiti i takve zakonske i druge mere koje mogu biti neophodne da bi se ustanovile kao krivično delo:

- (a) pokušaj da se učini krivično delo utvrđeno u skladu sa stavom 1. ovog člana;
- (b) učešće u svojstvu saučesnika u krivičnom delu utvrđenom u skladu sa stavom 1 (a), (b) (i) ili (c) ovog člana, i učešće u svojstvu saučesnika u krivičnom delu utvrđenom u skladu sa stavom 1 (b) (ii) ovog člana;
- (c) organizovanje ili upućivanje drugih lica da učine krivično delo utvrđeno u skladu sa stavom 1. ovog člana.

Stavom 3. naglašeno je da će svaka država potpisnica usvojiti takve zakonske i druge mere koje mogu biti neophodne da se utvrde kao otežavajuće okolnosti kod krivičnih dela utvrđenih u skladu sa stavom 1 (a), (b) (i) i (c) ovog člana, i podložno osnovnom konceptu svog pravnog sistema, a kod krivičnih dela utvrđenih u skladu sa stavom 2(b) i (c) ovog člana; sledeće okolnosti:

- (a) koje ugrožavaju, ili je verovatno da ugrožavaju, živote ili bezbednost migranata o kojima je reč; ili
- (b) koje povlače nehumani ili degradirajući tretman, uključujući i eksploataciju takvih migranata.

2. KRIJUMČARENJE MIGRANATA I TRGOVINA LJUDIMA U NACIONALNIM KRIVIČNIM ZAKONODAVSTVIMA

2.1. Države bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije

U zakonodavstvima većine zemalja nastalih raspadom bivše SFRJ, nije izvršeno razlikovanje u pogledu pasivnog subjekta krijumčarenja, a koje se ogleda u tome da se radnje omogućavanja nedozvoljenog prelaza državne granice mogu izvršiti u pogledu svakog lica, a da se nedozvoljeni boravak i tranzit mogu omogućiti samo licu koje nije državljanin države na čijoj teritoriji se delo vrši.

Kazneni zakon Republike Hrvatske¹⁵ u glavi XIII pod nazivom Kaznena djela protiv vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, predviđa u članu 177. krivično delo protuzakonitog prebacivanja osoba preko državne granice. U stavu 1. je propi-

državljanin države članice da uđe, ili pređe preko teritorije suprotno zakonima te države o ulasku ili tranzitu državljana trećih zemalja. Ipak, države članice mogu odlučiti da ne uvedu kaznene sankcije za omogućavanje ulaska i tranzita kada će cilj ovakvog ponašanja pružanje humanitarne pomoći licima na koje se odnosi.

14 Neće se dakle sankcionisati zloupotreba validnog dokumenta koji glasi na druge lice.

15 „Narodne novine”, br. 110/97, 27/98, 129/00 i 51/01.

sano da tko iz koristoljublja nedozvoljeno prevede preko državne granice jednu ili više osoba, a u stavu 2. je inkriminirano organizovanje dela iz stava 1. ovoga člana. Da se ovim odredbama želi dati odgovor na obaveze iz „drugog protokola”, vidljivo je iz dopuna člana 177. koje su izvršene tokom 2003. godine, a kojima su gotovo doslovno preuzete preporuke iz stava 3. člana 6. kojim se definišu kvalifikatorne okolnosti osnovnih oblika krivičnog dela.¹⁶ Tom prilikom iza stava 1. dodat je novi stav 2. koji glasi: „Ako je pri počinjenju kaznenog djela iz stavka 1. doveden u opasnost život ili sigurnost osoba koje se prevode preko granice ili je s njima postupano na nečovječni ili ponižavajući način,¹⁷ počinitelj će se kazniti....” U okviru iste glave, izmenama i dopunama važećeg zakonika izvršeno je drugačije označavanje člana 175 „uspostava ropstva i prijevoz robova” i menjanje njegovog sadržaja. Tom izmenom u kazneno zakonodavstvo Republike Hrvatske uvodi se krivično delo „trgovanje ljudima i ropstvo”.¹⁸

Krivični zakonik Republike Crne Gore,¹⁹ materiju nedozvoljenog prelaženja državne granice tretira u okviru Glave XXXII naslovljene Krivična djela protiv javnog reda i mira. Reč je o članu 405 kojim je inkriminiran „nedozvoljeni prelaz državne granice”.²⁰ Ovom odredbom predviđeno je kažnjavanje lica koje bez propisane dozvole pređe ili pokuša da pređe granicu SCG, naoružano ili upotrebom nasilja (stav 1.), a u stavu 2. je inkriminirano bavljenje nedozvoljenim prebacivanjem drugih lica preko granice SCG ili omogućavanje drugom iz koristoljublja nedozvoljenog prelaza granice.

Krivični zakon Bosne i Hercegovine, u Glavi XVII pod nazivom Krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom predviđa kao samostalno krivično delo krijumčarenje lica (član 189), a uz njega i krivično delo trgovina ljudima (član 186). U okviru Glave XVI koja sadrži krivična djela protiv integriteta BiH članom 165. predviđeno je krivično delo upućivanje i prebacivanje oružanih grupa ljudi, oružja i municije na teritoriju Bosne i Hercegovine.²¹ Za razliku od inkriminacija predviđenih u zakonodavstvima Hrvatske i Crne Gore, koje ne potenciraju pitanje državljanstva lica koja nelegalno prelaze državnu granicu, odnosno koja se ilegalno prebacuju ili im se to omogućava, krivičnim delom krijumčarenje

16 Svaka država potpisnica će usvojiti takve zakonske i druge mere koje mogu biti neophodne da se utvrde kao otežavajuće okolnosti kod krivičnih dela utvrđenih u skladu sa stavom 1 (a), (b) (i) i (c) ovog člana, i podložno osnovnom konceptu svog pravnog sistema, a kod krivičnih dela utvrđenih u skladu sa stavom 2(b) i (c) ovog člana; sledeće okolnosti: (a) koje ugrožavaju, ili je verovatno da ugrožavaju, živote ili bezbednost migranata o kojima je reč; ili (b) koje povlače nehumani ili degradirajući tretman, uključujući i eksploataciju takvih migranata.

17 Naše zakonodavstvo, saglasno preporukama, šire od osnovnih smernica „drugog protokola” definiše, ne samo osnovni oblik omogućavanja nedozvoljenog prelaska državne granice, boravka i tranzita, već to, u stavu 3., čini i u pogledu kvalifikatornih okolnosti.

18 „Narodne novine”, br. 111/03.

19 „Službeni list RCG”, br.70/04 i 13/04.

20 U glavi XXXV pod nazivom Krivična djela protiv čovječnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, članom 444 predviđeno je krivično delo trgovina ljudima, a članom 445 trgovina decom radi usvojenja.

21 Ko na teritoriju Bosne i Hercegovine upućuje ili prebacuje oružane grupe ljudi, teroriste, špijune, diverzante, oružje, eksploziv, otrove, opremu, municiju ili drugi materijal, radi izvršenja krivičnih djela iz ove glave ovog zakona, kazniće se kaznom zatvora od jedne do deset godina.

lica iz člana 189. stav 1. bosansko-hercegovačkog KZ predviđena je odgovornost lica koje iz koristoljublja prevede preko državne granice jedno ili više lica koja ne ispunjavaju uslove za zakoniti ulazak preko državne granice ili omogućava drugome nedozvoljeni prelazak granice. Iz rečeno proizilazi da se prevesti može svako lice, a to znači i domaći državljanin.²² Kada je reč o stavu 2. istog člana, kao pasivni subjekt inkriminacije predviđeno je lice koje nije državljanin države primateljice, niti u njoj ima stalni boravak, a aktivni subjekat može da bude lice koje iz koristoljublja omogući takvom licu da ostane na području države primateljice bez ispunjavanja uslova za zakoniti boravak. Oba stava imaju istovetno definisane kvalifikovane oblike (stavovi 3. i 4.).²³ Najteže sankcije predviđene su u stavu 5. za onoga ko organizuje grupu ljudi ili bilo kako rukovodi grupom ljudi, s ciljem počinjenja krivičnog djela iz stava (1) ili (2) ovog člana.

2.2. Srpsko krivično zakonodavstvo

U nastojanju da, saglasno odredbama međunarodnih pravnih dokumenata čija je potpisnica SRJ,²⁴ odnosno državna zajednica Srbija i Crna Gora, svoje zakonodavstvo prilagodi potrebi efikasnijeg suprotstavljanja zločinu trgovine ljudima i krijumčarenju migranata, Republika Srbija je Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakona²⁵ (u daljem tekstu: KZ RS) po prvi put, predvidela zločin trgovine ljudima kao posebno krivično delo.²⁶ Članom 111b. stavom 1 KZ RS predviđena je odgovornost za onoga ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti ili teških prilika drugoga: vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u predaji ili prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju sticanja neke koristi, eksploatacije njegovog rada, vršenja kriminalne delatnosti, prostitucije ili prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, radi oduzimanja dela tela za presađivanje ili radi korišćenja u oružanim sukobima.

-
- 22 U toku 2006. godine 1289 lica su otkrivena u ilegalnom prelasku državne granice (800 pri pokušaju ulaska i 489 prilikom pokušaja izlaska). Najveći broj ovih lica čine državljani Bosne i Hercegovine (730 lica). Od ukupnog broja lica otkrivenih u pokušaju ilegalnog ulaska u Bosnu i Hercegovinu, 483 otkriveno je na graničnom prelazu, a 317 van graničnog prelaza. Najveći broj pokušaja ilegalnih ulazaka otkriven je na granici sa Republikom Srbijom (490 lica). Kada je reč o pokušajima ilegalnog izlaska 270 lica otkriveno je na graničnim prelazima, a 219 van njih. Najveći broj pokušanih ilegalnih izlazaka zabeležen je na granici sa republikom Hrvatskom (351 lica). Izveštaj Državnog koordinatora za borbu protiv trgovine ljudima i ilegalne migracije u BiH o stanju trgovine ljudima i ilegalnoj imigraciji u Bosni i Hercegovini za 2006. godinu, str. 36.
- 23 Ako je pri počinjenju krivičnog djela.... doveden ili je mogao biti doveden u opasnost život ili bezbjednost lica.... ili je prema njima postupano u svrhu izrabljivanja ili na drugi nečovječan ili ponižavajući način.
- 24 U zakonodavstvo Republike Srbije Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunski protokoli uvedeni su Zakonom o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola od 22. juna 2001. („Službeni list SRJ” – Međunarodni ugovori, br. 6/2001).
- 25 „Službeni glasnik RS”, br. 39 od 11. aprila 2003.
- 26 I pre toga je odredbom člana 232. Zakonika o krivičnom postupku („Službeni list SRJ”, br. 70/2001 od 28. decembra 2001. godine) pitanje uslova i granice primene mere nadzora i snimanja telefonskih i drugih razgovora ili komunikacija drugim tehničkim sredstvima i optičkih snimanja lica vezuje se i za postupanje povodom kriminalne delatnosti određene kao „trgovina ljudima”.

Navedena odredba svedoči o nastojanju da se iznađe jedinstven odgovor na oba problema, i na trgovinu ljudima i na krijumčarenje migranata, što je rezultiralo normativnim rešenjem koje je u okviru inkriminacije označene kao trgovina ljudima sankcionisalo kako aktivnosti koje se vezuju za učešće u trgovini ljudima, tako i u njihovom krijumčarenju.²⁷ Uz činjenicu da ovako koncipirana inkriminacija ukazuje na nedovoljno razumevanje suštine zločina trgovine ljudima,²⁸ to jest, na nedovoljno precizno definisanje položaja i situacije žrtve i njeno razlikovanje u odnosu na ilegalne migrante i druga lica čije se krijumčarenje organizuje, jasno se vidi da zakonodavac korišćenjem odrednice „drugoga” ne uslovljava svojstvo pasivnog subjekta navedenih inkriminacija državljanstvom lica prema kome se kažnjiva radnja preduzima.

Kroz aktivnost brojnih državnih, ali i domaćih i međunarodnih nevladinih organizacija osnažene su inicijative i formirani predlozi koji su za jedan od ciljeva imale stvaranje normativnog okruženja koje će omogućiti, kako efikasniju prevenciju kriminalnih aktivnosti vezanih za trgovinu ljudima i njihovo krijumčarenje, tako i adekvatniju zaštitu žrtava trgovine ljudima i ilegalnih migranata. Sve to je doprinelo drugačijim normativnim određenjem krivičnih dela trgovine ljudima i krijumčarenja migranata (i drugih lica) u Krivičnom zakoniku Republike Srbije²⁹ (u daljem tekstu: KZ).

U okviru glave kojom su obuhvaćena krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, u članu 388 KZ koji inkriminiše krivično delo trgovine ljudima, predviđena je odgovornost za onoga ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima, kazniće se zatvorom od dve do deset godina.

S druge strane, u okviru glave kojom su obuhvaćena krivična dela protiv javnog reda i mira, u članu 350 KZ izdvojeno je krivično delo označeno kao nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi. Ovom inkriminacijom precizirani su normativni okviri krivičnog pravnog reagovanja na problem nelegalnog prelazanja državne granice od strane naoružanih lica ili upotrebom nasilja i na krijumčarenje ljudi.

27 Analiza slučajeva u kojima su državni organi postupali u svetlu odredbi člana 111b KZ RS iz 2003. godine, pokazuje da je za ovo krivično delo podneto 117 krivičnih prijava i to: 2003 – 9, 2004 – 61 i 2005 – 47. Pri tom je utvrđeno da se samo 40% podnetih prijava odnosi na aktivnosti koje su međunarodnim dokumentima označene kao zločin trgovine ljudima, dok se 60% prijava odnosi na slučajeve njihovog krijumčarenja.

28 Strategija borbe protiv trgovine ljudima u Republici Srbiji koju je Vlada Republike Srbije donela 7. decembra 2006. godine, naglašava, takođe, da član 111b KZ RS konzumira ne samo slučajeve trgovine ljudima, već i slučajeve krijumčarenja ljudi (ne samo migranata).

29 „Službeni glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005.

Učinjeno je to na sledeći način:³⁰

(1) Ko bez propisane dozvole pređe ili pokuša da pređe granicu SCG, naoružan ili upotrebom nasilja, kazniće se zatvorom do jedne godine.

(2) Ko u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, omogućava drugom nedozvoljeni prelaz granice SCG ili nedozvoljeni boravak ili tranzit kroz SCG, licu koje nije državljanin SCG, kazniće se zatvorom od tri meseca do šest godina.

(3) Ako je delo iz stava 2. ovog člana učinjeno od strane organizovane grupe, zloupotrebom službenog položaja, ili na način kojim se ugrožava život ili zdravlje lica čiji se nedozvoljeni prelaz granice SCG, boravak ili tranzit omogućava ili je krijumčaren veći broj lica, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina.

(4) Sredstva namenjena ili upotrebljena za izvršenje dela iz st. 1. do 3. ovog člana oduzeće se.

U komentarima citiranih odredbi ističe se postojanje dva osnovna oblika krivičnog dela. Iako u određenju prvog nema razlike (nedozvoljen prelaz državne granice)³¹ ona je primetna kod određenja i komentarisanja drugog osnovnog oblika. Njime se, po Simiću, sankcioniše bavljenje nedozvoljenim prebacivanjem lica preko državne granice, ili omogućavanje drugom iz koristoljublja da nedozvoljeno pređe granicu.³² Prema Stojanovićevom shvatanju inkriminacija iz člana 350. KZ RS obuhvata i radnje koje se odnose na krijumčarenje migranata.³³ Na drugoj strani, Lazarević ističe da je drugi oblik krivičnog dela (stav 2) omogućavanje drugom nedozvoljenog prelaza granice SCG ili omogućavanje licu koje nije državljanin SCG nedozvoljen boravak ili tranzit kroz SCG.³⁴

30 Stavom 1. člana 71. Zakona o prelaženju državne granice i kretanju u graničnom pojasu („Službeni list SFRJ”, br. 34/79, 56/80 i 53/85, „Službeni list SRJ”, br. 24/94, 28/96, 68/2002 i „Službeni glasnik RS”, br. 101/05 od 21. novembra 2005. godine) predviđena je prekršajna odgovornost za onoga ko pređe ili pokuša da pređe državnu granicu van mesta određenog za prelaz, ili ko pređe ili pokuša da pređe državnu granicu na mestu određenom za prelaz bez važeće putne isprave.

31 Lj. Lazarević, *Komentar krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 864; I. Simić, *Krivični zakonik praktična primena*, Beograd, 2007, str. 449; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog Zakonika*, Beograd, 2006, str. 738.

32 I. Simić, *op. cit.*, str. 449. U ovom delu, mišljenje autora nam se čini pogrešnim, jer bez osnova naglašava da je reč o *bavljenju* nedozvoljenim prebacivanjem lica preko državne granice.

33 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 738. Očigledno je da autor inkriminaciju posmatra isključivo kroz prizmu obaveza preduzetih ratifikacijom Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom, koji predstavlja dopunu Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala („Službeni list SRJ”, broj 6/01), a koje predviđaju da će države potpisnice usvojiti takve zakonske i druge mere da se ustanove kao krivična dela različite radnje vezane za krijumčarenje migranata. Ovo rešenje prisutno je u krivičnom zakonodavstvu Republike Makedonije, gde je uz postojeće krivično delo nedozvoljen prelazak državne granice iz člana 402. Krivičnog zakonika („Služben vesnik na RM”, br. 37/96), prvom intervencijom u oblasti koju tretiraju dopunski protokoli Konvencije UN protiv transnacionalnog i organizovanog kriminala dodat je nov član 418-a pod nazivom trgovina ljudima („Služben vesnik na RM” br. 4/02). Marta 2004. godine su dodata dva nova naslova i dva nova člana: 418-b krijumčarenje migranata i 418-v organizovanje grupa i podsticanje na izvršavanje dela trgovine ljudima i krijumčarenja migranata („Služben vesnik na RM”, br. 19/04).

34 Omogućavanje drugom nedozvoljenog prelaženja granice obuhvata razne oblike pomaganja da se granica nedozvoljeno pređe (dovođenje do granice, prihvatanje pri prelasku, prikrivanje u blizini granice dok se ne izvrši prelaz i dr.). I u ovom slučaju nije potrebno da se radi o nedozvoljenom

Treba napomenuti da je, uvažavajući specifične kriminalnopolitičke razloge zemalja potpisnica, u stavu 4. člana 6. „drugog protokola” naglašeno da ništa u ovom protokolu neće sprečavati državu potpisnicu da preduzima mere protiv lica čije ponašanje predstavlja krivično delo u skladu sa domaćim zakonom.³⁵ Članom 350. KZ RS, stavovima 2. i 3., tako je i učinjeno i oni se, kako je to u nazivu krivičnog dela naznačeno, odnose na krijumčarenje ljudi, a ne samo na krijumčarenje migranata. Da su stvari u domaćem zakonodavstvu postavljene drugačije i šire od okvira koje je postavio „drugi protokol” vidljivo je u delu odredbi kojima se navode kvalifikovani oblici predviđeni u stavu 3. člana 350 KZ. Oni se, uz okolnosti predviđene „drugim protokolom” vezuju i za ugrožavanje zdravlja krijumčarenih lica, za izvršenje krivičnog dela od strane organizovane grupe, zloupotrebom službenog položaja, ili za slučaj da je krijumčaren veći broj lica, a ne vezuju se za bezbednost migranata i njihov nehumani ili degradirajući tretman, uključujući i eksploataciju takvih migranata, kako to predviđa „drugi protokol”.

Nedoumice u pogledu domašaja inkriminacije člana 350. stav 2. i 3. KZ uvećavaju stavovi koji su u doktrini izneti u vezi sa pasivnim subjektom ovog oblika krivičnog dela. Stojanović ističe da drugo lice kome se omogućava nedozvoljeni prelaz granice, nedozvoljeni boravak ili nedozvoljeni tranzit ne sme biti državljanin Srbije, jer ono ne može prema izričitoj odredbi navedenog Protokola (član 5) da bude krivično gonjeno za radnje prelaska, ostajanja ili tranzita.³⁶ I Simić primenu odredaba stava 2. navedenog člana vezuje takođe samo za omogućavanje nedozvoljenog prelaza državne granice ili nedozvoljenog boravka ili tranzita kroz našu zemlju lica koja nisu naši državljani.³⁷ Lazarević ovom pitanju pristupa suptilnije i razlikuje dve situacije. Prva se odnosi na omogućavanje drugom nedozvoljenog prelaza granice SCG, a druga na omogućavanje licu koje nije državljanin SCG nedozvoljenog boravka ili tranzita kroz SCG. Da je tako, kazuje i dalji tekst komentara: „Delo je svršeno kada je drugo lice prebačeno preko granice, odnosno kada je drugom iz koristoljublja omogućeno da boravi u SCG ili mu je omogućen tranzit kroz SCG, a to lice nije državljanin SCG.”³⁸ U prvom delu rečenice, autor s razlogom koristi jezičku konstrukciju *drugo lice*, jer nedozvoljeno prelaženje

prelazu koji je određen kao krivično delo. Isto važi i za nedozvoljeni boravak u SCG ili tranzit, pod uslovom da se to omogućava licu koji nije državljanin SCG. Lj. Lazarević, *op. cit.*, str. 866.

35 Zone intervencije „drugog protokola” mogu se predstaviti i ovako: tretira se nelegalno ulazanje u državu potpisnicu (prelaženja granice bez ispunjenja potrebnih zahteva), a ne i isto takvo, dakle, nelegalno izlaženje iz nje – npr. u cilju izbegavanja krivične odgovornosti učinioca krivičnog dela, ali ni prebacivanje od lokacije A do lokacije B iako se one mogu naći na putu ka krajnjem odredištu unutar zemlje u koju je lice nelegalno ušlo; traži se da obezbeđivanje nelegalnog ulazanja u državu potpisnicu bude izvršeno u cilju sticanja, na neposredan ili posredan način, finansijske ili druge materijalne koristi – nisu obuhvaćeni slučajevi kada se to čini iz nekih drugih pobuda, npr. kod prebacivanja bliskih srodnika, vanbračnog partnera i sl; naglašava se da pasivni subjekti nelegalnog prebacivanja mogu biti samo lica koji nisu državljani zemlje potpisnice protokola u koju se prebacuju, odnosno ona koja nemaju stalni boravak u toj državi – u svojstvu pasivnog subjekta se ne bi mogli pojaviti strani državljani koji u trenutku ulaska u zemlju potpisnicu nemaju važeću putnu ispravu, ukoliko u njoj imaju stalni boravak.

36 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 739.

37 I. Simić, *op. cit.*, str. 450.

38 Lj. Lazarević Lj., *op. cit.*, str. 866.

granice SCG može izvršiti *svako* lice (kao domaći, tako i strani državljanin i lice bez državljanstva). S druge strane, uz korišćenje izraza „drugom” kod označavanja pasivnog subjekata radnji omogućavanja nelegalnog boravka u SCG i tranzita kroz SCG ovaj autor ga precizira zahtevom da to lice nije državljanin SCG.

Da je zakonodavac imao nameru da kriminalne radnje predviđene stavom 2. veže samo za lica koja nisu državljani SCG³⁹, to bi nesumnjivo bilo apostrofirano u nazivu krivičnog dela koje bi u tom slučaju nosilo logičan naziv „nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje migranata”. Uz to, ne bi koristio dva pojma za označavanje pasivnog subjekta u okviru iste rečenice – „drugom” i „licu koji nije državljanin SCG”. Jednako logičnim se čini i to da bi, u slučaju da je opredeljenje zakonodavca u pogledu pasivnog subjekta vezano samo za slučajeve nelegalnih migracija, to jest za nelegalne migrante, tekst stava 2. predviđao da ko u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, omogućava nedozvoljeni prelaz granice SCG ili nedozvoljeni boravak ili tranzit kroz SCG, licu koje nije državljanin SCG ... Došla bi u obzir i redakcija koja bi predviđala da ko u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, omogućava licu koje nije državljanin SCG nedozvoljeni prelaz granice SCG ili nedozvoljeni boravak ili tranzit kroz SCG...

Nedoumice koje izaziva zakonska redakcija stava 2. člana 350 KZ i tumačenja koja se sreću u doktrini, imaju za posledicu donošenje sudskih odluka koje direktno utiču na efikasnost suprotstavljanja izvršiocima ovog krivičnog dela. Na takav zaključak upućuje odluka Vrhovnog suda Srbije (Kzz br. 141/07) doneta u krivičnom predmetu zbog krivičnog dela nedozvoljeni prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi. Po oceni Vrhovnog suda, neosnovani su navodi iz zahteva za zaštitu zakonitosti Republičkog javnog tužioca da je označenim rešenjima Opštinskog i Okružnog suda u Subotici učinjena povreda krivičnog zakona u smislu člana 369. stav 1. tačka 1. u vezi člana 274. stav 1. tačke 1. ZKP, a u vezi sa članom 350. stav 2. KZ, s obzirom na to da drugo lice kome se omogućava nedozvoljen prelaz državne granice, nedozvoljen boravak ili nedozvoljen tranzit, ne može biti državljanin Republike Srbije, odnosno da se radi o pasivnom subjektu koji može biti samo stranac (strani državljanin ili tzv. apatrid, odnosno lice bez državljanstva), što proizilazi iz odredbe člana 5. Protokola protiv krijumčarenja migranata kopnom, morem i vazduhom... na osnovu koga je naša država preuzela obavezu da određene radnje predvidi kao krivično delo). Stoga su i prvostepeni i drugostepeni sud pravilno postupili nalazeći da u konkretnom slučaju predmet javne optužbe nije krivično delo nedozvoljenog prelaza državne granice i krijumčarenja ljudi iz člana 350. stav. 2 KZ koje se okrivljenima stavlja na teret, jer su.... pasivni subjekti predmetnog krivičnog dela, državljani Republike Srbije...

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zabrinutost zbog porasta ilegalnih migracija i činjenice da kriminalne grupe i pojedinci i u ovoj oblasti vide potencijalni izvor značajnog profita, kao i trans-

39 A to je uradio kod kriminalnih radnji vezanih za nelegalan boravak i tranzit lica koja nisu državljani SCG.

portovanje i prebacivanje preko državnih granica u nehumanim uslovima i uz raznovrsne rizike i štetne posledice po krijumčarena lica, zajednice kojima pripadaju i značajan broj država savremenog sveta, našla je svoj normativni izraz u brojnim međunarodnim i nacionalnim pravnim dokumentima. Pored ostalog, sve su prisutnija rešenja koja predviđaju ne samo prekršajnu, već i krivičnopravnu odgovornost za lica koja omogućavaju nelegalno prelaženje državnih granica i krijumčarenje lica.

S obzirom na to da problem nedozvoljenog prelaženja državne granice, krijumčarenja ljudi i ilegalnih migracija ne pogađa u istoj meri i na isti način sve države savremenog sveta, uprkos činjenici da su rukovođene brojnim zajedničkim interesima (sprečavanje sticanja kriminalne dobiti i zaštita lica čija se teška situacija zloupotrebljava) države preduzimaju različite mere na planu sprečavanja i suzbijanja navedenih pojava. Dok jedan broj država i dalje propisuje restriktivne uslove za svoje državljane koji žele da napuste zemlju maticu, najveći broj ekonomski razvijenijih zemalja (ali ne samo njih) preduzima mere kojima se štite od nekontrolisanog priliva i nastanjanja stranih državljana koji dolaze iz nerazvijenih zemalja i sa kriznih područja.⁴⁰

Saglasno rečenom, različite su i barijere koje se postavljaju licima koja nelegalno prelaze iz jedne u drugu zemlju i onima koji im to omogućavaju. Rešenja prisutna u međunarodnim pravnim dokumentima koja tretiraju pitanje migracija data su, pre svega, u cilju zaštite imigracionih zemalja i ilegalnih migranata čija se teška situacija neretko zloupotrebljava od strane krijumčara ljudima. Pitanje zaštite nacionalnih granica i onemogućavanje delovanja kriminalnih grupa i pojedinaca koji omogućavaju ilegalno prelaženje državne granice (kako pri nelegalnom izlasku, tako i prilikom nelegalnog ulaska) i dalje se, prevashodno, rešava na nacionalnom nivou. Tom rešenju pribegao je i naš zakonodavac. Uz uvažavanje i prihvatanje stavova i preporuka prisutnih u međunarodnim dokumentima u vezi sa nelegalnim migracijama, mišljenja smo da Krivični zakonik i dalje sadrži odredbe koje sankcionišu nezakonito prelaženje državne granica i krijumčarenje svih lica, a ne samo stranih državljana. Po prirodi stvari, odredbe koje sankcionišu krijumčarenje, a koje se manifestuje kao omogućavanje nelegalnog boravka ili tranzita kroz našu zemlju, podrazumevaju, ali i ističu da je reč o omogućavanju nelegalnog boravka i tranzita licima koji nisu domaći državljani. Kriminalnopolitički razlozi koji su doveli do postojećeg zakonskog rešenja i efikasno delovanje svih nosilaca vlasti na teritoriji Republike Srbije, a na planu sprečavanja i suzbijanja krijumčarenja lica, za sve druge zainteresovane zemlje i međunarodnu zajednicu u celini biće potvrda rešenosti da doprinese zajedničkim naporima sprečavanja ilegalnih migracija i svih štetnih pojava koje ih prate, kao i posledica koje uzrokuju. To stoga što su lica koja se ilegalno prebace sa teritorije Republike Srbije (uključujući tu i njene državljane), za zemlje susede i zemlje destinacije, lica u nelegalnom statusu, to jest ilegalni migranti (osim

40 Ovu činjenicu apostrofira i rečnik migracija u delu koji se odnosi na pojašnjenje značenja termina neregularne migracije koji vezuje ne samo za zemlje tranzita i određene zemlje, već i za zemlje porekla. Iz perspektive emitivne zemlje nepravilnost se npr. ogleda u slučajevima kada osoba pređe međunarodnu granicu bez valjanog pasoša ili putne isprave ili ukoliko ne ispunjava administrativne uslove za napuštanje zemlje. *Glossary on migration*, International Organization for Migration, Geneva, 2004, str. 34.

u slučaju da su njeni državljani ili da u njoj imaju stalni boravak). Drugačije gledanje na razmatranu problematiku bitno umanjuje doprinos ukupnim naporima međunarodne zajednice na planu sprečavanja i suzbijanja ilegalnih migracija i kriminalnog delovanja koja su sa njima u vezi.

SUMMARY

Milan Žarković, Ph.D.

Assistant Professor at the Academy of Criminalistic
and Police Studies, Belgrade

MIGRANTS SMUGGLING IN CRIMINAL LAW DETERMINATIONS OF REPUBLIC SERBIA

Human migrations, as other integrated social appearances, have many causes, manifested in various aspects and resulted in variety consequents. Exertions of persons to make better their personal life situation, moving in other areas, often causes unwished, very dramatic and drastic variations for themselves, smaller social groups in mach community, and also in international proportions. Demands, wishes and abilities concur rarely. Moreover, also governments rightful convenience are inhibitions for migrants, to regulate border transition with special regulations, and also residence and transit for foreigners. Alongside of their regulations, international and national legal documents are various, whom approbates illegal border transition migrants smuggling. Republic of Serbia has adopted normative solutions, who could help to disable and control underworld to intervene in migration process.

Key words: migrations, migrants smuggling, criminal law protection

Mr Miodrag Majić
Prvi opštinski sud, Beograd

TRADICIONALNA KRIVIČNOPRAVNA NAČELA I IZAZOVI NOVOG DOBA

Apstrakt: Krivično pravo dugo je smatrano oblašću u kojoj su značajnija odstupanja od osnovnih principa izuzetno retka i skoro nemoguća. No, bez obzira na to, iskušenja sa kojim se sreću moderna društva, kao što su sve prisutniji terorizam, masovna kršenja humanitarnog prava ili organizovani kriminal, uslovljavaju preispitivanje određenih načela, koja su do nedavno smatrana nepromenljivim. Umesto klasičnog krivičnog prava čiji je primarni cilj bila zaštita pojedinca od svemoći države, savremeno krivično pravo postepeno zadobija ulogu zaštitnika kolektiviteta (države) od sve moćnijih pojedinaca i grupa.

Saglasno tome, postavlja se pitanje realne mere ostvarivanja državnog suvereniteta u stvaranju i primeni krivičnog prava. Takođe, potrebno je preispitati buduću ulogu načela zakonitosti kao i načela istine u savremenom krivično-pravnom konceptu. Sve navedeno dovodi nas do zaključka da je savremeno krivično pravo oblast u kojoj su korekcije, pa čak i metamorfoze osnovnih instituta, ne samo moguće, već i izvesne. Ali to nije sve. Iako se to često zaboravlja, krivično pravo je samo jedno od sredstava na raspolaganju društvu, koje se modifikuje tako da najbolje služi njegovim potrebama. Ukoliko ono postane neadekvatno u svom prethodnom obliku, biće prirodno zamenjeno drugačijim oblikom, koji će predstavljati adekvatniju reakciju na potrebu trenutka.

Ključne reči: krivično pravo, načela, suverenost, zakonitost, istina, redefinisanje

1. UVODNE NAPOMENE

Često kažemo da je krivično pravo jedna od najstabilnijih grana prava, koju karakterišu postojanost i retke izmene osnovnih načela. Međutim, da li je to i danas validna tvrdnja? Da li i danas sa sigurnošću možemo isticati kako su osnovna načela savremenog krivičnog prava ostala gotovo nepromenjena od njihovog nastanka? Da li i danas, jednako kao i pre nekoliko decenija, načelo zakonitosti i istine na primer, u krivičnom pravu imaju isti značaj.

Čini se da savremeno krivično pravo sve više karakteriše preispitivanje osnovnih postulata. Ipak, čini se da se ovo preispitivanje odvija više kao spontani proces njihove metamorfoze izazvane suštinskom promenom okolnosti koje utiču na modeliranje krivičnopравnih normi, nego kao smišljena zakonodavna akcija.

Razumevanje ovih promena pretpostavlja shvatanje promenjene uloge koju krivično pravo postepeno zadobija. U vreme nastanka klasičnih krivičnopравnih instituta, krivično pravo prvenstveno je imalo ulogu zaštite pojedinca od svemoći države. Preciznim normama bilo je neophodno omeđiti volju vladara i time obezbediti slobodan prostor za nekažnjivo delovanje individue. Danas je situacija sasvim drugačija, pa se, samim tim menja i uloga krivičnog prava u savremenom svetu. Opasnost ne preti prvenstveno od državne oligarhije. Ona sve više dolazi od

moćnih pojedinaca koji deluju bilo individualno, bilo, što je mnogo češće, povezani u grupe (ratni zločini, terorizam, organizovani kriminal). Ove grupe pojedinaca često prema različitim pokazateljima moći pariraju i samoj državi koja tako postaje ugrožena. Dakle, umesto opasnosti po pojedinca od države, današnji svet sreće se sa drugačijom pretnjom – opasnošću koja kolektivitetu (državi) preti od strane pojedinaca ili njihovih grupa (ratni zločini, terorizam, organizovani kriminal).

Krivično pravo u takvoj situaciji nužno zadobija drugačiju ulogu i zadatke, a neke od tih promena pokušaćemo da predstavimo u redovima koji slede.

2. REDEFINISANJE NAČELA

2.1. Redefinisanje državne suverenosti u kreiranju krivičnog prava

Jednu od osnovnih karakteristika klasičnog sistema krivičnog prava, predstavljao je apsolutni formalni monopol države i njenih organa na njegovo stvaranje i primenu. Klasična država apsolutnog suvereniteta, shvatana kao organizacija sa monopolom za fizičku prinudu,¹ svakako je kao jedan od svojih osnovnih prerogativa isticala *ius puniendi*. Državni suverenitet shvatan kao nezavisnost državne vlasti od svakog stranog mešanja (spoljni suverenitet) i kao nadmoć državne vlasti u odnosu na sve činioce unutar države (unutrašnji suverenitet),² svakako se prostirao i na pravnu nesputanost u stvaranju i primeni krivičnog prava.³ Drugim rečima, bilo kakva zapovest ili zabrana doneti od strane države su pravno obavezni i moraju se izvršiti, i druga vlast van države ne može se angažovati u ograničavanju ovih inherentnih prava.⁴

U tom smislu je razumljivo da je tradicionalni krivičnopravni koncept imao mogućnost neograničene zaštite i usko-državnih interesa, inkriminišući dve vrste suštinski različitih krivičnih dela – ona koja možemo smatrati univerzalnim i ona koja možemo nazvati parohijalnim,⁵ i koja u suštini predstavljaju plod državnog „egoizma”. I jedna i druga krivična dela međutim, saglasno klasičnom konceptu krivičnog prava, jednako su dovodila do državne reakcije u vidu kažnjavanja njihovih učinilaca.

Problem koji se u tom pogledu pojavio tiče se sve veće ekspanzije izvršilaca takozvanih međunarodnih krivičnih dela. Reč je o delima koja u najkraćem, iako ponekad nisu od interesa za konkretnu državu koja ne inkriminiše ili ne kažnjava njihovo vršenje, predstavljaju pretnju čitavoj međunarodnoj zajednici. Naime, klasično krivično pravo dozvoljavalo je mogućnost da država kao krivična dela previdi i *par excellence* zločine, kao što su genocid, agresija ili ekocid, uskraćujući na taj

1 R. Lukić, B. Košutić, *Uvod u pravo*, Beograd, 1988, str. 33.

2 *Ibidem*, str. 35.

3 Postoje autori koji klasično poimanje suvereniteta smatraju analognim klasičnom poimanju privatne svojine. Vidi: F. Kratochwill, *Sovereignty as Dominion: Is There a Right of Humanitarian Intervention?*, in: G. M. Lyons & M. Mastanduno (eds.), *Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Intervention*, 1995, pp. 21-22.

4 *Ibidem*.

5 G.P.Fletcher, *Parochial v. Universal Criminal Law*, *3 Journal of International Criminal Justice*, 20, 2005, p. 21.

način bilo kakvu zaštitu njihovim žrtvama i prećutno amnestirajući izvršioce. Stoga se često dešavalo da se skup krivičnih dela koja egzistiraju nezavisno od zahteva jedne epohe i volje zakonodavca (prirodni zločini), i skup krivičnih dela predviđenih od strane određene države, samo donekle poklapao, odnosno da su se ovi skupovi mogli predstaviti krugovima koji se samo delimično presecaju.

Međutim, u proteklih nekoliko decenija započeti su procesi koji su ovaj apsolutni primat države u stvaranju i primeni krivičnog prava u mnogome doveli u pitanje. Interakcija međunarodnog i nacionalnih krivičnopravnih sistema proizvela je efekte koji su bili potpuno nepoznati svega nekoliko decenija unazad, u doba apsolutne „vladavine” tradicionalnog krivičnopravnog koncepta. Razvoj međunarodnog krivičnog prava, a naročito njegove supranacionalne dimenzije, nagovestili su „sumrak ideje o apsolutnom suverenitetu nacionalne države i nacionalnog sistema kaznene pravde kao prve i zadnje instance za određivanje odnosa pojedinca i represivne vlasti.”⁶ Upravo je međunarodno krivično pravo, u čijoj osnovi leži koncept zaštite prirodnih sloboda i prava čoveka, prvo narušilo koncept apsolutne suverenosti i samodovoljnosti nacionalnih pravnih sistema. Umesto pretpostavke o apsolutnoj suverenosti države, kroz novi koncept univerzalnih ljudskih prava, sve više se govori o suverenitetu pojedinca (građanina), kao o polaznoj pretpostavci bilo kojeg drugog pa i državnog suvereniteta.⁷

Kako se ovakva polazišta objašnjavaju i koja su opravdanja za ovakav upliv međunarodnog krivičnog prava u nacionalne pravne sisteme? Jer, međunarodno krivično pravo može legitimno zabranjivati i kažnjavati radnje preduzete u okvirima jurisdikcije nacionalnih pravnih sistema, samo ukoliko postoje značajni razlozi koji opravdavaju ovakvo uzurpiranje ekskluzivnih prerogativa države.⁸

Polazeći od ideje univerzalnih ljudskih prava, kao osnovnog legitimišućeg faktora međunarodnog krivičnopravnog koncepta, opravdanje ovakve uloge međunarodnog krivičnog prava spram nacionalnih pravnih sistema, danas se pronalazi među principima koji su veoma slični savremenom konceptu sloboda i prava pojedinaca u okvirima određenog društva.

Tako se odnos određenog nacionalnog pravnog sistema prema pojedincima unutar tog sistema posmatra slično odnosu roditelja prema deci o kojoj se staraju. Ističe se da je roditeljima, od društva dat određeni stepen autonomije u pogledu izbora načina vaspitanja dece (način oblačenja, ishrane, obrazovanja, itd.). Dokle god roditelji ovu svoju dužnost i pravo ispunjavaju bez povrede prava dece, država ostaje po strani, odnosno ne interveniše u njihove međusobne odnose (ostvarivanje roditeljskog suvereniteta). Međutim, u slučaju zloupotrebe prava ili njihovog zanemarivanja, treća strana, u ovom slučaju država, ne samo da može, već je i dužna da interveniše (uzurpiranje roditeljskog suvereniteta u procesu vaspitanja).⁹

6 V. Kambovski, Primena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnom kaznenom zakonodavstvu: pokušaj sinteze, *Međunarodni naučni skup „Primena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnim zakonodavstvima”*, Zbornik radova, Tara 2005. godine, str. 10.

7 *Ibidem*, str. 10.

8 A. Altman, C.H. Wellman, A Defense of International Criminal Law, in *Ethics* 115, University of Chicago, October, 2004, p. 39.

9 A. Altman, C.H. Wellman, A Defense of International Criminal Law, *op. cit.*, p. 45.

Prenet na nivo odnosa međunarodno – nacionalna krivična prava, ovakav koncept ima sledeće osobenosti. Nacionalni pravni sistemi ostvaruju suverenost, koja se između ostalog ogleda i u ekskluzivnoj nadležnosti u pogledu primene krivičnog prava nad pojedincima na njenoj teritoriji, sve dokle ispunjavaju funkcije koje su imanentne savremenoj državi. Minimalni zahtevi koji se u tom pogledu postavljaju jesu oni koji se tiču očuvanja mira u društvu i zaštite ljudskih prava. Međutim, ukoliko nacionalni pravni sistem zloupotrebi ili zanemari vršenje ovih funkcija, tako da pod njegovim okriljem dođe do ozbiljnijih kršenja prava pojedinaca, bilo kao posledica angažovanja samog tog sistema, bilo usled njegove neaktivnosti, međunarodni krivičnopravni sistem je dužan da preuzme određene nacionalne ingerencije i uspostavi narušenu ravnotežu. Drugim rečima, samo nacionalni pravni sistemi koji adekvatno ispunjavaju poverene im funkcije, saglasno savremenom konceptu, uživaju puno pravo na suverenost.¹⁰

Saglasno onome što je prethodno istaknuto može se zaključiti da je suverenost savremenih država u izuzetno značajnoj oblasti kakvu predstavlja kreiranje i primena krivičnog prava danas značajno ograničena onim što se danas podrazumeva pod međunarodnim krivičnopravnim standardima. Jednom rečju, danas više nije moguće kreirati i primenjivati krivično pravo samo u okvirima jednog suvereniteta, bez bilo kakvog vida spoljne kontrole. Gotovo da nema ni jednog zakonskog projekta koji u savremenim državama, a naročito onima koje se, poput naše, nalaze na putu međunarodnih integracija, ne prolazi rigoroznu međunarodnu evaluaciju. Umesto ranije postojeće klasične nacionalne zakonodavne procedure, danas je postupak daleko složeniji i sastoji se, samo u jednom segmentu od klasične legislativne procedure, dok je u drugom, možda čak i značajnijem, sačinjen od detaljne analize usklađenosti ponuđenih rešenja sa međunarodnim standardima.

2.2. Redefinisanje načela zakonitosti

I danas, jednu od osnovnih karakteristika klasičnog krivičnopravnog koncepta predstavlja načelo zakonitosti. Saglasno ovom načelu, koje je takođe prešlo dug istorijski put do svog definitivnog ustanovljenja, nikome ne može biti izrečena krivična sankcija za delo koje pre nego što je učinjeno nije bilo predviđeno zakonom i za koje nije bila zakonom propisana kazna, pri čemu se pojam zakona ovde shvata prvenstveno u užem, formalnom smislu.¹¹ Navedeno načelo, uobičajeno se označava kroz latinsku formulaciju *nullum crimen, nulla poena sine lege*, i može se slobodno reći da predstavlja „kamen temeljac” i „zaštitni znak” krivičnog prava.

Zašto je baš načelo zakonitosti, u odnosu na ostala, izuzetno značajna načela, kao što su načelo legitimnosti, humanosti pa i pravednosti i srazmernosti, odnelo prevagu u tradicionalnom konceptu krivičnog prava?

¹⁰ *Ibidem*, p. 46.

¹¹ Pod zakonom u *formalnom smislu* podrazumeva se njegovo najuže značenje saglasno kojem je zakon pisani izvor prava koji ima najvišu pravnu snagu od svih pisanih izvora, odnosno pisani izvor koji izdaju posebni, zakonodavni organi, u posebnom, zakonodavnom postupku. R. Lukić, B. Košutić, *Uvod u pravo*, Beograd, 1988, str. 234 i dalje; Isto: T. Živanović, *Sistem sintetičke pravne filozofije: sintetička filozofija prava I*, Beograd, 1997, str. 171.

Značajan deo odgovora na ovo pitanje nalazi se sa jedne strane u razumevanju procesa preuzimanja monopola na krivično pravo od strane države, i sa druge strane u razumevanju samog zakona, kao sredstva moći u rukama države.

Naime, obaveza države, odnosno suverena da radnje za koje će kažnjavati svoje podanike prethodno predvidi na jasno razumljiv i vidljiv način, odnosno zakonom, nastala je kao posledica duge borbe za zaštitu od proizvoljnog, nepredvidivog kažnjavanja. U vremenima primene surovih kazni čak i za „grešne misli”, na prelazu iz feudalizma u kapitalizam kada je zalaganjima prosvetitelja uvedeno u krivična zakonodavstva,¹² ovo načelo je imalo prevashodno zaštitnu funkciju.

Međutim, načelo zakonitosti, pored funkcije zaštite pojedinca od samovolje države, ima i svoje drugo, ne tako vidljivo lice. Pod okriljem ovog načela, država je dobila mogućnost da propisuje kao krivična dela i radnje koje sa stanovišta razuma i morala, nikako ne bi smeli smatrati nedozvoljenim i tako ponovo, ovaj put *legalno* nametne svoju volju, ali i obrnuto, da suprotno razumu i osećanju pravednosti, ne inkriminiše drastične prestupe. Do navedene deformacije došlo je kada su, za razliku od „ranih” zakonodavaca, koji su pokušavali da stvore zakone koji će samo zabeležiti ono što je zakon oduvek bio,¹³ „kasniji” državni zakonodavci, naročito nakon uspona apsolutne monarhije, otkrili moć polaganja novih pravila ispravnog ponašanja. Zato se u potpunosti može prihvatiti tvrdnja da je zakonodavstvo državi stavilo u ruke instrument velike moći¹⁴ koji je bio neophodan radi postizanja boljitka, ali koji još uvek nije u toj meri kontrolisan da bi bili uvereni da neće biti upotrebljen suprotno ovoj nameni.¹⁵ Stoga je najefikasnije sredstvo ograničavanja države u samovoljnom i nepredvidivom kažnjavanju, istovremeno u sebi nosilo i svoju suprotnost u vidu moguće „tiranije kažnjavanjem koje je moguće predvideti”.¹⁶

Sve do nedavno, retki su bili autori koji su pored nespornog, fundamentalnog značaja načela zakonitosti, uviđali i isticali i određene njegove manjkavosti. Načelo zakonitosti predstavljano je bezmalo kao svemoguće sredstvo krivičnog prava, koji pojedinca apsolutno štiti od državne samovolje i koje je gotovo dovoljan element koji će činiti da se krivično pravo razvija u poželjnom smeru.

12 N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo*, Beograd, 2005, str. 32 i 39-40.

13 F.A. Hajek, *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Beograd, 2002, str. 80; Vidi i: S.N. Kramer, *History Begins at Summer*, New York, 1952, p. 52.

14 Ističući značaj i moć zakonodavstva Rehfeld navodi:

Nastanak fenomena zakonodavstva...u istoriji čovečanstva predstavlja umeće da se čini pravo i nepravo. Do tada se verovalo da se pravo primenjuje samo kao nešto što je oduvek tu, a ne nešto što se uspostavlja. U odnosu na prethodnu ideju, pronalazak zakonodavstva je možda događaj sa najdalekosežnijim posledicama od svih događaja – dalekosežniji od otkrića vatre ili baruta – jer je ono, jače od svih drugih, sudbinu ljudi stavilo u njihove ruke. B. Rehfeld, *Die Wurzeln des Rechts* (Berlin, 1951), str. 67, cit. u: F.A. Hajek, *Pravo, zakonodavstvo i sloboda, op. cit.*, str. 72, fn. 1.

15 *Ibidem*, str. 72.

16 Uočavajući ovaj problem, Kambovski ističe kako danas načelo zakonitosti ipak ne dozvoljava arbitrnost na strani zakonodavca. Garant punog poštovanja načela zakonitosti u smislu poštovanja individualnih sloboda i prava i efikasne i neselektivne primene krivičnog prava, saglasno ovom autoru, danas je i međunarodna zajednica koja prema državi koja ne poštuje postojeće standarde u tom pogledu može primeniti različite vidove sankcija (ekonomske, političke i vojne). Vidi V. Kambovski, *Kazneno pravo – opšt del*, Skopje, 2005, str. 255.

U novije vreme međutim, ističu se i određeni nedostaci apsolutizacije ovog principa. Tako se najpre sa pravom ističe kako načelo zakonitosti nije i ne može biti konačno i univerzalno rešenje problema zaštite pojedinca od samovoljne deprivacije slobode ili života od strane države.¹⁷ Iako se ne osporava značaj načela na planu zaštite osnovnih prava čoveka, sa skepsom se gleda na mogućnost da se prostim prenosom pravila u pisane norme, postignu osnovni ciljevi zbog kojih je i samo načelo ustanovljeno.

Tako se, najpre ističe kako je neizvesno u kojoj meri zakoni stvarno doprinose boljem poznavanju prava od strane građana. Još je neizvesnije u kojoj meri pisana pravila zaista imaju uticaja na ponašanje individue. U tom smislu se podseća da mnogi ljudi ne poznaju dovoljno zakon ali se i pored toga ponašaju u skladu sa njegovim pravilima, dok postoje i drugi, koji svesno krše dobro poznata pravila ponašanja, bez obzira što znaju da ovakvi postupci mogu biti drakonski kažnjeni.¹⁸

Takođe se sve češće dovodi u sumnju i koncept prema kojem se celokupan proces stvaranja krivičnog prava prepušta isključivo zakonodavnom telu.¹⁹ Postavlja se pitanje, u kojoj meri su današnja narodna predstavništva, uistinu reprezentivi narodne volje čak i kada ih građani formalno biraju, posebno kada se ima u vidu uticaj koji se na volju birača vrši putem mas-medija. Sa druge strane, imajući u vidu izuzetan razvoj nauke i tehnologije, izražava se sumnja i u realne mogućnosti parlamentarnog zakonodavstva, imajući u vidu da je ovo u većini zakonodavnih oblasti oslonjeno i dalje prevashodno na laički element, koji često ne poznaje dovoljno ono o čemu odlučuje.²⁰

Na kraju, postoje autori koji preispituju načelo zakonitosti i sa aspekta njegovog uticaja na razvoj krivičnog prava. Tako se između ostalog ističe da posebno zahtev određenosti krivične norme, koji se najčešće ispoljava kroz insistiranje na apsolutnoj terminološkoj preciznosti, u određenim slučajevima može stajati na putu progresivnom razvoju krivičnog prava.²¹

Bilo bi svakako pogrešno, navedene kritike „idealizacije” načela zakonitosti shvatiti tako da nam je ono u daljem razvoju krivičnog prava, manje potrebno. Reč je o univerzalno prihvaćenom dostignuću za koje se danas osnovano smatra da je postalo „opšta civilizacijska tekovina koja po svom značaju daleko prevazilazi granice krivičnog prava”.²²

Međutim, ukazivanje na nedostatke ili još preciznije na „nedovoljnost” načela zakonitosti može da posluži razumevanju nove etape u razvoju krivičnog prava u

17 Vidi: M. Papa, Harmonization of General Principles of Criminal Law: A Critical Report on the Debate, *International Criminal Law: Quo Vadis?, Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy*, 28 Nov-3 Dec. 2002, p. 354.

18 *Ibidem*, pp. 354-355.

19 *Ibidem*, p. 355.

20 *Ibidem*.

21 Vidi: M. Shahabuddeen, Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?, *Journal of International Criminal Justice*, December 2004, pp. 1007-1017.

22 Z. Stojanović, Načelo zakonitosti u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Zbornik radova sa savetovanja „Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore, Zlatibor – septembar 2004*, str. 103.

kojoj će načelo zakonitosti biti nužno „kombinovano” i „dopunjavano” ostalim instrumentima zaštite osnovnih sloboda i prava čoveka, kao što su korpus ljudskih prava i međunarodni krivičnopravni standardi. Drugim rečima, načelo zakonitosti u savremenoj krivičnopravnoj koncepciji više ne može zadržati apsolutni primat u zaštiti pojedinca od državne samovolje. Jer kao što je rečeno, to ne samo da više nije moguće, već u određenim slučajevima može da bude i izuzetno štetno.

U tom smislu, redefinisanje tradicionalnog poimanja načela zakonitosti, jedna je u nizu posledica koje će nastupiti u savremenom krivičnopravnom konceptu. Osnovnu ulogu u ovom pravcu metamorfoze, odigraće još jednom međunarodne krivičnopravne norme.

Naime, klasično poimanje principa *nullum crimen sine lege*, koje isključuje primenu bilo kakve inkriminacije i sankcije ukoliko ovi nisu sadržani u tekstu nacionalnog zakona, nalazi se u suprotnosti ne samo sa opštim međunarodnim krivičnopravnim načelima, već i sa izričitim odredbama određenih međunarodnih konvencija, koje su priznate od samih nacionalnih pravnih sistema.

Da li za ovakav proces, pored usaglašavanja različitih vidova obaveza, (na unutrašnjem planu – načelo zakonitosti, na spoljašnjem planu obaveze preuzete međunarodnim konvencijama), postoje i dublja, moralna opravdanja za odstupanje od tradicionalno shvaćenog načela *nullum crimen sine lege*?

Pre svega, treba imati uvidu da i načelo zakonitosti, baš kao i ostala pravna načela, u suštini predstavljaju manifestaciju određenih društvenih vrednosti važećih u određenom društvenom trenutku. U konkretnom slučaju, reč je o potrebi zaštite pojedinca od svemoći države. Kako je reč o određenom vrednosnom modelu, i on, kao i svaki drugi model, može doći u konkurenciju sa drugim vrednosnim modelima u određenom društvu. Razrešenje ove vrednosne „tenzije” nastupa isključivo u onom trenutku kada jedan od „sukobljenih” vrednosnih modela odnese prevagu.

Čitav problem koji se javlja u pogledu načela zakonitosti i primene međunarodnog krivičnog prava na nacionalnom nivou, u suštini se svodi na pomenuto pitanje. Naime, reč je o problemu odabira zaštite pretežnije vrednosti u određenom nacionalnom forumu, koji iz određenih razloga (najčešće neadekvatno zakonodavstvo), nije u mogućnosti da zaštiti i jedno i drugo dobro. Drugim rečima, pojavljuje se sukob postojeće težnje za zaštitom načela zakonitosti i težnje za kažnjavanjem izvršilaca najtežih međunarodnih krivičnih dela, koja nisu predviđena nacionalnim zakonodavstvom.

Savremeni razvoj univerzalnih sloboda i prava i svest o neophodnosti njihove zaštite, učinili su da je sve veći broj onih koji u ovakvom „sukobu”, prednost daju primeni međunarodnih krivičnopravnih normi, čak i po cenu odstupanja od striktnog poštovanja načela zakonitosti. Saglasno ovim mišljenjima, moralni razlozi koji stoje na strani kažnjavanja osobe kada to striktno zakonski nije dozvoljeno, u određenim slučajevima mogu prevagnuti nad zakonskim razlozima koji govore u prilog drugačijeg postupanja.²³

Ovakve stavove međutim, ne treba poistovećivati sa stavovima koji između krivičnog prava i morala stavljaju znak jednakosti. Formula o kojoj je ovde reč

23 A. Altman, C.H. Wellman, A Defense of International Criminal Law, *op. cit.*, p. 58.

može se izraziti na sledeći način: moralni razlozi koji se protive kažnjavanju osobe kršenjem načela *nullum crimen sine lege*, moraju se ispitivati upoređivanjem sa moralnim razlozima koji govore u prilog ovakvog postupanja. Ukoliko su ovi drugi pretežniji, ima mesta primeni međunarodnog krivičnog prava, uprkos zabranama koje nameće klasični koncept načela zakonitosti.²⁴

Pri analiziranju ovog problema, potrebno je zato uvek imati u vidu ranije više puta isticanu tvrdnju da je i načelo zakonitosti neophodno posmatrati u svetlosti konkretnih uslova njegovog nastanka, razvoja i na posletku, stvarne situacije u kojoj se ovo pitanje postavlja. Još jednom je neophodno istaći da ni ovo, temeljno načelo savremenog krivičnog prava, nije imalo isto značenje u doba težnji ka ograničavanju državne samovolje i borbe za ostvarivanje minimuma ljudskih prava, i u doba kada ono samo, u određenim slučajevima, može postati smetnja ostvarivanju univerzalnih vrednosti.

Takođe je već više puta tokom dosadašnjeg izlaganja istaknuto i to da u savremenim uslovima osnovne postavke načela legaliteta ne mogu više zadržati ulogu apsolutnog autoriteta. Naime, da li je i dalje moguće tvrditi da samo propisivanje sve većeg broja krivičnih dela u nacionalnim zakonicima, obezbeđuje adekvatnu informisanost građana o tome šta je dozvoljeno a šta nije? Ili, da li se može i dalje braniti stav da su građani pri postojećoj hipertrofiji inkriminacija, i dalje u prilici da „poznaju” zakone. Koliko je uopšte laicima moguće da stvarno spoznaju inkriminaciju, koja se sastoji ne samo iz zabrane predviđene u posebnom delu krivičnog zakona, već u suštini i iz nesagledivog broja kombinacija ove zabrane sa takođe velikim brojem instituta opšteg dela?²⁵ Na kraju, da li je moguće osnovano tvrditi da građani imaju više šanse da budu upoznati sa kažnjivošću nedozvoljenog fotografisanja na primer, samo zato što je ovo predviđeno u zakonu u odnosu na kažnjivost genocida ili ratnih zločina, čija implementacija nije sprovedena?

Sve napred navedeno upućuje na zaključak da, paradoksalno, i uspostavljanje principa legaliteta i njegovo preispitivanje i eventualno redefinisavanje, u osnovi imaju istu ideju – ideju pravičnosti. Baš kao što je pozivanjem na princip pravičnosti u određenom periodu razvoja krivičnog prava pojedinca bilo potrebno zaštititi od proizvoljnog kažnjavanja, tako je danas, pozivanjem na isto načelo, neophodno sprečiti nekažnjavanje izvršilaca najtežih međunarodnih krivičnih dela, do kojeg bi moglo doći ukoliko bi se prihvatilo da načelo zakonitosti ne trpi bilo kakve izuzetke. Drugim rečima i pravilo i eventualni izuzeci kako u ovom, tako i u budućim slučajevima, morali bi služiti istoj svrsi – zaštititi načela pravičnosti.

24 *Ibidem*. Da nije reč isključivo o novim idejama, ukazuje i Kelzenovo viđenje Nirnberskog postupka. Govoreći o zločinima protiv čovečnosti, koji su predviđeni Statutom tribunala, Kelzen je naveo da su ovi „moralno najviše vredni prekora, i da su osobe koje su izvršile ova dela, svakako bile svesne njihovog nemoralnog karaktera ... Pravda zahteva kažnjavanje ovih lica, uprkos činjenici da prema pozitivnom pravu njihova dela nisu bila zabranjena u vreme činjenja”, H. Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?*, *International Law Quarterly*, 1, 1947: 153-71, pp. 164-165, in: A. Altman, C.H. Wellman, *A Defense of International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 58.

25 Vidi: B. Zupančič, *Načelo legaliteta*, Međunarodni naučni skup „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova”, Zbornik radova, Tara, 2006, str. 37-79.

Sve navedeno svakako ne znači da bi u budućnosti, nacionalni krivičnopravni koncept trebalo da odustane od načela zakonitosti. Ovo načelo, bez obzira na sve nedostatke koji se mogu javiti u primeni međunarodnog krivičnog prava na nacionalnom nivou, uvek će biti jedno od temeljnih principa savremenog krivičnog prava.

Umesto neprihvatljivog odbacivanja, čini se da je potrebno izvršiti njegovo redefinisavanje. Evolucija načela *nullum crimen sine lege* u princip *nullum crimen sine actu*, po našem mišljenju predstavlja neophodan kompromis između „suprotstavljenih” vrednosti savremenog krivičnog prava: težnje za očuvanjem pravne sigurnosti i težnje za očuvanjem univerzalnih vrednosti, kroz kažnjavanje učinilaca najtežih međunarodnih krivičnih dela.

3. REDEFINISANJE NAČELA ISTINE

Princip istine u krivičnom pravu, odnosno onom njegovom delu koji reguliše sam postupak (proceduru), garantuje utvrđivanje stvarnih činjenica, onakvih kakve su se zaista dogodile u prošlosti. Sama istina definiše se na različite načine, u zavisnosti od ugla posmatranja pojma. Tako se u filozofskom smislu istina određuje kao veran odraz stvarnosti, dok se kada se ima u vidu krivičnoprocesni pojam govori o najvećem stepenu uverenja o izvršenom krivičnom delu i odgovornosti učinioca.²⁶

Pored toga, izvesni broj autora razlikuje i takozvanu „materijalnu” i „formalnu” istinu, gde se za osnov podele najčešće uzima odnos pojedinih procesnih sistema prema vrednosti određenih dokaza (slobodna sudijska ocena nasuprot zakonskoj vrednosti određenih dokaza).²⁷

Međutim, bez obzira na prihvaćenu definiciju ili podelu, imajući u vidu značaj krivičnog prava kao grane prava kao i moguće posledice po pojedinca koje njegova primena podrazumeva, princip istine je u krivičnom pravu igrao a i danas igra ulogu, možda i značajniju nego što je to slučaj sa nekim drugim pravnim oblastima.

Ipak, nije moguće ne primetiti određena odstupanja do kojih i u ovoj oblasti dolazi i koja se, čini se, vremenom sve više uvećavaju. Naime, različite okolnosti sa kojima se suočava savremena država, a prevashodno one koje ukazuju na njenu ugroženost, sa jedne strane enormnim povećanjem broja svakovrsnih krivičnih dela a sa druge strane, sve većim prisustvom krivičnih dela koja pogađaju same njene temelje (terorizam, korupcija, itd), uslovile su nužnost drugačijeg pristupa.

Danas, umesto dužnosti suda da u zakonito sprovedenom postupku utvrdi punu istinu u pogledu izvršenja krivičnog dela o kojem je reč, sve više srećemo određene oblike dokazivanja koje možemo posmatrati i kao, u većoj ili manjoj meri ozbiljna odstupanja od načela.

Tako na primer, anglosaksonsko krivično pravo odavno poznaje institut nagodbe tužioca i okrivljenog u pogledu priznavanja krivice. Suštinu ovog instituta, koji je danas prihvaćen i u većem broju kontinentalnih sistema, predstavlja sporazum

26 Z. Jekić, *Dokazi i istina u krivičnom postupku*, Beograd, 1989, str. 65.

27 *Ibidem*, str. 67-68.

zaključen između dve strane u postupku kojim se okrivljeni obavezuje da će priznati jedno ili više krivičnih dela u zamenu za povoljniji tretman od strane tužioca koji se najčešće oglada u odustajanju od nekih drugih krivičnih dela ili zahtevanju blaže krivične sankcije. Od samog načela istine u ovom slučaju, odstupa se dvostruko. Evidentno je naime da tužilac, negirajući načelo istine, na osnovu sporazuma odstupa od utvrđivanja istine u pogledu krivičnih dela za koja se obavezao na odustanak. Međutim, pored toga, načelo istine dovodi se u pitanje i onom delu sporazuma koji se tiče priznanja okrivljenog, koje može biti i lažno. Iako postoje različiti modaliteti njegove procesne provere, suštinski ovde se odluka suda ne zasniva na punom procesnom utvrđivanju činjenica, već na prihvatanju određenog sporazuma i priznanja, što suštinski predstavlja svojevrsan vid formalnog dokazivanja.

Slično odstupanje može se uočiti i kod jednog od relativno novijih dokaznih sredstava – iskaza takozvanih svedoka saradnika. Ovde je reč o angažovanju lica, koja u zamenu za potpuno svedočenje o njihovim i delatnostima ostalih članova kriminalne organizacije, bivaju ili potpuno oslobođena krivičnog progona ili kazne ili im kazna biva značajno umanjena.

Jasno je da se i ovde odstupa od striktnog poštovanja načela istine. Kao i u prethodnom slučaju, sa jedne strane ovo odstupanje oglada se u neutvrđivanju istine u pogledu onih krivičnih dela u pogledu kojih je svedok saradnik oslobođen ili uopšte nije krivično gonjen. Sa druge strane, princip istine dovodi se u pitanje na nešto manje vidljiv način.

Naime sve češća upotreba svedoka saradnika, u praksi dovodi do gotovo prevashodnog oslanjanja tužilaštava i sudova na ovo dokazno sredstvo, tako da se ostala dokazna sredstva gotovo i ne upotrebljavaju. Na taj način, neretko iskazi svedoka saradnika ostaju jedini dokazi u prilog nečije krivice. Iako formalno u velikom broju krivičnih sistema to ne predstavlja prepreku, po našem mišljenju, ovakvim pristupom takođe se u većoj ili manjoj meri odstupa od načela istine, koje podrazumeva što sveobuhvatnije i detaljnije pretresanje činjenica.

4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Iz navedenih nekoliko primera, može se jasno zaključiti da u većoj ili manjoj meri dolazi do redefinisivanja nekih od osnovnih postulata na kojima je zasnovan klasičan krivičnopravni koncept. Promene o kojima je reč nisu mimoišle čak i načela suverenosti, zakonitosti i istine koja se i danas smatraju temeljima krivičnog prava.

Ova činjenica otvara dublji problem. Pitanje je naime, da li se uopšte može tvrditi da postoje apsolutna načela, koja ne smeju biti preispitivana ukoliko se želi ostati u granicama određene pravne grane ili je pak sve u pravu podložno preispitivanju pa i promeni. Ukoliko se pobliže razmotri navedeno pitanje, doći će se do nesumnjivog zaključka da izmene do kojih dolazi u savremenom krivičnom pravu, suštinski nastaju usled nemoći države da se konvencionalnim sredstvima (uključujući i konvencionalno krivično pravo) izbori sa opasnostima novog doba. U takvim uslovima, država poseže za prilagođavanjem i izmenom sredstva koje joj je na raspolaganju (krivičnog prava), u pravcu koji najefikasnije obezbeđuje njenu sigurnost.

Dokle se sa ovakvim izmenama može ići?

Traženje odgovora na ovo pitanje prevazišlo bi granice ovoga rada, ali se gotovo izvesno nameće zaključak da će što opasnost bude veća, povećavati i „zahvati” u odnosu na klasičan krivičnopravni koncept. Jer, iako se to često zaboravlja, i krivično pravo je samo određeni vid državnog instrumenta u borbi za očuvanje vrednosti koje određeni kolektivitet u određenom trenutku smatra važnim. Ukoliko ovaj instrument nije podoban za zaštitu ovih vrednosti, a naročito ukoliko se pokaže neadekvatnim za očuvanje samog kolektiviteta, njegova promena pokazuje se neophodnom. Bilo kakve dogmatske prepreke koje se u takvim situacijama budu pojavljivale, izvesno će ustuknuti pred „zakonom potrebe”.

SUMMARY

Miodrag Majić, LL.M.

The First Municipal Court, Belgrade

TRADITIONAL CRIMINAL LAW PRINCIPLES AND CHALLENGES OF NEW AGE

Criminal law has long been considered a legal area where material deviations from basic principles are extremely rare and almost impossible. Nevertheless, the challenges faced by modern societies, such as increasingly present terrorism, mass violations of humanitarian law or organized crime caused revision of certain principles which up to not long ago were almost inconceivable. Instead of a classical criminal law the primary aim of which was protection of an individual from almightiness of the state, modern criminal law gradually gains the role of a protector of collectivity (state) from increasingly more powerful individuals or groups.

Thus, the question is raised about the realistic measure of realization of sovereignty of the state in creation and implementation of criminal law. Future role of principles of legality is also revised, as well as the one of the principle of truth itself in modern criminal law. All the mentioned leads to the conclusion that the modern criminal law is an area in which revisions, and even metamorphoses of basic institutes are not only possible but also sure to happen. But that is not all. Although the fact is often disregarded, criminal law is still only one of the tools used by the society, which is modified and tailored to suit the concrete needs. If it becomes inadequate in its previous form, it will naturally be replaced by another form which will represent a more adequate reaction to requests of the moment.

Keywords: criminal law, principles, sovereignty, legality, truth, revision

KAŽNJAVANJE ZA PRODUŽENO KRIVIČNO DELO

Apstrakt: Novi Krivični zakonik Republike Srbije uneo je niz novina u materijalno krivično zakonodavstvo, među kojima posebno mesto zauzima produženo krivično delo. Radi se o institutu koji se više decenija primenjivao u domaćoj sudskoj praksi iako nije bio izričito regulisan. Cilj ovoga rada je da analizira kažnjavanje za učinjeno krivično delo u produženom trajanju, odnosno da ispita postojeću zakonsku regulativu o ovom pitanju. KZ Srbije za razliku od većine drugih krivičnih zakonika ne propisuje posebne odredbe o kažnjavanju za produženo krivično delo, iz čega se može zaključiti da važe ista pravila koja se primenjuju za pojedinačno krivično delo. Postavlja se pitanje da li bi bilo opravdano predvideti u srpskom krivičnom zakonodavstvu produženo krivično delo kao fakultativni osnov za pooštavanje kazne kao što je slučaj u većini stranih krivičnih zakonika koji poznaju ovaj institut.

Cljučne reči: Krivični zakonik, fakultativni osnov za pooštavanje kazne, produženo krivično delo

Produženo krivično delo nastaje sa razvitkom italijanske krivičnopravne nauke kao reakcija na teškoće u primeni kumulacionog sistema izricanja kazni koji je bio dominantan u srednjem veku (princip da učinilac treba da bude kažnjen onoliko puta koliko puta je izvršio krivično delo). Ovo je naročito bio problem u slučaju primene smrtne kazne koja je bila najčešće izricana kazna u srednjem veku. Smrtna kazna po svojoj prirodi se ne može kumulirati tj. može se izvršiti samo jednom prema istom licu. Kasnije sa razvitkom nauke krivičnog prava i prihvatanjem sistema asperacije prvobitni razlog za primenu produženog krivičnog dela više nije bio od značaja. Međutim, sudska praksa je u velikoj meri nastavila da koristi ovaj institut, jer je olakšavalo rad sudova da u slučajevima kada iako se čini da postoji više krivičnih dela koje je učinilac ostvario sa više radnji, uzima se da je učinjeno samo jedno krivično delo ukoliko su ispunjeni određeni uslovi. U većini savremenih krivičnih zakonodavstava nema odredbi o produženom krivičnom delu.¹ U prvi plan se ističu problemi pravno-tehničke prirode zbog kojih je pojam i uslove za postojanje produženog krivičnog dela teško uskladiti sa zahtevima kriminalne politike. Da bi uspešno ostvarilo svoju funkciju, krivično zakonodavstvo mora biti usklađeno sa ekonomskim, socijalnim i političkim prilikama u društvu, kao i da bude otvoreno za promene i prati dinamiku društvenih procesa.² Ako se pojam produženog krivičnog dela odredi suviše usko, isključiće veliki broj krivičnih dela, a ukoliko se odredi suviše široko, obuhvatiće veoma veliki broj dela, čak i najteža,

1 Danas su u manjini države koje institut produženog krivičnog dela izričito regulišu. Mnoge države koje su propisivale ovaj institut vremenom su ga napustile (Bugarska, Rumunija itd.).

2 Radulović Ljiljana, *Kriminalna politika – politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd, 1999, str. 87.

i time privilegovati najteže učinioce krivičnih dela. U drugom slučaju dovodi se u povoljniji položaj učinilac koji je učinio više krivičnih dela u produženju, a odgovara samo za jedno pojedinačno delo. Zatim, kod učinioca produženog krivičnog dela izražen je veći stepen društvene opasnosti. Društvo teže pogađa situacija kada učinilac ponavlja ista ili istovrsna krivična dela tokom dužeg vremenskog perioda nego kada izvrši jedno takvo pojedinačno krivično delo.

Produženo krivično delo predstavlja oblik prividnog realnog sticaja gde se na osnovu prirodne povezanosti više krivičnih dela cela konstrukcija pravno kvalifikuje kao jedno krivično delo. Iz ovoga sledi da za produženo krivično delo se može izreći kazna koja je propisana za pojedinačno krivično delo čiju pravnu kvalifikaciju ono nosi. Tako ako učinilac izvrši više običnih krađa i jednu tešku krađu u produženom trajanju njemu će se suditi za krivično delo teške krađe. U tom slučaju prema KZ Srbije sud može izreći od jedne do osam godina zatvora (prema članu 204. stav 1) vodeći računa o opštim pravilima za odmeravanje kazne. Postavlja se pitanje da li okolnost da se delo vrši u produženju treba tretirati kao otežavajuću prilikom odmeravanja kazne. Zatim, da li zakonodavac treba da propiše posebna pravila za kažnjavanje za produženo krivično delo.

U krivičnopravnoj literaturi mišljenja su podeljena. S jedne strane su autori koji zauzimaju stav da okolnost da je jedno lice ponavljalo nedozvoljenu radnju treba uzeti kao otežavajuću i da učinioca na osnovu toga treba strožije kazniti.³ Tako T. Živanović smatra da kaznu treba povećati, u granicama minimuma i maksimuma, dvema otežavajućim okolnostima: 1) da je isto krivično delo nekoliko puta izvršeno; 2) broj izvršenih krivičnih dela.⁴ S druge strane su oni autori koji smatraju da produženo krivično delo nije uvek nužno otežavajuća okolnost već da sve zavisi od okolnosti konkretnog slučaja.⁵ Kod produženog krivičnog dela olakšavajuće i otežavajuće okolnosti mogu se uračunati samo ako postoji mogućnost da se uzmu u obzir u odnosu na celo produženo krivično delo.⁶ Tako kada u odnosu na pojedina dela u sastavu produženog krivičnog dela postoji neki osnov koji isključuje krivičnu odgovornost ili kažnjivost, onda to važi samo za to konkretno delo, ne proširuje se na celo produženo krivično delo.⁷ Pojedini autori, govoreći o kažnjavanju za produženo krivično delo i polazeći od stava da je produženo krivično delo realni sticaj, ističu da treba primeniti pravila za odmeravanja kazne za dela u sticaju onako kako su predviđena ili uz neke modifikacije. Izuzetak su one situacije kada se kod više učinjenih krivičnih dela može utvrditi način izvršenja i ukupna posledica, ali se ne mogu utvrditi broj radnji, tačno vreme njihovog preduzimanja i udeo pojedinačne

3 Tako N. Kecojević (Kecojević N., Produženo krivično delo po Krivičnom zakoniku od 1929. godine, *Policija*, Beograd, br. 15-16/1935, str. 751).

4 Vidi Živanović Toma, *Osnovi krivičnog prava – opšti deo, prva knjiga*, Uvod. – I. Krivično delo, Beograd, 1935, str. 199.

5 O ovome više Tahović Janko, Produženo krivično delo, *Jugoslovenska advokatura*, Beograd, br. 5-6/1956, str. 32. Da to treba ceniti prema okolnostima konkretnog slučaja smatra i D. Rakočević (Rakočević Dragiša, *Produženo krivično delo krađe*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1981, str. 25).

6 Tahović Janko, Produženo krivično delo, *Op. cit.*, str. 32.

7 *Ibidem*.

radnje u ukupnoj posledici. Takve situacije su poseban slučaj realnog sticaja za koji treba zakonski predvideti odmeravanje kazne u granicama kazne određene za jedno delo, bez pojedinačnog utvrđivanja kazni.⁸

Prema članu 54. stav 1. KZ RS najvažnije okolnosti koje sud mora uzeti u obzir prilikom odmeravanja kazne i koje utiču na to da kazna bude manja ili veća (olakšavajuće i otežavajuće okolnosti) su: stepen krivice, pobude iz kojih je delo učinjeno, jačina 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. Osim nabrojanih, sud treba da uzme u obzir eventualno i neke druge okolnosti koje mogu da utiču na odmeravanje kazne. Produženo krivično delo čini više krivičnih dela izvršenih u određenom vremenskom periodu i prema tome možemo ovu konstrukciju podvesti pod okolnost „stepen krivice” i to povećani pri čemu se tretira kao otežavajuća okolnost.⁹

Za razliku od našeg zakonodavca koji ne predviđa ovaj institut kao osnov za pooštavanje kazne većina stranih zakonodavca to čini. Tako italijanski zakonodavac u članu 81. predviđa da će biti kažnjen „kaznom koja bi trebalo da se izrekne za najteže krivično delo uvećanom čak tri puta onaj ko jednim jednim činjenjem ili propuštanjem krši različite odredbe zakona ili učini više povreda iste odredbe zakona (stav 1). Istoj kazni podleže i onaj ko većim brojem činjenja ili nečinjenja, izvršenih sa jednim istim kriminalnim planom, učini i ne sve u isto vreme više povreda iste odredbe zakona ili različitih odredaba zakona (stav 2).”¹⁰ Na pitanje zašto produženo krivično delo nije propisano kao fakultativni osnov za pooštavanje kazne u novom KZ Srbije naići ćemo na više odgovora u krivičnopravnoj literaturi. Pre svega, naš zakonodavac danas ne poznaje nijedan osnov za pooštavanje kazne. Ranije je višestruki povrat predstavljao fakultativni osnov za pooštavanje kazne. Sud je mogao da izrekne strožu kaznu od propisane u slučaju da učinilac izvrši krivično delo sa umišljajem za koje je propisana kazna zatvora pod sledećim uslovima: 1) ako je učinilac ranije bio dva ili više puta osuđen za krivična dela učinjena sa umišljajem na zatvor od najmanje jedne godine i pokazuje sklonost za vršenje krivičnih dela i 2) ako od dana kada je učinilac otpušten sa izdržavanja ranije izrečene kazne do izvršenja novog krivičnog dela nije proteklo pet godina.¹¹ Stroža kazna nije smela preći dvostruku meru propisane kazne ni petnaest godina zatvora, a ako je propisana kazna zatvora od četrdeset godina, ne sme preći četrdeset godina (član 46. stav 2. KZ SRJ). Ovom rešenju se prigovaralo da se učinilac strože kažnjava zbog krivičnih dela za koja je već osuđen, odnosno kažnjen.¹² Smatramo da ovaj prigovor

8 Bačić Franjo, *Krivično pravo – opći dio*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1986, str. 401.

9 Tako i Buturović Jovan, *Produženo krivično delo*, Beograd, 1980, str. 177.

10 Codice penale, R. D. 19 ottobre 1930, n. 1398 (G. U. 26-10-1930, n. 251 s. o.) – Approvazione del testo definitiva del Codice penale u *Codice penale e leggi complementari*, Napoli, 2007, n. 66, 67.

11 Član 46. stav 1. KZ SRJ (Krivični zakon SFRJ je objavljen u „Službenom listu SFRJ”, br. 44/76 (ispravke u br. 36/77). Izmene i dopune su objavljene u „Službenom listu SFRJ”, br. 34/84, 74/87, 57/89, 3/90 i 38/90 (ispravke u br. 45/90 i br. 54/90) i „Službenom listu SRJ”, br. 35/92, 37/93, 24/94 i 61/01 – Stojanović Zoran, *Komentar krivičnog zakona SRJ*, Beograd, 2003, str. 86–88.

12 *Ibidem*

u slučaju produženog krivičnog dela ne bi bio održiv, jer kod ovog instituta za razliku od povrata učiniocu se prvi put sudi za učinjena krivična dela. To je i suštinska razlika između povrata i produženog krivičnog dela. Činjenica je i da sudovi vode suviše blagu kaznenu politiku i da se veoma retko koristila mogućnost pooštavanja kazne u vreme kada je bila predviđena. U najvećem broju slučajeva sudovi izriču kazne za krivična dela blizu donje granice propisane kazne, a ublažavanje kazne je postalo pravilo za pojedina krivična dela.¹³ Smatramo da ima opravdanja propisati produženo krivično delo kao fakultativni osnov za pooštavanje kazne. Učinilac koji ponavlja ista ili istovrsna krivična dela tokom dužeg vremenskog perioda iskazuje sklonost ka vršenju krivičnih dela koja dokazuje njegovu opasnost. U mnogim slučajevima prilikom primene ove konstrukcije nije opravdano učiniocu koji učini više pojedinačnih krivičnih dela izreći kaznu u okviru propisane za krivično delo čiju pravnu kvalifikaciju ono nosi. Ovo se pre svega odnosi na teža krivična dela koja se mogu učiniti u produženju. Na primer, produženo krivično delo teške krađe, produženo krivično delo silovanja, produženo krivično delo primanja mita itd. S druge strane, nije dovoljno samo da zakonodavac propiše fakultativno pooštavanje kazne u ovoj konstrukciji, već i da ga sudovi primenjuju onda kada je to opravdano i nužno prema okolnostima konkretnog slučaja.

SUMMARY

Jelena Jovičić, LL.M.

Faculty of Law, Belgrade

PENALTY FOR A CONTINUED CRIMINAL ACT

The new Criminal Code of the Republic of Serbia introduced a new series to material criminal legislation, amongst which a special place is held by the continued criminal act. The act is related to an institute which, for the past few decades, has been applied in domestic law practices even though it was not explicitly regulated. The goal of this work is to analyse the penalty for a committed criminal act in a continued timeframe, in other words, to investigate the existing law regulations relating to this question. Criminal Code of the Republic of Serbia in contrast to majority of other criminal codes does not regulate specific actions with regards to punishments for continued criminal acts, from this it can be concluded that the same rules apply as for a single criminal act. A question is raised, whether it would be justified to provide to the Serbian criminal code the continued criminal act as a factual basis for stiffening the penalty. This is the case in majority of foreign criminal codes which are familiar with this institute.

Key words: Criminal Code of the Republic of Serbia, factual basis for stiffening the penalty, continued criminal act

13 Vidi napomenu kod Z. Stojanovića (Stojanović Zoran, *Krivično pravo opšti deo*, Beograd, 2006, str. 279).

Ivan Đokić

Asistent–pripravnik, Pravni fakultet, Beograd

PRAVNA ZABLUDA

Apstrakt: Predmet rada je pojam pravne zablude u našem krivičnom pravu. Način zakonskog oblikovanja ovog instituta i dejstvo koje će mu se dati određuje i stepen poštovanja principa individualne subjektivne odgovornosti. Dosadašnje shvatanje, od kog je polazio i naš zakonodavac, ignorisalo je bilo kakav uticaj pravne zablude na postojanje krivice. Učinilac se smatrao krivim, čak iako nikako nije mogao da zna za postojanje norme koju je prekršio. Korigovanje stava da nepoznavanje prava nikoga ne izvinjava bilo je omogućeno normom koja je predviđala osnov za oslobođenje od kazne, ako učinilac iz opravdanih razloga nije znao za zabranjenost dela. Ovo rešenje je u međuvremenu prevaziđeno. Novi Krivični zakonik izričito unosi svest o protivpravnosti u oblast krivice i postavlja pravilo da nema krivičnog dela ako je učinilac postupao u neotklonjivoj pravnoj zabludi, te na taj način otklanja odstupanje od jednog od najvažnijih načela u krivičnom pravu.

Ključne reči: krivica, pravna zabluda, otklonjivapravna zabluda, neotklonjiva pravna zabluda, svest o protivpravnosti

UVOD

Krivično delo čini jedinstvo objektivnog neprava i krivice kao subjektivnog elementa. Samo prouzrokovanje neprava, ako se ono ne može učiniocu subjektivno uračunati (*upisati u greh*) nije dovoljno za prekor i nastupanje krivičnopravne kažnjivosti. Prema shvatanju koje je postalo vladajuće u modernoj nauci krivičnog prava za postojanje krivice traži se i svest o protivpravnosti. Učinilac koji nikako nije mogao da zna za zabranjenost svoga dela ne postupa skrivljeno. Drugim rečima, neotklonjiva pravna zabluda isključuje krivicu. Takvo jedno rešenje je u skladu sa principom individualne subjektivne odgovornosti i zahtevima pravne države.

Nasuprot njemu stoji kruto pravilo, zasnovano na fikciji da građani poznaju sve pravo, da nepoznavanje prava škodi, a koje je nužna posledica usvajanja čisto psiholoških teorija krivice. Naime, prema ovim teorijama, krivica (vinost) predstavlja subjektivni (psihički) odnos učinioca prema svom delu, koji se ispoljava kroz svest i volju, tj. *to je relacija između psihe učinioca i protivpravne posledice koju pozitivno pravo smatra kažnjivom*.¹ Krivica se, u stvari, svodi na dva elementa, umišljaj i nehat, dok je svest o zabranjenosti dela potpuno irelevantna za njeno postojanje.²

Nastale u ranijoj nemačkoj doktrini, psihološke teorije su sve do početka dvadesetog veka bile jedino učenje o krivici. One polaze od prirodnog sadržaja krivice, ali lišene normativnog elementa, nemoćne su u pokušaju da pod jedinstven pojam krivice podvedu nesvesni nehat, koji je duboko obeležen vrednosnim kriterijumom;

1 A. Maklecov, *Normativna teorija vinosti u krivičnom pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 44/1933, str. 5.

2 Vid. F. List, *Nemačko krivično pravo*, prevod: M. Vesnić, Beograd, 1902, str. 195.

učinilac se nije ponašao onako kako se od njega očekivalo. Ovo shvatanje, etički bezbojno, ne može da osvetli suštinu prekora upućenog učiniocu, *jer definisanje krivice samo kao psihičkog odnosa prema delu, odnosno kao jednog realnog čina, određuje jedino njen tok, a ne njen društveni i pravni značaj*.³ Dosledno pristajanje uz ovakav stav, kao što je već rečeno, nužno vodi ignorisanju svakog uticaja pravne zablude na postojanje krivice. Odsustvo svesti o protivpravnosti može eventualno biti okolnost relevantna za odmeravanje kazne, tako da se ovakvo rešenje očigledno suprotstavlja etičkom zahtevu da niko ne može odgovarati za povredu norme za koju nije znao. Ko nije svestan nikakve dužnosti, ne može je ni kao kriv povrediti.⁴

Tek prihvatanje normativnih i mešovitih, psihološko – normativnih teorija vodi usvajanju rešenja koje je postalo dominantno i prema kome neotklonjiva pravna zabluda predstavlja osnov koji isključuje krivicu.⁵

Naše ranije krivično zakonodavstvo je polazilo od psiholoških teorija krivice.⁶ Shodno tome i pravilo o pravnoj zabludi je ostalo u granicama takvog pristupa. Ipak, novi Krivični zakonik ovo pitanje reguliše na suštinski drugačiji način.

POJAM I VRSTE PRAVNE ZABLUDE

Pravna zabluda podrazumeva nepostojanje svesti o tome da se čini krivično delo, odnosno da se preduzima pravom zabranjeno ponašanje.⁷ Učinilac se nalazi u pravnoj zabludi ako ne zna da radnjom koju preduzima vrši krivično delo, odnosno ne zna da je njegovo ponašanje protivno zahtevima pravnog poretka.⁸ On je svestan svih stvarnih okolnosti svog dela ali mu nedostaje svest o protivpravnosti. To je tzv. direktna pravna zabluda.

Pravna zabluda postoji ne samo onda kada se uopšte ne poznaje pravna norma, već i u slučaju njenog pogrešnog tumačenja, kada učinilac zna za postojanje norme, ali je pogrešno shvata i smatra da ona ne obuhvata njegovo ponašanje. No, i u jednom

3 N. Delić, *Sila i pretnja u krivičnom pravu*, u: Novo kazneno zakonodavstvo – dileme i problemi u teoriji i praksi, Budva, 2006, str. 103.

4 G. Simmel, *Einl. in die Moralwissenschaft*, p. 260-261, navedeno prema: Đ. Tasić, *Ignorantia legis nocet*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1/1920, str. 121.

5 Krivica se po normativnim teorijama svodi na socijalno–etički prekor, sud o nevrjednosti učiniočevog dela. „Težište se prenosi sa učiniočevog odnosa prema radnji na njegov odnos prema normi, koja stvara izvesnu dužnost.” A. Maklecov, nav. delo, str. 7. Po nekim normativnim teorijama umišljaj i nehat nisu oblici krivice, već čine subjektivno biće krivičnog dela, *tako da na planu krivice ostaje samo ocena i zaključak o nevrjednosti učinjenog dela*. Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2007, str. 155. Međutim, kako krivice nema bez psihološkog supstrata, najispravnije su psihološko–normativne teorije, prema kojima je krivica psihički odnos učinioca prema delu zbog koga mu se može uputiti socijalno–etički prekor.

6 To jasno proizlazi iz odredbe člana 11 ranijeg OKZ, koji je umesto pojma krivice koristio termin – krivična odgovornost. (1) *Krivično je odgovoran učinilac koji je uračunljiv i koji je krivično delo učinio sa umišljajem ili iz nehata*. (2) *Za krivično delo učinjeno iz nehata učinilac je krivično odgovoran samo kada to zakon određuje*.

7 Z. Stojanović, nav. delo, str. 175.

8 Npr. učinilac ne zna da vrši krivično delo iz člana 221 KZ ako primi u zalogu stvar za koju zna da je pribavljena krivičnim delom ili ne zna da ostvaruje biće krivičnog dela iz člana 330 KZ ako samovoljno pribavi neko pravo koje mu pripada.

i u drugom slučaju učinilac nije svestan zabranjenosti dela.⁹ Prema vladajućem shvatanju za krivicu se ne traži svest o tome da je ponašanje predviđeno u zakonu kao krivično delo, dovoljna je svest o zabranjenosti dela pravnim normama.¹⁰ Stoga, svest o asocijalnom karakteru dela, njegovoj društvenoj ili moralnoj nedopuštenosti, ako nije praćena svešću o pravnoj zabranjenosti, neće zasnovati krivicu, odnosno ne mora isključiti mogućnost postojanja pravne zablude.¹¹ Iako u zakonu stoji da pravna zabluda postoji kad učinilac nije znao da je delo zabranjeno, ipak ovu „zabranjenost” ne treba shvatiti samo kao predviđenost dela u krivičnom zakonu, već u širem smislu kao zabranjenost dela u smislu pozitivnog prava uopšte.¹²

Pravna zabluda će postojati i onda kada učinilac zna da je određeno ponašanje krivično delo, ali pogrešno drži da neka postojeća okolnost predstavlja osnov za isključenje protivpravnosti ili *pogrešno procenjuje postojanje pravnih uslova za primenu nekog od tih osnova*.¹³ Radi se o tome da je učinilac kao razlog isključenja protivpravnosti uzeo nešto što nema takvo značenje, što od pravnog poretka nije priznato kao razlog isključenja protivpravnosti.¹⁴ To je tzv. indirektna pravna zabluda.

Kod pojedinih krivičnih dela zakonodavac je protivpravnost (koja predstavlja zaseban element u opštem pojmu krivičnog dela) uneo u zakonski opis pa se kao sporno može postaviti pitanje razgraničenja stvarne i pravne zablude.¹⁵ Skoro da je jednodušno mišljenje naših autora da u tom slučaju postoji stvarna zabluda. Pošto tada protivpravnost predstavlja deo bića krivičnog dela, njegovo (normativno) obeležje, *i ima značaj stvarne okolnosti dela, te zabluda o njoj predstavlja stvarnu zabludu*.¹⁶ „Ukoliko i to obeležje nije obuhvaćeno umišljajem učinioaca, krivično delo neće

9 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 126.

10 Lazarević, izgleda, sadržaj svesti o protivpravnosti shvata u užem smislu, kao postojanje svesti o određenosti dela u zakonu. Vid. Lj. Lazarević, Kritički osvrt na neka rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, *Pravni život*, br. 9/2006, str. 9.

11 Suprotno Bačić: „Ono što se traži za krivnju, kad se kao njezin element ističe svijest o protupravnosti, je svijest o socijalnom značenju dela, u tom smislu što učinilac treba da je svjestan društveno opasnog značenja svog djela, da je svjestan da radi nešto što društvo ocenjuje kao nedopušteno; učinilac treba da je svjestan da se svojim radnjama suprotstavlja zahtjevima društva, njegovim normama koje su neophodne za socijalni život. Dakle, ne svijest o protupravnosti u formalnom smislu. Dovoljno je za krivnju da učinilac zna za ono što je društvena bit, sociološka podloga pravnih propisa i zabrana.” F. Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1986, str. 290. Do ovakvog zaključka bi moglo dovesti i jezičko tumačenje odredaba člana 29 KZ koje spominju samo zabranjenost dela. „Ipak, to bi bilo suprotno prirodi i smislu instituta pravne zablude, tj. primena teleološkog tumačenja ne bi vodila takvom stavu.” Z. Stojanović, *Pravna zabluda u novom Krivičnom zakoniku*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, 3/2006, str. 11.

12 J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1956, str. 92.

13 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, nav. delo, str. 126-127. Npr. učinilac pogrešno smatra da pristanak povređenog ili naređenje pretpostavljenog isključuje protivpravnost učinjenog dela, ili pogrešno uzima da postoji delo malog značaja ako pronevira stvar male vrednosti, a takva mogućnost kod ovog krivičnog dela, zbog propisane kazne, ne dolazi u obzir.

14 F. Bačić, nav. delo, str. 301.

15 Pitanje nije samo načelnog karaktera s obzirom na različito dejstvo stvarne i pravne zablude u krivičnom pravu.

16 N. Srzentić (redaktor) i drugi, *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, Beograd, 1978, str. 91. Isto: J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, nav. delo, str. 92; M. Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb, 1930, str. 53.

postojati. Zabluda o protivpravosti, ako se tako može reći, ima jače dejstvo kod krivičnih dela u čije biće je uneta protivpravost kao bitno obeležje, nego kod ostalih krivičnih dela. Naime, ona isključuje umišljaj, a time i krivično delo (nema nehatnih krivičnih dela koja u svom biću sadrže i protivpravost). Kod ostalih krivičnih dela u slučaju zablude o protivpravosti primenjuje se institut pravne zablude, i samo u slučaju neotklonjive pravne zablude može doći do isključenja krivičnog dela.¹⁷ Čini se, ipak, da je ovo pitanje sada još složenije i da bi se mogao braniti stav da se u stvari u ovom slučaju radi o pravnoj zabludi s obzirom na odredbu člana 22 KZ prema kojoj je svest o protivpravosti konstitutivan ali i samostalan element krivice, izvan umišljaja i nehata.¹⁸

Pravnu zabludu karakteriše odsustvo svesti o protivpravosti. Nije neophodno da učinilac smatra da je njegovo delo dozvoljeno, ali ako drži da je to delo možda zabranjeno pravom neće postojati pravna zabluda (tzv. eventualna pravna zabluda).¹⁹

Kod krivičnih dela koja su zlo po sebi (mala in se) kod kojih je i formalna i materijalna protivpravost očigledna (ubistvo, silovanje, krađa itd.) pravna zabluda nije moguća. Kod drugih krivičnih dela (mala prohibita) kod kojih ne postoji jasno izražena društvena i moralna neprihvatljivost i koja zavise samo ili pretežno od procene zakonodavca u određenom društvu i u određenom vremenskom periodu, koja su krivična dela samo zbog toga što su kao takva zakonom zabranjena, sasvim je moguće postojanje pravne zablude.²⁰ Ovo se naročito odnosi na krivična dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva.

Situacija suprotna pravnoj zabludi, kada neko lice pogrešno smatra da je ponašanje koje preduzima krivično delo (putativni delikt) je potpuno krivičnopravno irelevantna.

Važno ali izuzetno složeno pitanje u ovoj oblasti jeste povlačenje demarkacione linije između stvarne i pravne zablude. Važnost se temelji na činjenici različitog krivičnopravnog dejstva ovih vrsta zablude u krivičnom pravu, a složenost ovog razlikovanja je naročito izražena u pogledu normativnih obeležja bića krivičnog dela.

Načelno se može reći da se stvarna zabluda odnosi na pogrešnu svest učinioca o činjeničnom supstratu krivičnog dela, dok je pravna zabluda kriva svest o pravnom značaju dela.²¹

17 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, nav. delo, str. 707-708.

18 Ako bi se uzelo da protivpravost mora biti obuhvaćena umišljajem, onda bi se on delimično pretpostavljao kod učinioca, što je neprihvatljivo (zbog toga što se polazi od pretpostavke da je učinilac svestan protivpravosti učinjenog dela). S druge strane, nesporno je da umišljaj treba da se odnosi na sve elemente bića krivičnog dela, i da bi se teško moglo tvrditi da protivpravost (kod onih krivičnih dela u čiji je zakonski opis unesena) ne predstavlja obeležje bića krivičnog dela. Sve ovo ukazuje na to da u krivičnom pravu ponekad nije moguće pronaći rešenja koja bi se savršeno mogla uklopiti u predviđenu konstrukciju.

19 U našoj teoriji postoji i suprotno mišljenje. „Pravna zabluda postoji i u slučaju kad je učinilac opravdano sumnjao da je njegovo delo zabranjeno, jer on u tom slučaju nije znao da je učinjeno delo zabranjeno.” N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2000, str. 237.

20 Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, nav. delo, str. 177.

21 U našoj ranijoj literaturi bio je prisutan stav o nepotrebnosti razlikovanja zablude u krivičnom pravu na stvarnu i pravnu. Tako, po Živanoviću, između stvarne i pravne zablude postoji samo

U stvarnoj je zabludi učinilac koji nije svestan neke stvarne okolnosti koja predstavlja obeležje krivičnog dela ili neke stvarne okolnosti koja bi, da je zaista postojala, činila delo dozvoljenim (čl. 28 KZ). U pravnoj je zabludi učinilac koji nije znao

pojmovna razlika, dok je dejstvo u oba slučaja isto. I jedna i druga isključuju umišljaj. „Zabluda je stvarna kad je činjenica, u pogledu koje je učinilac krivičnog dela u zabludi, sama za sebe pravno irelevantna, a ako je činjenica pravno relevantna (tj. jedna pravna činjenica) onda će postojati pravna zabluda. Zabluda će isključiti umišljaj, te će prema tome biti krivično-pravno relevantna samo onda, kad je bitna. Bitna je samo zabluda o nekoj stvarnoj okolnosti.” Vidi se da Živanović usvaja kriterijum podele različit od današnjeg. Po njemu je zabluda o normativnom obeležju bića krivičnog dela pravna, a ne stvarna zabluda. „Međutim, između pravne i stvarne zablude nema razlike. Tako kad A drži, da je stvar, koju uzima, njegova (pravna zabluda), to je u stvari isto, kao kad bi je brkao sa svojom stvarju iste vrste, kad pogrešno drži npr. da je kaput koji uzima njegov (tu se vara dakle o identitetu stvari, tj. njegova je zabluda stvarna).” Zabluda o predviđenosti dela u zakonu (*i odgovaranju uslovima inkriminacije*) po Živanoviću je irelevantna (*čista krivično-pravna zabluda*). Vid. T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava, opšti deo*, Beograd, 1922, str. 232-235 i T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, opšti deo*, II knjiga (krivac, krivična sankcija), Beograd, 1937, str. 60-67. Slično shvatanje usvaja Aćimović, prema kome zabluda može biti u užem (neznanje) i širem (pogrešno shvatanje, netačna predstava o stvarnim i pravnim obeležjima bića krivičnog dela) smislu. „Zabluda koja se odnosi na stvarna obeležja bića dela, naziva se stvarnom zabludom (error in objecto); a zabluda koja se odnosi na pravna obeležja, pravnom zabludom (error iuris). Pravna zabluda se ne odnosi na krivični zakon tj. na ona pravna pravila krivičnog zakona, koja imaju za predmet zapovesti i zabrane pojedinih radnji i njihovu zabranu kaznom.” Vid. M. Aćimović, *Krivično pravo, opšti deo*, knjiga prva, Subotica, 1937, str. 93-94. Zanimljivo je i mišljenje S. Franka, koji stvarnom zabludom naziva zabludu o obeležjima bića krivičnog dela (*zabluda s obzirom na obilježja kažnjivog djela*) dok pod pojam pravne zablude podvodi slučaj kada učinilac pogrešno smatra da postoje okolnosti koje bi, da su zaista postojale, činile delo dozvoljenim (*ako učinilac, koji izvršuje zločinstvo, pogrešno uzima, da je djelo dopušteno, jer postoje društvene okolnosti, koje to djelo opravdavaju*). Iako zakon i u tom slučaju govori o stvarnoj zabludi, Frank smatra da bi ispravniji naziv bio „zabluda o dopuštenosti djela” ili „zabluda o socijalnom značenju djela”. I ova zabluda utiče na odgovornost jednako kao i „stvarna” zabluda. „Učinioc koji se nalazi u takvoj zabludi, ne odgovara za umišljaj, ali može odgovarati za nehat, ako je zabluda otklonjiva i pod uslovom da zakon kažnjava nehatno izvršenje dotičnog djela. Pored ove dve, postoji i tzv. kaznenopravna zabluda u kojoj se nalazi učinilac, koji je svijestan, da je njegovo djelo socijalno nedopušteno, ali nije svijestan, da je djelo zabranjeno propisima kaznenog zakona, da je kažnjivo.” Sud takvom učiniocu, ako je bio u zabludi iz opravdanih razloga, može ublažiti kaznu ili ga osloboditi od kazne. Vid. S. Frank, *Teorija kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951, opći dio*, Zagreb, 1955, str. 162-166. Ipak, jedno od najinteresantnijih promišljanja o institutu zablude u krivičnom pravu daje Atanacković. Po njemu je *svaka deoba zablude na stvarnu i pravnu neosnovana i teorijski i praktično neizvodljiva*. „Suština zablude u krivičnom pravu uopšte je nepostojanje svesti učinioca da je učinio zabranjeno delo. Čak i kod najtipičnijih slučajeva stvarne zablude – suština stvari leži u tome da učinilac nije znao da je učinio nedozvoljeno (zabranjeno) delo. Neznanje stvarnih činjenica je samo primarno opažajni fenomen. Međutim, prava suština stvari koja se u tom neznanju krije – jeste neznanje da je učinjeno zabranjeno delo.” Do svoje podele zablude, koja bi trebalo da odredi ne samo razliku u pojmu već i u dejstvu, dolazi preko razlike između opšte i konkretne zabranjenosti dela. „Postoji razlika npr. između situacije kada učinilac uopšte nije znao da je bavljenje lečenjem ili pružanje medicinske pomoći bez propisane školske sprema, zabranjeno delo, i situacije kada je to znao, ali nije znao da je njegovo konkretno delo zabranjeno, jer je mislio da je njegova stručna sprema – *propisana* stručna sprema. U prvom slučaju postoji zabluda o opštoj zabranjenosti (protivpravnosti) dok u drugom postoji zabluda o konkretnoj (posebnoj) zabranjenosti (protivpravnosti) dela. Kod zablude o opštoj protivpravnosti radi se o zabludi o zabranjenom karakteru dela. Kod zablude o konkretnoj protivpravnosti ne radi se o zabludi o zabranjenom karakteru dela, već o tome da je učinjeno delo – delo koje je zabranjeno.” Shodno tome, Atanacković razlikuje *zabludu o zabranjenosti dela* i *zabludu o izvršenju zabranjenog dela*. Krivičnopравни učinik ovih dveju vrsta zablude je različit. Zabluda o izvršenju zabranjenog

da je njegovo delo pravom zabranjeno. Može se, dakle, kazati da kod stvarne zablude učinilac nije svjestan djela. On ne zna što čini. Kod pravne zablude učinilac ne zna da li smije to što radi. On nije svjestan zabranjenosti djela.²²

Stvarna zabluda o biću krivičnog dela postoji onda kada učinilac ne zna za neku stvarnu okolnost objektivnog karaktera koja predstavlja element bića krivičnog dela (zabluda se može odnositi na bilo koje obeležje krivičnog dela, npr. radnju izvršenja, posledicu, uzročnu vezu, sredstvo izvršenja itd).²³ U odnosu na okolnost koja predstavlja subjektivno obeležje bića kao i u odnosu na uslov kažnjivosti stvarna zabluda nije moguća.²⁴ Ukoliko je učinilac svestan svih stvarnih okolnosti dela koje preduzima ali pogrešno smatra da ono nije zabranjeno postojaće direktna pravna zabluda.

U odnosu na normativno obeležje bića krivičnog dela stvarna zabluda *postoji samo onda kada učinilac smatra da ono ne postoji kao činjenica u konkretnom slučaju jer ne shvata njegov društveni značaj ni na osnovu paralelnog vrednovanja u laičkoj sferi*. Pravna zabluda postoji ukoliko uviđa taj značaj, ali ne zna pravnu normu ili pogrešno pod nju podvodi neku činjenicu i tako dolazi do zaključka da njegovo ponašanje nije zabranjeno.²⁵

S obzirom da učinilac svojim umišljajem treba da obuhvati sve elemente bića krivičnog dela (kako deskriptivne tako i normativne) stvarna zabluda je *negacija* umišljaja. Nedostatak svesti o okolnosti koja predstavlja obeležje bića isključuje umišljajno krivično delo (i otklonjiva stvarna zabluda uvek isključuje umišljaj, ali tu postoji krivično delo ako zakon predviđa kažnjivost za nehat).

Ako učinilac pogrešno smatra da postoji neka stvarna okolnost koja bi, da je zaista postojala, činila delo dozvoljenim nalaziće se u stvarnoj zabludi u pogledu razloga isključenja protivpravnosti.²⁶ Ovde učinilac nema pravilnu svest o činjenicama od kojih zavisi postojanje nekog osnova isključenja protivpravnosti. I ova vrsta stvarne zablude isključuje umišljaj (ako je neotklonjiva nema ni nehatne krivice). Za

dela, pod uslovom da je neotklonjiva (kada se od konkretnog učinioca nije moglo očekivati da se drugačije ponaša), isključuje krivicu. Ukoliko je učinilac zabludu mogao da izbegne (otklonjiva zabluda) neće postojati umišljaj ali neće biti isključen nesvesni nehat. Što se tiče zablude o zabranjenosti dela, Atanacković se, zanimljivom ali nedovoljno ubedljivom argumentacijom, priklanja stavu prema kome ona ne može isključiti krivicu. „Svako ko može da shvati značaj svoga dela – može da ocenjuje njegovu socijalnu vrednost odn. nevrednost, svako ko može da shvati značaj svoga dela – može da bude svestan njegove opšte protivpravnosti tj. njegove protivnosti opštem duhu i smislu pravnog poretka. Zabluda o socijalnoj nevrednosti dela, dakle, uvek je otklonjiva, jer je neoboriva pretpostavka da svaki normalan čovek može da ima pravilnu predstavu o socijalnom sadržaju svoga dela. Pravno–etički razlozi, međutim, ipak nalažu da se i o ovoj zabludi vodi računa, bar kod odmeravanja kazne.” Vid. D. Atanacković, *Pojam zablude u krivičnom pravu, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1/1977, str. 41-63.

- 22 M. Damaška, *Problem razgraničenja stvarne i pravne zablude, Naša zakonitost*, br. 1/1965, str. 14.
- 23 Npr. nalazi se u stvarnoj zabludi u odnosu na objekt radnje učinilac koji oduzima drugome tuđu pokretnu stvar pogrešno držeći da je stvar njegova.
- 24 „Iako i uslovi kažnjivosti zajedno sa bićem krivičnog dela čine element predviđenosti u zakonu, stvarna zabluda u pogledu uslova kažnjivosti ne samo da je irelevantna nego bi se moglo reći da ona u pogledu njih krivičnopravno (ali ne i faktički) i ne može da postoji.” Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, nav. delo, str. 173.
- 25 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, nav. delo, str. 128.
- 26 Klasičan primer je putativna nužna odbrana.

razliku od nje, pravna zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti (indirektna pravna zabluda) postoji onda kada učinilac ima ispravnu svest o činjenicama ali ih pogrešno pravno kvalifikuje, odnosno, smatra da okolnost koja postoji predstavlja osnov isključenja protivpravnosti,²⁷ ili *pogrešno procenjuje postojanje pravnih uslova za primenu nekog od tih osnova*.

KRIVIČNOPRAVNO DEJSTVO PRAVNE ZABLUDE

U većini evropskih krivičnih zakonodavstava, kao i u pretežnom delu strane teorije, pravna zabluda se pod određenim uslovima smatra osnovom koji isključuje krivicu.²⁸ Na taj način je prevladano shvatanje, zasnovano na pravilu da nepoznavanje prava škodi (*ignorantia iuris nocet*), prema kome čak ni neskrivljena zabluda o protivpravnosti ne može uticati na postojanje krivičnog dela. Pored etičkih, na neprihvatljivost takvog rešenja, koje je dugo važno u našem krivičnom pravu, ukazuju i pravno dogmatski razlozi (kršenje načela krivice). Ako je načelo *error iuris nocet* imalo smisla u rimskom pravu koje nije obilovalo krivičnopравnim zabranama i zapovijedima i u kome su postojala samo elementarna krivična djela kod kojih je zabluda o protivpravnosti praktično bila isključena, neodrživo je insistiranje na njemu u današnjem svijetu s hipertrofiranom pravnom regulativom.²⁹

Prihvatanje psiholoških teorija krivice od strane našeg ranijeg krivičnog zakonodavstva imalo je za posledicu rešenje prema kome je pravna zabluda mogla uticati samo na kažnjavanje. Učinioca krivičnog dela koji iz opravdanih razloga nije znao da je delo zabranjeno sud je mogao blaže kazniti ili osloboditi od kazne (čl. 17 OKZ).³⁰ I takav učinilac je smatran krivično odgovornim, tj. delo mu je upisivano u krivicu.

Samo pravna zabluda iz opravdanih razloga mogla je imati karakter fakultativnog osnova za oslobođenje od kazne, dok je obična pravna zabluda mogla eventualno da bude samo olakšavajuća okolnost koja bi uticala na stepenovanje krivice prilikom odmeravanja kazne u okviru kazne propisane za krivično delo koje je učinjeno u pravnoj zabludi.³¹

27 Npr. učinilac smatra da je dozvoljena nužna odbrana na nužnu odbranu.

28 Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, nav. delo, str. 178.

29 P. Novoselac, Odredba o pravnoj zabludi u Krivičnom zakonu SFRJ i princip krivnje, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1/1985, str. 74.

30 Istu odredbu, iako neznatno drugačije jezički stilizovanu, poznao je i KZ iz 1951. god. u članu 10. Slično i KZ iz 1929. god. u čl. 21 – *Neznanje ili nepravilno shvatanje ovoga krivičnog zakona nikoga ne izvinjava, ali s obzirom na prilike pod kojima je krivično delo učinjeno, može sud izreći blažu kaznu, a u osobito lakim slučajevima može osloboditi i od svake kazne*. Prvi srpski KZ iz 1860. god. predviđao je u čl. 3 – *Neznanje zakona nikoga ne opravdava*.

31 Z. Stojanović, *Pravna zabluda u novom Krivičnom zakoniku*, nav. delo, str. 14. Pravna zabluda iz opravdanih razloga po pojedinim autorima postoji ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da zna za zabranjenost dela, a ako je to bio dužan i mogao da zna, nalazi se u pravnoj zabludi ali ne onaj iz opravdanih razloga. Vid. M. Radovanović, *Krivično pravo SFRJ, opšti deo*, Beograd, 1972, str. 205. Lj. Jovanović, *Krivično pravo I, opšti deo*, Beograd, 1995, str. 290. P. Novoselac, nav. delo, str. 83-84. Vidi se da je kriterijum upodobljen onom koji postoji kod podele na neotklonjivu i otklonjivu pravnu zabludu. Međutim, postoji i drugačije mišljenje. „Neotklonjiva zabluda je

Korigovanjem stava da neznanje zakona u krivičnom pravu nema nikakvo dejstvo, zakonodavac je samo delimično prihvatio normativno shvatanje, jer ni zabluda koju učinilac nikako nije mogao izbeći nije vodila isključenju krivice.³²

Novi KZ napušta dosadašnje rešenje i suštinski drugačije oblikuje institut pravne zablude, nastojeći da psihološko–normativno shvatanje krivice, od koga polazi, dosledno sprovede i u ovoj oblasti.

Prema KZ nije krivično delo ono delo koje je učinjeno u neotklonjivoj pravnoj zabludi (čl. 29, st. 1 KZ). Pravna zabluda je neotklonjiva ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da zna da je njegovo delo zabranjeno (čl. 29, st. 2 KZ). Iako u zakoniku nije izričito rečeno koji element krivičnog dela tu nedostaje, s obzirom na odredbu čl. 22 KZ, jasno je da nema krivice, kao subjektivne strane krivičnog dela, zbog toga što kod učinioca nije postojala svest o protivpravnosti (zabranjenosti) dela.³³

Svest o protivpravnosti je zaseban element krivice čije se postojanje pretpostavlja. Zakonik usvaja tzv. teoriju krivice po kojoj je svest o protivpravnosti njen samostalan deo i koji postoji nezavisno od umišljaja odnosno nehata.³⁴ To znači da je

uvek zabluda iz opravdanih razloga, dok otklonjiva zabluda (pravna zabluda usled nehata), jeste redovno zabluda koja ne postoji iz opravdanih razloga, ali izuzetno i takva zabluda može biti izazvana opravdanim razlozima s obzirom na sve okolnosti pod kojima je delo učinjeno. Stoga ne bi bilo pravilno kad bi se u potpunosti identifikovala zabluda iz opravdanih razloga sa neotklonjivom zabludom, a zabluda iz neopravdanih razloga sa otklonjivom zabludom.” N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, nav. delo, str. 236.

- 32 Neprihvatljivost ranije koncepcije pravne zablude se po nekim predlozima mogla praktično ublažiti ako bi se pravna zabluda iz opravdanih razloga smatrala obaveznim osnovom za oslobođenje od kazne, *jer za neka diskreciona ovlašćenja tu nema mesta*. F. Bačić, Neophodne promjene u oblasti krivnje u jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1-2/1986, str. 166-167. Ipak, i u tom, za učinioca najpovoljnijem slučaju, ostajala bi osuda za učinjeno krivično delo.
- 33 Predlog da se ovakvo dejstvo neotklonjive pravne zablude unese u naše ranije krivično zakonodavstvo učinjen je još u vreme diskusija u vezi sa donošenjem Krivičnog zakona SFRJ. Odredba prema kojoj *nije krivično odgovorno lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela bilo u neotklonjivoj zabludi o zabranjenosti takvog dela*, nije prihvaćena, *jer je zauzeto stanovište da u momentu kada još neka teorijska pitanja ostaju sporna – nije potrebno menjati osnovnu koncepciju pravne zablude*. Vid. D. Atanacković, nav. delo, str. 41-42. Neotklonjiva pravna zabluda isključuje krivicu i po KZ Nemačke (§ 17), Austrije (§ 9), Francuske (čl. 122-3), Španije (čl. 14), Estonije (čl. 39) itd. Zanimljivo je da italijanski KZ polazi od načela *error iuris nocet, ali je deo odredbe člana 5. italijanskog KZ prema kojoj ni neotklonjiva pravna zabluda ne isključuje krivicu, proglašena neustavnom od strane Ustavnog suda te zemlje odlukom iz 1988. god.* Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, nav. delo, str. 157. Po švajcarskom KZ (čl. 20) pravna zabluda predstavlja samo osnov za ublažavanje kazne ili oslobođenje od kazne, *ako je učinilac imao dovoljno razloga da veruje da postupa saglasno pravu*.
- 34 Pitanje mesta svesti o protivpravnosti je bilo sporno pa su se u nemačkoj literaturi pojavila dva shvatanja: teorija umišljaja i teorija krivice. Prema prvoj koncepciji svest o protivpravnosti je sastavni deo umišljaja (*dolus malus*). „Za njegovo postojanje potrebna je svest i volja učinioca da ostvari protivpravno biće.” D. Atanacković, nav. delo, str. 58. Nepostojanje svesti o protivpravnosti isključuje umišljaj. Pojedini zastupnici ove teorije smatraju da svest o protivpravnosti mora biti aktuelna (tzv. stroga umišljajna teorija), dok drugi misle da je dovoljna i potencijalna svest o protivpravnosti, kada je učinilac bio dužan i mogao da ima tu svest (tzv. umerena, ograničena umišljajna teorija). Prema teoriji krivice svest o protivpravnosti (aktuelna ili potencijalna) je samostalan element krivice *izvan umišljaja i nehata, a ne njihov dio*. „Ako se ustanovi da ne postoji svijest o protupravnosti, to onda ne isključuje umišljaj odnosno nehat, ali može isključiti svaku

moгуće da u odnosu na preduzeto delo postoji umišljaj (ili nehat), a da nema krivice ukoliko učinilac nije mogao i nije bio dužan da zna da je njegovo delo zabranjeno, odnosno predviđeno kao krivično delo.³⁵

Da bi pravna zabluda isključila krivicu (samim tim i krivično delo) neophodno je utvrditi da učinilac nikako nije mogao da izbegne zabludu o zabranjenosti dela, tj. da nije bio dužan i da nije mogao da zna za zabranjenost dela.³⁶

Otklonjiva pravna zabluda postoji ako učinilac nije znao da je delo zabranjeno, ali je to bio dužan i mogao je da zna. Ona, za razliku od neotklonjive, ne isključuje krivicu. Tu je učinilac u zabludi usled (nesvesnog) nehata. Krivica nije isključena, jer tu postoji dužnost i mogućnost učinioca da ima svest o zabranjenosti dela, tj. postoji potencijalna svest o protivpravnosti.

Otklonjiva pravna zabluda predstavlja fakultativni osnov za ublažavanje kazne (čl. 29, st. 3 KZ).³⁷ Postojanje (potencijalne) svesti o protivpravnosti zasniva krivicu, a odsustvo stvarne svesti o protivpravnosti, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja i razloga zbog kojih je učinilac propustio da ima tu svest, može biti osnov za ublažavanje kazne.³⁸

Nameće se zaključak da je, s obzirom na uslove za postojanje neotklonjive odnosno otklonjive pravne zablude, zakonik pojedine slučajeve ostavio neregulisanim.³⁹ Naime, neotklonjiva pravna zabluda postoji ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da zna za zabranjenost dela a otklonjiva ako je bio dužan i mogao da zna. I u jednom

krivnju u slučaju neskrivljene zablude o protupravnosti." F. Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, nav. delo, str. 292. Ovo shvatanje prihvataju pre svega pristalice finalnog pojma radnje. Vid. P. Novoselac, nav. delo, str. 75-78.

35 Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, nav. delo, str. 179.

36 I pored toga što će to biti verovatno retki slučajevi u praksi (zabluda će, po pravilu, biti otklonjiva) ovo je jedino prihvatljivo rešenje. Inače je primena instituta pravne zablude veoma retka u našoj sudskoj praksi. Tako je u jednoj odluci sud odbio da primeni ovaj institut kada se optuženi koji je prvostepenom presudom oglašen krivim zbog izvršenja krivičnog dela neovlašćenog držanja opojnih droga i neovlašćenog nošenja oružja i municije, u žalbi branio da iz opravdanih razloga nije znao da je u Srbiji zabranjeno držanje gasnog pištolja i municije, s obzirom na to da je taj pištolj i municiju kupio u slobodnoj prodaji u Nemačkoj, gde je boravio prethodne četiri godine i gde to nije zabranjeno. Drugostepeni sud je smatrao da nisu opravdani razlozi koje optuženi iznosi u svojoj odbrani, jer je on imao realne mogućnosti da se raspita kod svojih bliskih srodnika u Srbiji da li je to dozvoljeno. Sem toga prilikom legitimisanja od strane policije optuženi nije prijavio gasni pištolj i municiju, iako su ga policajci pitali da li ima oružje, već su mu ih oni pronašli i oduzeli prilikom pretresa. Pištolj sa municijom nije prijavio ni prilikom ulaska u SCG što ukazuje da je bio svestan određenosti ovog dela u zakonu, posebno kada se ima u vidu da optuženi ima oružje i da ga sakuplja, što samo po sebi pretpostavlja i posedovanje znanja o zakonskim odredbama kojima je regulisana materija o oružju i municiji (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1090/04 i presuda Okružnog suda u Beogradu, K. 1276/03). Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga*, Beograd, 2005, str. 20-21.

37 Lazarević smatra da ni kod otklonjive pravne zablude nema krivice i da je rešenje u pogledu njenog dejstva nelogično, *jer bi se pre mogla smatrati osnovom isključenja krivičnog dela*. Vid. Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str.104. Ovo je pogrešno tumačenje odredaba članova 22 i 29 KZ.

38 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, nav. delo, str. 130.

39 Vid. za ovaj slučaj kod stvarne zablude M. Đorđević, *Stvarna zabluda u novom Krivičnom zakoniku*, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, br. 74/2006, str. 9-10.

i u drugom slučaju se traži kumulativno ispunjenje oba uslova. Međutim, postavlja se pitanje kako rešiti situaciju kada učinilac nije bio dužan ali je mogao da zna za zabranjenost dela odnosno koje rešenje primeniti kada je bio dužan a nije mogao da ima svest o zabranjenosti dela? Jezičko tumačenje odredaba člana 29 KZ dovelo bi do stava da ne postoji ni neotklonjiva ni otklonjiva zabluda, i da bi sud takvu pravnu zabludu mogao uzeti samo kao olakšavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne, što je nezadovoljavajuće rešenje, pa bi de lege ferenda trebalo razmisliti o mogućoj izmeni postojeće norme. Možda bi najjednostavnije rešenje bilo da se iz zakonske norme eliminiše uslov koji se odnosi na dužnost da se zna za zabranjenost dela. Dužnost se inače utvrđuje na osnovu standardnog, uobičajenog ponašanja u datoj situaciji, što znači da pouzdani kriterijumi ne mogu postojati i da procena u konkretnom slučaju može biti i proizvoljna. Krivica je subjektivna kategorija (što ne isključuje određena vrednovanja) i za njeno postojanje je, uz druge elemente, dovoljno utvrditi da je učinilac s obzirom na sve okolnosti konkretnog slučaja mogao da zna za zabranjenost dela koje je izvršio. To bi, između ostalog, impliciralo i izmenu norme koja reguliše nesvesni nehat.

SUMMARY

Ivan Đokić

Faculty of Law, Belgrade

LEGAL ERROR

The subject of the work is notion of legal error regarding the solution in the Criminal Code of the Republic of Serbia. Previous Serbian criminal legislation deemed legal error only as a ground for reducing punishment or freeing the offender from it. In order to have his penalty reduced or remitted the offender should have had justifiable reasons for not knowing that his act was prohibited. New Criminal Code follows the modern concept of legal error and prescribes that act committed in unavoidable legal error is not a criminal act. Unavoidable legal error exists when offender was not obliged to know and could not know that his act is prohibited. There is no criminal act because offender is guiltless. If offender was obliged to know and could know that his act is prohibited the court could reduce his punishment. Such legal error is known as avoidable legal error.

Key words: guilt, legal error, avoidable legal error, unavoidable legal error, a sense of the prohibition of the act

RESTORATIVE JUSTICE AND MEDIATION IN CRIMINAL PROCEDURE

Abstract: In the last years restorative justice and victim-offender mediation have been more and more widely used in the criminal justice systems, as an alternative to traditional criminal procedure. This new model of responding to criminal behavior intends to balance the needs of the victim, the offender and the community. One of its basic principles is that a response to crime should start with trying to repair the harm of those who were directly and indirectly affected by the wrongdoing. This approach therefore largely differs from traditional justice system that is primarily based on retributive principles and mainly focuses on punishing the offender. This paper aims to analyze the concept of restorative justice, its history, forms and main aspects, with the particular emphasize to the mediation in criminal matters that was introduced in the Serbian law with the new Code of Criminal Procedure.

Key words: restorative justice, retributive justice, mediation, criminal procedure

1. THE CONCEPT OF RESTORATIVE JUSTICE

Over the last two decades, „restorative justice” has emerged in varied shapes, with different names, and in many countries. This concept has a numerous names: Relational Justice, Positive Justice, Reintegrative justice, Informal Justice etc¹., but the term Restorative Justice has the longest history and it is the commonly known and internationally accepted. Comparing to the traditional retributive justice system, restorative justice gives different way of understanding and responding to crime. It is grounded in the belief that those most affected by crime should have the opportunity to become actively involved in resolving the conflict.

There are also a numerous definitions of this concept. John Braithwaite described restorative justice as the „emerging social movement for criminal justice reform of the 1990s”.² Tony Marshall defines it as „...a process whereby all the parties with a stake in particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future.”³ Bazemore and

-
- 1 Tony Marshall quoted even more terms: restorative, communitarian, neighborhood, progressive, reintegrative, situational, accessible, informal, reparative, holistic, green, real, soft, negotiated, balanced, true, positive, natural, genuine, restitutive, relational, community, alternative, constructive, participatory, problem-solving, and transformative. “Whatever the term,” he notes, “the tendency is to bring in everything”, Marshall, TF., The evolution of Restorative Justice in Britain, *European Journal on Criminal Policy & Research* 4:4, 1996., pp. 21–43.
 - 2 Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, New York: Cambridge University Press, 1998, according to Smith-Cunninen SL., Restorative Justice in Criminal Justice Curriculum, *Journal of Criminal Justice Education*, Vol 12, No. 2, 2001.
 - 3 Marshall, TF., The evolution of Restorative Justice in Britain, *European Journal on Criminal Policy & Research* 4:4, 1996., pp. 21–43.

Umbreit give the following definition: „Restorative justice emphasizes the need for active involvement of victims, the community and offenders in a process focused on denunciation of the offense, offender acceptance of responsibility and reparation, followed by resolution of conflict resulting from the criminal act and offender reintegration”.⁴ One of the definitions referred to by the United Nations is: Restorative justice seeks to balance the concerns of the victim and the community with the need to re-integrate the offender into society. Restorative process means any process in which the victim, the offender and/or any other individuals or community members affected by a crime actively participate together in the resolution of matters arising from the crime, often with the help of a fair and impartial third party.⁵

Although restorative justice is a capacious concept with multiple referents, there is a general sense of what it stands for. This new model of responding to criminal behavior intends to balance the needs of the victim, the offender and the community. One of its basic principles is that a response to crime should start with trying to repair the harm of those who were directly affected by the criminal offence. This approach therefore largely differs from traditional justice systems that are primarily based on retributive principles and mainly focus on punishing the offender. One of the pioneer of Restorative Justice, Howard Zehr, was written that „...the classic mistaken assumption of conventional justice is to punish criminals as if they will never come back from prison to live among us. But with rare exceptions, they all come back. When they do, we depend on them not to cause more harm in the community. High rates of reconviction suggest that we are not doing what is needed to support that interdependence”.⁶

Restorative justice suggest that conventional approach to the criminal offence is wrong: that victims should be at the centre rather than excluded from the process, that victims and offenders are not natural enemies and that prison is not necessarily the best way to prevent repeat crime. It aims to prevent crime and repair harm by fostering remorse, not fear, and trying to find what is best for the victims, offenders and the criminal justice process.

The primary *objectives* of Restorative Justice are:

1. To fulfill the victims' needs in the whole—financial, emotional and social
2. To prevent re—offending by reintegrating offenders into the community
3. To enable offenders to assume active responsibility for their actions
4. To recreate a working community that supports the rehabilitation of offenders and victims and is active in preventing crime
5. To provide a means of avoiding escalation of legal justice and the associated costs and delays.⁷

4 Bazemore and Umbreit, Rethinking the Sanctioning in Juvenile Court: Retributive or Restorative Responses in Youth Crime, *Crime and Delinquency* 41, 1995.

5 See: UN, Handbook on Restorative Justice Programs, available at: http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf.

6 Zehr, H & Mika, H., Fundamental concepts of Restorative Justice, *Contemporary Justice Review* 1, 1998., pp. 47–55.

7 Marshall, TF., The evolution of Restorative Justice in Britain, *European Journal on Criminal Policy & Research* 4:4, 1996., pp. 21–43.

2. RETRIBUTIVE vs. RESTORATIVE JUSTICE

The idea of restorative justice could be understood the best in the comparison of the traditional concept of retributive justice. According to retributive justice approach, crime is viewed as an act committed against the state, which therefore, determines how to respond to it. While the restorative justice focuses upon three questions: „What laws have been broken? Who did it? What do they deserve?“⁸, the retributive justice focus on the following questions: „Who has been hurt? What are their needs? Whose obligations and responsibilities are these?“⁸ Following this, the basic premises of retributive justice are: the crime is a violation of the law and the state, violations create guilt, justice requires the state to determine guilt and impose punishment, the guilty must always be punished, and the offender should get what he deserves. Contrary to this traditional approach, basic premises of restorative justice are: crime is violation of people that is victim’s rights, violations create obligations, justice involves victims, offenders, and community members in an effort to put things right and the crucial point is on victims needs and offender responsibility for repairing harm.

The comparison of Retributive and Restorative Justice⁹

Retributive Justice	Restorative Justice
Crime is an act against the State, a violation of a law, an abstract idea	Crime is an act against another person or the community
The criminal justice system controls crime	Crime control lies primarily in the community
Offender accountability defined as taking punishment	Accountability defined as assuming responsibility and taking action to repair harm
Crime is an individual act with individual responsibility	Crime has both individual and social dimensions of responsibility
Punishment is effective. a. Threat of punishment deters crime b. Punishment changes behavior	Punishment alone is not effective in changing behavior and is disruptive to community harmony and good relationships
Victims are peripheral to the process	Victims are central to the process of resolving crime
The offender is defined by deficits	The offender is defined by capacity to make reparation
Focus on establishing blame, on guilt, on past (did he/she do it)	Focus on problem solving, on liabilities/ obligations
Emphasis on adversarial relationship	Emphasis on dialog and negotiation
Imposition of pain to punish and deter/ prevent.	Restitution as a means of restoring both parties/ goals of reconciliation/restoration
Community on sideline, represented abstractly by the State	Community as facilitator in restorative process

8 Reimund M.E., The Law and Restorative Justice: Friend or Foe? A Systematic look at the Legal Issue in restorative Justice, *Drake Law Review*, 53, 2004-2005.

9 Source: Bazemore and Umbreit, Rethinking the Sanctioning in Juvenile Court: Retributive or Restorative Responses in Youth Crime, *Crime and Delinquency* 41, 1995.

Response focused on offender's past behavior	Response focused on harmful consequences of offender's behavior-emphasis on the future.
Dependence upon legal professionals	Direct involvement by participants

3. HISTORICAL DEVELOPMENT OF THE RESTORATIVE JUSTICE

Innovation in criminal justice has mainly been the response to the traditional retributive approach that resulted in the overloading of courts, increased recidivism and unsatisfactory position of the victims in criminal process. It was realized that the needs of victims, offenders and the community generally were not independent and that justice agencies had to engage actively with all three in order to make any impact.

Restorative justice was birth in the mid of 1970s.¹⁰ There is an opinion that civil rights movements of the 1960s were crucial starting points for the development of this concept.¹¹ The civil rights movement in the United States was based on critiques of racism in police practices, in courts, and in prisons. The proponents hoped to change prison conditions, minimize the use of incarceration, and even abolish jails and prisons by building „a caring community” that addressed victims and victimizers.¹² In the development of restorative justice, there has been much inspiration from examples of community justice in use among populations of New Zealand so-called Maori justice. These practices have particularly contributed to the development of family group conferencing.¹³ During the mid- and late 1970s, the development neighborhood justice reflected a desire for greater „access to justice” characterized by more informal processes and greater citizen participation. Emphasis was given to negotiation, exchange between disputants, and a less central role for legal professionals.

The first victim Offender Reconciliation Program (VOPR) was established in Ontario, Canada in 1974.¹⁴ In that time, the term *restorative justice* did not exist yet. Some attribute the origin of the term to Albert Eglash who wrote about the

10 In spite of this relatively late official introduction of restorative justice in criminal justice systems, there is an opinion that restorative approaches to crime date back thousands of years. For example, in Summer, the Code of Ur-Nammu that dates from 2060 BC required restitution for offenses of violence. The Code of Hammurabi in Babylon (1700 BC) prescribed restitution as a sanction for property offenses, while Twelve Tables in Rome (449 BC) ordered convicted thieves to pay double the value of stolen goods.

11 Daly K. and R. Immarigeon, The past, present, and future of restorative justice: some critical reflections, *The Contemporary Justice Review* 1 (1), 1998, pp. 21-45.

12 Umbreit M., Vos B., Restorative Justice in the twenty-first century: a social Movement full of Opportunities and Pitfalls, *Marquette Law Review*, 89, 2005-2006, pp. 251-304.

13 Tony F. Marshall, *Restorative Justice, an Overview*, A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate.

14 Umbreit M., Vos B., Restorative Justice in the twenty-first century: a social Movement full of Opportunities and Pitfalls, *Marquette Law Review*, 89, 2005-2006, pp. 251-304.

need for „creative restitution.”¹⁵ After that, from the late 1970s to the early 1980s, a number of experimental programs based on restorative justice principles were initiated in Europe and United States. In the 1994 the American Bar Association (ABA) endorsed VOM and recommended the use of mediation and dialogue in courts and provided guidelines for its use and development.¹⁶ According to this guideline, the participation by offender and victim should be voluntary; offenders should not incur adverse repercussions, and information that is shared during mediation should be inadmissible in criminal or civil court proceedings.

4. THE FORMS OF RESTORATIVE JUSTICE

There are numerous forms of restorative justice like victim-offender mediation, family group conferencing, restorative community service, victim panels, sentencing circles, etc., but the most common are the following.

4.1. Victim-offender mediation (VOM)

Victim-offender mediation or VOM (also called victim-offender dialogue, victim-offender conferencing or victim-offender reconciliation), is usually a face-to-face meeting, in the presence of a trained mediator, between the victim and offender.¹⁷ Victim-Offender Reconciliation Programs (VORPs) were first introduced in Ontario, Canada in 1974, and after that was introduced in the other jurisdiction. VOPR involved meetings between crime victims and offenders, usually after sentencing, in the presence of a neutral third-party. During the last part of the 1970s, the term reconciliation starts to be changed with the term mediation. This shift in terms occurred because while reconciliation was primary focused on after sentencing phase, mediation was also focused on early stages of the criminal process. VOMs were introduced to England, United States, Scandinavian and Western European countries in the late 1970s and 1980s, primarily in the handling of youth justice cases, but latter was spread on the other criminal cases as well.

VOM gives victim an opportunity to discuss with offender how the crime has impacted its live and to explain the physical, emotional and financial impact of the

15 Eglash developed his perspective through reading autobiographies of lawbreakers. The „restorative approach” he proposed redefined the past responsibility of an offender in terms of the damage done to victims, and the present responsibility of an offender in terms of a capacity for constructive action. See: Daly K. and Immarigeon R., The past, present, and future of restorative justice: some critical reflections, *The Contemporary Justice Review* 1 (1), 1998, pp. 21-45.

16 Criminal Justice Policy on Victim-Offender Mediation/Dialogue, 1994 A.B.A. Res., available at <http://www.vorp.com/articles/abaendors.html>.

17 One strong proponent of the use of mediation in restorative justice is Marshall Rosenberg the creator of Nonviolent communication (NVC) and the founder of the Center for Nonviolent Communication. His approach is to have the victim and offender meet, in the presence of a trained NVC mediator. The victim gets to explain how they feel and felt, and what needs were not met as the result of the action of the offender. The offender is to repeat what he or she hears (i.e. feelings and needs) and continue to listen and repeat what the victim says she or he feels and needs. Usually this requires substantial support from the trained NVC mediator to gain clarity about the feelings and needs and to request the offender to say these words back to the victim.

crime. The offender has to listen to the victim's own story and respond to it. He is able to explain what happened, take responsibility for his behavior, and make amends to both- the victim and the community.¹⁸ The exchange can be therapeutic for victims and usually has a visible impact upon the offenders, who have to face up to the reality of what they have done. Personal negotiation allows flexible adjustment to the parties' needs than official court processes. Participation in mediation is always voluntary for both parties. Mediation may be initially suggested by an agency, court or the prosecutor, by the offender (or his/her legal representative), or the victim.

The usual steps in a VOM are:

- a) Introductory opening statement by mediator
- b) Story telling by victim and offender
- c) Clarification of facts and sharing of feelings
- d) Reviewing victim losses and options for compensation
- e) Developing a written restitution agreement
- f) Closing statement by mediator.

As a main advantages of this procedure usually are mentioned: active participation of the victim; reduction of crime victims' post-traumatic stress symptoms; providing both, victims and offenders with more satisfaction; reduction crime victims' desire for violent revenge against their offenders; reduction the costs of criminal justice; it is faster, cheaper and less formal than the traditional criminal procedure and there is belief that offenders are more affected by that experience than by formal prosecution and punishment.

4.2. Family group conferencing

Family group conferencing (FGC), also known as community group conferencing or restorative group conferencing include much wider circle of participants than VOM. They involve a family, friends, teachers, as well as additional participants from the community, to resolve criminal incident. The number of support persons that are present can range from a few to more than ten. FGC is often the most appropriate system for juvenile cases, due to the important role of the family in a juvenile offender's life. They actually originated as a response to juvenile crime.¹⁹ The origin of FCG comes from the Maori in New Zealand, and this country was the first that in 1989, adopted a fully restorative juvenile justice system using FGC.²⁰ After that, Australia, Canada, United States and England start to implemented FGC, based on ideas borrowed from the New Zealand model, but the vast majority of FCG programs are still limited to juvenile offenders.

A conference is a structured meeting between offenders, victims and both parties' family and friends, in which they deal with the consequences of the crime and

18 Office of Justice Programs, U.S., Dep't of Justice, Restorative Justice Fact Sheet 11, 1997, available at: http://jabg.nttac.org/curriculum/docs/community_restorative_boards.pdf.

19 Lupton, C., User empowerment or family self-reliance? The family group conference model, *British Journal of Social Work*, 28, pp. 107–128, 1998.

20 Bowen, H., Restorative Justice in Aotearoa/New Zealand, *ICCA Journal on Community Corrections*, 8: 2, 1997.

decide how best to repair the harm. Conferences provide victims and others with an opportunity to confront the offender, express their feelings and ask questions. Offenders may begin to repair the harm by apologizing, making amends and agreeing to financial restitution or personal or community service work.²¹ Participation in conferences is voluntary. If offenders and victims agreed to attend, the conference facilitator invites others affected by the incident—the family and friends of victims and offenders. In some cases, if a victim is unwilling to participate in a face-to-face meeting, he may make a written statement to be used in the conference.

4.3. Sentencing Circles

Sentencing circles, also known as peacemaking circles, restorative justice circles, repair or harm circles, have even more participants than conferencing, because there is wider community member participation. Participants in the sentencing circles may include the victim, supporters of the victim, the offender, supporters of the offender, judges, court personnel, prosecutors, defense counsel, police and all interested community members.²² Sentencing circles emerged in Canada during the 1980s. They were first used as an alternative way of sentencing that involves all stakeholders in the response to the behavior and the formulation of a sanction which will address the needs of all parties.²³

In this process, participants arrange themselves in a circle. The process involve the use of a „talking piece” that is passed around the circle to designate who may speak. Within the circle, people can speak from the heart and all together identify the steps necessary to assist in healing all affected parties and prevent future crimes. Sentencing circles typically includes: (1) application by the offender to participate in the circle process; (2) a healing circle for the victim; (3) a healing circle for the offender; (4) a sentencing circle to develop consensus on the elements of a sentencing plan; and (5) follow-up circles to monitor the progress of the offender. But the stages of circle process have flexibility because there is no formula that guarantees a predictable, uniform result.²⁴ The process of circle can extend over weeks or months, depending on the case involved. The agreement reached in a circle can be the sentencing recommendation that is presented to the court.

5. INTERNATIONAL REGULATIONS

At the level of international institutions it has been recognized that victim-offender mediation can make an important contribution to improving justice systems.

21 Umbreit M., Vos B., Restorative Justice in the twenty-first century: a social Movement full of Opportunities and Pitfalls, *Marquette Law Review*, 89, 2005-2006, pp. 251-304.

22 Smith J., Peacemaking Circles: The „Original” Dispute Resolution of Aboriginal People Emerges as the „New” Alternative Dispute Resolution Process, *Hemline Journal of Public Law and Policy*, 329, 2003.

23 Griffiths, C. T., Sanctioning and Healing: Restorative Justice in Canadian Aboriginal Communities, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 20, 1996., pp. 195-208.

24 Weitekamp, E., Reparative justice: towards a victim oriented system, *European Journal on Criminology, Policy & Research*, 1:1, 1992., pp. 70–93.

The United Nations, the Council of Europe, and the European Union have been addressing restorative justice issues for a number of years.

The UN Congress on Crime Prevention in 2000 developed *UN Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programs in Criminal Matters*.²⁵ These principles encourage the use of restorative justice at all stages of criminal procedure, underscore the voluntary nature of participation in restorative justice procedures, and recommend beginning to establish standards and safeguards for the practice of restorative justice. The other UN documents like such as the *Beijing Rules*, the *Tokyo Rules* and the *Riyadh Guidelines* are also important in relation to the implementation of alternatives to punishment in the criminal justice system. According to these documents, diversionary institutions, alternatives to prison and community sanctions should receive priority in responding to crime, especially in the case of child and juvenile offenders.

Council of Europe adopted a set of recommendation in 1990 in order to guide member states in using mediation in criminal cases,²⁶ but it does not provide detailed requirements or guidelines about how to realize it. With the adoption of *Recommendation on mediation in penal matters* in 1999,²⁷ the Council of Europe has played a significant role in setting out the principles of victim-offender mediation and recommending governments to consider them.

In 2001 the European Union adopted a policy in support of victim-offender mediation.²⁸ Its Article 10 stipulates that each Member State of the European Union „shall seek to promote mediation in criminal cases for offences which it considers appropriate for this sort of measure”, and „shall ensure that any agreement between the victim and the offender reached in the course of such mediation in criminal cases can be taken into account”. To implement this rule, Member States „shall bring into force the laws, regulations and administrative provisions” by 22 March 2006 (Article 17). The main contribution of this Framework Decision to the implementation of restorative justice is its mandatory effect on Member States of European Union.

Austria was the first EU country that adopted federal legislation that promoted the use of VOM in 1988, and soon after that, the other European counties implemented VOM programs as well. It is estimated that more than 1000 restorative justice projects were already in operation in Europe.²⁹ There have been long-term

25 Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programs in Criminal Matters, ESCO Res. 2000/14 U.N. Doc. E/2000 (July 27, 2000), available at: <http://www.library.dal.ca/la-aw/Guides/RestPathfinder/RestorativeDeclarationpdf.pdf>.

26 Council of Europe Committee of Ministers, *Simplification of Criminal Justice*, Recommendation No. R (87) 18, Sept. 17, 1987, Council of Europe (1985) *The position of the victim in the Framework of Criminal law and Procedure*, Recommendation No. R (85) 11, Council of Europe (1987) *Assistance to victims and the prevention of victimisation*, Recommendation No. R (87) 21.

27 Council of Europe Committee of Ministers, *Mediation in Penal Matters*, Recommendation No. R (99) 19, Sept. 15, 1999.

28 Council Decision 2001/220/JHA, Council Framework Decision of 15 March 2001 on the Standing of Victims in Criminal Proceedings, 2001 O.J. (L 82) 1.

29 More about this programs is available at: <http://euforumrj.org> (European forum for Restorative justice), www.voma.org (Victim Offender Mediation Association), www.restorativepractices.org (International institute for Restorative Practices), www.restorativejustice.org (Restorative Justice

projects and experiments in the field of victim-offender mediation in Austria, Belgium, Finland, France, Germany, Norway and the UK. Furthermore, several other countries such as Denmark, Sweden, the Netherlands, Luxembourg, Ireland, Spain and Italy, have provided opportunities for pilot projects in order to study the extent to which restorative justice might be able to lead towards more responsive justice systems which can take the needs of both the victim and the society into account in their response to criminal acts. Germany for example, today has more than 468 programs of VOM, and 13,600 cases referred annually.³⁰ England is gone far beyond, because it is not focused only on VOM, but on the other restorative justice policies and practices as well.³¹ More recently, several Central and Eastern European (for example Poland, the Czech Republic, Slovakia, Slovenia, Romania and Bulgaria) countries have taken legislative initiatives in respect to victim-offender mediation. Meanwhile, other countries, such as Russia, Ukraine, Hungary, have launched interesting pilot projects in relation to restorative justice.

Restorative justice – more precisely victim-offender mediation is integrated in the *three main ways*: firstly, some countries apply mediation as a diversionary measure and mention it in their juvenile justice acts (e.g. in England and Wales, Germany, Poland); secondly it can be integrated in the criminal codes (e.g. Finland, Poland) and/or in the criminal procedure codes (e.g. Austria, Belgium, Slovenia); and finally, there can be a more detailed specific law on mediation, also providing a procedural and organizational framework for the practice (e.g. Norway and the Czech Republic).

6. DOMESTIC REGULATIONS

Victim offender mediation (VOM) was introduced in the Serbian legal system by the new Criminal Procedure Code.³²

According to this provisions proposal for mediation procedure could be given by the defendant or his/her attorney, victim or his/her attorney, or by the public prosecutor, *ex officio*. The procedure is possible only for the criminal offences punishable by fine or imprisonment up to one year. Exceptionally, VOM is possible for criminal offences punishable by imprisonment up to three years, but only if special requirements are fulfilled. In this case, defendant should be without previous criminal record and the presumption is that he has shown genuine remorse because of the

Online from Prison Fellowship International), www.restorativejustice.org.uk (Restorative Justice Consortium), www.transformingconflict.org (Transforming Conflict, Centre for Restorative Justice in Education), www.rjp.umn.edu (Center for Restorative Justice and Peacemaking), www.restorativejustice.4t.com (Restorative Justice, Criminal Justice and Human Rights, Independent Academic Research Services-IARS).

30 Tony Peters, *Victim-Offender Mediation: Reality and Challenges*, in *Victim-Offender Mediation in Europe 9*, European Forum for VOM and Restorative Justice. Ed, 2000.

31 *Restorative Justice: The Government's Strategy* (July 22, 2003), <http://www.homeoffice.gov.uk/documents/rj-strategy-consult.pdf>.

32 New Serbian Code of Criminal procedure was adopted on 25 May 2006, *Official Gazette of the Republic of Serbia 46/06*, but its enforcement is postponed to 01 January 2009.

committed criminal offense and readiness to rectify the consequences of the offense, compensate the damages caused or meet other obligations in favor of the victim or the community.

VOM has two phases. The first one is referral to mediation procedure, and the second is conduction of mediation procedure.

Public prosecutor could, until conclusion of the trial, set down special hearing aimed to investigate possibility to refer defendant and victim to mediation procedure. Defense counsel and the victim's attorney could be attended at this hearing. Public prosecutor will inform the present of the possibility to be directed to mediation procedure for settlement, explain to them the legal and procedural consequences of settlement and inform them of his assessment that settlement between them would be the best way of resolving their future relations. Mediation procedure depends on the consents of the defendant and the victim. If they agree to be referred to mediation procedure, public prosecutor issues a decision on referral to VOM, and criminal prosecution is suspended till the end of mediation procedure. In this decision, public prosecutor could order to defendant the fulfillment one or more particular obligations, related to delay of criminal prosecution (to pay certain money to some humanitarian organization, to undergo psycho-sociological therapy or to alcohol or drug treatment rehabilitation, etc). In the opposite case, if defendant and victim fail to agree to be referred to mediation procedure, criminal prosecution regularly continues in the ordinary criminal procedure.

The second phase that is conduction of mediation procedure should start within the fifteen days after bringing a decision on referral to VOM. VOM is conducted by an authorized mediator. Mediators are appointed by the Republic Public Prosecutor from the ranks inactive prominent jurists – judges, public prosecutors, lawyers or professors who are recognized experts in fields that are of significance for successful conducting of mediation. The Center for Mediation in cooperation with the Judicial Training Center, the Ministry of Justice, research institutions, expert and professional associations shall provide the specialist skills required to conduct settlement proceedings and continuous professional education to persons already granted the status of authorized mediator or who are to acquire such status. The Center organizes regular professional seminars, tests and other forms of supplementary professional training and continuous education of authorized mediators who shall receive relevant certificates after testing and on continuous education.

The mediation proceeding is informal and its lasting depends on various factors, so there are three possible situations:

- The basic rule is that VOM may last at most up to three months after the initial meeting between the defendant, victim and mediator.

- But if the trial was delayed because of mediation procedure, VOM may last up to two months.

- If the public prosecutor orders the defendant the fulfillment of one or more particular obligations, VOM may last up to six months.

The purpose of VOM is achievement of the settlement between the defendant and victim, that would eliminate the necessity of bringing the ordinary criminal

procedure and punishing the offender with criminal sanctions. If they achieve the settlement, they are obliged to conclude a written agreement, with the next obligatory provisions:

1. the subject of settlement
2. Deadline for fulfillment of obligations accepted by the defendant or certification that the defendant's obligation has already been fulfilled. This deadline may not be longer than three months and in more complex cases it may not exceed six months.
3. declaration by the victim that he is aware that in the case of full realization of settlement he would not be entitled to undertake or continue criminal prosecution
4. The signatures of defendant and victims

Besides this obligatory provisions, the settlement may impose on the defendant fulfillment of one or more particular obligations related to delaying of criminal prosecution.

The mediator shall supervise fulfillment of the settlement and inform the public prosecutor about that. The public prosecutor may also directly supervise fulfillment of defendant's obligation, and when the obligation relates to community work he may delegate supervision to the social services center.

When the defendant fully completes the obligations, public prosecutor will discontinue criminal prosecution, what means the end of ordinary criminal procedure.

If settlement was unsuccessful, or if defendant does not fulfill the obligations according to the settlement, the ordinary criminal procedure is continuing.

7. CONCLUSION

Restorative justice was birth in the mid of 1970s as the response to the traditional retributive approach that resulted in the overloading of courts, increased recidivism and inadequate satisfaction of the victims after criminal process. It recognizes the needs of victims and takes a victim-centered approach to crime, asking the following: Who has been hurt? What do they need? Whose obligations and responsibilities are these? Who has a stake in this situation? What is the process that can involve the stakeholders in finding a solution? Three basic principles of restorative justice are: Crime is not just an act against the state but against particular victims. Criminal offence is primarily a breach of human relationships and only secondarily a violation of the law. As such, active participation of victims, families and community representatives rather than the state are considered the focus of crime control.

At the level of international organizations it has been recognized that restorative justice can make an important contribution to improving justice systems. The United Nations, the Council of Europe, and the European Union have been addressing this issue and recommended wider use of mediation and other forms of restorative justice in criminal procedure. It is estimated that more than 1000 restorative justice projects were already in operation in Europe, and they give a very good results. They mostly showed that restorative justice was more successful at achieving

victim and offender satisfaction, fulfillment of restitution agreements and reduction of recidivism. As a main advantages of this procedure usually are mentioned: active participation of the victim; reduction of crime victims' post-traumatic stress symptoms; providing both, victims and offenders with more satisfaction; reduction crime victims' desire for violent revenge against their offenders; reduction the costs of criminal justice; it is faster, cheaper and less formal than the traditional criminal procedure.

On the other side, the main drawbacks of Restorative justice are: It relies on voluntary cooperation so if one party is not willing to participate, traditional procedure is only possibility for resolving the case. But experience in the other countries has indicated, however, that the majority of individuals offered a chance to participate in some form of restorative justice, were willing to do so. Another limitation is the available level of resources and skills. Greater community involvement would inevitably mean increased education, training, practical as well as financial resources. Besides, Restorative Justice is applicable only to minor offences, and the large majority of cases have to be resolved in traditional way. But, even a small number of cases resolved alternatively, out of court means importunate contribution to the efficiency of judiciary.

Victim-offender mediation was introduced in Serbian law with the new Code of Criminal Procedure. It means importunate advance not only in the sense of harmonization and implementation to certain international standards, but also in the sense of justice and adequate satisfaction of this one who were directly affected by the criminal offence.

REZIME

Vanja Bajović

Asistent-pripravnik, Pravni fakultet, Beograd

RESTORATIVNA PRAVDA I MEDIJACIJA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Ideja restorativne pravde javila se sredinom sedamdesetih godina prošlog veka, kao odgovor na nezadovoljavajuće rezultate tradicionalnog retributivnog koncepta, koji je rezultirao visokom stopom povrata, prebukiranošću zatvorskih ustanova i nezadovoljavajućim položajem oštećenog u krivičnom postupku.

Za razliku od koncepta retributivne pravde koji akcenat stavlja na kažnjavanje učinioca u krivičnom postupku, restorativna pravda nastoji da kroz direktan razgovor i kontakt izbalansira, pomiri i uskladi interese žrtve, učinioca i zajednice. Ovaj pristup bazira se na postavci da je razgovor, pomirenje i naknada štete žrtvi najadekvatniji odgovor na rastući problem kriminaliteta kao i da u mnogo većoj meri doprinosi resocijalizaciji i reintegraciji izvršioca u poređenju sa krivičnim sankcijama izrečenim u krivičnom postupku. Koncept restorativne pravde propagira ideju da je pravedno da se što je moguće više negiraju posledice učinjenog krivičnog dela, što u prvi plan stavlja oštećenog i njegove interese, kao lice direktno pogođeno krivičnim delom. Jedna od polaznih pretpostavki ovog koncepta jeste verovanje da krivično delo nije zločin protiv države, već protiv drugog pojedinca, te da je najbolji i najpravičniji

odgovor na zločin naknada štete i „negiranje posledice” onome ko ju je direktno pretrpeo. Danas postoje različiti modaliteti restorativne pravde od kojih se najčešće primenjuju medijacija između učinioca i žrtve, porodične i grupne konferencije i krugovi odgovornosti.

Kao osnovne prednosti restorativne pravde se navode:

1. Aktivnije učešće oštećenog i jača zaštita njegovih interesa
2. Fleksibilniji i neformalniji postupak
3. Postupak baziran na dijalogu i dobrovoljnom učešću obe strane
4. Niži troškovi postupka
5. Brža procedura
6. Smanjen stepen „sekundarne viktimizacije” odnosno straha kod oštećenog
7. Razgovor između učinioca i žrtve kod okrivljenog izaziva kajanje, a kod oštećenog smanjuje želju za osvetom
8. Restorativna pravda smanjuje stepen recidivizma.

Na međunarodnom planu je u nekoliko navrata isticana potreba za uvođenjem različitih oblika restorativne pravde u krivičnopravne sisteme država članica. Ujedinjene nacije su 2000 godine donele Osnovne principe korišćenja restorativne pravde u krivičnim stvarima, kojima je preporučeno korišćenje modaliteta restorativne pravde u svim fazama krivičnog postupka, naglašeno dobrovoljno učešće učinioca i žrtve i između ostalog je naloženo državama da detaljnije preciziraju navedene standarde kroz nacionalna zakonodavstva. Uvođenje medijacije u krivičnim stvarima je preporučeno i od strane Saveta Evrope i Evropske unije, što je učinjeno na različite načine. U nekim državama medijacija se primenjuje kao vid diverzije krivičnog postupka, čije uspešno okončanje eliminiše potrebu za pokretanjem i vođenjem redovne krivične procedure (Engleska, Nemačka, Poljska). Pojedine države su je regulisale Krivičnim zakonima (Finska), ili zakonima o krivičnom postupku (Austrija, Belgija, Slovenija), dok su određene države donele i posebne zakone o medijaciji u krivičnim stvarima (Norveška, Češka). Danas u svetu postoji više od 1000 centara i programa namenjenih restorativnoj pravdi i medijaciji na nivou učinilac-žrtva, koji funkcionišu već nekoliko godina unazad i daju vrlo dobre rezultate u praksi.

Medijacija je u naše krivično zakonodavstvo uvedena Zakonikom o krivičnom postupku iz 2006. godine, pod nazivom „Postupak posredovanja radi postizanja poravnjanja između okrivljenog i oštećenog.” Iako je primena ovog Zakonika odložena, te ni navedene odredbe nisu zaživele u praksi, sama ideja uvođenja medijacije u krivičnim stvarima značajna je ne samo u smislu implementacije i prilagođavanja međunarodnim standardima, već i u kontekstu pravičnosti i efikasnosti, te bi je putem probnih projekata trebalo što pre realizovati.

Ključne reči: restorativna pravda, retributivna pravda, medijacija, krivični postupak

STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA
II DEO

Biblioteka

CRIMEN

5

Priredio

Prof. dr Đorđe Ignjatović

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Za izdavača

Prof. dr Mirko Vasiljević, dekan

Dizajn korica

Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema

Mr Biljana Simeunović-Patić

Grafičko uređenje

Siniša Kadić

Tiraž

300

ISBN 978-86-7630-120-1

Štampa

Dosije, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
343.97(497.11)(082)
343.2/.7(497.4)(082)

STANJE kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja.
Deo 2 / priredio Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet
Univerziteta, 2008 (Beograd : Dosije). – 253 str. ; 24 cm.
– (Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 5)

Radovi na srp., engl. i nem. jeziku. – Tiraž 300. – Str. 7–8:
Predgovor / urednik. – Napomene i bibliografske reference uz
tekst. – Bibliografija uz pojedine radove. – Rezimei ; Summaries.

ISBN 978-86-7630-120-1

1. Игњатовић, Ђорђе [уредник] [аутор додатног текста]
а) Криминалитет – Србија – Зборници
б) Кривично законодавство – Словенија – Зборници
COBISS.SR-ID 151057932