



*Biblioteka*

CRIMEN

23

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

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012.

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

# KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

II deo

*Tematska monografija*

*Urednik*

Đorđe Ignjatović

*Recenzenti*

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2012.



# SADRŽAJ

PREDGOVOR .....	VII
<i>Zoran Stojanović</i> KAZNENA POLITIKA U SRBIJI: SUKOB ZAKONODAVCA I SUDSKE PRAKSE.....	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> POREĐENJE STOPA PRIJAVLJENIH UČINILACA KRIVIČNIH DELA: SRBIJA – OSTALE EVROPSKE ZEMLJE .....	18
<i>Milan Škulić</i> TAJNI AUDIO I VIDEO NADZOR – PRAVILA NOVOG ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE IZ 2011. GODINE I UPOREDNOPRAVNA ANALIZA.....	50
<i>Milovan M. Mitrović</i> POLITIKA, ETIKA I DIJALEKTIKA KAŽNJAVANJA U SRBIJI .....	81
<i>Boris Begović</i> METODOLOGIJA EKONOMETRIJSKE ANALIZE GENERALNE PREVENCIJE: SLUČAJ SMRTNE KAZNE.....	96
<i>Dorđe Dorđević</i> KUĆNO ZATVARANJE – NOV MODALITET IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA.....	119
<i>Nataša Delić</i> OSNOVNE KARAKTERISTIKE KRIVIČNOG DELA NEDAVANJE IZDRŽAVANJA.....	131
<i>Goran P. Ilić</i> O ZAHTEVU ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI U KRIVIČNOM POSTUPKU .....	156
<i>Igor Vuković</i> OSNOVI ISKLJUČENJA RADNJE KAO OSNOVI ISKLJUČENJA KRIVIČNOG DELA? .....	170

---

<i>Marija Karanikić Mirić</i> ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETU USLED TERORISTIČKIH AKATA, JAVNIH DEMONSTRACIJA ILI MANIFESTACIJA .....	188
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> STOKHOLMSKI SINDROM .....	204
<i>Ljubinka Kovačević</i> PRESTANAK RADNOG ODNOSA KAO DISCIPLINSKA MERA U OPŠTEM REŽIMU RADNIH ODNOSA .....	219
<i>Vanja Bajović</i> O ISTINI I SVRSI KRIVIČNOG POSTUPKA .....	244
<i>Ivan Đokić</i> STVARNA ZABLUDA U KRIVIČNOM PRAVU .....	266
<i>Natalija Lukić</i> ISTRAŽIVANJE POČETKA KRIMINALNE KARIJERE .....	289
<i>Ivana Marković</i> PREUZIMANJE MEDICINSKOG ZAHVATA KAO OSNOV ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI – sa posebnim osvrtom na nepostojanje pristanka pacijenta .....	306
<i>Nikola Vujičić</i> UTICAJ KULTURNIH FAKTORA NA KRIMINALITET .....	325

## PREDGOVOR

Drugi tom kolektivne monografije *Kaznena reakcija u Srbiji* plod je rada istraživačkog tima angažovanog na istoimenom projektu republičkog Ministarstva prosvete i nauke koji se u toj ustanovi vodi pod brojem 179051. Svih šesnaest istraživača dostavilo je svoje priloge, a knjiga je obogaćena i jednim radom nagrađenim na konkursu mladih kriminologa.

Monografija započinje tekstom redovnog profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (UB) Zorana Stojanovića. U njemu se razmatra jedno od „većitih pitanja“ krivičnih nauka: nesklad između kaznene politike koju zastupa krivični zakonodavac i one koju sprovode sudovi. Ovom temom nisu se kod nas bavili samo stručnjaci, nego je često bila instrumentalizovana i u (dnevno) političke svrhe. Autor konstatuje da je u Srbiji krivični zakonodavac jedan od najstrožijih u Evropi i to dokazuje težinom zaprećenih kazni u našem, nemačkom i austrijskom pravu. Zaključak ovog rada može se svesti na dve konstatacije: sudovi moraju više uvažavati kriminalno političke ideje zakonodavca; s druge strane, vreme je da se kritički preispita trend kontinuiranog pooštavanja kaznene reakcije u krivičnom pravu Srbije.

Drugi rad (autor je Đorđe Ignjatović) trebalo je da uporedi stope kriminaliteta u Srbiji i ostalim evropskim zemljama. Time je (budući da mi ne učestvujemo u izradi najvažnije publikacije za poređenje stanja kriminaliteta na Starom kontinentu (*European Sourcebook of Crime and Justice Statistics*), našoj javnosti omogućen uvid u to gde je u pogledu stope prijavljenih učinilaca krivičnih dela i relativnog učesća žena i maloletnika mesto Republike Srbije u „evropskoj porodici naroda“. Bilo bi dobro kada bi saznanja do kojih se dođe ovakvim komparacijama poslužila kao jedan od argumenata pri donošenju strateških odluka u oblasti kriminalne politike.

Prof. dr Milan Škulić podvrgava kritičkoj analizi način na koji je Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011. uređena jedna od važnih posebnih dokaznih aktivnosti: tajni audio i video nadzor čija primena je ključna za kontrolu aktivnosti koje se svrstavaju u organizovani kriminalitet i ostala posebno teška krivična dela. Posle detaljne analize uporednih rešenja tajnog nadzora u drugim zemljama, autor iznosi tvrdnju da u pravnom regulisanju navedene specifične dokazne tehnike u ZKP iz 2011. ima nedorečenosti koje bi trebalo ispraviti, pre svega u cilju naglašavanja izuzetnog karaktera ove mere čija bi primena, zbog ozbiljnog narušavanja ljudskih prava, trebalo da bude izuzetak, a ne pravilo.

Svojom osnovnom tvrdnjom da se Srbija mora sama suočiti sa sopstvenim kriminalitetom za šta su pretpostavke da promeni vrednosni sistem, izgradi kompetentnu elitu i onemogućiti pogubni upliv (dnevne) politike na pravosuđe, profesor Milovan Mitrović skreće pažnju na pitanja koja krivičari, okrenuti pravnom načinu razmišljanja, najčešće zanemaruju. Profesor Boris Begović nastavlja istraživanje na graničnoj liniji dva fenomena koja zaokupljaju pažnju savremenog sveta: ekonomije i kriminaliteta. U žiži interesovanja mu je mogućnost primene ekonometrijskog mo-

dela na generalnu prevenciju i smrtnu kaznu kao najbolji primer ovakvog pristupa u kažnjavanju. Redovni profesor Kriminalističko policijske akademije (KPA) Đorđe Đorđević ukazuje na dobre i loše strane kućnog zatvaranja koje je, prema rešenjima zastupljenim u Srbiji, pre poseban način izvršenja kazne zatvora, nego njena alternativa. On pozitivno ocenjuje spremnost sudova da primene ovu meru, jer je i to način da se smanji dramatična prenaseljenost kaznenih ustanova u Republici.

Nataša Delić, vanredni profesor Pravnog Fakulteta UB detaljno analizira teorijska i praktična pitanja koja se otvaraju kod, u našoj literaturi dosta zanemarene, inkriminacije nedavanja izdržavanja iz Glave krivičnih dela protiv braka i porodice. Njen kolega Goran Ilić izlaže o zahtevu za zaštitu zakonitosti, vanrednom pravnom sredstvu koje u novom ZKP u kome je stavljanjem stranačke raspravnosti u prvi plan promenjena ne samo uloga suda, nego i ostalih aktera krivičnog postupka.

Docent Igor Vuković na osnovu bogate strane (prevashodno nemačke) literature razmatra uslove pod kojima se jedno delo čoveka može smatrati radnjom u krivično pravnom smislu i ističe njenu voljnost kao ključni kriterijum. Iz toga proističu i dileme kakve posledice u krivičnom pravu imaju situacije i stanja u kojima neka lica nisu u mogućnosti da upravljaju svojim postupcima. Njegova koleginica Marija Karanikić piše o putevima za razrešenje problema objektivne odgovornosti države za štetu koja je nastala (u vidu povreda telesnog integriteta i imovine fizičkih lica) usled terorističkih akata, javnih demonstracija i manifestacija u slučajevima kada je država faktički onemogućena da navedene posledice spreči – kao primer navodi zbivanja na Kosovu i Metohiji posle juna 1999. godine. Docent na KPA Biljana Simeunović bavi se Stokholmskim sindromom kojim se objašnjava neočekivana naklonost žrtve prema učiniocu zločina, ali i njen istovremeni neprijateljski odnos prema predstavnicima organa formalne socijalne kontrole. Dr Ljubinka Kovačević, na osnovu normativnih rešenja u našem i francuskom pravu, izlaže o jednom od centralnih problema disciplinske odgovornosti zaposlenih: prestanku radnog odnosa kao disciplinskoj meri. Ona zaključuje da je zakonsko regulisanje ove materije neophodno što se posebno jasno vidi u uslovima aktuelne nezaposlenosti u Srbiji.

Prvi od četiri rada koja su napisali asistenti Pravnog fakulteta UB delo je Vanje Bajović u kome ona ukazuje na značaj načela istine u krivičnom postupku. Time je dat svojevrsni prilog aktuelnim sporenjima o mestu navedenog načela u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu koje se trenutno nalazi u fazi noveliranja. Ivan Đokić uzeo je pravnu zabluđu za temu svog priloga i posle određivanja njenog pojma i vrsta, ukazuje na značaj koji ona ima u krivičnom pravu. Natalija Lukić smatra da je za razumevanje kriminalne aktivnosti mnogih prestupnika neophodno odrediti trenutak kada su se oni opredelili da postanu „kriminalci od karijere“. Posle analiziranja onoga šta se o ovoj temi može naći u kriminološkoj literaturi, sprovedeno je i istraživanje u našim kaznenim ustanovama, čiji rezultati mogu imati i kriminalno političke implikacije. Asistent Ivana Marković bavi se temom iz domena „medicinskog prava“: preduzimanjem medicinskih zahvata kao mogućem osnovu isključenja protivpravnosti, što je od posebnog značaja u slučajevima kada za ovakve zahvate nije obezbeđen pristanak pacijenta.



Najzad, u kolektivnoj monografiji nalazi se i rad studenta koji je na konkursu za nagradni temat organizovanom od Kriminološke sekcije Srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu dobio drugu nagradu. Izlažući o uticaju kulturnih faktora na kriminalitet Nikola Vujičić se, posle analize teorijskih stavova o vezi dva navedena fenomena, fokusira na potkulturu Roma i njen mogući uticaj na kriminalne aktivnosti pripadnika ove društvene grupe.

Već kratak prikaz tematike kojom se na preko 300 stranica bave autori priloga objavljenih u ovoj knjizi, a još više bogatstvo ideja i kritički pristup važnim pitanjima kontrole kriminaliteta u Srbiji, kao i brojni predlozi do kojih se došlo posle detaljnog proučavanja literature i aktuelnog stanja na normativnom i praktičnom planu, uveravaju nas da će ova kolektivna monografija (kao i ona koja joj je prethodila) biti korisna kako akademskim istraživačima, tako i praktičarima. Stavljamo je na uvid javnosti zadovoljni zbog toga što je Ministarstvo za prosvetu i nauku i u vreme aktuelne ekonomske krize nastavilo da podržava rad istraživača na Projektu, svesni obaveze svih učesnika u njemu da se odgovorno odnose prema sredstvima koja se iz bužeta Republike Srbije izdvajaju za potrebe razvoja nauke.

Ovo posebno naglašavam jer sam se poslednjih godina u svojstvu člana republičke Komisije za izbor u naučna zvanja osvedočio da i u oblasti publikovanja i evaluacije rezultata naučnog rada ima dosta pokušaja da se „proda rog za sveću“. Jedan od najboljih primera je dopisivanje više autora na isti rad, čime ovakve „mrtve duše“ u procesu vrednovanja rezultata skupljaju fantomske bodove. To „obogaćuje naučnu produkciju“, pa se dešava da samo nekoliko stranica teksta potpisuju po dve ili čak tri „babice“. Na prvi pogled, nekome bi se moglo učiniti da oni koji se (kao ovde potpisani) u priređivanju ovakvih zbornika rukovode principom „jedan čovek – jedan rad“ ne koriste dovoljno nedorečenost pravila o vrednovanju, ali ostajem ubeđen da je navedena praksa u društvenim disciplinama vid zloupotrebe koja ne priliči naučnicima.

U Beogradu,  
oktobra 2012.

UREDNIK



Zoran Stojanović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## KAZNENA POLITIKA U SRBIJI: SUKOB ZAKONODAVCA I SUDSKE PRAKSE

**Apstrakt:** Činjenica da u oblasti krivičnih sankcija, a posebno odmeravanja kazne, postoji nizak stepen vezanosti pravom, da pravo postavlja samo opšte i široke pravne okvire, sudovima omogućava da vode određenu kaznenu politiku. Ta kaznena politika bi trebalo da bude u skladu sa namerama zakonodavca o tome kako reagovati u konkretnim slučajevima i koje krivične sankcije izricati. U većini zemalja, pa i u Srbiji, sudska praksa ne ostvaruje očekivanja zakonodavca. Ostavljajući po strani pitanje zašto je to tako, generalno gledajući, zakonodavac je znatno stroži od sudske prakse. To ne znači da sudska praksa postupa suprotno zakonu, tj. contra legem. U okviru širokih ovlašćenja koje joj zakonodavac daje, ona mnogo više koristi mogućnosti da kazna i druge krivične sankcije koje primenjuje u odnosu na one koje su propisane budu blage. Iz više razloga, nije opravdano i poželjno da zakonodavac i sudska praksa drugačije vrednuju i stepenuju po težini inkriminisana ponašanja. Taj drugačiji pristup izražen je u toj meri da se može govoriti o njihovom sukobu kada je reč o kaznenoj politici. Postoji opravdana potreba da se konflikt između zakonodavca i sudske prakse bar ublaži. Prvo, sudska praksa bi morala u većoj meri da uvažava kaznenu politiku zakonodavca i da adekvatnije tumači uslove za primenu određenih sankcija i odmeravanje kazne. Drugo, zakonodavac bi morao da odustane od uzaludnih pokušaja da propisivanjem sve strožih kazni prinudi sudsku praksu da vodi strožu kaznenu politiku jer time produbljuje postojeći jaz i još više otežava sudskoj praksi da uporište za kaznenu politiku nalazi u zakonu. Osim toga, zakonodavac bi morao da ima realnija očekivanja od kazne i krivičnog prava uopšte.

**Ključne reči:** kaznena politika, odmeravanje kazne, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, kazna zatvora, novčana kazna, uslovna osuda, ublažavanje kazne.

### 1. UVODNE NAPOMENE

Iako termin „kaznena politika“ može biti sporan i kritikovan, on se u ovom radu koristi zato što je on kod nas uobičajen i široko prihvaćen. Pojam kaznene politike može da se shvati na različite načine – na primer, tako što bi obuhvatao i propisivanje sankcija, pa čak i pitanje određivanja zone kažnjivog. Ovom prilikom će se pod tim pojmom podrazumevati sve izrečene krivične sankcije u određenom vremenskom periodu na određenoj teritoriji. Iako sudovi prilikom primenjivanja krivičnopravnih normi ne bi trebalo da vode nikakvu politiku, pa ni kaznenu, već da ispravno primenjuju pravo, ovaj termin se donekle može pravdati i činjenicom da sudovi imaju zaista širok prostor za slobodno odlučivanje, kako u pogledu izbora vrste krivične sankcije, tako i u pogledu odmeravanja kazne. To im omogućava-

---

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

ju određeni instituti opšteg dela, kao i propisani široki kazneni rasponi u posebnom delu. Činjenica da u oblasti krivičnih sankcija, a posebno odmeravanja kazne, postoji nizak stepen vezanosti pravom, da pravo postavlja samo neke opšte i vrlo široke pravne okvire, u izvesnoj meri opravdava mišljenje da sudovi prilikom izbora krivične sankcije i odmeravanja kazne vode kaznenu politiku. Ipak, za vođenje određene politike, pa i kaznene, potrebno je da subjekti koji vode tu politiku svesno teže ostvarivanju postavljenog cilja. Da je to tako kada je u pitanju kaznena politika, teško je tvrditi. Osim opšteg cilja primene krivičnih sankcija radi obavljanja zaštitne funkcije krivičnog prava i rešavanja konkretnih slučajeva, tvrđenje da sudovi svesno, planski i koordinisano vode određenu kaznenu politiku ostaje na nivou spekulacija i pretpostavki. Za razliku od politike zakonodavca koju on nesumnjivo vodi usvajajući krivično zakonodavstvo, o politici ovde može biti reči samo u jednom širem smislu.<sup>1</sup>

Ovaj rad se ne bavi pitanjima koja bi spadala u kaznenu politiku u širem smislu. Između ostalog, po strani će ovom prilikom ostati i jedan izuzetno važan segment kaznene politike shvaćene u širem smislu, a to je politika krivičnog gonjenja. Ono što je glavna tema ovog rada izraženo je u njegovom naslovu: razmatranje odnosa propisanih i izricanih krivičnih sankcija pre svega u pogledu njihove težine, odnosno strogosti.

## 2. OSNOVNI PROBLEMI KAZNE NE POLITIKE: BLAGA I STROGA KAZNENA POLITIKA, NEUJEDNAČENA I UJEDNAČENA KAZNENA POLITIKA

Rasprava o kaznenoj politici u prvi plan stavlja dva pitanja: blaga i stroga kaznena politika,<sup>2</sup> neujednačena i ujednačena kaznena politika. Razmatranje problema vezanih za ova pitanja zahteva da se izricane krivične sankcije dovedu u vezu sa onima koje su zakonom propisane, i uopšte u vezu sa propisanim sistemom krivičnih sankcija kao i institutima odmeravanja kazne. Dakle, moraju se imati u vidu izricane i propisane sankcije. Svakako, to ne bi bilo dovoljno. Neophodno je sagledati i karakter, strukturu i težinu kriminaliteta na koji su te sankcije primenjivane. Za razliku od prva dva parametra koji su nam manje – više poznati, treći uglavnom ostaje na nivou pretpostavke. Ne samo da bi ozbiljna analiza kaznene politike

1 Tako i Ignjatović ističući da sudovi (kao i ostali organi formalne socijalne kontrole) samim tim što, u okviru svojih na pravu zasnovanih nadležnosti, donose određene odluke i što tom prilikom vrše određeni izbor, vode i politiku u širem smislu koja je deo politike krivičnog gonjenja u najširem smislu. Up. Đ. Ignjatović, Da li je kaznena politika sudova u Srbiji odgovarajuća? U: Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primene), Istočno Sarajevo, 2012, str. 103.

2 U pravu je Đorđević kada tvrdi da je ispravnije govoriti o tome da li je kaznena politika adekvatna ili nije, a ne da li je blaga ili stroga. Up. D. Đorđević, Kaznena politika sudova – politika izricanja krivičnih sankcija u Republici Srbiji, Bilten sudske prakse, Vrhovni sud Srbije, br. 3/2009, str. 68. Zaista, politika (pa i kaznena), sama po sebi, ne može biti blaga ili stroga, već bi jezički bilo prihvatljivije govoriti o politici blagog ili strogog kažnjavanja. Međutim, ovaj način izražavanja je toliko proširen u našem (i ne samo našem) jeziku i u raspravama i davanju ocene kaznene politike, a i potpuno je jasno šta označava, tako da se on ipak koristi u ovom radu.

zahtevala analizu konkretnih slučajeva (pitanje je u kojoj meri je to moguće), već činjenica da značajan deo učinjenih krivičnih dela ne bude otkriven ili njihovi učinioci nikada ne budu osuđeni (kod mnogih krivičnih dela to je veći deo), te da se pretpostavlja da su to često teži slučajevi od onih za koje se vodi krivični postupak, ukazuje da i od tamne brojke kriminaliteta zavisi ocena o kaznenoj politici. Dakle, prilikom ocene kaznene politike sudova i upoređivanja izricanih i propisanih kazni treba voditi računa o tome da, naročito kod nekih krivičnih dela, pred sudove pretežno dolaze lakši slučajevi, dok učinioci onih ozbiljnijih i težih krivičnih dela retko budu otkriveni i krivično gonjeni.

Ostavljajući po strani pitanje tamne brojke i pitanje stvarne težine krivičnih dela za koja su izricane krivične sankcije, ako se te sankcije uporede sa onim koje su propisane, odnosno ako se postavi pitanje da li sudska praksa prati intenciju zakonodavca koji takođe ima neku svoju kaznenu politiku, izgleda da nije teško doći do zaključka da sudovi vode blagu kaznenu politiku. Ne samo da je raskorak između propisanih i izricanih sankcija očigledan, nego bi se moglo govoriti o konfliktu koji postoji između zakonodavca u Srbiji (ali, kao što će se videti, ne samo u Srbiji) i sudske prakse. S obzirom na vrlo fleksibilna pravila za odmeravanje kazne i uslova za izricanje drugih krivičnih sankcija, ne može se tvrditi da sudska praksa postupa *contra legem*, ali takvo njeno postupanje jeste u određenoj meri *praeter legem*. Međutim, moramo se upitati šta je sa kaznenom politikom zakonodavca. Da li je i on skrivio postojeći konflikt sa sudskom praksom? Dalje, nije li suviše fleksibilnim odredbama i preširokim kaznenim okvirima upravo stimulisao sudsku praksu da tako postupa? Nije li time čak ugrozio načelo zakonitosti? Da li je ostvaren važan segment načela zakonitosti koji nalaže i određenost u propisivanju kazne, imajući u vidu činjenicu da u nekim slučajevima posebni minimumi i posebni maksimumi (uz mogućnost ublažavanja kazne) skoro da odgovaraju opštem minimumu i maksimumu? Osim što to ozbiljno ugrožava načelo zakonitosti, preširoki kazneni rasponi mogu voditi i neujednačenoj kaznenoj politici, odnosno tome da se u sličnim slučajevima izriču, po težini, sasvim različite kazne. Imajući u vidu da se izricane kazne od strane sudova u Srbiji pretežno kreću u donjoj trećini propisanog raspona, kao i da se vrlo često kazna ublažava, pre se može govoriti o retkim ekscesima (čini se da oni u poslednje vreme postaju sve češći) kada kazna prelazi prosek propisanog kaznenog raspona, nego o neujednačenoj kaznenoj politici.<sup>3</sup> Upravo ti ekscesi su problem sam po sebi. Prvo, oni vode pravnoj nejednakosti i pravnoj nesigurnosti, a drugo njihov uzrok, po pravilu, nije ubeđenje suda da je stroga kazna opravdana, nego je ona rezultat nekih nedozvoljenih uticaja i rešavanja određenih problema koji se ne bi smeli na taj način rešavati, pa i pritisaka na sudove iz političkih ili nekih drugih razloga. Ređe je slučaj da su ti ekscesi rezultat stvarnog ubeđenja suda da je u konkretnom slučaju opravdano izreći osetno strožu kaznu nego što to inače čini sudska praksa. Tu svakako spada i fenomen egzemplarnog kažnjavanja, bez ob-

3 Do određenih manjih pomeranja u pravcu izricanja nešto strožih kazni zatvora došlo je u 2010. godini. Međutim, da li to tumačiti kampanjom političara usmerenom na to da se vodi stroža kaznena politika, ili ovu godinu treba posmatrati kao specifičnu i podatke uzeti sa rezervom zbog znatno manjeg broja presuđenih predmeta gde je verovatno kao kriterijum za selekciju bila i težina učinjenog krivičnog dela, teško je reći (vid. nap. 6).

zira da li je ono rezultat svesno vođene kaznene politike i uverenja da se tako mogu postići određeni rezultati na planu generalne prevencije, ili su pojedini slučajevi egzemplarnog kažnjavanja posledica nedozvoljenih uticaja na sudove iz ovih ili onih razloga.<sup>4</sup>

Uočava se da naša sudska praksa, po pravilu, ne koristi gornju polovinu propisanog kaznenog raspona, a da uopšte ne koristi gornju trećinu propisanog raspona kazni. Da je taj deo propisanog raspona, „višak“ i da nije jasno čemu on služi, pokazuje i činjenica da se on ne koristi ni kod odmeravanja kazne za krivična dela učinjena u sticaju, kao i to da se nije koristilo pooštavanje kazne kod višestrukog povrata dok je ta mogućnost postojala (niti to treba očekivati kod produženog krivičnog dela). Zakonodavac verovatno nije ni sam ozbiljno mislio da će sudska praksa koristiti taj gornji deo kaznenog raspona. Viši raspon od realnog, rezultat je pogrešnog uverenja zakonodavca da to služi generalnoj prevenciji, odnosno da taj deo raspona ima samo funkciju zastrašivanja potencijalnih delinkvenata, kao i izlaženje u susret represivnim težnjama javnosti. No, poznato je da kazne koje se ne primenjuju nemaju nikakvo generalno preventivno dejstvo.

Ovom prilikom bi trebalo ukazati i na jednu anomaliju koja je u funkciji vođenja kaznene politike, koja ne samo da je načelno neprihvatljiva, nego po pravilu vodi neujednačenoj kaznenoj politici. Reč je o tome da se i pravna kvalifikacija dela može (neopravdano) koristiti kao instrument kaznene politike: Nije dovoljno uočena pojava da sudovi u nekim slučajevima vrše pravnu kvalifikaciju dela ne toliko prema činjeničnom stanju koliko prema ubeđenju i stavu koji su unapred zauzeli oko toga koja je kazna za konkretni slučaj opravdana ili koja se od njih očekuje. Obično su to dela kod kojih i inače nije jasna međusobna granica. Umesto da nastoje da dođu do ispravne kvalifikacije i da na rešavanje tog pravnog pitanja, odnosno supsumpcije činjeničnog stanja pod zakonski opis krivičnog dela ne utiče propisana kazna, ona u nekim slučajevima predstavlja odlučujući faktor. Nekada to sudovi čine zato što im je teško da rešavaju komplikovana pravna pitanja, te po osećaju dolaze do neke orijentacione kazne za koju misle da je adekvatna konkretnom delu, pa tek onda vrše izbor između zakonskih opisa određenih krivičnih dela tako što procenjuju u koji kazneni raspon se ta kazna bolje uklapa. U nekim slučajevima to može biti i posledica pritisaka koje vrši javno mnjenje, pa čak i posledica uticaja politike. U tom slučaju bira se teža kvalifikacija. Na primer, bilo je slučajeva da se ugrožavanje sigurnosti kvalifikuje kao pokušaj ubistva, ili da slučaj u kome okolnosti i činjenično stanje ukazuju na tešku telesnu povredu kvalifikovanu smrću bude kvalifikovan kao teško ubistvo. Međutim to može biti i u drugom pravcu. Na primer, razbojništvo se (pre uvođenja privilegovanog oblika) u nekim slučajevima kvalifikovalo kao iznuda zbog niže zaprećene kazne.<sup>5</sup> Iako je i to načelno neprihvatljivo, ne bi se moglo tvrditi da je u tim slučajevima reč o ekscesima koji vode neujednačenoj kaznenoj politici već pre o ispravljanju propusta zakonodavca koji je zbog toga što nije predvideo privilegovani oblik, stimulisao sudska praksu da bira neku drugu

4 O egzemplarnom kažnjavanju kritički piše Ćirić koji navodi niz argumenata protiv njega ističući da ono ne samo da je nepravedno, nego nije ni efektivno. I pored toga, ono je i danas prisutno u svetu, ali i u Srbiji. Vid. J. Ćirić, *Egzemplarno kažnjavanje*, Crimen (III), 1/2012, str. 21–38.

5 Vid. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izm. i dop. izdanje, Beograd, 2012, str. 638–639.

pravnu kvalifikaciju dela za koje se propisana kazna ukazuje adekvatnijom za konkretni slučaj. Na ovaj način sudska praksa može donekle izigrati i (neopravdanu) zabranu ublažavanja kazne kod nekih krivičnih dela. Na primer, pošto je tu i inače „tanka“ granica koja se nalazi u sferi umišljaja učinioaca, može se umesto pokušaja silovanja (koji je zakonodavac sada izjednačio sa dovršenim krivičnim delom), delo kvalifikovati kao nedozvoljene polne radnje.

### 3. NEKA ZAPAŽANJA O STRUKTURI IZREČENIH KRIVIČNIH SANKCIJA I PROPISANIM KAZNAMA U SRBIJI, NEMAČKOJ I AUSTRIJI

Da bi se identifikovale neke ključne tačke kod kojih je najviše izražen konflikt između zakonodavca i sudske prakse koji u Srbiji postoji u oblasti kaznene politike, bilo bi od koristi da se iznesu neki sasvim sumarni podaci koji se odnose na strukturu izricanih sankcija, a imajući u vidu i zaprečene kazne, odnosno propisane krivične sankcije. Osim u Srbiji, biće izneti i određeni podaci o izricanim krivičnim sankcijama u Nemačkoj i Austriji radi njihovog upoređivanja sa stanjem u Srbiji. Nemačka zaslužuje pažnju iz nekoliko razloga: prvo, nemačko i naše krivično zakonodavstvo su prema propisanim kaznenim rasponima po strogosti među prvima u Evropi, drugo, postoji značajna sličnost između dva zakonodavstva naročito u opštem delu. Takođe, u Nemačkoj postoji isti problem kao i kod nas: ogromna razlika između propisanih i izricanih kazni, odnosno krivičnih sankcija. Osim toga, poznato je da je nemačka teorija krivičnog prava vodeća u Evropi, a ipak nije uspela da reši ovaj problem. Austrija je interesantna zato što se radi o zemlji u kojoj zakonodavac i sudska praksa nisu u takvom raskoraku, kao što je to slučaj sa Srbijom i Nemačkom (ali i sa mnogim drugim evropskim zemljama).

#### *a) Osnovni podaci o strukturi izrečenih sankcija u Srbiji u 2009. godini (bez KiM)*

U Srbiji (oko 7,4 miliona stanovnika bez KiM) je u 2009. godini ukupno pravosnažno osuđeno 40.880 lica.<sup>6</sup> Od ukupnog broja pravosnažno osuđenih lica 23,88%

6 Bilten br. 529, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2010. Mada se raspolaže i sa podacima za 2010. godinu (Bilten broj 546 Republičkog zavoda za statistiku, Beograd, 2011), oni nisu ovom prilikom uzeti kao osnov za upoređivanje jer broj ukupno pravosnažno osuđenih lica (21681), kao i neki drugi podaci za 2010. godinu izazivaju ozbiljne sumnje i zahtevale bi detaljniju i ozbiljniju analizu. Naime, teško je ukazati na okolnosti na osnovu kojih bi se moglo zaključiti zbog čega je došlo do drastičnog pada osuđenih lica u 2010. u odnosu na 2009. godinu. Izvesno je da kriminalitet u Srbiji nije smanjen za oko 50% (ako je uopšte došlo do pada kriminaliteta to nije, sasvim sigurno, u tom procentu). Jedna od okolnosti koja je mogla ozbiljno da utiče na smanjivanje broja osuđenih lica jeste reforma pravosuđa sa svim problemima koji su je pratili (između ostalog, sudovi su nekoliko meseci na početku 2010. godine jedva obavljali svoj redovni posao). Zaoštravanje propisanih kazni Novelom KZ iz septembra 2009. godine nije moglo da ima bilo kakve veze sa ovako drastično izmenjenim podacima o broju osuđenih lica. Prvo, u 2010. godini sudilo se pretežno za krivična dela učinjena pre stupanja na snagu izmena i dopuna iz septembra 2009. godine. Zatim, upravo kod onih krivičnih dela kod kojih su razlike najviše izražene u osudama između 2009. i 2010. godine i gde je došlo do pada osuđenih lica između 60% i 70%

(9763) osuđeno je na kaznu zatvora; u 16,51% slučajeva (6.753) izrečena je novčana kazna; u 57,21% slučajeva (23.388) uslovna osuda, a u 1,18% slučajeva (485) sudska opomena. Oslobođenja od kazne je bilo 338, odnosno 0,82%. Rad u javnom interesu je izrečen u 51 slučaju, a oduzimanje vozačke dozvole samo u 3 slučaja. Nastavljena je dosadašnja praksa da se uslovna osuda izriče i za teška krivična dela, ukoliko to zakon ne zabranjuje. Tako kod krivičnog dela teške krađe uslovna osuda je izrečena u 512 slučajeva od ukupno 1507 pravosnažno osuđenih lica za ovo krivično delo, tj. u oko 34% slučajeva.<sup>7</sup>

### b) Osnovni podaci o strukturi izrečenih sankcija u SR Nemačkoj u 2009. godini

U Nemačkoj (81,8 miliona stanovnika) je 2009. godine ukupno pravosnažno osuđeno 698.000 lica. Od ukupnog broja pravosnažno osuđenih lica u oko 80% slučajeva izrečena je novčana kazna;<sup>8</sup> u 19% slučajeva izrečena je kazna zatvora (134.500), ali je od toga u 72 % slučajeva (96.600) izvršenje zatvora uslovno odloženo, tj. izrečena je uslovna osuda. To znači da je samo 37.900 učinilaca, ili 5,43% osuđeno na (bezuslovnu) kaznu zatvora, ali treba imati u vidu da im se „pridružuje“ i značajan deo onih (skoro jedna trećina) kojima je opozvana uslovna osuda.<sup>9</sup> Podatke o društveno korisnom radu je teško dati jer se on koristi u više situacija (kod obustave krivičnog postupka pod uslovom da okrivljeni obavi društveno korisni rad, takođe se može naložiti u okviru obaveza uz uslovnu osudu, zatim kao zamena za neplaćenu novčanu kaznu). U poslednje vreme rađeno je na reformi sistema krivičnih sankcija. Isticano je da sistem sankcija ne sadrži dovoljno mogućnosti, kao i da iako se to ističe kao pozitivna tendencija, toliko širok obim korišćenja novčane kazne ima i svoje loše strane.<sup>10</sup>

### v) Osnovni podaci o strukturi izrečenih sankcija u Austriji u 2010. godini

U Austriji je u 2010. godini ukupno pravosnažno osuđeno 38.394 lica (8,4 miliona stanovnika).<sup>11</sup> Zatvor (bezuslovni) je izrečen u 6.788, tj. u 17,7 % slučajeva; u

(na primer laka telesna povreda, sitna krađa, prevara i utaja, ili teška krađa) propisane kazne nisu menjane. Dakle, nema osnova da se zaključi da statistički podaci o broju pravosnažno osuđenih lica u 2010. godini ukazuju na smanjenje obima kriminaliteta (pogotovo ne u tom procentu), već je to pre svega, vrlo verovatno, posledica neefikasnog rada pravosudnih organa.

7 Up. Bilten Republičkog zavoda za statistiku, br. 529, Beograd, 2010.

8 Tako visok udeo novčane kazne je konstantan u poslednje dve i po decenije. Inače, podaci su dati bez krivičnih dela ugrožavanja javnog saobraćaja koji su propisani posebnim krivičnim zakonodavstvom, a kod kojih je procenat novčane kazne još viši: 92%.

9 Up. *Justiz auf einen Blick*, Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2011.

10 Vid. *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionsrechts*, Referentenentwurf, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Stand: 8. Dezember 2000.

11 Podaci o izrečenim krivičnim sankcijama u Austriji dati su prema zvaničnim statističkim podacima. Up. Statistik Austria, *Gerichtliche Kriminalstatistik*, Wien, 2011. Donekle iznenađuje činjenica da u, inače, vrlo detaljnoj sudskoj statistici Austrije u navedenoj publikaciji nisu dati podaci o visini izrečenih sankcija kod kazne lišenja slobode i novčane kazne. Na primer, iz navedene publikacije koja ima 167 strana ne može se videti čak ni podatak u koliko slučajeva je izrečena najstroža kazna, tj. doživotni zatvor.



35,7 % izrečena je uslovna kazna lišenja slobode (tj. uslovna osuda) s tim što je u daljih 8,3 % izrečena delimična uslovna osuda koju poznaje austrijski KZ (§ 43a); u 33,7 % novčana kazna (u daljih 2,3 % novčana kazna je izrečena kao delimična zamena kazne lišenja slobode u skladu sa § 43a stav 2), a 2,3 % je udeo ostalih sankcija (uključujući i oslobođenje od kazne).

KZ Austrije za mnoga krivična dela propisuje kazne koje nam iz perspektive na koju smo mi navikli, deluju neobično blage. Tako, u § 127. za običnu krađu propisana je novčana kazna ili zatvor do šest meseci. U § 80. nehatno ubistvo je zaprećeno samo kaznom zatvora do jedne godine (doduše, u § 81. predviđeno je i nehatno ubistvo učinjeno pod posebno opasnim okolnostima i za njega zaprećena kazna do tri godine zatvora). U § 223 za falsifikovanje isprave propisan je zatvor do jedne godine, dok je u § 224 predviđeno krivično delo falsifikovanja posebno zaštićenih isprava sa zaprećenom kaznom do dve godine. I pored toga što je austrijski zakonodavac za većinu krivičnih dela propisao umerene kazne, može se zapaziti da su izrečene sankcije po strukturi teže od onih u Nemačkoj, iako KZ Nemačke propisuje osetno strože kazne. Austrijski sudovi su daleko manje skloni novčanoj kazni, a u pogledu kazne zatvora koriste je tri puta češće nego nemački sudovi. Ipak se potpunija slika o kaznenoj politici u ove dve zemlje ne može imati bez podataka o visini izricanih kazni.

### *g) Neka komparativna zapažanja u pogledu strukture izrečenih sankcija*

U pogledu strukture izrečenih sankcija u Srbiji nema ni prostora ni opravdanja da se kazna zatvora češće izriče. Tu smo pri vrhu lestvice kada je reč o evropskim zemljama. Međutim, među prvima smo (na primer, uz Švajcarsku) i po izricanoj uslovnoj osudi. Ako se uporede podaci sa izricanim uslovnim osudama u Austriji, možemo se upitati kako to da propisane znatno blaže kazne u austrijskom KZ nego u KZ Srbiji nisu vodile tako čestom izricanju uslovne osude kao u Srbiji. Propisivanje strogih kazni u krivičnom zakonodavstvu Srbije, kao i izvesno sužavanje uslova za primenu uslovne osude u opštem delu nisu imale za rezultat da se procenat njenog udela u strukturi izrečenih sankcija smanji. Čini se da je problem na planu primene novčane kazne. Procenat uslovne osude nikako ne bi bilo opravdano smanjivati u korist kazne zatvora. Jasno je da rešenje treba tražiti u smanjenju broja izrečenih uslovnih osuda kroz češće korišćenje novčane kazne. Ako bi zaista došlo do poboljšanja životnog standarda i povećanja zarada (što je teško očekivati u bliskoj budućnosti), novčana kazna bi morala da bude češće izricana krivična sankcija od uslovne osude, ili bar u sličnom obimu kako je to nekad bilo u bivšoj SFRJ krajem osamdesetih godina prošlog veka. Međutim, to objašnjenje koje se često navodi kao uzrok za nedovoljno korišćenje novčane kazne, odnosno objašnjenje za činjenicu da Srbija u pogledu primene novčane kazne znatno zaostaje za skoro svim evropskim zemljama (a ne samo za Nemačkom u kojoj se novčana kazna možda i preterano koristi), nije baš ubedljivo. Dovoljno je navesti kao primer da se novčana kazna za saobraćajne prekršaje relativno efikasno primenjuje, te da ona i po svojoj visini, po pravilu, premašuje visinu novčane kazne koja se izriče za krivična dela. Zar nije bilo više prostora za novčanu kaznu kod ugrožavanja javnog saobraćaja (naročito kod nehatnog oblika), ili je opravdano što je u 2010. godini 65,39 % učinilaca tog krivič-

nog dela osuđeno na uslovnu osudu, a znatno manje, tj. 23,18 % na novčanu kaznu? Ili, uzmimo kao primer krivično delo neovlašćenog iskorišćavanja autorskog dela ili predmeta srodnog prava (član 199. KZ). Od 120 ukupno pravosnažno osuđenih lica njima 89,17 % je izrečena uslovna osuda, dok je novčana kazna izrečena samo u 3 slučaja, što čini skoro zanemarljivih 2,5 %.<sup>12</sup> Osim toga, zar nije, kod navedenog krivičnog dela, u nekim slučajevima bilo opravdano izreći i uslovnu osudu i novčanu kaznu? U pogledu primene novčane kazne sudska praksa ne samo da nije sledila intenciju zakonodavca koji je donošenjem KZ koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine želeo da favorizuje ovu sankciju, nego je od tada čak izražen trend pada primene novčane kazne, odnosno procenta pravosnažno osuđenih na novčanu kaznu od ukupnog broja pravosnažno osuđenih učinilaca krivičnih dela. Donekle je paradoks da se u jednoj siromašnoj državi kao što je Srbija teži što široj primeni skupe kazne kao što je zatvor, a da se potpuno marginalizuje ona kazna od koje bi državni budžet imao direktnu korist. Naravno, jedan ekonomistički pristup kaznenoj politici nije opravdan, ali je to značajan faktor koji se ne može sasvim zanemariti. Interesantno je da javnost u Srbiji ma koliko da je osetljiva na pitanje trošenja novca iz državnog budžeta, nikada nije postavila pitanje „cene kažnjavanja“, te da se ima utisak da bi se mnogi građani, kada bi morali da biraju, pre opredelili da se pare iz budžeta troše za zatvore nego za bolnice. Ali, to je već jedno drugo pitanje čijem širem razmatranju u ovom referatu nema mesta.

Takođe, ako se međusobno uporede Nemačka i Austrija uočava se viši udeo težih sankcija u strukturi ukupno izrečenih sankcija u Austriji (pre svega, udeo zatvora je tri puta veći u Austriji nego u Nemačkoj), iako je KZ Nemačke prema propisanim kaznama stroži od austrijskog.<sup>13</sup>

I ovaj pogled na situaciju u tri zemlje pokazuje da zakonodavac nema preterani uticaj na vođenje kaznene politike od strane sudova, naročito ako nastoji da „nater“ sudsku praksu na izricanje strožih sankcija i ako to čini propisivanjem strogih kazni za pojedina krivična dela u okviru posebnog dela. Sigurno je da zakonodavac može da utiče na izricanje strožih sankcija, ali ako to zaista želi (pitanje je da li je to i opravdano) morao bi da rešenja traži u opštim odredbama, odnosno u opštem delu KZ. Međutim, takva rešenja mogu biti neprihvatljiva jer vode, po pravilu, generalnom zaoštavanju i u odnosu na one slučajeve u kojima stroga kazna nije opravdana i adekvatna. U svakom slučaju, najprihvatljivija je situacija u kojoj nema većeg neslaganja između zakonodavca i sudske prakse, a čini se, na osnovu ovog sumarnog sagledavanja osnovnih podataka o strukturi izrečenih sankcija da takva situacija postoji u Austriji. Može se postaviti pitanje da li je to zbog toga što je zakonodavac uticao na sudsku praksu, ili je pak možda obrnuto: nije li austrijski zakonodavac kada je propisivao kazne pošao od jednog realističkog stava i pošao u

12 Up. Bilten Republičkog zavoda za statistiku br. 546, Beograd, 2011.

13 Iako se, naravno, ta razlika ne može videti prilikom upoređivanja samo nekoliko krivičnih dela, ipak se može steći neki utisak u tom pogledu. Tako, pošto je već rečeno koja je kazna propisana u KZ Austrije za osnovni oblik krivičnog dela falsifikovanja isprave (do jedne godine zatvora), kao i za teži (do dve godine), KZ Nemačke ne samo da je stroži od austrijskog nego kod ovog krivičnog dela propisuje strožu kaznu i od KZ Srbije. Tako, za osnovni oblik (§ 267 stav 1) propisana je kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna, dok je za kvalifikovane oblike propisan zatvor od šest meseci do deset godina (stav 3).

susret sudskoj praksi propisujući kazne koja će ona sigurno prihvatiti. Dakle, pitanje je nije li u Austriji sudska praksa uticala na zakonodavca, i nije li razumniji stav onog zakonodavca koji propisuje one kazne koje će i sudska praksa prihvatiti.

#### 4. KRITERIJUMI ODMERAVANJA KAZNE I KAZNENA POLITIKA

Vođenje kaznene politike sudova trebalo bi da zavisi pre svega od propisivanja i primene krivičnopравnih normi kojima se uređuje oblast odmeravanja kazne. Međutim, sporno je da li je u oblasti odmeravanja kazne uopšte moguće postaviti neke objektivne, koliko-toliko precizne kriterijume i pravila, a ako jeste da li je i u kojoj meri to poželjno. S tim u vezi, u teoriji se nailazi na dva suprotna stava: skeptički i optimistički. Skeptički pristup polazi od toga da je reč o oblasti koja se ne može u značajnijoj meri regulisati pravom. Kako je još Feri tvrdio, kazna se ne može meriti na kilograme i metre. I danas je vladajuće shvatanje da je sudu neophodno ostaviti širok prostor da bi u svakom konkretnom slučaju mogao da izvrši izbor adekvatne sankcije, odnosno da odmeri kaznu koja odgovara tom slučaju. Naročito kod nas se i dalje govori o individualizaciji kazne, o neophodnosti upoznavanja ličnosti učinioca i nekim drugim vanpravnim kriterijumima koje bi sud trebalo da koristi prilikom odmeravanja kazne. Optimistički pak stav smatra da se u ovoj oblasti mogu koristiti sasvim precizna pravila, pa čak i da se uvede kompjuterizacija kako su, među prvima, predložila dva američka kriminologa (Wolfgang i Williams).<sup>14</sup> Kako to često biva, i ovde rešenje treba tražiti negde na sredini. Nema sumnje da u ovoj oblasti sud ne može u toj meri biti vezan pravom kao kada je reč o drugim oblastima krivičnog prava. Međutim, daleko od toga da je ovde poželjan neki *vacuum iuris*. Vezanost pravom i u ovoj oblasti mora postojati bar u meri da se spreči samovolja i nejednakost. Načelo zakonitosti i sve one fine i iznijansirane teorije u krivičnom pravu ne bi imale smisla, ako bi se u toj završnoj fazi, fazi izricanja krivičnih sankcija sve prepustilo potpuno slobodnoj oceni suda, ako bi to zavislo od raspoloženja ili, kako je to neko rekao, od lošeg varenja sudije. Kako sada stvari stoje, izgleda da nismo daleko od toga. Kod nas se (naravno, ne samo kod nas) kazna često odmerava šablonski, rutinski, na osnovu intuicije, pa čak i emocija. To sigurno nisu pravni kriterijumi na kojima se mora zasnivati odluka o ovako važnom pitanju. Šta se uopšte može učiniti da bi se ovo nezadovoljavajuće stanje popravilo? Mora se priznati da je i naša nauka krivičnog prava u ovoj oblasti uradila vrlo malo. Iako je ova tema bila često na dnevnom redu, korišćen je isključivo kriminalno-politički pristup dok su pravno-dogmatska razmatranja skoro potpuno izostala. Ni ovaj rad nema pretenzije da značajnije doprinese rešavanju ovog složenog pitanja. Ali, bar ukazivanje na probleme uz naziranje mogućih rešenja, može korisno da posluži prilikom sagledavanja ove složene problematike i usmeravanja ka pravom putu i cilju.

14 Više o ovoj orijentaciji vid. u doktorskoj disertaciji W. Köberer, *Iudex non calculat, Über die Unmöglichkeit Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*, Peter Lang, 1996. U navedenoj tezi autor (što se i iz naslova vidi) zauzima stav da ona nije opravdan. Iako je od njenog pisanja kompjuterizacija daleko odmakla, u ovoj oblasti je moguće koristiti kompjuterske programe i doći do kompjuterski odmerene kazne, ali to, iz više razloga (na neke od njih se ukazuje u citiranom radu), ne bi bilo opravdano.

Ključna pitanja za vođenje adekvatne kaznene politike u Srbiji koncentrišu se oko nekoliko pitanja. To su: propisani kazneni rasponi, svrha kazne, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, ublažavanje kazne, uslovi za izricanje uslovne osude, stvaranje uslova za izvršenje uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, delo malog značaja (instituti koji se, za razliku od neznatne društvene opasnosti, dosta retko primenjuju i pored proširenja uslova za njegovu primenu Novelom KZ iz 2009. godine) i mogućnosti koje postoje na planu krivičnog procesnog prava (pre svega vezanih za načelo oportuniteta i sporazum o krivici).

*Propisani kazneni rasponi* su očigledno preširoki i prestrogi i u vezi sa tom ocenom postoji (bar u teoriji) skoro opšta saglasnost. Možda ne treba ići toliko daleko i tvrditi, kao jedan poznati nemački profesor, da propisane kazne kod većine krivičnih dela stotruko, a ponekad i hiljadustruko, prevazilaze ono što bi zahtevalo načelo taliona.<sup>15</sup> Ali, bez obzira na sistem vrednosti od kojeg se polazi zaprećene kazne zatvora, osim kod manjeg broja krivičnih dela kod kojih dolazi do lišavanja života ili teške telesne povrede, one najčešće predstavljaju znatno veće zlo za učinioca od onoga koje je on pričinio vršenjem krivičnog dela.

*Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti:* neophodno je okolnosti iz člana 54. KZ Srbije rangirati po značaju i dovesti ih u vezu sa svrhom kažnjavanja. Na prvom mestu mora biti težina učinjenog krivičnog dela uključujući i subjektivni element: krivicu. Mora se odustati od onoga od čega se u teoriji (osim u našoj) uglavnom odustalo, a to je nastojanje da se odmeravanje kazne veže pre svega za ličnost učinioca krivičnog dela. Stavljanje ličnosti učinioca krivičnog dela i njegovih ličnih prilika u prvi plan, vezano je za pozitivističku koncepciju krivičnog prava koja je danas manje više napuštena. Iako se nije sasvim odustalo od ideje resocijalizacije, danas se na prvo mesto stavlja ona kazna koja je pravedna i srazmerna. Ličnost punoletnog učinioca može biti od značaja za utvrđivanje stepena njegove krivice i jačine socijalno-etičkog prekora koji društvo kroz izbor krivične sankcije i odmeravanje kazne upućuje učiniocu, a ne zbog toga da bi se njegova ličnost menjala putem tretmana u toku primene sankcije. Zato i okolnosti vezane za ličnost učinioca prilikom odmeravanja kazne u odnosu na težinu krivičnog dela imaju drugorazredni značaj. Međutim, upravo ove okolnosti, kao npr. lične prilike učinioca, u našoj sudskoj praksi najviše doprinose blagoj kaznenoj politici (oženjen, otac maloletne dece, mlad, star, lošeg zdravstvenog stanja, itd). Većina tih okolnosti služe samo kao pokriće za već odmerenu kaznu i za formalno ispunjavanje obaveze da se odluka o kazni, naročito kada je reč o ublažavanju kazne i uslovnoj osudi, obrazloži. Eventualnu antinomiju pojedinih svrha kažnjavanja i dovođenje pojedinih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti u vezu sa svrhom kazne, treba rešiti tako da specijalna prevencija (pogotovo ako se ona vidi u resocijalizaciji) ne može nikada biti odlučujuća prilikom odmeravanja kazne. Treba težiti pravednoj i srazmernoj kazni koja će najbolje ostvarivati i ciljeve generalne i specijalne prevencije. To znači da od okolnosti o kojima govori član 54. KZ naročito značaj imaju stepen krivice (ako se pođe od normativno-psihološke teorije krivice tu treba uključiti i pobude iz kojih je delo učinjeno),

15 Vid. B. Schönemann, *Tatsächliche Strafzumessung, gesetzliche Strafdrohungen und Gerechtigkeits- und Präventionserwartungen der Öffentlichkeit aus der deutscher Sicht*. In: *Krise der Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, Berlin, 2001, str. 345.

kao i jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra. Drugim rečima, osim stepena krivice, stepen neprava (što se svodi na objektivnu težinu učinjenog krivičnog dela) je druga okolnost koja bi trebalo da bude odlučujuća prilikom odmeravanja kazna. Time se ne bi ograničavao krug i broj okolnosti koje bi sud procenjivao prilikom odmeravanja kazne. Ne samo da dve pomenute okolnosti zahtevaju uzimanje u obzir mnogih drugih okolnosti na osnovu kojih se vrši ne samo grubo, nego i njihovo fino stepenovanje,<sup>16</sup> nego bi i dalje i sve druge okolnosti uticale na odmeravanje kazne ali im, načelno, ne bi trebalo pridavati takav značaj kao dvema pomenutim okolnostima.

*Ublažavanje kazne:* kod sudskog ublažavanja (čl. 56. tač. 3. KZ) moraju se zakonski uslovi adekvatno tumačiti. Tu bi se, bez obzira na fleksibilne i široke formulacije zakonskih uslova, moglo čak tvrditi da sudovi, u pojedinim slučajevima, krše zakon. Naročito olakšavajuće okolnosti povezane sa svrhom kažnjavanja moraju imati isti onaj izuzetni značaj koji kvalitativno menjaju težinu krivičnog dela kao i zakonski osnovi za ublažavanje kazne. Ne mogu to biti, kako se to često čini, obične olakšavajuće okolnosti, koje sud samo deklarativno proglašava, „naročito“ olakšavajućim. Takođe, mora se voditi računa da se sa ublaženom kaznom ne slabi generalna prevencija kao svrha kazne, do čega je inače došlo zbog toga što je sudska praksa ovaj izuzetni način odmeravanja kazne pretvorila u redovni kod mnogih krivičnih dela. Ponekad se nailazi na zaista čudne okolnosti koje sud proglašava naročito olakšavajućim i vrši ublažavanje kazne (npr. da učinilac krivičnog dela razbojništva za koje je ranije već bio osuđivan ima visoku školsku spremu i da je doktor matematike).<sup>17</sup> Bilo bi poželjno da Vrhovni kasacioni sud Srbije, u meri u kojoj mu to njegova nadležnost dozvoljava, kroz svoje odluke usmerava praksu nižih sudova (i u navedenom slučaju Vrhovni sud Srbije je uvažio žalbu javnog tužioca), ali i da možda zauzme načelne stavove u vezi sa uslovima za sudske ublažavanje kazne, odnosno za primenu odredbe člana 56. tačke 3. KZ. Međutim, ovde bi trebalo naglasiti da kritika postupanja sudske prakse ni najmanje ne opravdava ono što je zakonodavac učinio 2009. godine, usvajajući Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona, pozivajući se na preterano korišćenje instituta ublažavanja kazne. Propisivanje osetno strožih kazni kod oko jedne trećine krivičnih dela, kao i uvođenje apsolutne zabrane ublažavanja kazne kod nekih krivičnih dela, potez je zakonodavca koji se ne može opravdati nikakvim stručnim i naučnim argumentima. Reč je o zaoštavanju represije koja je u toj meri izražena u ZID KZ iz 2009. godine da se može govoriti o tome da je time napravljen zaokret ka totalitarizmu i ostvarivanju ko zna kojih ciljeva, a ne suzbijanja kriminaliteta i nastojanja da se eventualno sudska praksa usmeri na izricanje strožih krivičnih sankcija. U tom cilju, od strane nekih predstavnika izvršne vlasti, bilo je manipulisanja, pa i iznošenja netačnih podataka o izricanim krivičnim sankcijama.<sup>18</sup>

16 Na primer, nije dovoljno samo da se uzme da direktan umišljaj predstavlja viši stepen krivice u odnosu na eventualni, nego se i u okviru njega može vršiti stepenovanje (postojanje odlučnosti, upornosti, bezobzirnosti i sl). Svakako, i kod nehata je važno koji je stepen nepažnje postojao, da li se svesni nehat u konkretnom slučaju približio eventualnom umišljaju, ili nesvesni nehat casus-u i sl.

17 Up. I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, treća knjiga, Beograd, 2000, str. 36.

18 O tome govori i D. Đorđević, op. cit., str. 71–74.

*Uslovna osuda:* obratiti više pažnju na elemente svrhe uslovne osude koji istovremeno predstavljaju i uslove za njeno izricanje: lakše krivično delo i kada se može očekivati da će upozorenje uz pretnju kaznom na učinioca delovati dovoljno da više ne vrši krivična dela. I kada se radi o učiniocu koji je više puta osuđivan, sudovi ne tako retko izriču uslovne osude što nije opravdano iako nema izričite zabrane u tom pogledu.<sup>19</sup> Iako nema opravdanja da se primena uslovne osude ograniči samo na primarne delinkvente (što je predviđeno u nekim zakonodavstvima), uslovnu osudu već osuđivanom licu opravdano je izreći samo onda kada u konkretnom slučaju postoje ubedljivi razlozi i očekivanje da će uslovna osuda biti dovoljna da on više ne vrši krivična dela. Sudovi i dalje dosta retko opozivaju uslovnu osudu zbog novog učinjenog krivičnog dela. I posle više osuda, umesto opoziva ranije uslovne osude, sudovi su bili skloni tome da i dalje izriču uslovnu osudu. Ograničenje koje je u tom pogledu uveo KZ (član 67. stav 5) svakako je opravdano, ali je pitanje kako se to u praksi sprovodi imajući u vidu i probleme koji postoje sa kaznenom evidencijom. Kriminalno-politički je dubiozno i zakonsko rešenje koje dozvoljava da se za novo krivično delo izrekne kazna zatvora, a da se postojeća uslovna osuda ne opozove. Svakako, dobro je što je, umesto razmišljanja o ukidanju uslovne osude sa zaštitnim nadzorom, ona u KZ zadržana i što su konačno stvoreni određeni uslovi za njeno izvršenje. Ona nije zamišljena da se široko primenjuje i to ne odgovara njenoj prirodi, već je pre svega namenjena onim graničnim slučajevima kada se učinilac ne može prepustiti sam sebi kao kod obične uslovne osude. Na izvršenju ove sankcije je dovoljno da radi relativno mali broj ljudi, ali visoko kvalifikovanih i specijalizovanih za izvršenje te sankcije. Čini se da je to sada konačno obezbeđeno u okviru posebne organizacione jedinice u Upravi za izvršenje krivičnih sankcija u Ministarstvu pravde. Bilo je pogrešno ono što je decenijama bilo predviđeno kao zakonsko rešenje u ZIKS-u a to je da se organu starateljstva poveri izvršenje zaštitnog nadzora, odnosno da to pitanje bude u nadležnosti ministarstva za rad i socijalnu politiku.

*Delo malog značaja* je institut koji naša sudska praksa nedovoljno koristi i jedva da obavlja funkciju zbog koje i postoji, a to je da rastereti krivično pravosuđe od bagatelnog kriminaliteta. Ovom institutu se mogu uputiti i neki načelni prigovori. Delo malog značaja može voditi arbitrnosti i slabiti načelo zakonitosti. Ako se već ostalo pri stavu da se problem bagatelnog kriminaliteta rešava i na planu materijalnog krivičnog prava, delo malog značaja u odnosu na ranije rešenje (neznatna društvena opasnost) je bolje rešenje iz više razloga, između ostalog i zbog toga što je primena tog instituta bila ograničena samo na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna. Međutim, posle 2009. godine ovaj se osnov isključenja postojanja krivičnog dela može primenjivati i u odnosu na krivična dela za koja je propisan zatvor do pet godina. Da li je to opravdano, o tome se može diskutovati (verovatno nije), ali to nije dovelo do toga da se ovim institutom u znatnijoj meri rešava problem bagatelnog kriminaliteta. Objašnjenje koje se za to

---

<sup>19</sup> U KZ je uneta zabrana koja se vezuje za osude u poslednjih pet godina ako su u pitanju osude kojom je izrečena kazna zatvora za umišljajno krivično delo (član 66. stav 3), ali izgleda da ona nije osetno uticala na smanjenje izricanja uslovne osude.

može naći jeste šire korišćenje mogućnosti koje pruža krivično procesno pravo.<sup>20</sup> Te mogućnosti bi trebalo i dalje proširivati.<sup>21</sup> Osim toga, i u KZ su uvedene neke nove sankcije koje su u većini evropskih zemalja odavno našle svoje mesto. Trebalo bi podržati dalje jačanje službe za izvršenje rada u javnom interesu. Iako se ova sankcija mogla nazvati i društveno korisnim radom kao u nekim drugim zemljama,<sup>22</sup> mnogo važnije pitanje od samog termina jeste sadržina ove sankcije i uslovi za njeno izricanje, a čini se da je KZ ta pitanja rešio na adekvatan način. I tzv. kućni zatvor bi trebalo dalje usavršavati. Uvođenje kazne kućnog zatvora treba podržati, ali njegovo normativno uređenje trpi više prigovora,<sup>23</sup> a i u dosadašnjoj primeni sudska praksa se suočila sa nekim problemima, a pre svega sa pitanjem kriterijuma kada odrediti ovaj način izvršenja kazne zatvora (može se govoriti i o samostalnoj kazni, iako je KZ ne postavlja tako), a kada u ustanovi u kojoj se izvršava kazna lišenja slobode.<sup>24</sup>

Trebalo bi istaći još jedan od razloga za blagu kaznenu politiku za koji je pretežno kriv zakonodavac. On svojom politikom kriminalizacije, tj. hipertrofijom inkriminacija i stalnim propisivanjem novih krivičnih dela doprinosi blagom kaznenoj politici sudova. Kod inkriminacija čija je legitimnost sporna, sudska praksa nalazi kompromis u izricanju blagih sankcija (ako uopšte i dolazi do krivičnog gonjenja). Adekvatnoj kaznenoj politici može doprineti i sužavanje granica krivičnog prava, tj. odustajanje od jednog ekstenzivnog i „rasplnutog“ krivičnog zakonodavstva u kome se sve i svašta predviđa kao krivično delo. Međutim, takva očekivanja od zakonodavca su potpuno nerealna.

## 5. ZAVRŠNE NAPOMENE

Moglo bi se zaključiti da odavno postoji opravdana potreba da se postojeći konflikt između zakonodavca i sudske prakse bar ublaži. Prvo, sudska praksa bi morala u većoj meri da uvažava kaznenu politiku zakonodavca i da adekvatnije tumači

- 20 Dok je postojao institut nezatne društvene opasnosti koji se široko primenjivao, treba imati u vidu da naše tadašnje krivično procesno pravo, osim kod maloletnika, nije dozvoljavalo primenu načela oportuniteta krivičnog gonjenja.
- 21 Z. Stojanović, *Opravdanost i dometi alternativnih krivičnih sankcija i alternativnih formi postupanja*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2009, str. 3–19.
- 22 To nije učinjeno iz nekoliko razloga, a pre svega zato što je to naziv koji je kod nas kompromitovan zbog istoimene administrativne mere kojom su kažnjavani oni koji su proglašavani pristalicama Rezolucije IB.
- 23 Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo u doba krize*, *Branik* 1–2/2011, str. 31.42.
- 24 Sporno je bilo ko i kada odlučuje o tome da li će se zatvor izvršavati u prostorijama u kojima osuđeni stanuje, pa je u tom pogledu bilo izraženo kolebanje sudske prakse. Zakonom o izmenama i dopunama ZIKS-a iz 2011. godine (član 174e), kao i stavom koji je 28.11.2011. godine zauzeo Vrhovni kasacioni sud, određeno je da o tome, posle pravosnažnosti presude, odlučuje predsednik suda. Iako će se time izbeći različito postupanje sudova, takvo rešenje trpi formalne i suštinske prigovore. Prvo, predsednik suda ne vrši funkciju suđenja (odredbom člana 45. stav 5. KZ propisano je da o tome odlučuje sud), i drugo, iako je formalno postavljen kao način izvršenja kazne zatvora a ne kao samostalna kazna, ipak je reč o takvom modalitetu izvršenja koji suštinski menja prirodu i težinu kazne, pa je dubiozno da li takvo ovlašćenje dati predsedniku suda, umesto sudu. Najmanje što je u tom pogledu trebalo predvideti jeste da o tome odlučuje vanpretresno veće iz člana 24. stav 6. ZKP (kao, na primer, kod odlučivanja o uslovnom otpustu).

uslove za primenu određenih sankcija i odmeravanje kazne. Drugo, zakonodavac bi morao da odustane od uzaludnih pokušaja da propisivanjem sve strožih kazni prinudi sudsku praksu da vodi strožu kaznenu politiku jer time samo produbljuje postojeći jaz i još više otežava sudskoj praksi da svoje uporište za kaznenu politiku nalazi u zakonu. Zakonodavac bi morao da ima realnija očekivanja od kazne i krivičnog prava uopšte. Na ograničene mogućnosti krivičnog prava i kažnjavanja, teorija odavno ukazuje. I pored toga, zakonodavac se više povodi za izrazito represivnim težnjama javnog mnjenja. Iako se stavovi javnog mnjenja ne mogu zanemariti, nije opravdano vođenje populističke kriminalne politike koja rešenje složenih problema vidi pre svega u kažnjavanju. Osim toga, nije samo javno mnjenje i težnja da se na taj način dobiju politički poeni razlog za vođenje izrazito represivne politike zakonodavca.<sup>25</sup> Možda ima i naivnog verovanja u to da će se stalnim zaoštavanjem propisanih kazni kriminalitet efikasno suzbijati. Možda je ta preneglašena represivna orijentacija, kako bi tvrdili oni koji su kritički i radikalno nastrojani, pre svega u funkciji održavanja režima i političkog i finansijskog establišmenta na vlasti. Verovatno u određenoj meri sve to, a sigurno i još po nešto utiče na stalno propisivanje sve strožih kazni. No, jedno je sigurno. I zakonodavac i sudska praksa moraju učiniti po jedan korak u susret jedno drugom u cilju vođenja zajedničke konzistentne kaznene politike, a ne da i dalje nastave da vode dve zasebne, različite kaznene politike. Postojeće stanje se može okarakterisati kao raskol između sudske i zakonodavne vlasti (iza koje je uglavnom stajala izvršna vlast) u ovoj važnoj oblasti. Reč je u krajnjoj liniji o raskolu u vrednosnom sistemu, odnosno on se ogleda u tome što je stepen negativnog vrednovanja ponašanja proglašanih krivičnim delima veoma različit kod sudske prakse i kod zakonodavca. Da je moguće da se zakonodavac i sudska praksa približe, pa i da imaju približno isti stav u pogledu stepenovanja težine određenih krivičnih dela pokazuje primer nekih zemalja kao što je to Austrija. Da li je i u Srbiji moguće da se makar ublaži postojeći raskol? I ko je za njega više kriv? Ovo drugo pitanje je važno zbog toga što ako je više kriva jedna strana, od nje bi trebalo i više očekivati u tome da učini određene korake u pravcu približavanja. Iako ni sudska praksa u svemu tome nije nevina, čini se da je zakonodavac u Srbiji preterao u pogledu propisanih kazni, pa je čak pribegao i nekim čudnim i teško objašnjivim rešenjima, kao što je apsolutna zabrana ublažavanja kazne kod nekih krivičnih dela.<sup>26</sup> Zato bi i zakonodavac morao da vodi racionalniju politiku lišenu nepotrebnih emocija (kao i političkih kalkulacija) koja vodi neprijateljskom krivič-

25 U vezi sa tim je i pitanje da li su političari uopšte pozvani da rešavaju konflikt zakonodavca i sudske prakse, a pogotovo da javno kritikuju sudsku praksu zbog vođenja, po njihovom mišljenju, blage kaznene politike. U Srbiji su se ispoljila konstantna nastojanja političara da utiču na kaznenu politiku sudova. Iako je to postala uobičajena praksa i, čini se, nešto što u domaćoj javnosti ne izaziva negativne komentare, radi se o nedozvoljenom mešanju u rad sudova. Đorđević smatra da se time što se kaznena politika i rad sudova u celini prikazuje krajnje negativno, svesno širi nepoverenje u rad sudova (up. D. Đorđević, op. cit. str. 68). Može se samo pretpostaviti kakva bi bila reakcija političara u Srbiji kada bi sudovi kao u Nemačkoj izricali 80% novčanih kazni, a samo 5% kazni zatvora. Koliko nam je poznato, to u Nemačkoj ne izaziva (bar ne javne) komentare i kritiku sudova od strane političara.

26 Ono što se tom rešenju može najviše zameriti jesu dve stvari. Prvo, pada u oči zaista neobičan izbor tih krivičnih dela, i drugo, isključivanje ne samo tzv. sudskog, nego i zakonskog ublažavanja.



nom pravu,<sup>27</sup> koje je neprijateljski orijentisano ne samo prema građanima nego delimično i prema samoj sudskoj praksi. Zakonodavac je ne samo u svakom građaninu uočio potencijalnog učinioca krivičnog dela, već je i u sudovima video krivice za, po njegovog mišljenju blagu kaznenu politiku, te je pokušao da pošto-poto prinudi sudove da slede i sprovode njegov preterani punitivizam. Međutim, iako se takva kriminalna politika sve više suočava sa preprekama i problemima kojih su svesni i oni koji je zagovaraju (pre svega, pretrpanost ustanova za izvršavanje kazne lišenja slobode – problem koji je itekako prisutan i u Srbiji), ona za pojedince koji formiraju političku volju i imaju odlučujući uticaj na propisivanje i primenu krivičnih sankcija predstavlja očigledno atraktivniju opciju.<sup>28</sup>

Kada govorimo o kaznenoj politici, ipak bi, na kraju, trebalo reći i nekoliko rečenica o pritvoru iako se čini da to nema mnogo veze sa temom ovog rada. Naravno, pritvor nije krivična sankcija i poznato je koja je njegova funkcija. Ali, u šta se on pretvorio u praksi u Srbiji? Nije li on *de facto* dobio karakter kazne? Izvesni argumenti idu u prilog potvrdnog odgovora na ovo pitanje.<sup>29</sup> I ovde se postavlja pitanje raskoraka između normativnog, zakonodavnog rešenja i onoga šta se dešava u praksi. Međutim, izgleda da za razliku od kaznene politike u onom užem, pravom smislu koje se tiče propisivanja i izricanja krivičnih sankcija, ovde stvari stoje obrnuto, Praksa je znatno represivnija u primeni pritvora, nego zakonodavac u pogledu njegovog normativnog regulisanja. Neko se neće složiti sa konstatacijom da je pritvor u mnogim slučajevima u praksi *de facto* dobio u mnogo čemu karakter kazne, ali sigurno ima i onih koji će se složiti sa takvom ocenom. Međutim, može se otići i dalje i postaviti pitanje nije li pritvoru svesno dat karakter kazne. Da li se on svesno zloupotrebljava jer omogućava široku primenu i to u odnosu na nevina lica koja su skoro nemoćna jer im na raspolaganju stoje minimalna pravna sredstva da se zaštite od neosnovanog pritvaranja? Da li se to čini u cilju svesnog zastrašivanja i to ne toliko učinilaca krivičnih dela, koliko onih koje iz bilo kojih razloga treba neutralisati, odnosno eliminisati? Iako određeni argumenti opravdavaju postavljanje ovih pitanja, čini se da nema dovoljno argumenata da se potvrdno odgovori na njih. Štaviše, bila bi zastrašujuća pomisao da je to zaista tako jer bismo se onda mogli upitati u kakvom to društvu živimo, a postavilo bi se i pitanje ima li tu i odgovornosti i svih onih koji se ne samo u praksi, nego i u teoriji i naučnoistraživačkom radu bave krivičnim pravom i primenom krivičnih sankcija jer nisu uočili tu pojavu i

27 Konceptija neprijateljskog krivičnog prava, odnosno krivičnog prava za neprijatelje nastala je u Nemačkoj („Feindstrafrecht“) gde je u teoriji kritikovana. Up. Z. Stojanović, Krivično pravo u doba krize, *Branik* 1–2/2011, str. 39.

28 U tom smislu H.-J. Albrecht, Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities -. In: UNAFEI (Hrsg.): *Report of the Workshop. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities. Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice. Salvador, Brazil, 2010.* Tokyo, 2011, str. 89.

29 U teoriji postoje mišljenja da čak i neopravdano dug krivični postupak (naravno, ako tome nije okrivljeni doprineo) ima karakter kazne, te se razmatraju mogućnosti da se zbog toga takav postupak završi oslobodjenjem od kazne, jer je time okrivljeni već dovoljno kažnjen. Vid. I. Roxin, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 4. durchgesehene Aufl., München, 2004.

nisu učinili bar onoliko koliko je u njihovoj moći da se to spreči. Ako su ove bojazni preterane i ova pitanja nedovoljno utemeljena, onda je to učinjeno upravo zbog toga što je manja šteta ako se ona postave i na njih negativno odgovori, nego ako se ona uopšte ne postave, a naša stvarnost ukazuje bar na određene sumnje u tom pravcu.

Iako je više puta rečeno da sudska praksa vodi blagu kaznenu politiku, ipak i ovde na kraju treba eksplicitno ponoviti da se pod tim nije podrazumevala blaža kaznena politika u odnosu na odgovarajuću kaznenu politiku, već blaža od one koju vodi zakonodavac. Prosto rečeno, zakonodavac znatno više ispoljava represivne težnje nego sudska praksa. Iako je u ovom radu i sudskoj praksi upućena određena kritika, na pitanje da li zakonodavac više preteruje u strogosti nego sudska praksa u blagosti, bez oklevanja bismo odgovorili potvrdno.

## LITERATURA

- Albrecht, H.-J.: Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities –. In: United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (Hrsg.): *Report of the Workshop. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities. Twelfth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice. Salvador, Brazil, 12–19 April 2010.* Tokyo, 2011.
- Đorđević, D.: *Kaznena politika sudova – politika izricanja krivičnih sankcija u Republici Srbiji*, Bilten sudske prakse, Vrhovni sud Srbije, br. 3/2009.
- Gerichtliche Kriminalstatistik*, Statistik Austria, Wien, 2011.
- Čirić, J.: *Egzemplarno kažnjavanje*, Crimen (III), 1/2012.
- Ignjatović, Đ.: *Da li je kaznena politika sudova u Srbiji odgovarajuća? U: Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primene)*, Istočno Sarajevo, 2012.
- Justiz auf einen Blick*, Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2011.
- Köberer, W.: *Iudex non calculat, Über die Unmöglichkeit Strafzumessung sozialwissenschaftlich-mathematisch zu rationalisieren*, Peter Lang, 1996.
- Roxin, I.: *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 4. durchgesehene Aufl., München, 2004.
- Schünemann, B.: *Tatsächliche Strafzumessung, gesetzliche Strafdrohungen und Gerechtigkeits- und Präventionserwartungen der Öffentlichkeit aus der deutscher Sicht*. In: *Krise der Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, Berlin, 2001.
- Simić, I.: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije*, treća knjiga, Beograd, 2000.
- Stojanović, Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2012.
- Stojanović, Z.: *Opravdanost i dometi alternativnih krivičnih sankcija i alternativnih formi postupanja*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2/2009.
- Stojanović, Z.: *Krivično pravo u doba krize*, *Branič* 1–2/2011.
- Ostalo:*
- Bilten Republičkog zavoda za statistiku, Beograd, broj 529, 2010.
- Bilten Republičkog zavoda za statistiku, Beograd, broj 546, 2011.

*Zoran Stojanović*

Faculty of Law, University of Belgrade

## SENTENCING POLICY IN SERBIA: CONFLICT BETWEEN LEGISLATOR AND JUDICIAL PRACTICE

### SUMMARY

The fact that in the area of criminal sanctions and sentencing exists only general and broad legal framework, allows courts to perform to a certain degree autonomous sentencing policy. The choice of appropriate penalty is the responsibility of the sentencing court who is obliged to take various factors into account. However, this sentencing policy should be in line with the intentions of the legislator on how to react in specific cases and which criminal sanctions to impose. In Serbia, as in most countries, the case law does not achieve the expectations and intentions of the legislator. Leaving aside the question of why is this so, generally speaking, the legislator is much more stringent than the case law. It does not mean that the case law acts contrary to the law. The broad power that the legislature gives to the courts is used in such a manner that conducted sentencing policy by courts compared with the prescribed punishment is apparently mild. For several reasons, it is not justified that the lawmaker and judicial practice evaluate differently the seriousness and gravity of the same type of criminal behavior. There is a need to solve a conflict between the legislative and judicial practice or at least to mitigate it. First, the case law would have in a higher degree to respect criminal policy of the legislator and the proper interpretation of the conditions for the application of the sanctions and sentencing. Second, legislator would have to abandon futile attempts to prescribing more and more stringent punishment to force courts to lead a stricter penal policy because it deepens the gap and intensifies the existing conflict. Lawmakers would have to have realistic expectations of punishment and the criminal law in general.

**Key words:** sentencing policy, mitigating and aggravating circumstances, imprisonment, a fine, a suspended sentence, mitigating of punishment.

Dorđe Ignjatović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## POREĐENJE STOPA PRIJAVLJENIH UČINILACA KRIVIČNIH DELA: SRBIJA – OSTALE EVROPSKE ZEMLJE

**Apstrakt.** U ovom radu nastavljamo sa komparativnom analizom stanja kriminaliteta na relaciji Srbija – ostale evropske zemlje, pri čemu su sada u centru pažnje podaci o prijavljenim učiniocima krivičnih dela objavljeni u *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistic*, a sa druge strane oni Republičkog zavoda za statistiku Srbije koji se odnose na 2006. godinu. Posle uvodnih pojašnjenja, sledi pokušaj utvrđivanja mesta gde bi se naša država našla na tabelama pomenute međunarodne publikacije da je učestvovala u njenom sastavljanju. I to ne samo u pogledu stopa prijavljenih učinilaca svih krivičnih dela i više posebnih inkriminacija, nego i procenta učešća žena i maloletnika u populaciji registrovanih učinilaca krivičnih dela.

**Ključne reči:** kriminalitet, krivično pravosuđe, komparacija, Srbija, Evropa.

### UVOD

Utvrđivanje stanja kriminaliteta predstavlja jedan od najvitalnijih zadataka krivičnih nauka u svim savremenim državama. Da bismo mogli da kontrolišemo po društvo tako opasne pojave kakvi su zločini, moramo pre svega doći do saznanja kakva je njihova struktura, ko ih vrši, ko su žrtve takvih dela i kako na njih reagujemo. U nameri da dođe do više saznanja o tim pitanjima, kriminologija je razvila mnoštvo metodoloških zahvata. Najpoznatije su statistike kriminaliteta i studije o viktimizaciji koje – iako zasnovane na različitim konceptualnim pristupima i vođene od nesrodnih subjekata, ipak – pomažu sticanju predstave o tome šta karakteriše kriminalitet na određenom području. Naravno, postojanje nacionalnih evidencija ne zadovoljava ni praktičare koji se bave kontrolom kriminaliteta, ali ni kriminologe koji posle utvrđivanja fenomenoloških karakteristika navedenih pojava teže da objasne njihovu etiologiju. Zato su prirodna nastojanja da se u ovu analizu uključi komparativan pogled.

U ovom radu pokušaćemo da uporedimo stanja kriminaliteta u Srbiji i „ostatku Evrope“, a u cilju da utvrdimo gde se – na osnovu podataka o prijavljenim učiniocima krivičnih dela – nalazi naša Republika. Ovaj zahvat bio bi daleko lakši da Srbija učestvuje u projektu stvaranja publikacije koja omogućava najpotpuniji uporedni uvid u stanje kriminaliteta i kaznene politike na Starom kontinentu. Radi se o *Evropskom izvorniku o kriminalitetu i kaznenoj politici (European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistic)* koji uređuje međunarodni tim stručnjaka na čijem čelu je profesor Marcelo Aebi. /01\*/

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

Da ne bismo ponavljali ono što je o ovom izuzetno značajnom izvoru podataka navedeno u našoj literaturi (Čirić /2008/; Ignjatović /2012/) ukazaćemo da će biti korišćeni fakti sadržani u četvrtom izdanju publikacije koji se odnose na 2006. godinu /Aebi M. et al, 2010/ i to oni u okviru celine pod nazivom *Policijska statistika* (pp. 63–112) a tiču se broja lica koja su prijavljena kao izvršioc i krivičnih dela u odnosu na 100 000 stanovnika – „stopa prestupnika“. Ukazano je na stope svih prijavljenih lica (oba pola, punoletnih i maloletnika) prvo za sva krivična dela, zatim stope za pojedine inkriminacije, kao i procenat žena, maloletnika i stranaca među registrovanim učinocima.

Navedene podatke upoređićemo, koliko to bude moguće, sa onima iz naše pravosudne statistike o prijavljenim učinocima krivičnih dela. Iako se može učiniti da na ovaj način poredimo različite stvari, takav prigovor ne stoji iz dva razloga:

prvo, naša pravosudna statistika evidentira ljude, a ne krivična dela i u tom pogledu je kompatibilna sa onom koja se nalazi u pomenutom delu *Evropskog izvornika ...*;

drugo, budući da u Srbiji već decenijama najveći broj krivičnih prijava tužilaštvu dostavljaju organi unutrašnjih poslova, ovi podaci se mogu smatrati u najvećem delu produktima rada policije.

Da bismo dokazali drugu tvrdnju, navešćemo podatke iz publikacije Republičkog zavoda za statistiku koja se odnosi na referentnu (2006) godinu i to za punoletne učinioce krivičnih dela:

Podnosilac prijave	Svega	Neposredno	Preko MUP
Oštećeni građanin	26 355	7 545	18 810
Drugi građanin	832	472	360
Oštećeno preduzeće ili organizacija	8 827	6 356	2 471
SDK	126	121	5
Inspekcija	775	576	199
Ministarstvo unutrašnjih poslova	65 366	-	65 366
Drugi organ uprave	1 407	1 093	314
Neposredno saznaje javnog tužioca	1 046	1 046	-
Ostali	967	868	99
<b>UKUPNO</b>	<b>105 701</b>	<b>18 077</b>	<b>87 624</b>

Od 105 701 punoletnika u Srbiji 2006. godine prijavljenog zbog izvršenja krivičnog dela, protiv više od četiri petine (83%) kao podnosilac prijave pojavilo se Ministarstvo unutrašnjih poslova. Od ukupnog broja lica koja je prijavio MUP (87 624) u oko 3/4 slučajeva (74.6%) organi unutrašnjih poslova su i otkrili delo, dok su se u ostalim oni pojavili kao podnosioci prijave u odnosu na lica koje drugi subjekti – oštećeni ili drugi građanin, oštećena organizacija, inspekcije ili drugi organi uprave – smatraju izvršiocima krivičnih dela, a (najčešće iz razloga nedovoljnog poznavanja prava ili potrebe da se neophodne činjenice na stručan način utvrde i fiksiraju) opredelili su se da delo i učinioa prijave MUP umesto neposredno javnom tužiocu. /02\*/

Dalje, ukazujemo da je u ovom poređenju, koje se dominantno zasniva na transverzalnoj istraživačkoj strategiji, srećna okolnost da je kao referentna godina od koje se polazi upravo 2006. jer je to razdoblje koje bismo mogli nazvati relativno (koliko je to moguće u uslovima tranzicije i smirivanja tenzija koje su na Balkanu trajale duže od jedne decenije) stabilnim periodom u razvoju Republike.

Sa prethodno rečenim povezano je i objašnjenje da će se svi podaci za Srbiju odnositi na onaj deo njene teritorije na kome efektivnu vlast vrše naši državni organi, jer su nam podaci za teritoriju Kosova i Metohije – iz poznatih razloga – nedostupni. Zbog toga je, za računanje odgovarajućih stopa prestupnika u ovom radu, uzeto da je 7 300 000 orijentacioni broj stanovnika koji je 2006. živeo na teritoriji Republike.

Pošto smo na ovaj način razrešili gore pomenute metodološke dileme i dali neophodna objašnjenja, pristupićemo komparaciji stopa prijavljenih učinilaca krivičnih dela u Srbiji i ostalim evropskim državama (bolje rečeno, najvećem njihovom broju).

## 1. STOPE PRIJAVLJENIH UČINILACA KRIVIČNIH DELA

### 1.1. Stope prijavljenih učinilaca svih krivičnih dela

Razlike u stopama prijavljenih učinilaca svih krivičnih dela među državama koje su dostavile podatke tvorcima *Evropskog izvornika ... /03\*/* dati su na Tabeli 1. Na njoj se može videti da je ova stopa najviša u Finskoj (u periodu 2003–7. pokazuje trend porasta i to za 12%), a najniža je u Jermeniji (i još pokazuje trend opadanja za isti procenat). Odnos između stope u zemlji sa najvišom i one sa najnižom stopom iznosi 34:1.

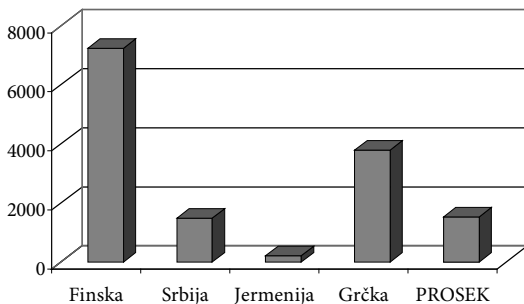
Tabela 1. Stopa prijavljenih učinilaca (svih) krivičnih dela za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Finska	7 244	12	Slovačka	994	-7
Grčka	3 790	-3	Rusija	955	-15
Austrija	2 875	-89	BJRM	924	...
Nemačka	2 774	-2	Rumunija	875	8
Engleska i Vels	2 749	...	Bugarska	840	-11
Portugal	2 495	...	BiH	776	...
Slovenija	2 241	26	Letonija	766	-9
Holandija	2 192	0	Kipar	749	16
Island	2 099	...	Moldavija	495	-21
Poljska	1 537	-4	Ukrajina	459	-15
Hrvatska	1 505	0	Gruzija	385	143
Estonija	1 296	55	Albanija	288	35
-----	---	-----	Jermenija	215	-12
Maksimum		7 244	Minimum		215
Prosek		1 528	Medijan		1 193

Interesantno je primetiti da među 12 država koje imaju najnižu stopu prijavljenih učinilaca krivičnih dela čak 11 bivših socijalističkih zemalja, ali taj podatak naravno, ne može poslužiti kao argument za tvrdnje kako je stanje kriminaliteta u tim državama bolje nego u ostalim. Možda bi istraživanje pokazalo da je razlog za takvo stanje nivo spremnosti oštećenih da prijave krivična dela kojima su viktimizovani, (ne)osposobljenost njihovih organa formalne socijalne kontrole da otkriju i rasvetle izvršena krivična dela, poverenje građana u te organe i želja ovih drugih da se angažuju na rasvetljavanju pojedinih vrsta dela.

Da u ovakvim stvarima nema jednostavnih i olakih zaključaka, pokazuje i stanje u bivšim jugoslovenskim republikama. Slovenija i Hrvatska nalaze se na sedmom i jedanaestom mestu po stopi registrovanih učinilaca krivičnih dela. Budući da u ovim evidencijama nema podataka za Crnu Goru, potražili smo ih na sajtu Zavoda za statistiku Crne Gore ([www.monstat.org](http://www.monstat.org)) gde se fakti o kriminalitetu redovno objavljuju u Statističkom godišnjaku (uz mnoštvo opštih podataka o toj Republici) u delu pod nazivom Pravosuđe. U publikaciji sa podacima za 2006. godinu /Statistički godišnjak CG, 2007:201/ navedeno je kako je broj prijavljenih učinilaca krivičnih dela bio 7 653 punoletna i 286 maloletna lica ( $\Sigma = 7 939$ ). Budući da je u istoj publikaciji navedeno da je broj stanovnika u toj Republici 2006. iznosio 311 341, proizlazi da je stopa prijavljenih učinilaca krivičnih dela u Crnoj Gori bila 2 550, što znači da je bila među najvišima u Evropi (samo šest od 31 države iz European Sourcebook ... imale su više). /04\*/

Da bismo gornje podatke iz *Evropskog izvornika* ... uporedili sa onima koji se odnose na Srbiju poslužićemo se publikacijama u kojim se kod nas objavljuju podaci o (punoletnim i maloletnim)



Slika 1.

učiniocima krivičnih dela i to onih registrovanih u 2006. godini. /05\*/ Prema Republičkom zavodu za statistiku, navedene godine u Srbiji je ukupno prijavljeno 108 742 tih lica (105 701 punoletno + 3 041 maloletno), što znači da je stopa registrovanih učinilaca krivičnih dela u našoj Republici 2006. godine iznosila 1 489. Da su ti podaci bili dostavljeni ekspertima koji su sastavili navedenu Publikaciju, Srbija bi na gornjoj Tabeli zauzela 19. mesto odmah posle Hrvatske (imala bi višu stopu ne samo od trinaest država sa desne strane table, nego i u odnosu na Mađarsku (1 233), Švedsku (1 208), Češku (1 193), Italiju (1 065) i Litvaniju (sa stopom 1 053). Dakle, stopa prijavljenih učinilaca krivičnih dela u Srbiji skoro da se poklapa sa prosečnom stopom za 31 državu koje figurišu u *Evropskom izvorniku* ... što se može videti i na Slici 1. Istovremeno, ona je skoro pet puta niža od one u Finskoj. Međutim, pošto je stopa u toj zemlji skoro dva puta viša od one u prvoj sledećoj (Grčka) na slici je prikazana i stopa u ovoj drugoj. Tako posmatrano, dobija se realnija predstava o nivou stope prijavljenih lica u Srbiji.

Ovde treba ukazati na još jednu važnu činjenicu: prema podacima MUP Srbije, 2006. godine na teritoriji kojoj nadležni organi efektivno vrše vlast učinjeno je 98 361

krivično delo; u istom periodu, zbog izvršenih krivičnih dela prijavljeno je 108 724 lica, što znači da se ove dve evidencije ne poklapaju u relativno velikom broju – 10 381.

Podsećamo da načelno govoreći, do nepodudaranja ova dva broja uglavnom dovode:

- a) situacije u kojima govorimo o sticaju krivičnih dela (jedno lice izvršilo je više krivičnih dela za koja mu se istovremeno sudi). U svim državama koje – kao Srbija – za jedinicu evidencije uzimaju čoveka a ne delo (to lice vodi se u statistici kao učinilac samo jednog i to najtežeg izvršenog dela) zbog čega je u evidenciji broj učinilaca manji od broja dela; i
- b) saučesništvo (isto delo izvršilo je više lica – to utiče da u evidenciji ima više lica od broja izvršenih dela). /06\*/

Navedeno nam daje osnova za zaključak da je u Srbiji relativno veliki broj prijavljenih učinilaca krivičnih dela ovo izvršilo uz saučestvovanje drugih lica.

## 1.2. Stope prijavljenih učinilaca pojedinih krivičnih dela

### 1.2.1. Ubistvo

Stopa u 2006. godini prijavljenih učinilaca umišljajno izvršenog krivičnog dela ubistva (svršenih i pokušanih) u *Evropskom izvorniku ...* izračunata je za 29 država (13 nisu dostavile podatke) /07\*/. Na Tabeli 2 vidi se da je najviša stopa u 2006. godini bila u Albaniji (u razdoblju 2003–7. zabeležen je pad od 16%) a najniža je u Republici Irskoj i Slovačkoj (pri čemu je u prvoj u navedenom periodu zabeležen trend porasta, /08\*/ u drugoj opadanja); odnos maksimalna – minimalna stopa je 8.8:1.

Tabela 2. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. ubistva (svi oblici) za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Albanija	13.2	-16	BJRM	4.6	...
Gruzija	11.2	72	Slovenija	4.1	-2
Estonija	9.5	-21	Nemačka	3.7	-4
Litvanija	9.3	6	Bugarska	3.4	-37
Finska	8.2	-14	Francuska, Mađarska	3.2	-10 / -18
Holandija	7.6	...	Jermen, Švajcarska	3.0	... / ...
Ukrajina	7.2	-22	Poljska	2.9	-18
Moldavija	7.0	...	Island, Kipar	2.3	... / 11
Hrvatska	6.4	-3	Engleska i Vels	2.2	...
BiH	5.5	...	Austrija, Grčka	2.0	13 / -12
Švedska	5.3	-5	Češka	1.9	0
Rumunija	4.7	-15	R. Irska, Slovačka	1.5	148 / -13
Maksimum		13.2	Minimum		1.5
Prosek		4.9	Medijan		3.4

Ovde je potrebno dati još jednu napomenu: stopa prijavljenih učinilaca svih oblika krivičnog dela ubistva 2006. godine bila je najviša u Albaniji, ali je u godina-



ma koje su prethodile, ona bila daleko niža nego u Rusiji. Na Tabeli 1.2.2.6. (p.66) *Evropskog izvornika ...* vidi se da je ova stopa u 2003. godini bila u Rusiji 18.0 (u Albaniji 14.9), a 2004. je iznosila 18.9 (Albanija – 15.6), što je apsolutni rekord za period 2003–7. Iako za 2005. i naredne godine nema u ovoj publikaciji podataka o stopi ubica u Rusiji, može se sa puno osnova pretpostaviti da je ona u toj državi i 2006. bila najviša.

Da bismo došli do broja učinilaca krivičnog dela ubistva u Srbiji tabelarno ćemo prikazati za koje sve oblike ovog dela su 2006. prijavljeni punoletni i maloletni učinioци u pravosudnim evidencijama Republičkog zavoda za statistiku:

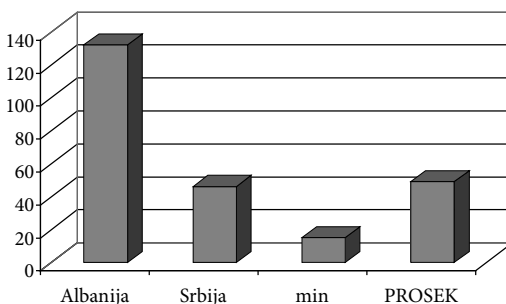
Tabela 3. Broj prijavljenih učinilaca k.d. ubistva (svi oblici) za 2006. u Srbiji

Krivično delo	uč. punol.	uč. malol.	zbir
Ubistvo	218	15	233
Teško ubistvo	85	5	90
Ubistvo na mah	3	-	3
Ubistvo deteta pri porođaju	5	1	6

Ukupan broj učinilaca k.d. ubistva u 2006 ( $\Sigma$ ) = 332

Ovde smo dakle, iz Biltena br. 490 i 491 Zavoda za statistiku uzeli podatke za ubistvo (uključujući i pokušaj ovog krivičnog dela), teško ubistvo, ubistvo na mah i ubistvo deteta pri porođaju (nehatno lišenje života – ukupno 10 lica prijavljeno, od toga jedan maloletnik – nismo uzeli u obzir jer se u *Evropskom izvorniku ...* operiše samo sa stopama učinilaca umišljajnih dela ubistva) i prikazali koliko je u godini 2006. bilo prijavljeno punoletnih i maloletnih izvršilaca ovih krivičnih dela. Po prirodi stvari, najveći broj učinilaca kod obe uzrasne kategorije zabeležen je kod osnovnog oblika krivičnog dela ubistva (ona čine 68% procenata od ukupnog broja), ali veoma zabrinjava učešće teških dela ubistva kojih je više od jedne četvrtine (26.3%). Na prvi pogled izgleda da je i broj žena prijavljenih za čedomorstvo relativno visok, /09\*/ kao i da se maloletnici pojavljuju kao učinioци krivičnog dela ubistva u relativno skromnom broju od 6.4% (dakle, tek svako petnaesto ovako krivično delo vrše lica mlađa od 18 godina).

Prema gore prikazanim podacima, u navedenoj godini u Srbiji su kao izvršioци svih u KZ predviđenih oblika krivično dela ubistva prijavljena 332 lica; dakle,



Slika 2.

njihova stopa je iznosila 4.6 (preciznije – 4.55) i bila je među višima u Evropi: Srbija bi sa BJRM delila 18 mesto na desnoj strani gornje Tabele. Od država nastalih na tlu ranije SFRJ samo Hrvatska i BiH su imale višu stopu učinilaca krivičnog dela ubistva (za Crnu Goru iz gore navedenih razloga, nemamo podatke), a niža je zabeležena ne samo u visokorazvijenim državama koje već decenijama imaju nisku

stopu kriminaliteta (kakve su Malta, Švajcarska i R. Irska –v. Ignjatović/2009/), nego i u Engleskoj sa Velsom, Francuskoj i Nemačkoj. Stopa učinilaca ovog krivičnog dela u Srbiji blizu je evropskog proseka, ali je i skoro tri (tačno 2.8) puta niža od one u Albaniji, što se može videti na Slici 2.

*Evropski izvornik ...* (Tabela 1.2.2.7.) navodi stope učinilaca svršenog krivičnog dela ubistva, ali samo za 18 država. Oni se dosta razlikuju od podataka iz prethodne tabele i pokazuju da je u 2006. godini ta stopa najviša u Litvaniji – 8.9 (podsetimo se: u toj zemlji je iste godine stopa svih učinilaca dela ubistva izvršenih sa umišljajem bila 9.3). Prema tome, stopa učinilaca pokušanog krivičnog dela ubistva bila je 0.4. Od država kod kojih se ovakvo poređenje može izvršiti, pažnju zaslužuju podaci za još dve. U Albaniji, stopa učinilaca svršenih dela ubistva u 2006. je samo 3.1 (podsetimo da ih je zajedno sa onim koji su delo pokušali 13.2, pa je razlika 10.1). U Slovačkoj, stope su u 2006. identične – 1.5 (što znači da nema učinilaca ubistva u pokušaju). /10\*/

### 1.2.2. Nanošenje telesnih povreda

Tabelarni prikaz stope učinilaca krivičnih dela nanošenja (teških i lakih) telesnih povreda za 27 država /11\*/ dat je u *European Sourcebook ...* (p.68). Maksimalna stopa zabeležena je u Portugalu (635 – nije bilo moguće izračunati trend ovih dela u periodu 2003–7. jer nedostaju podaci za 2006, ali je primetno da je u ostale četiri godine ova stopa u Portugalu bila osetno viša no u drugim zemljama), a minimalna u Albaniji (7 – ovde je u periodu koji se prati zabeležen porast ovakvih dela od 50%); odnos maksimalna – minimalna stopa je 91:1. Naša Tabela 3. razvrstava države po visini stope učinilaca ovih krivičnih dela:

Tabela 3. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. nanošenja telesnih povreda (oba oblika) za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Portugal	635	...	Hrvatska	90	44
Nemačka	580	15	Grčka, Litvanija	73	3 / 30
Finska	543	12	Mađarska	57	–6
Austrija	404	13	Češka	49	–21
Holandija	298	37	Slovačka	48	–28
R. Irska	260	68	Bugarska	39	–32
Francuska	254	36	Moldavija, Rumunija	27	... / –18
Estonija	200	...	Gruzija	23	107
Švedska	160	22	Jermenija, Kipar	20	.../ 8
Poljska	154	4	Slovenija	14	–5
Island	127	...	Ukrajina	11	2
Švajcarska	114	...	Albanija	7	50
Maksimum		635	Minimum		7
Prosek		159	Medijan		73

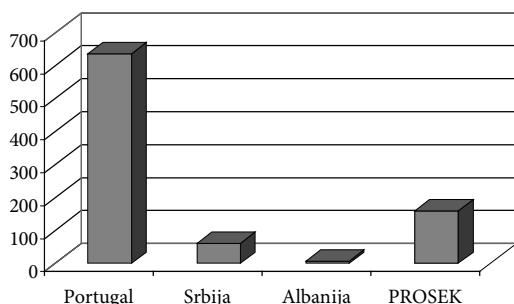
Kao i kod krivičnog dela ubistva, podatke o broju učinilaca krivičnih dela kojima se drugom nanose telesne povrede prikazali smo, radi preglednosti, tabelarno:

Tabela 4. Broj prijavljenih učinilaca k.d. telesnog povređivanja za 2006. u Srbiji

Krivično delo	uč. punol.	uč. malol.	zbir
Teška telesna povreda	1 651	147	1 798
Laka telesna povreda	2 407	206	2 613
Ukupan broj učinilaca k.d. nanošenja telesnih povreda u 2006 ( $\Sigma$ ) = 4 411			

Teške telesne povrede čine oko 40%, dok su lake zastupljenije i čine 3/5 svih krivičnih dela ove vrste. Relativno učešće maloletnika kod ovih krivičnih dela nešto je veće od onog zabeleženog kod ubistva i iznosi oko 8% (kod teških telesnih povreda 8.1%, kod lakih 7.8%).

Budući da je na ovaj način utvrđen broj učinilaca dela kojima su u 2006. godini u Srbiji oštećenim licima nanete telesne povrede, stopa tih učinilaca na 100 000 stanovnika u Republici iznosi 60 i na Tabeli 3. Srbija bi se nalazila na desnoj strani – među državama sa nižom stopom: dvanaest država imalo je manju stopu od one u našoj Republici (među kojima od zemalja nastalih raspadom SFRJ Slovenija, a od zemalja u okruženju Albanija, Rumunija, Bugarska i Mađarska). Ta stopa ne samo da je 2.5 puta manja od prosečne, a čak 10.5 puta niža od one u Portugaliji – što se može videti na Slici 3. – nego je i skoro dva puta manja od one zabeležene u Švajcarskoj.



Slika 3.

*Evropski izvornik ...* sadrži (Tabele 1.2.2.8. –1.2.2.12.) i podatke o stopama učinilaca lakih i teških telesnih povreda, telesnih povreda nanetih službenim licima i članovima porodice (slučajevi porodičnog nasilja). Ove podatke nećemo upoređivati sa onima koji se odnose na Srbiju iako bismo to za prva dva slučaja mogli, ali je to zbog broja država koje su dostavile fakte (za laku telesnu povredu njih 13, za tešku 17) nepotrebno; kada se radi o povredama nanetim službenim licima i prilikom vršenja nasilja u porodici ne samo da je taj broj još manji (podatke je dostavilo tek šest odn. sedam država), nego komparacija nije ni moguća jer se podaci o tako nanetim telesnim povredama ne mogu naći u našim pravosudnim biltenima za 2006. godinu. /12\*/

### 1.2.3. Silovanje i srodna krivična dela

*European Sourcebook ...* objavljuje stope učinilaca krivičnog dela silovanja, seksualne zloupotrebe dece i seksualnog napada. Ovde će biti izvršena komparacija samo prijavljenih učinilaca prva od tri navedena dela.

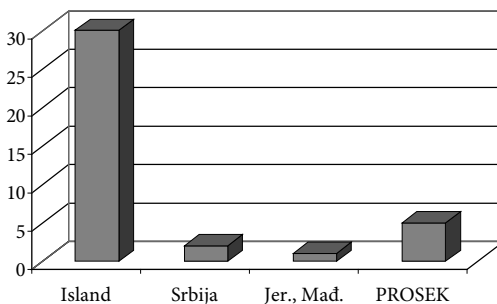
## 1.2.3.1. Silovanje

Stope učinilaca krivičnog dela silovanja izračunata za 32 evropske zemlje date u *Evropskom izvorniku...* pokazuju da je ona najviša na Islandu (iznosi 30; trend u periodu 2003–7 nije mogao biti izračunat), /13\*/ a najniža je u Jermeniji i Mađarskoj (1). Prema tome, odnos maksimalna – minimalna stopa je 30:1. Kada se poređaju po iskazanim stopama, dobija se sledeća Tabela:

Tabela 5. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. silovanja za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Island	30	...	Estonija, R. Irska	5	-27 / 101
Francuska	11	-2	Poljska	4	-19
Švedska	9	146	Kipar, Češka	4	70 / 2
Finska, Nemačka	8	20 / -10	Bugarska, Hrvatska	4	-64 / -29
Litvanija, Engl. i Vels	7	69 / ...	Španija	3	...
Austrija, Italija	7	20 / ...	Portugal, Slovenija	3	... / 50
Švajcarska, BJRM	6	... / ...	Slovačka, Ukrajina	2	-12 / -17
Moldavija	6	-4	Gruzija	2	109
Holandija	6	-16	Albanija, Grčka	2	-45 / 3
Rumunija	5	-5	Jermenija, Mađarska	1	... / -34
Maksimum		30	Minimum		1
Prosek		5	Medijan		5

Iz biltena Republičkog zavoda za statistiku vidi se da je u 2006. godini u Srbiji bilo ukupno prijavljeno 142 lica zbog učinjenih krivičnih dela silovanja: punoletnih



Slika 4.

je bilo 127, a maloletnika 15. U odnosu na ukupan broj prijavljenih, lica mlađa od 18 godina činila su 11.8%, što je viši procenat od njihovog učešća u vršenju dela ubistva i telesnih povreda. Broj učinilaca ovih krivičnih dela u odnosu na 100 000 stanovnika iznosio je dva (2) i ta stopa spadala je u najniže u Evropi (jedino je u Jermeniji i Mađarskoj bila niža) i podudarala se onom u još pet država (od kojih dve iz okruženja – Albanija i Mađarska). Kako se na Slici 4. vidi, stopa prijavljenih učinilaca krivičnog dela silovanja 15 puta je niža od one zabeležene na Islandu, a 2.5 puta od prosečne.

## 1.2.3.1. Seksualna zloupotreba dece

Podatke o učiniocima ovih krivičnih dela dostavila je 21 evropska država i oni su ovde prikazani na Tabeli 6:

Tabela 6. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. seksualne zloupotrebe deteta za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Island	19	...	Hrvatska	4	58
Finska	17	49	Bugarska, Poljska	3	-14 / 19
Nemačka	9	16	Estonija	2	...
Austrija	7	-7	Rumunija, Slovenija	1	21 / -92
Kipar, Češka	6	54 / -18	Island, Litvanija	1	-64 / -14
Slovačka, Švedska	6	-9 / -16	Albanija, Jermen	1	... / ...
Portugal	5	...	Mađarska, Ukrajina	0	-74 / 16
Maksimum		19	Minimum		0
Prosek		5	Medijan		3

Najviša stopa okrivljenih za seksualnu zloupotrebu dece zabeležena je (kao i kod silovanja) na Islandu (19), a najniža u Mađarskoj i Ukrajini gde je ovih lica manje od jednog na 100 000 stanovnika. U Srbiji je 2006. prijavljeno ukupno 40 lica (33 punoletnih i 7 maloletnih – učešće lica mlađih od 18 godina iznosilo je 17.5%) koja su izvršila krivično delo obljuba sa detetom (čl. 180 KZ RS), što znači da je njihova stopa iznosila 1 (jedan) i da je bila je jedna od najnižih u Evropi (pet puta manja od prosečne).

Na osnovu navedenih podataka, mogla bi se izvesti dva zaključka: prvo, da je učešće maloletnika u strukturi učinilaca ovakvih dela dosta visoko; i drugo, da i pored prve konstatacije, seksualni kriminalitet – ako se uzmu u obzir opšti podaci o stopama prijavljenih učinilaca seksualnih krivičnih dela – ne predstavlja posebno opasan oblik protivzakonite delatnosti u našoj Republici. Naravno, tačnost ovog drugog stava morala bi se proveriti kriminološkim istraživanjima koja bi se usredsredila na nekoliko problema od kojih bi posebno mesto zauzimalo izučavanje tamne brojke kod ovakvih dela, spremnosti žrtava i njihovih srodnika da dela i učinioce prijave, držanje policije i ostalih organa formalne socijalne kontrole i niz drugih.

Za razliku od naših pravosudnih biltena koji ne objavljuju podatke o razmerama tog kriminaliteta, *Evropski izvornik ...* navodi stope prijavljenih učinilaca dela **seksualni napad** (radi se o seksualnom fizičkom kontaktu sa nekim licem protivno njegovoj volji). Podatke je dostavilo manje od polovine (20) država koje učestvuju u sastavljanju ove publikacije i u pet je registrovano manje od jednog ovakvog učinioca na 100 000 stanovnika (stopa = 0), u sedam je ona tri ili manje od tog broja. Maksimalna stopa zabeležena je 2006. godine u Švajcarskoj (33). /14\*/

### 1.2.4. Razbojništvo

Kada se radi učiniocima ovog krivičnog dela, brojučani podaci u *Evropskom izvorniku* ... pokazuju da je od 32 evropske države koje su autorima te publikacije dostavile podatke, ta stopa (kao i slučaju krivičnih dela nanošenja telesnih povreda) najviša u Portugalu (351, nije bilo moguće izračunati trend u periodu 2003–7.), a najniža u Albaniji (5, s trendom opadanja od 52%); odnos maksimalna – minimalna stopa je 70:1; sve to prikazano je na Tabeli 7:

Tabela 7. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. razbojništva za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Portugal	351	...	Švajcarska	27	...
Litvanija	72	-6	Češka	25	-27
Letonija	61	...	Finska, Moldavija	25	-17 / -22
Estonija	56	-8	Hrvatska	24	17
Nemačka, Poljska	44	-5 / -32	BJRM	22	...
Gruzija	42	294	Rumunija	21	-3
Holandija	41	-20	Slovačka, Slovenija	20	-22 / 20
Ukrajina	38	25	Švedska	18	3
S. Irska	37	86	Mađarska	17	7
Engleska i Vels	35	...	Island	15	...
Francuska	36	-6	BiH	12	...
Austrija	33	21	Jermenija, Grčka	7	... / -7
Italija	32	...	Kipar	6	-19
Bugarska	28	-36	Albanija	5	-52
Maksimum		351	Minimum		5
Prosek		39	Medijan		26

Broj prijavljenih učinilaca krivičnog dela razbojništva (i razbojničke krađe koji se u *European Sourcebook* ... tretiraju kao jedno krivično delo) izračunali smo na osnovu podataka iz pravosudnih biltena našeg Republičkog statističkog zavoda. U njima se navodi da je 2006. godine u Srbiji registrovano:

Tabela 8. Broj prijavljenih učinilaca k.d. razbojništva i r. krađe za 2006. u Srbiji

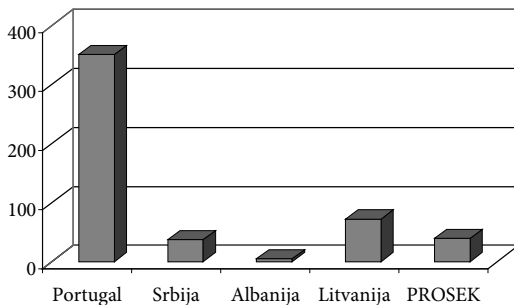
Krivično delo	uč. punol.	uč. malol.	zbir
Razbojništvo	2 467	105	2 572
Razbojnička krađa	114	7	121
Ukupan broj učinilaca k.d. razbojništva i razbojn. krađe u 2006 (Σ) = 2 693 693			

Očigledno je da u strukturi učinilaca dela koje bismo mogli nazvati „razbojništvo u širem smislu“ dominiraju oni koji su izvršili delo iz čl. 206 KZ RS (razbojništvo) jer čine više od 95% populacije, dok učinci razbojničke krađe (čl. 205) čine tek njen dvadeseti deo. Takođe, vidi se i da maloletnici u vršenju ovih krivičnih dela učestvuju u manjem procentu nego kod većine napred navedenih dela: on iznosi tek nešto malo više od 4%. Prema tome, kao učinioci prijavljenih krivičnih dela razbojništva pojavljuju se uglavnom punoletna lica.

Budući da se radi o teškim krivičnim delima, koja se u kriminologiji (za razliku od krivičnog prava) najčešće svrstavaju u nasilnički kriminalitet, /15\*/ ta činjenica se može smatrati ohrabrujućom jer mladi bar ne počinju svoju kriminalnu karijeru vršenjem ovakvih opasnih krivičnih dela. Još je u kriminološkim radovima sa početka prošlog veka ukazano na značaj proučavanja „kriminalaca od karijere“, /16\*/ da bi brojni autori i u naše vreme ukazivali na potrebu sprečavanja faktora koji doprinose ranom opredeljivanju za bavljenje kriminalnom delatnošću. /17\*/

Kada se broj učinilaca dela razbojništvo (shvaćenog u širem smislu) podeli sa brojem stanovnika koji žive na teritoriji Republike na kome deluju njeni organi vlasti, dobija se podatak da je takvih lica u odnosu na 100 000 stanovnika 37 (preciznije: 36.9). Da su podaci za našu Republiku bili dostupni sastavljačima *Evropskog izvornika ...* Srbija bi se našla na levoj strani Tabele 7 i samo bi devet država (od kojih ni jedna iz okruženja i ni jedna od bivših republika SFRJ) imalo višu stopu od njene. Taj podatak morao bi da nas zabrine i trebalo bi ga imati u vidu onda kada se država odluči da počne sa planskim suprotstavljanjem najopasnijim oblicima tradicionalnog kriminaliteta

Kako se na Slici 5. može videti, stopa prijavljenih učinilaca dela razbojništva u Srbiji je pet puta viša no u Albaniji, ali i skoro 9.5 puta niža u Portugaliji. Ovaj drugi podatak mogao bi poslužiti kao osnov za ocenu kako u ovom pogledu stvari i nisu toliko crne.



Slika 5.

Međutim, čini se da takvom optimizmu zaista nema mesta. Jer, nije teško zaključiti kako sa stopom u Portugalu prijavljenih učinilaca razbojništva nešto nije u redu jer je teško poverovati da je ona pet puta viša od stope u prvoj sledećoj državi na listi – Litvaniji. /18\*/

Upravo je iz tog razloga na slici ucrtana i Litvanija, u kojoj je stopa prijavljenih učinilaca razbojništva dva puta viša od one u Srbiji.

### 1.2.5. Krađa

Na osnovu podataka iz *Evropskog izvornika ...* sastavili smo Tabelu 29. koja pokazuje da je stopa prijavljenih učinilaca krivičnog dela krađe (svi oblici) – od 27 država koje su priređivačima publikacije poslale podatke – najviša u Finskoj (1

169; trend opadanja od 12% u periodu 2003–7.), a najniža u Jermeniji (40). Prema tome odnos između države sa maksimalnom i one sa minimalnom stopom je 29:1.

Tabela 9. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. krađe (svi oblici) za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Finska	1 169	-12	Češka	297	-18
Nemačka	722	-16	Slovačka	296	-13
R. Irska	681	91	Mađarska	291	-1
Austrija	644	0	Portugal	264	...
Slovenija	588	36	Kipar	254	13
Estonija, Litvanija	538	... / -5	Poljska	208	-23
Holandija	518	-23	Moldavija	191	...
Hrvatska	445	-9	Rumunija	183	-35
Švajcarska	418	...	Ukrajina	101	-58
Island	398	...	Gruzija	89	97
Bugarska	350	-24	Albanija	59	68
Francuska	342	-3	Grčka	81	11
Švedska	339	-9	Jermenija	40	...
Maksimum		1 169	Minimum		40
Prosek		372	Medijan		339

Pre utvrđivanja stope učinilaca krivičnih dela krađe u Srbiji, trebalo je prvo utvrditi njihov broj u 2006. godini:

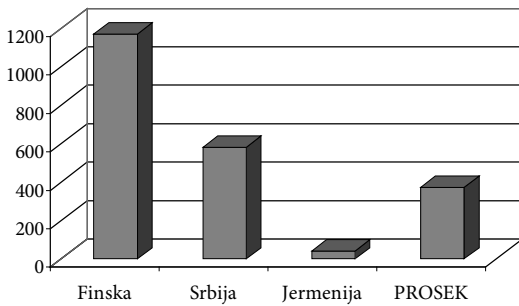
Tabela 10. Broj prijavljenih učinilaca k.d. krađe (svi oblici) za 2006. u Srbiji

Krivično delo	uč. punol.	uč. malol.	zbir
Krađa	15 221	419	15 640
Teška krađa	22 800	603	23 403
Sitna krađa, utaja i prevara	2 935	384	3 319
<b>Ukupan broj učinilaca k.d. krađe u 2006 (Σ) = 42 362</b>			

Dakle, u 2006. ukupan broj prijavljenih za sve oblike krivičnog dela krađe iznosio je 42 362 lica. Njih 55% izvršili su tešku krađu, nešto preko 1/3 „običnu krađu“ (37%), a manje od jedne desetine sitnu krađu. /19\*/ Kao i u prethodnom slučaju, možemo konstatovati da se u evidenciji kao kradljivci pojavljuju skoro isključivo punoletna lica jer je tek svako trideseto lice (3.3%) prijavljeno za krađu mlađe od 18 godina.

Kada se na ovaj način izračuna broj učinilaca krivičnih dela krađe, proizlazi da je njihova stopa u 2006. godini iznosila 580 i Srbija bi se, po tom kriterijumu našla na šestom mestu u Evropi (odmah iza još jedne bivše republike SFRJ – Slovenije). Njena stopa bila bi znatno viša od prosečne i to se može videti na Slici 6. Ovde bi





Slika 6.

trebalo dodati još dve napomene: prvo, stanje bi bilo neznatno drugačije da smo iz analize isključili delo iz čl. 210 KZ RS jer bi tada broj učinilaca bio 39 043, a stopa bi iznosila 535 (u tom slučaju bi se Srbija našla samo dva mesta niže – ispod Estonije i Litvanije, a iznad Holandije); drugo, stvarno mesto koje zauzimamo među evropskim zemljama realnije bismo sagleda-

li da su sve države koje učestvuju u projektu komparacije kriminaliteta na Starom kontinentu dostavile podatke o stopama prijavljenih kradljivaca u 2006. godini (to nisu učinile: Belgija, BiH, Danska, Italija, Letonija, Luksemburg, Malta, Norveška, Rusija, Španija, BJRM, Turska i sve tri teritorije koje pripadaju Ujedinjenom Kraljevstvu).

Iako zbog načina iskazivanja podataka u našim pravosudnim biltenima ne možemo porediti podatke date u tabelama 1.2.2.18 – 1.2.220 koje se u *Evropskom izvorniku* ... odnose na stope nekoliko oblika krivičnog dela krađe, ipak ćemo ih ukratko prikazati. Kada se radi o **provalnim krađama (svi oblici)**, podaci postoje za 28 država, a najviša stopa učinilaca zabeležena je 2006. godine u BJRM (321), najniža u Jermeniji (8); odnos maksimalna – minimalna stopa = 40:1. U pogledu **provalnih krađa u stambene objekte**, od 17 država za koje postoje podaci, stopa prijavljenih učinilaca najviša je u Holandiji (65), najniža u Slovačkoj (11); odnos maksimalna – minimalna stopa je 6:1. Stopa učinilaca dela **krađa motornog vozila**, od 27 država, najviša je u Finskoj (141), a najniža u BiH (0). /20\*/ Po ustaljenoj praksi, za utvrđivanje proporcije najviša – najniža stopa za ovu drugu ćemo uzeti državu čija stopa je najmanji ceo broj. U 2006. to je bila Jermenija (2) pa je navedeni odnos 70:1.

### 1.2.6. Prevara

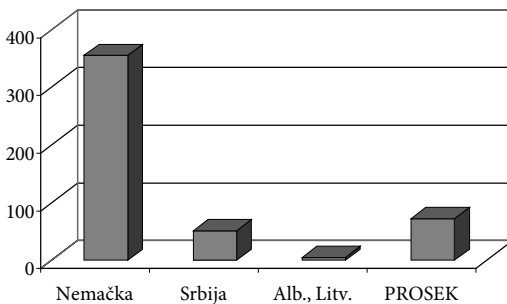
U *Evropskom izvorniku* ... navedeni su podaci o prijavljenim izvršiocima krivičnog dela prevare. Po njima, od 27 država za koje su navedeni podaci, najviša stopa ovih lica je u Nemačkoj (355; porast od 13% u periodu 2003–7.) a najniža u Albaniji i Litvaniji (5; u prvoj zabeležen porast od 98%, u drugoj trend nije bilo moguće utvrditi); odnos maksimalna – minimalna stopa bio je 71:1.

Tabela 11. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. prevare za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Nemačka	355	13	Estonija	47	...
Slovenija	251	75	Portugal	45	...
Finska	228	16	Holandija	38	-11
Austrija	224	8	Kipar	37	-44
Island	105	...	Rumunija	30	5

Država	Stopa	Promena 2003-7 u %	Država	Stopa	Promena 2003-7 u %
Mađarska	78	20	Slovačka	20	-62
Francuska	70	23	Bugarska	15	-34
Hrvatska	64	-28	Gruzija	14	255
Poljska	60	-11	Moldavija	14	...
Švajcarska	59	...	Ukrajina	12	92
Češka	58	-16	Jermenija	8	...
R. Irska	55	42	Grčka	6	2
Švedska	53	22	Albanija, Litvanija	5	98 /...
Maksimum		355	Minimum		5
Prosek		72	Medijan		47

Prema pravosudnim biltenima Republičkog zavoda za statistiku, broj lica prijavljenih zbog izvršenja krivičnog dela prevare (čl. 208 KZ RS) u Srbiji je 2006. godine iznosio 3 700 (3 694 punoletnih i 6 maloletnih – učešće ovih drugih je za-



Slika 7.

socijalističkih, tako i u odnosu na Portugal, Holandiju i Grčku) i nalazila bi se na vrhu desne strane Tabele 11. Ali, možemo zaključiti da bi ta stopa bila niža od one zabeležene u dve bivše republike članice SFRJ (Slovenije, koja se nalazi na drugom mestu – odmah ispod Nemačke – i Hrvatske). /21\*/

### 1.2.7. Krivična dela u vezi sa drogama

Stope učinilaca krivičnih dela u vezi sa drogama za 2006. godinu dostavile su 33 države, a nisu to učinile njih devet: Belgija, Danska, Luksemburg, Norveška, Rusija, Španija, Turska i S. Irska i Škotska kao delovi Ujedinjenog Kraljevstva – od toga, sem Norveške, koja je dostavila podatke za 2005. i Rusije koja ih je poslala za 2003 i 2004, ostalih sedam ih država nisu ih učinile dostupnim u celom posmatranom periodu), a na Tabeli 12. prikazani su podaci za njih 35:

Tabela 12. Stopa prijavljenih učinilaca (svih) k.d. u vezi sa drogama za 2006. i trend 2003–7.

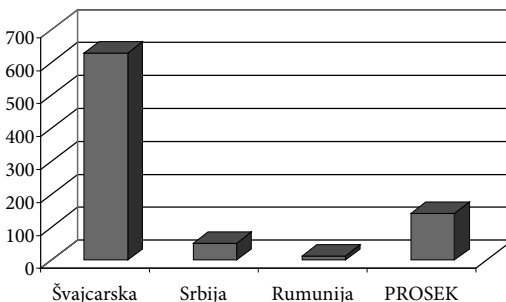
Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Švajcarska	628	...	Ukrajina	91	18
Island	550	...	Poljska	75	64
R. Irska	352	117	Mađarska	57	37
Engleska i Vels	345	...	Gruzija	56	190
Austrija	283	9	Portugal	54	...
Finska, Nemačka	255	0 / -3	BiH, Rusija **	53	...
Francuska	247	21	Moldavija	50	-16
Švedska	221	36	Estonija	48	-20
Hrvatska	173	-1	Bugarska	35	30
Norveška *	166	...	Litvanija	32	97
Malta	150	...	Slovačka	24	-26
Holandija	141	2	Češka	23	-12
Slovenija	105	60	Letonija	21	...
Italija	102	...	BJRM	20	...
Grčka	100	-29	Albanija, Jermenija	17	30 / ...
Kipar	97	58	Rumunija	12	64
Maksimum		628	Minimum		12
Prosek		142	Medijan		91

\* za Norvešku je data stopa izračunata za 2005.

\*\* za Rusiju je data stopa za 2004. kao poslednju godinu za koju su dostupni podaci

Kao što se na Tabeli vidi, maksimalna stopa zabeležena je u Švajcarskoj (628, trend nije bilo moguće izračunati), dok je najniža zabeležena u Rumuniji (12, u razdoblju 2003–7. zabeležen porast od 64%): odnos maksimalna – minimalna stopa bila je 52:1.

U Srbiji je 2006. godine prijavljeno 3 729 učinilaca krivičnog dela neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246 KZ SR (registrovano



Slika 8.

je 3 619 punoletnih i 110 maloletnih lica – oni mlađi od 18 godina činili su manje od 3% populacije) i stopa učinilaca tih krivičnih dela bila je 51, što znači da je spadala u niže u Evropi – skoro tri puta bila je manja od prosečne, a 12 puta niža od maksimalne. Samo 11 država imalo je nižu stopu – od toga samo BJRM od republika koje su činile SFRJ, a od zemalja u okruženju – Rumunija, Albanija i Bugarska. /22\*/

### 1.2.8. Teška krivična dela izvršena u saobraćaju

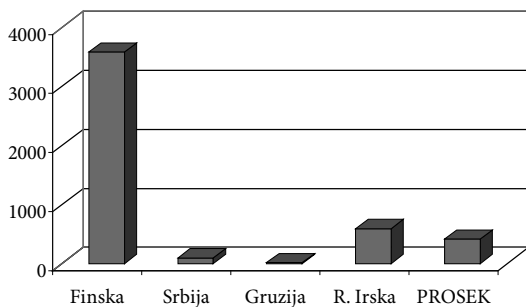
Stope prijavljenih učinilaca teških krivičnih dela izvršenih u saobraćaju i to za 18 država prikazane su na Tabeli 13. Kao izvor poslužila je tabela br. 1.2.2.5. u *Euro-pean Sourcebook ...* /Aebi M. et al. 2010:65/.

Tabela 13. Stopa prijavljenih učinilaca teških k.d. u saobraćaju za 2006. i trend 2003–7.

Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Finska	3 588	20	Mađarska	185	14
R. Irska	593	93	Rumunija	71	2
Poljska	499	-1	Češka	58	46
Holandija	463	7	Litvanija	56	-25
Austrija	451	-13	Hrvatska	53	-8
Letonija	422	-23	Bugarska	18	-12
Portugal	382	...	Moldavija	18	...
Švedska	325	11	Jermenija	17	...
Estonija	261	...	Gruzija	14	358
Maksimum		3 588	Minimum		14
Prosek		415	Medijan		223

Najvišu stopu učinilaca ovih krivičnih dela ima Finska (čak 3 588, sa trendom porasta od 20% u razdoblju 2003–7.), a najnižu Gruzija (sa porastom od 358% u navedenom periodu); /23\*/ odnos maksimalna – minimalna stopa = 256:1 ! Ono što traži objašnjenje je: otkuda u Finskoj ovako visoka stopa učinilaca teških krivičnih dela u saobraćaju. I to u celom praćenom periodu (njihova stopa varirala je od 3 200 u 2003. do 3 836 u 2007.). Da li je problem u tome koja se sve ponašanja podvode pod pojam teškog krivičnog dela u saobraćaju? Ili u pristupu policije koja primenjuje strategiju „nulte tolerancije“? U svakom slučaju, krajnje neobično kod krivičnih dela kod kojih je stopa rasvetljavanja jedna od najviših („indeks prikrivanja“ je nizak jer ova dela i njihove učinioce, po pravilu nije teško otkriti). Treba primetiti još jednu činjenicu: ova stopa je u Finskoj čak šest puta viša od prve sledeće zemlje na tabeli – Republike Irske.

Stopu učinilaca ovog dela u Srbiji je jednostavno izračunati ako znamo koliki je broj učinilaca prijavljen u 2006. Prema podacima naše pravosudne statistike, te godine bilo je evidentirano 7 072 (6 926 punoletnih i 146 maloletnika; lica mlađa od 18 godina činila su 2% od ukupnog broja učinilaca). To znači da je stopa ovih lica bila 97 odn. četiri puta manja od prosečne. U devet država je ona bila niža (među njima je i Hrvatska kao jedina država sa područja ranije SFRJ koja je dostavila podatke; BiH, Slovenija i BJR M nisu to učinile, iako u istraživanju učestvuju). Interesovalo nas je da izračunamo stopu ovih dela u Crnoj Gori. U Statističkom godišnjaku te Republike za 2007 našli smo podatak da je u 2006. godini za krivična dela izvršena u saobraćaju prijavljeno 647 lica (628 punoletnih i 19 maloletnih) iz čega se može zaključiti da je stopa ovih lica u Crnoj Gori iznosila 208 i na zamišljenoj tabeli našla bi se dva mesta iznad Srbije (iznad Mađarske, a ispod Estonije). /24\*/ Na Slici 9. uporedno je prikazana stopa učinilaca teških krivičnih dela u javnom



Slika 9.

saobraćaju, ali je – pored podataka za Srbiju i država sa minimalnom i maksimalnom stopom učinilaca ovih dela prikazana i visina te stope za drugu na listu – Republiku Irsku, čija stopa predstavlja tek 1/6 (15.5%) one u Finskoj. Ovde smo svedoci kako su nesrazmerno visoka stopa prve na listi i relativno mali broj država koje su dostavile podatke (ostaje pitanje zašto, jer se ne radi o delu koje može uticati na

imidž zemlje) doprineli da se prosečna stopa skoro izjednači sa onom u drugoj po redu državi na Tabeli 13.

### 1.2.9. Učinioci ostalih krivičnih dela

Ovde će biti navedeni podaci o stopama prijavljenih učinilaca nekoliko krivičnih dela koja oličavaju način funkcionisanja državnih organa (korupcija), njihovo suprotstavljanje organizovanom zločinu (pranje novca) i nivo visokotehnološkog kriminaliteta (ugrožavanje računarskih podataka).

#### 1.2.9.1. Korupcija u javnom sektoru

Međunarodnom timu koji sastavlja *Evropski izvornik ...* podatke o stopi učinilaca ovog krivičnog dela dostavilo je 18 evropskih država (zanimljivo je da su to sem nekoliko izuzetaka – Nemačka, Kipar, Island i Portugal – isključivo bivše socijalističke države). Tabelarno prikazani, oni pokazuju da je ta stopa bila najviša u Rumuniji (26.6; trend porasta od oko 25% u periodu 2003–7.), a najniža u BJRM (0.6); odnos maksimum – minimum = 44:1.

Tabela 14. Stopa prijavljenih učinilaca k.d. korupcije za 2006. i trend 2003–7.

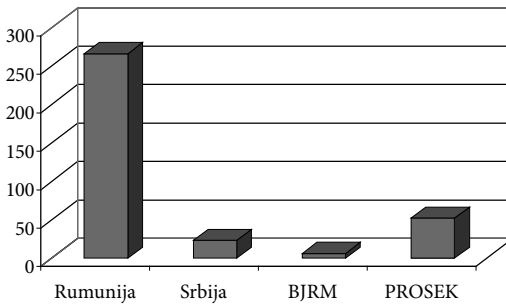
Država	Stopa	Promena 2003–7 u %	Država	Stopa	Promena 2003–7 u %
Rumunija	26.6	24.3	Kipar	2.6	448
Gruzija	14.0	652	Slovenija	2.5	-67
Litvanija	9.8	549	Hrvatska	2.2	16
Bugarska	8.5	-48	Nemačka	2.0	26
Poljska	6.4	172	Češka	1.1	-23
Albanija	4.3	...	Island	1	...
Moldavija	4.2	...	Portugal	1	-30
Slovačka	3.6	97	BiH	0.8	...
Mađarska	2.7	-46	BJRM	0.6	...
Maksimum		26.6	Minimum		0.6
Prosek		5.2	Medijan		2.6

Broj u Srbiji 2006. godine prijavljenih učinilaca krivičnih dela korupcije (u širem smislu) dat je tabelarno:

Tabela 15. Broj prijavljenih učinilaca k.d. kourpcije za 2006. u Srbiji

Krivično delo	uč. punol.	uč. malol.	zbir
Primanje mita	97	-	97
Davanje mita	43	-	43
Protivzakonito posredovanje	28	-	28
Ukupan broj učinilaca k.d. korupcija u 2006 ( $\Sigma$ ) = 168			

Dakle, navedene godine nijedno lice mlađe od 18 godina nije prijavljeno kao učinilac bilo kog od tri navedena krivična dela. Kada se radi o punoletnima, oni



Slika 10.

su u najvećem broju slučajeva prijavljena zbog primanja mita (oko 58%), najređe (17%) za protivzakonito posredovanje. Stopa prijavljenih učinilaca koruptivnih krivičnih dela, za Srbiju iznosi 2.3 i na Tabeli 13. po tom kriterijumu naša država bi se našla između Hrvatske i Slovenije. Sedam država imale bi nižu stopu prijavljenih učinilaca (među njima tri sa područja bivše SFRJ), a među njima bila bi i Nemačka.

Ona je u Srbiji skoro 2.5 puta niža od prosečne, a 11.5 puta od one u Rumuniji (istina, skoro četiri puta je viša od one u BJRM). Sve ovo, međutim, vrlo uslovno može poslužiti za komparaciju stanja ovog tipa kriminaliteta u Srbiji sa ostalim evropskim državama. Pre svega, činjenica da skoro ni jedna razvijena država Zapadne Evrope nije dostavila podatke o stopi prijavljenih učinilaca kao da ukazuje na prećutni stav da je korupcija problem jedino u zemljama u tranziciji. Ovakva arogantna logika nema osnova u životu. U mnogim od tih razvijenih država lako je osvedočiti o korupcionaškim aferama velikih razmera; što je još gore, državljani tih zemalja se u poslovanju sa privrednim subjektima zemalja u tranziciji (privatizacije firmi, investiranje kapitala) ponašaju kao činovnici poslani u kolonije koji hoće da se na brzinu obogate („ugrađuju“ se sa svojim procentom u svaku transakciju) i time generišu „krupnu“ korupciju u tim zemljama. /25\*/ Navedeno ne znači da se države u tranziciji ne sreću sa problemom korupcije koja je „autohtona“, ali se i ovde potvrđuje stara istina koju je prvi formulisao Tarde /2010/ a ponovio je i Marcus Felson /2011/: tamo gde se nema šta uzeti, nema ni lopova. Naprotiv, sa velikim sumama i zarada svih aktera sa obe strane zakona vrtoglavo raste. Zbog svega navedenog, poređenje na Slici 10. treba shvatiti vrlo uslovno.

### 1.2.9.2. Pranje novca

Stopa prijavljenih učinilaca ovog krivičnog dela neće biti data tabelarno jer je samo nekoliko od 22 evropske države koje su dostavile podatke iskazalo stopu višu

od jedan: to su Kipar (sa 53.2 i to je maksimalna), zatim Nemačka (3.2), Austrija (2.7), Island (2.6), Švajcarska (2.1) i Rumunija (1.8). U izvesnom smislu, ovi podaci poklapaju se sa uobičajenim predstavama krivičara o državama u kojima organizovane kriminalne grupe najčešće pokušavaju da operu novac.

Što se Srbije tiče, sa četiri učinioca (svi punoletni) koji su prijavljeni zbog izvršenja ovog krivičnog dela, stopa tih lica 2006. godine iznosila bi 0.0 (tačnije 0.05) i u tom pogledu izjednačili bismo se sa državama (Albanija, Litvanija, Moldavija i Ukrajina) koje imaju najnižu stopu na Starom kontinentu. Ovaj zaključak deluje dosta optimistično, ali bi njegovu osnovanost trebalo proveriti istraživanjima o „skrivenom kriminalitetu“.

### 1.2.9.3. Ugrožavanje računarskih podataka

Podaci o stopama učinilaca dela ugrožavanja računarskih podataka i sistema takođe neće biti tabelarno prikazani jer većina od 22 države koje su dostavile podatke imaju manje od jednog na 100 000 stanovnika. Izuzetak su Nemačka (sa 19.6, najviša stopa), Estonija (1.8), Austrija (1.3), Rumunija (1.2) i Portugal (sa 1).

U Srbiji je prema podacima pravosudnih biltena br. 490 i 491 2006. godine ukupno prijavljeno 23 punoletnih lica zbog vršenja nekog od krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka, što znači da je te godine njihova stopa iznosila 0.3 i bila ista kao u Sloveniji, a viša od one u osam država: Albaniji, Litvaniji, Moldaviji i Ukrajini (0.0); Jermeniji, Bugarskoj, Češkoj i Mađarskoj (0.1)

## 2. UČEŠĆE POJEDINIH KATEGORIJA MEĐU PRIJAVLJENIM UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA

U *Evropskom izvorniku* ... (p.88) data je Tabela 1.2.3.1. na kojoj su prikazani podaci o procentu učešća žena, maloletnika, stranaca i državljana Evropske unije među ovim poslednjima (naravno, ovi procenti izračunati su samo za poznate učinioce krivičnih dela). Mi ćemo ovde razdvojiti te podatke i prikazati ih odvojeno, a onda ih (tamo gde to bude moguće) uporediti sa procentualnim učešćem tih kategorija u populaciji prijavljenih učinilaca krivičnih dela u Srbiji.

### 2.1. Procenat prijavljenih žena učinilaca krivičnih dela

Podatke o procentualnom učešću lica ženskog pola među prijavljenim učiniocima krivičnih dela dostavilo je ekspertskoj grupi 26 država.

Tabela 16. Procenat žena među prijavljenim učiniocima krivičnih dela u 2006.

Država	%	Država	%	Država	%
Letonija	40.2	Portugal	15.6	Estonija	10.4
Finska	28.0	Francuska, Rusija	15.1	Poljska	9.4
Nemačka	24.1	Mađarska, Holandija	14.2	Bugarska	9.2
Austrija	20.4	Češka, Grčka, Sloven.	13.6	Jermenija	8.4

Država	%	Država	%	Država	%
Švedska	19.8	Ukrajina	13.1	Slovačka	6.5
Litvanija	19.0	Rumunija	11.6	Gruzija	5.9
Island	17.8	Hrvatska, Moldavija	10.7	Albanija	3.8

Maksimalno procentualno učešće žena u populaciji prijavljenih izvršilaca krivičnih dela u navedenoj godini zabeleženo je u Letoniji gde su od pet učinilaca, čak dve žene. Nešto niže, ali i dalje izuzetno visoko je učešće žena u Finskoj (skoro svako treće prijavljeno lice), u Nemačkoj (svako četvrto), Austriji i Švedskoj (svako peto). U srednjoj koloni nalaze se države sa nešto nižim učešćem žena u populaciji prijavljenih učinilaca krivičnih dela, a u desnoj su (sa izuzetkom Estonije) države kod kojih je procenat prijavljenih lica ženskog pola ispod 10%. Najniži procenat (3.8%) zabeležen je u Albaniji.

Jedno od klasičnih pitanja na koje kriminologija nastoji da pruži odgovor je: zašto je udeo žena u populaciji prestupnika znatno niži od njihovog relativnog učešća u ukupnim stanovništvu. Prema demografskim podacima kojima se operiše već decenijama u evropskim državama više od polovine (50.7%) stanovništva čine žene. Zbog toga, sem Letonije gde se ovi procenti razlikuju za 13% (40.2:50.4), kod svih ostalih država se postavlja pitanje otkuda toliko velika disproporcija (kod druge države na listi – Finske, ona iznosi 24% (28:52), a kod Albanije čak 48% (4:52).

Da bi odgovorili na gornje pitanje, neki kriminolozi polaze od premise da je udeo žena u kriminalnoj populaciji u korelaciji sa nivoom dostignute emancipacije i njihovim učešćem u ključnim društvenim procesima. /26\*/ Kada bi ovakvo objašnjenje bilo tačno, procentualno učešće žena u masi prijavljenih učinilaca krivičnih dela trebalo bi da bude najviše u razvijenim državama. Međutim, raspored zemalja na Tabeli 16. ne potvrđuje tu tvdnju. Osim toga, ovakvo zaključivanje otežava činjenica da se među 16 država koje nisu dostavile podatke nalaze i one koje bi bile interesantne za proveru navedene hipoteze. /27\*/

Podaci sadržani u biltenima Republičkog zavoda za statistiku Srbije za 2006. godinu koji se odnose na broj prijavljenih učinilaca rasvetljenih krivičnih dela („poznati učiniooci“) i njihovu polnu strukturu pokazuju da je te godine organima pravosuđa bilo poznato 63 970 punoletnih učinilaca, od čega je žena bilo 7 082 ili 11%. Kada se radi o maloletnicima, poznatih učinilaca bilo je 3 041, od čega 227 lica ženskog pola. Njihovo učešće je kod lica mlađih od 18 godina bilo 7.5%. Prema tome, zbirni procenat žena u populaciji učinilaca rasvetljenih krivičnih dela iznosio je za obe uzrasne kategorije 10.9% (proporcija učešća među prijavljenim učinioocima krivičnih dela – udeo u populaciji iznosi 11:51.4 – dakle, razlika iznosi 40.4%) i bio je – kada se posmatraju države nastale raspadom SFRJ – iznad zabeleženog u Hrvatskoj, a nešto niži od onog u Sloveniji. Što se tiče Crne Gore, Statistički godišnjak za 2007. navodi da su među poznatim prijavljenim učinioocima krivičnih dela lica ženskog pola činila 7.6%, a među maloletnima 3.5%. Prema



tome, ukupno učešće lica ženskog pola iznosilo je 2006. godine 7.4% i bilo je niže od svih nekadašnjih jugoslovenskih republika za koje imamo podatke. Od država u okruženju, učešće žena kod nas je niže od onog u Mađarskoj i Rumuniji, a više od zabeleženog u Bugarskoj i Albaniji.

Tim koji je radio na sastavljanju *Evropskog izvornika ...* smatra da može biti korisno i navođenje procentualnog učešća žena među prijavljenim učinocima pojedinih krivičnih dela. Ti podaci dati su za sledeće inkriminacije: ■ ubistvo (svi oblici) – maksimum: Estonija sa 16.7%; minimum: Island sa 0.0%; ■ nanošenje (svih oblika) telesnih povreda – maksimum: Portugal, 19.8%; minimum: Albanija, 0.9%; ■ silovanje /28\*/ – maksimum: Jermenija, 5.3%; minimum: Bugarska, Hrvatska, Estonija, Gruzija, Moldavija, Slovenija i Švajcarska sa 0.0%; ■ razbojništvo – maksimum: Finska, 13.5%; minimum: Holandija, 1%; ■ krađa – maksimum: Švedska, 30.9%; minimum: Albanija, 1.7%; ■ krađa motornog vozila – maksimum: Finska, 8.6%; minimum: Jermenija i Moldavija, 0.0%; ■ prevara – maksimum: Nemačka, 30.4%; minimum: Slovačka, 8.5% /29\*/ ■ dela u vezi sa drogama – maksimum: Moldavija i Ukrajina, 20.3%; minimum: Jermenija, 2.1%; ■ teška dela protiv javnog saobraćaja – maksimum: Letonija, 40.2%; minimum: Albanija: 3.8%; ■ korupcija – maksimum: R. Irska, 21.8%; minimum: Island, 0.0%; ■ pranje novca – maksimum: Mađarska, 40.0%; minimum: Jermenija, Bugarska, Litvanija, Moldavija i Slovenija, 0.0%; ■ dela protiv kompjuterskih podataka i sistema: žene u svim zemljama čine manje od 1%.

## 2.2. Procenat prijavljenih maloletnih učinilaca krivičnih dela

Podaci navedeni u *European Sourcebook ...* o procentualnom učešću maloletnika u populaciji prijavljenih učinilaca svih krivičnih dela u 26 država Starog kontinenta (radi se o skoro istim zemljama kao u prethodnom slučaju – razlika je samo u tome što ovde nema Portugala, a figuriše BJRM) biće prikazani tabelarno:

Tabela 17. Procenat maloletnika među prijavljenim učinocima krivičnih dela u 2006.

Država	%	Država	%	Država	%
Letonija	47.8	Finska, Litvanija	12.3	Slovenija	7.4
BJRM	22.0	Mađarska	12.0	Češka	7.2
Holandija	19.6	Rusija	10.9	Albanija	8.6
Francuska	18.3	Hrvatska	10.5	Grčka	6.0
Nemačka	16.6	Moldavija	10.3	Gruzija	5.9
Austrija	15.5	Poljska	9.1	Jermenija	5.7
Švedska, Bugarska	14.0	Ukrajina	7.9	Island	2.7
Estonija	13.5	Rumunija	7.8	Slovačka	2.0

Apsolutni rekorder po učešću maloletnika je Letonija u kojoj oni predstavljaju skoro polovinu populacije prijavljenih učinilaca krivičnih dela; u prvoj sledećoj državi – BJRM ono je znatno niže (učestvuju iznad jedne petine), a slična je situacija i u Holandiji i Francuskoj. Zašto je u Litvaniji svaki drugi prijavljeni učinilac krivičnog dela maloletnik ako u populaciji ove zemlje lica u uzrastu 15–19 godina čine

nešto preko 7.2%? /30\*/ Kriminolozi bi upravo u ovoj zemlji mogli da izvrše evaluaciju brojnih teorija koje objašnjavaju kriminalitet maloletnika /v. Ignjatović, 2008/

Od bivših republika koje su činile SFRJ Hrvatska sa 10.5% i Slovenija sa 7.4% spadaju u države sa nižom relativnom zastupljenošću maloletnih lica u masi prijavljenih učinilaca krivičnih dela (za BiH podaci nisu dostupni, a na osnovu podataka iz navedenog Statističkog godišnjaka Crne Gore za 2007. godinu izračunali smo da je u njoj procenat maloletnika među prijavljenim učinocima krivičnih dela iznosio 2.9%).

Procenat u kome su u Srbiji maloletnici zastupljeni u populaciji prijavljenih učinilaca krivičnih dela iznosi 3.7% (udeo lica u uzrastu 15–19 godina u stanovništvu Republike iznosi 5.8%) iz čega se mogu izvući dva zaključka:

a. ne samo da je procentualno učešće maloletnika među prestupnicima niže nego u opštoj populaciji, nego ono spada u najniže u Evropi (bilo je manje samo u dve države koje figurišu u *Evropskom izvorniku ...* – u Slovačkoj i na Islandu);

b. ovo je dosta ohrabrujući podatak za kriminologe jer izgleda da se relativno mali broj mladih opredeljuje za bavljenje kriminalitetom pre 18 godine.

Ove zaključke trebalo bi proveriti daljim istraživanjima. Ona bi obuhvatila ne samo utvrđivanje stanja u zemljama koje nisu dostavile podatke koji omogućavaju upoređivanje, nego i uzimanje u obzir niza faktora. Posebno bi trebalo obratiti pažnju na životni uzrast koji se u različitim zakonodavstvima smatra maloletstvom, kao i na druge moguće neusklađenosti. /31\*/

*Evropski izvornik ...* sadrži i podatke o procentualnom učešću maloletnika u populaciji učinilaca sledećih krivičnih dela: ■ ubistvo (svi oblici) – maksimum: Albanija i Holandija sa 10.3; minimum: Island i Slovačka sa 0.0%; ■ nanošenje (svih vrsta) telesnih povreda – maksimum: R. Irska sa 40.2%; minimum: Island sa 0.3%; silovanje – maksimum: Francuska sa 22.7%; minimum: Jermenija i Island sa 0.0%; ■ razbojništvo – maksimum: Mađarska 48.2%; minimum: Island, 0.0%; ■ krađa – maksimum: R. Irska: 44.5; minimum: Slovačka sa 2.6%; ■ krađa motornog vozila – maksimum: Nemačka, 40.7%; minimum: Jermenija (kao jedina zemlja u kojoj čine manje od 10%) sa 6.2%; ■ prevara – maksimum: R. Irska, 21.8%; minimum: Island i Slovačka, 0.0%; /32\*/ ■ dela u vezi sa drogama – maksimum: R. Irska, 44.4%; minimum: Island, 0.1%; ■ teška dela protiv javnog saobraćaja – maksimum: Letonija, 47.8%; minimum: Slovačka: 2%; ■ korupcija – maksimum:; minimum: ■ pranje novca – maksimum: Nemačka, 3.7%;; minimum (osim Austrije i Švajcarske) u svim ostalim zemljama procenat maloletnika prijavljenih za ovo k.d. ispod 1%; ■ dela protiv kompjuterskih podataka i sistema: i maloletnici u svim zemljama za koje su dostupni podaci čine manje od 1% prijavljenih.

## 2.2. Procenat prijavljenih stanaca učinilaca krivičnih dela

Iako, za razliku od *Evropskog izvornika ...*, bilteni koje izdaje Republički zavod za statistiku Srbije ne omogućavaju da se utvrdi procenat stranaca – izvršilaca krivičnih dela, ipak ćemo ukratko navesti podatke iz navedene međunarodne publikacije koji se odnose na 2006. godinu. Dostavilo ih je 24 zemlje (18 to nije učinilo), /33\*/ pa ćemo ih – budući da se radi o natpolovičnoj većini zemalja koje u projektu učestvuju – predstaviti tabelarno:

Tabela 18. Procenat stranaca među prijavljenim učinioциma krivičnih dela u 2006.\*

Država	%	Država	%	država	%
Kipar	33.3	Slovenija	11.4	Jeremenija	2.1
Estonija	31.3	Finska, Island	9.2	BJRM	1.7
Austrija	28.3	Letonija	7.2	Bugarska, Mađarska	1.4
Nemačka	22.0	Češka	6.7	Slovačka	1.2
Francuska	20.7	Hrvatska	6.1	Litvanija	1.1
Grčka	16.4	Rusija	3.9	Rumunija	1.0

\* Navedene su samo države kod kojih je procenat učešća stranaca iznad jednog procenta. Zato na Tabeli nema Albanije(0.8), Moldavije (0.6), Poljske (0.4), i Ukrajine (0.8%)

Kako se na Tabeli vidi, Kipar i Estonija imaju najveći procenat stranaca prijavljenih zbog izvršenja krivičnog dela. Skoro trećinu prestupnika u tim državama čine stranci. U Austriji, Nemačkoj i Francuskoj stranaca ima više od petine među registrovanim učinioциma krivičnih dela, a u Grčkoj više od šestine. Ove podatke trebalo bi dovesti u vezu sa (procenjenim) brojem stranaca koji borave na teritoriji evropskih država koje su dostavile podatke. S druge strane, šteta je što se na listi onih koje to nisu uradile nalaze i zemlje u kojima je poslednjih decenija broj emigranata veoma visok (Italija, Malta, Španija) jer bi to takođe olakšalo utvrđivanje eventualnih kriminoloških pravilnosti.

Interesantno je i koliko stranci učestvuju u vršenju pojedinih delikata. Na osnovu podataka u *Evropskom izvorniku ...* navešćemo samo maksimalan procenat učešća stranaca kod sledećih krivičnih dela: ■ ubistvo (svi oblici) – maksimum: Estonija 41.7%; ■ nanošenje (svih vrsta) telesnih povreda – Švajcarska 49.2%; ■ silovanje – Švajcarska 63.6%; ■ razbojništvo – Švajcarska 59.5%; ■ krađa – Švajcarska 50.3%; ■ provalna krađa: Švajcarska 51.8%; ■ krađa motornog vozila – Austrija 34.8%; ■ prevara – Švajcarska 47.7%; ■ dela u vezi sa drogama – Estonija 40.1%; ■ teška dela protiv javnog saobraćaja – Bugarska 28.8%; ■ korupcija u javnom sektoru – Island 66.7%; ■ pranje novca – Austrija 56.4% (druga Švajcarska sa 51.6); ■ dela protiv kompjuterskih podataka i sistema: Nemačka 1.09%. /34\*/

U publikaciji se može videti i koji procenat od stranaca registrovanih kao učinioци krivičnih dela su državljani EU, ali se čini da oni za ovaj rad nisu od značaja, a u pojedinim slučajevima nisu ni uporedni. /35\*/

## ZAKLJUČAK

U ovom radu upređeni su podaci o izvršioциma krivičnih dela objavljeni u najpotpunijoj publikaciji namenjenoj komparaciji kriminaliteta na našem kontinentu – *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistic* sa onima koji se mogu naći u pravosudnim biltenima koje objavljuje Republički zavod za statistiku Srbije. Referentna godina je 2006, a podaci se odnose na stope prijavljenih učinilaca krivičnih dela i procenat učešća žena i maloletnika u populaciji registrovanih učinilaca krivičnih dela.

Iz podataka koji su bili dostupni, mogu se izvući sledeći zaključci: kada se radi o poređenju stopa svih krivičnih dela o kojima se vode evidencije, ta stopa je u Srbiji nešto niža od prosečne (1 489: 1 528). Slična je situacija i sa odnosom stopa učinilaca umišljajnog krivičnog dela ubistva (SRB: EVR = 4.6: 4.9). Kod nanošenja telesnih povreda, stopa prijavljenih učinilaca tih dela je u Srbiji 2.5 puta niža od prosečne (60: 159).

Stopa registrovanih učinilaca krivičnog dela silovanja u Srbiji je takođe više-struko niža u odnosu na prosek u evropskim državama koje učestvuju u sastavljanju *Evropskog izvornika ...* (2: 5), a ta disproporcija je još veća kod izvršilaca krivičnog dela seksualne zloupotrebe deteta (1: 5). Iz dostupnih podataka o učiniocima seksualnih krivičnih dela mogu se izvući dva zaključka: a) procenat učešća maloletnika među registrovanim učiniocima znatno je viši kod ovih dela nego kod većine ostalih oblika kriminalne delatnosti; b) stope učinilaca seksualnih krivičnih dela u Srbiji su znatno niže od prosečnih u onim evropskim zemljama za koje su podaci dostupni.

Za razliku od poslednjeg, uslovno govoreći ohrabrujućeg zaključka, situacija sa razbojništvom je sasvim drugačija. Stopa učinilaca tog krivičnog dela skoro da se podudara sa prosečnom (37: 39) i kada bi naša Republika učestvovala u sastavljanju *Evropskog izvornika ...* našla bi se, po ovom kriterijumu, iza samo 10 država (od čega ni jedna od bivših republika SFRJ i država u okruženju), pri čemu bi se iza nje našle i mnoge razvijene evropske zemlje. Stopa kradljivaca u Republici je takođe među najvišima u Evropi i znatno je iznad prosečne (535: 372) i po tom kriterijumu Srbija bi se našla na sedmom mestu na Starom kontinentu. Nešto bolje je stanje kod krivičnog dela prevare – poređenje stope varalica pokazuje odnos 51: 72.

Međutim, raspoloživi podaci o broju učinilaca krivičnih dela u vezi sa drogama registrovanih u Srbiji i na osnovu toga izračunata stopa tih lica pokazuje da je ona među najnižima u Evropi – tri puta je niža od prosečne (51: 142), a čak 12 puta od maksimalne (zabeležene u Švajcarskoj). Ova činjenica dosta odstupa od predstave stvorene u javnosti o razmerama tzv. narkomanskog kriminaliteta.

Slična je situacija i sa saobraćajnim kriminalitetom: stopa učinilaca teških krivičnih dela izvršenih u javnom saobraćaju u Srbiji je četiri puta niža od evropskog proseka (97: 415). Ovaj zaključak odudara znatno od onog koji se može steći na osnovu analize drugih međunarodnih statistika koje pokazuju da je stanovništvo naše Republike jedno od najugroženijih saobraćajnim kriminalitetom u Evropi. Ovo je utoliko interesantnije ukoliko se ima u vidu da ključni argument koji bi se mogao koristiti za objašnjenje iznenađujuće niske stope učinilaca krivičnih dela „narkomanskog kriminaliteta“ – velika tamna brojka – ovde ne bi mogao koristiti. Jer, kod krivičnih dela u saobraćaju indeks prikrivanja je izrazito nizak (teško je da ostane neregistrovano ovakvo delo koje je dovelo do stradanja ljudi ili imovinske štete većih razmera).

*European Sourcebook ...* među vidovima kriminaliteta koji se uporedno prate uvrščava i tri veoma bitne inkriminacije koje se tiču načina funkcionisanja javnih službi (korupcija u javnom sektoru), pokušaje organizovanog kriminaliteta da legalizuje svoje prihode (pranje novca) i tzv. visokotehnoški kriminalitet (dela ugrožavanja računarskih podataka i sistema). Kada se uporede stope učinilaca ovih

krivičnih dela u Srbiji i onih nekoliko država koje sastavljačima gore navedene međunarodne publikacije o tome dostavljaju podatke, izgleda kao da u Republici i nismo posebno ugroženi navedenim protivpravnim ponašanjima. Koliko ovaj utisak odgovara istini, naročito u odnosu na koruptivna krivična dela, ostaje da provere kriminološka istraživanja.

Procenti učešća žena i maloletnika u populaciji prijavljenih učinilaca krivičnih dela u Srbiji u 2006. godini spadaju u najniže u Evropi. I ovde se od kriminologa očekuje da odgovore na pitanje „zašto“?

Opštem zaključku ovoga rada trebalo bi da prethodi podsećanje da sve evidencije (pa i na njima zasnovane komparacije) kriminaliteta operišu samo sa delima učinilaca koji su poznati organima pravosuđa, a ne sa registrom svih stvarno izvršenih dela i njihovih učinilaca. Dalje, svim ovakvim evidencijama mogu se staviti brojni empiristiološki i metodološki prigovori. Nije potpuno izvesno da sve države (iz ekonomskih, ali drugih razloga) dostavljaju stvarne podatke o kriminalitetu. Dalje, moguće su i greške, a poseban problem predstavlja i inkompatibilnost jedinica poređenja (razlike u krivičnim zakonodavstvima) i čitav niz činilaca koji doprinose nepouzdanosti ovakvih evidencija.

I pored svih prigovora koji se mogu staviti međunarodnim pregledima kriminaliteta, ostaje utisak da su oni korisni i neophodni i to iz više razloga koji se ne svode samo na potrebu da se utvrdi gde se koja od država nalazi na „globalnoj mapi kriminaliteta“. Kada se radi o našoj zemlji, već površan pogled na tu mapu pokazuje da je nužno preduzeti hitne mere za kontrolu jednog specifičnog predatorskog krivičnog dela – razbojništva. Budući da se radi o jednom od najtežih oblika konvencionalnog kriminaliteta, trebalo bi reagovati hitno. Drugi zaključak je da saobraćajni kriminalitet nije tako dramatičan problem kakvim se obično našoj javnosti predstavlja. To ne znači da treba prestati sa naporima da se broj ovih dela smanji (utoliko pre što se radi o radnjama kod kojih efikasna kaznena politika ostvaruje zadovoljavajuće rezultate), nego da je nužno izvršiti evaluaciju stvarnih rezultata brojnih kampanja iz oblasti bezbednosti u saobraćaju (povremeno, one podsećaju na sistematsko izazivanje straha i panike) koje, vođene od brojnih organizacija i agencija, budžet države koštaju velika sredstva, a izgleda da ne doprinose podizanju nivoa zaštite potencijalnih žrtava.

## NAPOMENE

- 01\*/ O ovom važnom izvoru komparativne kriminologije videti na internet adresi [www.europeansourcebook.org](http://www.europeansourcebook.org) i u: Aebi M, Killias M. and Tavres C. /2002/ i Van Dijk J. /2008/. Uбудućе u ovom tekstu publikacija će skraćeno biti navođena kao: *Evropski izvornik ...* ili *European Sourcebook ...*
- 02\*/ Da su u pitanju razlozi koje smo naveli, lako je uveriti se na osnovu sledećih podataka: među oštećenim građanima samo njih 29% je neposredno prijavilo učinioca javnom tužilaštvu (ostali su to uradili preko MUP), dok su oštećene organizacije to učinile u 72% slučajeva (obrnuta proporcija u odnosu na oštećene građane), a drugi organi uprave u 78%.
- 03\*/ Na Tabeli 1.2.2.1 *European Sourcebook ...* (p. 63) navedena su imena 42 države. Od toga njih 11 (Belgija, Danska, R. Irska, Luksemburg, Malta, Norveška, Španija, Švajcarska, Turska, S. Irska i Škotska) nisu dostavile podatke.

- 04\*/ Najzad, još jedna napomena. I pored želje da – kao u slučaju Srbije uporedimo podatke o stopama učinilaca pojedinih krivičnih dela iz *Evropskog izvornika ...* sa onima iz republičke pravosudne statistike, to – kada se radi o Crnoj Gori neće (sem u jednom slučaju) biti moguće. Razlog: u ovoj Republici podaci o stanju kriminaliteta objavljuju se sumarno samo za grupe krivičnih dela, a ne i za pojedine inkriminacije. Ostaje nejasno zašto se podaci o kriminalitetu prikazuju na ovaj način kada to onemogućava realno sagledavanje kriminaliteta u toj sredini. Čini se da razlog nije u želji da se bilo šta zamagli ili prikrije jer je to danas u balkanskim državama u kojima strani eksperti sede u svim važnim ministarstvima nemoguće, nego u odsustvu svesti o značaju ovih podataka i činovničkoj inertnosti.
- 05\*/ Radi se o biltenima br. 490 (*Punoletni učinioci krivičnih dela – prijave, optuženja i osude –2006*, Beograd, 2009) i 491 (*Maloletni učinioci krivičnih dela – prijave, optuženja i osude –2006*, Beograd, 2009).
- 06\*/ U izvesnoj meri na ovo nepodudaranje utiče i činjenica da kod velikog broja krivičnih dela čije postojanje je evidentirano učinilac dela u momentu prijavljivanja nije poznat („NN lice“). U Biltenu 490 za 2006. godinu u Tabeli 1–3. navedeno je da od te godine od 105 701 prijavljenog punoletnog lica njih 41 731 (ili 39%) spada u kategoriju „nepoznati učinioci“ (kod krivičnih dela protiv imovine, njihov procenat iznosi 71%). U takvoj situaciji, pretpostavlja se da je učinilac krivičnog dela jedno lice.
- 07\*/ Uglavnom iste one koje su pomenute kod prijavljenih učinilaca svih krivičnih dela.
- 08\*/ Porast od 148% u slučaju Republike Irske nije toliko zabrinjavajući (jer se radi o malim brojevima) koliko porast od 72% u Gruziji.
- 09\*/ Koliko je ovaj utisak osnovan trebalo bi proveriti uporednom analizom podatka o relativnoj zastupljenosti ovog krivičnog dela u drugim državama.
- 10\*/ Slobodnije govoreći, budući da je pokušaj „umišljajno započinjanje dela koje nije dovršeno“ (čl. 30 KZ RS) iz navedenog bi neko mogao (budući da se za ubistvo često koristi vatreno oružje) zaključiti da su najslabiji strelci građani Albanije, a najbolji Slovačke. Čini se da se objašnjenje krije u nečem sasvim drugom. Ukoliko se u Albaniji ugrožavanje sigurnosti u pravosudnoj praksi podvodi pod pokušaj ubistva, onda to može objasniti toliku diskrepanciju u stopama na koju smo ukazali. Što se Slovačke tiče, verovatno je razlog poklapanja u tome što njeni organi zaduženi za pravosudnu statistiku šalju sastavljačima *Evropskog izvornika ...* iste podatke o dve različite stvari. To se vidi po tome što se stope u slučaju Slovačke poklapaju u celom periodu 2003–7.
- 11\*/ Podatke nisu dostavile: BiH, Bugarska, Danska, Italija, Letonija, Luksemburg, Malta, Norveška, Rusija, Španija, BJRM, Turska i sve tri teritorija Ujedinjenog Kraljevstva.
- 12\*/ Stope učinilaca koji su naneli telesne povrede službenim licima dostavile su: Bugarska, Hrvatska, Francuska, Mađarska, Island, R. Irska i Poljska. Najviša je na Islandu (46), najniža u Bugarskoj (3); odnos maksimalna – minimalna stopa je 15:1. Budući da mali broj država predviđa posebno krivično delo nasilja u porodici /v. Jovanović, 2010/, nije se ni moglo očekivati da veći broj zemalja dostavi o tome podatke. Zato su samo Hrvatska, Kipar, Gruzija, Poljska i Portugal izvestile o stopi lica koja su nanela telesne povrede vršeći nasilje u porodici. Najviša je u Portugalu (134), najniža u Gruziji (1), pa je odnos maksimum – minimum čak 134:1! Ovaj podatak mogao bi poslužiti i kao ilustracija nejednakog odnosa prema nasilju u porodici u različitim delovima Evrope.
- 13\*/ Već na prvi pogled zapaža se da je stopa prijavljenih silovatelja na Islandu znatno viša nego u drugim zemljama (skoro tri puta u odnosu na „drugorangiranu“ Francusku), pa bi kriminolozi trebalo da prouče razloge ove disproporcije. Oni se možda kriju u načinu vođenja evidencije, krugu ponašanja koja se podvode pod pojam silovanja, nivou svesti o značaju zaštite polnog integriteta svakog građanina, spremnosti da se delo prijavi i nizu drugih činilaca.
- 14\*/ I ovde se možemo uveriti koliko su u pravu članovi tima koji je sastavio *European Sourcebook ...* kada u uvodnom delu publikacije izričito naglašavaju da se u njoj navedeni podaci moraju pažljivo tumačiti i da treba izbegavati olako zaključivanje. Jer, prema onome što se nalazi na Tabeli 1.2.2.14. (p.73) neko bi mogao pomisliti da su građani Švajcarske 33 puta skloniji da seksualno ugrožavaju druge od stanovnika Estonije i Mađarske (gde je stopa = 1) a još više od ljudi koji žive u Armeniji, na Kipru, u Gruziji, Litvaniji i Rumuniji (stopa = 0). I ovde je jedini način da objasnimo ove relacije sprovođenje uporednih kriminoloških istraživanja koja bi se pre svega koncentrisala na proučavanje vrednovanja polnog dostojanstva u pomenutim državama.

- 15\*/ Najveći deo američkih kriminologa tradicionalno smatra da primena nasilja kod ovih dela značajnije određuje njihovu prirodu od koristoljublja koje navodi učinioca na izvršenje (kao karakteristični zastupnici takvog gledišta mogu se navesti pisac najuticajnijeg udžbenika kriminologije u SAD Larry Siegel /1989:270/, a u novijoj Frank Hagan /2010:131/). Za razliku od tog shvatanja, najveći deo krivično pravnih sistema razbojništvo smatra imovinskim krivičnim delom (v. Stojanović /2007/). Ovo gledište u kriminologiji je ranije zastupao Gresham Sykes /1978:94/, a u novijoj ga podržavaju Clinard, Quinney and Wildeman /1994:26/ koji razbojništvo ne svrstavaju u „lične nasilničke zločine“, nego u „konvencionalni“ (imovinski) kriminalitet.
- 16\*/ Pinatel /1964:110/ podseća kako su autori tzv. Nemačke škole (Schid, Meywerk i Schwaab) bavljene kriminalitetom pre 18 godine smatrali jednim od najbitnijih faktora recidivizma.
- 17\*/ Na tome posebno insistira Matt DeLisi /2005/ koji ukazuje da i pored toga što već čitav jedan vek uvidamo da najveći broj zločina vrši jedna manja grupa prestupnika, do sada nismo iznašli način kako da utičemo na smanjenje broja „karijernih kriminalaca“. Na to ukazuju i poznati predstavnici „teorija životnog ciklusa“, pre svih Alfred Blumstein i Jacqueline Cohen /2009/, kao i Robert Sampson i John Laub /2009/.
- 18/ Portugalski kriminolozi su najpoznatiji da objasne ovaj fenomen.
- 19\*/ Iako se inkriminacija iz čl. 210 KZ RS odnosi na sitna dela krađe, utaje i prevare, budući da najveći broj dela iz tog člana predstavljaju krađe, sve učinioce smo podveli pod kategoriju „sitnih kradljivaca“.
- 20\*/ Nadležni u ovoj bivšoj jugoslovenskoj republici tvrde, dakle, da je učinilaca ovih dela manje od jednog na 100 000 stanovnika, što deluje neverovatno. Da stvar bude još zagonetnija, iz BiH je ista stopa prijavljena i 2005. godine.
- 21\*/ Podatke za 2006. nisu dostavile BiH i BJRM, a za Crnu Goru oni nisu dostupni.
- 22\*/ Ovaj podatak u izvesnoj meri odudara od očekivanog i ne bi trebalo da posluži za olako zaključivanje. Nekoga na primer može začuditi da su stope prijavljenih učinilaca krivičnih dela u vezi sa drogama među najnižima baš u Albaniji, BJRM i Bugarskoj – tri države poznate kao važne karike „Balkanske rute droge“. Ako se podsetimo da broj otkrivenih učinilaca zavisi od mnoštva faktora (ne odnose se samo na stručnost i osposobljenost policije, nego i na organizaciju i način delovanja celokupnog mehanizma krivične pravde), ovakva situacija postaje jasnija. Kod učinilaca ovakvih dela koja još imaju transnacionalni karakter, može se desiti dosta apsurdna situacija: učinioci koji su vršili ilegalnu aktivnost prešli više državnih granica („prekogranični kriminalitet“) otkrivaju se najčešće u razvijenim evropskim državama – primer državljanin Turske (njegova zemlja uopšte ne dostavlja podatke o učiniocima ovih dela sastavljačima *Evropskog izvornika* ...) otkriven u Švajcarskoj (država sa najvišom stopom) u pokušaju da unovči „robu“ (heroin) koju je preneo preko „pola Starog kontinenta“. To što nije otkriven u matičnoj državi, ni u onima kroz koje je kolima prošao (podsećamo da je i naša zemlja na tom putu) stvara privid da je stanje sa ovim kriminalitetom najgore baš u razvijenim državama Evrope. Sličan je slučaj sa Španijom – to je država preko koje u Evropu ulazi najveća količina kokaina (-v. Ignjatović /2008a/), ali uopšte ne dostavlja podatke o stopi učinilaca takvih dela.
- 23\*/ I ovde se potvrđuje jedno od starih pravila statistike – ona je neupotrebljiva kada operišemo malim brojevima (-v. Vito G. and Latessa E. /1989/). U ovom slučaju, 2003. godine stopa teških saobraćanih prestupnika u Gruziji bila je pet; a 2007. iznosila je 24.
- 24\*/ Ovaj postupak imao je logike pošto se ugrožavanje javnog saobraćaja u svim državama koje su nekada bile deo jugoslovenskog pravnog sistema pojavljuje kao osnovno i najbrojnije delo iz glave krivičnih dela protiv javnog saobraćaja (u Srbiji 2006. godine procenat njihovih učinilaca u ukupnom broju prijavljenih za dela iz ove glave iznosio je 99%). Već je pomenuto da za ostala krivična dela koja smo ovde poredili, to nije bilo moguće jer to što crnogorski statističari prikazuju podatke samo po glavama Krivičnog zakonika onemogućava poređenje jer se npr. sva dela protiv života i tela nikako ne svode na ubistva, dela protiv imovine na razbojništvo ili prevaru. Eventualno, ovakav postupak bi mogao biti primenjen kod dela u vezi sa drogama iako ona ne predstavljaju osnovna dela u ovoj glavi, niti su toliko dominantna po brojnosti (ako se primeni analogija sa Srbijom sa kojom je Crna Gora do pre nekoliko godina bila u državnoj zajednici, taj odnos je sledeći: učinioci dela u vezi sa narkoticima čine 85% svih prijavljenih za krivična dela protiv zdravlja ljudi).

- 25\*/ A onda se u anketama o nivou korupcije u različitim delovima sveta koje vrši organizacija *Transparency International* (sa centrom u Berlinu) jadaju kako se „nijedan posao u toj zemlji ne može završiti bez ‘podmazivanja’! Ovde je očigledna upotreba poznatog „efekta ogledala“ kojim se u dnevnoj politici manipuliše javnošću – prvo se npr. medijima poverljivo („iz pouzdanih izvora“) saopšti laž ili poluistina, a onda se donese odluka o preduzimanju odlučnih mera protiv „nepodobnih“ lica ili organizacija jer je „javnost zabrinuta zbog događaja o kojima izveštavaju mediji“.
- 26\*/ Tako Milutinović /1990:202/ smatra da „razlike u intenzitetu kriminaliteta lica muškog i ženskog pola treba objašnjavati u prvom redu društvenim uticajima, položajem i ulogom žena u društvu“.
- 27\*/ Radi se o sledećim državama: Belgija, BiH, Kipar, Danska, R. Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Norveška, Španija, Švajcarska, BJR, Turska i sve tri teritorije koje čine deo Ujedinjenog Kraljevstva.
- 28\*/ Žene se kod krivičnog dela silovanja mogu pojaviti ne samo kao saučesnici nego (na osnovu novijeg poimanja ovog delikta koje podrazumeva da se lica oba pola mogu naći u svim kombinacijama uloga u okviru „kriminalnog para“) i kao izvršioc.
- 29\*/ Ovde je potvrđena jedna od kriminoloških konstanti: da žene češće vrše imovinska krivična dela na prevaran (zloupotrebom poverenja, na prikriven, podmukao) način nego primenom nasilja. Zbog toga je od svih 26 zemalja za koje su navedeni podaci samo u Slovačkoj procentualno učešće lica ženskog pola bilo ispod jedne desetine, a čak kod 19 država taj procenat se kretao oko ili iznad 20%.
- 30\*/ Taj podatak (za 2011. godinu) nalazi se na sajtu Statističkog zavoda Litvanije na internet adresi [www.stat.gov.lt](http://www.stat.gov.lt)
- 31\*/ *Evropski izvornik ...* (p.113) navodi primer pravosudne statistike Albanije koja registruje i smatra krivičnim delom aktivnosti osoba mlađih od 14 godina (deca), ali ih ne vodi u rubrici „maloletnici“, pa izgleda kao da su ovakve radnje izvršila punoletna lica.
- 32\*/ I ovde se potvrdilo u kriminologiji odavno utvrđeno pravilo da maloletnici retko figuriraju kao izvršioc krivičnih dela prevare. U 2006. od 24 države za koje u *European Source ...* možemo pronaći podatke, samo u njih 10 maloletnici učestvuju u vršenju dela prevare sa više od 3%.
- 33\*/ Belgija, BiH, Danska, Gruzija, Republika Irska, Italija, Luksemburg, Malta, Holandija, Norveška, Portugal, Španija, Švedska, Švajcarska, Turska i sve tri teritorije u sastavu Ujedinjenog Kraljevstva.
- 34\*/ Kao što se iz ovih podataka može videti, stranci u nekim zemljama vrše oko polovine i to veoma teških krivičnih dela. Karakteristično je i da se u većini slučajeva Švajcarska pojavljuje kao država sa najvišim procentom stranaca među njihovim učiniocima i moguće je da se u tome nalazi razlog zašto su u poslednjim decenijama u toj zemlji nekoliko puta održavani referendumi sa ciljem da se pooštre uslovi za odobravanje boravka strancima, ograniči zapošljavanje stranih radnika i slične mere.
- 35\*/ *European Source ...* (p.113) navodi na primer da se u Austriji registruju samo stranci koji potiču iz država koje u dotičnoj godini imaju više od 51 učinioca među prijavljenim učiniocima krivičnih dela.

## LITERATURA

### Autorska dela

- Aebi M. et al. /2010/: *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics – 2010*, Lausanne
- Aebi M, Killias M. and Tavres C. /2002/: Comparing Crime Rates ..., *International Journal of Comparative Criminology*, vol. 1, n<sup>o</sup> 2.
- Blumstein A. i Cohen J. /2009/: Karakteristike kriminalnih karijera –in: Ignjatović Đ.: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Clinard M, Quinney R. and Wildeman J. /1994/: *Criminal Behavior Systems: A Typology*, Cincinnati



- Ćirić J. /2008/: Evropske statistike kriminaliteta, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, vol. XXVII n<sup>o</sup> 1-2.
- DeLisi M. /2005/: *Career Criminals in Society*, Thousand Oaks
- Felson M. /2011/: *Zločin i svakodnevni život*, Beograd
- Hagan F. /2010/: *Criminal Types and Criminals*, Los Angeles
- Ignjatović Đ. /2008/: Fenomenologija i etiologija kriminaliteta maloletnika, *RKKP* n<sup>o</sup> 1
- Ignjatović Đ. /2008a/: Kriminalitet i etnička pripadnost, *Pravni život* n<sup>o</sup> 9
- Ignjatović /2009/: Države sa niskom stopom kriminaliteta – primer Malte, *Strani pravni život* n<sup>o</sup> 3
- Ignjatović Đ. /2012/: Komparativni pogled na stanje kriminaliteta prema policijskim evidencijama – Srbija i ostale evropske zemlje – u: *Evropske integracije i međunarodna krivič-nopravna saradnja* (Ćirić J, Bejatović S, eds.), Beograd
- Jovanović S. /2010/: *Pravna zaštita od nasilja u porodici*, Beograd
- Milutinović M. /1990/: *Kriminologija*, Beograd
- Pinatel J. /1964/: *Kriminologija*, Sarajevo
- Sampson R. i Laub J. /2009/: Zločin i devijantnost na životnom putu –in: Ignjatović Đ.: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Siegel L. /1989/: *Criminology*, St. Paul
- Stojanović Z. /2007/: *Komentar Krivičnog Zakonika*, Beograd
- Sykes G. /1978/: *Criminology*, New York
- Tarde G. /1910/: *La criminalité comparée* (VII ed.), Paris
- Van Dijk J. /2008/: *The World of Crime – Breaking the Scilence on Problems of Security, Justice and Development Across the World*, Los Angeles
- Vito G. and Latessa E. /1989/: *Statistical Applications in Criminal Justice*, Newbury Park

## Dokumenti

- \*\*\* *Maloletni učinioци krivičnih dela – prijave, optuženja i osude –2006*, Beograd, 2009
- \*\*\* *Punoletni učinioци krivičnih dela – prijave, optuženja i osude –2006*, Beograd, 2009
- \*\*\* *Statistički godišnjak /2008/*, Beograd
- \*\*\* *Statistički godišnjak Crne Gore /2007/*, Podgorica

## Internet adrese

- [www.europeansourcebook.org](http://www.europeansourcebook.org)
- [www.monstat.org](http://www.monstat.org)
- [www.rzs.rs](http://www.rzs.rs)
- [www.stat.gov.lt](http://www.stat.gov.lt)

## SKRAĆENICE

JRKKP – *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*

RKKP – *Revija za kriminologiju i krivično pravo*

Đorđe Ignjatović

Law Faculty, University of Belgrade

## COMPARISON OF RATE OF REPORTED CRIMINAL OFFENDERS: SERBIA-OTHER EUROPEAN COUNTRIES

### SUMMARY

This paper compares data of crime offenders from the most complete publication devoted to crime comparison – *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistic* with those in judicial reports published by Statistical Office of the Republic of Serbia. Reference year is 2006, and data refer to rates of reported offenders and to percentage of women and juveniles in the population of registered offenders.

From the available data following conclusions can be drawn: comparison of all recorded crimes shows that this crime rate is in Serbia somewhat lower than the average rate (1489: 1528). Situation is similar with the rate of offenders who committed murder (SRB: EVR = 4.6: 4.9). Rate of reported offenders who committed physical assault is in Serbia 2.5 times lower than the average (60: 159).

Rate of registered offenders of rape in Serbia is also several times lower than the average rate in European countries who participate in creation of *European Sourcebook...* (2: 5), and that disproportion is even bigger when it comes to the perpetrators who sexually abused children (1: 5). From the available data for sexual perpetrators two conclusions can be drawn: a) percentage of registered juveniles for these crimes is considerably higher than for the most other criminal activities; b) rate of recorded offenders of rape in Serbia is considerably lower than the average rate in European countries whose data are available for comparison.

Unlike the last, conditionally encouraging conclusion, situation with the robbery is completely different. This crime rate almost coincides with the average (37: 39) and if our country would participate in creation of *European Sourcebook...* it would be behind only ten states (among them none of the former Republic of Yugoslavia and countries in the region) whereby many developed European countries would be behind Serbia. Rate of thieves is among the highest in Europe and considerably higher than the average (535: 372) which puts Serbia on seventh place on the Old continent. Situation is somewhat better with the fraud – comparison shows relation of 51: 72.

However, available data of perpetrators who committed criminal offences related to drugs show that this crime rate is among lowest in Europe – three times lower than the average (51: 142) and even 12 times from the highest (registered in Switzerland). This fact is quite different from the opinion created in public about the extent of drug related crimes.

Situation is similar with traffic crime: rate of offenders of serious criminal offences committed in public traffic is in Serbia four times lower than the European average rate (97: 415). This conclusion is completely different from the opinion derived from analysis of other international statistics which show that population of our Republic is one of the most threatened by traffic crime in Europe. This is even more interesting if we bear in mind the key argument which could be used in explanation of surprisingly low rate of drug related offenders – big dark figure – useless here, because index of concealing of traffic crime is very low (it is hard that this criminal offence, which led to death of people or to large property damage, stays unregistered).

*European Sourcebook...* among types of crimes for comparative analysis includes three very important incriminations related to functioning of public services (corruption in public sector), attempts of organized crime to legalize incomes (money laundering) and so-called high tech crime (offences against computer data and systems). Rate comparison of offenders of these criminal offences in Serbia with data of few countries, provided to creators of mentioned publication, indicates that we are not significantly threatened by these unlawful behaviors. In what extent this corresponds to the truth, especially with respect to corruptive criminal offences, remains a question for criminological researches.

Percentages of women and juveniles in the population of recorded offenders in Serbia in 2006, are among the lowest in Europe. This also waits for answers from criminologists.

General conclusion of the paper should be preceded by notion that all crime records (and on them based comparisons) operate only with offences of perpetrators who are known to judiciary, and not with register of all committed crimes and their offenders. Further, epistemological and methodological objections can be put to these registers. It is not quite certain that all countries (because of economic and other reasons) provide real data about crime. Further, mistakes are possible and special problem represents incompatibility of units for comparison (differences in criminal codes) as well as a range of factors that contribute to the uncertainty of such evidences.

Although many objections can be put to international crime records, they are useful and necessary because of many reasons which can't be reduced only to the need to determine the place for each state on the „global crime map“. When it comes to our country, frivolous view on that map shows the necessity for urgent measures for control of one specific predatory criminal offence – robbery. Considering that this is one of the most serious form of conventional crime, reactions should be urgent. Further, we concluded that traffic crime doesn't represent such a dramatic problem, even though the opposite is presented to the public. What are the reasons for creation of that kind of image and to whom that goes in favor, should be researched in Serbian Criminology.

**Key words:** crime, criminal justice, comparison, Serbia, Europe.

## TAJNI AUDIO I VIDEO NADZOR – PRAVILA NOVOG ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE IZ 2011. GODINE I UPOREDNOPRAVNA ANALIZA

**Apstrakt.** U radu se objašnjavaju osnovne karakteristike tajnog audio i video nadzora u novom Zakoniku o krivičnom postupku, za koji se ističe da je konceptijski veoma loš i obiluje greškama, ali da materiju posebnih dokaznih radnji, gde spada i tajni audio i video nadzor reguliše na u osnovi klasičan način. Tajni audio i video nadzor se u novom ZKP-u Srbije iz 2011. godine reguliše u obliku dve pojedine posebne dokazne radnje. Jedna je tajni nadzor komunikacije, a druga tajno praćenje i snimanje. U radu se obe ove posebne dokazne radnje normativno analiziraju, uz posebno obraćanje pažnje na potencijalno sporna pitanja. Jedno od takvih pitanja je i da li se pod snimanjem u okviru tajnog praćenja i snimanja, podrazumeva jedino klasično foto i video snimanje ili se može raditi i o tonskom snimanju. U radu se izlažu argumenti u prilog jednog ili drugog shvatanja, pri čemu se ističe da će u tom pogledu konačnu reč imati sudska praksa, ali da je po svemu sudeći, korektnije tumačenje shodno kojem je ovde moguće jedino video, odnosno foto snimanje.

Rad sadrži i odgovarajući uporednopravni aspekt, pri čemu se analiziraju osnovna zakonska rešenja u pogledu tajnog audio i video nadzora u nekoliko evropskih država, kao i u Sjedinjenim Američkim državama. U radu se zaključuje da iz posebnog karaktera specijalnih istražnih tehnika, shodno kojem se one i označavaju kao „posebne dokazne radnje“, proizlazi i njihov naglašeni i izrazito ekskluzivni karakter, što znači da se one ne smeju rutinski i suviše široko primenjivati, već u praksi moraju zaista biti ultima ratio dokazna aktivnost.

**Ključne reči:** posebne dokazne radnje, Zakonik o krivičnom postupku, uporedno krivično procesno pravo, tajni audio-video nadzor.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA O NOVOM ZAKONIKU O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE IZ 2011. GODINE

Reformisanje krivičnog postupka Srbije sve više dobija grotesknu formu otužnih „igara bez granica“. U SFRJ se primenjivao veoma solidan ZKP, koji je više puta menjan, ali bez modifikacije osnovnih konceptualnih mehanizama, a na temelju tog zakonskog teksta, koji je prema osnovnom konceptu utemeljen na Zakoniku o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije, ustrojen je i Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine, koji je više puta noveliran, a poslednji put prilično obimno u septembru 2009. godine.<sup>1</sup>

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

1 Više o tome: M.Škulić i G.Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije ili reforma u stilu jedan korak napred, dva koraka nazad*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Udruženje za

U Srbiji je 2006. godine bio usvojen i potpuno novi Zakonik o krivičnom postupku, čija je osnovna odlika bila uvođenje javno-tužilačke istrage, kao i niza procesnih mehanizama usmerenih u pravcu kreiranja uslova za brže odvijanje krivičnog postupka, stvaranje većeg broja alternativna određivanju pritvora itd., a nakon što je u dva navrata odlagana primena tog Zakonika, u pogledu kojeg je njegov već startni *vacatio legis*, osim u odnosu na nekoliko važnih odredbi, bio utvrđen na godinu dana, taj moderni Zakonik je potpuno stavljen van snage, sa obrazloženjem da nisu stvoreni uslovi za njegovu primenu.

Nije sporno da je Zakonik o krivičnom postupku iz 2006. godine, pored čitavog niza dobrih rešenja, sadržavao i neka ne sasvim adekvatna ili nedovoljno dobra normativna rešenja, zbog čega je već bio pripremljen i jedan zakonski predlog o njegovom noveliranju, koji bi ga znatno poboljšao. Međutim, taj ZKP je konceptualno bio veoma dobar i što je posebno važno, on je postigao odličan balans između zahteva za inovacijom tipa istrage i uopšte promenama u krivičnoj proceduri kojima se omogućava brže i efikasnije vođenje krivičnog postupka i potrebe da se očuvaju već tradicionalna i provereno dobra rešenja naše krivične procedure, kao što je to posebno slučaj, sa organizacijom glavnog pretresa, te formulisanjem utvrđivanja istine kao cilja krivičnog postupka.

Zakonikom o krivičnom postupku iz 2006. godine je prvi put u Srbiji uvedena javno-tužilačka istraga i to na jedan veoma razuman način, bez štetnih preterivanja, kakvim se već *prima facie* odlikuju naopaki pristup ovome u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine.

Istraga se u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine odlikovala davanjem značajnih ovlašćenja i istražnom sudiji u toj istrazi koju on inače, nije vodio i koja se pokretala odlukom javnog tužioca, a pre svega u odnosu na mogućnost odlučivanja o žalbi protiv rešenja o sprovođenju istrage koje donosi javni tužilac, te u pogledu donošenja odluka o merama procesne prinude kao što je pritvor, kao i u odnosu na određene dokazne radnje (tzv. hitne sudske radnje, koje bi se vršile u slučaju postojanja opasnosti da dokazne radnje ne bi mogle da se ponove na glavnom pretresu, zbog na primer, smrti svedoka ili oštećenog i sl.), u pogledu kojih je javni tužilac mogao zahtevati angažman istražnog sudije.

Određeni uticaj je ZKP iz 2006. godine ostvario i na ZKP iz 2011. godine, poput na primer uvođenja termina „dokazne radnje“, odnosno „posebne dokazne radnje“, kao i u odnosu na sadržaj nekih od tih radnji, u odnosu na mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog, u pogledu nekih elemenata sporazuma o priznanju krivice itd., ali je generalno razlika između ova dva teksta veoma velika, a naročito u konceptualnom smislu, u pogledu kojih ZKP iz 2011. godine sadrži dve kapitalne anomalije, koje žestoko kontaminiraju i potpuno upropašćuju celokupan zakonski tekst, a to su:

1) **devalvacija načela istine i**

2) **potpuno adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa uz drastično minimiziranje uloge krivičnog suda.**<sup>2</sup>

---

krivičnopravnu teoriju i praksu, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012., str. 12 – 13.

2 Više o tome: M.Škulić, Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku, „*Pravni život*“, broj 9, Tom I, Beograd, 2010., str. 587 – 611.

Osnovna pitanja reforme krivičnog postupka Srbije su svedena na problematiku tipa istrage i konstrukcije glavnog pretresa, posebno u vezi uloge suda u dokaznom postupku, te problematike primarno stranačkog ili sudskog izvođenja dokaza, ali i na veoma važno pitanje (ne)postojanja načela istine u krivičnom postupku. Ovim pitanjima, kao i nizu drugih, poput na primer, novim tipovima sporazuma o priznanju krivičnog dela,<sup>3</sup> je pažnja posvećena u nizu radova posvećenih analizi novog ZKP-a Srbije, pri čemu je uočljivo da većina autora taj Zakonik manje ili više oštro kritikuje,<sup>4</sup> a u ovom radu ćemo se fokusirati pretežno na određene specifične posebne dokazne radnje regulisane u tom Zakoniku, nastojeći da analizirajući relevantne zakonske norme, skrenemo pažnju na neka potencijalno sporna pitanja, pri čemu će od značaja biti i odgovarajuća uporednopravna analiza.

## 2. POSEBNE DOKAZNE RADNJE U ZAKONIKU O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE IZ 2011. GODINE

Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije usvaja implicitnu podelu dokaznih radnji na opšte i posebne dokazne radnje, kao što je to prvi put u našoj legislativi učinjeno u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije iz 2006. godine.<sup>5</sup>

U posebne dokazne radnje se svrstavaju one aktivnosti koje se po pravilu, smatraju tzv. specijalnim istražnim tehnikama, a zakonodavac u odnosu na takve radnje prvo reguliše određena opšta pravila, da bi zatim konkretnim normama uredio pravila po kojima se sprovede pojedine posebne dokazne radnje.

## 3. OPŠTA ZAKONSKA PRAVILA KOJA SE ODOSE NA POSEBNE DOKAZNE RADNJE

Opšta pravila u pogledu određivanja posebnih dokaznih radnji se odnose na: 1) materijalni uslov za preduzimanje posebnih dokaznih radnji, 2) postupanje sa materijalom koji je prikupljen posebnim dokaznim radnjama, 3) pitanje dokazne (ne) valjanosti informacija pribavljenih posebnim dokaznim radnjama, 4) slučajni nalaz do kojeg se došlo posebnim dokaznim radnjama, te 5) tajnost podataka povezanih sa posebnim dokaznim radnjama.

3 Više o sporazumima tog tipa: V.Bajović, *Sporazum o priznanju krivice – uporedno-pravni prikaz*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009., str. 38.

4 Daleko najveći broj profesora krivičnog procesnog prava u Srbiji, odnosno uopšte, većina srpske krivičnopravne teorije, iznosi veoma oštre kritike na račun novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine, odnosno teksta Nacrta tog Zakonika iz kojeg su potom i proizišle njegove odredbe koje se argumentovano kritikuju. U tom se pogledu ističu sledeći autori i njihovi radovi, objavljeni u *Reviji za krivično pravo i kriminologiju*, kao i u *Arhivu za pravne i društvene nauke*: Vojislav Đurđić, Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u prednacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbiji iz 2010., Stanko Bejatović, Radna verzija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tužilački model istrage, Snežana Brkić, Kritički osvrt na Prvu glavu Radne verzije Nacrta ZKP Srbije od 14.9.2010. godine

5 Više o tome: M.Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2007., str. 475 – 476.

### 3.1. Materijalni uslov za preduzimanje posebnih dokaznih radnji

Posebne dokazne radnje mogu se odrediti kada su kumulativno ispunjene dve pretpostavke, od kojih se jedan odnosi na vrstu krivičnog dela, a drugi na postojanje odgovarajućih dokaznih teškoća. To znači da istovremeno moraju egzistirati sledeća dva uslova: 1) potrebno je postojanje osnova sumnje da je lice na koje se takve radnje odnose, učinilo krivično delo koje spada u kategoriju krivičnih dela u pogledu kojih su moguće posebne dokazne radnje („posebno krivično delo“), te 2) neophodno je da se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano.

Posebne dokazne radnje se izuzetno mogu odrediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da **priprema** neko od „posebnih“ krivičnih dela, ukoliko postoji neki od dva alternativno propisana razloga: 1) kada okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati ili 2) kada bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost.

Mogućnost primene posebnih dokaznih radnji i u odnosu na pripremanje, a posebno u odnosu na pokušaj krivičnih dela u pogledu kojih su takve radnje i inače, moguće, nije sporna bez obzira što u krivičnopravnom smislu nije uvek moguće kažnjavanje za pripremanje,<sup>6</sup> kao i za pokušaj tih krivičnih dela (mada je pokušaj u najvećem broju slučajeva, s obzirom na propisanu kaznu za ta krivična dela, svakako kažnjiv), jer osnov za primenu mera tajnog nadzora ovde nije kažnjivost određenog stadijuma u izvršenju krivičnog dela kao takvog, već potreba da se određeno krivično delo u prvom redu spreči, što je u uostalom, i primarni zadatak nadležnih državnih organa.<sup>7</sup> Kada se radi o pripremanju, ako nije u pitanju kažnjivo pripremanje krivičnog dela, onda se lice u odnosu na koje je konkretna mera tajnog nadzora preduzeta neće goniti za samo pripremanje krivičnog dela, ukoliko nije došlo do realizacije neke naredne faze u ostvarenju krivičnog dela koja je kažnjiva, ali će se to lice krivično goniti za druga krivična dela u odnosu na koja su primenom mera tajnog nadzora prikupljeni dokazi da ih je učinio, ali samo pod uslovom da takva krivična dela spadaju u delokrug krivičnih dela u pogledu kojih je moguće preduzimanje posebnih dokaznih radnji.

Posebne dokazne radnje mogu se odrediti u pogledu sledećih krivičnih dela:

1) za krivična dela koja su posebnim zakonom svrstana u nadležnost javnih tužilaštava posebne nadležnosti, gde spadaju krivična dela organizovanog kriminala i druga tzv. posebno teška krivična dela, te krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom;

2) za niz taksativno nabrojanih krivičnih dela, koja su s obzirom na osnovne krivičnopravne kriterijume (tj. prema zakonskoj sistematici koja se ogleda u podeli na glave Krivičnog zakonika), prilično heterogenog karaktera, a tu spadaju: teško ubistvo (član 114. Krivičnog zakonika), otmica (član 134. Krivičnog zakonika),

6 Više o tome: Z.Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2006., str. 132 – 133.

7 Više o tome: M.Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Misija OEBS-a u Crnoj Gori i Ministarstvo pravde Crne Gore, Podgorica, 2009., str. 485 – 487.

prikazivanje, pribavljanje i posjedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (član 185. st. 2. i 3. Krivičnog zakonika), iznuda (član 214. stav 4. Krivičnog zakonika), falsifikovanje novca (član 223. st. 1. do 3. Krivičnog zakonika), pranje novca (član 231. st. 1. do 4. Krivičnog zakonika), neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st. 1. do 3. Krivičnog zakonika), ugrožavanje nezavisnosti (član 305. Krivičnog zakonika), ugrožavanje teritorijalne celine (član 307. Krivičnog zakonika), napad na ustavno uređenje (član 308. Krivičnog zakonika), pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja (član 309. Krivičnog zakonika), diverzija (član 313. Krivičnog zakonika), sabotaza (član 314. Krivičnog zakonika), špijunaža (član 315. Krivičnog zakonika), odavanje državne tajne (član 316. Krivičnog zakonika), izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317. Krivičnog zakonika), povreda teritorijalnog suvereniteta (član 318. Krivičnog zakonika), udruživanje radi protivustavne delatnosti (član 319. Krivičnog zakonika), pripremanje dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije (član 320. Krivičnog zakonika), teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije (član 321. Krivičnog zakonika), nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija (član 348. stav 3. Krivičnog zakonika), nedozvoljeni prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (član 350. st. 2. i 3. Krivičnog zakonika), zloupotreba službenog položaja (član 359. Krivičnog zakonika), trgovina uticajem (član 366. Krivičnog zakonika), primanje mita (član 367. Krivičnog zakonika), davanje mita (član 368. Krivičnog zakonika), trgovina ljudima (član 388. Krivičnog zakonika), uzimanje talaca (član 392. Krivičnog zakonika) i krivično delo iz člana 98. st. 3. do 5. Zakona o tajnosti podataka; neovlašćeno iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta srodnog prava (član 199. Krivičnog zakonika), oštećenje računarskih podataka i programa (član 298. stav 3. Krivičnog zakonika), računarska sabotaza (član 299. Krivičnog zakonika), računarska prevara (član 301. stav 3. Krivičnog zakonika) i neovlašćeni pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka (član 302. Krivičnog zakonika).

Posebne dokazne radnje se mogu odrediti i u pogledu krivičnog dela sprečavanja i ometanja dokazivanja (član 336. stav 1. Krivičnog zakonika), ali ne samostalno, već samo ukoliko je to krivično delo u odgovarajućoj funkcionalnoj vezi sa nekim od „posebnih krivičnih dela“, tj. ako je učinjeno u vezi sa takvim krivičnim delom, što u stvari znači da se konkretno sprečavanje, odnosno ometanje dokazivanja, mora odnositi na neko od krivičnih dela u pogledu kojeg i inače, postoji mogućnost preduzimanja posebnih dokaznih radnji.

U pogledu posebne dokazne radnje angažovanje prikrivenog islednika, nešto je sužen materijalni uslov u odnosu na ostale posebne dokazne radnje, jer se ta posebna dokazna radnja može odrediti samo za krivično delo organizovanog kriminala, ili u pogledu krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

Posebne dokazne radnje se i formalno izričito određuju u ultima ratio smislu, pa će tako, prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji organ postupka posebno ceniti da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana.



### 3.2. Postupanje sa materijalom koji je prikupljen posebnim dokaznim radnjama

Samim tom što su posebne dokazne radnje dokaznog karaktera, njihova je osnovna svrha pribavljanje dokaza u pogledu krivičnih dela na koja se odnose, a od tih se dokaza naravno, po logici stvari, očekuje da posluže kao osnova za utvrđivanje činjenica i u krajnjem slučaju da se na njima temelji – kako optužni akt javnog tužioca, tako i eventualno, odluka suda o predmetu krivičnog postupka.

S druge strane, u nekim situacijama materijal koji je prikupljen konkretnom dokaznom radnjom, neće odnosno ne može poslužiti kao dokaz. Takav materijal tada ni faktički, kao ni formalno, nema značaj dokaza, niti ima bilo kakav procesno-pravni značaj, a s obzirom na po pravilu, izrazitu „osetljivost“ informacija do kojih se dolazi posebnim dokaznim radnjama, zakonodavac propisuje obavezno uništavanje takvog materijala. Do toga dolazi isključivo po odluci suda, a nakon što javni tužilac bilo implicitno (kada u određenom roku ne pokrene krivični postupak), bilo eksplicitno (formalnom izjavom), iskaže stav da materijal neće biti korišćen u budućem krivičnom postupku ili da krivični postupak uopšte neće pokretati.

Sudija za prethodni postupak će doneti rešenje o uništenju materijala koji je prikupljen posebnim dokaznim radnjama, onda kada se ispuni neki od sledećih alternativno propisanih uslova: 1) ako javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci od dana kada se upoznao sa materijalom prikupljenim korišćenjem posebnih dokaznih radnji ili 2) ukoliko javni tužilac izjavi da prikupljeni materijal neće koristiti u postupku, odnosno 3) ako javni tužilac izjavi da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka. Ovi uslovi se u osnovi svode na formalni stav javnog tužioca u pogledu dokazne vrednosti informacija prikupljenih posebnim dokaznim radnjama ili u odnosu na krivično (ne)gonjenje lica u odnosu na koje su se odnosile konkretne posebne dokazne radnje.

O donošenju rešenja o uništenju materijala pribavljenog posebnom dokaznom radnjom, sudija za prethodni postupak može obavestiti lice prema kome je sprovedena posebna dokazna radnja, samo ako su kumulativno ispunjena dva uslova: 1) ukoliko je u toku sprovođenja radnje utvrđena istovetnost lica o kojem se radi i 2) ako to ne bi ugrozilo mogućnost vođenja krivičnog postupka.

Materijal do kojeg se došlo posebnom dokaznom radnjom se uništava pod nadzorom sudije za prethodni postupak koji o tome sastavlja zapisnik. U Zakoniku nije utvrđeno na koji se konkretan način ovaj materijal uništava, što znači da je izbor načina uništenja u potpunosti prepušten sudiji za prethodni postupak.

### 3.3 Dokazna (ne)valjanost informacija pribavljenih posebnim dokaznim radnjama

Materijal do kojeg se došlo posebnim dokaznim radnjama načelno ima, odnosno može imati dokazni značaj i na njemu se može zasnivati odluka suda o predmetu krivičnog postupka, ali u određenim situacijama podaci pribavljeni posebnim dokaznim radnjama ne mogu poslužiti kao dokaz, do čega dolazi kada su prilikom

sprovođenja posebnih dokaznih radnji načinjene određene greške, bilo u odnosu za zakonska pravila, bilo u pogledu imperativnog sadržaja odluke kojom je određena konkretna posebna dokazna radnja.

Na prikupljenim podacima se ne može zasnivati sudska odluka, a sa prikupljenim materijalom se postupa u skladu sa članom 84. stav 3. Zakonika (pravno nevaljani dokazi, tj. izdvajanje zapisnika i materijala), onda kada je pri preduzimanju posebnih dokaznih radnji alternativno postupljeno suprotno: 1) odredbama Zakonika o krivičnom postupku ili 2) ili naredbi organa postupka.

### *3.4. Slučajni nalaz do kojeg se došlo posebnim dokaznim radnjama*

Ako je preduzimanjem posebnih dokaznih radnji prikupljen materijal o krivičnom delu ili „učiniocu“,<sup>8</sup> koji nije bio obuhvaćen odlukom o određivanju posebnih dokaznih radnji, takav materijal se može koristiti u postupku samo ako se odnosi na „posebno“ krivično delo, tj. krivično delo (iz člana 162 Zakonika), koje i inače, spada u kategoriju krivičnih dela u pogledu kojih je i inače, moguće preduzimanje posebnih dokaznih radnji...

### *3.5. Tajnost podataka koji se odnose na posebne dokazne radnje*

Predlog za određivanje posebnih dokaznih radnji, kao i odluka o tom predlogu beleže se u posebnom upisniku i čuvaju se zajedno sa materijalom o sprovođenju posebnih dokaznih radnji u posebnom omotu spisa sa naznakom „posebne dokazne radnje“ i oznakom stepena tajnosti, u skladu sa propisima koji uređuju tajne podatke.

Podaci o predlaganju, odlučivanju i sprovođenju posebnih dokaznih radnji predstavljaju tajne podatke koja su kao takve dužna da čuvaju i druga lica koja ih u bilo kom svojstvu saznaju.

Nesporno je da se dužnost čuvanja tajnih podataka koji se tiču posebnih dokaznih radnji u prvom redu odnosi na službene aktere krivičnog postupka (poput javnog tužioca i sudije za prethodni postupak, ali i policijskih i drugih organa koji neke od posebnih dokaznih radnji konkretno realizuju), kao i na ostale subjekte krivičnog postupka, ali zakonodavac takvu dužnost vrlo široko proteže i na sva druga lica koja u bilo kom svojstvu, što praktično znači na bilo koji drugi način, saznaju za takve podatke.

Pitanje je koliko se zaista može očekivati da tako vrlo široko određeni krug potencijalnih obveznika čuvanja tajne, zaista takve tajne podatke sačuva, a ovde se kao poseban problem postavlja i pitanje mogućih konsekvenci suprotnog postupanja, odnosno oglušenja o dužnostg čuvanja tajne ove vrste. Naime, kada su u pitanju službeni akteri krivičnog postupka oni nesporno u ovoj situaciji imaju status službenog lica i nema velike dileme da bi u slučaju odavanja tajne oni po pravilu, zašli

---

8 Ovde zakonodavac pogrešno koristi termin „učinilac“, koji suštinski pripada korpusu materijalnog krivičnog prava, a u stvari, radi se o osumnjičenom, odnosno licu u pogledu kojeg je preduzimana konkretna posebna dokazna radnja.

u kriminalnu zonu, tj. učinili odgovarajuće krivično delo. Međutim, kada su u pitanju druga lica koja nemaju neposredne veze sa aktuelnim krivičnim postupkom u okviru kojeg su određene konkretne posebne dokazne radnje (a radiće se po pravilu o stadijumu prethodne istrage) i koja su o tajnim podacima stekla saznanja „u bilo kom svojstvu“, onda nije uopšte izvesno koje bi konsekvence u pogledu njih mogle da nastupe ako bi takve „tajne“ podatke, učinili „javnim“, a ukoliko bi se eventualno i moglo smatrati da bi oni tada čak mogli odgovarati za odgovarajuće krivično delo, tu bi se sasvim realno mogao pojaviti element neotklonjive, odnosno neskrivljene pravne zablude,<sup>9</sup> koja isključuje krivicu, pa samim tim i postojanje krivičnog dela.

#### 4. OBLICI TAJNOG AUDIO I VIDEO NADZORA U NOVOM ZKP-U SRBIJE

Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije poznaje dva vida tajnog audio i video nadzora, s tim da za jedan od tih vidova (kao što se to detaljnije objašnjava u daljem tekstu), uopšte i nije izvesno da se može odnositi i na audio nadzor. Radi se o sledećim posebnim dokaznim radnjama: 1) tajni nadzor komunikacije i 2) tajno praćenje i snimanje.

##### 4.1. Tajni nadzor komunikacije

Tajni nadzor komunikacije se može odrediti ako je ispunjen opšti materijalni uslov za preduzimanje posebnih dokaznih radnji i uz ispunjenje posebnog formalnog uslova.

Formalni uslov se sastoji u odluci suda, čije se donošenje formalno inicira predlogom javnog tužioca. Na obrazloženi predlog javnog tužioca sud može odrediti nadzor i snimanje komunikacije koja se obavlja putem telefona ili drugih tehničkih sredstava ili nadzor elektronske ili druge adrese osumnjičenog i zaplenu pisama i drugih pošiljki.

Odluku donosi sudija za prethodni postupak u formi obrazložene naredbe, koja sadrži sledeće elemente: raspoložive podatke o licu prema kojem se tajni nadzor komunikacije određuje, zakonski naziv krivičnog dela, označenje poznatog telefonskog broja ili adrese osumnjičenog, odnosno telefonskog broja ili adrese za koju postoje osnovi sumnje da je osumnjičeni koristi, razloge na kojima se zasniva sumnja, način sprovođenja, obim i trajanje posebne dokazne radnje.

##### 4.1.1. Trajanje tajnog nadzora komunikacije

Zakonodavac trajanje tajnog nadzora komunikacije određuje na dva načina: 1) faktičkim rokom koji se temelji na *ultima ratio* prirodi ove posebne dokazne radnje, što se svodi na dužnost prekidanja sprovođenja nadzora čim prestanu razlozi za njegovu primenu, te 2) formulisanjem posebnih maksimalnih rokova formalne pri-

9 Prema članu 29 stav 1 KZ Srbije, nije krivično delo ono delo koje je učinjeno u neotklonjivoj pravnoj zabludi, a takva zabluda u skladu sa članom 29 stav 2 KZ Srbije, postoji ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da zna da je njegovo delo zabranjeno.

rode (određenih u mesecima), u okvirima kojih se jedino i može ispoljiti prethodno navedeni faktički rok trajanja ove posebne dokazne radnje.

Tajni nadzor komunikacije može trajati tri meseca, a zbog neophodnosti daljeg prikupljanja dokaza, trajanje ove posebne dokazne radnje se može produžiti najviše za još tri meseca, što se svodi na sledeću formulu:  $3m + 3m =$  maksimalno 6 meseci.

Ako se tajni nadzor komunikacije odnosi na krivična dela svrstana u nadležnost javnih tužilaštava posebnih nadležnosti, tajni nadzor se može izuzetno produžiti još najviše dva puta u trajanju od po tri meseca, što se može ilustrovati sledećom formulom:  $3m + 3m + 3m + 3m =$  maksimalno 12 meseci.

#### 4.1.2. Sprovođenje tajnog nadzora komunikacije

Naredbu o tajnom nadzoru komunikacije izvršava odgovarajući državni organ. To alternativno može da bude: policija, Bezbednosno-informativna agencija ili Vojno-bezbednosna agencija.

Stvar je slobodne ocene organa koji određuje ovu posebnu dokaznu radnju, tj. sudije za prethodni postupak, a na osnovu predloga javnog tužioca, kojem će od tih alternativno nabrojanih državnih organa, biti povereno izvršenje tajnog nadzora komunikacije, ali bi se po logici stvari, ovde morao imati u vidu primarni delokrug rada tih organa, pa bi se tako na primer, onda kada se radi o osnovima sumnje da je učinjeno krivično delo koje spada u tzv. klasičan organizovani kriminalitet, sprovođenje posebne dokazne radnje poverilo policiji, dok bi BIA sprovodila naredbu koja se tiče krivičnih dela protiv države, poput terorizma, napada na ustavno uređenje i sl., a VBA bi bila angažovana kada su u pitanju krivična dela protiv vojske Srbije. S druge strane, u ovom pogledu ipak nema nikakvog posebnog formalnog pravila u Zakoniku, pa bi u nekim situacijama bila stvar i odgovarajuće taktičke procene kojem će se od tih alternativno nabrojanih državnih organa, poveriti sprovođenje konkretnog tajnog nadzora komunikacija.

O sprovođenju tajnog nadzora komunikacije sačinjavaju se dnevni izveštaji koji se zajedno sa prikupljenim snimcima komunikacije, pismima i drugim pošiljkama koje su upućene osumnjičenom ili koje on šalje dostavljaju sudiji za prethodni postupak i javnom tužiocu na njihov zahtev.

Poštanska, telegrafaska i druga preduzeća, društva i lica registrovana za prenošenje informacija dužna su da državnom organu koji izvršava naredbu o tajnom nadzoru komunikacije, omogućе sprovođenje nadzora i snimanja komunikacije i da, uz potvrdu prijema, predaju pisma i druge pošiljke.

#### 4.1.3. Proširenje tajnog nadzora komunikacije

Tajni nadzor komunikacija se primarno usmerava u odnosu na određeno lice, koje u procesnom smislu ima status osumnjičenog, kao i u pogledu odgovarajućeg oblika, odnosno načina komunikacije konkretnog osumnjičenog. Ako u toku sprovođenja tajnog nadzora komunikacije dođe do saznanja da osumnjičeni koristi drugi telefonski broj ili adresu, državni organ koji sprovodi posebnu dokaznu radnju, će proširiti tajni nadzor komunikacije i na taj telefonski broj ili adresu i o tome će odmah obavestiti javnog tužioca. Takvo proširenje tajnog nadzora komunikacije

ima faktički karakter i ono se sprovodi bez neke posebne formalne odluke, ali je ono uslovljeno i vremenski ograničeno, jer do formalnog proširenja tajnog nadzora komunikacije može doći samo na osnovu odobrenja suda, a na inicijativu nadležnog javnog tužioca, koju je on dužan da ispolji nakon što je oficijelno obavešten o tom faktičkom proširenju tajnog nadzora.

Po prijemu obaveštenja o proširenju tajnog nadzora komunikacije, javni tužilac će odmah podneti predlog da se naknadno sudski odobri proširenje „dometa“ posebne dokazne radnje. O takvom predlogu javnog tužioca odlučuje sudija za prethodni postupak u roku od 48 časova od prijema predloga i o tome sastavlja belešku u zapisniku.

Ako usvoji predlog javnog tužioca, sudija za prethodni postupak će naknadno odobriti proširenje tajnog nadzora komunikacije, a ako odbije predlog da se tajni nadzor proširi, sav materijal koji je prikupljen prethodnim faktičkim proširenjem tajnog nadzora (korišćenjem drugog telefonskog broja ili adrese), se uništava.

#### *4.1.4. Dostavljanje izveštaja i materijala o realizovanom tajnom nadzoru komunikacije*

Po završetku tajnog nadzora komunikacije organ koji je sprovodio tu posebnu dokaznu radu, dostavlja sudiji za prethodni postupak snimke komunikacije, pisma i druge pošiljke, kao i poseban izveštaj koji sadrži sledeće podatke: 1) relevantne vremenske koordinate – vreme početka i završetka nadzora, 2) podatke o službenom licu koje je nadzor sprovedo, 3) opis tehničkih sredstava koja su primenjena, 3) broj lica obuhvaćenih nadzorom i raspoložive podatke o njima, te 4) ocenu svrsishodnosti sprovedene posebne dokazne radnje, kao i ocenu njenih rezultata.

Sudija za prethodni postupak će prilikom otvaranja pisama i drugih pošiljki paziti da se ne povrede pečati i da se omoti i adrese sačuvaju, a o otvaranju će sastaviti zapisnik. Sav materijal dobijenim sprovođenjem tajnog nadzora komunikacije dostaviće se javnom tužiocu, koji određuje da se snimci dobijeni upotrebom tehničkih sredstava u celini ili delimično prepisu i opišu.

Na snimke sačinjene suprotno zakonskim pravilima shodno se primenjuju odredbe Zakonika o krivičnom postupku koje se odnose na tzv. pravno nevaljane dokaze, odnosno činjenice koje ne mogu poslužiti kao dokaz, te se kao takve, onda kada su sadržane u spisima, izdvajaju u svakom stadijumu krivičnog postupka, u kojem se konstatuje, tj. uoči da su takvi dokazno nevaljani, odnosno dokazno nepodobni „materijali“ sadržani u spisima krivičnog predmeta.

## 5. TAJNO PRAĆENJE I SNIMANJE

Tajno praćenje i snimanje predstavlja poseban vid prikriivenog delovanja u odnosu na osumnjičenog, koje u nekim svojim aspektima, tj. onda kada se radi o snimanju ima istovremeno i obeležja tajnog video nadzora. Kao što ćemo to objasniti u daljem tekstu, sporno je da li se u okviru ove posebne dokazne radnje može sprovođiti i tajni audio nadzor. Iako se po svemu sudeći čini da su pisci teksta novog ZKP-a, odnosno nacрта iz kojeg je proistekao novi Zakonik, smatrali da bi ova radnja

mogla da se proteže i na tajni audio nadzor, tako što bi pod snimanjem podrazumevalo kako vizuelno, snimanje u vidu pravljenja video i fotografskog materijala, tako i tonsko snimanje, odnosno beleženje razgovora osoba koje su objekt (meta) tajnog praćenja i snimanja, čini se da to nije sasvim izvesno, a odgovor na to važno pitanje će u krajnjoj liniji morati da pruži sudska praksa, a u jednom momentu verovatno i Ustavni sud.

Praćenje lica uopšte, a pre svega osumnjičenog, je inače, do sada, tj. do uvođenja te radnje u novi ZKP Srbije iz 2011. godine, smatrano jednom od klasičnih tzv. operativnih radnji.<sup>10</sup> Jedini mogući ratio legis za svrstavanje takve klasične operativne policijske radnje,<sup>11</sup> tj. radnje koja sama po sebi ne ostvaruje neki poseban dokazni kredibilitet, već služi pribavljanju relevantnih informacija za razjašnjenje krivičnog dela ili čak njegovo sprečavanje u veoma ranim fazama policijskog angažovanja (što znači u pretkrivičnom postupku prema našem decenijama važećem krivičnom procesnom zakonodavstvu, odnosno u predistražnom postupku prema pravlima Zakonika iz 2011. godine), bi mogao biti u povezivanju praćenja sa „snimanjem“, tj. omogućavanju da snimci napravljeni tokom praćenja mogu ostvarivati potreban dokazni kredibilitet u krivičnom postupku. Pitanje je da li je ovo bilo neophodno, jer bi se fotografije i video materijal napravljen tokom praćenja i inače mogli koristiti kao specifični materijalni dokazi, čak i ako bi praćenje i dalje bilo operativna a ne (posebna) dokazna radnja, u pogledu čega kod nas i sada već postoji i odgovarajuća praksa. Verovatno su tvorci zakonskog teksta u stvari, pre svega mislili na tonske snimke koji bi se takođe mogli napraviti tokom vršenja ove posebne dokazne radnje, te su zbog toga tajno praćenje i formalno svrstali u dokaznu kategoriju, ali nije uopšte izvesno da iz zakonskog teksta, ako se on pažljivo i striktno analizira i tumači, uopšte proizlazi mogućnost da se pod snimanjem u ovom slučaju podrazumeva i tonsko snimanje, tj. tajno snimanje razgovora lica koja su pod ovim vidom nadzora.

Kada je ispunjen opšti materijalni uslov za preduzimanje posebnih dokaznih radnji na obrazloženi predlog javnog tužioca sud može odrediti tajno praćenje i snimanje osumnjičenog radi ostvarenja nekog od sledećih alternativno propisanih ciljeva: 1) otkrivanja kontakata ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima i mestima na kojima je pristup ograničen ili u prostorijama, osim u stanu; te 2) utvrđivanja istovetnosti lica ili lociranja lica ili stvari. Ovako definisani ciljevi tajnog praćenja i snimanja osumnjičenog predstavljaju poseban i dodatni materijalni uslov za određivanje ove posebne dokazne radnje.

Tajno praćenje se primarno odnosi na samog osumnjičenog, tj. lice u pogledu kojeg postoje osnovi sumnje da je učinio (odnosno pod određenim uslovima da priprema), neko od krivičnih dela u pogledu kojih je moguće sprovođenje poseb-

10 Više o tome: Ž. Aleksić i M. Škulić, *Kriminalistika*, sedmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011., str. 33 – 37.

11 U stvari, radi se samo pretežno i po pravilu, o „policijskoj“ radnji, jer policija u praksi zaista i realizuje većinu praćenja, ali takvu radnju sprovode i drugi organi čija je delatnost slična policijskoj, kada se radi o određenim situacijama, odnosno određenim vrstama krivičnih dela, radi čijeg se razjašnja takva radnja preduzima, kao što je to na primer, slučaj sa tajnim praćenjima koje realizuju Bezbednosno-informativna agencija, te Vojno-bezbednosna agencija.

nih dokazni radnji, ali se sekundarno ova posebna dokazna radnja može usmeriti i na druga lica, odnosno lokacije povezane sa tim licima. Mesta ili prostorije odnosno prevozna sredstva drugih lica mogu biti predmet tajnog nadzora i snimanja samo ako je verovatno da će osumnjičeni tu biti prisutan ili da koristi ta prevozna sredstva.

Formalni uslov za tajno praćenje i snimanje osumnjičenog se svodi na neophodnost postojanja obrazložene naredbe, koju donosi sudija za prethodni postupak. Iako to u Zakoniku o krivičnom postupku nije striktno naglašeno, sudija za prethodni postupak ovakvu naredbu po logici stvari, donosi samo na predlog nadležnog javnog tužioca. Ovo proizlazi kako iz opšte procesne logike, da se sud u sličnim situacijama aktivira po zahtevu drugog procesnog subjekta, a to je ovde javni tužilac kao onaj subjekt kojem je poverena dominantna uloga u predistražnom postupku (u kojem se praktično po pravilu i sprovodi ova posebna dokazna radnja), kao i u istrazi koju on vodi, dok s druge strane, bez takvog predloga, odnosno uopšte bez odgovarajuće procesne inicijative subjekta koji nastoji da razjasni krivično delo i prikupi potrebne dokaze, sudija za prethodni postupak ne bi ni mogao biti u prilici da uopšte ima bilo kakva saznanja o potrebi izdavanja takve naredbe, jer taj oblik sudske funkcionalne nadležnosti više nije u aktivnoj istražnoj funkciji, kao što je to bio slučaj sa nekadašnjim (i još uvek „sadašnjim“ kada se radi o još uvek važećem ZKP-u iz 2001. godine), istražnim sudijom.

Naredba o tajnom praćenju i snimanju osumnjičenog sadrži sledeće obavezne elemente: 1) podatke o osumnjičenom, 2) zakonski naziv krivičnog dela, 3) razloge na kojima se zasniva sumnja, 4) označenje prostorija, mesta ili prevoznog sredstva, ovlašćenje za ulazak i postavljanje tehničkih uređaja za snimanje, način sprovođenja, te 5) obim i trajanje posebne dokazne radnje.

Tajno praćenje i snimanje može trajati tri meseca, a zbog neophodnosti daljeg prikupljanja dokaza može se produžiti najviše za još tri meseca. Ako je reč o krivičnim delima koja spadaju u delokrug aktivnosti javnih tužilaštava posebne nadležnosti,<sup>12</sup> tajno praćenje i snimanje može se izuzetno produžiti još najviše dva puta u trajanju od po tri meseca. To znači da ova posebna dokazna radnja, onda kada se radi o većini krivičnih dela u pogledu kojih je moguće preduzimanje posebnih dokaznih radnji, traje najviše šest meseci ( $3m + 3m = 6m$ ), a kada su u pitanju krivična dela organizovanog kriminala ili krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, tada tajno praćenje i snimanje može trajati duplo duže ( $3m + 3m + 3m + 3m = 12$  meseci). Ova posebna dokazna radnja se u pogledu njenog trajanja i dodatno reguliše u ultima ratio smislu, pa je tako, propisano da se sprovođenje tajnog praćenja i snimanja prekida čim prestanu razlozi za njegovu primenu.

Zakonodavac je, kada se radi o tajnom praćenju i snimanju u prostorijama koje nisu stanovi, regulisao i mogućnost ulaska u prostorije i postavljanje uređaja za snimanje, pri čemu se po logici stvari, misli na tajni ulazak i iako to nije striktno označeno u Zakoniku, jasno je da tu radnju mogu sprovesti samo subjekti kojima se i inače može poveriti neposredna realizacija ove posebne dokazne radnje, a to

12 Radi se o krivičnim delima iz člana 162. stav 1. tačka 1 Zakonika o krivičnom postupku.

su ovlašćena službena lica policije ili pripadnici BIA-e, odnosno VBA-e. S druge strane, propust je zakonodavca što nije regulisao i uklanjanje uređaja za snimanje u prostorijama, jer ti uređaji ne bi smeli da u prostoriji ostanu neograničeno, samim tim što je trajanje ove posebne dokazne radnje (kao što je to prethodno već objašnjeno), limitirano određenim maksimalnim zakonskim rokovima. Ovako, tj. sa sadašnjim manjkom zakonske regulative, proizlazi da je uređaj za tajno snimanje moguće tajno montirati u prostoriji i to na osnovu izričitog ovlašćenja u okviru naredbe sudije za prethodni postupak da se u prostoriju tajno uđe i izvrši montiranje uređaja, a da potom uopšte nije potrebno takav uređaj i demontirati, nakon što „istekne rok“ trajanja posebne dokazne radnje. To znači da bi takav uređaj mogao da u prostoriji ostane „za sva vremena“, što je nedopustivo, čak i ukoliko bi se uređaj po prestanku trajanja posebne dokazne radnje, učinio neaktivnim, odnosno ne bi više faktički koristio.

### *5.1. Sprovođenje tajnog praćenja i snimanja*

Naredbu o tajnom praćenju i snimanju izvršava neki od sledećih alternativno navedenih državnih organa – policija, Bezbednosno-informativna agencija ili Vojno-bezbednosna agencija, a kojem će se konkretnom državnom organu poveriti sprovođenje ove posebne dokazne radnje se rešava u skladu sa prethodno već objašnjenim rezonom koji se odnosi i na realizaciju tajnog nadzora komunikacija. O sprovođenju tajnog praćenja i snimanja sačinjavaju se dnevni izveštaji koji se zajedno sa prikupljenim snimcima dostavljaju sudiji za prethodni postupak i javnom tužiocu, na njihov zahtev.

Po završetku tajnog praćenja i snimanja shodno se postupa prema istim pravilima Zakonika koja se odnose na oficijelno dostavljanje sudiji za prethodni postupak snimaka i drugog materijala kao rezultata sprovedene posebne dokazne radnje, te potom dostavljanju tog materijala javnom tužiocu itd., kao što se čini i kada je reč o tajnom nadzoru komunikacija.

### *5.2. (Ne)mogućnost tonskog snimanja u okviru posebne dokazne radnje tajnog praćenja i snimanja*

Kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, nije sasvim jasno da li se pod „snimanjem“ u okviru posebne dokazne radnje tajnog praćenja i snimanja, podrazumeva isključivo video, odnosno vizuelno snimanje, bilo u vidu pravljenja fotografskih snimaka, bilo u obliku snimaka video kamerom, odnosno drugim tehničkim oblicima video/foto snimanja, ili se tu može svrstati i tonsko snimanje.

Već smo prethodno objasnili da su zakonodavac, odnosno „pisci“ teksta Nacrta iz kojeg je proizišao novi Zakonik o krivičnom postupku, verovatno smatrali da bi se u praksi izraz „snimanje“ u ovom slučaju mogao, ili čak trebao protezati i na tonsko snimanje, ali iz striktnog tumačenja teksta zakonskih normi u ovom slučaju, to uopšte nije sigurno i čak se čini da poprilično pretežu argumenti koji govore o nemogućnosti da se u okviru ove posebne dokazne radnje vrši i tonsko snimanje, bez obzira što inače, uopšte nije sporno postojanje ratio legis-a, prema kojem je u



nekim situacijama veoma poželjno, odnosno potrebno audio snimati razgovore koji se obavljaju u prostorijama.

Moguće je na sledeći način opravdati mogućnost tonskog snimanja kada se radi tajnom praćenju i snimanju:

U prilog shvatanju prema kojem se izraz „snimanje“ kada je u pitanju posebna dokazna radnja tajnog praćenja i snimanja, podrazumeva kako video /foto snimanje, tako i tonsko, tj. audio snimanje, bi se moglo istaći da termin snimanje faktički zaista može imati oba značenja, tj. odnositi se kako na video, tako i na audio snimak.

Takođe bi argument u ovom pravcu mogao da se traži i u zahtevima prakse, odnosno u jednom utilitarističkom pristupu, jer je nesporno da, naročito kada se radi o krivičnim delima organizovanog kriminala, zaista postoji velika potreba za tonskim snimanjem, tj. „prisluškivanjem“ otvorenih i zatvorenih prostorija u cilju dokazivanja takvih inače i načelno, teško dokazivih krivičnih dela.

S druge strane, postoje i prilično jaki argumenti u prilog stavu da se pod „snimanjem“, kada je u pitanju posebna dokazna radnja tajnog praćenja i snimanja, može isključivo podrazumevati video/foto snimanje, a ne i tonsko snimanje, odnosno prisluškivanje razgovora koje vode osobe u odnosu ne koje se ovakva posebna dokazna radnja sprovodi, bilo da se radi o prostorijama, bilo o otvorenom prostoru. Moguće je u tom pravcu istaći nekoliko argumenata, koji generalno počivaju na sledećoj osnovnoj postavci:

Kako su posebne dokazne radnje načelno jedna vrsta „ljutog leka za ljute rane“ u smislu da se njima načelno vrlo ozbiljno limitiraju neka inače Ustavom zaštićena ljudska prava, poput pre svega, prava na privatnost kada je reč o tajnom audio i video nadzoru, sva zakonska pravila koja se tiču takvih radnji se principijelno moraju tumačiti veoma restriktivno. Svako iole ekstenzivnije tumačenje bi ovde bilo opasno i neprikladno.

Sledeći argumenti govore u prilog tome da u okviru posebne dokazne radnje tajnog praćenja i snimanja, nije moguće sprovoditi tonsko snimanje:

Cilj tajnog praćenja i snimanja je u zakonskom smislu otkrivanje kontakata ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima i mestima na kojima je pristup ograničen, ili u prostorijama, osim u stanu, odnosno utvrđivanje istovetnosti lica ili lociranje lica ili stvari i iz takvog cilja proizlazi da se primarno misli na vizuelno tajno praćenje, pa se samim tim radi o isključivo video, odnosno foto snimanju, kao praktičnom načinu i obliku registrovanja uočenog kontakta ili komunikacije između osumnjičenog i drugih lica (gde mogu spadati kako drugi osumnjičeni, tako i lica koja nemaju status osumnjičenog), odnosno radi se o video ili foto materijalu kojima se može utvrđivati istovetnost osumnjičenog, odnosno lociranje lica ili stvari.

Konačno, da je zakonodavac imao u vidu i mogućnost pravljenja tonskih snimaka u odnosu na lica na koja je usmereno tajno praćenje i snimanje, to bi se onda u Zakoniku striktno označilo, a kao što je prethodno objašnjeno, u ovom slučaju načelno ne dolazi u obzir ekstenzivno tumačenje zakonskih normi.

## 6. PRISLUŠKIVANJE I SNIMANJE TELEFONSKIH I DRUGIH RAZGOVORA U KOMPARATIVNOM KRIVIČNOM PROCESNOM PRAVU

Mogućnost odstupanja od ustavnog prava na neprikosновенost komunikacije i opštenja predstavlja efikasno sredstvo za suprotstavljanje novim i veoma opasnim formama kriminaliteta, kao i uopšte teškim krivičnim delima, koja se uobičajenim procesnim sredstvima veoma teško dokazuju. Slične mogućnosti postoje i u komparativnom krivičnom procesnom zakonodavstvu, a po pravilu je preduzimanje takvih mera moguće u odnosu na širu „lepezu“ krivičnih dela, nego što je to slučaj prema rešenju iz našeg Zakonika o krivičnom postupku. Čak se može zapaziti i tendencija prisutna u većem broju krivičnoprocesnih sistema, da se potencijalno odstupanje od inače Ustavom garantovane neprikosновенosti komunikacije, omogućava za čitav niz slučajeva, uz određivanje osnova ili razloga za to (materijalni uslov) na prilično širok način, a i zemlje, koje se opredeljuju za striktno definisanje krivičnih dela u pogledu kojih su takve radnje moguće, čine to po pravilu određivanjem prilično širokog kruga takvih dela.

### 6.1. Nemačka

U Nemačkoj, gde je nedavno bitno izmenjen i dopunjen ZKP (Strafprozessordnung – StPO), u delu koji se tiče tajnog audio i video nadzora,<sup>13</sup> primenjen je taksativan pristup prilikom određivanja „kruga“ krivičnih dela u pogledu kojih je moguće odstupanje od zaštite diskrecije telefonskih i drugih razgovora.

Istovremeno, primenjen je prilično ekstenzivan pristup. Drugim rečima, u nemačkom krivičnom procesnom zakonodavstvu je znatno širi spisak krivičnih dela u pogledu kojih je moguće sprovođenje prisluškivanja i drugih sličnih oblika nadzora i tehničkog snimanja.<sup>14</sup> U okviru opštih učenja o dokazima, smatra se da su nove dokazne mogućnosti, gde spada i prisluškivanje telefonskih i drugih razgovora, svoj ratio imaju u potrebi lakšeg dokazivanja, nekih inače veoma teških krivičnih dela.<sup>15</sup>

Za nadzor nad komunikacijom se ističe da posebno omogućava prikupljanje dokaza u vezi krivičnih dela organizovanog kriminaliteta, pri čemu se ne može napraviti čvrsta razlika između represivnih krivičnoprocesnih mogućnosti i pravnih mogućnosti preventivnog policijskog delovanja.<sup>16</sup> To praktično znači da se nadzorom nad sredstvima komunikacije – prisluškivanjem i snimanjem telefonskih razgovora, mogu obezbeđivati potrebni dokazi koji omogućavaju krivično gonjenje za već učinjena krivična dela, ali se tako može delovati i preventivno te sprečavati

13 Više o nekadašnjem zakonskom rešenju u Nemačko u: Đ. Ignjatović i M. Škulić, *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010., str. 270 – 271.

14 Više o tome: C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 1998, str. 281–287.

15 J. Brack und N. Thomas, *Kriminaltaktik*, „Richard Boorberg Verlag“, Stuttgart, München und Hannover, 1983, str. 12.

16 E. Lücking, *Die Strafprozessuale Überwachung des Fernmeldedienstes – Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, „Max-Planck-Institut“, Freiburg im Breisgau, 1992, str. 14–15.

izvršenje planiranih krivičnih dela, ali naravno, samo ukoliko to planiranje predstavlja samo po sebi krivično delo za koje je moguće preduzeti prisluškivanje, ili kada se prisluškivanjem ostvarenim na zakonski način, sazna za pripremanje drugog krivičnog dela. U nemačkoj praksi se ističe da je poslednjih godina prisluškivanje telefonskih razgovora, usmereno na identifikaciju lica koje razgovara, preko telefonskog broja, često veoma otežano zbog korišćenja mobilnih telefona sa SIM karticama, gde podaci o korisniku određenog broja nisu dostupni (tzv. pri-paid sistem), kao i kada su korisnici stranci, odnosno ukoliko se upotrebljavaju inostrane mobilne veze, pa se radi rešavanja takvih problema predlagane i određene promene relevantnih odredbi ZKP-a.<sup>17</sup>

Upotreba određenih tehničkih sredstava, kako za prisluškivanje, tako i u odnosu na tajno video snimanje i fotografisanje tokom sprovođenja prismotre (tajne opservacije), te mogućnost tajnog ugrađivanja sredstava za prisluškivanje i snimanje razgovora, postoji u Nemačkoj u skladu sa rešenjima posebnog zakona koji reguliše tu oblast – OrgKG – Zakon o suzbijanju nedozvoljene trgovine opojnim materijama i drugih formi organizovanog kriminaliteta,<sup>18</sup> s tim da su u literaturi u velikoj meri podeljena mišljenja o tome da li su mogućnosti prisluškivanja razgovora koje postoje u skladu sa tim zakonom, u potpunosti usklađene sa rešenjem iz § 100c Zakonika o krivičnom postupku Nemačke (StPO).<sup>19</sup> Već tokom rasprava o Nacrtu ovog posebnog zakona koji omogućava upotrebu tehničkih sredstava radi tonskog prisluškivanja stambenih prostorija, te video snimanje tokom prismotre, vođena je vrlo živa parlamentarna diskusija o tome da li su takva rešenja u neskladu sa ustavnim propisima, naročito kada je reč o preventivnim aktivnostima tog tipa.<sup>20</sup>

Kada su ispunjeni potrebni zakonski uslovi, odgovorno lice u kompaniji koja se bavi pružanjem komunikacijskih usluga je dužno da uz saglasnost saveznog ministra za poštu i telekomunikacije omogući prisluškivanje i snimanje telefonskih razgovora, a u nemačkoj literaturi se ponekad postavljalo i pitanje nedovoljnog regulisanja određenih tehničkih, pravnih i finansijskih problema koji u vezi s ovim nastaju.<sup>21</sup>

Inače, u nemačkoj praksi i teoriji se dosta raspravljalo i o mogućnostima preventivnog prisluškivanja telefonskih razgovora, posebno u vezi sa suzbijanjem organizovanog kriminaliteta. Naime, u nacrtu Zakona o suzbijanju nezakonite trgovine opojnim sredstvima i drugim pojavnim oblicima organizovanog kriminaliteta (OrgKG), kao i u nacrtu Zakona o izmenama Zakona o uređajima za daljinski prenos informacija (FAG), bilo je prvobitno predviđena mogućnost prisluškivanja

17 F. Thiede, Geräteerkennung eines Handys als Akknüpfungspunkt für Telekommunikationsüberwachung, *Kriminalistik*, No. 3/03, Heidelberg, 2003, str. 165–166.

18 Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG).

19 Više o tome: J. König, Einsatz technischer Mittel nach par. 100c StPO, *Kriminalistik*, No. 5/98, Heidelberg, 1998, str. 349–350.

20 J. Meyer und W. Hetzer, Schulterschluß gegen Organisierte Kriminalität, *Kriminalistik*, No. 11/97, Heidelberg, 1997, str. 694–698.

21 W. Weinem, Die strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation, *Kriminalistik*, No. 11/95, Heidelberg, 1995, str. 735.

i snimanja telefonskih razgovora, ukoliko je to potrebno za otklanjanje neposredne (sadašnje ili postojeće) opasnosti po život, telo ili slobodu nekog lica, ali takav predlog ipak nije prihvaćen, mada se danas u nekim radovima ističe da bi zakonska mogućnost preventivnog policijskog prisluškivanja telefonskih razgovora imala veliki značaj u odnosu na suzbijanje organizovanog kriminaliteta, za koji se u Nemačkoj ističe da postaje sve veći problem.<sup>22</sup> Pored toga i policijska praksa je dugo insistirala na proširenju mogućnosti za prisluškivanje telefonskih i drugih razgovora, ali i „ozvučenje“ prostorija i vozila, ističući da je mada prema oficijelnim statistikama broj obavljenih prisluškivanja u Nemačkoj, u proseku tokom jedne godine znatno viši nego u SAD, to faktički nije tako, jer se s jedne strane, u SAD zvanično statistički ne beleže sva zaista obavljena prisluškivanja, a s druge strane, u toj zemlji je pod određenim uslovima moguće prisluškivanje i bez odluke suda, a koje se potom statistički ne beleži, što u Nemačkoj nije moguće.<sup>23</sup>

U Nemačkoj se striktno razlikuje nekoliko vrsta tajnog audio i video nadzora: 1) nadzor i snimanje telekomunikacija, 2) prisluškivanje i snimanje razgovora koji se vode u stanovima i drugim prostorijama, 3) prisluškivanje i snimanje tehničkim sredstvima razgovora koji nisu namenjeni javnosti, a vode se izvan stana, 4) pribavljanje podataka o kontaktima putem sredstava telekomunikacije, 5) tajna prisмотра uz tajno fotografisanje i video snimanje, te 6) utvrđivanje broja priključka mobilnog telefona i broja korišćene SIM kartice.

### 6.1.1. Nadzor i snimanje telekomunikacija u Nemačkoj

U skladu sa odredbom § 100a StPO, nadzor i snimanje telekomunikacija dozvoljen je i bez znanja lica koje se nadzire: 1. ako određene činjenice opravdavaju sumnju da je određeno lice kao izvršilac ili saučesnik učinilo neko od krivičnih dela u pogledu kojih je moguća takva posebna dokazna radnja, odnosno pokušalo učiniti delo čiji je pokušaj kažnjiv ili je krivičnim delom pripremao takvo delo, 2. ako delo i kao pojedinačno predstavlja krivično delo određene težine, tj. spada u tzv. teško krivično delo za koje je inače moguć tajni nadzor i 3. ako utvrđivanje činjeničnog stanja ili boravišta osumnjičenog na neki drugi način nema izgleda za uspeh ili je značajno otežano.

Teška krivična dela su niz krivičnih dela sadržanih u samom Krivičnom zakoniku, poput a) krivična dela protiv mira, veleizdaja i ugrožavanje demokratske pravne države, kao i izdaja zemlje i ugrožavanje spoljne bezbednosti prema §§ 80 do 82, 84 do 86, 87 do 89a, 94 do 100a, b) davanje mita poslanicima prema § 108e, c) krivična dela protiv nacionalne bezbednosti (§§ 109d do 109h), d) krivična dela protiv javnog reda prema §§ 129 do 130, e) falsifikovanje novca i znakova za vrednost prema §§ 146 i 151, a u vezi sa § 152, i prema § 152a st. 3 i § 152b st. 1 do 4, f) krivična dela protiv polne slobode u slučajevima iz §§ 176a, 176b, 177 st. 2 tač. 2 i § 179 st. 5 tač. 2 g) izrada, sticanje i posedovanje spisa dečije i maloletničke

22 I. Weitemeier und W. Große, Telefonüberwachung aus präventivpolizeilichen Gründen, *Kriminalistik*, No. 5/97, Heidelberg, 1997, str. 335 i str. 338.

23 R. Rupperecht, *Rechtstatsachen als Basis der OK-Gesetzgebung, Organisierte Kriminalität, Bundeskriminalamt* (Hg.), Wiesbaden, 1997, str. 75–76.

pornografije prema § 184b st. 1 do 3, § 184c st. 3, h) ubistvo i lišavanje života iz nehata prema §§ 211 i 212, i) krivična dela protiv slobode čoveka prema §§ 232 do 233a, 234, 234a, 239a i 239b, j) krađa od strane kriminalne grupe prema § 244 st. 1 tač. 2 i teška krađa od strane kriminalne grupe prema 244a, k) krivična dela krađe i ucene prema §§ 249 do 255, l) profesionalno bavljenje preprodajom ukradenih predmeta, preprodaja ukradenih predmeta od strane kriminalne grupe i profesionalno bavljenje preprodajom ukradenih predmeta prema §§ 260 i 260a, m) pranje novca ili prikrivanje nezakonito stečene imovine saglasno § 261 st. 1, 2 i 4, n) prevara i kompjuterska prevara pod uslovima navedenim u § 263 st. 3 reč. 2 i u slučaju iz § 263 st. 5, u vezi sa § 263a st. 2, o) obmana pri pribavljanju subvencije pod uslovima navedenim u § 264 st. 2 reč. 2 i u slučaju § 264 st. 3 u vezi sa § 263 st. 5 itd., ali i niz drugih krivičnih dela, poput onih koja su propisana poreskim zakonodavstvom, tu zatim spadaju ratni zločini, zločin protiv čovečnosti, genocid itd. U osnovi je prilično veliki broj krivičnih dela ove vrste, tj. onih krivičnih dela radi čijeg se razjašnjenja u Nemačkoj može preduzimati ova posebna dokazna radnja.

Mere može narediti samo sud na zahtev državnog tužilaštva. Ako postoji opasnost od odlaganja, naredbu može izdati i državno tužilaštvo. Naredba prestaje važiti ako je u roku od tri radna dana ne potvrdi sud. Naredba može trajati najduže do tri meseca. Dozvoljeno je produženje naredbe za još maksimalno tri meseca, ako su ispunjeni uslovi iz naredbe u smislu rezultata dobijenih istragom.

Naredba se izdaje u pismenom obliku i mora sadržati: 1. ako su poznati, ime i adresu osobe na koju se mera odnosi, 2. broj telefona ili drugu oznaku priključka ili aparata koji se treba nadzirati, ako određene činjenice ne pokažu da su isti dodeljeni drugom aparatu, te 3. vrstu, obim i dužinu trajanja mere uz navođenje trenutka prestanka mere. Na osnovu naredbe, svaki subjekat čija je delatnost pružanje ili učešće u pružanju telekomunikacijskih usluga mora omogućiti sudu, tužilaštvu i njihovom istražnom osoblju u policiji (§ 152 zakona o sudovima) sprovođenje mera prema § 100a i dostaviti potrebne informacije bez odlaganja. Ako više ne postoje uslovi iz naredbe, preduzimanje mera koje su naređene odmah se mora obustaviti. Nakon obustavljanja mera, o rezultatima njihovog preduzimanja, mora se obavestiti sud koji je izdao naredbu.

### *6.1.2. Prisluškivanje i snimanje razgovora koji se vode u stambenim prostorijama*

Ovaj oblik tajnog audio i video nadzora koji se tradicionalno u Nemačkoj označava kao tzv. veliki prisluškivački zahvat,<sup>24</sup> je regulisan odredbama § 100c nemačkog Zakonika o krivičnom postupku (StPO).

Bez znanja osobe na koju se mera odnosi, u njenom se stanu mogu tehničkim sredstvima prisluškivati i snimati njeni razgovori koji nisu namenjeni javnosti, ukoliko su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi: 1. ako određene činjenice opravdavaju sumnju da je određeno lice kao izvršilac ili saučesnik učinilo neko od krivičnih dela u pogledu kojih je moguća posebna dokazna radnja ili pokušao učiniti delo za koje je pokušaj kažnjiv, 2. ako delo i kao pojedinačno delo ima težinu koja

24 Više o tome: C.Roxin und B.Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009., str. 273 – 275.

opravdava takvu radnju, 3. ako činjenice upućuju na zaključak da će se nadzorom snimiti izjave osumnjičenog koje su od značaja za rasvetljavanje činjeničnog stanja ili za utvrđivanje boravišta drugih osumnjičenih i 4. ako utvrđivanje činjeničnog stanja ili boravišta nekog drugog osumnjičenog na neki drugi način nema izgleda za uspeh ili je značajno otežano.

Potom se nabraja niz krivičnih dela koja spadaju u „teška krivična dela“ u pogledu kojih je ova radnja moguća, poput krivičnih dela protiv mira, veleizdaje i ugrožavanja demokratske pravne države kao i izdaje zemlje i ugrožavanja spoljne sigurnosti, terorizma, organizovanog kriminala, krivičnih dela protiv čovečnosti, kao što su genocid, ratni zločini itd.

Mera se može odnositi samo na osumnjičenog i sprovesti u njegovom stanu. U stanovima drugih lica mera je dozvoljena samo ako određene činjenice upućuju na zaključak da u njima boravi osumnjičeni, te ukoliko se još i oceni da mera koja se sprovodi u stanu osumnjičenog, sama po sebi neće dovesti do utvrđivanja činjeničnog stanja ili boravišta drugog osumnjičenog. Mera se može sprovesti i kad se njome neizbežno obuhvataju i druge osobe.

Mera se može narediti samo ako činjenice, posebno u odnosu na vrstu prostorija koje treba posmatrati i međusobnog odnosa posmatranih osoba, opravdavaju pretpostavku da se praćenjem neće presresti izjave koje spadaju u sferu privatnog života. Razgovori u službenim i radnim prostorijama po pravilu ne spadaju u sferu privatnog života. Isto važi i za razgovore o učinjenim krivičnim delima i izjavama da su učinjena krivična dela.

Prisluškivanje i snimanje se odmah mora prekinuti ako se u toku nadzora pojave indicije da će se snimiti iskazi koji spadaju u sferu privatnog života. Snimci o takvim iskazima se moraju odmah izbrisati, a saznanja o takvim izjavama ne smeju se koristiti.

Mere ove vrste mogu na zahtev tužilaštva narediti samo sudska veća u pokrajinskim sudovima, na čijem se području nalazi sedište tužilaštva. Ako postoji opasnost od odlaganja, naredbu može izdati predsednik veća. Naredba predsednika veća prestaje važiti ako istu u roku od tri radna dana ne potvrdi krivično sudsko veće. Naredba može trajati najduže do mesec dana. Dozvoljeno je produženje naredbe preko mesec dana, ako su ispunjeni uslovi iz naredbe u smislu rezultata dobijenih istragom. Ako je dužina trajanja naredbe produžena na ukupno šest meseci, o daljem produženju rešava vrhovni pokrajinski sud.

Naredba se izdaje u pismenom obliku i sadrži sledeće podatke: 1. ako su poznati, ime i adresu osumnjičenog na kojeg se mera odnosi, 2. krivično delo za koje se osumnjičeni tereti i na osnovu kojeg se naređuje mera, 3. stan ili stambene prostorije koje se nadziru, 4. vrstu, obim i dužinu trajanja mere, 5. vrste informacija koje će se prikupiti merom i njihov značaj za postupak.

### *6.1.3. Prisluškivanje i snimanje tehničkim sredstvima razgovora koji nisu namenjeni javnosti, a vode se izvan stana*

Ovaj oblik tajnog audio i video nadzora je u Nemačkoj regulisan odredbama § 100f StPO. I bez znanja lica koja se nadziru, izvan stana je dozvoljeno prisluškivanje i snimanje tehničkim sredstvima razgovora koji nisu namenjeni javnosti, ako zbog određenih činjenica postoji sumnja da je određeno lice kao izvršilac ili saučesnik

učinilo neko od krivičnih dela navedenih u § 100a st. 2, koje i kao pojedinačno delo predstavlja teško krivično delo, ili je u slučajevima u kojima je pokušaj kažnjiv, lice pokušalo da učini takvo delo, a utvrđivanje činjeničnog stanja ili boravišta osumnjičenog na neki drugi način ne bi imalo izgleda za uspeh.

Mera se može primeniti samo prema osumnjičenom, a u odnosu na druga lica, mera se može narediti samo ako određene činjenice upućuju na zaključak da su te osobe u vezi sa osumnjičenim ili se takva veza uspostavlja, te da će mera dovesti do rasvetljavanja činjeničnog stanja ili do otkrivanja boravišta osumnjičenog, a i jedno i drugo na neki drugi način ne bi imalo izgleda za uspeh ili bi bilo značajno otežano. Pored toga, mera se može sprovesti i kad se njome neizbežno obuhvataju druge osobe.

#### *6.1.4. Pribavljanje podataka o kontaktima putem sredstava telekomunikacije*

Ova mera je moguća u skladu sa odredbom § 100g StPO, ako određene činjenice opravdavaju sumnju da je određeno lice u svojstvu izvršioca ili saučesnika učinilo određeno krivično delo, a mora se raditi o delu koje je i kao pojedinačno delo od velikog značaja, a pogotovo neko od dela iz § 100a st. 2 (dela u pogledu kojih je moguć tajni nadzor telekomunikacija). Mera je moguća i ako je lice pokušalo učiniti krivično delo čiji je pokušaj kažnjiv ili je krivičnim delom pripremao takvo delo, kao i ukoliko je lice učinilo krivično delo putem telekomunikacije.

Tada se i bez znanja tog lica mogu prikupiti podaci koji se tiču njegovog telekomunikacijskog saobraćaja (u smislu § 96 st. 1, § 113a zakona o telekomunikacijama). To je moguće ako je potrebno za utvrđivanje činjeničnog stanja i boravišta osumnjičenog, a mera je dozvoljena samo ako bi rasvetljavanje činjeničnog stanja ili utvrđivanje boravišta osumnjičenog na drugi način bilo bez izgleda za uspeh i ako bi prikupljanje podataka bilo srazmerno značaju predmeta.

#### *6.1.5. Tajna prisмотра uz tajno fotografisanje i video snimanje*

Ova mera, koja se svodi samo na tajni video nadzor,<sup>25</sup> je regulisana odredbom § 100h StPO. I bez znanja lica na koje se mere odnose, izvan stana se mogu: 1. praviti fotografije, te 2. koristiti određena tehnička sredstva u druge posebne ciljeve posmatranja. Ovo je moguće ako utvrđivanje činjeničnog stanja ili boravišta osumnjičenog na neki drugi način ne bi imalo izgleda za uspeh ili bi bilo značajno otežano. Mera je dopuštena samo ako je predmet istrage krivično delo od posebnog značaja, a mera se može po pravilu, primeniti samo neposredno na osumnjičenog.

Po izuzetku, u odnosu na druge osobe se ove mere mogu narediti samo ako bi ispitivanje činjeničnog stanja ili utvrđivanje boravišta osumnjičenog na drugi način imalo manje izgleda za uspeh ili bi bilo značajno otežano, pri čemu ako određene činjenice upućuju na zaključak da su te osobe u vezi sa osumnjičenim ili se takva

25 Radi se o meri koja u sličnom obliku postoji i u Austriji, gde takođe kao i u Nemačkoj, takva mera ne obuhvata i tonsko snimanje, što takođe donekle predstavlja još jedan argument u prilog tumačenju da ni slična mera iz našeg zakonodavstva (novi ZKP iz 2011. godine), tj. tajno praćenje i snimanje, ne može da se rutinski protegne i na tonsko, odnosno audio snimanje, kao što smo to i inače, već objasnili u prethodnom tekstu.

veza uspostavlja, a da će mera dovesti do rasvetljavanja činjeničnog stanja ili do otkrivanja boravišta osumnjičenog, a u protivnom i jedno i drugo, na neki drugi način ne bi imalo izgleda za uspeh ili bi bilo značajno otežano. Pored ovoga, mere ove vrste se mogu sprovoditi i kad se njima neizbežno obuhvataju i treće osobe.

#### 6.1.6. Utvrđivanje broja priključka mobilnog telefona i broja korišćene SIM kartice

Ova mera je regulisana odredbom § 100i StPO. Onda kada na osnovu određenih činjenica postoji sumnja da je određeno lice kao izvršilac ili saučesnik učinilo krivično delo koje je i kao pojedinačno delo od posebnog značaja, a naročito kada se radi o nekom od dela iz § 100a st. 2 (krivična dela u pogledu kojih je moguć tajni nadzor telekomunikacija), ili da je pokušao krivično delo čiji je pokušaj kažnjiv ili je krivičnim delom pripremao takvo delo, onda se tehničkim sredstvima mogu utvrditi: 1) broj priključka mobilnog aparata i broj kartice koja je u njemu korišćena kao i 2) lokacija mobilnog aparata, ako je to potrebno za utvrđivanje činjeničnog stanja i boravišta osumnjičenog.

Lični podaci o trećim osobama mogu se povodom takvih mera prikupljati ako je to iz tehničkih razloga neizbežno za postizanje cilja mere, a takvi se podaci ne smeju koristiti u druge svrhe osim radi sravnjenja podataka koji su potrebni za utvrđivanje traženog broja aparata i broja kartice. Nakon prestanka mere takvi se podaci moraju odmah izbrisati.

Naredbom se mere mogu odrediti u trajanju ne dužem od šest meseci, a dozvoljeno je produženje mere na rok od najduže šest dodatnih meseci, ako su i dalje ispunjeni zakonski uslovi koji su bili potrebni i da se mera odredi.

## 6.2. Austrija

U Austriji je 1. januara 2008. godine stupio na snagu potpuno novi Zakonik o krivičnom postupku, za koji je karakteristično da uvodi niz fundamentalnih novina, poput uvođenja državno-tužilačke, odnosno policijske istrage, pod rukovodstvom državnog tužioca, pri čemu novi koncept u bitnom odgovara tradicionalnim zahtevima evropsko-kontinentalnog krivičnog procesnog prava.

Video nadzor lica na otvorenom prostoru ili u javnim prostorijama, kao i obično slušanje razgovora koji se vode u javnosti i koje i inače, svako treće lice može da čuje, je moguće bez posebnih ograničenja (kao kada se na primer, radi o kamerama za nadzor u robnim kućama ili slušanju razgovora koji vode lica za susednim stolom u restoranu), dok na primer, montiranje uređaja na automobilu kojim se može ustanoviti njegovo kretanje u prostoru, podleže određenim zakonskim ograničenjima, isto kao što je i ugradnja uređaja za prisluškivanje razgovora u automobilu moguća jedino pod uslovima koji su u ZKP-u propisani za nadzor nad razgovorima koji se obavljaju u prostorijama.<sup>26</sup>

U skladu sa odredbom § 136 ZKP Austrije, optički i akustički nadzor lica je dozvoljen u sledećim slučajevima: 1) kada se radi o krivičnom delu otmice, 2) kada

26 S.Seiler, *Strafprozessrecht*, 10. überarbeitete Auflage, Facultas.wuv., Wien, 2009, str. 140 – 141.



se primenjuje u vezi sa angažmanom prikrivenog islednika, 3) kod teških krivičnih dela – ukoliko se radi o krivičnom delu za koje je propisana kazna preko deset godina zatvora, ili ukoliko je u pitanju krivično delo terorističkog udruživanja, kao i kada se radi o organizovanom kriminalitetu i sl., pri čemu je neophodno da se radi o ultima ratio slučaju, što znači da je na drugi način nemoguće da se razjasni krivično delo ili bi to bilo značajno otežano.<sup>27</sup> Moguće je i da se nadzor odnosi ne samo na osumnjičenog, već i na treće lice, bez saglasnosti tog trećeg lica, ukoliko se može očekivati da osumnjičeni stupi u kontakt sa njim (§ 136 Abs. 1 Z).

U Austriji je moguć i nadzor samo „objekta“ (Objektiüberwachung), što u stvari, predstavlja prismotru, koja je u kod nas, pretežno operativnog karaktera, a u izvesnim elementima ovakva radnja asocira na tajno praćenje i snimanje koje je posebna dokazna radnja u Srbiji, u skladu sa novim Zakonikom o krivičnom postupku. Naime, kada se radi o prostorijama koje nisu stanovi i ne spadaju u pravno zaštićeni „stambeni prostor“, moguće je takve prostorije ili takve otvorene prostore, video nadzirati,<sup>28</sup> u cilju utvrđivanja kontakata između lica, odnosno ponašanja lica na tim prostorima, a to se može činiti kada se radi o potrebi razjašnjavanja bilo kog krivičnog dela, dakle bez obzira na vrstu i težinu krivičnog dela.<sup>29</sup> Video nadzor u stanovima, odnosno prostorijama koje se pravno štite kao stanovi (durch das Hausrecht geschützten Raums), je moguć samo u cilju razjašnjavanja umišljajnog krivičnog dela zaprećenog kaznom zatvora težom od jedne godine i samo ukoliko je držalac stana izričito odobrio takav nadzor, pri čemu je još neophodno i da se na drugi način, krivično delo ne bi moglo razjasniti ili bi to bilo znatno otežano.<sup>30</sup>

Formalni uslov za tajni audio i video nadzor u Austriji je postojanje sudskog odobrenja, koje se daje na zahtev državnog tužioca, a ukoliko se radi o ulasku u prostorije radi montiranja uređaja za nadzor, tada je i za to potrebno posebno odobrenje suda, s tim da jedino u slučaju uzimanja talaca, kriminalistička policija može da započne sa sprovođenjem tajnog nadzora i bez odluke suda.<sup>31</sup>

### 6.3. Italija

„Presretanje“ konverzacija okrivljenog i njegovih komunikacija, što uključuje prisluškivanje i snimanje telefonskih razgovora, predstavlja ozbiljno odstupanje od prava na privatnost, te može biti određeno samo u pogledu teških krivičnih dela i kada postoje ozbiljni razlozi za verovanje da je okrivljeni kriv,<sup>32</sup> a da pri tom, ne

27 *Ibid.*, str. 142.

28 Kao što smo to prethodno objašnjavali, čini se da je kod nas sporno da li se u okviru tajnog praćenja i snimanja (posebna dokazna radnja regulisana novim Zakonikom o krivinom postupku iz 2011. godine), mogu vršiti i *tonska snimanja*, ili je moguće jedino *video*, odnosno *foto snimanje*, a kao što smo to već istakli (i što posebno apostrofiramo u zaključku), čini se da ipak pretežu argumenti u pravcu tvrdnje da na nivou sadašnje zakonske regulative nije moguće tonsko snimanje, slično kao što je to zakonom striktno uređeno u Austriji.

29 S.Seiler, op.cit., str. 142.

30 *Ibidem.*

31 *Ibid.*, str. 143.

32 Ovakva formulacija ostavlja sumnju postojanja protivrečnosti u odnosu na dejstvo *pretpostavke nevinosti*, odnosno nalazi se u izvesnom neskladu sa pravom okrivljenog da se pretpostavljeni

postoji drugi način prikupljanja dokaza.<sup>33</sup> Određivanjem vrste krivičnog dela (što se čini na prilično uopšten način, ali bez dileme da u krug tih krivičnih dela spadaju i ona koja predstavljaju oblike organizovanog kriminaliteta), te definisanjem razloga koji se odnose na procenu dokaznog značaja audio nadzora, utemeljen je materijalni uslov za odstupanje od Ustavom zaštićene (čl. 15) slobode i privatnosti korespondencije i komunikacije u Italiji.

Pored toga, da bi se preduzele takve aktivnosti, neophodno je i postojanje određenog formalnog uslova, koji se ogleda u sledećem: 1) neophodno je postojanje odluke suda tokom preliminarne istrage i 2) potrebno je da se takva odluka doneše na osnovu prethodno podnetog zahteva javnog tužioca, s tim da pod posebnim okolnostima, prisluškivanje može biti naređeno i od strane samog javnog tužioca, ali je on dužan da smesta o tome podnese izveštaj sudiji koji je nadležan za preliminarnu istragu, koji tada takvu meru može da potvrdi ili da odbije njenu primenu.<sup>34</sup>

#### 6.4. Velika Britanija

Mada inače ne postoji samostalno krivičnoprocesno zakonodavstvo Velike Britanije, jer uglavnom postoje posebni izvori krivičnog procesnog prava za Englesku i Vels, s jedne strane i Škotsku, s druge strane, u pogledu opšte mogućnosti odstupanja od prava na privatnost, jedinstvena regulativa egzistira za celokupnu Veliku Britaniju. Rukovodeći se odlukom Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Malone v. United Kingdom*,<sup>35</sup> Parlament je doneo Zakon o prisluškivanju komunikacija (*Interception of Communications Act 1985*), u čijem je čl. 1 predviđena mogućnost prisluškivanja veza koja se ostvaruju zahvaljujući poštanskim uslugama, a što je moguće samo na osnovu naloga izdatog od strane državnog sekretara u slučajevima koji se odnose na nacionalnu bezbednost, a u cilju prevencije ili otkrivanja teških krivičnih dela, ili radi očuvanja ekonomskog blagostanja Velike Britanije.<sup>36</sup>

U navedenom zakonskom aktu su predviđene i određene mere pravne zaštite lica čije je pravo na neprikosновенost tajnosti opštenja putem odgovarajućih tehničkih sredstava povređeno. Svaka osoba koja veruje da mu je pravo tajnosti komunikacije povređeno, može se žaliti sudu i ako sud ustanovi da su pravila koja se odnose na nalog i samo prisluškivanje povređena, on će o tom svom zaključku obavestiti žalioca, a takođe podnosi izveštaj premijeru, te će, ako smatra da je to inter alia prikladno, narediti uništavanje kopija prisluškivanog materijala, uz obavezivanje državnog sekretara, da se žaliocu nadoknadi šteta.<sup>37</sup>

---

smatra nevinim, sve dok njegova krivica ne bude utvrđena pravnosnažnom sudskom presudom, što je inače striktno predviđeno u italijanskom krivičnoprocesnom zakonodavstvu, a temelji se i na čl. 27 Ustava Italije i čl. 6(2) Evropske konvencije o ljudskim pravima.

33 C. Van den Wyngaert, C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (deo koji je pisao P. Corso) *Criminal procedure systems in the European Community*, „Cambridge University Press“ London, 2002, str. 245.

34 *Ibidem*.

35 *Malone v. United Kingdom*, *European Court of Human Rights*, 2. August, 1984.

36 C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (deo koji je pisao C. Gane), op. cit., str. 363.

37 *Ibidem*.

## 6.5. Holandija

Prisluškivanje i snimanje telefonskih razgovora (što ne uključuje saopštenja sredstvima kao što su „walkie-talkie“ ili telefaks), je u Holandiji dopušteno od 1971. godine, pod uslovom da se radi o istragama za krivična dela u pogledu kojih je moguće zadržavanje ili pritvor, ali samo u pogledu već učinjenih krivičnih dela, dok takve radnje nisu moguće u pogledu krivičnih dela za koja tek postoji mogućnost da budu izvršena u budućnosti, mada informacije pribavljene na takav način, tokom istrage već aktuelnog krivičnog dela, mogu da budu dokaz u pogledu drugih krivičnih dela, čak i kada u odnosu na njih nije moguće pritvor, niti zadržavanje.<sup>38</sup>

Prisluškivanje i snimanje telefonskih razgovora se može sprovesti samo nakon što je to dozvolio istražni sudija, a ne postoje pravila u pogledu dužine trajanja tih aktivnosti, dok se svi prikupljeni materijali moraju uništiti od strane istražnog sudi-je, ukoliko ne postoje izgledi da se koriste u istrazi.<sup>39</sup>

## 6.6. Belgija

Za Belgiju je karakteristično da se mogućnost prisluškivanja i snimanja telefonskih razgovora, odnosno mogućnost njihovog registrovanja radi potreba krivičnog postupka, određuje veoma široko i bez definisanja kruga krivičnih dela, u pogledu kojih je to moguće, ali uz veliki uticaj sudske prakse, odnosno odluka najviših suds-kih instanci.

Opšti uslov za vršenje nadzora nad telefonskom komunikacijom u Belgiji je da ona mora biti regulisana zakonom (legalitet kao uslov), te da mora da bude legitim-na i proporcionalna, ali ne postoji detaljnije zakonsko regulisanje ovog pitanja, koje se konkretnije uređuje sudskom praksom.<sup>40</sup>

## 6.7. Španija

Članom 18(3) Ustava Španije garantovana je tajnost komunikacija, posebno poštanskih, telegrafskih i telefonskih vidova komuniciranja, a svako odstupanje od ovog prava mora da bude utemeljeno na naredbi suda u skladu sa čl. 579 ZKP Španije, kojim se omogućava oduzimanje korespodencije, praćenje telegrafskih i telefonskih komunikacija, a „u budućnosti“ se ova pravila mogu, ako je to neophodno, koristiti i u pogledu nadzora nad kompjuterskim podacima.<sup>41</sup> Odstupanje od tajnosti komunikacija, te njihovo prisluškivanje i snimanje je moguće uz poštovanje sledećih pravila (čl. 579 ZKP):

(1) sudija mora odobriti prisluškivanje privatne korespondencije upućene od osumnjičenog ili ka njemu, bilo da je ona poštanska ili telegrafska, te mora dopusti-

38 C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (deo koji je pisao A. H. J. Swart), *op. cit.*, str. 304.

39 *Ibidem.*

40 C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (deo koji je pisala C. Van den Wyngaert), *op. cit.*, str. 28–29.

41 C. Van den Wyngaert C. Gane, H. H. Kühne and F. M. Cauley, (deo koji je pisao E. Ruiz Vadillo), *op. cit.*, str. 393.

ti da ona bude otvorena, radi prikupljanja podataka potrebnih za otkrivanje novih ili potkrepljenje već postojećih dokaza, ili ako se time mogu pribaviti druge važne činjenice; (2) slično, sudija može pod istim okolnostima, na osnovu odluke, done-sene na temelju razumnih okolnosti, da naredi prisluškivanje telefonskih komuni-kacija osumnjičenog; (3) na isti način, sudija može obrazloženom odlukom, zasno-vanom na razumnim okolnostima, narediti da se u periodu do najviše tri meseca (a što se može produžiti za isti period), nadziru poštanske, telegrafske ili telefonske komunikacije lica osumnjičenog da je izvršilo krivično delo, ili kada on namerava da te komunikacije upotrebi radi realizacije kriminalnih ciljeva.<sup>42</sup>

U hitnim slučajevima, kada je istraga usmerena ka otkrivanju krivičnih dela povezanih sa akcijama tajne i naoružane grupe, ili slučajevima terorizma, odnos-no pobune, mere odstupanja od neprikosновенosti sredstava komuniciranja mogu biti odobrene od strane ministra unutrašnjih poslova ili direktora službe državne bezbednosti, a takva odluka, zajedno sa razlozima njenog donošenja, mora smesta da se u pisanom obliku dostavi nadležnom sudiji, koji kasnije u roku od 72 sata od vremena kada je nadzor naređen, donosi svoju obrazloženu odluku, zasnovanu na razumnim okolnostima, kojim nadzor opoziva ili potvrđuje.<sup>43</sup>

## 6.8. Sjedinjene Američke Države

U SAD je glavni pravni izvor mogućnosti korišćenja sredstava za prisluškivanje i tajno snimanje telefonskih i drugih razgovora, postao nakon nekoliko precedenata Vrhovnog suda SAD, federalni „Zakon o kontroli zločina i sigurnim ulicama“ (The Omnibus Crime Control and Save Streets Act), čiji jedan deo reguliše materiju koja se odnosi na prisluškivanje i snimanje, s tim što je saveznom državama dopušteno sopstveno regulisanje te oblasti, ali samo pod uslovom da u ograničavanju građanskih prava ne smeju imati restriktivniji pristup od onog koji je zastupljen u ovom federalnom zakonu.<sup>44</sup> U američkoj literaturi se često ističe da većina policijskih službenika smatra da se dokazi protiv pripadnika najviših ešalona organizovanog kriminaliteta, ne mogu pribaviti uobičajenim dokaznim sredstvima, te da se bez primene pre svega, tzv. elektronskog nadzora (electronic surveillance), dokazi u pogledu takve kriminalne delatnosti ne mogu obezbediti.<sup>45</sup> Takav stav je istaknut i u zaključku jedne Predsedničke komisije u kome se ističe: „Zahvaljujući svojoj organizovanosti i metodama organizovanja, organizovane kriminalne aktivnosti zahtevaju primenu sofisticiranih metoda prikupljanja dokaza. Svedoci često ne žele da se odazovu pozivu da svedoče, a članovi organizacije su dužni da čuvaju tajne organizacije, bilo zbog zakletve koju su položili, te time preuzeli „obavezu ćutanja“, bilo usled pretnje primenom nasilja u suprotnom. Upotreba informanata (doušnika) često ima limitiranu vrednost, a u mnoge organizacije je teško, ako ne i nemoguće, ubaciti prikrivenog agenta, da bi se tako obezbedili upotrebljivi dokazi. Jedan od načina za probijanje tog bezbednosno-konspirativnog sistema, jeste upotreba elektronskog

42 *Ibidem*.

43 *Ibid.*, str. 393–394.

44 Ž. Aleksić i M. Škulić, *Kriminalistika*, „Dosije“, Beograd, 2002, str. 225.

45 H. Abadinsky, *Organized Crime*, Third Edition, „Nelson-Hall“, Chicago, 1990.str. 449.

nadzora.<sup>46</sup> Upotreba takvih uređaja se u praksi temeljila na dve osnovne polazne tačke; jedne koja se ogledala u veoma brzom razvoju tehničkih sredstava i druge, koja se odnosila na stvaranje, ali i dograđivanje odgovarajuće pravne regulative.

Prava i slobode građana se u američkom pravnom sistemu pre svega štite aktima ustavnog karaktera. Najveći značaj u tom pogledu imaju ustavni amandmani, ali je za njihovo tumačenje i primenu od prevashodnog značaja bio stav Vrhovnog suda SAD. Naime, ti amandmani su nastajali u specifičnim društvenim okolnostima, a većina je veoma stara, tako da bez odgovarajućih tumačenja, mnoge njihove odredbe ne bi bile primenjive u uslovima savremenog života, ili bi njihova primena bila skopčana sa velikim teškoćama, što je bilo veoma karakteristično i u pogledu elektronskog nadzora, koji po definiciji podrazumeva primenu savremene tehnike, koja se tehnološkim razvojem, vrlo brzo unapređuje i usavršava. Sa razvojem tehnike i tehnologije, došlo je do šire primene sredstava elektronskog nadzora nad razgovorima građana u SAD i njihovoj komunikaciji. Veoma je interesantan evolutivni put u shvatanju problematike koja se odnosi na regulisanje ovog pitanja u svetlu prava građana na privatnost. Kada je u početku Vrhovni sud SAD odlučivao o ovom pitanju, on je zaključio da se na prisluškivanje razgovora ne odnosi zaštita u smislu IV amandmana Ustava SAD,<sup>47</sup> jer u slučaju prisluškivanja nema nezakonitog prodiranja (ulaska) u ustavom zaštićeni prostor,<sup>48</sup> ali je zatim ovaj stav promenjen odlukom u slučaju Katz, pa je zaključeno da se IV amandmanom štite ljudi a ne mesta (prostor), tako da se sada, „IV amandman primenjuje, ukoliko lice ima opravdano očekivanje zaštite njegove privatnosti“<sup>49</sup> Uprkos ovom konstitucionalnom aspektu upotrebe sredstava za prisluškivanje, korišćenje ovih sredstava, je kao što smo prethodno već naveli, detaljnije uređeno i odgovarajućom zakonskom regulativom i to pre svega „Zakonom o kontroli zločina i sigurnim ulicama (iz 1968. godine) i to pre svega njegovim Poglavljem III, koje je poznato kao „savezni Zakon o prislušnim uređajima“ (Federal Wiretap Act).<sup>50</sup>

Inače, IV amandman se prema shvatanju američke sudske prakse ne odnosi na tzv. otvoreni prostor (The Open Fields Doctrine), a to je shvatanje razvijeno od jedne odluke iz 1924. godine,<sup>51</sup> kada je sudija Holmes zaključio: „zaštita u smislu Čvrtog amandmana koja se odnosi na lica, kuće i dokumenta, se ne može proširiti na otvoreni prostor.“<sup>52</sup> Međutim, kada je u pitanju prisluškivanje, ni lica

46 President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *The Challenge of Crime in a Free Society*, New York, 1968, str. 148.

47 Tekst IV amandmana (Articles in Addition to, and Amendment of, the Constitution of the United States of America, Proposed by Congress, and Ratified by the Several States, Pursuant to the fifth Article of the Original Constitution), glasi: „Pravo ljudi da njihova ličnost, kuća, dokumenta i imovina, budu bezbedni od neosnovanog pretresanja i oduzimanja, ne sme biti narušeno i nijedan nalog za to neće biti izdan, osim ukoliko postoji verovatni osnov, potvrđen zakletvom ili potvrdom, uz detaljno opisano mesto ili lice koji će biti pretresani, odnosno stvar koja će se oduzeti.“

48 „...there was no trespass into a constitutionally protected area.“

49 D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing“ & „Delmar Publishers“, New York, 1992, str. 431.

50 Ibidem.

51 *Hester v. United States* – 265 U. S. 57 (1924).

52 J. W. Fricke and G. T. Payton, *Criminal Investigation and the Law*, „Legal Book Corp.“, Los Angeles, 1974, str. 252.

koja pričaju na otvorenom prostoru, se ne mogu bez ispunjenja neophodnih zakonskih uslova, audio nadzirati, a podaci prikupljeni bez odgovarajućeg zakonskog osnova, ne mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku. Naime, razgovori ljudi se ne mogu prisluškivati bez zakonskog osnova, ne zbog zaštite „otvorenog prostora“, koja se, kao što smo objasnili ne obezbeđuje IV amandmanom, već radi zaštite samih ljudi čije je jedno od vitalnih građanskih prava i pravo na privatnost i slobodu neometane komunikacije, mada u SAD u pogledu ovoga, postoje i određeni izuzeci, koje ćemo komentarisati u daljem tekstu.

Prvi slučaj korišćenja rezultata prisluškivanja u američkoj sudskoj praksi je bio vezan baš za organizovani kriminalitet i odnosio se na prikupljanje dokaza za optužbu protiv lica umešanog u kršenje prohibicijskih propisa (slučaj *Olmstead*).<sup>53</sup> Prisluškivanje telefonskih razgovora je sprovedeno bez nedozvoljenog ulaska u prostorije koje inače uživaju ustavnu zaštitu, a sudija William Howard Taft je zaključio da telefonska konverzacija ne predstavlja „opipljivu stvar“, pa kao takva ni ne može da bude subjekt nelegalnog nadzora odnosno oduzimanja, pa stoga njeno prisluškivanje nije zabranjeno Četvrtim amandmanom, ali je vrlo brzo nakon ove odluke, Kongres SAD zabranio prisluškivanje telefonskih komunikacija bez dozvole suda.<sup>54</sup>

Pre donošenja, ovakve odluke, nakon koje su doneti i odgovarajući zakonski propusti, u praksi je bilo i drugih slučajeva prisluškivanja, odnosno osporavanja legalnosti tako pribavljenih dokaza, koji su se u osnovi zasnivali na tvrdnji okrivljenih da su se time povređivala njihova ustavna prava, zaštićena IV amandmanom, čemu su oponirali policija i državni tužilac, svojim tvrdnjama, da ukoliko nije bilo nelegalnog upada u ustavom zaštićeni prostor, ne može biti ni govora o povredama ustavnih prava. Takav stav zvaničnih državnih organa, pre svega policije, je uticao i na tadašnju praksu postavljanja prislušnih uređaja, koja se zasnivala na težnji da se oni tako montiraju, da ne budu neposredno unutar određenog zaštićenog prostora, pre svega kuće ili stana, kao i drugih privatnih prostorija, da bi se na taj način izbegli prigovori po osnovu pozivanja na ustavna prava iz IV amandmana.

Jedan od poznatijih slučajeva, tj. prvi slučaj ove vrste koji je, nakon kongresnih restrikcija, stigao do Vrhovnog suda SAD je bio slučaj *Goldman v. United States*, u kome je ovaj sud, slično kao što je rezonovano u prethodno objašnjenom slučaju *Olmstead*, odnosno konzistentno njemu doneo odluku, da nema kršenja Četvrtog amandmana, u situaciji kada je diktafon bio montiran na zidu susedne kancelarije, radi prisluškivanja razgovora u drugom birou.<sup>55</sup> Nakon donošenja odgovarajuće zakonske regulative koja se striktno odnosila na pitanje pribavljanja dokaza prisluškivanjem, odnosno elektronskim nadzorom, kako u pogledu definisanja materijalnog, tako i formalnog uslova za sprovođenje takvih aktivnosti, sudska praksa je imala konkretniji zakonski putokaz za procenu legalnosti konkretnih aktivnosti te vrste, mada su se povremeno ipak javljale i određene dileme, kao zbog nedovoljno preciznih zakonskih odredbi, tako i usled polazne osnove o neophodnosti postojanja i određenih izuzetaka u odnosu na formalne uslove predviđene zakonom.

53 *Olmstead v. United States* (277 U. S. 438 S. Ct. 564).

54 H. Abadinsky, op. cit., str. 449–450.

55 *Ibid.*, str. 450.

Policajac ne može da prisluškuje telefonsku konverzaciju ili druge elektronskim putem prenošene poruke, ukoliko pre toga ne pribavi sudsko odobrenje, koje se može izdati samo u pogledu određenih taksativno nabrojanih krivičnih dela, gde spadaju: špijunaža, veleizdaja, otmica, razbojništvo, iznuda, krivična dela u vezi droge, kao i davanje mita, koje se odnosi na javne službenike.<sup>56</sup> Da bi dobila sudsko odobrenje za prisluškivanje elektronskih komunikacija, policija mora sudu da podnese molbu zasnovanu na zakletvi ili odgovarajućoj potvrdi, a takav je zahtev u osnovi sličan onome koji se podnosi radi dobijanja naloga (naredbe) za pretres (warrant) i sadrži sledeće elemente:<sup>57</sup>

1. podatke o identitetu zvaničnog podnosioca zahteva i oficijelnu autorizaciju zahteva;
2. dokaze na kojima se temelji verovatan osnov verovanja da je lice čije komunikacije treba da se prisluškuju, učinilo krivično delo u pogledu kojeg je moguće preduzimanje takve radnje (jedno ili više od taksativno nabrojanih krivičnih dela);
3. dokaze iz kojih proizilazi verovatni osnov da će se prisluškivanjem prikupiti podaci koji se tiču krivičnog dela;
4. izjavu da su prethodno preduzete, odnosno pokušane druge „normalne“, tj. uobičajene istražne procedure, ali da one nisu dale rezultate, ili da drugi istražni postupci nisu dostupni (mogući), ili su suviše opasni;
5. vreme za koje će se sprovoditi prisluškivanje;
6. potpun opis lokacije na kojoj će se preduzeti prisluškivanje;
7. izjavu o svim prethodno dobijenim sličnim odobrenjima u pogledu određenih mesta ili lica.

Ukoliko sudija odobri podneseni zahtev za sprovođenje prisluškivanja, naredbom se moraju precizno odrediti; lice čije će komunikacije biti prisluškivane, lokacija prisluškivanja, priroda komunikacija koje će se prisluškivati, krivično delo o kome se radi, kao i trajanje prisluškivanja, a u svim slučajevima, nadzor prestaje čim se tražene informacije prikupe (snime), s tim da se nakon obavljenog prisluškivanja, snimci predaju sudiji koji određuje način njihovog bezbednog čuvanja.<sup>58</sup>

Međutim bez obzira na navedena pravila, činjenica je da su u SAD u mnogim situacijama prisluškivanja korišćena i bez postojanja formalnih uslova. Istorijat ovakvih slučajeva je uglavnom vezan za policijske akcije, često baš u sferi organizovanog kriminaliteta, odnosno u pogledu krivičnih dela koja spadaju u tu oblast, a posebno u odnosu na krivična dela koja se odnose na proizvodnju i trgovinu drogama. U cilju sređivanja stanja u ovoj oblasti, svoje odluke je u nekoliko slučajeva donosio i Vrhovni sud SAD. Jedna od važnijih odluka je donesena 1967. godine.<sup>59</sup> Slučaj Katz se odnosio na sledeću situaciju: „Vladini službenici su bez sudskog naloga ili drugog sudskog odobrenja, prisluškivali razgovore okrivljenog, tako što su u vrhove dve telefonske govornice iz kojih je on redovno telefonirao, ugradili dva mikrofona, po-

56 D. Hall, *op. cit.*, str. 431.

57 *Ibid.*, str. 431–432.

58 *Ibid.*, str. 432.

59 Katz v. United States (389 U. S. 347, 88 S. Ct. 507).

vezana trakom. Katz je potom optužen da je obavljajući međudržavne (misli se na države SAD) razgovore, odavao informacije vezane za kladenje, te tako prekršio savezni zakon, a traka sa njegovim snimljenim razgovorima je priložena kao dokaz za te tvrdnje. Vlada je tvrdila da nije bilo fizičkog narušavanja nepovredivosti telefonske govornice, tako da se nije radilo o upadu u „ustavom zaštićeni prostor“ (okrivljeni nije imao državinu na tim govornicama), pa tako nije povređen IV amandman Ustava SAD. Smatrajući da je ipak došlo do nedozvoljenog pretraživanja, sud je utvrdio da je ipak prekršen IV amandman, ... jer Četvrti amandman štiti ljude, a ne mesta... Sud je stoga zaključio da je vladinim aktivnostima narušeno pravo na privatnost okrivljenog, koji se opravdano pouzdavao da će ostvarivati to svoje pravo tokom korišćenja telefonske govornice, te se stoga dejstvo Četvrtog amandmana mora prostirati i na ovu situaciju.<sup>60</sup>

U nekoliko slučajeva, naredba suda nije neophodna da bi se preduzelo prisluškivanje elektronskih komunikacija, što se svodi na određene izuzetke, koji se svode na sledeće:<sup>61</sup> Prvo, ako postoji svest jednog od učesnika elektronske komunikacije da se vrši prisluškivanje, onda se takvim prisluškivanjem ne narušava privatnost koja je ustavom zaštićena, te se prisluškivanje i snimanje razgovora može vršiti, sve dok jedna strana u tom razgovoru na to pristaje; Drugo, smatra se da osoba koja koristi bežični telefon, s obzirom da se njime razgovor prenosi putem radio talasa, ne može imati razumno očekivanje da će takav razgovor svakako ostati diskretan, tj. biti isključivo privatnog karaktera, ali ovo neće važiti ukoliko jedna strana koristi bežični telefon, a druga fiksni, čega je svesna ona strana koja koristi bežični telefon; Treće, komunikaciona kompanija koja prisluškuje određene razgovore svojih zaposlenih, radi obezbeđivanja kontrole, može dostaviti takve informacije državnim vlastima i one mogu da budu upotrebljene na sudu; Četvrto, u situacijama hitnosti, kada policajac nema vremena da pribavi sudsku naredbu, prisluškivanje može smesta započeti, ali zahtev za dobijanje sudske odluke se mora podneti u roku od najviše 48 časova, a ako sudija proceni da nije bilo opravdane hitnosti u pogledu ovakvog prisluškivanja, svi tako pribavljeni dokazi se moraju uništiti; Konačno, upotreba elektronskih bipera i transmitera koji obeležavaju osobu ili stvar se ne smatra nedozvoljenim prisluškivanjem, odnosno praćenjem.

S obzirom na broj izuzetaka i mogućnost njihovog prilično ekstenzivnog tumačenja, čini se da je pitanje (ne)dozvoljenosti elektronskog nadzora u SAD, prilično komplikovano i u mnogim situacijama podložno odgovarajućoj potencijalno arbitrarnoj proceni, što svakako ne predstavlja doprinos pravnoj sigurnosti građana u toj državi. Takva se procena u velikoj meri zasniva na problematici koja se odnosi na ustavom zaštićenu privatnost, a što se u nekim situacijama povezuje i sa dokaznom svrsishodnošću elektronskog nadzora, pri čemu je on najmanje sporan baš u pogledu krivičnih dela iz oblasti organizovanog kriminaliteta, za koje je inače nesporno da tradicionalni dokazni metodi nisu dovoljno efikasni. Inače, poslednjih godina, nakon događaja od 11. septembra 2001. godine u SAD, ali praktično i u celom svetu od strane određenih službi SAD, primenjuje se masovno prisluškivanje radi prevencije novih terorističkih napada.

60 R. L. McGuiness, In the Katz Eye: Use of Binoculars and Telescopes, FBI Law Enforcement Bulletin, (June), Washington, 1981, str. 27.

61 D. Hall, *op. cit.*, str. 432–433.



## 7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Specijalne dokazne, odnosno istražne tehnike predstavljaju određene načine pribavljanja dokaza koji su po svom karakteru atipični, te se po pravilu, primenjuju samo u odnosu na neka krivična dela, koja su s jedne strane, veoma teška, odnosno ozbiljna, kako u faktičkom pogledu s obzirom na posledice koje prouzrokuju u jednom opštem životnom smislu, tako i u krivičnopravnom pogledu, s obzirom na kaznu koja je za njih propisana, dok se s druge strane, takva dela zahvaljujući nekim njihovim fenomenološkim karakteristikama, te psihološkim i drugim osobinama njihovih učinilaca, veoma teško otkrivaju, razjašnjavaju i dokazuju korišćenjem uobičajenih, odnosno redovnih dokaznih metoda. To je i dovelo do potrebe da se u savremena krivičnoprocesna zakonodavstva uvede tzv. specijalne istražne tehnike, te da se u odnosu na takva krivična dela modifikuje upotreba nekih inače klasičnih dokaznih sredstava. Te tehnike su pre svega karakteristične za nekadašnji pretkrivični postupak, a sada predistražni postupak, kada je reč o novom ZKP-u Srbije iz 2011. godine.

Iz posebnog karaktera specijalnih istražnih tehnika, shodno kojem se one i označavaju kao „posebne dokazne radnje“, proizlazi i njihov naglašeni i izrazito ekskluzivni karakter, što znači da se one ne smeju rutinski i suviše široko primenjivati, već u praksi moraju zaista biti ultima ratio dokazna aktivnost. To je značajno iz dva osnovna razloga. S jedne strane, preterana upotreba takvih specifičnih dokaznih tehnika za koje je veoma karakteristično da u velikoj meri limitiraju prava koja su ustavnog ranga (kao što je to pravo na privatnost, kada se radi o tajnom audio i video nadzoru), može značajno ugroziti građane, jer se takvim radnjama često i po logici stvari, zahvataju i građani koji čak ni nemaju svojstvo osumnjičenog. Ovo je posebno tipično kada se radi o tajnom audio i video nadzoru, jer osumnjičeni može komunicirati sa širokim krugom lica koja sama po sebi ne predstavljaju osumnjičene, niti su u bilo kakvoj vezi sa krivičnim delom, radi čijeg se dokazivanja vrši konkretna posebna dokazna radnja. S druge strane, preterano korišćenje posebnih dokaznih radnji značajno umanjuje njihov ekskluzivni karakter i samim tim utiče na smanjenje njihove efikasnosti, slično kao što na primer, kada je reč o medicini, preterana i rutinska upotreba antibiotika, čak i onda kada se radi o lako izlečivim infekcijama, dovodi do kasnije rezistencije bakterija na mnoge antibiotike, a što onda predstavlja poseban i vrlo težak problem.

Tajni audio i video nadzor je tradicionalno jedna od najznačajnijih posebnih dokaznih aktivnosti, odnosno vid specijalne istražne tehnike koja se u pravno-tehničkom smislu u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije, reguliše u obliku dve posebne, ali suštinski bitno povezane posebne dokazne radnje – tajni nadzor komunikacije i tajno praćenje i snimanje. Kada je reč o tajnom praćenju i snimanju, nije izvesno da se u okviru te posebne dokazne radnje, može sprovesti i tonsko snimanje. To pitanje će se rešavati u sudskoj praksi, mada se već sada načelno može istaći da po svemu sudeći, pretežu argumenti koji nalažu restriktivno tumačenje zakonskih normi, shodno kojima bi se ovde radilo isključivo o pravljenju foto i video dokumentacije, a ne i o tajnom tonskom snimanju.

*Milan Škulić*

Law Faculty, University of Belgrade

## SECRETLY AUDIO AND VIDEO SURVEILLANCE – THE RULES OF THE NEW SERBIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE AND COMPARATIVE LAW ANALYSE

### SUMMARY

In the article are explained the basic characteristics of secretly audio and video surveillance in the new Code of Criminal Procedure of Republic of Serbia. That new Code is in conceptual sense very bad and there are many mistakes inside, but the area of special investigative techniques, where belongs secretly audio and video surveillance, is in the new Code regulates basically on the classic way. The secretly audio and video surveillance is regulated in the new Serbian CCP from 2011 in the forms of two separate special evidential acts. One is secretly surveillance of communications and the other is secretly following and recording. In the article are both of these evidential activities analyzes, with the special intention on some potentially unclear questions. One of these questions is if in the scope of secretly following and recording is possible only classical photo and video recording or it can be possible audio recording, e.g. taping too. In the article there are some arguments in favour of one or another interpretation. Author the emphasises that the final word shall have judicial practice, but it seems that the more correct interpretation is in the favour of the opinion that in this case would be possible, only video and photo recording.

In the article are analysed the basic legal solutions towards secretly audio and video surveillance in several European countries and in the USA. In the article is concluded that special investigative techniques have strictly exclusive character. That means too, that these activities may not be used too widely and too routinely and must be in the practice really ultima ratio activities.

**Key words:** special investigative techniques, Code of Criminal Procedure, Comparative Criminal Procedure Law, Secretly Audio-Video Surveillance.

Milovan M. Mitrović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## POLITIKA, ETIKA I DIJALEKTIKA KAŽNJAVANJA U SRBIJI

**Apstrakt.** U ovom radu hipotetički se razmatra uticaj politike na razne tipove kažnjavanja i kaznenu politiku u pravosuđu Srbije. Najopštija je polazna hipoteza da kriminalizacija jednog naroda, društva i države predstavlja patološki proces koji ima globalne i totalne posledice slične malignim procesima u organizmu. Potom se sociološki razmatraju sledeće hipoteze:

- Spoljne političke i ekonomske sankcije prouzrokovale su kriminalizaciju srpskog društva preko podnošljive mere.
- Njihov latentni cilj je bio da razore noseće institucije (državu, svojinu, preduzeća i porodicu) i tako onima koji su ih uveli olakšaju da zagospodare srpskim društvom.
- Srpsko društvo može da se oslobodi kriminaliteta ne samo onda kada se ukinu spoljne sankcije ili se preuzmu strani zakoni, nego tek ako samo kod sebe savlada kriminalitet.
- Nije dovoljna samo stroga kaznena politika i oštra „borba protiv“ kriminalaca, nego je neophodno jačanje etički i politički odgovornih društvenih institucija uopšte, a naročito onih koje se tiču socijalne kontrole – čime se preventivno deluje na otpornost društva prema kriminalitetu.
- Ozbiljne institucionalne reforme može uspešno da sprovede samo stručno kompetentna i politički odgovorna elita, kakva nije aktuelna vlast u Srbiji. Reforma pravosuća u Srbiji je tipičan primer nestručnog i politički neodgovornog uplitanja partijske oligarhije u pravosudni sistem.
- Kaznena politika u Srbiji i regionu jugoistočne Evrope sporo se oslobađa dvostrukih (političkih i moralnih) standarda kažnjavanja i nagrađivanja koji su grubo promovisani spoljnim intervencijama prilikom razbijanja Jugoslavije, a danas ih koriste korumpirani politički režimi.

**Ključne reči:** kažnjavanje, kaznena politika, pravosuđe, politička korupcija, organizovani kriminalitet.

Pitanja oko kaznene politike stalno su otvorena u svim društvima koja se suočavaju sa rastućom stopom kriminaliteta. Smirivanjem ratnih sukoba na prostorima bivše jugoslovenske države u prvi plan izbijaju teškoće sa organizovanim kriminalitetom koji su ne samo važni unutarnji problemi svih novonastalih država nego su istovremeno jedan od glavnih spoljnih i unutarnjih problema celog regiona jugoistočne Evrope. Obuzdavanje organizovanog kriminaliteta, sa jedne strane, postavlja se kao neophodan preduslov u procesima evropskih integracija, ali i kao jedan od najvažnijih ciljeva unutarnje politike u svim društvima koja su kao i srpsko u poslednje dve decenije prošli kroz traumatične građanske, verske i nacionalne ratove i postsocijalističku transformaciju. Srbija je, za razliku od svih drugih u okruženju,

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

veoma dugo bila podvrgnuta surovim političkim, ekonomskim i drugim sankcijama, bombardovanju i vojnoj agresiji NATO-a koji su bili motivisani podrškom albanskom separatizmu na Kosovu i Metohiji, a na kraju i otimanjem istorijskog jezgra srpske države i tradicionalnog temelja nacionalnog identiteta. Kad je iznutra grubo pogažen ustav bivše jugoslovenske države, a spolja došlo do nelegalne vojne agresije, ne samo da su suspendovani sistemski i svi drugi važniji zakoni, nego su blokirane funkcionalne organizacije delovanja i patološki redizajnirane mnoge društvene ustanove.

Istovremeno su grubo potisnuti svi stari dobri običaji i moralno provereni kulturni obrasci društvenog delovanja, kao i svi njihovi tradicionalni nosioci. Opasno su relativizovane, a potom i odbačene mnoge proverene društvene vrednosti. Javno su promovisani sumnjivi, polukriminalni i kriminalni protagonisti i njihove društvene akcije. Tako je stvoreno stanje društvene anomije u kojem je ne samo bilo moguće, nego je postalo u ponečemu korisno, pa stoga i poželjno, organizovanje kriminalaca koji su sistemski instrumentalizovani za prljave poslove u besudnim vremenima.<sup>1</sup>

Tako je kriminalnim sadržajima kontaminirana tradicionalna narodna moralna i pravna svest. Pomućena su mnoga važna merila, ne samo javnog mišljenja, delovanja i ponašanja, a proverenu etiku simetričnog, srazmernog i prema tome pravednog nagrađivanja i kažnjavanja, zamenila je nova dijalektika kažnjavanja prema dvostrukim standardima. Ovaj kaubojski obrazac postmodernog tribalizma još uvek presudno utiče na kaznenu politiku, ne samo u Srbiji, nego u većini država u regionu jugoistočne Evrope. To što je sličan slučaj sa mnogim delovima tzv. trećeg sveta ili one mnogo veće i nerazvijenije polovine današnjeg čovečanstva nama nije nikakva uteha. Naprotiv, problem iz te marginalne perspektive jednog malog i nerazvijenog balkanskog društva, koje je kao današnje srpsko društvo još i stigmatizovano kao kriminalno, teorijski se komplikuje, a praktično izgleda kao nerešiv bez spoljnog „čistilišta“ kroz koje bi nas (sve)moćni stranci „milostivo“ propustili, posle pakla u koji su nas prethodno gurnuli i u njemu zadržali sve dok im je bilo u interesu.

Sa druge strane, iako danas praktično nerešiv, ovaj problem bi mogao bar teorijski da se uvede u racionalne okvire rešavanja ukoliko se pojmi kroz fenomenološki obrazac Hegelove dijalektike odnosa između sluge i gospodara. Hegel nam je pokazao da se odnosi „sluge“ i „gospodara“ kroz istoriju stalno menjaju, prvenstveno kroz istoriju ljudskog duha, a potom i kroz totalitet istorije. „Sluga“ se oslobađa svoga „gospodara“ onda kad sam dospe do racionalne samosvesti o realnim mogućnostima svoje spoljne i unutarnje slobode („slobode od“ i „slobode za“).

1 Tipičan je slučaj sa švercom nafte u vreme sankcija. Bez nafte se ne može ni u miru, a u ratu pogotovo; bez nje staju i traktori i tenkovi, a uz njih i sve drugo i zato je šverc ove strateške robe za Srbiju bio patriotski posao. Problem je, pak, što je taj posao u uslovima sankcija bio ilegalan, pa je sasvim razumljivo što su ga se prvo latili kriminalci. Ovaj i slični „patriotski“ poslovi mogli su da se odrade samo na kriminalan način i onda kad se njima bave oni koji nisu imali kriminalnu prošlost, ali su zato i dobili kriminalnu budućnost i veliko materijalno bogatstvo. Dijalektika njihovog i našeg kriminalnog paradoksa ogleda se u činjenici da takav kriminalitet ima primesu „zasluge za narod i državu“ (prvog ili nekog drugog reda) s kojim ni zakonodavci, ni tužioci, pa ni sudije nikako ne uspejaju da izađu na kraj – i još dugo neće moći.

Propušten kroz sociološku imaginaciju ovaj Hegelov filozofski dijalektičko-fenomenološki obrazac mogao bi se operacionalizovati na sledeći način:

- kad „gospodari“ ovladaju našim telom, ne treba im prepustiti dušu;
- kad „gospodari rata“ ovladaju našim društvom, ne treba im prepustiti kulturu;
- kad zauzmu naš istorijski prostor i ovladaju strukturom (teritorijom i institucijama), ne treba im prepustiti naše istorijsko vreme;
- kad se ustreme na naše vreme (sadašnjost), moramo braniti svoju istoriju u celini (čuvati prošlost da bi odbranili budućnost).

Prevedena na jezik dijalektike kriminaliteta ista ideja mogla bi da se formuliše kroz niz socioloških hipoteza:

- Kriminalizacija jednog naroda, društva i države je patološki proces koji ima globalne i totalne posledice slične malignim procesima u organizmu.
- Ako su spoljne sankcije omogućile kriminalizaciju srpskog društva preko podnošljive mere, njihov latentni cilj je bio da nam tako razore noseće ustanove (državu, svojinu, preduzeća i porodicu) i tako onima koji su nam ih uveli olakšaju da zagospodare našim telom i našim dušama, društvom i kulturom, strukturom i istorijom, istorijskim prostorom i našim istorijskim vremenom.
- Možemo se osloboditi („od“) ne onda kada nam oni ukinu svoje sankcije ili nam podare svoje zakone, nego samo ako sami kod sebe savladamo kriminalitet („mangupe u svojim redovima“).
- Sloboda „za“ nije samo „borba protiv“ kriminalaca nego je prvenstveno „borba za“ dobro u ljudima i pošteno društvo, čime se preventivno deluje na otpornost društva prema kriminalitetu.

U istom smislu, mogu se uočiti tri fenomenološka obrasca kažnjavanja kriminalaca u svim dosadašnjim društvima.

**1. Odmazda** je najstariji i najrašireniji, u osnovi iracionalan način kažnjavanja kriminalaca (delovanje „protiv“ ili „kazna po sebi“). To je istorijski najprimitivniji i najelementarniji, ali i najrašireniji oblik kažnjavanja, koji je u etičkom pogledu najproblematičniji. Odmazda dobija elementarni etički status onda kada se kazna ograničava prema srazmeri učinjenog prekršaja prema načelu „oko za oko, zub za zub“. Praktična racionalnost takvog načela ogleda se u istorijskoj činjenici da je to bilo prvo društveno pravilo koje je uvodilo nekakav red u društvene odnose kažnjavanja na osnovu racionalne pretpostavke i očekivanja da zaprećena odmazda odvraća počinioca od činjenja zabranjenih dela. Etička iracionalnost odmazde ogleda se u činjenici da se uzimanjem „oka za oko“ umesto jednog izgubljenog oka, ostaje bez dva oka. U tom smislu odmazda pokreće spiralu zla koje se stalno uvećava, koju je, kad se jednom pokrene, teško zaustaviti, uz rizik da krajnji ishod lanca osvete bude potpuno uništenje slabije strane.

Dijalektika ovog tipa kažnjavanja, ipak, prepoznaje i racionalnu stranu odmazde, s kojom je povezana i etička komponenta pravičnosti onda kada je kazna sraz-

merna težini učinjenog prekršaja. Srazmernost se ogleda u pravilu „oko za oko“, koje se postavlja kao brana pred nesrazmerno većom osvetom („dva oka za oko“). Tu se prvi put u elementarnom obliku i javlja pravičnost u formi univerzalnog pravila jednakog postupanja u sličnim slučajevima.

**2. Naknada štete** je ciljno-racionalan (Veber) način kažnjavanja kriminalaca koji je ustanovljen u građanskim društvima (delovanje „za nas“, a „protiv njih“). Emil Dirkem uzima vrstu sankcije kao glavni sintetički kriterijum razlikovanja tradicionalnih društava *mehaničke solidarnosti* od modernog društva *organske solidarnosti*. Za prve je dominantan tip *restriktivna* sankcija (kakva je odmazda), a za druge sankcija koja je *restitutivna* (kakva je naknada štete). Taj obrat od odmazde ka naknadi štete naročito je naglašen u okvirima protestantske etike kojom se na sociološki relevantan način prvi počeo baviti Maks Veber. U okviru svoje teorije racionalizacije on je otvorio veliku temu odnosa svetskih religija i moderne poslovne etike početkom 20. veka, svojom čuvenom studijom *Protestantska etika i duh kapitalizma* (1904–1905). On je nastojao da ukaže na racionalne elemente poslovne etike koji su se razvili u okviru protestantizma pre i više nego u bilo kojoj drugoj religijskoj i civilizacijskoj matrici. To su oni elementi koji su pogodovali stvaranju institucionalnih obrazaca koji unose profesionalni aktivizam, formalnu hijerarhiju, red i disciplinu u organizovanu strukturu delovanja na svim poljima modernog kapitalističkog društva. Protestantska etika je pripomogla da se u evropskom građanskom društvu razviju racionalne institucije koje su pogodovale brzom razvoju modernog kapitalizma, uz tradicionalne ekonomske i pravne institucije koje su od ranije postojale u zapadnoj Evropi. Protestantska „etika poziva“ svim puritancima, kalvinistima, baptistima, kvekerima, metodistima i drugim asketskim protestantskim sektama, kao njihovu „svetu dužnost“ nalaže odlaganje zadovoljstva, asketsku posvećenost radu i poslu, ali zbog želje za uspehom, a ne zbog sticanja profita koji će se trošiti na ovozemaljska uživanja. U takvom kontekstu naknada štete nema samo materijalne posledice (efektivno obeštećenje oštećenog) nego predstavlja pravednu kaznu za učinjeno delo i tako poprima etička svojstva (kao moralna satisfakcija oštećenom). Naravno, potrebno je da naknada bude srazmerna šteti, pa da bude pravedna, mada uvek ostaje otvoreno pitanje kako nadoknaditi nematerijalnu i teško merljivu, a često i nenadoknadivu štetu. U tom slučaju, uz materijalnu naknadu štete pravedna bi bila još neka alternativna nematerijalna kazna.

**3. Prevencija odmazde i štete** je vrednosno-racionalan (Veber) društveni odnos prema kriminalcima, koji je u dosadašnjim društvima bio više alternativan nego realan, ali je kao delovanje „i za nas i za njih“ teorijski uman (Hegel) i etički superiornan, te bi u budućnosti mogao da bude istorijski realniji. Hrišćanska civilizacija je umesto starozavetne odmazde proklamovala novozavetno načelo „ko tebe kameonom, ti njega hlebom“ – koje je naročito naglašeno kao osnova pravoslavne hrišćanske meta etike.<sup>2</sup>

2 O toj pravoslavnoj i svetosavskoj moralnoj matrici sasvim eksplicitno govori Nikolaj Velimirović u svojoj prvoj „besedi“ (za prvi januar) u seriji od dvanaest mesečnih *Prologa*, u kojima uz svaki dan u godini ide po jedna njegova beseda:

„Beseda o tome kako se treba uklanjati od zla i činiti dobro

Dijalektika ovog tipa kažnjavanja ukazuje na sintezu kazne i nagrade. Kazna sama nema tako delotvorne efekte kao kada se kombinuje sa nagradom ili bar sa realnim izgledima da onaj koga zbog nečega kažnjavaju, za alternativno ponašanje može da bude i nagrađen. Racionalna i realna kaznena politika, pogotovo ako bi htela da bude i etična, morala bi na kreativan način da kombinuje razne tipove kažnjavanja sa raznim tipovima nagrađivanja. To znači da bi dobro odmerene kazne trebalo da sintetizuju racionalne elemente odmazde i naknade štete, ali i da ostave nadu hrišćanskog oprostaja i kakve-takve nagrade kažnjeniku koji se iskreno pokajao i stvarno popravio (ne samo na onome svetu). Naravno, etički neposredovan oprostaj i nagrađivanje onih koji su zaslužili neku kaznu obesmišljava i nagrađivanje i kažnjavanje. Oprostaj nema smisla bez samoiskupljenja (u pravoslavlju ne postoji prosto „iskupljenje“, kao „otkup grehova“ ili indulgencija). Nagrađivanje krivaca, pak, briše etičke razlike između zločinaca i žrtava, vređa i po drugi put kažnjava oštećene i zato je duboko nemoralno. Takva je i politika uopšte, pa i kaznena politika, koja na ovaj inverzivan način i kažnjava i nagrađuje.<sup>3</sup>

*Ukloni se od zla i učini dobro* (Ps. 33, 15)

Ovim rečima iskazan je sav trud naš kojim treba da se trudimo ovde na zemlji i u zemlji, to jest na ovoj zemlji materijalnoj i u ovome delu materijalnom. Šta treba, dakle, da bude trud naš? Da steknemo dve navike: jednu – uklanjati se od zla, a drugu – činiti dobro. A o tome šta je dobro a šta zlo kazuje nam naša savest nepotpuno i nejasno, jer je grehom pomračena, a nauka Hristova potpuno i jasno.

Šta traži od nas Gospod naš, braćo? Traži da kao što su oltari naši uvek okrenuti Istoku, tako i duše naše da budu uvek okrenute ka dobru. Da ostavljamo zlo iza leđa, u senci, u ponoru zaborava, u tami bivšega, a mi iz godine u godinu, iz dana u dan, da se pružamo ka dobru: da mislimo o dobru, da čeznemo za dobrom, da govorimo o dobru, da činimo dobro. Gospod traži zidare a ne rušioce. Jer ko zida dobro, samim tim ruši zlo. Ko se pak okrene da ruši zlo, brzo zaboravi zidati dobro i pretvori se u zločinca.

*Mrzeći na zlo držite se dobra* (Rim. 12, 9), uči nas apostol Hristov. Mrzi na zlo, no ne mrzi na čoveka koji čini zlo, jer je bolesnik. Ako možeš leći bolesnika, no ne ubijaj ga mržnjom tvojom. Drži se dobra, i samo dobra, jer je dobro od Boga, i jer je Bog riznica svih dobara.

O Gospode dobri i svedobri, nauči nas uklanjati se od zla i činiti dobro radi slave Tvoje i radi spasenja našeg. Tebi slava i hvala vavek. Amin“.

(Sv. Vladika Nikolaj, *Prolog, Januar*, Beograd, 2004, s. 11–12)

O odnosu pravoslavne vere, svetosavske etike i srpske države Nikolaj Velimirović, takođe, veoma jasno govori: „Narodna država za Svetoga Savu značila je otadžbinu, zemlju otaca naših, u kojoj živi jedan i isti narod. Ne ide narodna država dokle mač može ići, nego mač sme ići samo do granica jedne narodne države, to jest otadžbine. Ako se dozvoli da se država prostire dokle mač može dosegnuti, onda država prestaje biti narodna, prestaje biti otadžbinom i postaje imperijom. U tom slučaju država dobija teritorijalno ali gubi moralno; dobija u materijalnim dimenzijama ali gubi u intenzivnosti duhovne i moralne snage...Pokoriti ili pokoren biti podjednako je katastrofalno za nacionalnu državu.“ (N. Velimirović, *Nacionalizam Svetoga Save*, 1935, s. 14.)

- 3 Tipična manipulacija ove vrste je najnovija istorijska inverzija žrtava i zločinaca u 20. veku na prostorima bivše Jugoslavije. Srbi su kao narod dali najveće žrtve u oba svetska rata (prilikom stvaranja i prve i druge Jugoslavije), kao i prilikom najnovijeg razbijanja treće Jugoslavije. Za genocid nad Srbima (u Jasenovcu i drugde, pre i posle) niko nije odgovarao, dok „domaći“ i strani propagandisti i (pre)(t)plaćeni belosvetski lobisti svim sredstvima pokušavaju da Srbima kao narodu i Srbiji kao državi udare (ne)istorijsku stigmu rasne genocidnosti.

Sociološki je značajno pitanje zašto nastaju ove i ovakve istorijske i etičke inverzije i kako se univerzalne ideje izvrću u praktičnoj politici na toliko perverznan način. U tom pogledu je veoma značajna Veberova pretpostavka da verske i sve druge ideje samo „definišu situaciju“ u kojoj se deluje. One presudno utiču na razumevanje konteksta, a samo delovanje determinišu *interesi*. A interesi stvarno određuju delovanje i ponašanje tek kad se ugrade u *institucije*. Zato same verske ideje (pa ni one protestantske ili pravoslavne) ne određuju društvene tokove neposredno, nego posredno, tako što stvaraju duhovnu klimu koja omogućuje da se povežu verski, ideološki i drugi slični ciljevi i neki individualni i grupni interesi, koji se potom ostvaruju preko odgovarajućih institucija. Karl Marks je još ranije pokazao da problem sa inverzijom ideja (kao u *cameri obskuri*) i nastaje u momentu kada se ideje pod uticajem interesa preobraćaju u ideologije, pa se tek onda (kao ideološki obrasci) ugrađuju u institucije. Stvarna i praktično efikasna prevencija svakog kriminaliteta mogu da budu samo one institucije u kojima je očuvano etičko jezgro ljudske pravičnosti, operacionalizovano prema jedinstvenom kritičkom standardu za procenjivanje svih i svačijih postupaka („ni po babu, ni po stričevima“). Takve institucije mogu da spreče preteranu odmazdu i obezbede odgovarajuću naknadu štete, noseći u sebi univerzalna merila koja preventivno podstiču samokontrolu i odvraćaju od kršenja društvenih pravila.

Samo pravične institucije mogu da garantuju da učinjeno zlo neće ostati nekažnjeno i da nevini neće biti kažnjeni. Ta izvesnost je najsigurnija prevencija kriminaliteta, efikasnija od najstrožijih kazni kad postoji realna mogućnost da one budu izbegnute. Hipertrofija oštrih kazni u sistemima volontarističke vladavine, sa slabim i neefikasnim institucijama, obično ne smanjuje stopu kriminaliteta nego samo menja njegove pojavne oblike.

U tom smislu može se formulisati sociološka hipoteza da je jačanje etički i politički odgovornih društvenih institucija uopšte, a naročito onih koje se tiču socijalne kontrole, najracionalniji način prevencije kriminaliteta, koji je efikasniji od najoštrije kaznene politike. U tom slučaju ne radi se samo o progonu i sankcionisanju kriminalaca, nego o uklanjanju sistemskih uzroka kriminaliteta kao patološke društvene pojave; metaforično rečeno to je kao kad se malarija ne sprečava samo zaprašivanjem komaraca, nego isušivanjem močvara.

Evidentno je, dakle, da se glavni problemi kaznene politike, borba protiv kriminala i dileme oko optimalnog načina kažnjavanja kriminalaca ne mogu svestrano sagledati bez uvida u širi kontekst relevantnih ideja i ideologija koje se ugrađuju u institucionalizovane prakse, a pogotovo ne mogu samo na osnovu neposrednog iskustva pravnika i drugih stručnjaka u policiji, tužilaštvu i sudovima. Teorijsko i metodološko poopštavanje problema omogućuje i širi i dublji pogled na kriminalitet, ali i na kaznenu politiku i razne načine kažnjavanja onih koji krše pravila. U tom smislu je sociološki podsticajan Hegelov princip totaliteta po kojem karakter celine određuje karakter svih njenih delova, što bi značilo da opšte stanje društva i struktura globalnog društvenog delovanja određuje i normalne i patološke fenomene.

Kriminalitet je, dakle, u svakom društvu samo „druga strana iste medalje“ tako da se može reći da između onih koji krše norme i onih drugih koji ih zbog toga



gone i kažnjavaju postoji latentna, ali veoma realna veza međusobnog uslovljavanja. Priroda te veze je ono što mora da se analizira. Zato kriminološka, sociološka i svaka druga ozbiljna analiza uzajamnih determinacija mora kritički da razotkriva ovo „jedinstvo suprotnosti“. Tako je, recimo, organizovani kriminalitet, ne samo različite legalnog institucionalnog sistema, nego je, iako na paradoksalan način, njegova funkcionalna dopuna.

Istinita predstava o celini i suštini jednog društva ne može da se stekne samo proučavanjem legalnih institucija i načina kako su one nastale, kako su strukturisane i kako funkcionišu, bez uvida u neformalne organizacione modele kriminaliteta. Čak bi se moglo tvrditi da je osvetlavanje tamne, latentne i kriminalne strane onoga što je javno, manifestno i legalno metodološki prioritet ne samo kritičke društvene nauke, nego racionalnog mišljenja i delovanja uopšte.

Otuda je, najverovatnije, kriminologija i bila prvo i dosad najplodnije polje susreta sociologije i prava: sociologija je uvođenjem latentnog u analizu društvenosti ušla u zrelu fazu svoga razvoja; pravo je dobilo dublje i šire uvide o društvenim normama, o njihovom nastajanju, poštovanju i kršenju u odnosima društvenih aktera (pojedinaца i grupa) sa međusobno protivrečnim potrebama, interesima i vrednosnim opredeljenjima.

Ako je napred konceptualizovano najopštije teorijsko-metodološko stanovište (dijalektička teorija društvenog delovanja) za hipotetičko sociološko razmatranje etike, dijalektike i politike kažnjavanja, u njegovom okviru se može formulisati još nekoliko posebnih pretpostavki koje bi mogle da posluže kao vodilje u daljoj analizi glavnih aporija kaznene politike u Srbiji, kao što su sledeće hipoteze:

- Političko usmeravanje svake posebne oblasti društvenog života uvek je pod neposrednim uticajem državne politike na globalnom (nacionalnom) nivou. To se odnosi na sve sektorske politike: na ekonomsku, socijalnu, kulturnu, zdravstvenu, prosvetnu, pa i na kaznenu politiku, kako u zakonodavnoj vlasti, tako i u srpskom pravosuđu.
- Državna politika u Srbiji je pod snažnim uplivom, a često i neprimerenim pritiskom, globalističke ideologije ljudskih prava sa svim pozitivnim i mnogim negativnim posledicama po celinu srpske nacionalne politike.
- Pravosudni sistem u Srbiji jedan je od najvažnijih podistema državnog institucionalnog poretka koji suštinski nije ni bolji ni gori od drugih društvenih podistema: zakonodavnog, bezbednosno-odbrambenog, privrednog, zdravstvenog, obrazovnog i drugih.
- Glavne protivrečnosti u oblasti kaznene politike srpskog pravosuđa posledica su združenog negativnog dejstva unutarnjih i spoljnih političkih uticaja: (1) unutarne partokratske oligarhije i njenih kriminalnih interesa; (2) interesno motivisane spoljne represije kojom nam se neprincijelno nameću dvojna merila u proceni istih ili sličnih postupaka u svim oblastima društvenog života, pa i u oceni kriminalnih radnji.
- Združeno negativno dejstvo navedenih spoljnih i unutarnjih političkih činilaca na srpsko društvo u celini, pa i na pravosuđe i kaznenu politiku, maskira

- se sa dve krupne političko-propagandne i medijske manipulacije: (1) spoljni činioци, pod maskom zaštite ljudskih prava (nacionalnih i drugih manjina) silom nameću svoju imperijalnu volju, protivno interesima i volji većine stanovništva u desuverenizovanoj državi; (2) unutarnji činioци, pod maskom spoljnih pritisaka i neoliberalnih reformi, sprovode svoje kriminalne pljačkaške planove usiljene privatizacije, ali i ideološke i medijske diskvalifikacije i efektivne neutralizacije svih svojih kritičara i političkih protivnika u svim oblastima društvenog delovanja.
- Racionalna je, iako nije mnogo realna, i konkurentska hipoteza koja polazi od poželjnog (i mogućeg) združenog delovanja pozitivnih spoljnjih i pozitivnih unutarnjih političkih činilaca: (1) kad se evropske institucije pravne države, antikorupcijski modeli i sloboda medija postavljaju kao elementarni standardi unutarnje politike zemalja koje su na putu integracija u EU; (2) kad bi politički akteri unutar Srbije, koji su vođeni autentičnim demokratskim i patriotskim motivima, nailazili na razumevanje i neuslovljenu podršku svojih političkih partnera u susedstvu, u Evropskoj uniji, kod SAD, u Rusiji, Kini ili negde drugde (što se dosad još nije desilo).

Sticajem čitavog niza nepovoljnih istorijskih i strukturnih, spoljnjih i unutarnjih okolnosti globalna politika je u Srbiji bila mnogo više *reaktivna* nego što je bila aktivna. To se ogledalo u prevlasti taktike nad strategijom, u demagoškoj manipulaciji s dugoročnim interesima koji se podređuju kratkoročnim pojedinačnim i grupnim ciljevima. Politička energija prvenstveno se usmerava na blokadu konkurenata u neposrednoj borbi za aktuelnu vlast tako da je „politika protiv“ ubedljivo prevladavala nad „politikom za“. U takvom političkom obrascu globalni društveni i strateški nacionalni interesi ostaju na ideološkim marginama verbalne demagogije strukturno homolognih aktera koji se, poput tradicionalnog „sjašo Kurta da uzjaše Murta“ smenjuju u okamenjenoj strukturi nejednake društvene moći i neodgovorne političke vlasti. Tako uspostavljena politička elita je ne samo nezainteresovana nego je, po pravilu, i nesposobna da se nosi sa ozbiljnim političkim izazovima kao što su pitanja državnog integriteta, nacionalnog suvereniteta, kulturnog identiteta i dugoročno održivog društvenog razvoja. To je politički režim u kojem vlast obično reaguje zakasnelo, instinktivno i u osnovi iracionalno na iznenadne i iznuđene situacije. Sa globalnog nacionalnog stanovišta takvo reagovanje je često kontraproduktivno („u korist naše štete“). Takav politički obrazac je sasvim suprotan od poželjnog i alternativnog u kojem odgovorna vlast blagovremeno, racionalno, promišljeno i praktično delotvorno (aktivno) i preventivno usmerava društvena zbivanja, u legalnim i legitimnim granicama svoje moći. Sve t.zv. sektorske politike inficirane su istim političkim obrascem, što se odnosi i na kaznenu politiku u Srbiji.

Otuda je sasvim umesno pitanje da li kod nas uopšte postoji ozbiljna i konzistentna kaznena politika kao skup međusobno usklađenih mera zakonodavne, sudske i izvršne vlasti kojima se sprečavaju, gone i kažnjavaju kriminalne radnje i njihovi akteri ili se radi o nesinhronizovanim i protivrečnim reakcijama različitih državnih organa: kad policija nekog uhapsi, a negod za isto delo ne uhapsi; kad tužilac jednom brzo podigne optužnicu, a drugi put prećuti ili okasni; kad sudija

jednima presudi brzo i s maksimalnom kaznom, a drugima dosudi kaznu ispod zakonskog minimuma, donese oslobađajuću presudu ili ostavi da slučaj zastari?

Ozbiljno sociološko sagledavanje glavnih determinanti problema kaznene politike mora da pođe od pretpostavke da je reč o problemu koji se slikovito može predstaviti kao nejednačina sa više nepoznatih.

Na prvom mestu su činioci koji u različitim društvima, u različitim vremenima, utiču na zakonodavnu vlast da pravno formalizuju različite dispozitivne norme i više ili manje stroge sankcije za njihovo kršenje. Ponekad je dovoljna poneka „rupa u zakonu“, neprecizna, protivrečna ili zakomplikovana procedura, pa da najneophodnije sankcije ne budu primenjene.

To je, međutim, problem s kojim se suočavaju sva druga društva u odnosu prema kriminalitetu kao pojavi i kriminalcima kao prekršiocima društvenih pravila. Naš dodatni problem je desuverenizovana država u kojoj su instalirani strani interesi koji grubo demonstriraju dvostruka merila na štetu srpskog naroda i države.<sup>4</sup>

Takvoj državi nameću se spoljni, a suspenduju unutarnji prioriteti. Ultimativno se insistira na pravima raznih manjina (nacionalnih, verskih, seksualnih), dok se elementarna socijalna prava većine siromašnih, zaposlenih i nezaposlenih sasvim zanemaruju i grubo krše kad god su smetnja usiljenoj privatizaciji, interesima stranih banaka i problematičnih investitora. Tajkunska akumulacija kapitala do temelja razara elementarnu pravnu svest građana i obesmišljava svaki zahtev za naknadom štete. Širi se obeshrabrujući kolektivni osećaj da nikakva šteta ne može da bude nadoknađena u državi u kojoj strani i domaći kriminalci, uz prikrivenu ili otvorenu saradnju sa policijskim i pravosudnim organima i neodgovornom političkom elitom svakodnevno i nekažnjeno nanose ogromne i očigledne štete narodu i državi. U takvoj atmosferi kod obespravljene, osiromašene, ponižene i u svakom pogledu socijalno frustrirane mase samo se javlja i raste želja za osvetom. Pošto su vinovnici njihovih ličnih i kolektivnih nedaća obično daleki i nedodirljivi centri političke i finansijske moći, često dolazi do „pomerene kriminalne reakcije“ zbog koje su ugroženi njihovi najbliži i oni sami. Strogom kaznenom politikom, a naročito grubom represijom, takav kriminalitet se ne može ni sprečiti ni izlečiti, nego se samo može dodatno rasplamsavati, čak i kada bi se pitanje etičke problematičnosti takvog kažnjavanja moglo ostaviti po strani. Ovo je, dakle, zaključak kojem se moraju, uz jake etičke argumente, dodati i pragmatički razlozi zbog kojih bi stroge kazne tipa odmazde u ovim slučajevima bile besmislene i kontraproduktivne, kao i kazne tipa naknade štete koje su za siromašne neprimenjive. Dijalektika njihovog kažnjavanja morala bi da usaglasi, ako već ne može da pomiri, suprotstavljene etičke i socijalne matrice onih koji pošteno rade, a nemaju i onih koji imaju, a ne rade pošteno; onih koji bi pošteno radili kad bi za njih imalo posla i onih koji ni u kojem slučaju ne

4 Najočigledniji primer dvostrukih merila u evro-američkoj priči o kriminalitetu na našim prostorima je instaliranje organizovanih kriminalnih grupe se na čelu takozvane države Kosovo, dok se Srbi na severu Kosmeta kriminalizuju. Na sličan način politički su instrumentalizovane vlasti u Crnoj Gori, da bi se podržalo razbijanje državne zajednice Srbije i Crne Gore i tako olakšalo priznavanje Kosova kao nezavisne države. Iz istih razloga nikako se ne odustaje od kriminalizacije političkog vođstva i Republike Srpske uopšte, upornim propagandnim podmetanjem da se radi o „genocidnoj tvorevini“ koju valja ukinuti.

bi hteli pošteno da rade teške i malo plaćene poslove, a imaju načelno legitimne ali praktično nerealne želje za nekim prosečnim (ponekad i natprosečnim) standardom života.

Sredstva javnog informisanja, često kontrolisana od vladajućih stranaka, stranih vlasnika i domaćih tajkuna, sa svoje strane stvaraju pometnju u moralnoj i pravnoj svesti i ponašanju građana i kamufliraju istinit uvid u stvarne probleme našeg pravosuđa i njegovu kaznenu politiku.<sup>5</sup> Tako su u srpskim medijima pažljivo cenzurisani kritički prilozi i izveštaji o još nedovršenoj reformi pravosuđa, pa čak i oni koji su dolazili od stranih mentora vladajuće političke garniture u Srbiji. Politički kontrolisani mediji vrše pritisak na policiju, tužioce i sudije da uhapsu ili puste iz istražnog zatvora, da podignu optužnicu ili da odbace krivičnu prijavu protiv uhapšenog, da osude ili da oslobode optuženog – zavisno od toga da li je dotični pristalica ove ili one političke stranke. Sudski procesi se ubrzavaju i usporavaju prema političkoj volji i tempiraju (pred izbore) prema proceni političke štete za konkurente ili koristi za one koji su na vlasti.

Kao i sve prethodne, i poslednja reforma pravosuđa u Srbiji podređena je ne samo širim političkim ciljevima nego još više uskim partijskim interesima. Tome su otvoreno ili latentno služila sredstva masovnog informisanja koja su bila pod uplivom vladajućih stranaka, a takva su sva ona koja imaju nekakav realan uticaj na širu političku javnost. Oduvek je svaka naša vlast od svega najviše želela da ima svoje sudije, mada je još u Dušanovom Zakoniku (donet 1349, dopunjen 1354) bilo proklamovano načelo nezavisnosti sudske vlasti (sudija da sudi po zakonu, a ne po volji cara). To je začetak one pravne svesti koja je, uz narodnu pravnu tradiciju da se „sudi ni po babu ni po stričevima“, ušla u temelje naše moderne pravnosti. Toj tradiciji sasvim je suprotstavljena ona druga, koja se prepoznaje u izreci „kadija te tuži, kadija ti sudi“. Ona je, takođe, kod nas duboko ukorenjena, jer je vreme robovanja pod tuđinom uvek bilo besudno vreme, a to vreme, na žalost, nije kratko trajalo te su i njegovi tragovi duboki. Tako je i Knjaz Miloš mislio da su zakoni obavezni samo za njegove protivnike, ali ne i za njega samog i za njegovu vlast.

Svojevrsan udar na modernu pravnu svest predstavljala je i marksistička odredba da je „pravo volja vladajuće klase pretvorena u zakon“. U takvom ideološkom kontekstu bilo je razumljivo što je i Josip Broz mislio da se vlast ne mora držati zakona („kao pijan plota“). Kad god je kakav zakon bio smetnja njegovoj političkoj volji, bio je uklonjen, što se odnosilo i na sve ustave koji su kod nas donošeni u titoističkoj eri. Međutim, ni posttitoizam nije vratio autoritet zakonima kakav bi oni morali da imaju u današnje vreme. Autoritarna vladavina Slobodana Miloše-

5 Indikativan je slučaj sa medijskom galamom oko kažnjavanja onih koji ugrožavaju prava „gej populacije“ koja je nadvladala vesti o masovnom obespravljivanju populacije koja je egzistencijalno ugrožena zbog progona sa Kosmeta, zbog gubitka posla i sličnih životnih problema. Nijedan slučaj ubistva Srba povratnika na Kosovo i Metohiju nije izazvao toliko medijske pažnje kao slučaj „keruše Mile“ kojoj je neki beogradski bolesnik odsekao šape. A za stanje moralne i pravne svesti i duhovnog zdravlja naših građana uopšte, ne može biti važniji slučaj keruše Mile, za koju su se brzo našli donatori za njene proteze, od mnogih slučajeva ratnih invalida koji nemaju potrebne proteze ni deceniju posle rata; ili od slučajeva nezbrinute ratne siročadi koja su ostala bez roditelja, čije ubice niko nije pronašao niti kaznio.

vića ispoljavala se i u tome što su po njegovim nalogima hapšeni njegovi politički protivnici, a s tom praksom nisu prekinule ni nove t.zv. demokratske vlasti u postmiloševićevom periodu. Milošević je sudio Vlasiju za „kontrarevolucionarno“ (a ne za protivustavno?) delovanje, a nove t.zv. vlasti (zajedno sa haškim tribunalistima) umesto za „verbalni delikt“ osuđuju svoje političke protivnike zbog „govora mržnje“, ili zbog „političke nekorektnosti“ umesto za „moralno-političku nepodobnost“. Sudsko procesuiranje takvih optužnica i izostajanje nekih drugih koje su za društvo, državu i pravni poredak daleko važnije, unosi zbrku u pravnu svest građana i zabunu u kriterijume sudija koji bi morali da u svakom konkretnom slučaju procene optimum između maksimalnih i minimalnih kazni koje zakon predviđa. Uopšte gledano, autoritet zakona slabi onda kad god se zakoni brzo menjaju, kad se zakoni ne poštuju od onih koji su ih usvojili, kad jedni zakoni protivreče drugima, kad se sudi prema političkim ili kakvim drugim subjektivnim merilima, a ne prema zakonskim propisima.

Ozbiljne institucionalne reforme može uspešno da sprovede samo stručno kompetentna i politički odgovorna elita, kakva nije aktuelna vlast u Srbiji. Reforma pravosuća u Srbiji je tipičan primer nestručnog i politički neodgovornog uplitanja partijske oligarhije u pravosudni sistem.

Najnovije t.zv. demokratska vlast je krenula u reformu pravosuđa u Srbiji tako što je proklamovala nezavisnost sudske vlasti, ali tek pošto izabere tužioce i sudije iz svojih stranačkih redova ili, u najgorem slučaju, iz nešto šireg kruga svojih političkih pristalica. Tužiocima se biraju po klasičnoj političkoj proceduri (bira ih skupština na predlog vlade). Koliko je u ovom slučaju veliki uticaj političke volje na pravosuđe vidljivo je tek kad se istakne javno prikrivana činjenica, poznata samo stručnjacima, da bez tužilaca najteži i najopasniji kriminalni slučajevi i ne dolaze do suda. Bez njihovih podnetih optužnica sudovi i sudije i ne sude.

Neposredan politički pritisak na sudove danas se sprovodi t.zv. reorganizacijom mreže sudova i tužilaštva koja se u Srbiji menja bez ozbiljne analize stvarnih potreba lokalnih sredina i građana, uglavnom prema volji i procenjenim trenutnim interesima izvršne vlasti. Uz to se donosi i sprovodi politička odluka da se izvrši opšti reizbor svih sudija, jer je to, navodno, nužno zbog t.zv. demokratskih promena u Srbiji. Skrivena logika ovih političkih argumenata je stara: umesto „vaših“ sudija koje ste vi izabrali da ne sude vašem kriminalu, mi ćemo izabrati „naše“ koji neće suditi našem kriminalu. Ovim je ne samo nastavljena najštetnija tradicija političkog nasilja nad pravom, nego je neposredno narušen ustavom zagarantovani princip stalnosti sudske funkcije koji je trebalo da posluži kao temelj moderne tradicije demokratske pravne države.<sup>6</sup>

Umesto unapređenja pravne kulture i efikasnijeg procesuiranja kriminala, reforma pravosuđa u Srbiji je dovela do blokade rada sudova i pometnje kod sudija

6 Mnogo bolje se ne može očekivati ni od nove izvršne vlasti u kojoj se ponovo našla stranka koja se danas zalaže za departizaciju svih javnih institucija. Ta stranka je preko svog ministarstva ekonomije u prethodnoj vladi slala politički nalog sudovima da ne izvršavaju sudske presude iz oblasti radnih sporova, štiteći tako poslodavce koji krše socijalna prava zaposlenih, a danas ulazi u novu vladu koja obećava novu „popravnu“ reformu pravosuđa. Da se samo ponovo ne desi da se reforma pravosuđa svede na to da se otpuste „njihovi“, a prime „naši“?

zbog njihove egzistencijalne ugroženosti. U takvim okolnostima politički je licemerno svaljivanje svekolike odgovornosti za blagu kaznenu politiku i bujanje kriminala – naročito onog najopasnijeg i najorganizovanijeg i sistemskog – na nesposobnost, nestručnost, neorganizovanost, pa i na korumpiranost srpskog pravosuđa. Ako je sve navedeno i tačno, odgovornost za stanje u pravosudnim organima nije samo na ljudima koji su u njima zaposleni, nego i na onima koji su ih odabrali i postavili. Kako je opasno blanko amnestiranje bilo kojeg pravosudnog organa, tužioca ili sudije, još opasnije je svaljivanje celokupne krivice za neefikasnost srpskog pravosuđa samo na njih i preneбреgavanje primarne odgovornosti izvršne političke vlasti koja određuje sve bitne parametre za funkcionisanje sudske vlasti u Srbiji. Ko bi drugi, do izvršna vlast, tražio ili bar tolerisao da se poslovi u srpskom pravosuđu često smandrljavaju tako što se sudski procesi završavaju, ali se problemi ne rešavaju. Mogla bi da posluži kao objašnjenje, mada ne bi smela da bude opravdanje, što policija, tužioci i sudije često loše rade svoj posao, činjenica da je borba protiv organizovanog kriminala i suđenje u besudnim vremenima i nebezbednom sistemu veoma rizičan posao. Savremeno društvo je, uopšte gledano, po mnogo čemu „rizično društvo“ (Bek), što se posebno odnosi na društva poput našeg koje je tek izašlo iz po mnogo čemu prljavog, uz to još i izgubljenog rata. Veoma je rizično društvo, naročito u kriminalnom pogledu, svako društvo koje je ekonomski razoreno, politički blokirano i moralno degradirano kao što je naše današnje.

Ovako koncipirana i sprovedena reforma pravosuđa u Srbiji ne bi mogla da dovede do dobrih rezultata čak i da je politička elita koja je pokreće i sprovodi mnogo sposobnija i znatno poštenija nego što stvarno jeste. A stvarno nije. Danas je u Srbiji praktično najdelatnija, najmoćnija i najneodgovornija partijsko-politička oligarhija koja je za sebe prigrabila monopol upravljanja svim oblastima društvenog života. Nekadašnji jednopartijski monopol zamenjen je višepartizmom oligarhijskog tipa koji je u interesnoj sprezi sa slojem novokomponovanih bogataša. Deklarisano (manifestno) „demokratsko“ društvo stvarno (ali latentno) funkcioniše kao mešavina političke oligarhije i „tajkunske“ plutokratije. Politička korupcija je raširena u svim granama vlasti i svim javnim i privatnim poslovima. Nedovoljno stručni, ali politički odgovorni ljudi obraćaju se kompetentnijima od sebe za savet. Politički korumpirani nikoga ništa ne pitaju niti bilo koga iučemu slušaju. Oni „dosledno“ slede samo svoj lični interes – i to po svaku cenu. Partokratska oligarhija je, po pravilu, u nekom obliku interesne koalicije sa organizovanim kriminalom.

Teško je kod običnog građanina razviti i očuvati ugled institucija koje iznutra razaraju oni koji bi trebali da ih brane i jačaju: kad predsednik Republike i Ustavni sud krše Ustav; kad javni tužilac skriva krivične prijave; kad policija štiti kriminalce, a kriminalci stižu ne samo veliko bogatstvo nego i ogromnu moć i zavidan prestiž; kad je pošteno stečena svojina ugroženija od one koja je opljačkana; kad su politika i kultura komercijalizovane, ekonomija politizovana, a pravosuđe korumpirano. U ovakvim okolnostima teško se ukorenjuje moderna i poželjna alternativa u vidu *legalističke pravne svesti* koju bi pratilo *institucionalno ponašanje* građana koje je najsigurniji odbrambeni mehanizam u odnosu na sve vrste kriminala. Prožimanje svih segmenata društva kriminalitetom je sistemska bolest koju je kao i svaku tešku bolest, uvek mnogo bolje sprečiti nego lečiti. Bez jake pravne države, kao kičme svih

drugih društvenih institucija, nije moguće ni koncipirati, ni pojačati, a još manje sprovesti bilo kakvu, a pogotovo neku ozbiljniju i odgovorniju kaznenu politiku u Srbiji.

Sve dotle, kažnjavanje će se sprovoditi prema dvostrukim standardima: preblago prema „našima“, prestrogo prema „njihovima“; biće etički nepravedno i politički neodgovorno. Kaznena politika u Srbiji i regionu jugoistočne Evrope sporo se oslobađa dvostrukih (političkih i moralnih) standarda kažnjavanja i nagrađivanja koji su grubo promovisani spoljnim intervencijama prilikom razbijanja Jugoslavije, a danas ih koriste korumpirani politički režimi.

Dijalektika sile i nepravde koja je uglavnom obeležila dosadašnju našu istoriju ostaje relevantan okvir i današnjeg našeg društvenog i pravnog života. Zato oni koji u takvim realnim okolnostima običnim ljudima dele pravdu ne bi smeli da oponašaju „strašni sud“, pogotovo ako su prethodno ko zna koliko puta na suđenju morali da „progledaju kroz prste“ svojim, moćnim, bogatim ili onima koji su za njih lično u svakom pogledu opasni – jer nisu mali nego veliki kriminalci. To, izgleda, najbolje znaju mnogi poštenu tužiocu, a pogotovo sudije u Srbiji. Oni koji čine sve što mogu, kako mogu i koliko mogu da pravda kad-tad i kako-tako stigne do svakog običnog malog čoveka – ili bar da im se očuva nada (makar kao korisna iluzija) da je pravda moguća i dostižna i u njihovoj otadžbini. Da ne moraju da za sebe traže pravdu negde „tamo daleko“, pred belosvetskim sudovima, izneveravajući pritom sve one svoje pretke i savremenike koji su podneli najveće žrtve za suverenu i slobodnu srpsku državu. Ali ako ta država ne bude pravna i pravedna, ona će izneveriti svoje građane. Za takav patološki obrt u odnosima države i njenih građana nema ko drugi da bude odgovoran nego oni koji vrše vlast i čine političku elitu iz koje se regrutuju aktuelni vlastodršci.

Tužiocu, sudovi i sudije stupaju na javnu scenu *a posteriori*, tek pošto oni koji vladaju „razbiju krčag“ iz kojeg su se opijali vlašću i tako prekrše ranije usvojena pravila vladanja. Dijalektika sud(ij)skog paradoksa ogleda se u okolnosti da kažnjavanje, kakvo god bilo, uvek kasni za najvažnijim društvenim i istorijskim događajima. Zato se najracionalnije i umne strategije društvenog delovanja nikad ne ograničavaju samo na kažnjavanje. Izuzetak su samo oni koji su najmoćniji, dok umišljaju da su svemoćni, kada preventivno kažnjavaju male i slabe i pritom oponašaju „strašni sud“.

## LITERATURA

- Ćirić, Jovan (2001): *Društveni uticaji na kaznenu politiku*, Institut za uporedno pravo, Beograd
- Ćirić Jovan, Đorđević Đorđe, Sepi Robert (2006): *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd
- Đorđević, Đorđe (2012): „Koruptivna krivična dela i kaznena politika“; u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo
- Hegel G. V. Fridrih (1987): *Fenomenologija duha*, Naprijed, Zagreb
- Ignjatović, Đorđe (2012): „Da li je kaznena politika sudova u Srbiji odgovarajuća?“; u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo

- Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* (2012), (zbornik radova) ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo
- Korupcija, vlast, država* (2004. prvi deo, 2005. drugi deo); priredili Verica Barać i Ivan Zlatić, izd. Zadruga „Res publica“, Beograd
- Korupcija u pravosuđu* (2004): red. B. Begović, B. Mijatović, D. Hiber, CLDS, Beograd
- Kriza pravnog sistema* (1990): Zbornik radova (ur. V. Đukić). Beograd
- Mitrović, Milovan (2005): *Sociologija*, Pravni fakultet, Beograd
- Mitrović, Milovan (2007a): „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji“, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet, Beograd
- Mitrović, Milovan (2009): „Struktura političkog delovanja i kriminalitet u srpskom društvu“, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, III deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet, Beograd
- Mitrović, Milovan (2011): „Kampanjska privatizacija u Srbiji. Udruženi pljačkaški poduhvat“, tematska monografija *Kaznena reakcija u Srbiji*, ur. Đ. Ignjatović, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd
- Mrvić, Nataša – Ćirić, Jovan (2004): *Sukob javnog i privatnog interesa u trouglu moći, novca i politike*, Vojnoizdavački zavod, Beograd
- Rouz-Ejkerman, Suzan (2007): *Korupcija i vlast. Uzroci, posledice i reforma*, Službeni glasnik, Beograd
- Stojanović, Zoran (2012): „Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene“, u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo
- Veber, Maks (1989): *Protestantska etika i duh kapitalizma*, Veselin Masleša-Svjetlost, Sarajevo

Milovan M. Mitrović

Law Faculty, University of Belgrade

## POLITICS, ETHICS AND DIALECTICS OF PUNISHMENT IN SERBIA

### SUMMARY

In this essay it is hypothetically considered the influence of politics on different types of punishment and on punitive policy which is implemented in Serbian judicature. Starting hypothesis, which is at the same time also the most general assumption, is that the criminalization of one nation, society or state is a pathological process that has global and total consequences, similar to malignant processes in the body. Subsequently, the author emphasizes sociological aspect of following hypotheses:

- External political and economical sanctions against Serbian society were the cause of criminalization carried out beyond the tolerable extent.

Their delitescent goal was destroying the supporting institutions (state, property, business companies and family) in order to ease up overtaking of Serbian society by the same people which installed them in the first place.



- Serbian society can't rid of its criminality instantly, immediately when the foreign sanctions have been lifted or external laws have been adopted, but only then when it overcomes its own criminality.

- It's not enough only to conduct strict punitive policy and harsh "struggle" against criminals, but it is also necessary to strengthen ethically and politically responsible social institutions in general – especially those related to social control – which can immunize the resistance of society against the criminality.

- Serious institutional reforms can be successfully implemented only by professionally competent and responsible political elite, which isn't the case with the current government in Serbia. Judicial reform in Serbia is a typical example of unprofessional and irresponsible interference in the judicial system of political party oligarchy.

- Penal policy in Serbia and Southeast Europe is slow releasing from double (political and moral) standards of punishing and rewarding are roughly promoted by foreign interventions during the dismemberment of Yugoslavia, and now days is used by corrupt political regimes.

**Key words:** punishing, punitive policy, justice system, political corruption, organized criminality.

*Boris Begović\**

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu  
Centar za liberalno-demokratske studije

## METODOLOGIJA EKONOMETRIJSKE ANALIZE GENERALNE PREVENCIJE: SLUČAJ SMRTNE KAZNE

**Apstrakt.** Cilj ovog rada je da osvetli osnovna metodološka pitanja ekonometrijske analize generalne prevencije i to koristeći slučaj smrtne kazne. Teorijska osnova ekonometrijske analize generalne prevencije koju generiše smrtna kazna nađena je u ekonomskoj teoriji kriminala, koja uspešno može da objasni mehanizam kojim pojedinac odlučuje da drugome oduzme ljudski život. Pri tome je odgovoreno na najčešće primedbe koje se stavljaju ekonomskoj analizi kriminala. Razmatranje osnovnog ekonometrijskog modela generalne prevencije smrtne kazne pokazalo je njegove ključne karakteristike. Uočeno je nekoliko opštih metodoloških problema sa kojima se suočava ekonometrijska analiza generalne prevencije: (1) problem pouzdanosti podataka, (2) problem specifikacije regresionog modela, koji se može razložiti na probleme: (a) izostavljanja relevantne objašnjavajuće promenljive; i (b) oblika funkcionalne veze, (3) problem simultanosti, tj. endogenosti objašnjavajuće promenljive; (4) problem neodgovarajućeg uzorka i (5) problem nedovoljne ekonometrijske robusnosti. Identifikovani su i postupci kojima se rešavaju navedeni problemi. Oni se zasnivaju na korišćenju podataka panela, velikom broju opservacija, korišćenju metoda dvostepenih najmanjih kvadrata kao metoda ocene regresionog modela, kao i jasnim teorijskim stavovima o uzročno-posledičnim vezama, koji omogućavaju dobru specifikaciju regresionih modela, kako bi se izbeglo izostavljanje relevantne objašnjavajuće promenljive. Što se preventivnog dejstva smrtne kazne tiče, pokazalo se da što su u većoj meri ispunjeni metodološki zahtevi, to je veća verovatnoća da će se pokazati da smrtna kazna ipak generiše marginalnu generalnu prevenciju.

**Ključne reči:** ekonometrija, ekonomska teorija kriminala, generalna prevencija, smrtna kazna, metodološki problemi.

### 1. UVOD

Cilj ovog rada je da osvetli osnovna metodološka pitanja ekonometrijske analize generalne prevencije i to koristeći slučaj smrtne kazne, odnosno empirijskog istraživanja da li postoji, kolika je snaga i kakav je karakter generalne prevencije koju generiše smrtna kazna. S jedne strane, ekonometrijska analiza generalne prevencije izabrana je kao jedan od najznačajnijih segmenata empirijske, odnosno eko-

---

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

\*\* Zahvaljujem se Goranu Iliću, Ivanu Jankoviću, Mariji Karanikić-Mirić, Miroljubu Labusu, Zorici Mladenović, Marku Paunoviću i Branku Raduloviću na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.

nometrijske analize kriminala.<sup>1</sup> S druge strane, slučaj smrtne kazne izabran je zbog toga što su ekonometrijska istraživanja generalne prevencije koju generiše ova vrsta kazne brojna, u određenoj meri metodološki sporna i prati ih intenzivna polemika između protivnika i zagovornika ove vrste kazne, naročito u SAD, gde ova polemika ima i implikacije na kaznene politike, koje su u nadležnosti saveznih država. Izbor slučaja generalne prevencije smrtne kazne ni na koji način ne znači da se ovaj rad bavi pitanjem opravdanosti, odnosno poželjnosti ove vrste kazne, već se isključivo radi o tome da se ovaj specifični slučaj empirijskog istraživanja činilaca generalne prevencije iskoristi da se na njegovom primeru osvetle osnovna metodološka pitanja ekonometrijske analize generalne prevencije.<sup>2</sup>

Navedeni cilj uslovio je i strukturu rada. Prvo se razmatra teorijska osnova ekonometrijske analize, da bi se potom prikazao osnovni ekonometrijski model kojim se istražuje generalna prevencija smrtne kazne. Zatim sledi ključni deo rada: razmatranje osnovnih metodoloških problema sa kojima se suočava ekonometrijsko istraživanje generalne prevencije, odnosno, šire posmatrano, ekonometrijsko istraživanje kriminala, i rešenja tih metodoloških problema. Zaključni deo rada posvećen je perspektivama ekonometrijske analize kriminala i metodološkim smernicama za dalja istraživanja.

## 2. TEORIJSKA OSNOVA EKONOMETRIJSKE ANALIZE GENERALNE PREVENCIJE SMRTNE KAZNE

Svaka metodološki korektna i uspešna ekonometrijska, kao i svaka druga uspešna empirijska analiza, treba da se zasniva na određenoj teorijskoj analizi i njenim zaključcima. Teorijski modeli omogućavaju da se formulišu određene teorijske hipoteze, one koje opisuju uzročno-posledične veze između promenljivih. Empirijska analiza podrazumeva upravo empirijsko testiranje takvih hipoteza, kojim će se neke od tih hipoteza potvrditi, a neke opovrgnuti, što dovodi do daljeg razvoja teorije, odnosno boljeg razumevanja stvarnosti.

Teorijsku osnovu ekonometrijske analize kriminala, odnosno činilaca generalne prevencije, nudi ekonomska teorija kriminala (Becker, 1968). Ne zalazeći u detalje ove teorije, treba napomenuti da ona polazi od toga da se potencijalni učinici

- 1 Postoje autori (Stojanović, 2007) koji generalnu prevenciju dele na negativnu, koja se poistovećuje sa odvracanjem pojedinaca od toga da učini krivično delo, i pozitivnu, koja „za cilj ima učvršćivanje društvenih i moralnih normi čije usvajanje od strane pojedinca predstavlja najjaču branu vršenju krivičnih dela“. Ne ulazeći u razmatranje opravdanosti navedene podele, u ovom radu se razmatra isključivo generalna prevencija u smislu odvracanja pojedinaca od toga da učini krivično delo. Takođe, u ovom radu se pojmovi odvracanje i zastrašivanje posmatraju kao sinonimi: alternativni prevodi engleske reči *deterrence*. Konačno, smrtna kazna je pogodna za istraživanje generalne prevencije, budući da u njenom slučaju, odnosno u slučaju njenog izvršenja, usled onesposobljavanja učinioca krivičnog dela za ponovno činjenje bilo kog krivičnog dela, specijalna prevencija postaje irelevantna, pa se stoga ne postavlja pitanje analitičkog razdvajanja specijalne i generalne prevencije.
- 2 Sveobuhvatni pregled argumenta za i protiv smrtne kazne, uz jasno artikulirane razloge za abolicionizam, u domaćoj literaturi može se naći u: Janković (1985).

krivičnog dela ponašaju kao racionalna bića i da svoje odluke (da li da učine ili da ne učine krivično delo) donose na osnovu podsticaja koje dobijaju iz svog okruženja. Drugim rečima, osnovna pretpostavka ove teorije je da ne postoje pojedinci koji su iz nekog razloga predisponirani da budu učinioci krivičnih dela i pojedinci koji to nisu, već svaki pojedinac samostalno donosi racionalnu odluku o tome u skladu sa podsticajima kojima je izložen.

Jedna od osnovnih hipoteza ekonomske teorije kriminala jeste da sa uvećanjem očekivane vrednosti kazne jačaju podsticaji pojedincu da ne učini krivično delo. Očekivana vrednost kazne predstavlja proizvod (u računskom smislu) verovatnoće izvršenja kazne i nominalne vrednosti kazne, odnosno zaprećene kazne za pojedinačno krivično delo. Očekivana vrednost kazne se menja kako sa promenom navedene verovatnoće, tako i sa promenom nominalnog iznosa kazne. Što je veća očekivana vrednost kazne, veća je generalna prevencija koja se generiše.<sup>3</sup>

Očekivanu vrednost kazne treba uključiti u kalkulaciju očekivane neto korisnosti koju pojedincu generiše činjenje krivičnog dela. Ukoliko je ta neto korisnost (korisnost od činjenja krivičnog dela korigovana za umanjene korisnosti usled očekivane vrednosti kazne) veća od neto korisnosti koja proizilazi iz aktivnosti koja je u skladu sa zakonom, pojedinac se odlučuje da čini krivična dela, odnosno da njegove radne aktivnosti budu usmerene ka kriminalnim delatnostima. Pri tome, argumente funkcije korisnosti pojedinca čini potrošnja u najširem smislu reči, a ta potrošnja može da bude uobičajena tržišna potrošnja, ali i drugi vidovi potrošnje specifičnih „dobara“, onih koja se ne mogu pribaviti u uobičajenim tržišnim transakcijama.<sup>4</sup> Kako napominje Ehrlich (1973), ne postoji niti jedan teorijski razlog da pojedinac simultano ne bude angažovan u obe vrste delatnosti, odnosno da jedan deo svog vremena alokira u radno angažovanje u delatnostima koje su u skladu sa zakonom, dok drugi njegov deo alokira u kriminalne delatnosti.<sup>5</sup>

Opravdano je postaviti pitanje da li ekonomska teorija kriminala može uspešno da objasni ubistvo, odnosno odluku pojedinca da drugom oduzme život. Kako navodi Ehrlich (1975), ubistvo može da bude samo sebi cilj. Najčešće se radi o tome

- 
- 3 Osim ovog nalaza, ekonomska teorija nije specifikovala oblik funkcije generalne prevencije u zavisnosti od očekivane vrednosti kazne. Ne zna se da li je karakterišu rastući ili opadajući prinosi, ne zna se da li možda dolazi do njenog prekida pri prelasku s jedne kazne na drugu, jedino što se zna jeste da se radi o monotonu rastućoj funkciji. Štaviše, otvoreno je i pitanje kako komponente očekivane vrednosti kazne utiču na generalnu prevenciju. Jedino u slučaju da je pojedinac neutralan prema riziku, potpuno je svejedno, sa stanovišta generalne prevencije koja se stvara, da li je očekivana vrednost kazne uvećana povećanjem verovatnoće izvršenja kazne ili povećanjem zaprećene kazne. Ukoliko pojedinac ima averziju prema riziku, bolji se rezultat na planu generalne prevencije postiže povećanjem zaprećene kazne, dok se u slučaju da ima sklonost ka riziku, bolji rezultat postiže povećanjem verovatnoće primene kazne. Više o tome videti u: Becker (1968).
  - 4 Naravno, korisnost je subjektivna kategorija, tako da svaki pojedinac suvereno dolazi do sopstvene funkcije korisnosti, bira njene argumente i specifikuje karakter veze između argumenata i ukupnog iznosa korisnosti. Upravo zbog toga korisnost ne može direktno da se opaža, još manje meri. O posrednim načinima za spoznaj i merenje nečije korisnosti videti u: Frank (2003).
  - 5 Naravno, postoje određeni troškovi prelaska sa jednih na druge delatnosti. Ukoliko su ti troškovi visoki i ukoliko bavljenje jednim, odnosno drugim delatnostima zahteva specijalizaciju i specifične investicije u ljudski kapital, onda se otežava ovakva simultanost, odnosno umanjuje njena verovatnoća. Više o tome videti u: Ehrlich (1973).

da se ubica i žrtva poznaju, često se radi i o bliskim pojedincima, i može se pretpostaviti da funkcija korisnosti ubice kao svoj argument sadrži funkciju korisnosti ili iznos potrošnje žrtve. Pri tome, umanjenje korisnosti žrtve izaziva uvećanje korisnosti ubice – tipičan slučaj interpersonalizovane funkcije korisnosti. Takođe, ovome treba dodati i specifičnu funkciju korisnosti psihopata, koja bi se mogla specificovati tako da zlo nanese bilo kom ljudskom biću, odnosno nivo korisnosti svakog drugog pojedinca, predstavlja argument funkcije korisnosti takvog psihopatskog pojedinca.<sup>6</sup>

Druga vrsta ubistava su ona koja predstavljaju preduslov ili sačinjavaju uzgredni efekat nekog krivičnog dela koje dovodi do novčanog toka, odnosno do transfera bogatstva, ili do uvećanja korisnosti ubice na bilo koji drugi način koji nije neposredno povezan sa ubistvom. U tom kontekstu, ubistvo predstavlja samo sredstvo za realizaciju osnovnog cilja – uvećanja korisnosti putem povećanja potrošnje materijalnih dobara. Drugim rečima, ubistvo samo po sebi ne dovodi do uvećanja korisnosti ubice, već ima isključivo instrumentalnu vrednost.

Da li ekonomska teorija može uspešno da objasni obe grupe ubistava? Odgovor je potvrđan. U prvom slučaju radi se o interpersonalnoj funkciji korisnosti u kojoj korisnost, odnosno potrošnja žrtve ulaze u funkciju korisnosti ubice. Činjenica da se ne radi o novčanim tokovima ne narušava ovo objašnjenje, budući da pojedinac korisnost crpe iz bitno različitih vrsta potrošnje. U drugom slučaju mogu da postoje i novčani tokovi, tako da je izvesno da ekonomska teorija kriminala može uspešno da objasni krivično delo ubistva. To ne znači da se na račun ekonomske teorije kriminala i njene mogućnosti da objasni ubistvo ne iznose različite kritike.<sup>7</sup>

Uobičajena je kritika pretpostavke o racionalnom ponašanju učinilaca krivičnih dela, u ovom slučaju ubica. Da li su ubice iracionalna bića, odnosno da li se ponašaju kao da jesu? Značaj ove kritike može se sagledati ukoliko se razmotre potrebni uslovi koji treba da se ispune da bi pojedinac učinio krivično delo: umišljaj (direktni ili eventualni) ili nehat (svesni ili nesvesni). Samim tim, jasno je da se pretpostavlja racionalno ponašanje učinioca krivičnog dela, u ovom slučaju ubistva. Kategorija neuračunljivosti predstavlja osnovu za isključenje krivice, dok bitno smanjena uračunljivost umanjuje krivicu. Izvesno je da se oni koji nisu uračunljivi, bez obzira na to šta je uzrok te neuračunljivosti, ne ponašaju kao racionalna bića. Međutim, oni čine tako malu manjinu u ljudskom rodu, a i među izvršiocima krivičnih dela, da zbog njih ne treba menjati teoriju, odnosno formulisati alternativnu teoriju.

Zanimljivo je pitanje bitno smanjenje uračunljivosti, krivičnopravne koncepcije koja u potpunosti odgovara ekonomskoj koncepciji ograničene racionalnosti: ne radi se o savršenoj racionalnosti, ali to ne znači da racionalnosti nema. Teorijski model smanjene uračunljivosti pokazuje da usled ograničene racionalnosti slabi

---

6 Formalno posmatrano, funkcija korisnosti psihopate je takva da korisnosti svakog drugog ljudskog bića predstavlja argument takve funkcije, s tim što je prvi parcijalni izvod funkcije po tim argumentima uvek negativan – što je manja korisnost koju uživaju drugi ljudi *ceteris paribus*, veća je korisnost koju uživa psihopata.

7 Cooter i Ulen (2004) su sumirali i sistematizovali te primedbe, pa se na njih u ovom tekstu odgovara na osnovu navoda koji su dati u toj sistematizaciji.

dejstvo očekivane vrednosti kazne, ali to ne znači da se to dejstvo gubi ili da menja smer (Cooter, 1998).<sup>8</sup> Drugim rečima, identifikovani uzročno-posledični mehanizam i dalje deluje, samo što opada njegova snaga.<sup>9</sup>

Nadalje, jedna od uobičajenih kritika ekonomske teorije kriminala zasniva se na primedbi da nije prikladno da se novčano (monetarno) iskazuje nivo korisnosti učinilaca krivičnih dela. Problem sa ovom primedbom leži u tome što novčano iskazivanje nivoa korisnosti ne mora da bude vezano za potrošnju onih proizvoda koji se pribavljaju na tržištu. Shodno tome, nivo korisnosti koji psihopata uživa usled ubistva nepoznate osobe može da se iskaže u novcu, nezavisno od toga što ne može da se kupi na tržištu. To je onaj iznos novca koji bi psihopatski ubica hipotetički prihvatio kao kompenzaciju za odricanje od toga da izvrši ubistvo. Na taj način, korisnost psihopate može da se novčano iskaže, ali to mora da uradi on sâm. Da li bi i pod kojim uslovima ubica istinito iskazao taj iznos novca drugo je pitanje, ali odgovor na njega nije relevantan sa stanovišta kritike teorijskog modela.

Sledeća primedba na račun ekonomske teorije kriminala i njene mogućnosti da objasni krivično delo ubistva odnosi se na nesavršenu informisanost potencijalnih učinilaca krivičnih dela, odnosno potencijalnih ubica. Prema ovom argumentu, generalna prevencija deluje na osnovu očekivane vrednosti kazne, koja zavisi od njenog nominalnog iznosa i verovatnoće njene primene, a potencijalni učinioci nisu savršeno informisani o verovatnoćama, budući da ne prate redovno specijalizovane pravosudne statistike, a i one izlaze tek *ex post*, sa određenim zakašnjenjem, niti su pasionirani čitaoci krivičnog zakona. Argument nesavršene informisanosti jednostavno nije relevantan – sve poslovne odluke, u svim oblastima ljudskih delatnosti, donose se u uslovima nesavršene informisanosti, pa to ne urušava ekonomsku teoriju i njenu mogućnost da objasni stvarnost. Tim pre što svi oni koji su kandidati za kaznu, imaju izuzetno snažne podsticaje da pribave odgovarajuće informacije. U slučaju smrtne kazne, to je zaista pitanje života ili smrti, a relevantne informacije ne treba posmatrati isključivo kao informacije koje se nalaze u statističkim godišnjacima ili zakonskim tekstovima.

Još jedna česta kritika jeste da ekonomska teorija kriminala koristi ekonomski aparat prilagođen tržišnim transakcijama za objašnjavanje fenomena, odnosno

- 8 Zanimljivo je kako smanjena uračunljivost može da se unese u model ekonomske teorije kriminala, odnosno teorije generalne prevencije. Jedna mogućnost je unošenje diskontnog faktora (stope) kojom se buduća (očekivana) vrednost kazne pretvara u njenu sadašnju vrednost. U uslovima u kojima dolazi do bitno smanjenje uračunljivosti, racionalni pojedinac se usredsređuje na sadašnjost, vremenski horizont se sužava, što dovodi do drastičnog rasta diskontne stope i, time, umanjena sadašnje vrednosti očekivane vrednosti kazne (koja uvek dolazi u budućnosti). To znači da se ne gubi generalna prevencija koju stvara kazna, ali slabi njeno dejstvo. Više o tome videti u: Cooter (1998).
- 9 Opravdano je postaviti pitanje relevantnosti ove kritike za razmatranje generalne prevencije smrtne kazne. U najvećem broju slučajeva smrtna kazna je zaprećena, odnosno izriče se isključivo za ona ubistva koja podrazumevaju umišljaj, što znači da se odnosi na uslove u kojima u postoji puna uračunljivost ubice. Stoga i napomena da smrtna kazna ne stvara generalnu prevenciju nekih vrsta ubistava (Shephard, 2004b) teško da može da stoji. Uostalom, empirijska analiza koju je sprovedla ista autorka (Shephard, 2004a) pokazala je da ne postoji selektivna generalna prevencija smrtne kazne.

ponašanja koja nisu tržišna. Dva su osnovna odgovora na ovu primedbu. Prvo, ne postoji ni jedan metodološki razlog zbog kojeg se ekonomska metodologija ne bi primenila na fenomene koji ne spadaju u „klasičnu“ oblast ekonomije. Ekonomija je nauka o racionalnom izboru ljudi pri ograničenjima i u uslovima neizvesnosti i kriminalne aktivnosti spadaju upravo u takav izbor. Načela po kojima se ponašaju ljudi su univerzalna. Ne ponašaju se ljudi na jedan način u jednoj, a na drugi način u nekoj drugoj situaciji. Kada se kazna posmatra kao cena koja se plaća, pitanje generalne prevencije se poistovećuje sa pitanjem cenovne elastičnosti – ne postoji niti jedan razlog zbog kog pojedinci ne bi reagovali na promenu cene, samo se postavlja pitanje snage te reakcije. Upravo u toj elastičnosti leži teorijska osnova svake generalne prevencije koju generiše bilo koja kazna, pa time i smrtna. Drugo, konačna vrednost ekonomske teorije kriminala, kao i svake druge teorije, namenjene objašnjavanju stvarnosti, leži u tome da li i u kojoj meri može da objasni stvarnost, a to pitanje se razmatra na empirijskom planu. Shodno tome, rasprava se prebacuje na plan empirijskih istraživanja.

Osnovna hipoteza koju nudi ekonomska teorija kriminala jeste da smrtna kazna dovodi do povećanja nivoa generalne prevencije onih krivičnih dela za koje je propisana. Drugim rečima, marginalna generalna prevencija smrtne kazne je netrivialna (statistički značajno različita od nule) i pozitivna veličina. Radi se o tome da se, ukoliko nema smrtne kazne, učinilac krivičnog dela ubistva kažnjava dugogodišnjom zatvorskom kaznom, odnosno doživotnom robijom. Smrtna kazna se, s dobrim razlozima, smatra težom kaznom od doživotne robije, te se stoga posmatra isključivo promena generalne prevencije do koje dovodi uvođenje i primena smrtne kazne. Isključivo se posmatra marginalna, a ne apsolutna generalna prevencija smrtne kazne.<sup>10</sup>

Treba ukazati na dva mehanizma, koja su u potpunosti u skladu sa nalazima ekonomske teorije kriminala, čijim delovanjem može da dođe do negativne marginalne prevencije smrtne kazne, odnosno do efekta brutalizacije – smrtna kazna dovodi do povećanja broja ubistava. Prvi mehanizam (Ehrlich, 1973) zasniva se na činjenici da uvođenje smrtne kazne kao najteže kazne dovodi do tzv. nulte marginalne kazne – ne postoji teža kazna od smrtne. Zbog toga učinilac krivičnog dela za koje je zaprećena smrtna kazna ima podsticaj da nastavi sa činjenjem istih krivičnih dela ukoliko to umanjuje verovatnoću njegovog otkrivanja, pa time i izvršenje smrtne kazne nad njim.<sup>11</sup> Empirijsko je pitanje da li je ovaj mehanizam dovoljno snažan da kompenzuje pozitivnu marginalnu generalnu prevenciju smrtne kazne.

Drugi mehanizam se zasniva na nalazu da strože zaprećene kazne dovode do strožeg pravnog standarda dokaza koji je potreban za izricanje kazne (Tabbach, 2009 i Lando, 2009), pa se na taj način umanjuje verovatnoća izricanja zaprećene kazne,

10 Relevantnost marginalne, a ne apsolutne veličine generalne prevencije smrtne kazne može se posmatrati na sledeći način: niko od onih koji se zalažu za ukidanje smrtne kazne se ne zalaže da ubice ne snose bilo kakvu krivičnopravnu odgovornost.

11 Na primer, onaj koji je učinio ubistvo za koje je zaprećena smrtna kazna ima podsticaj da ubijanjem ukloni svedoke, budući da se time ne uvećava kazna na koju može da bude osuđen, ali se umanjuje verovatnoća njegovog otkrivanja i pravosnažne osude, odnosno verovatnoća izvršenja smrtne kazne nad njim.

čime se umanjuje očekivana vrednost kazne, što umanjuje generalnu prevenciju.<sup>12</sup> Iako se, načelno posmatrano, ovaj stav može prihvatiti, ipak je irelevantan u slučaju kada je opcija da neko bude osuđen na smrtnu kaznu ili, na primer, doživotnu robiju (kaznu doživotnog zatvora). Okrivljeni će na osnovu istog pravnog standarda biti proglašen krivim ili oslobođen, tako da sam karakter kazne u ovom slučaju ne može da dovede do umanjenja njene očekivane vrednosti.<sup>13</sup> Isto se odnosi na modelski nalaz (Adreoni, 1991 i Feess i Wohlschlegel, 2009) da uvećanje iznosa zaprećene kazne može da dovede do smanjenja odlučnosti, pa time i verovatnoće pravosudnih organa da izreknu tu kaznu.<sup>14</sup>

Navedenu teorijsku hipotezu o netrivialnoj i pozitivnoj vrednosti marginalne generalne prevencije vrednosti treba testirati i to sistematskim, metodološkim korektnim empirijskim istraživanjem. U literaturi se može pronaći anegdota da su, dok su u XVIII veku u Engleskoj javno vešali džeparoše, drugi džeparoši „obrađivali“ znatizeljne posmatrača (Gatrell, 1994). Nezavisno od verodostojnosti istorijskog izvora iz koga je proizašla ova anegdota, odnosno od pouzdanosti usmene književnosti koja se zadržala do današnjih dana, na osnovu nje se ne može doneti bilo kakav validan zaključak o tome da li smrtna kazna stvara marginalnu generalnu prevenciju, odnosno ovo nije nikakav dokaz da te generalne prevencije nema.<sup>15</sup>

### 3. EKONOMETRIJSKI MODEL GENERALNE PREVENCIJE SMRTNE KAZNE

Empirijsko istraživanje generalne prevencije smrtne kazne započelo je bez rigorozno formulisane teorijske hipoteze, odnosno objašnjenja uzročno-posledične veze. Jednostavno, istraživači su sebi postavili zadatak da istraže regularnost veze dvaju promenljivih, ne mareći mnogo za teorijsko objašnjenje te veze.

Nezavisno od nedostatka konzistentne teorijske hipoteze, najznačajnije rano empirijsko istraživanje generalne prevencije smrtne kazne (Sellin, 1959) koristilo je metodološki pristup koji nije bio primeren fenomenu koji se istraživao. Naime, koristila se, praktično, medicinska statistika, odnosno statistika kojom se poredi karakteristike dve grupe opservacija.<sup>16</sup> Jednu grupu su činile one američke savezne

- 12 Više o osnovnim nalazima navedenih radova, odnosno o mehanizmu kojim dolazi do umanjenja generalne prevencije videti u: Begović (2010).
- 13 To bi mogao da bude slučaj jedino ukoliko bi smrtna kazna bila mandatorna za neka krivična dela. Ova pravna mogućnost je već odavno uklonjena u velikoj većini zemalja.
- 14 Iako se u literaturi može pronaći pojam „brutalizacije“, navedena dva objašnjenja su jedina teorijski konzistentna objašnjenja. Navodi poput toga da „izvršenje smrtne kazne daje primer ubijanja radi osvete“, čime se „podstiču kriminalci da čine više nasilja“ (Shephard, 2004), ne mogu se smatrati teorijski konzistentnim objašnjenjem.
- 15 U istu klasu empirijskih „nalaza“ spada i izjava psihijatra Maksima Šternića da u uslovima „uzburkane krvi“, odnosno smanjenje uračunljivosti, ljudi u Srbiji u kafani jedan drugom prete ubistvom sa „Odrobijaću te!“ (izjava data u TV emisiji o smrtnoj kazni, početkom 1990-tih godina, navedeno po sećanju autora). Ovakva tvrdnja, koja se, da se pretpostaviti, svodi na to da niko ne pretili sa, na primer, „Zbog tebe ću otići na vešala!“, ne predstavlja nikakav dokaz da smrtna kazna stvara marginalnu generalnu prevenciju.
- 16 U medicinskoj statistici je uobičajeno da se formiraju dve grupe pacijenata koje su homogene i koje se razlikuju samo po tome da li pacijenti primaju određeni lek ili ga ne primaju (kontrolna



države koje nemaju propisanu smrtu kaznu (abolicionističke države), dok su drugu grupu činile one koje imaju tu kaznu. Pri tome su formirani parovi susednih, navodno sličnih saveznih država sa različitim pravnim statusom smrtne kazne, pa se onda posmatralo da li postoji razlika između relativnog broja ubistava kao osnovnog krivičnog dela za koje se izriče smrtna kazna.

Ovakav pristup ne može da izdrži bilo kakvu ozbiljnu metodološku kritiku. Prvo, sam pravni status smrtne kazne ne govori ništa o tome kolika je verovatnoća, odnosno, sa stanovišta ubice, koliki je rizik da se izrekne i nad učinocima izvrši smrtna kazna. Drugo i verovatno još veći problem jeste to što se ovakvim postupkom ne dobija nikakva informacija o svim onim promenljivim veličinama koje mogu da utiču na stopu ubistava. Samim tim, ne saznajemo ništa o tome da li, na primer, na različitu stopu ubistava utiče neka od promenljivih za koju se može izneti teorijsko obrazloženje takvog uticaja, a njen uticaj nije obuhvaćen empirijskom analizom. Stoga i osnovni nalaz pomenutog istraživanja da smrtna kazna nema nikakvo preventivno dejstvo, odnosno da ne generiše marginalnu generalnu prevenciju ne treba prihvatiti kao relevantan nalaz.

Ekonometrijski model koji je formulisao Ehrlich (1975) predstavlja prvi ekonometrijski model, odnosno model višestruke regresije kojim se objašnjava ključna zavisna promenljiva – stopa ubistava.<sup>17</sup> Budući da je jedna od objašnjavajućih promenljivih verovatnoća izricanja, odnosno verovatnoća izvršenja smrtne kazne, kojom se meri rizik sa kojim se suočava potencijalni ubica, eliminiše se prvi izneti prigovor netačnog i nepreciznog merenja tog rizika koji se sreće u Sellinovim istraživanjima u kojima se on svodi na to da li je smrtna kazna uopšte predviđena. Drugo, u višestruki regresioni model unesene su one promenljive koje stvaraju podsticaje za činjenje krivičnih dela, uključujući ubistva, tako da se na taj način kontroliše njihovo dejstvo, što omogućava da se izdvoje efekti dejstva smrtne kazne, odnosno njene očekivane vrednosti.

Sam teorijski model je prilično jednostavan i predstavlja modifikaciju prethodno razvijenog (Ehrlich, 1973) modela „ponude kriminala“ – pionirskog poduhvata na planu ekonometrijskog istraživanja činilaca kriminala. Osnovna pretpostavka je da funkcije „ponude ubistava“ ima Kob-Daglas (Cobb-Douglas) formu,<sup>18</sup> što znači da koeficijenti uz objašnjavajuće promenljive predstavljaju odgovarajuću elastičnost zavisne promenljive u odnosu na tu objašnjavajuću promenljivu. Shodno tome, relativni broj ubistava se može iskazati kao:

---

grupa). Ukoliko se pojavi razlika u zdravstvenom stanju između obolelih i to tako da postoji razlika između onih koji primaju lek i onih koji ga ne primaju, može se zaključiti da je lek delotvoran. Same grupe se biraju tako da budu homogene, čime se izbegava uticaj nekog od drugih faktora koji može da utiče na tok bolesti. Očigledno da ovakav eksperiment ne može da se prime-ni u slučaju empirijskog istraživanja efekata smrtne kazne na generalnu prevenciju.

17 U višestrukum regresionom modelu zavisna promenljiva posmatra se u funkciji veće broja nezavisnih, tzv. objašnjavajućih promenljivih.

18 Radi se o proizvodnoj funkciji Kob-Daglas u kojoj su koeficijent uz angažovani kapital i rad koeficijenti elastičnosti kojima se opisuje promena obima proizvodnje do koje dolazi sa promenom količine angažovanog (jednog i drugog) proizvodnog faktora. Ova proizvodna funkcija predstavlja jedno od osnovnih oruđa savremene ekonomske nauke, pogotovo savremene teorije proizvodnje.

$$\left(\frac{Q}{N}\right) = C P_a^{a_1} P_{ca}^{a_2} P_{ec}^{a_3} U^{\beta_1} L^{\beta_2} Y^{\beta_3} A^{\beta_4} \exp(v)$$

pri čemu je  $Q/N$  relativni broj ubistava sa umišljajem,  $P_a$  verovatnoća otkrivanja učinioca krivičnog dela ubistva,  $P_{ca}$  verovatnoća da će otkriveni učinilac biti osuđen na smrtnu kaznu,  $P_{ec}$  verovatnoća da će smrtna kazna biti izvršena nad osuđenim,  $U$  je stopa nezaposlenosti,  $L$  stopa aktivnosti stanovništva (stopa zaposlenosti),  $Y$  je permanentni *per capita* dohodak, dok  $A$  čini osnovni demografski pokazatelj, starosna struktura stanovništva. Konačno,  $\exp(v)$  je slučajna promenljiva koja ima ulogu slučajne greške modela. Ukoliko ta greška ne bi postojala, ukupni varijabilitet zavisne promenljive bio bi u potpunosti objašnjen varijabilitetom objašnjavajućih promenljivih iz modela – posmatrana relacija bi bila deterministička. Budući da to nije slučaj, ostatak varijabiliteta zavisne promenljive prenosi se na slučajnu grešku modela, pri čemu je od izuzetne važnosti upravo to da je greška modela zaista slučajna promenljiva, odnosno da nije korelisana ni sa jednom od objašnjavajućih promenljivih.<sup>19</sup> Narušavanje ove pretpostavke dovodi do metodoloških problema o kojima će kasnije biti više reči.

Dve su transformacije obavljene kako bi se formulisao ekonometrijski model spreman za ocenjivanje. Prvo, budući da se radi o istraživanju marginalne generalne prevencije, sve promenljive su iskazane kao prve diference, odnosno kao promena u odnosu na prethodnu opservaciju. Drugo, budući da je pretpostavljena eksponencijalna funkcija kojom se opisuje uzročno-posledična veza, logaritmovanjem je ovaj model linearizovan. Drugim rečima, u konačnoj, linearnoj vezi modela, same promenljive iskazane su kao prirodni logaritmi prve diference promenljive. To je omogućilo da se dobije regresioni model koji može da se oceni pouzdanim ekonometrijskim metodom – metodom najmanjih kvadrata.

Navedeni model ocenjen je na bazi vremenske serije podataka – sve opservacije su se odnosile na SAD kao celinu (sve savezne države) tokom perioda počev od 1937. zaključno za 1967. godinom. Rezultati koji su dobijeni pokazali su da postoji statistički značajna ocena parametra uz verovatnoću izvršenja smrtne kazne. Dobijeni rezultati su interpretirani kao empirijska potvrda hipoteze da smrtna kazna generiše marginalnu generalnu prevenciju, uz nalaz da jedno izvršenje smrtne kazne generalnom prevencijom „spase“ osam života.<sup>20</sup>

19 Svi uslovi koji se stavljaju pred slučajnu grešku modela, kako bi ekonometrijski model bio metodološki prihvatljiv, a njegovi rezultati metodološki nesporni, mogu se naći u standardnim udžbenicima ekonometrije, poput: Jovičić (2002).

20 Objavljivanje ovog Ehrlichovog rada pratila je prilično žustra reakcija u kojoj su iznete brojne kritike. Prva je bila kritika koju su izneli Passel i Tylor (1977) na koju je odgovorio Ehrlich (1977b). Zatim je *Yale Journal of Law* organizovao simpozijum u kome su Bowers i Pierce (1975) izneli svoje viđenje ovog empirijskog nalaza, što je bilo praćeno komentarom (Peck, 1975), a na sve to je odgovorio Ehrlich (1975b). Ostaje utisak da su ove rasprave bile rasprave dve grupe ljudi: onih koji principijelno podržavaju smrtnu kaznu i onih koji joj se principijelno protive. Takođe, na metodološkom planu, dobar deo sukoba je bio za i protiv ekonometrijske analize. Iz današnje perspektive ova druga podvojenost deluje prevaziđeno. Ipak, to ne znači da kritičari Ehrlichovog rada nisu izneli neke veoma validne poente o metodološkim problemima. Neke od tih poenti biće iznete u daljem tekstu ovog rada. Žustrina reakcija na rezultate do kojih je došao Ehrlich može se objasniti i time da je u to vreme Vrhovni sud SAD presudom *Furman v.*

Sličan ekonometrijski model ocenjen je i kao model uporednih podataka (Ehrlich, 1977), pri čemu su opservacije odnosile na pojedinačne savezne države koje čine SAD, a godine posmatranja bile su 1940. i 1950. Rezultati ovog modela takođe su potvrdili prethodne nalaze da smrtna kazna generiše marginalnu prevenciju.

Empirijska istraživanja, sa prilično sličnom metodologijom i dobijenim rezultatima sprovedena su i za Englesku (Woplin, 1978) i Kanadu, mada su u slučaju ove druge zemlje dobijeni protivrečni rezultati – Avio (1979) nije zabeležio statistički značajnu marginalnu prevenciju smrtne kazne, dok Layson (1983) jeste.

#### 4. METODOLOŠKI PROBLEMI I NJIHOVA REŠENJA

Svako ekonometrijsko istraživanje suočava se sa nizom metodoloških problema. Klasifikacija koja sledi je delom uobičajena (može se pronaći u standardnim ekonometrijskim udžbenicima), a delom je prilagođena specifičnim problemima istraživanja generalne prevencije.

##### 4.1. Problem je pouzdanost podataka

Prvi metodološki problem je pouzdanost podataka, pre svega podataka o broju i vrsti ubistava. Odavno je uočena pojava da statistiku kriminala karakteriše „tamna brojka kriminala“ – broj registrovanih krivičnih dela manji je od stvarnog broja, budući da određeni broj krivičnih dela jednostavno nije registrovan. Pregled uzroka „tamne brojke“ pokazuje da ona nije uniformna između samih krivičnih dela, odnosno da je tamna brojka različita za različita krivična dela, budući da se razlikuju podsticaji za prijavljivanje samog krivičnog dela, odnosno za njegovo istraživanje *ex officio*. Na osnovu svih tih podsticaja, može se zaključiti da ubistva spadaju u krivična dela sa najmanjom tamnom brojkom.

No, izvesno je da neka ubistva nisu registrovana i da odstupanje, ma koliko ono bilo malo, ipak postoji. Ključno pitanje je da li se ova greška registrovanja menja u vremenu. Da li postoji opravdana sumnja da je u jednom periodu stepen potcenjenosti broja ubistava veći od drugog? Isto tako, da li ovo odstupanje zavisi i od područja u kome se ova promenljiva posmatra. Ukoliko je greška stacionarna, ukoliko se ne menja u vremenu i prostoru, onda takva greška nije opasnost, budući da je ekonometrijska analiza usmerena na varijabilitet promenljive, a ne na njen nivo. Nasuprot tome, ukoliko se greška menja u vremenu ili u prostoru, to onda može da dovede do pristrasnosti ocene parametra uz promenljive u regresionom modelu, a pri tome ne može da se odredi kakva je ta pristrasnost. Ovaj problem se rešava formulisanjem promenljivih specifičnog tipa – odgovarajućih veštačkih promenljivih

---

*Georgia de facto* naložio moratorijum na izvršenje smrtne kazne kako bi razmotrio da li je ona protivustavna, odnosno da li predstavlja „surovu i neuobičajenu kaznu“. Vrhovni sud je prihvatio da Ehrlichove nalaze koristi kao jednu od relevantnih informacija na osnovu kojih je razmatrao pitanje ustavnosti smrtne kazne i njene primene i konačno je (tokom 1976. godine, slučaj *Gregg v. Georgia*) doneo odluku da smrtna kazna nije protivustavna ukoliko je izrečena za krivično delo ubistva.

(*dummy variables*) i njihovim uključivanjem u regresioni model. Za to međutim, treba istražiti promene koje mogu da dovedu do promene stepena registrovanosti krivičnog dela ubistva. Takođe, ukoliko se radi o različitim područjima, problem se može rešiti korišćenjem podataka panela, tako što bi se izdvojila promenljiva koja obuhvata tzv. fiksne efekte određenog područja. U tako nešto spadaju efekti određenog područja koji utiču na zavisnu promenljivu, a koji nisu obuhvaćeni izabranim objašnjavajućim promenljivima.

Takođe, podaci na osnovu kojih se formuliše zavisna promenljiva treba da sadrže samo ona krivična dela (ubistva) za koje je zaprećena smrtna kazna. Jedino tako se može obezbediti empirijsko testiranje uzročno-posledične veze između smrtne kazne i njene generalne prevencije. Iako ovaj nalaz zvuči trivijalno, pregled empirijske literature ukazuje na grešku izbora zavisne promenljive.<sup>21</sup>

Ponekad se postavlja pitanje selektivnog dejstva smrtne kazne, a to je direktno vezano za izbor zavisne promenljive. U tom slučaju potrebno je da se odvojeno formulišu regresioni modeli za različite zavisne promenljive: jednu čini stopa ubistava za koja se pretpostavlja da na njih smrtna kazna ima uticaja (ubistvo sa umišljajem, na primer), dok drugi čine ona ubistva za koja se pretpostavlja da na njih smrtna kazna nema uticaja.<sup>22</sup>

Konačno, postavlja se pitanje koji se oblik zavisne promenljive koristi. U slučaju vremenskih serija može da se koristi prva diferencija zavisne promenljive, budući da je predmet interesovanja marginalna generalna prevencija. Korišćenje prve diferencije u vremenskim serijama, međutim, može da dovede do određenih problema, tako da ova preporuka ne bi trebalo da bude univerzalna. O rešavanju ovog problema biće više reči kada se budu razmatrali problemi odgovarajućeg uzorka.

## 4.2. Specifikacija regresionog modela

Raspravom o izboru zavisne promenljive započelo je razmatranje specifikacije regresionog modela. Greške u njegovoj specifikaciji mogu da dovedu do mnogih pogrešnih zaključaka.

21 Katz *et al.* (2003) alternativno posmatraju efekte smrtne kazne na tri vrste krivičnih dela: ubistva, nasilna krivična dela i imovinska krivična dela. Problem je naravno da smrtna kazna nije zaprećena za većinu nasilnih krivičnih dela, a uopšte nije zaprećena za imovinski kriminal. Iako Archer *et al.* (1983) navode razboriti, mada trivijalan stav da smrtna kazna ima dejstvo samo na ona krivična dela za koja je zaprećena, iznenađuje njihov stav da je „efekat odvraćanja od drugih krivičnih dela manje predvidljiv“. Ostaje nejasno zbog čega bi bilo koja kazna imala efekat odvraćanja, manje ili više predvidljiv, za ona krivična dela za koja nije zaprećena. Jedino moguće objašnjenje bi bila nesavršena informisanost, tj. da potencijalni prestupnici pogrešno misle da je smrtna kazna zaprećena za krivična dela za koja nije zaprećena. Međutim, ne postoji niti jedan razlog da se ne prihvati da pogrešna informisanost deluje i u suprotnom smeru – da potencijalni prestupnici pogrešno veruju da smrtna kazna nije propisana za ona krivična dela koja misle da učine.

22 Shephrad (2004a) je učinila upravo to, budući da pretpostavlja da smrtna kazna nema uticaja na ubistva na mah i na ubistva u zatvoru, odnosno da u ovim slučajevima ne generiše marginalnu generalnu prevenciju. Ekonometrijska ocena navedenih modela oborila je navedenu hipotezu – i u ovim slučajevima zabeležena je marginalna generalna prevencija.

### a) Izostavljanje relevantne promenljive

Izostavljanje relevantnih objašnjavajućih promenljivih je osnovna greška neodgovarajuće specifikacije regresionog modela. Takvo izostavljanje dovodi do toga da se ne kontroliše dejstvo te promenljive na zavisnu promenljivu, pa se deo tog dejstva „preliva“ na ostale promenljive i stoga se može dogoditi da je njihova ocena pristrasna nagore ili nadole, u zavisnosti da li je izostavljena objašnjavajuća pozitivno ili negativno korelirana sa zavisnom promenljivom. Što je veći broj izostavljenih relevantnih promenljivih i što je snažnije njihovo delovanje, veće su mogućnosti greške u zaključivanju i opasnosti da kao statistički značajne prihvatimo one ocene parametara koje to nisu, odnosno da neopravdano odbacimo one ocene parametara koje to jesu. Ne ostvaruje se tzv. ekonometrijska kontrola dejstva ovih promenljivih, što dovodi do netačnih ocena parametara onih promenljivih koje su uključene u regresiju.

Osnovna prepreka za ovu vrstu greške jesu jasni teorijski stavovi šta sve utiče na zavisnu promenljivu, u slučaju ove analize, na relativni broj ubistava za koje je zaprećena smrtna kazna. Te promenljive se na osnovu ekonomske teorije kriminala mogu podeliti na one vezane za samu kaznu, ekonomske, vezane za različite opcije stvaranja dohotka, i demografske, vezane za različite demografske karakteristike. Samim tim, uključivanjem demografskih karakteristika, na primer, kontroliše se njihov uticaj na relativni broj ubistava, pa se isključuje mogućnost da ocena parametra uz očekivanu vrednost smrtne kazne bude pristrasna. Još jedanput se pokazuje da bez dobre teorije nema ni dobre empirijske, odnosno ekonometrijske analize.

Zanimljive su specifične objašnjavajuće promenljive koje treba da se nađu u regresionom modelu u slučaju smrtne kazne. Jedna od njih je svakako verovatnoća da se posle izricanja smrtna kazna zameni kaznom zatvora, tj. da se osuđeni pomicaju. Teorijski posmatrano, uvećavanje ove verovatnoće umanjuje verovatnoću izvršenja smrtne kazne, pa se stoga može zaključiti da se umanjuje njena marginalna generalna prevencija. Mocan i Gittings (2003) su uključili i ovu promenljivu u svoj regresioni model i dobili rezultat da smrtna kazna u SAD i dalje ima marginalnu generalnu prevenciju, iako uvećanje verovatnoće da će smrtna kazna biti zamenjena umanjuje tu prevenciju.

Sledeća zanimljiva objašnjavajuća promenljiva jeste vreme između izricanja i izvršenja smrtne kazne, tj. odlaganje njenog izvršenja. Shephard (2004a) navodi da sama činjenica da osuđenici na smrt na svaki način žele da odlože izvršenje smrtne kazne govori u prilog teze da takvo odlaganje umanjuje marginalnu generalnu prevenciju smrtne kazne.<sup>23</sup> Uključivanje ove promenljive u regresioni model pokazalo je da zaista postoji statistički značajna veza između ove promenljive i relativnog broja ubistava i to tako da produženje vremena između izricanja smrtne kazne i njenog izvršenja umanjuje marginalnu generalnu prevenciju smrtne kazne.

23 Modelski posmatrano, verovatno da se može govoriti o nekoliko faktora koji deluju u tom smeru. Prvi je dejstvo diskontnog faktora, što znači da se sadašnja vrednost kazne odlaganjem umanjuje. Drugi je mogućnost da samo odlaganje izvršenja kazne uvećava verovatnoću da dođe do njene zamene kaznom zatvora, čime se odugovlačenje izvršenja smrtne kazne svodi na dejstvo pretihodnog faktora. Spurr (2002) ukazuje na to da se, suprotno uobičajenim ocenama, vreme između izricanja i izvršenja smrtne kazne u SAD u poslednjim decenijama smanjuje i istražuje činioce koji utiču na to vreme.

Takođe, zanimljivo je pitanje efekata *de facto* moratorijuma na izvršenje smrtno kazne koji je posledica odluke Vrhovnog suda SAD u slučaju *Furman v. Georgia*. Pojedina istraživanja, kao na primer Dezhbakhsh i Shepherd (2006), godine moratorijuma u SAD označavaju specifičnom veštačkom promenljivom, implicitno time pretpostavljajući da postoji dejstvo ovog moratorijuma koje je nezavisno od dejstva nulte verovatnoće izvršenja smrtno kazne. Verovatno da se može reći da je ovakav postupak opravdan, budući da se ne radi samo o godinama u kojima je verovatnoća izvršenja smrtno kazne bila jednaka nuli, nego se očekivalo da će se to stanje nastaviti, odnosno da će smrtna kazna biti u potpunosti ukinuta. Pri tome je dejstvo moratorijuma ove vrste relevantno samo za one savezne države koje su u tom trenutku imale smrtno kazne, dok je irelevantno za abolicionističke savezne države. U tom smislu, moratorijum na izvršenje smrtno kazne koje je posledica odluke u slučaju *Furman v. Georgia* predstavlja specifičan prirodni eksperiment koji treba iskoristiti u empirijskim istraživanjima.<sup>24</sup>

Unošenje objašnjavajuće promenljive uslova zatvorskog života, što su učinili Katz *et al.* (2003), dalo je zanimljiv rezultat. Pokazalo se da ovi uslovi generišu snažniju generalnu prevenciju nego smrtno kazna, odnosno njeno izvršenje – kada se u regresioni model uključi ova promenljiva, gubi se statistička značajnost ocene parametra uz smrtno kaznu. Teorijski je ova hipoteza sasvim opravdana, budući da pogoršanje uslova zatvorskog života dovodi do uvećanja efekata kazne za zatvorenika, tj. do povećanja gubitka korisnosti pri datoj vremenskoj kazni – nalaz potpuno u skladu sa (ekonomskom) teorijom. No, postavlja se pitanje kako u ekonometrijskom modelu iskazati kvalitet zatvorskog života. Autori su se odlučili da kvalitet zatvorskog života iskažu brojem smrtnih slučajeva u zatvoru tokom godinu dana na 1.000 zatvorenika. S obzirom na to da je, prema zatvorskim statistikama SAD, 77% smrtnih slučajeva u zatvorima posledica bolesti, ovaj indikator se može prihvatiti, budući da se uslovi zatvorskog života (kvalitet ishrane, smeštaja i zdravstvene zaštite) odražavaju na ovu vrstu smrtnosti.<sup>25</sup>

24 Moratorijum je stupio na snagu presudom Vrhovnog suda SAD u slučaju *Furman v. Georgia* 29. juna 1972. godine. Moratorijum je stavljen van snage presudom istog suda u slučaju *Gregg v. Georgia* 2. jula 1976. godine, a prvo pogubljenje posle moratorijuma izvršeno je 17. januara 1977. godine.

25 Sami zatvorski uslovi nisu „dovoljna“ objašnjavajuća promenljiva, budući da se ne dobija informacija kolika je verovatnoća da će prestupnik da iskusi te uslove i koliko će dugo da ih iskusi (nominalni iznos zatvorske kazne). Uključivanje druge objašnjavajuće promenljive, broja zatvorenika po učinjenom krivičnom delu, što čine Katz *et al.* (2003), ne rešava problem. Prvo, ne uključuje se trajanje zatvorske kazne – nije isto da li je zatvorenik osuđen na dve godine ili na doživotnu robiju. Drugo, teorijski konzistentna objašnjavajuća promenljiva je očekivana vrednost kazne, u kojoj interaktivno deluju verovatnoća izvršenja zatvorske kazne, njeno trajanje i zatvorski uslovi. Shodno tome, bilo bi potrebno da se od ovih promenljivih formira interaktivna objašnjavajuća promenljiva (*interactive term*) kako bi se dobio metodološki korektan rezultat. Konačno, autori među objašnjavajuće promenljive uključuju i broj zatvorenika na 100.000 stanovnika, što nikako ne može da bude zamena za verovatnoću primene (zatvorske) kazne, budući da se ne kontroliše stopa kriminala, odnosno relativni broj krivičnih dela. Ukoliko se porede dva područja sa različitim stopama kriminala (dve savezne države SAD u slučaju ovog istraživanja), veći broj zatvorenika na 100.000 stanovnika na području sa višom stopom kriminala može da znači nižu verovatnoću primene kazne, u ovom slučaju zatvorske kazne.

Uključivanje zatvorskih uslova kao objašnjavajuće promenljive, međutim, navedi na sumnju da se možda radi o lažnoj korelaciji, odnosno da postoji neka treća promenljiva sa kojom su relativni broj ubistava i uslovi zatvorskog života simultano korelisani – stopa smrtnosti u zatvoru nije povezana sa stopom kriminala, već sa nekom trećom promenljivom (Katz *et al.* 2003). Na primer, one savezne države koje imaju efikasniju policiju i pravosuđe, pa su stoga efikasnije u primeni zakona, uspevaju da zatvore više najopasnijih kriminalaca. S jedne strane, to dovodi do umanjenja stope kriminala, odnosno ubistava usled onesposobljavanja, a sa druge strane, dovodi do povećanja smrtnosti u zatvorima, budući da su najkorelirani kriminalci u zatvoru, što znači da se uvećava broj njihovih međusobnih okršaja sa smrtnim ishodom. Ukoliko bi se potvrdila ova uzročno-posledična veza, to znači da postoji korelacija između efikasnije primene zakona i uslova zatvorskog života i to tako da povećanje efikasnosti dovodi do pogoršanja uslova. Drugim rečima, ne postoji veza između relativnog broja ubistava i zatvorskih uslova. Međutim, ukoliko se uzme u obzir da ubistva u zatvorima čine svega 5% smrtnih slučajeva, jasno je da prethodno opisana uzročno-posledična veza nije uverljiva. Ovakva i slična logička testiranja omogućavaju da se dođe do odgovora na pitanje da li se radi o dobroj specifikaciji modela.

Prilikom izbora objašnjavajućih promenljivih treba voditi i računa o fenomenu nesavršene informisanosti, tako da na određeni način treba obuhvatiti informaciju o tome koliko je verovatnoća izvršenja smrtne kazne poznata svim zainteresovanim. Shephard (2004b) eksplicitno uključuje takvu promenljivu, time što koristi podatak o medijskoj pokrivenosti izvršenja smrtne kazne u različitim saveznim državama. Naravno, u onim saveznim državama u kojima se smrtna kazna ne izvršava, nema ni medijske pokrivenosti. Pokazalo se da postoji statistički značajna veza između medijske pokrivenosti izvršenja smrtne kazne i njene marginalne generalne prevencije – još jedna informacija o načinu na koji taj mehanizam deluje.<sup>26</sup>

Očigledno je da greška specifikacije regresionog modela usled izostavljanja relevantne objašnjavajuće promenljive može da se izbegne dobrom teorijskom pripremom, odnosno znanjem u pogledu uzročno-posledičnih mehanizama, odnosno mehanizama dejstva pojedinih činilaca. Širenjem broja objašnjavajućih promenljivih dobijaju se sve složeniji modeli i umanjuje se broj stepeni slobode ocene modela, što

26 Anderson (2002) pokušava da dokaže hipotezu da očekivana vrednost svake kazne, pa time i smrtne, nije činilac generalne prevencije zbog toga što su potencijalni učinioci krivičnih dela nedovoljno obavешteni o verovatnoćama primene kazne i njenim nominalnim iznosima. U tom cilju autor je sproveo anketu među zatvorenicima (278 ispitanika u dva američka zatvora) i na osnovu te ankete dolazi do zaključka da ne postoji generalna prevencija koju generiše zatvorska (ili bilo koja druga kazna), budući da prema rezultatima ankete 42% zatvorenika u trenutku kada se odlučivalo da učini krivično delo nije razmišljalo o tome da li će biti uhvaćeni i kažnjeni, a 35% nije znalo kolika je zaprećena kazna za krivično delo koje su se spremali da učine. Ozbiljni metodološki problemi prate ovakvo istraživanje, počev od toga što zatvorenici zaista nemaju nikakav podsticaj da govore istinu. Nadalje, metodološka greška je govoriti o efektima generalne prevencije samo na osnovu odgovora onih u čijem slučaju ona nije imala dejstvo. Zanimljivo bi bilo da se vide rezultati ankete u slučaju onih koji nisu učinili nikakvo krivično delo. Ipak, ukoliko se navedeni rezultati prihvate kao verodostojni, onda se razbija svaka sumnja u racionalno ponašanje kriminalaca – prema navodima ankete, svi oni su „razmišljali“ da li da učine krivično delo ili ne.

dovodi do daljih zaoštavanja u pogledu pouzdanosti zaključka u pogledu statističke značajnosti ocena parametara modela. Ovaj problem se može rešiti povećanjem uzorka, odnosno broja opservacija, što znači da treba da se obezbedi dovoljno veliki broj stepeni slobode, ali to može da dovede do nekih drugih metodoloških problema (nestacionarnost vremenske serije, odnosno gubljenje homogenosti u vremenu i prostoru) o kojima će kasnije biti reči.

### b) Oblik funkcionalne veze

Sledeće bitno metodološko pitanje u pogledu specifikacije regresionog modela je oblik funkcionalne veze. Sama specifikacija modela zasniva se na nekim teorijskim naznakama o tome kakav je karakter uzročno-posledične veze koja se regresionim modelom ispituje. Postoje dva značajna pitanja. Prvo je da li je funkcionalna veza monotona ili ne. Ukoliko se pretpostavlja da ta veza nije monotona, potrebno je da se specifikacija regresionog modela zasniva na kvadratnoj funkciji ili funkciji višeg stepena, kako bi se identifikovale prevojne tačke, u kojima se menja smer promene. Drugo je, ukoliko se radi o monotonij funkciji, da li je veza linearna ili nelinearna. Od toga zavisi koji će se oblik samog regresionog modela koristiti, odnosno da li će se pri samoj oceni koristiti polazne vrednosti ili njihovi logaritmi.

Ne postoji nikakvo precizno pravilo kako izabrati najbolju specifikaciju regresionog modela u pogledu oblika funkcionalne veze, budući da u veoma malom broju slučajeva postoje čvrsti teorijski stavovi o tome kakva je priroda funkcionalne veze. Zbog toga se ovaj problem najčešće rešava metodom pokušaja i greške, tj. različitim specifikacijama, pa se potom na osnovu rezultata ocene regresionog modela donosi zaključak o tome koja specifikacija modela na najbolji način opisuje funkcionalnu vezu zavisne i izabranih objašnjavajućih promenljivih.

Prilikom izbora oblika funkcionalne veze, pa time i specifikacije regresionog modela, treba doneti odluku da li se objašnjavajuće promenljive primenjuju simultano u odnosu na zavisnu ili sa docnjom. Primena objašnjavajuće promenljive sa docnjom je veoma važna, budući da pojedinci na promene u okruženju reaguju sa izvesnim zakašnjenjem. Prvo, potrebno je vreme da bi pojedinac saznao da je do promene uopšte i došlo. Drugo, kada sazna da je do određene promene došlo, potrebno mu je i vreme da prilagodi svoje ponašanje. U tom smislu, potpuno je opravdano da se prilikom specifikacije ekonometrijskog modela pojedine objašnjavajuće promenljive, poput očekivane vrednosti kazne, iskazuju sa docnjom od jedne ili više godina. Drugim rečima, pretpostavlja se da na nivo kriminala u godini  $t$  utiče očekivana vrednost kazne u godini  $t - 1$  ili  $t - 2$ . Ne postoji čvrsto pravilo kolika treba da bude docnja. To zavisi od same promenljive koja se koristi sa docnjom, ali svakako da je opravdano da se u tim slučajevima primene različite specifikacije ekonometrijskog modela, pa da se *ex post* dođe do zaključka koja daje najbolje rezultate.

Kontroverzno pitanje je način na koji će se predrasude istraživača iskazati u formiranju samog regresionog modela sa stanovišta davanja posebnog značaja nekim objašnjavajućim promenljivim, a umanjenja značaja nekih drugih. Korišćenjem metoda analize ekstremnih ograničenja (EBA – *extreme bounds analysis*), istraživač može da svakoj od objašnjavajućih promenljivih dâ onu „specifičnu težinu“ koju po njegovom mišljenju one zaslužuju, pa da na taj način utiče na rezultate regresione



analize. Na primer, McManus (1985) je pokazao da se primenom ovog postupka dolazi do alternativnih formulacija ekonometrijskih modela, pri čemu su različito zastupljene tri grupe promenljivih: one vezane za očekivanu vrednost kazne, ekonomske i demografske (koje autor naziva socijalne). Ukoliko se tome doda pet tipova predrasuda u pogledu dejstva smrtne kazne (desničar, pobornik racionalnog izbora, što je eufemizam za ekonomistu, „oko za oko“, bolećiva duša i čovek strasti) dolazi se do različite specifikacije modela, pa time i do različitih ekonometrijskih rezultata. Rasprava koja je usledila, u koju su se uključili Leamer (1983), McAleer i Veall (1989), Ehrlich i Liu (1999), pokazala je da se radi o veoma kontroverznoj metodološkoj inovaciji koja, po svemu sudeći, ipak donosi više štete od koristi.

### 4.3. Problem simultanosti: endogenost objašnjavajuće promenljive

Postojanje dvosmerne uzročno-posledične veze sasvim je uobičajeno u društvenim naukama, odnosno u slučaju fenomena koje istražuju te nauke. U slučaju istraživanja generalne prevencije smrtne kazne, ovo pitanje sve svodi na sledeći dilemu: da li verovatnoća izvršenja smrtne kazne utiče na stopu ubistava ili stopa ubistava utiče na verovatnoću smrtne kazne? Odgovor je prilično jednostavan: jedno ne isključuje drugo. I za jedan i za drugi smer uzročno-posledične veze može se naći uverljivo teorijsko obrazloženje. Smer od kazne ka stopi ubistava je već objašnjen. Međutim, može se pretpostaviti da u društvu u kome postoji visok broj ubistava postoji snažan pritisak javnosti da se zaoštri kaznena politika, što dovodi do porasta broja izricanja i izvršenja smrtne kazne. Što je veći broj ubistava, veći je pritisak javnosti, pa se može očekivati veća frekvencija izricanja i izvršenja smrtne kazne. Dakle, na teorijskom planu posmatrano, nije pitanje da li postoji samo jedan smer uzročno-posledične veze, nego koji je od dva identifikovana snažniji. Do odgovora na ovo pitanje dolazi se isključivo empirijskim testiranjem.

U slučaju ekonometrijske analize, odnosno regresionog modela, uočeni uticaj zavisne na objašnjavajuću (nezavisnu) promenljivu dovodi do tzv. problema simultanosti, odnosno do problema endogenosti objašnjavajuće promenljive. U takvim uslovima, ekonometrijski rezultati do kojih se dolazi nisu pouzdani – postoji opasnost da se kao statistički značajne prihvate one ocene parametara koje to nisu. Upravo je ovo najznačajnija metodološka primedba koja se može staviti prvoj generaciji ekonometrijskih modela namenjenih istraživanju generalne prevencije smrtne kazne, pogotovo pionirskom Ehrlichovom radu (Hoenack i Weiler, 1980), mada su prvi žestoki kritičari ovog rada to propustili da uoče.<sup>27</sup>

Rešenje ovog problema nalazi se u formiranju sistema simultanih jednačina kojima se opisuju oba smera uticaja, pa se potom te jednačine ocenjuju metodom

27 Zanimljivo je da se kada su Hoenack i Weiler (1980) na originalnim Ehrlichovim podacima (vremenskim serijama) primenili metod dvostepenih najmanjih kvadrata (koji će kasnije biti objašnjen u ovom odeljku) u najvećem broju slučajeva nije izgubila statistička značajnost ocene parametara uz očekivanu vrednost smrtne kazne (verovatnoću izricanja i verovatnoću izvršenja te kazne). Promena specifikacije regresionog modela, tj. dodavanje i oduzimanje određenih objašnjavajućih promenljivih, međutim, dovela je do gubitka te statističke značajnosti u nekim slučajevima.

dvostepenih najmanjih kvadrata. Prvo se, ocenjuje jednačina u kojoj je verovatnoća izvršenja smrtne kazne zavisna promenljiva, pa se potom ta ocena koristi u osnovnoj jednačini u kojoj je ta verovatnoća objašnjavajuća promenljiva. Pokazalo se da se ovim postupkom, odnosno metodom ekonometrijske ocene praktično rešava problem simultanosti.<sup>28</sup>

Drugi način rešavanja ovog problema leži u specifikaciji regresionog modela, tako što se koriste promenljive sa docnjom. Zaista, ukoliko se objašnjavajuća promenljiva koristi sa docnjom od, na primer, dve godine, onda nije moguće da vrednost zavisne promenljive u tekućem periodu utiče na vrednost koju je objašnjavajuća promenljiva imala pre dve godine.<sup>29</sup> Problem je međutim u tome što u nekim situacijama ne postoji teorijsko opravdanje za upotrebu promenljive sa docnjom, odnosno što je kašnjenje u dejstvu objašnjavajuće promenljive na zavisnu daleko manje nego što je vremensko razdvajanje koje bi bilo potrebno da bi se rešio problem simultanosti.

#### 4.4. Neodgovarajući uzorak

Pre svega, uzorak mora da bude takav da omogući snažan varijabilitet kako zavisne promenljive, tako i nezavisnih (objašnjavajućih) promenljivih. Stoga, relativno mali broj izvršenih smrtnih kazni, odnosno mala promena verovatnoće njegov izvršenja u poslednje vreme u zemljama koje imaju pouzdanu i javnu statistiku kriminala (što se, praktično, svodi na SAD i Japan) stvara problem nedovoljnog varijabiliteta ključne objašnjavajuće promenljive.

Načelno posmatrano, što je veći uzorak, odnosno broj opservacija na osnovu kojih se ocenjuje regresioni model, to bolje, budući da se uvećava broj stepeni slobode, što povećava pouzdanost statističkog zaključivanja i omogućava formulisanje regresionog modela sa velikim brojem objašnjavajućih promenljivih.

Nadalje, potrebno je da uzorak bude homogen. U slučaju vremenskih serija, povećanje stepena agregacije promenljivih umanjuje homogenost uzorka, a to dovodi do gubljenja uzročno-posledične veze. Tipičan primer je slučaj agregiranih podataka za SAD kao celinu, koje obuhvataju savezne države sa različitim pravnim statusom smrtne kazne. Stoga, povećanje verovatnoće izvršenja smrtne kazne u jednoj saveznoj državi nema nikakvog uticaja na stopu ubistava u nekoj drugoj saveznoj državi, pogotovo ukoliko se radi o državi u kojoj nema smrtne kazne.

28 Alternativna mogućnost za rešenje ovog problema je korišćenje metoda instrumentalnih promenljivih (*instrumental variabls*), koji se zasniva na tome da se endogena objašnjavajuća promenljiva zameni, odnosno aproksimira promenljivom koja je sa njom visoko korelisana (upravo je to instrumentalna promenljiva), a istovremeno slabo korelisana sa zavisnom promenljivom, odnosno sa slučajnom greškom modela. Kada se analiziraju ovi zahtevi za izbor kvalitetne instrumentalne promenljive, kojom se „zamenjuje“ endogena objašnjavajuća promenljiva, jasno da je mala verovatnoća da onu mogu biti zadovoljeni.

29 Upravo na taj način, na primer, Katz *et al.* (2003) objašnjavaju smer uzročno-posledične veze od uslova zatvorskog života ka stopi kriminala, a ne obrnuto. Alternativa hipoteza je bila da niska stopa kriminala dovodi do starenja zatvorske populacije, a to neminovno uvećava stopu smrtnosti te populacije.

U slučaju modela uporednih podataka, homogenost uzorka ugrožava specifičnost svake od posmatranih jedinica, koja nije otelotvorena u objašnjavajućim promenljivima. Time se javljaju praktično isti efekti koji postoje u slučaju izostavljanja relevantne objašnjavajuće promenljive, odnosno javljaju se isti problemi. Ovome treba dodati i problem heteroskedastičnosti, koji dodatno narušava pouzdanost ocene parametara regresionog modela.<sup>30</sup>

Osnovno rešenje navedenih problema leži u korišćenju podataka panela. Radi se o podacima koji se za isto područje prikupljaju u vremenu, tako da se formira matrica podataka u kojoj su redovi, na primer, godine, a kolone područja. Otuda se može pratiti varijabilitet promenljivih za svako od posmatranih područja u vremenu. Korišćenjem ovakvih podataka rešava se nekoliko problema. Prvo, uvećava se broj stepeni slobode. Drugo, korišćenjem tzv. fiksne objašnjavajuće promenljive za područje kontroliše se dejstvo svih onih skrivenih promenljivih koje narušavaju homogenost uzorka. Isto se odnosi na homogenost uzorka u vremenu, budući da su opservacije na relativno malom području na kome svakako deluje (ukoliko postoji) generalna prevencija smrtne kazne. Sva savremena empirijska istraživanja generalne prevencije smrtne kazne zasnivaju se na korišćenju podataka panela.<sup>31</sup>

#### 4.5. Ekonometrijska robustnost

Uobičajeno je da se dobijeni ekonometrijski rezultati testiraju tako što se proverava njihova robustnost. Time se odgovora na pitanje da li promene uzorka, specifikacije modela i metoda ocene dovode do promene rezultata regresionog modela, odnosno ekonometrijskog istraživanja.

Najčešće se testira robustnost ocene regresionog modela na promenu uzorka, uvećavanje i smanjenje obuhvata, bez obzira na to da li se radi o godinama ili jedinicama posmatranja. Naročito se pažnja poklanja tzv. ekstremnim slučajevima, onim vrednostima zavisne promenljive koje drastično odstupaju od srednje vrednosti. Njihovo isključivanje ili uključivanje zavisi od procene istraživača. Promenom uzorka dolazi i do promene njegove homogenosti, što takođe ima efekata na pouzdanost dobijenih rezultata.

Takođe, testiranje robustnosti podrazumeva i promenu specifikacije regresionog modela, što svakako znači drugojačiji izbor objašnjavajućih promenljivih i funkcionalnu formu koja se testira. U svakom slučaju, postoje određena teorijska ograničenja

30 Heteroskedastičnost predstavlja narušavanje pretpostavke o homoskedastičnosti slučajne greške modela, kojom se podrazumeva da je varijansa slučajne greške konstantna i jednaka za sve opservacije. To je jedna od pretpostavki o karakteru slučajne greške modela koja treba da bude ispunjena kako bi ocena modela bila nepristrasna, odnosno tačna i efikasna. Više o tome videti u: Jovičić (2002).

31 Radi se o empirijskim, odnosno ekonometrijskim istraživanjima sprovedenim u XXI veku. Sva su ona (Dezhbakhsh *et al.*, 2003, Mocan i Gittings, 2003, Zimmerman, 2004, i Dezhbakhsh i Shephard, 2004) koristila podatke panela i pokazala su da postoji marginalna generalna prevencija smrtne kazne. Izuzetak čine Albert (1999) i Katz *et al.* (2003), koji su koristili podatke panela, ali nisu došli do takvog nalaza. Shephard (2004b) je, koristeći podatke panela, došla do zaključka da u nekim saveznm državama smrtna kazna ima pozitivnu, u nekim nultu, a u nekim negativnu marginalnu generalnu prevenciju. Objašnjenje koje se nudi jeste da karakter marginalne generalne prevencije smrtne kazne zavisi od frekvencije njenog izvršenja – samo ukoliko se smrtna kazna često izvršava, ona ima pozitivnu marginalnu generalnu prevenciju.

na ovom planu, odnosno teorijska saznanja u pogledu karaktera uzročno-posledične veze koja se moraju poštovati pri ovoj vrsti testiranja ekonometrijske robustnosti.

Konačno, robustnost može da se testira i promenom metoda kojim se ocenjuje regresioni model i njegovi parametri. Ipak, pravila savremene ekonometrijske prakse su takva da se prilično dobro zna koji metodi su prikladni kojim situacijama, tako da je, ukoliko je neka ekonometrijska analiza kvalitetno urađena (a valjda je to pretpostavka da bi se uopšte i pojavila u naučnoj javnosti), teško da može nešto više da se uradi na tom planu.

Čini se da pitanje vrednosnih sudova istraživača naročito dolazi do izražaja u slučaju testiranja robustnosti rezultata. Da li je gubitak statističke značajnosti do koga dolazi prilikom testiranja ekonometrijske robustnosti nepobitni dokaz da pretpostavljena uzročno-posledična veza ne postoji? Naime, upravo su tako rezonovali brojni principijelni protivnici smrtne kazne prilikom razmatranja Ehrlichovih rezultata. Stoga se postavlja pitanje polazne pretpostavke i s tim u vezi pitanje na kome je teret dokaza. Da li je polazna pretpostavka da smrtna kazna nema marginalnu generalnu prevenciju, pa da bi se ta pretpostavka oborila treba pokazati da ona to ima u svakom slučaju, tj. pri svakoj specifikaciji regresionog modela? Ili, možda, da li je polazna pretpostavka da je smrtna kazna neophodna, pa se onda mora dokazati da niti u jednom jedinom slučaju ona ne stvara marginalnu generalnu prevenciju? I jedno i drugo pitanje nisu dobra polazna pitanja za nepristrasnu empirijsku, odnosno ekonometrijsku analizu.<sup>32</sup>

## 5. Perspektive ekonometrijske analize kriminala

Očigledno je da su brojni metodološki problemi sa kojima se suočava ekonometrijska analiza kriminala – pregled radova na temu analize marginalne generalne prevencije to nedvosmisleno pokazuje. Ovaj pregled, međutim, pokazuje da postoje načini da se ti problemi prevaziđu, a dinamičan razvoj ekonometrije u poslednjih nekoliko decenija obećava da se mogu očekivati i nova, bolja rešenja. Najbolji, sa metodološkog stanovišta, dosadašnji ekonometrijski radovi zasnivaju se na podacima panela, velikom broju opservacija i korišćenju metoda dvostepenih najmanjih kvadrata kojim se rešava pitanje simultanosti. Uobičajeno je i da se testira i ekonometrijska robustnost dobijenih rezultata.

Budući da cilj ovog rada nije bio da ispita fenomen marginalne generalne prevencije smrtne kazne, već je to bio samo povod za ovo istraživanje, zaključak ne sadrži dobro razrađene stavove o tome da li se pokazalo da smrtna kazna ima pozitivnu generalnu prevenciju.<sup>33</sup> Verovatno da se može prihvatiti ocena da, što su u većoj meri ispunjeni metodološki zahtevi, to je veća verovatnoća da će se pokazati da smrtna kazna ipak generiše pozitivnu marginalnu generalnu prevenciju.

32 Zaista, ne bi trebalo da vrednosni sudovi autora o smrtnoj kazni budu odlučujući za ocenu metodologije i rezultata empirijskih istraživanja. Iako je autor ovog teksta principijelni protivnik smrtne kazne, i te kako dopušta mogućnost da ona ima pozitivnu marginalnu generalnu prevenciju.

33 Chan i Oxley (2004) u svom pregledu rezultata empirijskih istraživanja zaključuju da većina studija koje su prikazali nije uspeła da dokaže postojanje marginalne generalne prevencije smrtne kazne. Međutim, nije bitan broj studija, već njihova metodološka korektnost, odnosno način na koji su uspeli da se izbore sa brojnim metodološkim problemima.

## LITERATURA

- Albert, C.J. (1999), Challenging deterrence: New insights on capital punishment derived from panel data, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 60, ss. 321–371
- Anderson, D.A. (2002), The deterrence hypothesis and picking pockets at the pickpocket's hanging, *American Law and Economics Review*, Vol. 4, ss. 295–313
- Andreoni, J. (1991), Reasonable doubt and the optimal magnitude of fines: Should the penalty fit the crime, *RAND Journal of Economics*, Vol. 22, ss. 385–395
- Archer, D., Gartner, R. i Biettel, M. (1983), Homicide and the death penalty, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74, ss. 991–1013
- Baldus, D.C. i Cole, W.L. (1975), A comparison of the work of Thorsten Sellin and Isaac Ehrlich on the deterrent effect of capital punishment, *Yale Law Review*, Vol. 85, ss. 170–186
- Becker, G.S. (1968), Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, ss. 443–478
- Begović, B. (2010), Ekonomska teorija generalne prevencije, *Crimen – časopis za krivične nauke*, godina I, br. 1, ss. 50–65
- Bowers, W.J. i Pierce, G.L. (1975), The illusion of deterrence in Isaac Ehrlich's research on capital punishment, *Yale Law Review*, Vol. 85, ss. 187–208
- Cameron, S. (1994), A review of the econometric evidence on the effect of capital punishment, *Journal of Socio-Economics*, Vol. 24, ss. 197–214
- Chan, J. i Oxley, D. (2004), The deterrent effect of capital punishment: A review of the research evidence, *Contemporary Issues in Crime and Justice*, No. 84, ss. 1–24
- Cooter, R. (1998), Models of morality in law and economics: Self-control and self-improvement for the bad man of Holmes, *Boston University Law Review*, Vol. 78, ss. 903–930
- Cooter, R. i Ulen, T. (2004), *Law and Economics*, 4<sup>th</sup> edition, Boston and New York: Person & Addison-Wesley
- Cover, J.P. i Thistle, P.D. (1988), Time series, homicide, and the deterrent effect capital punishment, *Southern Economics Journal*, Vol. 54, ss. 615–622
- Dezhbakhsh, H. i Shepherd, J.M. (2006), The deterrent effect of capital punishment: Evidence from a „judicial experiment“, *Economic Inquiry*, Vol. 44, 512–535
- Dezhbakhsh, H., Rubin, P.H. i Shepherd, J.M. (2003), Does capital punishment have a deterrent effect?: New evidence from postmoratorium panel data, *American Law and Economics Review*, Vol. 5, ss. 344–276
- Dills, A.K., Miron, J.A. i Summers, G. (2008), What do economists know about crime?, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 13759, Cambridge, Mass: National Bureau of Economic Research
- Donohue, J.J. and Wolfers, J. (2005), Uses and abuses of empirical evidence in the death penalty debate, *Stanford Law Review*, Vol. 58, ss. 791–845
- Ehrlich, I. (1973), Participation in illegitimate activities: A theoretical and empirical investigation, *Journal of Political Economy*, Vol. 81, ss. 521–565
- Ehrlich, I. (1975a), The deterrent effect of capital punishment: A question of life and death, *American Economic Review*, Vol. 65, ss. 397–417
- Ehrlich, I. (1975b), Deterrence: Evidence and inference, *Yale Law Review*, Vol. 85, ss. 209–277

- Ehrlich, I. (1977a), Capital punishment and deterrence: Some further thoughts and additional evidence, *Journal of Political Economy*, Vol. 85, ss. 741–788
- Ehrlich, I. (1977b), The deterrent effect of capital punishment: Reply, *American Economic Review*, Vol. 67, ss. 452–458
- Ehrlich, I. i Brower, G.D. (1987), On the issue of causality in the economic model of crime and law enforcement: Some theoretical considerations and experimental evidence, *American Economic Review*, Papers and Proceedings, Vol. 77, ss. 99–106
- Ehrlich, I. i Liu, Z. (1999), Sensitivity analysis of the deterrence hypothesis: Let's keep econ in econometrics, *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, ss. 455–488
- Feess, E. i Wohlschlegel, A. (2009): Why higher punishment may reduce deterrence, *Economics Letters*, Vol. 104, ss. 69–71
- Frank, R.H. (2003), *Microeconomics and Behavior*, 5<sup>th</sup> Edition, New York: McGraw-Hill and Irvin International Edition
- Frost, B. (1983), Capital punishment and deterrence: Conflicting evidence?, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74, ss. 927–942
- Gatrell, V.A.C. (1994), *The Hanging Tree: Executions and the English People 1770–1868*, Oxford: Oxford University Press
- Hoernack, S.A. i Weiler, W.C. (1980), A structural model of murder behavior and the criminal justice system, *American Economic Review*, Vol. 70, ss. 327–341
- Janković, I. (1985), *Smrt u prisustvu vlasti: smrtna kazna u Jugoslaviji i svetu*, Beograd: Istraživačko-izdavački centra SSO Srbije
- Jovičić, M. (2002), *Ekonometrijski metodi*, Beograd: Centar za izdavačku delatnosti Ekonomskog fakulteta u Beogradu
- Katz, L., Levitt, S.D. i Sushtorovich, E. (2003), Prison conditions, capital punishment and deterrence, *American Law and Economics Review*, Vol. 5, ss. 318–343
- Lando, H. (2009): Prevention of crime and the optimal standard of proof in criminal law, *Review of Law and Economics*, Vol. 5, ss. 33–51
- Layson, S.K. (1985), Homicide and deterrence: A reexamination of the United States time-series evidence, *Southern Economic Journal*, Vol. 52, ss. 68–89
- Leamer, E.E. (1983), Let's take the con out of econometrics, *American Economic Review*, Vol. 73, ss. 31–43
- McAleer, M. i Veall, M.R. (1989), How fragile are fragile inferences?: A re-evaluation of the deterrent effects of capital punishment, *Review of Economics and Statistics*, Vol. 71, ss. 99–106
- McManus, W.S. (1985), Estimates of the deterrent effect of capital punishment: The importance of the researcher's prior beliefs, *Journal of Political Economy*, Vol. 93, ss. 417–425
- Mocan, H.N. i Gittings, R.K. (2003), Getting off death row: Commuted sentences and the deterrent effect of capital punishment, *Journal of Law and Economics*, Vol. 46, ss. 453–478
- Passel, P. i Taylor, J.B. (1977), The deterrent effect of capital punishment: Another view, *American Economic Review*, Vol. 67, ss. 445–451
- Peck, J.K. (1975), The deterrent effect of capital punishment: Ehrlich and his critics, *Yale Law Review*, Vol. 85, ss. 359–367
- Sellin, T. (1959), *The Death Penalty*, Philadelphia: American Law Institute

- Shepherd, J.M. (2004a), Murders of passion, execution delays, and the deterrence of capital punishment, *Journal of Legal Studies*, Vol. 33, ss. 283–321
- Shepherd, J.M. (2004b), Deterrence versus brutalization: capital punishment's differing impacts among states, *Ermory Legal Scholarship Working Paper Series*, Paper #1, Atlanta: Ermory School of Law
- Spurr, S.J. (2002), The future of capital punishment: Determinants of the time from death sentence to execution, *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, ss. 1–23
- Steiker, C.S. (2005), No, capital punishment is not morally required: Deterrence, deontology and the death penalty, *Stanford Law Review*, Vol. 58, ss. 751–789
- Stojanović, Z. (2007): *Krivično pravo: opšti deo*, XIV izdanje, Beograd: Pravna knjiga
- Sunstein, C.R. i Vermeule, A. (2005), Is capital punishment morally required?: Acts, omissions and life-life tradeoffs, *Stanford Law Review*, Vol. 58, ss. 703–750
- Sunstein, C.R. i Vermeule, A. (2005), Deterring murder: A reply, *Stanford Law Review*, Vol. 58, ss. 847–857
- Tabbach, A. (2009): Does a rise in maximal fines increase or decrease the optimal level of deterrence?, *Review of Law and Economics*, Vol. 5, ss. 53–73
- Zimmerman, P.R. (2004), State executions, deterrence, and the incidence of murder, *Journal of Applied Economics*, Vol. 7, ss. 163–193

*Boris Begović*

Law Faculty, University of Belgrade

## METHODOLOGY OF ECONOMETRIC ANALYSIS OF DETERRENCE: A CASE OF CAPITAL PUNISHMENT

### SUMMARY

The aim of the paper is to shed light to the fundamental methodological issues of econometric analysis of deterrence, using the case of the capital punishment. Theoretical foundation of the econometric analysis of the deterrence generated by the capital punishment is found in the economic theory of crime, which has successfully provided explanation of the mechanism that brings the decisions of the individuals regarding homicide. It has been responded to the most common points of the criticisms to the economic theory of crime. Consideration of the fundamental econometric model of deterrence demonstrated its basic features. Few basic methodological issues of the econometric analysis of the deterrence are: (1) the issue of data reliability; (2) the issue of misspecification of the regression model that can be decomposed to: (a) missing relevant explanatory variable; and (b) form of the functional relationship; (3) the issue of simultaneity, i.e. endogenous explanatory variable; (4) the issue of the inappropriate sample; and (5) the issue of the lack of econometric robustness. The procedures that can cure the identified problems are recommended. The recommendations boil down to the use of panel data, samples with large number of observations and two stages least square estimation procedure, as well as clear theoretical position of the causality links that bring good specification of the regression models without missing relevant explanatory

variables. As to the deterrence effects of the capital punishment, the review of empirical work demonstrated that the more methodological requirements have been fulfilled, the more probable findings that there is a marginal deterrence of the capital punishment.

**Key words:** econometrics, economic theory of crime, deterrence, capital punishment, methodological issues.



Dorđe Đorđević\*

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

## KUĆNO ZATVARANJE – NOV MODALITET IZVRŠENJA KAZNE ZATVORA<sup>1</sup>

**Apstrakt:** Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. predviđena je mogućnost izvršenja kazne zatvora izrečene u trajanju do jedne godine, po odluci suda, i u prostorijama u kojima osuđeni stanuje. Ovakav način izvršenja po pravilu se kombinuje sa tzv. elektronskim nadzorom kojim se vrši kontrola poštovanja obaveza koje su nametnute osuđenom licu.

„Kućno zatvaranje“, kako se ovakvo izvršavanje kazne zatvora najčešće naziva, predstavlja novinu u našem krivičnom zakonodavstvu, ali nije nepoznato u uporednom krivičnom pravu, naročito anglosaksonskom, mada je još uvek nedovoljno razvijeno. Ovako kako je zamišljeno u našem krivičnom zakonodavstvu ono zapravo ne predstavlja novu vrstu kazne, već samo nov način izvršenja već postojeće kazne zatvora. Međutim, taj drukčiji način izvršenja u potpunosti menja karakter ove kazne i sadržinski je pretvara u potpuno novu kaznu. Ipak, iako ima nesumnjive prednosti kao način da se zamene kratkotrajne kazne zatvora i smanji veoma brojna zatvorska populacija u našoj zemlji, čini se da su problemi oko praktične primene i kontrole novog načina izvršenja kazne zatvora takvi da će još dugo vremena onemogućavati njegovu masovnu primenu.

**Ključne reči:** Krivični zakonik, krivične sankcije, alternativne sankcije, kazna zatvora, izvršenje kazne, kućno zatvaranje, elektronsko praćenje.

## KUĆNO ZATVARANJE KAO ALTERNATIVNA KRIVIČNA SANKCIJA

Ideja da se kratkotrajne kazne zatvora zamene nekom drugom, adekvatnijom krivičnom sankcijom prisutna je već dugi niz godina u krivičnom pravu i sve više prodire i u krivično zakonodavstvo mnogih savremenih zemalja.<sup>2</sup> U tom smislu u mnogim zemljama uvode se tzv. alternativne krivične sankcije,<sup>3</sup> među kojima se

---

\* redovni profesor, [djordje.djordjevic@kpa.edu.rs](mailto:djordje.djordjevic@kpa.edu.rs)

1 Ovaj rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkih projekata koje finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije: *Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države* (br. 179051), koji realizuje Pravni fakultet u Beogradu 2011–2014 (rukovodilac projekta prof. dr Đorđe Ignjatović) i *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija* (br. 179045), koji realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu 2011–2014 (rukovodilac projekta prof. dr Saša Mijalković).

2 Mrvić-Petrović N, Đorđević Đ: *Moć i nemoć kazne*, Beograd, 1998, str. 89.

3 O pojmu alternativnih sankcija vidi: Stojanović Z: Strategija ostvarivanja svrhe krivičnog prava, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 3–4/2008, str. 176; Ignjatović Đ: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2010, str. 13; Škuljić M: *Alternativ-*

najčešće pominju društveno koristan rad, poravnanje i naknada štete kao krivična sankcija, razne vrste probacije kombinovane sa elektronskim praćenjem, različite varijante kućnog zatvora ili vikend zatvaranja i sl.

I naše krivično zakonodavstvo poslednjih godina sve više prihvata ideju uvođenja alternativnih sankcija kao načina da se u što većoj mogućoj meri izbegne izricanje kazne zatvora gde god to nije neophodno, a da se istovremeno smanji i poslednjih godina izuzetno uvećan udeo uslovne osude u ukupnom broju izrečenih krivičnih sankcija. U tom cilju Krivični zakonik iz 2005. godine predvideo je i nove kazne: rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole, uz zadržavanje već postojećih mera upozorenja, uslovne osude sa i bez zaštitnog nadzora i sudske opomene.<sup>4</sup> Poslednji korak u tom pravcu učinjen je Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009.<sup>5</sup> kojim je predviđena mogućnost izvršenja kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje, kao jedna varijanta tzv. „kućnog zatvaranja“, što predstavlja potpunu novinu u našem krivičnom zakonodavstvu.

Međutim, ova specifična sankcija, mada je još uvek nedovoljno razvijena, nije nepoznata u uporednom krivičnom pravu, naročito anglosaksonskom.<sup>6</sup> Postoje veoma različiti modaliteti u kojima se ova sankcija pojavljuje u pojedinim zakonodavstvima, a razlike se uglavnom svode na stepen ograničenja koja osuđeni ima u pogledu napuštanja mesta stanovanja koje, dok traje kazna, predstavlja i mesto njenog izvršenja. U tom smislu razlikuju se, uglavnom, tri sistema.<sup>7</sup> Prvi, najstrožiji (house arrest), zahteva od osuđenog da uopšte ne napušta mesto stanovanja, i jedna njegova varijanta postoji u KZ Španije (čl. 37).<sup>8</sup> Po drugoj varijanti osuđeni može napuštati prostorije u kojima stanuje radi obavljanja redovnog posla, odlaska na nastavu ili lekarske preglede, ako za to dobije odobrenje. Ovakvo rešenje postoji, na primer, u KZ Slovenije (čl. 86, st. 3),<sup>9</sup> a kao što ćemo videti, uglavnom je prihvaćeno i u našem KZ. Po trećoj, najliberalnijoj varijanti, osuđeni mora da boravi u prostorijama u kojima stanuje samo u tačno predviđenom vremenu koje je određeno sudskom odlukom. Ova varijanta pod nazivom curfew orders uvedena je u Engleskoj na osnovu Criminal Justice Act-a iz 1991. godine (čl. 12).<sup>10</sup> U nekim zemljama kućno zatvaranje uvedeno je kao način izvršenja kazne zatvora samo kad su u pitanju određene kategorije osuđenih lica (stari, bolesni, narkomani, majke koje imaju malu decu i sl), ali samo kod osuda za neke vrste krivičnih dela. Takva mogućnost već

*ne krivične sankcije – pojam, mogućnosti i perspektive*, u: *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije*, Zlatibor, 2009, str. 32.

4 Kiurski J: Alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije i standardi Evropske unije, u: *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije*, Zlatibor, 2010, str. 80.

5 Službeni glasnik RS, br. 72/2009.

6 Vidi: Mrvić-Petrović N, Đorđević Đ, *op.cit.*, str. 113. i sl.

7 Pradel Ž: *Komparativno krivično pravo –sankcije*, Beograd, 2009, str. 36.

8 Valle Muniz J.M, Morales Garcia O, Fernandes Palma R: *Código penal y Leyes Penales Especiales*, Editorial, 1997, r. 126.

9 Jakulin V, Korošec D: Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja u krivičnom zakonodavstvu Slovenije, u: *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije*, Zlatibor, 2009, str. 350.

10 Dostupno na: [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk), pregledano 30.5.2012.

duže vremena postoji u KZ Belgije i KZ Italije,<sup>11</sup> a u novije vreme uvedena je u čitavom nizu pretežno evropskih zemalja, kao što je slučaj u KZ Švajcarske (čl. 80), KZ Turske (čl. 50), KZ Makedonije (čl. 59a)<sup>12</sup> i dr. Nezavisno od ovoga u mnogim zemljama kućno zatvaranje (zabrana napuštanja boravišta) se pojavljuje kao mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog, kao što je to slučaj u Zakoniku o kaznenom postupku Hrvatske (čl. 99),<sup>13</sup> pa i u našem Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine (čl. 136) i novom Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine (čl. 199).

Pored ovih, u uporednom pravu poznate su i druge vrste krivičnih sankcija koje predstavljaju posebne modalitete izvršenja kazne zatvora koji se svode na delimično zatvaranje osuđenog lica. Tako se u KZ Španije (čl. 88 st. 1) govori o tzv. vikend zatvaranju, takođe jednoj vrsti kazne lišenja slobode, ali koju osuđeni izdržava samo preko vikenda, u neradne dane, što mu omogućava da ne napušta posao koji je do tada obavljao i porodicu.<sup>14</sup> Ovaj zakonik propisuje da sud može, uz saglasnost osuđenog, da mu zameni kaznu zatvora u trajanju do godinu dana ovom sankcijom ili novčanom kaznom (u kvotama), čak i ako zakonom to nije predviđeno za delo koje je učinio, ukoliko okolnosti vezane za ličnost učinioaca i učinjeno delo ukazuju na celishodnost toga, a naročito ako je učinilac nadoknadio pričinjenu štetu i ne radi se o povratniku. KZ Portugalije (čl. 44) takođe propisuje kao alternativu klasičnom zatvoru meru zatvaranja u neradne dane koja se može izreći u trajanju do tri meseca.<sup>15</sup> Ovom merom može da se zameni novčana kazna ili kratkotrajna kazna zatvora do šest meseci ako sud nađe da je to pogodnije imajući u vidu težinu dela i učinioaca. U krivičnom zakonodavstvu Ruske federacije takođe postoji i mera ograničenja slobode bez izolacije (čl. 53.) koja se može izreći u trajanju od jedne do tri godine, kad su u pitanju dela učinjena sa umišljajem, ali od strane lica koja ne mogu biti kažnjena, ili u trajanju od jedne do pet godina za nehatne učinioce krivičnih dela.<sup>16</sup>

## KUĆNO ZATVARANJE U NAŠEM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Naš zakonodavac se opredelio za kućno zatvaranje kao modalitet izvršenja kazne zatvora uglavnom iz istih razloga koji su doveli do uvođenja alternativnih sankcija i u drugim zemljama, a to su uglavnom slabosti uočene kod kratkotrajnih kazni lišenja slobode.<sup>17</sup> U našim uslovima dodatni razlog je sigurno i ograničenost kapaciteta naših ustanova za izvršavanje krivičnih sankcija<sup>18</sup> što stvara probleme

11 Mrvić-Petrović N: *Kriza zatvora*, Beograd, 2007, str. 340.

12 Dostupno na: [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org), pregledano 30.5.2012.

13 Dostupno na: [www.vshr.hr](http://www.vshr.hr), pregledano 30.5.2012.

14 Valle Muniz J.M, Morales Garcia O, Fernandes Palma R., *op. cit.*, r. 143.

15 *Ibid.*, r. 59. i 60.

16 Skuratov Ю. I, Lebedev V.M: *Komentariū k Ugolovnomu kodeksu Rossiūskoū Federacii*, Moskva, 1996, str. 107.

17 Vidi kod: Lazarević D: *Krakovtrajne kazne zatvora*, Beograd, 1974; Atanacković D: *Penologija*, Beograd, 1988, str. 94 i sl.; Milutinović M: *Penologija*, Beograd, 1977, str. 144 i sl.; Kokolj M, Lazin Đ: *Imovinske sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Beograd, 1986, str. 30.

18 Ilić A: Prenaseljenost zatvora – fenomenološki i etiološki aspekti, *Crimen*, br. 2/2011, str. 248.

oko smeštaja osuđenih lica i oko njihovog tretmana. Naša zemlja je poslednjih godina ušla u red zemalja sa visokom stopom osuđenih lica, po čemu je prva među zemljama u regionu, a među prvih deset u Evropi.<sup>19</sup> Statistički podaci govore da su u poslednjih pet godina kratkotrajne kazne lišenja slobode (u trajanju do godinu dana)<sup>20</sup> činile gotovo 80% svih izrečenih kazni zatvora (vidi tabelu 1), pa bi se njihovom makar delimičnom zamenom dobilo dosta prostora za adekvatniji tretman osuđenih lica.

	2006	2007	2008	2009	2010
<b>Uk. zatvora</b>	11224	8576	9658	9763	5908
<b>Do 1 godine</b>	9536 (85%)	6756 (79%)	7393 (77%)	7368 (75%)	3701 (63%)
<b>Preko 1 god.</b>	1688 (15%)	1820 (21%)	2265 (23%)	2395 (25%)	2207 (37%)

Tabela 1: broj izrečenih kazni zatvora u periodu 2006–2010. godina<sup>21</sup>

Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. predviđena je mogućnost izvršenja kazne zatvora izrečene u trajanju do jedne godine, po odluci suda, i u prostorijama u kojima osuđeni stanuje. U takvom slučaju osuđeni ne sme napuštati ove prostorije, osim u slučajevima predviđenim zakonom. Ako osuđeni koji na ovakav način izdržava kaznu zatvora samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje (jednom do dvanaest časova ili dva puta do šest časova) ovakav način izdržavanja kazne odlukom suda zamenjuje se izdržavanjem ostatka kazne u zatvoru.<sup>22</sup> Pri odlučivanju da osuđeni izdržava kaznu zatvora u prostorijama u kojima stanuje sud je dužan da uzme u obzir tehničke mogućnosti izdržavanja kazne na ovaj način, kao i da vodi računa o drugim okolnostima koje su od značaja za odmeravanje kazne. Ove tehničke mogućnosti o kojima se govori u KZ odnose se pre svega na mogućnost korišćenja tzv. elektronskog nadzora, odnosno GPS sistema praćenja kretanja, s obzirom da ona zavisi od mesta i uslova stanovanja osuđenog lica.<sup>23</sup> Zakonom je predviđen kao izuzetak slučaj ako je u pitanju osuda za krivično delo protiv braka i porodice, a osuđeni živi u porodičnom domaćinstvu sa oštećenim, u kome se kućno zatvaranje ne može primeniti.<sup>24</sup>

Kao što je već istaknuto, ovakav način izdržavanja kazne zatvora, predstavlja novinu u našem krivičnom zakonodavstvu. Ovako kako je zamišljena u našem krivičnom zakonodavstvu, ona zapravo ne predstavlja novu vrstu kazne, već samo

19 Stojanović Z, *op. cit.*, str. 180.

20 Iako u literaturi ne postoji jedinstven stav o tome koje se kazne zatvora smatraju kratkotrajnim nama se čini najprihvatljivijim onaj po kome su to sve kazne zatvora u trajanju do jedne godine, vidi: Ignjatović Đ: *Kriminologija*, Beograd, 2011, str.173.

21 Izvor podataka: Bilteni Republičkog zavoda za statistiku, dostupno na: [www.stat.gov.rs](http://www.stat.gov.rs), pregledano 25.5.2012.

22 Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Beograd, 2010, str. 82.

23 Ignjatović Đ: Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije, *Crimen*, br. 2/2010, str. 171.

24 Kandić-Popović Z: Izmene u opštem delu Krivičnog zakonika Republike Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/2009, str. 130.

nov način izvršenja već postojeće kazne zatvora.<sup>25</sup> Zato pomalo čudi da se, ako već prihvatimo da se ne radi o novoj vrsti kazne, već samo o novom načinu izvršenja, odredbe o tome nalaze u KZ koji u načelu ne reguliše pitanja izvršenja.<sup>26</sup> Štaviše, ovom novom modalitetu kazne zatvora nije posvećen čak ni poseban član u KZ,<sup>27</sup> već je samo postojeći član 45. KZ koji govori o kazni zatvora proširen stavovima 5–8. Ipak, čini se da se greška brzo uvidela, pa je Predlogom zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz januara 2012. godine, koji još nije otišao u skupštinsku proceduru, predviđeno da se umesto stavova 5–8. člana 45. koji se brišu, uvede član 45a, pod nazivom „Izvršenje kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje“ koji sadržinski u potpunosti odgovara ukinutim stavovima.

Međutim, pored tehničkih priprema za ovakav način izvršenja koji podrazumeva nabavku neophodne opreme za elektronsko praćenje i obuku kadrova koji će pratiti i kontrolisati izvršenje, bilo je neophodno uneti i nove odredbe u Zakon o izvršenju krivičnih sankcija kojima bi se precizirali odgovori na brojna pitanja koja se u vezi sa izvršenjem ove kazne postavljaju. To je i učinjeno, doduše sa priličnim zakašnjenjem, Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija iz maja meseca 2011. godine.<sup>28</sup>

Ovim izmenama u ZIKS je uvedena glava 3a pod nazivom „Izvršenje kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje“ u okviru koje se u članovima 14a do 14e relativno detaljno reguliše ova materija. Pada u oči da je naziv novog člana iz Predloga zakona o izmenama i dopunama KZ nepotrebno nešto drugačiji od naziva ove glave iz ZIKS-a, pa bi ovu neusklađenost trebalo izbeći prilikom usvajanja pomenutog predloga.

Novim odredbama ZIKS-a određeno je da je za praćenje izvršenja ove sankcije zadužena posebna organizaciona jedinica nadležna za tretman i alternativne sankcije u sastavu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija koja to čini preko poverenika određenog od strane direktora Uprave.

Najznačajnija odredba ZIKS-a o izvršenju ove sankcije svakako je ona iz člana 174b stav 2. koja predviđa izuzetke od pravila da osuđeni ne sme da napušta prostorije u kojima stanuje pod uslovom da direktor Uprave, na njegovu molbu, doneše takvu odluku. Po toj odredbi napuštanje prostorija se može dozvoliti iz sledećih razloga: 1) zbog pružanja nužne medicinske pomoći osuđenom ili članu njegovog porodičnog domaćinstva, ako je za pružanje medicinske pomoći neophodno napuštanje prostorija; 2) radi redovnog odlaska na posao, ukoliko krivično delo za koje je osuđen nije u vezi sa radom; 3) radi pohađanja nastave tokom redovnog školovanja; 4) zbog odlaska na polaganje ispita; 5) zbog teške, akutne ili hronične bolesti, radi odlaska na redovne zdravstvene preglede; 6) zbog svog venčanja ili smrti bliskog lica; 7) zbog obaveze staranja prema članovima uže porodice predviđene

25 Mrvić-Petrović N: *Alternativne krivične sankcije*, Beograd, 2010, str. 234.

26 Ignjatović Đ: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2010, str. 135.

27 Ignjatović Đ: Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije, *Crimen*, br. 2/2010, str. 171.

28 Službeni glasnik RS, br. 31/2011.

zakonom, u slučaju da tu obavezu ne može da obavlja drugo lice; 8) zbog sezonskih poljoprivrednih radova, ukoliko se osuđeni bavi poljoprivredom kao stalnom delatnošću; 9) zbog boravka van prostorija u kojima stanuje u trajanju do četiri sata dnevno, u skladu sa programom izvršenja kazne.

Imajući u vidu ovako široko određen krug situacija u kojima osuđeni ipak može napuštati prostorije u kojima stanuje, čini nam se da se opravdano mogu postaviti dva pitanja.

Prvo je, kod ovako široko postavljenih aktivnosti koje (ako mu budu odobrene) osuđeni može obavljati van kuće, u čemu se kazna zapravo sastoji. Zabrana se, dakle, odnosi na nemogućnost odlazaka u šetnju, kod prijatelja, u kafanu, u bioskop ili slično, putovanja, godišnje odmore i dr. Za zaposlenog čoveka (kome je dozvoljeno da odlazi na posao) ili za učenika ili studenta (kome je dozvoljeno da pohađa nastavu i polaže ispite) zabrana se praktično svodi na zabranu večernjih izlazaka i aktivnosti preko vikenda. Tako posmatrano ova sankcija prestaje da liči na ozbiljnu krivičnu sankciju i počinje da liči na vaspitno kažnjavanje dece i maloletnika od strane roditelja.

Drugo pitanje se odnosi na mogućnost kontrolisanja izvršenja sankcije odnosno prekoračenja osuđenikovih dozvoljenih aktivnosti van mesta stanovanja. To je, bez obzira na tehniku elektronskog praćenja (bez koje bi to bilo potpuno nemoguće), veoma teško i komplikovano i zahteva angažovanje velikog broja ljudi. Kontrolisati osuđenog koliko se zadržao u školi ili na poslu, da li je morao toliko da se zadrži, kojim putem, kojim sredstvima i kojom brzinom se vraćao kući, da li je usput negde svraćao (opravdano ili ne) čini se gotovo nemogućim, a pomalo i apsurdnim. Ovo pogotovu važi za obavljanje poljoprivrednih radova za koje očigledno ne postoji određeno radno vreme. Ovakvo detaljno praćenje svakodnevnih aktivnosti osuđenog lica, ako bi uopšte i bilo moguće, zahtevalo bi da svaki osuđenik ima bar po jedno lice zaduženo za njegovo elektronsko praćenje, odnosno za kontrolu njegovog poštovanja nametnutih pravila izvršenja.

Osim toga, bez obzira što se zakonodavac trudio da iznađe sve slučajeve u kojima bi bilo opravdano dozvoliti osuđenom da napusti mesto stanovanja, očigledno je da u svakodnevnom životu postoji još čitav niz situacija za koje nije jasno da li su osuđenom dozvoljene, da li za njih treba da traži dozvolu i da li može da je dobije (odlazak u banku, poštu, prodavnicu, apoteku, odlazak po pozivu u sud, u školu na roditeljski sastanak i čitav niz drugih unapred teško predvidivih situacija). Zakon je tu jedino regulisao situaciju ako dođe do potrebe pružanja hitne medicinske pomoći osuđenom ili članu njegovog porodičnog domaćinstva (član 174v), dozvolivši osuđenom da u tom slučaju napusti prostorije i bez podnošenja molbe, uz obaveštavanje poverenika o tome u najkraćem mogućem roku.<sup>29</sup> To znači da mu napuštanje stana ne bi bilo dozvoljeno u slučaju da mu pomoć zatraži prvi komšija, najbliži rođak (koji nije član porodičnog domaćinstva) telefonom, prolaznik koji zove u pomoć, kao i u drugim slučajevima nužne pomoći ili krajnje nužde. Takođe pada u oči i nepostojanje posebnih odredbi o obavezama i ponašanju osuđenog u

29 Ignjatović Đ: Novine u pravu izvršenja krivičnih sankcija u Srbiji, u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, Beograd, 2011, str. 41.

slučajevima nastupanja vanrednih okolnosti (zemljotres, poplava, požar, ekološki akcident). Ako je zakonodavac našao za shodno da posebno reguliše situaciju kada postoji potreba za pružanjem hitne medicinske pomoći osuđenom ili članu njegovog porodičnog domaćinstva, ne vidi se zašto ne bi pomenitim odredbama obuhvatio i ove situacije.

ZIKS u članu 174d ponavlja odredbu iz KZ po kojoj će osuđeni koji neopravdano, samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje u određenom trajanju po odluci suda ostatak kazne izdržavati u zatvoru, precizirajući da je zadatak organizacione jedinice za tretman i alternativne sankcije, odnosno poverenika, da o tome, kao i u drugim slučajevima kršenja zabrane od strane osuđenog, obavesti sud, policiju i Upravu. Zabunu može izazvati veoma loše formulisana odredba KZ koju je preuzeo i ZIKS u ovom članu da samovoljno napuštanje treba da bude „jednom u trajanju do 12 časova ili dva puta u trajanju do šest časova“ iz koje bi se gramatičkim tumačenjem mogao izvući zaključak da je napuštanje prostorija u trajanju dužem od 12 časova dozvoljeno, što se očigledno nije želelo, te bi stoga ovu odredbu trebalo bolje formulisati i precizirati.<sup>30</sup> Iako su, kao što smo videli, ZIKS-om uređena neka pitanja od značaja za nov način izvršenja, to ni izbliza nisu sva pitanja koja se u primeni ove kazne mogu pojaviti zbog čega je potrebno određenim podzakonskim aktima detaljno regulisati sve situacije vezane za primenu kućnog zatvaranja u praksi.

## PREDNOSTI I NEDOSTACI KUĆNOG ZATVARANJA

Iako je kućno zatvaranje u našem zakonodavstvu postavljeno samo kao nov modalitet izvršenja kazne zatvora, taj drukčiji način izvršenja u potpunosti menja karakter ove kazne i sadržinski je pretvara u potpuno novu kaznu. Suština kazne zatvora nije samo u ograničenju slobode kretanja, već i u odvajanju osuđenog od sredine u kojoj živi, svog okruženja, porodice, prijatelja, posla koji je obavljao i dr. Svega toga, osim delimičnog lišenja slobode kretanja (ili kontrole kretanja tamo gde je dozvoljeno), nema ili ne mora da bude kod novog načina izvršenja kazne zatvora, te stoga on može predstavljati znatno povoljniju mogućnost za osuđeno lice. Naravno da ova mogućnost dolazi u obzir samo za lakša krivična dela i, pretpostavka je, samo za određene kategorije učinilaca (primarni delinkventi, slučajni krivci, starija lica, bolesna lica, i sl).

S obzirom na očigledne pogodnosti koje ovaj modalitet kazne zatvora ima u odnosu na klasični zatvor, čini se da bi bilo neophodno u KZ odrediti neke bliže uslove pod kojima može doći do primene ovakvog načina izvršenja kazne zatvora.<sup>31</sup> Jedini uslov koji KZ predviđa je da je izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine. To znači da u pitanju može biti osuda za bilo koje delo (kazna od godinu dana može biti izrečena i na osnovu ublažavanja kazne) i može se odnositi na bilo kog učinioca (pa čak, na primer, i na povratnika). Izuzetak se, kao što je rečeno, odnosi na osudu za krivično delo protiv braka i porodice, ako osuđeni živi u porodičnom

30 Ignjatović Đ: Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije, *Crimen*, br. 2/2010, str. 171.

31 Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2011, str. 260.

domaćinstvu sa oštećenim (pretpostavka je da se ovo ne odnosi na sva dela iz ove grupe, već prevashodno na krivično delo nasilja u porodici).<sup>32</sup> Ovakvo široko postavljena mogućnost izricanja kazne zatvora sa ovim modalitetom izvršenja ostavlja previše prostora sudu i može dovesti do veoma neujednačene politike izricanja ove sankcije. Ne treba gubiti iz vida da ovakvo izvršenje kazne zatvora predstavlja veliku privilegiju za osuđeno lice koju bi ipak trebalo vezati za određene uslove, tim pre što kod svih drugih mera „nezatvaranja“ koje postoje u našem zakonodavstvu (uslovna osuda, sudska opomena, rad u javnom interesu) postoje u zakonu predviđeni uslovi pod kojima se mogu izreći.

Dosta je razloga koji opravdavaju ovu novu ideju u našem krivičnom zakonodavstvu. Činjenica da do sada novouvedene alternativne sankcije u našem KZ nisu dobile nikakvu značajniju primenu<sup>33</sup> aktuelizuje problem zamene kratkotrajnih kazni zatvora adekvatnijom krivičnom sankcijom. Ovo je sigurno jedan od načina kako se to može učiniti uz izbegavanje svih negativnih efekata kratkotrajnog zatvaranja (kontakt sa kriminalnom sredinom, oštra stigmatizacija osuđenog i dr) i, kako se često ističe, značajno smanjenje troškova izvršenja.

Međutim, čini se da su problemi oko primene novog načina izvršenja kazne zatvora takvi da će još dugo vremena onemogućavati njegovu masovniju primenu.<sup>34</sup> Pre svega, ovakav način izvršenja je moguć gotovo isključivo uz tzv. elektronski nadzor nad osuđenim licem bez čega je praktično nemoguće pratiti ispunjenje postavljenih obaveza od strane osuđenog lica.<sup>35</sup> To zahteva velike tehničke pripreme i znatna sredstva da bi se uopšte masovnije pristupilo ovakvom načinu izvršenja, pa se postavlja pitanje da li je ovakva sankcija uopšte mnogo jeftinija od izvršenja kazne zatvora u odgovarajućim ustanovama. Stiče se utisak da se u računicama oko toga koliko košta jedan ili drugi način izvršenja gube iz vida veliki troškovi praćenja ponašanja osuđenog koji nisu samo cena tehničkih uređaja (koja nije mala), već i obezbeđenje velikog broja kvalifikovanih lica koja tu opremu treba da koriste. U prilog ovome govori i činjenica da su se za ovakvu formu izvršenja zatvora u uporednom pravu uglavnom opredeljivale bogatije zemlje.

Ali, možda još veći problem od tehničkih problema vezanih za praktičnu primenu ove sankcije i njenu kontrolu jeste pitanje njene pravednosti. Jedna od osnovnih i opšteprihvaćenih postavki vezanih za kazne jeste da kazna treba jednako da pogađa sva osuđena lica bez obzira na neke njihove karakteristike. Zbog toga se kad je u pitanju novčana kazna iznalaze veoma različiti sistemi njenog propisivanja i izricanja sa ciljem da ona podjednako pogodi osuđena lica različitog imovnog stanja.<sup>36</sup> Sa ovakvim načinom izvršenja kazne zatvora to očigledno nije slučaj. On neuporedivo lakše pogađa bogatije, one koje žive u boljim stambenim i drugim uslovima nego siromašne, one koji žive u jako lošim životnim uslovima, one koji žive sami i sl.<sup>37</sup>

32 Mrvić-Petrović N: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2011, str. 251.

33 Đorđević Đ: Alternativne sankcije u našem Krivičnom zakoniku i njihova primena, u: *Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji*, Beograd, 2009, str. 173.

34 Ćirić J: Krivični zakonik kao instrument prevencije kriminaliteta, y: *Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji*, Beograd, 2009, str. 80.

35 Vidi o tome: Mrvić-Petrović N: *Alternativne krivične sankcije*, Beograd, 2010, str. 90.

36 Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2011, str. 264.

37 Ćirić J: Krivični zakonik kao instrument prevencije kriminaliteta, u: *Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji*, Beograd, 2009, str. 80.



I samo ograničenje slobode kretanja, na šta se ovakvo izvršenje zapravo svodi, ne pada podjednako teško svim kategorijama osuđenih lica (mladi, stari, zdravi, bolesni i sl). Prema nekim licima ovakva sankcija je praktično i neprimenjiva. Tako, na primer, jednog veoma bogatog čoveka, koji živi u svojoj luksuznoj kući sa svojom porodicom i sa brojnom poslugom, kome još dozvolite da se nesmetano bavi svojim poslom (ako nije u vezi sa izvršenim krivičnim delom), ovakva sankcija gotovo da i ne pogađa. S druge strane, ako je u pitanju osuđenik koji je jako siromašan, bez stalnog posla, koji živi sam u veoma lošim uslovima, veoma teško će podneti ovakvu sankciju, možda i teže nego običan zatvor. Neko će reći da takvima ova sankcija i neće biti izricana (prilikom određivanja izvršenja kazne zatvora „sud je dužan da uzme u obzir tehničke mogućnosti izdržavanja kazne na ovaj način“, čl. 45 st. 7. KZ) i tu onda dolazimo upravo do najspornijeg pitanja: nismo li na ovaj način na mala vrata uveli krivičnu sankciju „za elitu“? Pretpostavka je da zakonodavcu to nije bila namera, ali problemi o kojima je bilo reči mogu da dovedu do toga da kućno zatvaranje upravo to i postane.

Iako je, kao što smo već konstatovali, kućno zatvaranje neuporedivo povoljniji način izvršenja kazne zatvora, ipak ima i određenih prava zagwarantovanih licima osuđenim na kaznu zatvora koja ne mogu ili ne moraju uvek biti obezbeđena osuđenima na kućno izdržavanje.<sup>38</sup>

Ali još značajnija od ovoga jeste činjenica da se ovakvim načinom izvršenja ne ostvaruje, ili bar ne ostvaruje u potpunosti, svrha kažnjavanja proklamovana našim KZ.<sup>39</sup> Generalne prevencije tu gotovo da i nema, specijalna prevencija je znatno oslabljena, a ovakvo izvršenje ne sprečava osuđenog u potpunosti (bar kad su u pitanju neka krivična dela) da nastavi sa vršenjem krivičnih dela. Tako se stiče utisak da retribucija (mada veoma blaga) ostaje jedina svrha ovako izvršavane kazne zatvora.

## REZULTATI U DOSADAŠNJOJ PRIMENI KUĆNOG ZATVARANJA

Kućno zatvaranje kao modalitet izvršenja kazne zatvora, za razliku od nekih drugih alternativnih sankcija uvedenih u naše krivično zakonodavstvo poslednjih godina,<sup>40</sup> relativno brzo je našlo svoju primenu u praksi naših sudova. Prepreku je naravno predstavljalo rešavanje početnih, tehničkih problema (nabavljanje opreme, obučavanje kadrova), ali po njihovom prevazilaženju sudovi su vrlo brzo započeli sa izricanjem ove krivične sankcije. Tako je, po podacima Uprave za izvršenje krivičnih sankcija,<sup>41</sup> u toku 2011. godine realizovano 70 izvršenja kazne zatvora na ovaj način, a na izdržavanju ovakve kazne zatvora trenutno se nalazi oko 140 osoba. Ovaj broj nije naročito veliki ako se uporedi sa ukupnim brojem osuda na kaznu zatvora u trajanju do jedne godine (u kome trajanju se kazna zatvora može izdržavati

38 Vidi: Ignjatović Đ: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2010, str. 142.

39 Vidi: Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2011, str. 252.

40 Đorđević Đ: Alternativne sankcije u našem Krivičnom zakoniku i njihova primena, u: *Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji*, Beograd, 2009, str. 173.

41 Objavljeno u dnevnom listu *Politika* od 22.2.2012, str. 9.

na ovaj način) koji u poslednjih pet godina iznosi u proseku oko pet hiljada godišnje, iznosi dakle oko 1–2% (vidi tabelu 1). Ipak, u odnosu na sasvim sporadično ili gotovo potpuno neprimenjivanje nekih sankcija koje mnogo duže postoje u našem zakonodavstvu, kao što je to slučaj sa uslovnom osudom uz zaštitni nadzor, radom u javnom interesu, oduzimanjem vozačke dozvole, novčanom kaznom na dane i pojedinim merama bezbednosti,<sup>42</sup> kad je u pitanju ova novina u našem KZ primetno je nastojanje da se ona primeni i da ne doživi sudbinu gore pomenutih sankcija. Razlog tome sigurno leži u opštepoznatoj činjenici da su naši zatvorski kapaciteti nedovoljni, da veliki broj lica osuđenih na kaznu zatvora čeka na njeno izvršenje, a da se od sankcija kojima se može zameniti kratkotrajna kazna zatvora praktično primenjuje, i to u veoma velikom broju, samo uslovna osuda.

## LITERATURA

- Atanacković D: *Penologija*, Beograd, 1988
- Valle Muniz J.M, Morales Garcia O, Fernandes Palma R: *Codigo penal y Leyes Penales Especiales*, Editorial, 1997
- Đorđević Đ: Alternativne sankcije u našem Krivičnom zakoniku i njihova primena, u: „*Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji*“, izdanje Institut za kriminaološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Beograd, 2009
- Đorđević Đ: Krivične sankcije kao instrument prevencije kriminaliteta, u: „*Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*“, Brčko, 2011
- Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Beograd, 2010
- Ignjatović Đ: *Kriminologija*, Beograd, 2011
- Ignjatović Đ: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2010
- Ignjatović Đ: Novine u pravu izvršenja krivičnih sankcija u Srbiji, u publikaciji „*Kaznena reakcija u Srbiji*“, Beograd, 2011
- Ignjatović Đ: Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije, *Crimen*, br. 2/2010
- Ilić A: Prenaseljenost zatvora – fenomenološki i etiološki aspekti, *Crimen*, br. 2/2011
- Jakulin V, Korošec D: Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja u krivičnom zakonodavstvu Slovenije, u: „*Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije*“, Zlatibor, 2009
- Kandić-Popović Z: Izmene u opštem delu Krivičnog zakonika Republike Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/2009
- Kiurski J: Alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije i standardi Evropske unije, u: „*Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije*“, Zlatibor, 2010
- Kokolj M, Lazin Đ: *Imovinske sankcije i mere u jugoslovenskom krivičnom pravu*, Beograd, 1986
- Lazarević D: *Krakovtrajne kazne zatvora*, Beograd, 1974
- Milutinović M: *Penologija*, Beograd, 1977

42 Đorđević Đ: Krivične sankcije kao instrument prevencije kriminaliteta, u: *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, Brčko, 2011, str. 246.

- Mrvić-Petrović N: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2011  
Mrvić-Petrović N: *Alternativne krivične sankcije*, Beograd, 2010  
Mrvić-Petrović N: *Kriza zatvora*, Beograd, 2007  
Mrvić-Petrović N, Đorđević Đ: *Moć i nemoć kazne*, Beograd, 1998  
Pradel Ž: *Komparativno krivično pravo-sankcije*, Beograd, 2009  
Skuratov Ю. I, Lebedev V.M: *Komentariū k Ugolovnomu kodeksu Rossiūskoū Federacii*, Moskva, 1996  
Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2011  
Stojanović Z: Strategija ostvarivanja svrhe krivičnog prava, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 3–4/2008  
Čirić J: Krivični zakonik kao instrument prevencije kriminaliteta, u: „*Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji*“, Beograd, 2009  
Škulić M: Alternativne krivične sankcije-pojam, mogućnosti i perspektive, u: „*Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije*“, Zlatibor, 2009

## OSTALI IZVORI:

- Bilteni Republičkog zavoda za statistiku, [www.stat.gov.rs](http://www.stat.gov.rs)  
Codigo Penal, 3. edicao, 1997, Coimbra Editora  
Criminal Justice Act, [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)  
KZ Švajcarske, [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org)  
KZ Turske, [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org)  
KZ Makedonije, [www.legislationline.org](http://www.legislationline.org)  
KZ Hrvatske, [www.vshr.hr](http://www.vshr.hr)

*Dorđe Đorđević*

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

## HOUSE DETENTION – THE NEW WAY OF ENFORCEMENT OF IMPRISONMENT

### SUMMARY

Law of Amendments to the Criminal Code of Serbia from September 2009 provides the possibility of imprisonment imposed for a period of one year, to be enforced in the premises in which the convicted person resides, by court decision. This method of enforcement is by rule combined with the so-called electronic monitoring that controls the fulfillment of obligations imposed on a convicted person.

House detention, the most common term for this measure, is a novelty in our criminal legislation, but it is not unknown in comparative criminal law, particularly the Anglo-Saxon legal tradition, although it is still underdeveloped. Such as intended in our criminal law, it does not really represent a new type of penalty, but merely a new way of enforcement of the existing sentence. However, the different manner of enforcement completely changes the character and content of this penalty and converts it into a whole new penalty. Although it

is without any doubt that it presents a benefit in a way to replace short prison sentences and reduce the prison population, it however seems to have problems in practical application and control. Therefore it is likely that application on larger scale will not happen in near future.

**Key words:** Criminal Code, criminal sanctions, imprisonment, alternative sanctions, enforcement of penalty, house detention, electronic monitoring.

## OSNOVNE KARAKTERISTIKE KRIVIČNOG DELA NEDAVANJE IZDRŽAVANJA (član 195. KZ RS)

**Apstrakt:** U radu autor razmatra krivično delo nedavanje izdržavanja koje spada u grupu krivičnih dela protiv braka i porodice i predviđeno je odredbom člana 195. Krivičnog zakonika Republike Srbije. Pravna priroda i značaj ovog krivičnog dela opredelili su sadržinu i strukturu rada u kome su prikazana i analizirana osnovna obeležja bića krivičnog dela nedavanje izdržavanja. U prvom delu rada posebna pažnja je posvećena radnji izvršenja ovog krivičnog dela. U datom kontekstu razmatranja autor iznosi relevantna teorijska stanovišta i navodi stavove sudske prakse, a takođe formuliše i odgovarajuće zaključke. Nakon toga, autor analizira i teži/kvalifikovan oblik krivičnog dela nedavanje izdržavanja. Takođe, posebnu pažnju posvećuje zakonskoj odredbi u kojoj je za ovo krivično delo predviđena mogućnost izricanja uslovne osude. Na kraju rada definisan je odnos između krivičnog dela nedavanje izdržavanja i dva krivična dela iz grupe krivičnih dela protiv braka i porodice: krivičnog dela kršenje porodičnih obaveza (član 196. KZ RS) i krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica (član 193. KZ RS).

**Ključne reči:** brak, porodica, obaveza izdržavanja, krivično delo.

### I

Krivično delo nedavanje izdržavanja je predviđeno u članu 195. Krivičnog zakonika Republike Srbije („Službeni glasnik RS“ br.85/2005) (KZ RS) u grupi krivičnih dela protiv braka i porodice (Glava dvanaesta).

Krivično delo nedavanje izdržavanja je pod ovim nazivom u naše zakonodavstvo uneto donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srbije iz 2002. godine („Službeni glasnik RS“, br. 10/2002) (ZID KZ RS).

Ovo krivično delo je kod nas po prvi put bilo propisano u članu 197. Krivičnog zakonika iz 1951. godine („Službeni list FNRJ“, br. 13/1951) pod nazivom „neplaćanje alimentacije“.<sup>1</sup> Uz određene dopune data inkriminacija je pod istim nazivom zadržana i u članu 119. Krivičnog zakona Republike Srbije iz 1977. godine („Službeni glasnik SRS“, br. 26/1977).<sup>2</sup> Donošenjem ZID KZ RS iz 1994. godine („Službeni

---

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

1 Neplaćanje alimentacije – član 197. KZ FNRJ glasi: „Ko izbegava da daje izdržavanje za lice koje je na osnovu pravnosnažne odluke dužan izdržavati, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine“.

2 Neplaćanje alimentacije – član 119. KZ RS glasi: „(Stav 1) Ko izbegava da daje izdržavanje za lice koje je na osnovu izvršne sudske odluke ili izvršnog poravnjanja pred sudom ili drugim državnim organom dužan izdržavati, kazniće se zatvorom do jedne godine. (Stav 2) U osobito teškom slučaju dela iz stava 1. ovog člana, učinilac će se kazniti zatvorom od tri meseca do tri godine.

glasnik RS“, br. 47/1994) krivično delo je pretrpelo odgovarajuće izmene i promenilo naziv u „izbegavanje davanja izdržavanja“.<sup>3</sup>

## II

Shodno odredbi člana 195. KZ RS krivično delo nedavanje izdržavanja ima dva oblika – osnovni i teži.

Osnovni oblik krivičnog dela predviđen u stavu 1. čini onaj ko ne daje izdržavanje za lice koje je po zakonu dužan da izdržava, a ta dužnost je utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom, u iznosu i na način kako je tom odlukom odnosno poravnanjem utvrđeno.

Da bi postojalo krivično delo potrebno je da kumulativno budu ispunjeni sledeći uslovi:

- a) da se ne daje izdržavanje;
- b) da se izdržavanje ne daje za lice za koje po zakonu postoji dužnost izdržavanja;
- v) da je dužnost izdržavanja (koje se ne daje) utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom i
- g) da su u izvršnoj sudskoj odluci ili izvršnom poravnanju eksplicitno navedeni iznos i način na koji se izdržavanje daje.

a) Radnja izvršenja je nedavanje izdržavanja, odnosno propuštanje da se izvrši obaveza izdržavanja koja postoji prema nekom licu. U pitanju je krivično delo nečinjenja koje se izvršava propuštanjem obavezne, aktivne delatnosti što znači da se postupa suprotno zapovednoj (perceptivnoj/imperativnoj) normi koja se nalazi u propisima sadržanim van krivičnog prava – u porodičnom pravu tj. u Porodičnom zakonu Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, br. 18/2005) (PZ RS) što ovom krivičnom delu daje blanketni karakter. Po svojoj prirodi krivično delo spada u prava krivična dela nečinjenja koja se, kao što je poznato, mogu izvršiti samo nečinjenjem – postoje kada zakon propuštanje da se preduzme određeno činjenje predviđa kao krivično delo, inkriminisana je sama povreda dužnosti na činjenje.

b) Zakonsko izdržavanje jeste obligacija između zakonom određenih poverilaca i dužnika, koja može da bude varijabilna u pogledu obima, vremena i načina ispunjenja. Obligacija izdržavanja na osnovu zakona može postojati u slučaju srodstva i postojanja bračne ili vanbračne zajednice.

(Stav 3) Pri izricanju uslovne osude sud može učiniocu postaviti uslov da izmiri dospele obaveze i uredno plaća izdržavanje.“

3 Izbegavanje davanja izdržavanja – član 119. KZ RS glasi: „(Stav 1) Ko izbegava da daje izdržavanje za lice koje je po zakonu dužno da izdržava, a ta dužnost je utvrđena na osnovu izvršne sudske odluke ili poravnania pred sudom ili drugim nadležnim organom, kazniće se zatvorom do jedne godine. (Stav 2) Ako su usled dela iz stava 1. ovog člana nastupile teške posledice za izdržavano lice, učinilac će se kazniti zatvorom do tri godine. (Stav 3) Pri izricanju uslovne osude sud može učiniocu postaviti obavezu da izmiri dospele obaveze i uredno plaća izdržavanje.“

Naše pozitivno pravo, obavezu zakonskog izdržavanja zasniva na činjenici krvnog, adoptivnog i tazbinskog srodstva.

U obaveze zakonskog izdržavanja po osnovu krvnog srodstva spadaju:

- obaveza izdržavanja deteta od roditelja – roditelji su dužni da izdržavaju svoje maloletno dete i stoga je „pravno irelevantno to što okrivljeni navodi da nije davao izdržavanje za svoje maloletno dete jer sumnja da je on otac deteta, s obzirom na to da ni jednom svojom radnjom nije osporio očinstvo deteta, a na osnovu izvoda iz matičnih knjiga nesumnjivo je utvrđeno da je dete rođeno u toku trajanja braka između okrivljenog i njegove bivše supruge i da je u matičnoj knjizi kao otac deteta upisan okrivljeni“ (OS u Beogradu Kž – 2220/06 od 6. septembra 2006. godine)<sup>4</sup>. Roditelji su takođe dužni da izdržavaju i svoje punoletno dete koje je na redovnom školovanju, najkasnije do njegove navršene 26. godine života, ako je to školovanje iz opravdanih razloga produženo. Najzad, roditelji su obavezni da izdržavaju svoje punoletno dete koje je nesposobno za rad, a nema dovoljno sredstava za život i ova obaveza traje sve dok postoji navedeno stanje deteta;
- obaveza izdržavanja roditelja od deteta – obaveza postoji ukoliko su ispunjene objektivna i subjektivna pretpostavka. Objektivna pretpostavka roditelja kao poverioca obaveze izdržavanja odnosi se na njegovu nespobnost za rad i nemanje dovoljno sredstava za izdržavanje tj. nemogućnost da se ona ostvare iz postojeće imovine. Subjektivna pretpostavka na strani roditelja kao poverioca znači da nema pravo na izdržavanje roditelj ako bi to predstavljalo očiglednu nepravdu za dete ili drugog srodnika i
- obaveza izdržavanja krvnih srodnika u pobočnoj liniji – obaveza postoji ako roditelji nisu živi ili nemaju materijalnih mogućnosti i tada su braća i sestre (punoletna ili maloletna – samo od zarade ili prihoda od imovine) obavezna da izdržavaju svoju maloletnu braću i sestre.

Isto je i kod adoptivnih srodnika.

Kod tazbinskih srodnika obaveza izdržavanja maloletnog pastorka/e od strane očuha i maćehe postoji nakon smrti roditelja pastorka/e sa kojim su bili u braku, ukoliko krvni i adoptivni srodnici nisu živi ili nemaju mogućnost da daju izdržavanje. Po načelu uzajamnosti punoletni pastorak/a je dužan da izdržava očuha i maćehu, osim ako bi to bilo očigledno nepravedno za pastorka/u.

Postoje dva oblika izdržavanja čiji je osnov u vezi sa činjenicom braka: izdržavanje supružnika za vreme trajanja braka i izdržavanje nekadašnjeg supružnika po prestanku braka. Odredbama porodičnog prava je propisano da pravo na izdržavanje ima supružnik koji nema dovoljno sredstava za život i koji je nesposoban za rad ili nezaposlen. Po prestanku braka izdržavanje ne može da traje duže od pet godina. Do produženja može doći jedino ako postoje naročito opravdani razlozi koji sprečavaju poverioca da radi. Obaveza izdržavanja po prestanku braka prestaje: istekom vremena na koje je izdržavanje određeno; prestankom zakonskih pretpostavki koje

4 I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, osma knjiga*, Beograd, 2008, 127

konstituišu ovo pravo; kada poverilac zaključi novi brak ili zasnuje novu vanbračnu zajednicu i smrću subjekata alimentacije.

Isto je i kada je reč o izdržavanju vanbračnog partnera.

Najzad, postoji i obaveza izdržavanja majke deteta i to tri meseca pre porođaja i godinu dana posle porođaja, pod uslovom da majka deteta nema dovoljno sredstava za izdržavanje i da to ne bi bilo očigledno nepravedno za oca deteta.<sup>5</sup>

v) Obaveza izdržavanja mora biti utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom. Dakle, za postojanje krivičnog dela nije dovoljno samo da postoji zakonska dužnost izdržavanja već ona mora biti konkretizovana na jedan od navednih načina.

Radnja krivičnog dela ne može započeti pre nego što su sudska odluka, odnosno poravnanje postali izvršni (VS Jugoslavije Kz – 125/65)<sup>6</sup>.

Data sudska odluka može biti doneta u formi presude, rešenja, naredbe ili privremene naredbe, kao npr. „izvršne privremene naredbe nadležnog suda“ (OS u Kragujevcu Kž – 78/78)<sup>7</sup> ili „privremene mere donete u sporu o utvrđivanju očinstva“ (stav sednice Krivičnog odeljenja VS Vojvodine od 7. februara 1977. godine)<sup>8</sup>.

Za postojanje krivičnog dela značaj imaju samo odluke koje su donete u smislu porodičnog prava. Krivično delo ne postoji kada se ne ispunjavaju obaveze neke druge vrste kao npr. u slučaju obaveze isplate naknade štete detetu zbog ubistva roditelja (VS Jugoslavije Kz – 101/64 od 10. decembra 1964. godine)<sup>9</sup>, obaveze isplate određenih mesečnih iznosa supruzi zbog ubistva supruga koji je bio njen hranilac (OS u Kragujevcu Kž – 312/85)<sup>10</sup> ili obaveze isplate određenih mesečnih iznosa oštećenom na ime tuđe radne pomoći zbog umanjenja njegove radne sposobnosti koja je prouzrokovana izvršenjem krivičnog dela (OS u Beogradu Kž – 2076/78)<sup>11</sup>.

Po pravilu, izvršnost pravnosnažne odluke nastupa protekom paricionog roka ili ispunjenjem uslova navedenih u odluci, a izuzetno, ukoliko su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, izvršnost nastupa i pre pravnosnažnosti.<sup>12</sup> U tom smislu je i odluka Okružnog suda u Subotici u kojoj stoji da „nakon isteka tzv. paricionog roka u kome je s obzirom na materijalne porodične i imovinske prilike imao mogućnost da dobrovoljno izvrši svoje obaveze po osnovu pravosnažne sudske presude, okrivljeni je pao u docnju i od tog momenta su kroz njegovo ponašanje, tj. kroz njegovu pasivnost u odnosu na obavezu koja je utvrđena pravosnažnom sudskom odlukom, ostvarena obeležja krivičnog dela nedavanje izdržavanja“ (Kž – 236/06 od 17. jula 2006. godine)<sup>13</sup>.

5 Vid. S. I. Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2012, 294–312.

6 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd, 1995, 445.

7 F. Hirjan/M. Singer, *Maloljetnici u krivičnom pravu*, Zagreb, 1987, 242.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 I. Simić, *Krivični zakon Srbije, praktična primena*, Beograd, 1991, 149.

11 *Ibid.*

12 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 446.

13 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/12, 42.



Sa izvršnom odlukom izjednačava se izvršno poravnanje. Iako se u zakonskoj odredbi govori o izvršnom poravnanju pred sudom ili drugim nadležnim organom, treba reći da je nadležnost u postupku za izdržavanje predviđena samo za sud. Naime, stvarna nadležnost pripada Višem sudu, dok u drugom stepenu sudi apelacioni sud. Pored suda opšte mesne nadležnosti, nadležan je i sud na čijem području tužilac ima prebivalište, odnosno boravište.<sup>14</sup>

S tim u vezi, u sudskoj praksi se ističe da je „radnja krivičnog dela nedavanje izdržavanja tj. nepostupanje po pravnosnažnoj presudi na osnovu koje je okrivljeni obavezan da na ime svog doprinosa za izdržavanje maloletnog deteta daje utvrđeni mesečni iznos izdržavanja i ova obaveza postoji sve dok se ista presuda po zahtevu parničnih stranaka ne promeni ili pak ukine obaveza izdržavanja“ (OS u Užicu Kž – 356/07 od 26. septembra 2007. godine<sup>15</sup>, u istom smislu je i odluka OS u Valjevu Kž – 249/78<sup>16</sup>), odnosno „krivično delo postoji sve dok se ne izmeni pravnosnažna parnična presuda kojom je utvrđena obaveza plaćanja doprinosa za izdržavanje oštećenog“ (OS u Čačku Kž – 251/08 od 23. aprila 2008. godine)<sup>17</sup>.

Shodno tome, Okružni sud u Beogradu konstatuje da „okrivljeni koji je obavezan na davanje izdržavanja ne može uskratiti davanje izdržavanja zbog toga što se dete ne nalazi kod drugog roditelja kome je povereno, već kod babe i dede. Ukoliko okrivljeni nalazi da su se okolnosti promenile u odnosu na vreme kada je odluka o poveravanju deteta doneta, na raspolaganju mu stoji pravo da traži izmenu takve odluke, a ne da samovlasno uskraćuje davanje izdržavanja“ (OSB Kž – 1865/98 od 25. septembra 1998. godine)<sup>18</sup>. Takođe, Okružni sud u Šapcu smatra da „okolnost da okrivljeni povremeno uzima kod sebe svog maloletnog sina za koga je dužan da plaća alimentaciju, ne oslobađa ga obaveze da alimentaciju i dalje plaća, obzirom da se dete kod njega nalazi kraće vreme i da je sudska odluka kojom je utvrđena obaveza plaćanja alimentacije i dalje na snazi“ (Kž – 601/87)<sup>19</sup>. U tom smislu i Okružni sud u Užicu navodi da „na postojanje krivičnog dela ne utiče okolnost da je okrivljeni zakonskom zastupniku maloletnog oštećenog lica rekao da će ispuniti svoju obavezu izdržavanja maloletnog lica koja je utvrđena pravnosnažnom sudskom presudom ukoliko zakonski zastupnik maloletnog lica prihvati njegov predlog za ostvarivanje kontakta sa oštećenim maloletnim licem“ (Kž – 509/07 od 3. oktobra 2007. godine)<sup>20</sup>.

g) U izvršnoj sudskoj odluci mora biti navedena priroda obaveze davanja izdržavanja – novčani iznos ili neke druge vrednosti koje mogu podmiriti „nužne i osnovne potrebe“<sup>21</sup> izdržavanog lica, kao i dinamika davanja.

Otuda, krivično delo postoji u sledećim slučajevima:

14 Vid. S. I. Panov, (2012), 314.

15 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/12, 36.

16 I. Simić, (1991), 150.

17 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/10, 36.

18 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga*, Beograd, 2000, 107

19 I. Simić, (1991), 149.

20 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/2, 41.

21 Vid. S. I. Panov, (2012), 302–303.

- kada se izdržavanje uopšte ne daje;
- kada se izdržavanje ne daje u predviđenom iznosu i
- kada se ne poštuju rokovi koji su predviđeni za davanje izdržavanja.

Shodno tome, sudska praksa zauzima sledeća stanovišta: „okrivljeni je dužan da učestvuje u izdržavanju maloletnih oštećenih na način kako je utvrđeno pravno-snažnom sudskom odlukom i nije ovlašćen da sam vrši izmenu i način izdržavanja“ (OS u Nišu Kž – 564/05)<sup>22</sup>, nadalje, „krivično delo postoji u slučaju kada okrivljeni nije u celosti isplaćivao iznos izdržavanja koji je utvrđen pravnosnažnom presudom parničnog suda, već je u toku dve godine za izdržavanje svoje dvoje maloletne dece isplatio ukupno 12 000 dinara i time oštećenima ostao dužan ukupno 108 000 dinara“ (OS u Subotici Kž – 265/09 od 11. maja 2009. godine)<sup>23</sup>, isto tako, „krivično delo postoji u slučaju kada okrivljeni za koga je sudskim poravnanjem bilo utvrđeno da za izdržavanje svog maloletnog sina daje 30 odsto od svoje zarade, u situaciji kada mu je prestao radni odnos pa je na ime otpremnine dobio 10 mesečnih zarada, od tog iznosa nije dao novac za izdržavanje svog maloletnog sina“ (OS u Beogradu Kž – 2153/06 od 1. septembra 2006. godine)<sup>24</sup>.

Smatra se takođe, da krivično delo postoji nezavisno od toga da li se pasivnom subjektu vrše određene davanja, ukoliko se to ne čini na način i u iznosu koji su predviđeni u odgovarajućoj sudskoj odluci. U skladu sa tim su i stavovi sudske prakse prema kojima „postoji krivično delo u slučaju kada je okrivljeni deci kupovao pojedine stvari, a nije davao određeni novčani iznos utvrđen pravnosnažnom sudskom odlukom, iz razloga što se te stvari smatraju poklonima čije davanje ne utiče ispunjenje obaveze izdržavanja“ (OS u Subotici Kž – 56/09 od 18. marta 2009. godine)<sup>25</sup>, odnosno „radnja izvršenja krivičnog dela je nedavanje izdržavanja koje je bilo određeno u pravnosnažnoj sudskoj odluci i stoga sva druga davanja u bilo kom vidu za izdržavano lice, poput kupovine garderobe i obuće, ne mogu da oslobode okrivljenog obaveze davanja izdržavanja na utvrđeni način, što znači da je za postojanje krivičnog dela nebitno da li je okrivljeni na drugi način doprineo izdržavanju oštećenog lica“ (OS u Čačku Kž – 77/09 od 17. februara 2009. godine)<sup>26</sup> i najzad kako zaključuje Okružni sud u Valjevu „pomenuta davanja se ne mogu kompenzovati sa obavezom okrivljenog da plaća utvrđenu sumu izdržavanja“ (Kž I – 314/09 od 4. juna 2009. godine).<sup>27</sup>

S tim u vezi u sudskoj praksi je prisutan i stav da je „sud obavezan da u svojoj odluci navede način na koji okrivljeni izbegava da daje izdržavanje, kao i visinu obaveza, tj. mesečni iznos i ukupno neplaćeni iznos“ (VS Srbije Kzz – 49/97 od 26. decembra 1997. godine)<sup>28</sup>, odnosno da „u izreci presude moraju na jasan i precizan način biti utvrđeni iznos i visina mesečnih davanja po osnovu zakonske obaveze

22 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/9, 38.

23 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/12, 39.

24 I. Simić/A. Trešnjev, (2008), 126.

25 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/9, 39.

26 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/2, 43.

27 Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/7–8, 41–42.

28 I. Simić, (2000), 197.

izdržavanja od strane okrivljene, kao i visina ukupno neisplaćenih obaveza po tom osnovu u vremenskom periodu obuhvaćenim optužnim aktom, odnosno presudom prvostepenog suda“ (OS u Subotici Kž – 542/08 od 9. januara 2009. odine)<sup>29</sup>.

Kada je reč o radnji izvršenja krivičnog dela nedavanje izdržavanja treba reći da je u sudskoj praksi prihvaćen stav da se „radnja izvršenja sastoji u samom nedavanju, bez obzira da li je učinilac imao uslove da daje izdržavanje za svoje dete ili ne“ (OS u Beogradu Kž – 2177/02 od 20. novembra 2002. godine).<sup>30</sup>

U vreme kada je radnja izvršenja krivičnog dela bila definisana kao izbegavanje davanja izdržavanja (do donošenja ZID KZ iz 2002. godine) smatralo se da krivično delo ne predstavlja svako nedavanje izdržavanja, pa čak ni odbijanje ispunjenja obaveze (Savezni Vrhovni sud Kz – 193/57 i 55/79 i VSS Kzz – 51/52<sup>31</sup> i OS u Kragujevcu Kž – 540/84<sup>32</sup>), već samo „izbegavanje“ da se daje izdržavanje koje postoji onda kada je učinilac objektivno u mogućnosti da daje izdržavanje ali on privremeno onemogućuje ostvarivanje dužnog potraživanja izdržavanja, kao npr. kada ne uplaćuje određene sume novca, otuđuje ili skriva imovinu, menja zaposlenje, odlazi u inostranstvo ili sam sebe, npr. rasprodajom celokupne imovine, dovede u situaciju da ne može da realizuje obavezu izdržavanja.<sup>33</sup> Kako se ističe, izbegavanje izdržavanja kao radnja izvršenja ovog krivičnog dela pojmovno pretpostavlja mogućnost ispunjenja obaveze izdržavanja tj. mogućnost izdržavanja je „nepisano“ objektivno obeležje ovog krivičnog dela.<sup>34</sup> Jednom rečju, krivično delo se sastoji u nemernom izbegavanju, a ne prostom nedavanju.<sup>35</sup>

Nakon što je 2002. godine inkriminacija bila izmenjena i kao krivično delo predviđeno nedavanje izdržavanja, sudska praksa je stala na stanovište da nova inkriminacija nije blaža po učinioca u odnosu na prethodnu kvalifikaciju ovog krivičnog dela, odnosno da je „radnja nedavanja teža po učinioca u odnosu na radnju izbegavanja davanja izdržavanja“ (OS u Beogradu Kž – 2177/02 od 20. novembra 2002. godine)<sup>36</sup>.

Kao što je bilo reči, data inkriminacija je uz određene dopune, zadržana i u členu 195. KZ RS i stoga se u sudskoj praksi konstatuje sledeće: „radnja krivičnog dela nedavanje izdržavanja je sama činjenica nepostupanja po pravnosnažnoj sudskoj

29 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/5, 39.

30 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd, 2004, 103.

31 Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, (1995), 445.

32 I. Simić, (1991), 149.

33 LJ. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije, posebni deo*, Beograd, 1995, 534.

34 F. Hirjan/M. Singer, (1987), 244. Kako navode ovi autori, ako bi dužnik obaveze izdržavanja sam sebe nekim prethodnim ponašanjem doveo u situaciju da nije u mogućnosti da ispuni datu obavezu, pod određenim uslovima bi moglo doći do primene instituta *Actiones Liberae in Causa*. *Ibid.*

35 Z. Stojanović/O. Perić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2000, 194.

36 I. Simić, (2004), 103. Shodno rečenom, smatramo da bi ovde sa velikom rezervom trebalo prihvatiti stav koji iznosi D. Ilčić, a prema kome je novi zakon blaži za učinioca i da stoga je opravdana njegova retroaktivna primena. Dati stav autor zasniva na zajedničkom mišljenju drugostepenog krivičnog odeljenja Okružnog suda u Beogradu od 18. maja 2005. godine (u koji nismo imali neposredni uvid). D. Ilčić, „Krivično delo nedavanje izdržavanja“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd, 2006/72, 81–82.

odluci i nedavanje utvrđenih mesečnih iznosa na ime izdržavanja, a ne izbegavanje davanja izdržavanja, tako da za postojanje krivičnog dela nisu bitni razlozi za nedavanje izdržavanja“ (OS u Čačku Kž – 189/08 od 21. marta 2008. godine)<sup>37</sup>.

Međutim, i pored toga u sudskoj praksi se i dalje mogu naći presude u kojima se pogrešno navodi da je za postojanje krivičnog dela nedavanje izdržavanja potrebno da je učinilac „navedenu obavezu izbegavao“ (OS u Subotici Kž – 265/09 od 11. maja 2009. godine)<sup>38</sup>.

Sve u svemu, moglo bi se konstatovati da je zakonodavac, u odnosu na ranije rešenje, postojećom inkriminacijom znatno proširio kriminalnu zonu i kao krivično delo predvideo puko nedavanje izdržavanja, odnosno neizvršenje jedne građansko-pravne obaveze, nezavisno od razloga koji su do toga doveli. Prilikom propisivanja date inkriminacije zakonodavac je pošao od stava da ispunjenje obaveze izdržavanja ne treba prepustiti samo dobroj volji lica kome je ta obaveza odgovarajućom odlukom određena.<sup>39</sup>

Ovde se nadalje postavlja pitanje da li postoji krivično delo ako prestane da postoji zakonski osnov za izdržavanje, a to još nije utvrđeno sudskom odlukom.

Smatra se da iz razloga što se u odgovarajućim odredbama porodičnog prava vrši razlikovanje obaveznih i fakultativnih osnova za prestanak izdržavanja, treba uzeti da kada se radi o obaveznim osnovima krivično delo ne postoji, dok je kod fakultativnih osnova neophodna odluka nadležnog organa i stoga postoji krivično delo sve dok ista ne bude doneta.<sup>40</sup>

U skladu sa tim je i sudska odluka u kojoj se navodi sledeće: „ne postoji krivično delo u slučaju kada je proteklo više od pet godina od dana prestanka braka, ako ne postoji druga sudska odluka o obavezi izdržavanja, jer prema odredbi člana 163. stav 2. PZ RS ta obaveza traje pet godina“ (OS u Beogradu Kž – 1719/06 od 21. juna 2006. godine).<sup>41</sup>

S tim u vezi je nadalje i stav prema kome „roditelju koji je obavezan da daje izdržavanje ta obaveza ne prestaje ni kada dete vanredno pohađa školu posle punoletstva jer su roditelji u skladu sa odgovarajućim odredbama porodičnog zakona dužni da izdražavaju svoju maloletnu decu do punoletstva, ali ako dete do punoletstva nije završilo školu, roditelji su dužni da ga prema svojim mogućnostima izdržavaju do isteka vremena trajanja školovanja u odgovarajućoj školi, bez obzira na činjenicu da li je dete redovan ili vanredni učenik, odnosno na fakultetu, a ako je školovanje iz

37 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/7–8, 42.

38 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/12, 39.

39 Ustanova zakonskog izdržavanja uređena je imperativnim normama i shodno odredbi člana 8. stav 2. PZ RS, nije dozvoljeno odricanje od prava na izdržavanje. Iako je pravnoformalno odricanje nedozvoljeno u praksi iz određenih razloga može doći do faktičkog odricanja. Imperativnost normi o izdržavanju vidljiva je i u tome što nije dozvoljeno sporazumevanje dužnika i poverilaca o uslovima i nastanku ovog prava, ali je dopušten sporazum u pogledu visine alimetacije i načinu ispunjenja ove obaveze. S. I. Panov, (2012), 294.

40 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2009, 478. U Istom smislu vid. F. Hirjan/M. Singer, (1987), 243.

41 I. Simić/A. Trešnjev, (2008), 125.

opravdanih razloga produženo, najkasnije do 26 godine života“ (OS u Beogradu Kž – 1131/01 pd 24. jula 2001. godine)<sup>42</sup>.

Pasivni subjekt krivičnog dela je lice (punoletno ili maloletno) koje je izvršilac po zakonu dužan da izdržava i u odnosu na koje je ta dužnost utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem pred sudom.

S obzirom na to da davanje izdržavanja po pravilu podrazumeva kontinuirana periodična davanja, postojanje krivičnog dela u konkretnom slučaju najčešće pretpostavlja da izvršilac više puta propušta da da izdržavanje.

Kada se to vrši u odnosu na jedno lice u našoj sudskoj praksi je prisutan stav da se radi o jednom krivičnom delu, odnosno da je u pitanju „trajno krivično delo koje se vrši u kontinuitetu, pa obaveza za okrivljenog traje do momenta prestanka zakonske obaveze izdržavanja“ (VS Srbije Kzz – 62/03 od 19. februara 2004 godine)<sup>43</sup>. Dati stav svoje uporište ima i u jednom delu naše teorije.<sup>44</sup>

Suprotno tome, ima mišljenja da u slučaju ovog krivičnog dela nedostaje glavni uslov za trajno krivično delo, a to je da je prvom radnjom izvršenja stvoreno protivpravno stanje koje sve vreme traje. Prema ovom shvatanju, krivično delo je dovršeno samim propuštanjem da se da izdržavanje. Ukoliko u određenim vremenskim razmacima dođe do ponavljanja radnje izvršenja, svakom novom radnjom ostvaruje se novo krivično delo i tada je, ukoliko su ispunjeni uslovi, opravdana primena konstrukcije produženog krivičnog dela.<sup>45</sup>

U vezi ovog obeležja bića krivičnog dela nadalje naša kako starija (VS Jugoslavije Kz – 3/66<sup>46</sup>, OS u Nišu Kž – 140/76<sup>47</sup> i VSS Kzz – 27/83<sup>48</sup>), tako i savremena sudska praksa jednodušno stoje na stanovištu da je „nedavanje izdržavanja tzv. lično krivično delo i postoji onoliko krivičnih dela koliko ima oštećenih lica“ (OS u Subotici Kž – 30/08 od 1. februara 2008. godine<sup>49</sup> i Kž – 364/06 od 30. septembra 2006. godine<sup>50</sup>, u istom smislu su i odluke OS u Beogradu Kž – 794/05 od 30. marta 2005. godine<sup>51</sup> i VS Srbije Kzz – 169/07 od 28. februara 2008. godine<sup>52</sup>).

Po pitanju kada je krivično delo dovršeno, osim stava da je to samim propuštanjem da se da izdržavanje tj. nedavanjem izdržavanja<sup>53</sup> u teoriji nailazimo i na

42 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, četvrta knjiga*, Beograd, 2002, 128.

43 I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga*, Beograd, 2005, 102–103

44 Lj. Lazarević/B. Vučković/V. Vučković, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004, 565.

45 Z. Stojanović, (2009), 477. i Z. Stojanović/O. Perić, (2011), 118. U istom smislu vid. F. Hirjan/M. Singer, (1987), 244. i I. Simić, (1991), 150.

46 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 446

47 F. Hirjan/M.Singer, (1987), 243.

48 I. Simić, (1991), 149.

49 Izbor sudske prakse, Beograd,2008/6, 30.

50 Izbor sudske prakse, Beograd,2007/7–8, 47.

51 I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, sedma knjiga*, Beograd, 2006, 105.

52 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3, 33.

53 Z. Stojanović, (2009), 477, Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Podgorica, 2010, 484, Z. Stojanović/O. Perić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, 118. i M. Škulić, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd, 2003, 392.

još dva mišljenja. Prvo mišljenje, da je „krivično delo dovršeno kad učinilac ne daje izdržavanje, potpuno ili delimično, posledica je da korisnik izdržavanja ne može zbog toga da ga potpuno ili delimično ostvaruje“<sup>54</sup>. I drugo mišljenje, „krivično delo je dovršeno kada nastupi posledica ovog dela tj. trajno ili privremeno onemogućavanje ostvarivanja prava na izdržavanje“<sup>55</sup>.

Sudska praksa stoji na stanovištu da za postojanje krivičnog dela „nije potrebno da interesi izdržavanog lica budu ugroženi već je dovoljno da je ostvarena radnja izvršenja tj. da okrivljeni ne daje izdržavanje“ (OS u Nišu Kž – 1786/08 od 17. oktobra 2008. godine)<sup>56</sup>.

Ako uzmemo u obzir prvonavedeni teorijski stav i stav sudske prakse moglo bi se zaključiti da je krivično delo nedavanje izdržavanja formalno/delatnosno krivično delo odnosno, krivično delo koje nema posledicu kao konstitutivni element bića krivičnog dela pa je stoga u konkretnom slučaju ne treba ni utvrđivati – dovršenje radnje znači i dovršenje krivičnog dela.

Kao i sva druga krivična dela i ovo krivično delo ima posledicu u širem smislu koja se sastoji u povredi prava na izdržavanje kao jednog u korpusu prava predviđenih odredbama porodičnog zakonodavstva.

U vezi drugonavedenog teorijskog stanovišta moglo bi se primetiti da je u pitanju očigledna kontradikcija s obzirom na to da se govori da je delo dovršeno samom radnjom izvršenja, a potom se navodi u čemu se sastoji posledica krivičnog dela. Kao što je poznato, osim prethodno pomenutih formalnih/delatnosnih krivičnih dela, koja nemaju posledicu u užem smislu, okončanjem radnje izvršenja dovršenim se smatraju još i krivična dela čija posledica u užem smislu se sastoji u apstraktnoj opasnosti kao mogućnosti za nastupanje konkretne opasnosti. Nastupanje apstraktne opasnosti se ne utvrđuje jer postoji zakonska prezumpcija da je data radnja tipično opasna.<sup>57</sup> Shodno tome, nespojivi su sa jedne strane, radnja izvršenja čije okončanje predstavlja dovršeno krivično delo i sa druge strane, nastupanje navedene posledice, osim ukoliko je reč o posledici u širem smislu reči, što ovde očigledno nije slučaj.

Neosnovanost trećenavedenog teorijskog stava ukratko bismo objasnili ukazujući na činjenicu da prava krivična dela nečinjenja u svom zakonskom opisu nemaju posledicu i da je kažnjivo propuštanje kao takvo.<sup>58</sup>

54 LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, 553 i LJ. Lazarević/B. Vučković/V. Vučković, (2004), 564.

55 Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, (1995), 446.

56 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/11, 37.

57 Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2010, 97–98. Ima mišljenja da je u vreme kada je krivično delo bilo inkriminasno kao izbegavanje davanja izdržavanja u pitanju bilo posledično krivično delo koje je dovršeno „kada nastupi posledica tj. trajno ili privremeno onemogućavanje ostvarivanja prava na izdržavanje“ (Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, /1995/, 446), odnosno „kada učinilac izbegavanjem davanja izdržavanja ne ispunjava, potpuno ili delimično, svoju obavezu da za određeno lice daje izdržavanje“ LJ. Lazarević, (1995), 535.

58 F. Bačić/Š. Pavlović, *Komentar kaznenog zakona*, Zagreb, 2004, 90.

Nakon konstatacije da krivično delo nedavanje izdržavanja predstavlja formalno/delatnosno krivično delo, pažnju ćemo usmeriti na pitanje da li je krivično delo nedavanje izdržavanja trajno krivično delo.

Podsećanja radi – trajno krivično delo postoji kada učinilac protivpravno stanje koje je stvorio nakon toga održava svojom voljom i na taj način se krivično delo „obnavlja“ sve do trenutka dok on ne odluči da dato protivpravno stanje prekine ili ga na to prinude spoljne okolnosti.<sup>59</sup>

Nadalje, ako pođemo od stava da su trajna krivična dela formalna/delatnosna krivična dela<sup>60</sup> koja su sa jedne strane – formalno dovršena ostvarenjem obeležja bića krivičnog dela, odnosno preduzimanjem radnje izvršenja kojom nastaje protivpravno stanje pri čemu se trajanje radnje izvršenja i nastalog protivpravnog stanja podudaraju, a sa druge strane – materijalno dovršena onda kada je dato nepravdo ostvareno u punoj meri tj. tek sa prestankom protivpravnog stanja<sup>61</sup>, dolazimo do zaključka da je za postojanje krivičnog dela nedavanje izdržavanja u svakom slučaju svejedno da li je radnja izvršenja preduzeta jednom ili više puta. Postoji jedno krivično delo nedavanje izdržavanja i onda kada izdržavanje nije dato jedan mesec, kao i onda kada izdržavanje nije dato dvanaest meseci zaredom, iz razloga što prirodo trajnog krivičnog dela ne opredeljuje dužina trajanja radnje već njen odnos sa nastalim protivpravnim stanjem. Krivično delo je trajno zato što ne obuhvata samo stvaranje protivpravnog stanja već i njegovo održavanje pri čemu radnja kojom je protivpravno stanje stvoreno i sve kasnije radnje kojima se protivpravno stanje održava čine jednu radnju – jedno krivično delo.<sup>62</sup>

U kontekstu datog razmatranja od značaja može biti i stav sudske prakse u kome se konstatuje sledeće: „radnje krivičnih dela nedavanje izdržavanja mogu činiti jedno produženo krivično delo samo su učinjena prema istom licu jer je zaštićeni objekt tog dela lice u čiju korist je ustanovljena obaveza izdržavanja“ (Vrhovni kasacioni sud Kzz – 129/10 od 23. juna 2010. godine)<sup>63</sup>.

59 Primera radi, to su sledeća krivična dela: protivpravno lišenje slobode (član 132. KZ RS), narušavanje nepovredivosti stana (član 139. KZ RS), neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a KZ RS) i druga.

60 Suprotno tome, Z. Stojanović trajna krivična dela svrstava u posledična krivična dela. Z. Stojanović, (2010), 204.

61 P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, 134. i 282.

62 Dugačije je pak, kod krivičnog dela nasilje u porodici (član 194. KZ RS) koje takođe postoji kada je delatnost koja predstavlja radnju izvršenja preduzeta jednom ili više puta, ali kod koga broj neophodnih delatnosti zavisi od prirode same radnje jer je za postojanje krivičnog dela potrebno da je preduzeta takva radnja koja je objektivno podobna da dovede do ugrožavanja spokojstva, telesnog integriteta ili duševnog stanja pasivnog subjekta. Drugim rečima, u određenim slučajevima je nužno da delatnost koja predstavlja radnju izvršenja bude preduzeta više puta jer tu i nema stvarnog pluraliteta radnji, već preduzete delatnosti pojedinačno posmatrane nose u sebi samo po deo potrebnog kvaliteta koji definiše suštinsku sadržinu nepravda i otuda te delatnosti čine samo segmente jedinstvenog ponašanja koje je podobno da prouzrokuje posledicu kao obeležje bića krivičnog dela. Vid. N. Delić, „Krivično delo nasilje u porodici (član 194. KZ RS): zakonski pojam, doktrinarni stavovi i sudska praksa“, U: *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija i prevencija*, Beograd, 2010, 96–97.

63 Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/4, 43.

Uzevši u obzir prethodno navedeno, smatramo da Vrhovni kasacioni sud ovde nije imao u vidu situacije u kojima je više krivičnih dela izvršeno prema jednom licu na taj način što utvrđena obaveza izdržavanja nije izvršavana npr. šest meseci u kontinuitetu (pošto je reč o trajnom krivičnom delu postojalo bi jedno krivično delo nedavanje izdržavanja). Po našem mišljenju, mogućnost primene instituta produženog krivičnog dela postoji samo onda kada obaveza izdržavanja prema jednom licu nije izvršavana najpre po jednom, a potom po drugom, odnosno trećem (i tako redom) zakonskom osnovu koji je konkretizovan u odgovarajućoj sudskoj odluci npr. prvo je utvrđena obaveza izdržavanja supružnika za vreme trajanja braka – koju učinilac nije izvršavao, nakon toga, brak je prestao i za istog supružnika je utvrđena obaveza izdržavanja nekadašnjeg supružnika – koju on takođe nije izvršavao. U prilog navedenom govori i napred pomenuti stav Vrhovnog suda Srbije prema kome „obaveza za okrivljenog traje do momenta prestanka zakonske obaveze izdržavanja“.

Shodno tome, ako pođemo od sledećih činjenica: prve – da je nedavanje izdržavanja formalno/delatnosno krivično delo koje je okončano dovršenjem radnje izvršenja i druge – da je nedavanje izdržavanja trajno krivično delo koje egzistira sve do momenta prestanka zakonske obaveze izdržavanja, odnosno da je proizvedeno protivpravno stanje integralni deo radnje i da je otuda delo u formalnom smislu dovršeno nastupanjem protivpravnog stanja, a u materijalnom smislu prestankom datog stanja, mogli bismo da zaključimo da je primena instituta produženog krivičnog dela moguća samo u slučaju kada u odnosu na jedno lice postoji više zakonskih osnova za izdržavanje koji su konkretizovani u odgovarajućim sudskim odlukama.

Za postojanje krivičnog dela na subjektivnom planu potreban je umišljaj koji, pored ostalih obeležja bića krivičnog dela, treba da obuhvati i svest o postojanju izvršne sudske odluke ili izvršnog poravnanja pred sudom, odnosno osnova iz kog proizlazi dužnost davanja izdržavanja.

Zabluda učinioca u pogledu postojanja izvršne sudske odluke ili izvršnog sudskog poravnanja na osnovu kog postoji obaveza davanja izdržavanja ima karakter stvarne zablude o obeležjima bića krivičnog dela. Shodno odredbi člana 28. KZ RS ukoliko bi bilo utvrđeno da je reč o neotklonjivoj stvarnoj zabludi (učinilac nije bio dužan i nije mogao da izbegne zabludu u pogledu neke stvarne okolnosti), ne bi postojalo krivično delo, a s obzirom na to da ovo krivično delo nema svoj nehatni oblik, postojanje krivičnog dela bilo bi isključeno i u slučaju otklonjive stvarne zablude (stvarna zabluda iz nehata).

Iako po pitanju subjektivnog obeležja ovog krivičnog dela ne bi trebalo ništa da bude sporno, čini se da pojedini stavovi sudske prakse ipak mogu stvoriti izvesne dileme.

Naime, kao što je prethodno rečeno, u vreme kada je ovo krivično delo bilo predviđeno kao „izbegavanje davanja izdržavanja“ smatralo se da krivično delo ne postoji ako izvršilac nije u mogućnosti da svoju obavezu izdržavanja ispuni, osim ako je do nemogućnosti izvršenja obaveze došlo usled „svesnog“ ponašanja izvršio- ca upravljenog na odugovlačenje ili neizvršenje obaveze izdržavanja<sup>64</sup>.

64 Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, (1995), 445.



Uprkos činjenici da je pojam „izbegavanje davanja izdržavanja“ bio zamenjen pojmom „nedavanje izdržavanja“, u sudskoj praksi su se i nakon donošenja KZ RS iz 2006. godine još uvek mogle naći (zalutale) odluke u kojima se na prethodno navedeni način razmatra postojanje radnje izvršenja krivičnog dela, kao što je npr. presuda Okružnog suda u Čačku u kojoj se navodi da „za postojanje krivičnog dela nije bitno da li je okrivljeni to činio svesno ili objektivno nije bio u mogućnosti da daje izdržavanje“ (Kž – 77/09 od 17. februara 2009. godine)<sup>65</sup> iz koje bi se u kontekstu sadašnjeg rešenja moglo pogrešno zaključiti da sud ovde govori o umišljaju kao subjektivnom obeležju bića krivičnog dela i da njegovo postojanje nije potrebno u slučaju kada učinilac objektivno nije u mogućnosti da daje izdržavanje.

Kao „interesantna“ mogla bi se takođe navesti i odluka Okružnog suda u Subotici u kojoj se kaže da se „ni pod kojim uslovima ne može umanjiti krivična odgovornost okrivljenog za utvrđene obaveze po osnovu izdržavanja zbog toga što je on pretpostavljao da će oštećena tražiti prinudno izvršenje jer je u sudskoj praksi opšteprihvaćeno stanovište da uslov za davanje izdržavanja na osnovu pravnosnažne sudske odluke nije prethodno pokrenuti izvršni postupak prema dužniku kao davaocu izdržavanja“ (Kž – 236/06 od 17. jula 2006. godine)<sup>66</sup>.

S tom razlikom što se u ovom slučaju na njega poziva učinilac krivičnog dela, odnosno u žalbi advokat okrivljenog, moglo bi se primetiti da je i ovde, kao i prethodno, reč o jednom „pravnom atavizmu“ koji potiče još iz vremena kada je ovo krivično delo bilo predviđeno pod nazivom „neplaćanje alimentacije“, a njegova radnja bila definisana kao izbegavanje da se daje izdržavanje<sup>67</sup> i kada se, i pored toga što je Savezni vrhovni sud u svojoj odluci Kž – 193/57 od 13. septembra 1957. godine zauzeo stav, koji je kasnije dobio i svoju teorijsku potvrdu,<sup>68</sup> da za postojanje krivičnog dela nije potrebno prethodno neuspelo izvršenje, sudska praksa se jedno vreme u velikom broju slučajeva priklanjala stanovištu da je prethodno neuspelo izvršenje neophodno kao način da se dokaže postojanje izbegavanja davanja izdržavanja.<sup>69</sup>

U datom kontekstu, poseban kuriozitet može da predstavlja činjenica da se na ovo pogrešno shvatanje u sudskoj praksi moglo naići i decenijama nakon formulisanja pomenutog stava, a što se može videti iz odluke Vrhovnog suda Srbije Kž – 12/92 od 9. aprila 1992. godine u kojoj se ističe da prvostepeni i drugostepeni sud nisu u pravu kada navode da se o krivičnom delu izbegavanje davanja izdržavanja može govoriti samo ako je prethodno sproveden izvršni postupak.<sup>70</sup>

Izvršilac krivičnog dela je lice čija je zakonska obaveza izdržavanja utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim sudskim poravnanjem.

65 Izbior sudske prakse, Beograd, 2010/2, 43.

66 Izbior sudske prakse, Beograd, 2007/12, 42.

67 Vid. J. Tahović, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 1953, 212, J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957, 424. i Ž. Jovanović, *Priručnik iz krivičnog prava Jugoslavije, posebni deo*, Beograd, 1963, 173.

68 F. Bačić, *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb, 1992, 131.

69 F. Hirjan/M. Singer, (1987), 243.

70 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1993/39–40, 61.

Mestom izvršenja ovog krivičnog dela trebalo bi smatrati kako mesto prebivališta, odnosno boravišta pasivnog subjekta, tako i mesto prebivališta, odnosno boravišta učinioca.

Najzad ovde treba reći i to je u sudskoj praksi prisutan stav „da se činjenica da je okrivljeni svoje obaveze izdržavanja ispunio, ali sa zakašnjenjem može uzeti kao olakšavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne“ (OS u Beogradu Kž – 2482/02 od 17. decembra 2002. godine)<sup>71</sup>.

Po tom pitanju stojimo na stanovištu da bi bilo opravdano datu okolnost predvideti kao fakultativni osnov za oslobođenje od kazne, odnosno propisati da se učinilac krivičnog dela može osloboditi od kazne ako je do izricanja prvostepene presude ispunio svoju obavezu.

Kriminalnopolitičko opravdanje za propisivanje instituta stvarnog kajanja kod krivičnog dela nedavanje izdržavanja vidimo u tome što se u cilju zaštite interesa pasivnog subjekta učinilac krivičnog dela, kroz mogućnost oslobođenja od kazne, stimuliše da sam otkloni iz krivičnog dela proizašlu povredu njegovog prava na izdržavanje. Pri tome, da bi postojala mogućnost oslobođenja od kazne stvarno kajanje bi moralo biti „stvarno“ i moralo bi se manifestovati kroz svrsishodno i efikasno angažovanje učinioca krivičnog dela koje rezultira otklanjanjem nastale posledice (u širem smislu) – to je smisao ovog instituta krivičnog prava. Pri tome, treba naglasiti da bi stvarno kajanje podrazumevalo da učinilac sam ispunji svoju obavezu davanja izdržavanja. Otuda, ne bi postojalo stvarno kajanje ako bi npr. iznos novca koji predstavlja obavezu izdržavanja dalo treće lice bez znanja učinioca ili čak mimo njegove volje.

Međutim, moglo bi se smatrati da postoji stvarno kajanje u slučaju kada bi obavezu izdržavanja izvršilo treće lice koje je angažovao učinilac krivičnog dela jer se on nalazio u stvarnoj nemogućnosti da to sam učini. Da bi postojalo stvarno kajanje ono takođe mora biti blagovremeno što znači da do ispunjenja obaveze izdržavanja mora doći pre izricanja prvostepene presude.<sup>72</sup>

U stavu 2. je propisano da se neće kazniti učinilac dela iz stava 1. ovog člana ako iz opravdanih razloga nije davao izdržavanje.<sup>73</sup>

U skladu sa odredbom člana 112. stav 29. KZ RS izraz „neće se kazniti“ znači da u tom slučaju nema krivičnog dela.

Krivično delo ne postoji jer je ovde reč o posebnom osnovu isključenja protivpravnosti.<sup>74</sup>

71 I. Simić, (2004), 102.

72 U teoriji se navodi da je za primenu instituta stvarnog kajanja potrebno da bude ispunjen još jedan uslov, a to je da stvarno kajanje bude dobrovoljno. Vid. N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Beograd, 2009, 44–45.

73 Pre nego što je uveden ovaj oblik krivičnog dela bilo je mišljenja da bi u slučaju ozbiljne nemaštine ili neke slične nemogućnosti koja je objektivnog karaktera i koja je uzrokovala nedavanje izdržavanja, ukoliko su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi, trebalo smatrati da učinilac postupa u krajnjoj nuždi. M. Škulić, (2003), 392.

74 Z. Stojanović, (2009), 478. Nije u pravu D. Ilić kada navodi da je u pitanju „osnov za oslobođenje od krivične odgovornosti“. D. Ilić, (2006), 82.

Da li u konkretnom slučaju postoje „opravdani razlozi“ za nedavanje izdržavanja predstavlja faktičko pitanje koje se utvrđuje u zavisnosti od datih okolnosti.

U tom smislu sudska praksa zauzima sledeća stanovišta: „nedavanje izdržavanja iz opravdanih razloga mora se dokazima utvrditi i stoga postoje tri krivična dela s obzirom na to da je okrivljena mlada i zdrava osoba koja nije osporavala svoju radnu sposobnost i mogućnost da zarađuje novac potreban za izdržavanje svoje troje maloletne dece, na osnovu obaveze koja je utvrđena pravnosnažnom presudom parničnog suda“ (AS u Kragujevcu Kž – 4357/10 od 26. septembra 2010. godine)<sup>75</sup> zatim, „pravilno je postupio prvostepeni sud kada je okrivljenom sudio u odsustvu i kada je na osnovu pravnosnažne sudske presude kojom je okrivljeni obavezan da plaća utvrđeni mesečni iznos na ime izdržavanja maloletne ćerke, a na ruke majke – zakonskog zastupnika, utvrdio da okrivljeni nije postupio u skladu sa navedenom presudom i nije davao izdržavanje, da je jedno vreme boravio u inostranstvu gde je živeo i radio, da je psihofizički zdrav i sposoban za privređivanje zbog čega drugostepeni sud smatra da je prvostepeni sud pravilno utvrdio činjenično stanje i da je žalba neosnovana jer nije bilo razloga koji bi govorili u prilog navoda žalbe da okrivljeni izdržavanje nije davao iz opravdanih razloga“ (OS u Čačku Kž – 148/09 od 16. marta 2009. godine).<sup>76</sup> Takođe, „neosnovani su navodi okrivljene da postoji opravdani razlog nedavanja izdržavanja za dvoje maloletne dece u slučaju kada je u zasnovanoj vanbračnoj zajednici rodila treće dete i maloletnim oštećenima povremeno davala novac da nešto kupe za sebe“ (OS u Subotici Kž – 333/08 od 29. jula 2008. godine)<sup>77</sup> odnosno, „irelevantno je za postojanje krivičnog dela to što je zanatska radnja okrivljenog prestala sa radom, okrivljeni nije imao nikakvih opravdanih razloga da ne daje izdržavanje svojoj maloletnoj deci s obzirom na to da je dobrog zdravstvenog stanja i da je osposobljen za obavljanje više vrsta građevinskih poslova pa je u mogućnosti da ostvari odgovarajuću zaradu i tako stvori uslove za izvršenje svoje zakonske obaveze prema deci“ (OS u Užicu Kž – 267/08 od 29. maja 2008. godine),<sup>78</sup> kao i da su „neosnovani navodi u žalbi branioca okrivljenog da postoji opravdan razlog za nedavanje izdržavanja iz razloga što je pokrenuo postupak pred opštinskim sudom za izmenu odluke o izdržavanju deteta, jer dok postoji pravnosnažna parnična presuda o utvrđenoj obavezi okrivljenog za plaćanje doprinosa za izdržavanje maloletnog deteta, on je dužan da svoju zakonsku obavezu ispunjava“ (OS u Subotici Kž – 442/06 od 12. decembra 2006. godine)<sup>79</sup> i najzad, „okrivljeni je bio u mogućnosti da daje izdržavanje za potrebe svog maloletnog deteta, s obzirom na to da ima 34 godine, da je zdrav i sposoban za rad i da se izdržava od povremenog rada“ (OS u Beogradu Kž – 1693/04 od 30. juna 2004. godine)<sup>80</sup>.

Međutim, kako osnovano konstatuje Okružni sud u Užicu „kada je u vreme donošenja pravnosnažne parnične presude kojom je okrivljeni obavezan da plaća

75 Izbior sudske prakse, Beograd, 2011/5, 41.

76 Izbior sudske prakse, Beograd, 2009/10, 40.

77 Izbior sudske prakse, Beograd, 2009/2, 43.

78 Izbior sudsek prakse, Beograd, 2008/11, 40.

79 Izbior sudske prakse, Beograd, 2007/6, 43.

80 I. Simić/A. Trešnjev, (2005), 103.

utvrđeni novčani iznos na ime izdržavanja maloletnog deteta, utvrđeno da je nezaposleno lice, da ga izdržava otac, a nakon pravnosnažnosti presude je bolnički lečen na psihijatrijskom odeljenju, to predstavlja opravdani razlog da se okrivljeni ne kazni zbog krivičnog dela nedavanja izdržavanja“ (Kž – 620/07 od 20. decembra 2007. godine)<sup>81</sup>.

U stavu 3. je predviđen teži oblik krivičnog dela koji postoji ako su usled dela iz stava 1. ovog člana nastupile teške posledice za izdržavano lice.

Po pitanju šta se u kontekstu ovog krivičnog dela podrazumeva pod teškim posledicama u teoriji nailazimo na mišljenje da ovaj pojam treba uzeti u širem smislu i pod njim razumeti one štetne posledice koje prevazilaze posledice koje se redovno pojavljuju kod nedavanja izdržavanja, a mogu se odnositi na zdravstveno stanje izdržavanog lica, vaspitanje, školovanje, ispunjavanje neophodnih potreba i sl.<sup>82</sup> Shodno nešto određenijem stavu, teške posledice bi bile one posledice koje po svom značaju i težini ne bi bilo opravdano smatrati običnim otežavajućim okolnostima kod osnovnog oblika krivičnog dela, a koje opet ne bi predstavljale smrt ili teško narušavanje zdravlja, jer se te posledice kao teže javljaju kod krivičnog dela kršenje porodičnih obaveza (član 196. KZ RS). Da zakonodavac ovde nije ima u vidu nastupanje tih najtežih posledica vidi se i po zaprećenoj kazni kod ovog oblika krivičnog dela nedavanja izdržavanja (zatvor od tri meseca do tri godine).<sup>83</sup>

Ako uzmemo u obzir da je krivično delo nedavanje izdržavanja formalno/delatnosno krivično delo, delo koje nema posledicu u užem smislu, i ako pri tome počemo od pretpostavke da formulacija „teške posledice za izdržavano lice“ podrazumeva odgovarajuću gradaciju, tj. pretpostavlja da su u slučaju kvalifikovanog oblika krivičnog dela nastupile posledice koje su teže od posledica koje nastupaju izvršenjem osnovnog oblika krivičnog dela, jednom rečju, ako počemo od stava da „teške posledice“ podrazumevaju „teže posledice“, onda bismo, shodno navedenom, mogli doći do zaključka da je s obzirom na prirodu krivičnog dela primena formulacije „teške posledice“ neadekvatna. Preciznije rečeno, mišljenja smo da je primena formulacije „teške posledice“ u navedenom smislu opravdana jedino kod kvalifiko-

81 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/4, 38.

82 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 447, Lj. Lazarević, (2006), 553. i M. Škulić, (2003), 393.

83 Z. Stojanović, (2009), 478. Ako imamo u vidu pojedine zakonske inkriminacije koje obuhvataju i oblik kvalifikovan težom posledicom možemo da uočimo da kod većeg broja krivičnih dela zakonodavac težu posledicu propisuje koristeći formulaciju „teške posledice“, pored krivičnog dela nedavanje izdržavanja primera radi, to su i sledeća krivična dela: protivpravno lišenje slobode (član 132. stav 3. KZ RS), otmica (član 134. stav 3. KZ RS), ugrožavanje sigurnosti (član 138. stav 2. KZ RS), kleveta (član 171. stav 3. KZ RS), iznošenje ličnih i porodičnih prilika (član 172. stav 3. KZ RS), prinuda prema vojnom licu u vršenju službene dužnosti (član 403. stav 2. KZ RS), špijunaža (član 315. stav 5. KZ RS) i druga, dok se kod samo tri krivična dela koristi formulacija „naročito teške posledice“, to su: iznuđivanje iskaza (član 136. stav 2. KZ RS), omogućavanje uživanja opojnih droga (član 247. stav 2. KZ RS) i davanje lažnog iskaza (član 335. stav 4. KZ RS). S obzirom na to da se u teoriji uglavnom smatra da bi u oba slučaja dati pojam trebalo ekstenzivno tumačiti kao i da je pored toga evidentno odsustvo jasno definisanih kriterijuma na osnovu kojih bi se vršilo razlikovanje teških od naročito teških posledica moglo bi se zaključiti da je dato terminološko razlikovanje praktično suvišno, odnosno da bi bilo bolje u svim slučajevima koristiti termin „teške posledice“.

vanih oblika materijalnih/posledičnih krivičnih dela, koja imaju posledicu kao obeležje osnovnog oblika, dok bi u slučaju formalnih/delatnosnih krivičnih dela, kod kojih, kao što je do sada više puta naglašeno, u osnovnom obliku izostaje posledica u užem smislu, u pitanju bilo nastupanje ne „teže“, već neke posebne posledice.

Shodno odredbi člana 27. KZ RS da bi učinilac odgovarao za ovaj oblik krivičnog dela nedavanje izdržavanja potrebno je postojanje nehata u odnosu na težu posledicu. Međutim, ukoliko teža posledica, kao što je ovde slučaj, ne predstavlja neko drugo krivično delo ona može biti obuhvaćena i umišljajem učinioca.

U stavu 4. je predviđeno da ako izrekne uslovnu osudu, sud učiniocu može odrediti obavezu da izmiri dospеле obaveze i da uredno daje izdržavanje.

U skladu sa tim sudska praksa stoji na stanovištu da „ako osuđeni ne ispuni uslovnom osudom postavljenu obavezu davanja izdržavanja, iako je bio u mogućnosti da to čini, kazna zatvora će biti izvršena“ (OS u Beogradu Kž – 2000/06 od 26. oktobra 2006. godine)<sup>84</sup>.

Po tom pitanju prisutan je i stav prema kome „kod činjenice da je sud okrivljenom zbog krivičnog dela nedavanja izdržavanja izrekao uslovnu osudu i odredio dodatnu obavezu da u roku od mesec dana od pravnosnažnosti presude izmiri dospеле obaveze na ime izdržavanja maloletne ćerke kao i da ubuduće uredno plaća izdržavanje, bespotrebno je i nezakonito naknadno upućivanje oštećene na parnicu radi ostvarivanja imovinskopravnog zahteva“ (OS u Nišu Kž – 1620/08).<sup>85</sup>

Postavlja se pitanje kakva je bila intencija zakonodavca kada je predvideo da se u uslovnoj osudi osim obaveze izmirenja dospelih obaveza izdržavanja može odrediti i obaveza osuđenog da ubuduće uredno daje izdržavanje.

Naime, u slučaju da osuđeni kome je izrečena uslovna osuda u kojoj je određena obaveza da ubuduće uredno daje izdržavanje, ovu obavezu ne ispuni sud može u okviru vremena proveravanja produžiti rok za ispunjenje obaveze ili može opozvati uslovnu osudu i izreći kaznu koja je utvrđena u uslovnoj osudi, a ako utvrdi da osuđeni, iz opravdanih razloga, ne može da ispuni postavljenu obavezu, sud će ga osloboditi ispunjenja te obaveze ili je zameniti drugom odgovarajućom obavezom predviđenom zakonom (član 69. KZ RS).

U drugom slučaju pak, ako sud u uslovnoj osudi ne odredi obavezu osuđenog da ubuduće uredno daje izdržavanje, i ukoliko do toga dođe, postojaće novo krivično delo nedavanje izdržavanja. Ako tada još uvek traje vreme proveravanja i ako za to krivično delo učiniocu bude izrečena kazna zatvora do dve godine ili novčana kazna (za krivično delo nedavanje izdržavanja je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine) sud će pošto oceni sve okolnosti koje se odnose na delo i učinioca, a posebno srodnost dela, značaj i pobude, odlučiti da li će opozvati uslovnu osudu (član 67. stav 2. KZ RS).

Sve u svemu, u oba slučaja postoji mogućnost opoziva uslovne osude.

Pri tome, kao što je navedno, u slučaju opoziva uslovne osude zbog neispunjenja obaveze da se uredno daje izdržavanje, došlo bi do izricanja prethodno utvrđene kazne zatvora.

84 I. Simić/A. Trešnjev, (2008), 57.

85 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/2, 42.

Međutim, u slučaju opoziva uslovne osude zbog novog krivičnog dela došlo bi do primene odredaba za odmeravanje kazne za dela u sticaju (član 60. KZ RS) i izricanja jedinstvene kazne zatvora za ranije učinjeno krivično delo nedavanje izdržavanja i novo krivično delo nedavanje izdržavanja, pri čemu bi sud kaznu iz opozvane uslovne osude uzeo kao utvrđenu (član 67. stav 3. KZ RS). Ako ne opozove uslovnu osudu, sud može za učinjeno krivično delo izreći uslovnu osudu ili kaznu (član 67. stav 4. KZ RS). Ako sud nađe da i za novo krivično delo treba izreći uslovnu osudu primeniće odredbe za odmeravanje kazne za dela u sticaju (član 60. KZ RS) i utvrdiće jedinstvenu kaznu i za ranije i za novo krivično delo i odrediće novo vreme proveravanja (od jedne do pet godina) (član 67. stav 5. KZ RS).

Prema svemu rečenom, smatramo da mogućnost suda da u uslovnoj osudi predvidi obavezu urednog davanja izdržavanja nema svoje kriminalnopolitičko opravdanje iz razloga što neispunjenje date obaveze po svojoj prirodi predstavlja ostvarenje obeležja bića krivičnog dela i to krivičnog dela za koje je data uslovna osuda izrečena. Mišljenja smo naime, da se na taj način neopravdano pogoduje učinocu koji nakon izricanja uslovne osude, dok traje vreme proveravanja, ponovo izvrši krivično delo nedavanje izdržavanja.

### III

Na kraju treba reći još i to da se s obzirom na specifičnu prirodu krivičnog dela nedavanje izdržavanja postavlja i pitanje njegovog odnosa sa drugim krivičnim delima iz grupe krivičnih dela protiv braka i porodice. Ovde pre svega treba imati u vidu krivično delo kršenje porodičnih obaveza (član 196. KZ RS) i krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica (član 193. KZ RS).

Osnovni oblik krivičnog dela kršenje porodičnih obaveza čini onaj ko kršenjem zakonom utvrđenih porodičnih obaveza ostavi u teškom položaju člana porodice koji nije u stanju da se sam o sebi stara (stav 1).

Radnja izvršenja jeste ostavljanje člana porodice.<sup>86</sup>

Ostavljanje mora predstavljati kršenje porodičnih obaveza utvrđenih zakonom.<sup>87</sup>

Kako se navodi, porodica je zajednica srodnika povezanih odgovornošću za život i zajedničku dobrobit,<sup>88</sup> odnosno krug lica vezanih brakom ili vanbračnom zajednicom i srodstvom, između kojih postoje zakonom utvrđena prava i dužnosti, čije nepoštovanje povlači za sobom određene sankcije.<sup>89</sup> Pravna relacija članova porodice određena je činjenicom da li je porodica nastala na osnovu braka ili vanbračne zajednice. Takođe, prava i dužnosti članova porodice zavise od vrste i kvaliteta srodstva (krvno, adoptivno, tazbinsko) tj. vrsta srodstva određuje i vrstu i obim pra-

86 Otuda, nije u pravu LJ. Lazarević kada navodi da je radnja izvršenja predviđena alternativno, kao ostavljanje ili napuštanje. LJ. Lazarević, (2006), 554.

87 Z. Stojanović, (2009), 479.

88 M. Janjić – Komar, „Roditeljska odgovornost“, U: *Novo porodično zakonodavstvo*, Kragujevac, 2006, 250. Cit. prema, S. I. Panov, (2012), 34.

89 M. Mladenović, S. I. Panov, *Porodično pravo*, Beograd, 2004, 44. Cit. prema, *Ibid*.

va i dužnosti. Prema onim članovima porodice koji dobrovoljno ne izvršavaju svoja prava, a posebno dužnosti postoji mogućnost primene državne prinude, odnosno mogućnost primene pravne sankcije što predstavlja granicu koja deli pravne od društvenih odnosa u porodici.<sup>90</sup> Pri tome, krivično pravo obezbeđuje zaštitu samo onda kada se radi o najdrastičnijim kršenjima dužnosti koja ugrožavaju egzistenciju drugog člana porodice.<sup>91</sup>

Smatra se da s obzirom na propisanu radnju izvršenja krivično delo kršenje porodičnih obaveza predstavlja pravo krivično delo nečinjenja – propuštanje da se ispuni odgovarajuća zakonska dužnost prema članu porodice.<sup>92</sup> Kako se ističe, iako u svom gramatičkom smislu izraz ostavljanje u teškom položaju označava aktivnu delatnost, praktično se ovde ipak radi o nepružanju pomoći – dakle o nečinjenju.<sup>93</sup>

Shodno zakonskoj formulaciji, pojam ostavljanja je u tesnoj vezi sa stanjem u kome se nalazi član porodice tj. pasivni subjekt. Član porodice se ostavlja u teškom položaju koji je uzrokovan ozbiljnim zdravstvenim problemima ili drugim faktorima kao npr. nedostatkom namirnica, vode, struje, grejanja i sl. Za postojanje krivičnog dela nije od značaja da li se pasivni subjekt sam doveo u taj – težak položaj ili je u njega došao nezavisno od svoje volje. Da bi postojalo krivično delo potrebno je da se radi o takvom članu porodice koji nije u stanju da se sam o sebi stara. Nespособnost staranja o sebi procenjuje se prema uzrastu, fizičkim i duševnim sposobnostima člana porodice.

Nije neophodno da nesposobnost člana porodice da se sam o sebi stara u svakom slučaju postoji u trenutku ostvarenja radnje izvršenja, već je, u zavisnosti od okolnosti datog slučaja, moguće i da težak položaj u kome je ostavljen pasivni subjekt dovede do toga da on nije u stanju da se sam o sebi stara.<sup>94</sup>

Otuda, krivično delo postoji „kada roditelji svoje osmoro maloletne dece koja nisu bila u stanju da se sama o sebi staraju ostave da po hladnoći žive i spavaju u prostoriji bez vrata i grejanja, a kada su se razboleli nisu potražili lekarsku pomoć“ (OS u Beogradu Kž – 1173/95 od 23. novembra 1995. godine)<sup>95</sup>, kao i u slučaju kada je „okrivljena kao majka ostavljala u teškom položaju svoje osmomesečno dete tako što je i pored toga što je znala da njen vanbračni suprug zlostavlja dete na taj način što ga tuče dok plače, ništa nije preduzela da to spreči i nije tražila zaštitu organa starateljstva, već je odlazila i boravila van stana po više sati dnevno“ (OS u Beogradu K – 842/02 od 9. maja 2003. godine)<sup>96</sup>.

Međutim, kako se konstatuje, ne postoji krivično delo u slučaju kada je došlo do prestanka vanbračne zajednice i kada je okrivljeni kao otac maloletne oštećene napustio zajednički stan, a ona bila poverena na čuvanje i vaspitanje svojoj majci,

90 *Ibid.* 35–36.

91 Z. Stojanović, (2009), 479.

92 Z. Stojanović, (2009), 480. i Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, (1995), 448. Upor. M. Škuljić, (2003), 395.

93 D. Atanacković, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 1981, 300.

94 Z. Stojanović, (2009), 480. Upor. Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, (1995), 449.

95 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd, 1998, 100.

96 I. Simić, (2004), 104.

jer se i pored toga što je reč o maloletnoj oštećenoj koja s obzirom na svoju dob nije mogla da se stara o sebi i koja je nakon prekida vanbračne zajednice roditelja imala određenih zdravstvenih problema, ne može smatrati da postoji krivično delo iz razloga što maloletna oštećena nije ostavljena u teškom položaju od strane okrivljenog kao oca, s obzirom na to da je bila poverena na čuvanje i vaspitanje svojoj majci“ (OS u Subotici Kž – 427/08 od 11. novembra 2008. godine)<sup>97</sup>

Krivično delo je dovršeno samom radnjom izvršenja.<sup>98</sup>

Posledica u širem smislu je povreda prava na pružanje pomoći koja predstavlja izraz porodične solidarnosti, kao jednog u korpusu prava predviđenih odredbama porodičnog zakonodavstva.

Pasivni subjekt je član porodice u odnosu na koga izvršilac ima određene porodične dužnosti, a koji se nalazi u teškom položaj i nije u stanju da se sam o sebi stara.

Ako pođemo od pretpostavke da krivično delo kršenje porodičnih obaveza isto kao i krivično delo nedavanje izdržavanja predstavlja lično krivično delo, trebalo bi uzeti da u slučaju kada jedno lice grubo krši porodične obaveze prema više lica koja se nalaze u teškom položaju i nisu u stanju da se sama o sebi staraju, postoji onoliko krivičnih dela koliko ima i pasivnih subjekata.

Postavlja se pitanje da li okolnost da su se o pasivnom subjektu starala neka druga lica isključuje postojanje ovog krivičnog dela. Prema jednom mišljenju<sup>99</sup>, krivično delo postoji i u tom slučaju, dok prema drugom mišljenju<sup>100</sup>, kome bismo se kao osnovanom i mi priklonili, takva okolnost ekskulpira onoga ko je ostavljajući člana porodice prekršio zakonsku obavezu staranja jer nije ostvareno obeležje bića krivičnog dela koje se sastoji u tome da se pasivni subjekt nalazi u teškom stanju.

Izvršilac krivičnog dela je član porodice koji ima odgovarajuće porodične dužnosti.

Teži oblici krivičnog dela postoje ako je usled osnovnog oblika krivičnog dela nastupilo teško narušavanje zdravlja (stav 2) ili smrt člana porodice (stav 3). U odnosu na težu posledicu mora postojati nehat učinioca (član 27. KZ RS).

Ono što krivično delo kršenje porodičnih obaveza diferencira u odnosu na krivično delo nedavanje izdržavanja su sledeća objektivna obeležja bića. Prvo, obaveza na činjenje proizlazi neposredno iz odgovarajućih propisa porodičnog prava (ne postoji odgovarajuća odluka nadležnog organa). Drugo, to je položaj, odnosno stanje u kome se nalazi pasivni subjekt.

Primera radi, krivično delo kršenje porodičnih obaveza bi postojalo u slučaju kada bi jedan supružnik otputovao na određeno vreme i kod kuće bez ikakve pomoći, nadzora i sredstava za život ostavio drugog supružnika koji je bolestan i nema izvore prihoda. Međutim, krivično delo ne bi postojalo ako se supružnik koji je bo-

97 Izbior sudske prakse, Beograd, 2009/5, 40.

98 Upor. Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, (1995), 450.

99 LJ. Lazarević, (2006), 555. i odluka VV K II – 360/85. Cit. prema, I. Simić, (1991), 152.

100 F. Hirjan/M. Singer, (1987), 243. i odluka OS u Leskovcu K – 1369/76. Cit. prema, I. Simić, (1991), 151.



lestan i ne može sam o sebi da se stara ne bi „našao u teškom položaju“ jer mu je npr. majka pružila odgovarajuću negu i obezbedila sredstva za život. Krivično delo nedavanje izdržavanja postojalo bi recimo, u slučaju kada bi nakon prestanka braka izvršnom sudskom odlukom bilo utvrđeno da jedan bivši supružnik ima obavezu izdržavanja drugog bivšeg supružnika, a bivši supružnik kome je utvrđena obaveza izdržavanja, otpuče na određeno vreme i tokom tog perioda ne izvršava svoju obavezu davanja izdržavanja.

Nadalje, osnovni oblik krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica čini roditelj, usvojilac, staralac ili drugo lice koje grubim zanemarivanjem svoje dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja zapusti maloletno lice o kojem je dužno da se stara (stav 1).

Roditeljsko pravo se u porodičnopravnoj književnosti definiše kao subjektivno, lično i apsolutno pravo roditelja prema detetu, tj. kao skup posebnih dužnosti i prava koji su normama objektivnog prava povereni roditeljima da ih vrše sporazumno u prvenstvenom interesu deteta, staranjem o ličnosti, pravima, interesima i imovini deteta. Pri tome, roditelji, kao i drugi subjekti, u svim aktivnostima koje se odnose na dete, u skladu sa odredbama porodičnog prava, imaju obavezu da primenjuju princip najboljeg interesa deteta. Roditeljsko pravo i dužnost nisu samo, niti dominantno, sfera privatnosti i intime. U sadržini i načinu vršenja roditeljskog prava i dužnosti postoji socijalna kontrola. Nadzor nad vršenjem roditeljskog prava može da bude preventivan i korektivan.<sup>101</sup> Ako se radi o grubom zanemarivanju vršenja roditeljskog prava, odnosno dužnosti zbog koje je došlo do štetnih posledica po maloletno lice, opravdana je primena krivičnog prava.<sup>102</sup>

Radnja izvršenja krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica je grubo zanemarivanje dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja maloletnog lica.<sup>103</sup> Radnja izvršenja može biti bilo koje nečinjenje (češće) ili činjenje koje po svojoj prirodi predstavlja grubo zanemarivanje dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja maloletnog lica. Dužnost zbrinjavanja podrazumeva brigu o osnovnim potrebama maloletnog lica, a dužnost vaspitanja stvaranje uslova koji omogućuju njegov nesmetan i pravilan razvoj.

Da bi postojalo krivično delo zanemarivanje mora biti grubo. „Grubost“ kao obeležje bića ovog krivičnog dela po svojoj prirodi predstavlja normativni element koji pretpostavlja odgovarajući vrednosni sud. Zanemarivanje može biti objektivno ocenjeno kao grubo s obzirom na intenzitet, učestalost i okolnosti pod kojima se realizuje, ali i s obzirom i na subjektivne momente, poput mržnje ili nemoralnih motiva.

Po tom pitanju sudska praksa primera radi, stoji na stanovištu da su „roditelji grubo zanemarili svoju dužnost zbrinjavanja i vaspitanja i zapustili svoju maloletnu decu, na taj način što ih nisu upisali u osnovnu školu, niti im obezbedili zdravstvenu zaštitu, jer oštećeni nemaju zdravstvene knjižice i nikad nisu bili kod lekara na

101 S. I. Panov, (2012), 156. i 160.

102 Z. Stojanović, (2009), 471.

103 Upor. M. Škulić, (2003), 383.

redovnom pregledu“ (OS u Beogradu Kž – 30/95 od 29. novembra 2006. godine)<sup>104</sup>, odnosno da „nije u pravu prvostepeni sud kada donošenje oslobađajuće presude obrazlaže time da okrivljena kao majka nema adekvatnih uslova da se brine o deci s obzirom da nije materijalno ni stambeno obezbeđena. Po stanovištu ovog suda to ne opravdava okrivljenu u grubom zanemarivanju svoje dužnosti za zbrinjavanje i vaspitanje svoje maloletne dece iz razloga što iz izveštaja Centra za socijalni rad proizlazi da okrivljena u dovoljnoj meri ne prihvata saradnju sa radnicima Centra, a svi dosadašnji pokušaji podizanja njenih roditeljskih kompetencija bili su bezuspešni, što navodi na zaključak da nepovoljne materijalne i stambene prilike nisu opravdanje za potpuno zanemarivanje roditeljskih obaveza okrivljene“ (OS u Subotici Kž – 461/08 od 22. oktobra 2008. godine).<sup>105</sup>

Posledica krivičnog dela jeste stanje zapuštenosti maloletnog lica, koje može biti fizičko i psihičko. Shodno tome, trebalo bi uzeti da usled izostanka posledice ne postoji krivično delo kao npr. u slučaju kada jedan roditelj ne brine o maloletnom licu, ali drugi roditelj preuzme tu brigu.

Pasivni subjekt može biti svako maloletno lice u odnosu na koje postoji dužnost zbrinjavanja i vaspitanja.

Izvršilac krivičnog dela može biti roditelj, usvojlac, staralac ili drugo lice koje je dužno da se stara o maloletnom licu.

Nepodeljen je stav da se kao druga lica koja su dužna da se staraju o maloletnom licu smatraju lica čija se obaveza na staranje zasniva na ugovoru ili radnom odnosu kao npr. lica koja izvršavaju vaspitnu meru pojačanog nadzora u drugoj porodici i nastavnici i vaspitači u vaspitnim ustanovama.<sup>106</sup>

Kada je reč o pedagoškim radnicima u osnovnim i srednjim školama, ima mišljenja da pošto pod drugim licem u smislu ovog krivičnog dela treba razumeti samo ono lice koja sa maloletnikom ima uspostavljen trajniji odnos koji omogućava staranje, učitelj ili nastavnik, a pod određenim uslovima i razredni starešina, načelno ne bi mogli biti izvršioci ovog krivičnog dela u vreme dok je maloletno lice u školi<sup>107</sup>.

Na subjektivnom planu potreban je umišljaj učinioaca, koji pored ostalih obležja bića, treba da obuhvati i svest o tome da je u pitanju grubo zanemarivanje dužnosti zbrinjavanja i vaspitanja.

Teži oblik krivičnog dela postoji kada roditelj, usvojlac, staralac ili drugo lice zlostavlja maloletno lice ili ga prinuđava na preteran rad ili rad koji ne odgovara uzrastu maloletnog lica ili na prosjačenje ili ga iz koristoljublja navodi na vršenje drugih radnji koje su štetne za njegov razvoj (stav 2).

Radnja izvršenja može biti: zlostavljanje – „podrazumeva izazivanje jačeg fizičkog i psihičkog bola“ (OS u Užicu Kž – 282/07 od 29. novembra 2007. godine)<sup>108</sup> kao

104 I. Simić/A. Trešnjev, (2008), 117.

105 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/9, 39.

106 F. Hirjan/M. Singer, (1987), 273. i I. Simić, (1991), 148.

107 LJ. Lazarević, (2006), 547 i M. Škulić, (2003), 382.

108 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/4, 38.

na primer, „kada otac svoje dvanaestogodišnje dete tuče kablom i pesnicama po glavi, a potom ga veša za noge i ostavlja da tako visi“ (OS u Beogradu Kž – 216/05 od 16. februara 2005. godine)<sup>109</sup> ili „kada otac svoju dvanaestogodišnju ćerku udara pivskom flašom po glavi, a majka je izudara bičem po celom telu“ (OS u Beogradu Kž – 2656/03 od 25. septembra 2003. godine)<sup>110</sup>; prinuđavanje na preteran rad; prinuđavanje na rad koji ne odgovara uzrastu maloletnog lica – „kada je okrivljeni kao roditelj svoju ćerku u periodu kada je imala između 12 i 14 godina prinuđavao da obavlja sve poslove održavanja domaćinstva i to: da kuva, pere, skuplja i pegla veš, čisti i sprema prostorije u kući i vrši nabavku namirnica“ (OS u Beogradu Kž – 1196/06 od 20. septembra 2006. godine)<sup>111</sup> i prinuđavanje na prosjačenje ili navođenje iz koristoljublja na vršenje drugih radnji koje su štetne za razvoj maloletnog lica.

Ovaj oblik krivičnog dela je dovršen okončanjem radnje izvršenja „i nije potrebno da se dokazuje da je time došlo do vaspitne zapuštenosti maloletnog lica, a ako se to utvrdi može imati značaj otežavajuće okolnosti“ (OS u Beogradu Kž – 680/99 od 15. aprila 1999. godine)<sup>112</sup>.

S obzirom na to da dužnost zbrinjavanja maloletnog lica podrazumeva i određena finansijska i materijalna davanja, krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica ostvareno kao grubo zanemarivanje dužnosti zbrinjavanja postojalo bi recimo, u slučaju kada se npr., otac porodice, kao jedini zaposleni, odao alkoholizmu ili kockanju i ne učestvuje u izdržavanju svoje maloletne dece koja su zbog toga došla u stanje zapuštenosti. Krivično delo nedavanje izdržavanja postojalo bi pak, u slučaju kada je nakon prestanka bračne zajednice izvršnom sudskom odlukom utvrđena obaveza oca da daje izdržavanje za svoju maloletnu decu koja su poverena majci koja je zaposlena, a on datu obavezu ne ispunjava jer novac troši npr. na alkohol ili kocku.

## LITERATURA

Atanacković D., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 1981

Bačić F., *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb, 1992

Bačić F./Pavlović Š., *Komentar Krivičnog zakonika*, Zagreb, 2004

Delić N., *Krivično delo nasilje u porodici (član 194. KZS): zakonski pojam, doktrinarni stavovi i sudska praksa*, U: *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija i prevencija*, Beograd, 2010

Delić N., *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Beograd, 2009

Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd, 1995

Hirjan F./Singer M., *Maloljetnici u krivičnom pravu*, Zagreb, 1987

Ilić D., *Krivično delo nedavanje izdržavanja*, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd, 2006/72

---

109 I. Simić/A. Trešnjev, (2005), 99.

110 *Ibid.*

111 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 117.

112 I. Simić, (2000), 106.

- Jovanović Ž., *Priručnik iz krivičnog prava Jugoslavije, posebni deo*, Beograd, 1963
- Lazarević Lj., *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2006
- Lazarević Lj., *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd, 1995
- Lazarević Lj./Vučković B./Vučković V., *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Cetinje, 2004
- Novoselec P., *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004
- Panov S. I., *Porodično pravo*, Beograd, 2012
- Simić I., *Krivični zakon Srbije, praktična primena*, Beograd, 1991
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2009
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, 2010
- Stojanović Z., *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2010
- Stojanović Z./Perić O., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2000
- Stojanović Z./Perić O., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011
- Škulić M., *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Beograd, 2003
- Tahović J., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957
- Tahović J., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 1953

#### STRUČNI ČASOPISI I SUDSKA PRAKSA

- Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1993/39–40; 2007/12; 2007/6; 2007/7; 2008/10; 2008/11; 2008/12; 2008/2; 2008/4; 2008/6; 2008/7–8; 2008/9; 2009/10; 2009/11; 2009/12; 2009/2; 2009/3; 2009/5; 2009/9; 2010/2; 2011/4; 2011/5; 2011/7–8.
- Simić I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća kziga*, Beograd, 2000
- Simić I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, četvrta knjiga*, Beograd, 2002
- Simić I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd, 1998
- Simić I./Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd, 2004
- Simić I./Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga*, Beograd, 2005
- Simić I./Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, sedma knjiga*, Beograd, 2006
- Simić I./Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, osma knjiga*, Beograd, 2008

*Nataša Delić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## BASIC CHARACTERISTICS OF CRIMINAL OFFENCE NON-GIVING MAINTENANCE

### SUMMARY

In this paper the author discusses the criminal offence non-giving maintenance, which belongs to a group of criminal offences against the marriage and family and that provided for article 195. the Criminal Code of Republic of Serbia. The legal nature and importance of this criminal offence had impact to the contents and structure of work in which some basic characteristics of being criminal act non-payment maintenance were analyzed and shown. In first part of work, special attention was paid to action perpetration of this crime. In a given context of discussion, the author pointed out relevant theoretical grounds and views of judicial practice, and also presented appropriate conclusions. After that, the author analyses the serious form of criminal offence of non-giving maintenance. Also, special attention is given to the legal rule/decreed in which is proscribed a possibility to pronounce conditional/suspended criminal sentence for this criminal offence. In the end of the work the relation between a criminal offence of non-giving maintenance and two criminal offences from the group of offences against marriage and family is defended, such as: violete the family duties (article 196) and neglect and maltreatment of a underage/juvenile person (article 193).

**Key words:** marriage, family, duty of maintenance, criminal offence.

Goran P. Ilić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

Ustavni sud Srbije

## O ZAHTEVU ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI U KRIVIČNOM POSTUPKU

**Apstrakt:** U tekstu su analizirane odredbe novog Zakonika o krivičnom postupku koje se odnose na zahtev za zaštitu zakonitosti. Pri tom je poseban naglasak stavljen na razmatranje novina koje se, između ostalog, odnose na ovlašćene podnosiocima zahteva za zaštitu zakonitosti, proširenje razloga zbog kojih se zahtev može uložiti, drugačije postavljenu ulogu suda koji odlučuje o ovom vanrednom pravnom leku, „jednakost oružja“ koja dolazi do izražaja na sednici veća na kojoj se razmatra zahtev za zaštitu zakonitosti, nove odluke koje se u vezi sa zahtevom donose itd.

Autor zaključuje da su izmene koje su donošenjem novog Zakonika o krivičnom postupku unete u sistem pravnih lekova, a samim tim i u zakonsko uređenje zahteva za zaštitu zakonitosti, posledica nove koncepcije krivičnog postupka. Stavljanje stranačke raspravnosti u prvi plan, uz nastojanje da procesna uloga suda ispuni u najvećoj mogućoj meri zahteve za nepristrasnošću kao jednim od ključnih elemenata prava na pravično suđenje, došle su do izražaja u ovoj oblasti. Ovo utoliko pre što je reč o postupku pravnih lekova koji se zasniva na stranačkoj dispoziciji, tako da je to bio okvir za normativnu razradu rešenja koja obezbeđuju jednakost oružja, a to znači i davanje određenih pogodnosti okrivljenom u odnosu na suprotnu stranu. Ujedno su otklonjeni i neki nedostaci koji su prilikom ranijih zakonskih izmena neopravdano zanemarivani, iako je na njih ukazivano u doktrini, a sudska praksa je bila prinuđena da iznalazi odgovarajuća rešenja.

**Ključne reči:** krivični postupak, zahtev za zaštitu zakonitosti, povreda zakona, ustavnost, ljudska prava, Vrhovni kasacioni sud.

### UVODNE NAPOMENE

Vanredni pravni lekovi se ulažu protiv pravnosnažnih sudskih odluka u izuzetnim, zakonom predviđenim slučajevima, kada se redovni pravni lekovi više ne mogu podnositi, sa ciljem da pravnosnažno presuđena stvar bude ponovo razmotrena od strane nadležnog suda. Izuzetan karakter pravnih lekova označava da nisu dopušteni za svaku činjeničnu nepravilnost, povredu zakona i nedovoljno ublažavanje kazne, već samo za one određenog značaja.<sup>1</sup> Za razliku od Zakonika o krivičnom postupku od 2001. godine<sup>2</sup> (u daljem tekstu: ZKP/2001), novi Zakonik o

---

\* vanredni profesor, gilic@ius.bg.ac.rs

1 T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Savremena administracija“, Beograd, 1981, 638.

2 Zakonik o krivičnom postupku („Službeni list SRJ“, br. 70/01 i 68/02 i „Službeni glasnik RS“, br. 58/04, 85/05, 85/05 – dr. zakon, 115/05, 49/07, 20/09 – dr. zakon, 72/09 i 76/10).

krivičnom postupku<sup>3</sup> od 2011. godine (u daljem tekstu: ZKP) ne predviđa više dva vanredna pravna leka za pobijanje pravnih grešaka, već zadržava samo zahtev za zaštitu zakonitosti u koji unosi neke elemente još postojećeg zahteva za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude.

Odredbe o zahtevu za zaštitu zakonitosti sadrže veliki broj novih rešenja. Ona se odnose na ovlašćene podnosiocima zahteva za zaštitu zakonitosti, proširenje razloga zbog kojih se zahtev može uložiti, drugačije postavljenu ulogu suda koji odlučuje o ovom vanrednom pravnom leku, „jednakost oružja“ koja dolazi do izražaja na sednici veća na kojoj se razmatra zahtev za zaštitu zakonitosti, nove odluke koje se u vezi sa zahtevom donose itd. U narednom izlaganju će detaljnije biti razmotreno novo zakonsko uređenje zahteva za zaštitu zakonitosti. U okviru odredaba koje su posvećene ovoj materiji, zakonodavac je najpre izdvojio one (nazvavši ih osnovnim odredbama) koje uređuju dozvoljenost podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti, lica koja su ovlašćena da podnesu ovaj vanredni pravni lek, sadržaj koji on treba da ima, razloge za njegovo podnošenje i nadležnost za odlučivanje o zahtevu (čl. 482 do 486 ZKP). Druga grupa odredaba se odnosi na postupak odlučivanja o zahtevu za zaštitu zakonitosti, što znači da propisuje postupanje po zahtevu, granice u kojima ovaj vanredni pravni lek omeđuje postupanje suda koji o njemu odlučuje, kao i odluke koje se u vezi sa njim mogu doneti (čl. 487 do 494 ZKP).

## 1. OSNOVNE ODREDBE

### 1. 1. Mogućnost podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti

Zahtev za zaštitu zakonitosti se može podneti protiv pravnosnažne odluke ili zbog povrede odredaba postupka koji je prethodio njenom donošenju (čl. 482 st. 1 ZKP). Zapaža se najpre da, u skladu sa novom koncepcijom postupka, zahtev može biti podnet ne samo protiv pravnosnažne odluke suda, već i protiv pravnosnažne odluke javnog tužioca.<sup>4</sup> Pored toga, s obzirom da zakonska redakcija govori o *odluci*, može se zaključiti da se zahtev za zaštitu zakonitosti može podneti protiv svake pravnosnažne presude ili rešenja, ali i protiv naredbe, što je stanovište koje je prihvaćeno i u doktrini.<sup>5</sup> U prilog tome govori i to da, za razliku od čl. 482 st. 1 ZKP u kojem je upotrebljen genusni pojam odluke, odredbe čl. 432 st. 1 i čl. 463 ZKP uređuju materiju žalbe protiv presude, kao i čl. 465 st. 1 ZKP koji se odnosi na

3 Zakonik o krivičnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 72/11 i 101/11).

4 Za razliku od toga, Zakonik o krivičnom postupku od 2006. godine („Službeni glasnik RS“, br. 46/06, 49/07, 122/08 i 79/09 – dr. zakon) (u daljem tekstu: ZKP/2006) propisivao je da Republički javni tužilac može podići ovaj vanredni pravni lek ako je povređen zakon u pravnosnažnoj *sudskoj* odluci i *sudskom* postupku koji im je prethodio (čl. 438 st. 1 ZKP/2006). Zadržavanje ovakvog rešenja, uz istovremeno uvođenje nove koncepcije krivičnog postupka koja je obuhvatila prethodnu istragu, istragu i sudski deo postupka, u teoriji je ocenjeno kao pogrešno shvatanje pojma krivičnog postupka. M. Grubač, *Shvatanje pojma krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 10–11, Novi Sad, 2006, 532.

5 M. Grubiša, *Krivični postupak Postupak o pravnim lijekovima*, „Informator“, Zagreb, 1987, 397.

žalbu protiv rešenja, čime posredno isključuju mogućnosti izjavljivanja žalbe protiv naredbe. Uostalom, pravilno je zapaženo da vanredni pravni lek ima smisao upravo u situaciji kada nema redovnog pravnog leka.<sup>6</sup>

Zakonodavac je isključio mogućnost podnošenja zaheva za zaštitu zakonitosti protiv odluke ili postupka koji je prethodio njenom donošenju, a kojom je Vrhovni kasacioni sud odlučio o zahtevu za zaštitu zakonitosti. Reč je o zakonskom normiranju načelnog stanovišta XIII Zajedničke sednice Saveznog suda i Vrhovnih sudova republika i pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 25. i 26. 10. 1979, čiji *ratio legis* je potreba da spreči neograničeno ponavljanje podnošenja zahteva.<sup>7</sup> Na osnovu toga se, *argumentum a contrario*, može zaključiti da se zahtevom za zaštitu zakonitosti mogu pobijati druge odluke Vrhovnog kasacionog suda, kao i postupci koji su prethodili njihovom donošenju.

### 1. 2. *Ovlašćeni podnosioci zahteva za zaštitu zakonitosti*

Novinu u vezi sa ovlašćenim procesnim subjektima za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti predstavlja to što je, pored Republičkog javnog tužioca, pravo na podnošenje zahteva priznato okrivljenom i njegovom braniocu (čl. 483 st. 1 ZKP).<sup>8</sup> Uvođenje odbrane u krug ovlašćenih podnosilaca ovog vanrednog pravnog leka ne znači ipak da je njen položaj izjednačen sa položajem Republičkog javnog tužioca. To je posledica shvatanja da se osnovna svrha zahteva za zaštitu zakonitosti sastoji u zaštiti opšteg interesa, kao i nastojanja da se, otvaranjem vrata odbrani da koristi ovaj vanredni pravni lek, on ne probrazi (imajući u vidu mogući broj podnetih zahteva) u redovni pravni lek.<sup>9</sup> Odbrana zato ima mogućnost da, u određenom roku, podnese zahtev za zaštitu zakonitosti zbog povreda zakona koje su taksativno nabrojane u čl. 485 st. 4 ZKP, dok ovlašćeni javni tužilac to može učiniti, bez vremenskog ograničenja, zbog bilo koje povrede zakona koja je sadržana u pravnosnažnoj odluci ili postupku koji je prethodio njenom donošenju. S obzirom

6 T. Vasiljević, M. Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Jedanaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Biblioteka Pravna biblioteka, Edicija Komentari zakona, Knjiga 25, Javno preduzeće „Službeni glasnik“, Beograd, 2010, 920.

7 U tom smislu: Vrhovni sud Srbije, Kzz. br. 69/05 od 26. januara 2006. godine.

8 Zavređuje da bude pomenuto da je čl. 438 st. 4 i 5 ZKP/2006 okrivljenom i braniocu bilo priznato pravo, da pod određenim uslovima, izjave žalbu Vrhovnom sudu Srbije protiv rešenja kojim je Republički javni tužilac odbacio njihov predlog za ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti (čl. 438 st. 7 ZKP/2006). U slučaju da žalba bude usvojena, Vrhovni sud Srbije postupa kao da je podnesen zahtev za zaštitu zakonitosti, s tim da je Republički javni tužilac dužan da učestvuje u postupku kao da je on podneo zahtev za zaštitu zakonitosti (čl. 438 st. 9 ZKP/2006). Ovo rešenje je kritikovano, jer u slučaju usvajanja žalbe nastaje čudna situacija da najviši sud nagoni vrhovnog zaštitnika zakonitosti da prinudno štiti zakon (M. Grubač, *Kritika „Novog“ Zakonika o krivičnom postupku*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Vol. 44, br. 2, Beograd, 2006, 27). Nije na odmet podsetiti da je čl. 299 st. 1 Zakona o krivičnom postupku od 1948. godine („Službeni list FNRJ“, broj 97/48) ovlašćenje za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, pored najviših javnih tužilaca, davao predsednicima najviših sudova federacije, republike i pokrajine. Takvo rešenje se nije pokazalo kao dobro: ili su sudije bile u senci autoriteta predsednika ili se predsednik izlagao neprijatnosti da bude dezavuisan od sudija svog suda. T. Vasiljević, 665.

9 M. Grubiša, 400.



da nije ograničen rokom, kao ni drugim uslovima za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, javni tužilac ga može više puta podneti protiv iste pravnosnažne odluke, s tim da svaki naredni put to mora da bude zbog druge povrede zakona. Važno je još reći da ovlašćenje Republikog javnog tužioca za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti predstavlja mogućnost, a ne obavezu. Ovlašćenje Republičkog javnog tužioca se odnosi na sve odluke i postupke u kojima je postupao nadležni javni tužilac, ali i na odluke i postupke u kojima je optužbu zastupao supsidijarni ili privatni tužilac.

Budući da ovlašćenje Republičkog javnog tužioca za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti služi prvenstveno ostvarivanju opšteg interesa, on ga može podneti kako na štetu, tako i u korist okrivljenog. Novina je u izričitom propisivanju da javni tužilac može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti i nakon što je okrivljeni amnestiran, pomilovan ili je umro, ili je u potpunosti izdržao kaznu (čl. 483 st. 2 ZKP). Zahtev se može podneti i ako je nastupila zastarelost, pod kojom treba razumeti kako zastarelost krivičnog gonjenja, tako i zastarelost izvršenja izrečene krivične sankcije. Predviđanjem ove mogućnosti, zakonodavac je otklonio nedoumice koje su postojale u teoriji, prihvativši gledište da je pitanje zastarelosti konačno rešeno pravnosnažnošću odluke protiv koje je podnet zahtev za zaštitu zakonitosti i da se ono nakon toga ne može ponovo postavljati.<sup>10</sup>

*Ratio legis* zakonskog rešenja po kojem okrivljeni može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti isključivo preko branioca sadržan je u potrebi da pred najvišim sudom, u postupku u kojem se raspravlja o pravnim pitanjima, odbrana bude vršena od strane pravno kvalifikovanog lica.<sup>11</sup> S obzirom na novoustanovljenu mogućnost odbrane da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti, može se postaviti pitanje da li bi bilo mesta postavljanju branioca po službenoj dužnosti? Za razliku od čl. 71 st. 4 ZKP/2001 koja je, za slučaj da je okrivljenom izrečena kazna zatvora od četrdeset godina, predviđala postavljanje branioca po službenoj dužnosti i za postupak po vanrednim pravnim lekovima, u čl. 74 i 76 ZKP nema takve odredbe. Ako se ima u vidu da garancije prava na pravično suđenje važe do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka,<sup>12</sup> odsustvo takve odredbe nije protivno standardima fer suđenja. Međutim, bilo bi osnova da se *de lege ferenda* razmotri mogućnost da li bi okrivljenom, bar u nekim od slučajeva obavezne odbrane iz čl. 74 ZKP, trebalo priznati to pravo i u postupku koji se povodom zahteva za zaštitu zakonitosti vodi pred Vrhovnim kasacionim sudom.

### 1. 3. Sadržaj zahteva za zaštitu zakonitosti

Zakonodavac nije bliže odredio sadržaj zahteva za zaštitu zakonitosti, izuzev što je u čl. 484 ZKP predvideo da zahtev mora da sadrži navođenje razloga za podnošenje. U pitanju su razlozi sadržani u čl. 485 st. 1 ZKP, o kojima će kasnije biti više reči. Navedeni razlozi predstavljaju obavezni elemenat zahteva za zaštitu zakonitosti, budući da njihov neodstatak ima za posledicu odbacivanje zahteva (čl.

10 *Ibid.*, 401.

11 Upor. Evropski sud za ljudska prava, *Pakelli protiv Nemačke*, 8398/78, 25. april 1983. godine.

12 Evropski sud za ljudska prava, *Neumeister protiv Austrije*, 1936/63, 27. jun 1968. godine; *Matznetter protiv Austrije*, 2178/64, 10. novembar 1979. godine.

487 st. 1 tač. 3 ZKP). Iako odredba čl. 484 ZKP ne pominje druge elemente koje bi zahtev za zaštitu zakonitosti trebalo da sadrži, nesporno je da su to: označenje suda kojem se zahtev podnosi, naziv suda i broj odluke protiv koje se zahtev podnosi, obrazloženje razloga za podnošenje, predlog da Vrhovni kasacioni sud, po usvajanju zahteva, pravnosnažnu odluku ukine ili preinači, ili da samo utvrdi povredu zakona i, na kraju, podaci i potpis podnosioca.

#### 1. 4. Razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti

U čl. 485 st. 1 ZKP su sadržani razlozi za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti. Uočava se da ova zakonska odredba razloge za podnošenje zahteva vezuje i za *odluku* u postupku koji je prethodio donošenju pravnosnažne odluke, što ima uži domašaj od čl. 482 st. 1 ZKP koji govori o *povredi odredaba* postupka koji je prethodio donošenju pravnosnažne odluke. Naime, do povrede postupka može da dođe i drugim procesnim radnjama koje nisu dovele do odluke zasnovane na tim nezakonitim radnjama, ili nisu dovele do odluke uopšte (na primer, ispitavanje svedoka u prisustvu drugih, neispitanih svedoka).<sup>13</sup> Zbog toga bi odredbu st. 1 čl. 485 ZKP trebalo tumačiti u smislu povrede odredba postupka (čl. 482 st. 1 ZKP), a radi otklanjanja nedoumica bi *de lege ferenda* u tom pravcu trebalo izmeniti postojeću zakonsku formulaciju. U svakom slučaju, do povrede procesnih odredaba može da dođe samo u postupku koji je pravnosnažno okončan, tako da se zahtev za zaštitu zakonitosti ne može podneti protiv postupanja prvostepenog suda nakon donošenja pravnosnažnog rešenja.<sup>14</sup>

Od razloga za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti bi trebalo najpre pomenuti povredu zakona (čl. 485 st. 1 tač. 1 ZKP). Pod zakonom bi u smislu ove odredbe trebalo razumeti bilo koji materijalni ili procesni zakon koji je povređen pravnosnažnom odlukom ili u postupku koji je prethodio njenom donošenju. Dolaze u obzir kako odrebe osnovnog materijalnog i procesnog krivičnog zakonodavstva, tako i odredbe sporednog krivičnog zakonodavstva, kao i svaki drugi zakonski propis koji je bilo neophodno primeniti u toku krivičnog postupka ili u odluci. Može se pri tome raditi ne samo o odredbama zakonskog karaktera, već i o drugim propisima čija primena je sa stanovišta materijalnog ili procesnog prava u konkretnom slučaju bila neophodna.<sup>15</sup>

U čl. 485 st. 2 ZKP je bliže određeno kada postoji povreda zakona kao razlog za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti. Reč je pre svega o povredi odredaba krivičnog postupka koja je učinjena pravnosnažnom odlukom ili u postupku koji je prethodio njenom donošenju. Uočava se da zakonodavac koristi formulaciju *povreda odredaba krivičnog postupka* da bi označio povredu procesnog zakona do koje je došlo u toku predistražnog i krivičnog postupka. Opravdanje za ovaj pristup se može naći u činjenici da jedan od osnova za izjavljivanje žalbe predstavljaju bitne povrede odredaba krivičnog postupka (čl. 438 ZKP), tako da je, radi izbegavanja terminološke zbrke, slična formulacija zadržana i u st. 2 čl. 485 ZKP.

13 T. Vasiljević, 666.

14 Vrhovni kasacioni sud, Kzz. br. 122/10 od 17. marta 2010. godine.

15 T. Vasiljević, 666.

Kada je reč o materijalnom krivičnom zakonu, bitno je da je on pogrešno primenjen na činjenično stanje utvrđeno u pravnosnažnoj odluci (čl. 485 st. 2 ZKP). U skladu sa tim bi pod pogrešnom primenom materijalnog zakona trebalo razumeti primenu zakona koji nije trebalo primeniti ili neprimenjivanje zakona koji je na utvrđeno činjenično stanje trebalo primeniti.<sup>16</sup> *Ratio legis* zakonske odredbe je potreba da se otkloni nastojanje, prisutno u doktrini i sudskoj praksi, da povreda zakona bude korišćena kao osnov za prodor u utvrđeno činjenično stanje. Praktična primena ovog pristupa ima za posledicu da je odluka o usvajanju zahteva za zaštitu zakonitosti utemeljena na oceni da prvostepeni sud, kod činjenice da postoje različiti dokazi, nije mogao vršiti ocenu samo jednog dokaza i utvrđivati činjenično stanje na osnovu navedenog nalaza i mišljenja veštaka, jer ove procesne radnje ne mogu biti predmet razmatranja u ovoj fazi postupka, već samo u kontradiktornom postupku prilikom donošenja meritorne odluke.<sup>17</sup>

Zahtev za zaštitu zakonitosti se može podneti i ako je primenjen zakon za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima (čl. 485 st. 1 tač. 2 ZKP). Formulacija zakonske odredbe se donekle razlikuje od čl. 167 st. 1 tač. 1 Ustava<sup>18</sup> koja, uređujući nadležnost Ustavnog suda, predviđa da Ustavni sud odlučuje o saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Reč je o oceni ustavnosti zakona koja je izvršena nakon što je određena odredba materijalnog ili procesnog krivičnog prava primenjena u pravnosnažnoj odluci ili postupku koji je prethodio donošenju pravnosnažne odluke.

Poslednji razlog za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti predstavlja povreda ili uskraćivanje ljudskog prava i slobode zajemčenog Ustavom ili Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i njenim dodatnim protokolima (čl. 485 st. 1 tač. 3 ZKP). Do povrede ili uskraćivanja ljudskog prava i slobode može doći u predistražnom ili krivičnom postupku. Pasivni subjekat prava i slobode jeste okrivljeni ili drugi učesnik u postupku (dakle, svedok, veštak, stručni savetnik, tumač itd.), pri čemu je povreda ili uskraćivanje njegovog prava posledica bilo koje procesne radnje organa postupka (reč je, dakle, o radnjama dokazivanja, procesne prinude, odlučivanja i rukovođenja postupkom). Neophodno je još da je postojanje povrede ili uskraćivanja ljudskog prava i slobode utvrdio svojom odlukom Ustavni sud ili Evropski sud za ljudska prava.

Uslovi pod kojim okrivljeni može podneti zahtev za zaštitu zakonitosti bliže su uređeni u čl. 485 st. 4 ZKP. To je učinjeno pre svega taksativnim nabrojanjem povreda zakona koje mogu biti učinjene u postupku pred prvostepenim i/ili apelacionim sudom. Izuzimajući povredu odredaba o obaveznoj odbrani (čl. 74 ZKP), ostale povrede zakona su sastavni deo osnova za izjavljivanje žalbe protiv prvostepene presude (čl. 437 tač. 1, 2 i 4 ZKP), tako da je mogućnost podnošenja zahteva za zaštitu zakonitosti uslovljena i prethodnim izjavljivanjem redovnog

16 M. Grubiša, 398.

17 Vrhovni kasacioni sud, Kzz. br. 21/10 od 21. aprila 2010. godine.

18 Ustav Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 98/06).

pravnog leka od strane okrivljenog. U pitanju bi bila žalba protiv prvostepene ili drugostepene presude, kao i žalba protiv rešenja koje po svom sadržaju odgovara presudi. Situacija je nešto drugačija kada je reč o povredi iz čl. 74 ZKP, jer ona nije vezana samo za glavni pretres, već i za ostale faze postupka. Zbog toga je isticanje ove zakonske povrede moguće vezati i za druge procesne situacije, kao što je saslušanje okrivljenog bez prisustva branioca u slučaju kada je odbrana obavezna. Pošto se na takvom iskazu okrivljenog ne može zasnivati sudska odluka (čl. 85 st. 5 ZKP), okivljeni bi mogao, saglasno čl. 237 st. 1 ZKP, da podnese predlog za izdvajanje takvog nezakonitog dokaza iz spisa. U slučaju da predlog bude rešenjem odbijen, okrivljeni bi u žalbi na presudu mogao da pobija takvu povredu zakona (čl. 438 st. 2 tač. 1 ZKP). U slučaju da je povreda čl. 74 ZKP učinjena na glavnom pretresu, okrivljeni bi mogao da izjavi žalbu na osnovu čl. 438 st. 1 tač. 5 ZKP. Pod pretpostavkom da su ispunjeni prethodno navedeni uslovi, okrivljeni može da podnese zahtev za zaštitu zakonitosti u roku od 30 dana od dana kada mu je dostavljena pravnosnažna odluka.

Kada je reč o rokovima za podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti, treba istaći da je propisan rok za podnošenje zahteva zbog primene neustavnog zakona ili utvrđene povrede ili uskraćivanja ljudskog prava i slobode (čl. 485 st. 3 ZKP). Rok iznosi tri meseca i računa se od dana kada je Republičkom javnom tužiocu, okrivljenom i njegovom braniocu dostavljena odluka Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava.

### 1. 5. Nadležnost za odlučivanje o zahtevu za zaštitu zakonitosti

Nadležnost za odlučivanje o zahtevu za zaštitu zakonitosti pripada Vrhovnom kasacionom sudu koji to čini, saglasno čl. 21 st. 5 ZKP, u veću od petoro sudija (čl. 486 st. 1 ZKP).

Dosadašnje zakonsko rešenje davalo je isključivo Republičkom javnom tužiocu ovlašćenje za ocenu da li ima mesta podnošenju zahteva za zaštitu zakonitosti (čl. 421 ZKP/2001). Republički javni tužilac se prilikom ove ocene rukovodio značajem povrede zakona za pravilnu i jednoobraznu primenu prava, kao i instruktivnim karakterom zahteva za zaštitu zakonitosti koja posebno dolazi do izražaja u slučajevima donošenja deklaratornih odluka o zahtevu.<sup>19</sup>

Republički javni tužilac nije lišen ovlašćenja da i dalje vrši ocenu navedenih okolnosti prilikom donošenja odluke o podnošenju zahteva za zaštitu zakonitosti, ali je težište sada prebačeno na Vrhovni kasacioni sud. Naime, odredba čl. 486 st. 2 ZKP prepušta najvišem sudu da oceni da li povreda zakona zbog koje je podnet zahtev za zaštitu zakonitosti predstavlja pitanje od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava. Ovaj sistem ima određenih sličnosti sa postupkom *writ of certiorari* pomoću kojeg Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država bira predmete o kojima će odlučivati, rukovodeći se potrebom obezbeđenja jednoobraznosti u primeni prava.<sup>20</sup> Razlika je ipak očigledna, jer Vrhovni kasacioni sud, nasuprot američkom

19 M. Grubiša, 400; T. Vasiljević, M. Grubač, 921.

20 É. Zoller, *Le droit des États-Unis*, Collection „Que sais-je?“, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, 58, 59.

Vrhovnom sudu, ne nalaže nižem sudu da mu dostavi određeni predmet, već ocenu o značaju određenog pravnog pitanja izvodi iz podnetog zahteva za zaštitu zakonitosti.

Ocena o potrebi za meritornim odlučivanjem o zahtevu za zaštitu zakonitosti vezana je za pravilnu ili ujednačenu primenu prava. Važno je zapaziti da zakonska redakcija stavlja naglasak na značaj određenog pravnog pitanja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava, što je pitanje koje treba rešavati u svetlu okolnosti konkretnog slučaja. Pravilna primena prava pretpostavlja da je činjenično stanje, koje je i kakvo je utvrđeno u pravnosnažnoj odluci, pravilno podvedeno pod odgovarajuću pravnu normu. Na drugoj strani, ujednačena primena prava ima veliki značaj za stvaranje ustaljene sudske prakse.<sup>21</sup> Iako ona doprinosi pravnoj sigurnosti, to ne znači da učesnici u postupku imaju pravo na ustaljenu sudsku praksu.<sup>22</sup> Drugim rečima, razvoj sudske prakse u pravcu pravilne primene prava je neminovan, pri čemu je obaveza najvišeg suda da dâ suštinske razloge za odstupanje od dotadašnje prakse, kako ne bi povredio pravo učesnika u postupku na dovoljno obazloženu sudsku odluku.<sup>23</sup>

## 2. POSTUPAK PO ZAHTEVU ZA ZAŠTITU ZAKONITOSTI

### 2. 1. Postupanje po zahtevu

Postupanje po zahtevu za zaštitu zakonitosti otpočinje ispitivanjem da li postoji neki do razloga za odbacivanje zahteva. Do toga može da dođe ako je zahtev neblagovremen, nedozvoljen<sup>24</sup> ili nepropisno sastavljen (čl. 487 st. 1 tač. 1 do 3 ZKP). Specifičnost razloga za odbacivanje koji je sadržan u tač. 4 st. 1 čl. 487 ZKP ogleda se u tome što se on odnosi samo na zahtev za zaštitu zakonitosti koji je podnet zbog povrede zakona (čl. 485 st. 1 tač. 1 ZKP). To je posledica ovlašćenja Vrhovnog kasacionog suda da pre nego što prihvati da odlučuje o takvom zahtevu, oceni da li je reč o pitanju koje je od značaja za pravilnu ili ujednačenu primenu prava. U slučaju da Vrhovni kasacioni sud oceni da to nije slučaj, zahtev će obaciti.

O odbacivanju zahteva za zaštitu zakonitosti Vrhovni kasacioni sud odlučuje u nejavnoj sednici veća. Odluka o odbacivanju se donosi u formi rešenja koje, saglasno čl. 487 st. 2 ZKP, ne mora da sadrži obrazloženje.

U slučaju da zahtev za zaštitu zakonitosti ne bude odbačen, sudija izvestilac preduzima odgovarajuće aktivnosti (čl. 488 st. 1 ZKP). Prva se sastoji u dostavljanju primerka zahteva za zaštitu zakonitosti javnom tužiocu ili braniocu, što zavisi od toga ko je podneo zahtev. Dostavljanje zahteva suprotnoj strani nalazi svoj *ratio*

21 Evropski sud za ljudska prava, *Gorou protiv Grčke*, 12686/03, 20. mart 2009. godine.

22 Evropski sud za ljudska prava, *Unédic protiv Francuske*, 20153/04, 18. decembar 2008. godine.

23 Evropski sud za ljudska prava, *Atanasovski protiv „bivše jugoslovenske Republike Makedonije“*, 36815/03, 14. januar 2010. godine.

24 Zavređuje da bude pomenuto da je uprkos odsustvu zakonske odredbe u ZKP/2001 o tome, u sudskoj praksi usvojeno stanovište da se *rešenje* o odbacivanju zahteva donosi u slučaju odustanka javnog tužioca od zahteva pre donošenja odluke (Vrhovni sud Srbije, Kz. br. 10/70 od 25. decembra 1970. godine). M. Grubiša, 404; T. Vasiljević, M. Grubač, 926.

*legis* u mogućnosti javnog tužioca i branioca da prisustvuju sednici veća na kojoj se odlučuje o zahtevu. Dok je dostavljanje zahteva obavezno, pribavljanje obaveštenja o istaknutim razlozima za podnošenje zahteva predstavlja mogućnost koju sudija izvestilac preduzima prema potrebi.

U stazburškoj praksi se lično pojavljivanje okrivljenog pred sudom pravnog leka koji odlučuje isključivo o pravnim pitanjima ne smatra povredom čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima, pod uslovom da je okrivljeni imao priliku da se lično izjasni na glavnom pretresu u prvostepenom postupku. Ovaj stav se obrazlaže tvrdnjom da sud pravnog leka ne utvrđuje činjenice, već jedino tumači sporna pravna pravila.<sup>25</sup> Zbog toga nije propisano da okrivljeni prisustvuje sednici Vrhovnog kasacionog suda na kojem se odlučuje o zahtevu za zaštitu zakonitosti. Takva mogućnost je rezervisana samo za javnog tužioca i branioca, pod uslovom da Vrhovni kasacioni sud smatra da bi to bilo od značaja za donošenje odluke o zahtevu (čl. 488 st. 2 ZKP). Uočava se da zakonska formulacija govori o istovremenom prisustvu javnog tužioca i okrivljenog, što je značajna promena u odnosu na odredbu čl. 422 st. 3 ZKP/2001 koja je propisivala obavezno obaveštavanje javnog tužioca, a okrivljenog i branioca samo ako je zahtev podignut na štetu okrivljenog. Nova zakonska redakcija je posledica izmenjene koncepcije zahteva za zaštitu zakonitosti koji je prestao da bude vanredni pravni lek kojim raspolaze isključivo javni tužilac.

Kada je reč o suspenzivnom dejstvu zahteva za zaštitu zakonitosti zakonodavac je, umesto opšteg pravila koje bi određivalo da li zahtev ima suspenzivno dejstvo, presпустиo Vrhovnom kasacionom sud da u svakom konkretnom slučaju oceni da li ima mesta da se izvršenje pravnosnažne odluke odloži ili prekine (čl. 488 st. 3 ZKP). Odluka o tome zavisi od sadržaja samog zahteva, s tim da se može raditi o odlaganju, odnosno o prekidu ne samo pravnosnažne presude o kojoj govori zakonska odredba, već i o pravnosnažnom rešenju (u tom pravcu bi ovu zakonsku nepreciznost *de lege ferenda* trebalo otkloniti).<sup>26</sup>

## 2. 2. Granice ispitivanja zahteva za zaštitu zakonitosti

Prilikom ispitivanja zahteva za zaštitu zakonitosti Vrhovni kasacioni sud je vezan granicama pobijanja koje su postavljene u zahtevu (čl. 489 st. 1 ZKP). Vezanost suda se odnosi na razloge pobijanja, deo odluke koji je predmet pobijanja i pravac u kojem je zahtev podnet. Vrhovni kasacioni sud je, dakle, omeđen dispozicijom ovlašćenih podnosilaca zahteva za zaštitu zakonitosti, uz određene, zakonom propisane izuzetke. Jedan od takvih je sadržan u st. 2 čl. 489 ZKP, i predstavlja ustanovu *beneficium cohaesionis*. Uslovi za njenu primenu su u osnovi isti kao i kod žalbe protiv prvostepene presude (čl. 454 ZKP).

Novina u materiji ispitivanja zahteva za zaštitu zakonitosti se odnosi na zabranu preinačenja na gore koju je sadržao čl. 423 st. 3 ZKP/2001. O nemogućnosti

25 Evropski sud za ljudska prava, *Hermi protiv Italije*, 18114/02, 18. oktobar 2006. godine.

26 Primera radi, ispunjeni su uslovi za odlaganje izvršenje kazne zatvora po pobijanoj pravnosnažnoj presudi kada je prilikom odlučivanja o zahtevu za zaštitu zakonitosti utvrđeno da je povređeno pravo okrivljenog na odbranu u žalbenom postupku na taj način što drugostepeni sud nije obavestio okrivljenog i njegovog branioca o datumu održavanja sednice veća na kojoj je rešavao o žalbi (Vrhovni kasacioni sud, Kzz. br. 45/11 od 8. juna 2011. godine).

primene zabrane *reformatio in peius* u postupku po zahtevu za zaštitu zakonitosti ukazivano je u procesnoj teoriji,<sup>27</sup> tako da je novom zakonskom redakcijom čl. 489 st. 3 ZKP predviđeno ono što je logična posledica stroge vezanosti Vrhovnog kasacionog suda za granice pobijanja istaknute u zahtevu. U skladu sa tim, zahtev za zaštitu zakonitosti podignut od strane javnog tužioca u korist okrivljenog može dovesti do ukidanja ili preinačenja odluke *in melius*, dok zahtev podnet na štetu okrivljenog ima za posledicu (pod uslovom da je osnovan) donošenje utvrđujuće odluke.

### 2. 3. Odlučivanje o zahtevu za zaštitu zakonitosti

Vrhovni kasacioni sud se može upustiti u meritorno odlučivanje o zahtevu za zaštitu zakonitosti, pod uslovom da je prethodno ocenio da ne postoji neki od razloga za odbacivanje zahteva. S obzirom da zakonska odredba upućuje na čl. 487 ZKP koji predstavlja *sedes matreriae* za donošenje rešenja o odbacivanju zahteva za zaštitu zakonitosti, nameće se zaključak da se Vrhovni kasacioni sud mora odrediti po tom pitanju pre nego što se upusti u postupanje po zahtevu u skladu sa čl. 488 ZKP. Ne bi trebalo, međutim, isključiti ni mogućnost da se o postojanju nekog od razloga za odbacivanje zahteva odluči i nakon toga, jer obaveštenja koja pribavi sudija izvestilac (čl. 488 st. 1 ZKP) ili prisustvo javnog tužioca i branioca sednici veća (čl. 488 st. 2 ZKP) mogu pružiti dodatni osnov za utvrđivanje postojanja nekog od razloga za odbacivanje zahteva za zaštitu zakonitosti. Meritornim odlučivanjem se zahtev za zaštitu zakonitosti može odbiti ili usvojiti, a odluka kojom se to čini jeste presuda (čl. 490 ZKP).

Rok u kojem Vrhovni kasacioni sud treba da odluči o zahtevu za zaštitu zakonitosti i dostavi odluku sa spisima iznosi šest meseci, a računa se od dana podnošenja zahteva (čl. 488 st. 4 ZKP). Rok je instrukcionog karaktera, tako da njegovo prekoračenje ne povlači neke procesne posledice.

#### 2.3.1. Odbijanje zahteva za zaštitu zakonitosti

Presudu kojom zahtev za zaštitu zakonitosti odbija kao neosnovan Vrhovni kasacioni sud donosi ako utvrdi da ne postoji razlog koji je istaknut u zahtevu (čl. 491 st. 1 ZKP). To bi, kada je reč o povredi zakona kao razlogu za podnošenje zaheva (čl. 485 st. 1 tač. 1 ZKP), značilo da ne postoji povreda zakona, a ne i da ona nema nema značaj za pravilnu ili ujednačenu primenu prava, pošto bi to bio razlog za donošenje rešenja o odbacivanju zahteva za zaštitu zakonitosti (čl. 487 st. 1 tač. 4 ZKP). Na sličan način bi se odlučivalo o neosnovanosti zahteva izjavljenog iz razlog sadržanih u čl. 485 st. 1 tač. 2 i 3 ZKP.

Kada je reč o zahtevu za zaštitu zakonitosti koji je podnet zbog povrede zakona (čl. 485 st. 1 tač. 1 ZKP), odredba čl. 491 st. 2 ZKP predviđa mogućnost da presuda o odbijanju zahteva ne sadrži obrazloženje. Naime, ako je povreda zakona zbog koje

27 T. Vasiljević, M. Grubač, 923. Za suprotno mišljenje vid. M. Grubiša, 412.

je podnet zahtev isticana i u žalbenom postupku, pa je od strane suda pravnog leka ocenjena kao neosnovana, Vrhovni kasacioni sud se može složiti sa razlozima koji su navedeni u odluci žalbenog suda. U tom slučaju će presuda kojom je odbijen zahtev za zaštitu zakonitosti umesto obrazloženja sadržati samo upućivanje na razloge za odbijanje žalbe koje je dao žalbeni sud.

### 2.3.2. Usvajanje zahteva za zaštitu zakonitosti

Zahtev za zaštitu zakonitosti za koji Vrhovni kasacioni sud utvrdi da je osnovan, ima za posledicu donošenje presude o usvajanju zahteva i, zavisno od prirode povrede, ukidanje, preinačenje ili utvrđivanje povrede zakona. Pored prirode povrede o kojoj govori odredba st. 1 čl. 492 ZKP, način na koji će Vrhovni kasacioni sud postupiti u odnosu na pobijanu odluku zavisi i od toga da li je zahtev za zaštitu zakonitosti podnet u korist ili na štetu okrivljenog.

Do ukidanja odluke i vraćanja predmeta na ponovno odlučivanje ili suđenje dolazi ako Vrhovni kasacioni sud utvrdi postojanje povrede odredaba krivičnog postupka (čl. 492 st. 1 tač. 1 ZKP). Ukidanje može da bude potpuno ili delimično, a može se odnositi na samo na prvostepenu odluku (ako nije bilo žalbe), ili na odluku donetu u prvom stepenu i u postupku po redovnom pravnom leku, ili samo na odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku. Kao posledica ukidanja dolazi do vraćanja predmeta na ponovno odlučivanje ili suđenje. Zakonodavac ponovno odlučivanje vezuje za organ postupka, a to može biti javni tužilac, sudija za prethodni postupak, predsednik veća, predsednik suda itd. Na drugoj strani, ponovno suđenje će, u zavisnosti od toga da li je ukinuta prvostepena i/ili apelaciona odluka, biti održano pred prvostepenim ili apelacionim sudom, s tim da Vrhovni kasacioni sud može narediti da to bude učinjeno pred potpuno izmenjenim većem.

Usvajanje zahteva za zaštitu zakonitosti može dovesti i do potpunog ili deliminog preinačenja pravnosnažne odluke (čl. 492 st. 1 tač. 2 ZKP). Takvom presudom Vrhovni kasacioni sud preinačuje prvostepenu, ili prvostepenu i odluku donetu u postupku po redovnom pravnom leku, ili samo odluku donetu po redovnom pravnom leku. Preinačenjem se otklanja povreda materijalnog prava, tako da Vrhovni kasacioni sud, kada je reč o preinačenju pravnosnažne presude, izriče oslobođenje od optužbe, odbija optužbu ili okrivljenog osuđuje po blažem krivičnom zakonu što može dovesti i do izricanja nove kazne. Preinačenje se može odnositi i na odluku o kazni, a usled toga može doći do ublažavanja kazne, oslobođenja od kazne itd.<sup>28</sup>

Poslednja mogućnost se odnosi na usvajanje zahteva za zaštitu zakonitosti koji je podnet na štetu okrivljenog. U tom slučaju Vrhovni kasacioni sud se ograničava da presudom utvrdi povredu zakona (čl. 492 st. 1 tač. 3 ZKP). Drugim rečima, najviši sud ne može da pravnosnažnu odluku ukine ili preinači (čl. 493 ZKP). Kao primer može da bude naveden slučaj kada drugostepeni sud nije postupio u skladu

28 *Ibid.*, 408.



sa zakonskom odredbom koja ga obavezuje da o svim žalbama protiv iste presude odluči jednom odlukom, čime je povredio procesne odredbe u korist okrivljenog, jer nije odlučio o žalbi javnog tužioca. Kako je u ovom slučaju zahtev za zaštitu zakonitosti podnet na štetu okrivljenog, Vrhovni kasacioni sud je donošenjem deklarativne presude samo utvrdio povredu zakona u korist okrivljenog, ne dirajući u pravosnažne sudske odluke.<sup>29</sup>

Uprkos zakonskoj formulaciji koja donošenje utvrđujuće presude vezuje isključivo za usvajanje zahteva za zaštitu zakonitosti koji je podnet na štetu okrivljenog, u doktrini je izneto mišljenje da donošenju deklaratorne presude ima mesta i u slučaju usvajanja zahteva podnetog u korist okrivljenog.<sup>30</sup> U prilog tome se navodi da je reč o povredama zakona koje po svom značaju nisu takve da bi odluku trebalo ukinuti ili preinačiti, ili kada odluka ne postoji već je u pitanju nezakonit postupak, a potrebno je da se povreda utvrdi radi izbegavanja da u budućnosti bude činjena i postizanja jednoobrazne prakse. Sa ovim gledištem bi se trebalo složiti.

Iskrsava i pitanje da li se utvrđujućom presudom može konstatovati povreda zakona koja u redovnom postupku nije mogla da bude otklonjena usled delovanja zabrane *reformatio in peius*? Ovo pitanje dobija na značaju činjenicom da zakonske odredbe koje uređuju zahtev za zaštitu zakonitosti ne predviđaju više da se pred Vrhovnim kasacionim sudom primenjuje zabrana preinačenja na gore. Sa tim u vezi, trebalo bi se složiti sa mišljenjem da neotklanjanje povrede zakona u redovnom postupku usled delovanja zabrane *reformatio in peius* predstavlja upravo postupanje u skladu sa zakonom, tako da nema mesta da se ta dobrobit otkloni (makar i utvrđivanjem da je učinjena povreda zakona) nikakvim pravnim lekom.<sup>31</sup>

#### 2.4. Postupanje na novom glavnom pretresu

Ukidanje pravosnažne presude dovodi do vraćanja predmeta na ponovno suđenje. Iako odredba čl. 494 st. 1 ZKP pominje samo pravosnažnu presudu, vraćanje predmeta na ponovno suđenje može da usledi i nakon ukidanja pravosnažnog rešenja koje odgovara presudi. U svakom slučaju, kao osnov za novo suđenje uzima se ranija optužba ili onaj njen deo na koji se odnosi ukinuti deo pravosnažne odluke. To je po pravilu deo koji je zahvaćen povredom zakona, osim ako primenom ustanove *beneficium cohaesionis* pravosnažna odluka ne bude ukinuta i u delu koji se odnosi na saokrivljenog. Polje raspravljanja na ponovnom suđenju (tj. glavnom pretresu ili pretresu) omeđeno je ranijom optužbom ili njenim delom na koji se odnosi ukinuta pravosnažna odluka. Drugo ograničenje prozilizati iz ustanove zabrane *reformatio in peius* (čl. 494 st. 4 ZKP).

29 Vrhovni kasacioni sud, Kzz. br. 86/10 od 17. marta 2010. godine.

30 T. Vasiljević, 670; M. Grubiša, 405.

31 *Ibid.*, 413.

Sud kojem je predmet vraćen na ponovno suđenje obavezan je da izvede sve procesne radnje i da raspravi sva pitanja na koja mu je ukaza Vrhovni kasacioni sud (čl. 494 st. 2 ZKP). Sa tim u vezi, može nastati problem zbog nevezanosti nižeg suda za pravno shvatanje izraženo u presudi Vrhovnog kasacionog suda, usled čega niži sud može, nakon održanog suđenja, da zauzme svoje prethodno pravno shvatanje, čime se u dobroj meri umanjuje delotvornost zahteva za zaštitu zakonitosti. Zbog toga bi trebalo razmotriti mogućnost da se, po ugledu na neka uporedna rešenja, *de lege ferenda* predvidi da je niži sud vezan pravnim shvatanjem izraženim u presudi Vrhovnog kasacionog suda.<sup>32</sup> Na novom suđenju stranke imaju mogućnost da ističu nove činjenice i podnose nove dokaze (čl. 494 st. 3 ZKP).

### ZAVRŠNE NAPOMENE

Izmene koje su donošenjem novog Zakonika o krivičnom postupku unete u sistem pravnih lekova posledica su nove koncepcije krivičnog postupka. Stavljanje stranačke raspravnosti u prvi plan, i nastojanje da procesna uloga suda ispuni u najvećoj mogućoj meri zahteve za nepristrasnoću kao jednim od ključnih elemenata prava na pravično suđenje, došle su do punog izražaja u postupku po pravnim lekovima. Ovo stoga što je reč o postupku koji se zasniva na stranačkoj dispoziciji, pa su u tom okviru normativno razrađene postavke koje obezbeđuju jednakost oružja, a to znači i davanje određenih pogodnosti okrivljenom u odnosu na suprotnu stranu. Zakonik o krivičnom postupku je otklonio i neke nedostatke koji su prilikom ranijih zakonskih izmena neopravdano zanemarivani, iako je na njih ukazivano u doktrini, a sudska praksa je bila prinuđena da iznalazi odgovarajuća rešenja. O tome je, kada je u pitanju zahtev za zaštitu zakonitosti, bilo reči u prethodnom izlaganju.

Kao i kod svih zakonskih zahvata ovoga obima, i u novom Zakoniku o krivičnom postupku nisu do kraja usklađena pojedina rešenja, dok neke procesne ustanove nisu dobile svoje konačno uobličenje. To se na neki način moglo i očekivati, jer su uvrežene navike u primeni postojećih rešenja predstavljale svojevrsnu kočnicu u doslednom sagledavanju nove koncepcije krivične procedure i izvođenju novih zakonskih rešenja u skladu sa njom. Na drugoj strani, bila je prisutna bojazan da li će i u kojoj meri praksa biti u stanju da u potpunosti prihvati izmenjene ili nove procesne ustanove, usled čega se po neki put nije išlo da kraja u normativnom uobličenju određenih procesnih instituta. U svakom slučaju, novi Zakonik o krivičnom postupku je konceptijski „očistio“ našu krivičnu proceduru od brojnih naslaga koje su, donošenjem prethodnih krivično procesnih kodeksa i brojnim izmenama koje su ih pratile, prikrivale njenu suštinu. Ona se ogledala u položaju suda kao delioca pravde koji je, u potrazi za njom, bio dužan da preuzme ulogu istražitelja, dovodeći na taj način u pitanje neke od temeljnih zahteva savremene krivične procedure – svoju nepristrasnost, pretpostavku nevinosti okrivljenog i načelo *in dubio pro reo*.

32 *Ibid.*, 418.

*Goran P. Ilić*

Faculty of Law, University of Belgrade  
Constitutional Court of Serbia

## REQUEST FOR PROTECTION OF LEGALITY IN CRIMINAL PROCEDURE

### SUMMARY

This paper analyzes the provisions of the new Code of Criminal Procedure relating to the request for protection of legality. Special emphasis was placed on consideration of novelties, which, among other things, related to authorized applicants of request for protection of legality, the extension of the reasons why that request may be lodged, different set role of the court which decides about this extraordinary legal remedy, „equality of arms“ that comes to the fore at the session which consider the request for protection of legality, new decisions that court brings regarding the request etc.

The author concludes that the changes which the new Code of Criminal Procedure entered into the system of legal remedies, and therefore in the legal regulation of the request for protection of legality, are result of the new concept of the criminal proceedings. Putting in the foreground the discussion of the party, with an attempt to that the procedural role of the court fulfill as much as possible the requirements for impartiality as one of the key elements of the right to a fair trial, came to the fore in this area. This is even more so, in terms of the procedure of legal remedies based on the party disposition, so that was a framework for the normative development of solutions that provide equality of arms, and that also means giving certain benefits to the defendant in relation to the opposite side. It is also removed some disadvantages which previous legislative changes unjustly neglected, although it pointed out to them in doctrine, and jurisprudence was forced to seek appropriate solutions.

**Key words:** criminal proceedings, a request for protection of legality, violation of law, constitutionality, human rights, the Supreme Court of Cassation.

Igor Vuković\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## OSNOVI ISKLJUČENJA RADNJE KAO OSNOVI ISKLJUČENJA KRIVIČNOG DELA?

**Apstrakt:** U nauci kontinentalnog krivičnog prava uslovi postojanja krivičnopravne radnje oduvek su privlačili naročitu pažnju. Iako ovo interesovanje nije bilo praćeno ekvivalentnim praktičnim značajem, ipak su se izdvojile pojedine karakteristike ljudskog ponašanja, i shodno tome pojedine situacije kada krivičnopravna radnja izostaje. Ljudsko ponašanje može da predstavlja krivičnopravnu radnju ako postoji ispoljeno ponašanje čoveka kojim upravlja volja. Otuda se kao potencijalni osnovi isključenja radnje uobičajeno razmatraju radnje pod dejstvom apsolutne sile, refleksni pokreti i pokreti preduzeti u stanju sna ili nesvesti. Osim navedenih situacija, autor razmatra i krivičnopravni značaj drugih stanja koja odlikuje nemogućnost upravljanja svojim postupcima.

**Ključne reči:** voljna radnja, refleksni pokreti, apsolutna sila, radnja u snu.

### 1. POJAM RADNJE

Praktično najznačajnija funkcija krivičnopravnog pojma radnje jeste njegova negativna, *razgraničavajuća funkcija*. Naime, najveći broj teoretičara smatra da je već na samom početku razmatranja postojanja krivičnog dela moguće izdvojiti ponašanja, procese i događaje koji su *krivičnopravno irelevantni*, shodno principu *ultra posse nemo obligatur* (nemoguće nikoga ne obavezuje). Oni događaji kojim čovek ne može upravljati ni ne mogu biti predmet zapovesti koja se čoveku upućuje, istupajući tako iz krivičnopravno relevantne sfere.<sup>1</sup> Različita učenja o radnji zastupaju različite kriterijume preko kojih isključuju takve radnje. Tako je za pristalice *kauzalnog učenja* odlučno da se radi o telesnom kretanju (ili propuštanju istog) nošenog voljom. Svako kretanje tela koje nije voljni čin – ne može biti radnja.<sup>2</sup> *Finalisti* su najpre radnjom smatrali samo ciljna ponašanja, ali su u nemogućnosti da valjano uključe nehatna dela u pojam krivičnopravnog delanja, bili prinuđeni da kriterijum razgraničenja unekoliko promene. Tako je Velcl (*Welzel*) u svojim kasnijim radovima naglasak stavio na kibernetiku ljudskog delovanja – na voljno upravljanje događanjem. Pristalice *socijalnih učenja* pak, u svom viđenju radnje kao socijalnog fenomena, naglasak više stavljaju na objašnjenje šta radnja jeste nego šta

---

\* docent, igorvu@ius.bg.ac.rs

1 G. Freund /2003/: in: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) et al.: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München, s. 333.

2 Čisto objektivni kriterijum (radnja kao telesni pokret, T. Živanović /1935/: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije Opšti deo. I knjiga*, Beograd, 1-3 izdanje, str. 133) ne bi mogao da obavi nikakvu razgraničavajuću funkciju, osim što bi isključio delovanja koja ne potiču od čoveka.

nije. Ona takođe nalaze da je pretpostavka svakog odnošenja čoveka prema svetu što ga okružuje da ponašanjem vlada volja. Zastupnici personalnih shvatanja smatraju da krivičnopravno irelevantna ponašanja ne predstavljaju izraz čovekove ličnosti, što podležu njegovoj kontroli.<sup>3</sup>

Kako vidimo, sva učenja na sličan način opisuju krivičnopravno irelevantna ponašanja, stavljajući naglasak na nekoliko zajedničkih karakteristika.<sup>4</sup> Čovek je duhovno, stvaralačko biće – *ličnost* koja smisleno deluje i odnosi se prema drugima. Sva tri karakteristična mesta (ciljno oblikovanje stvarnosti, socijalno odnošenje, sfera ličnosti) osvetljavaju neke aspekte ljudskog delovanja. Važno je naglasiti da utvrđivanje nesposobnosti da se vlada svojim telom ne predstavlja faktičko pitanje, na koje bi odgovor trebalo prepustiti veštaku psihološke ili psihijatrijske struke. Reč je o *pravnom pitanju* koje rešava sud.<sup>5</sup> Sud treba da ispita sve okolnosti od značaja za ocenu da li se radnjom moglo upravljati, odnosno primera radi da li je primenjena sila zaista isključivala mogućnost drugojačijeg postupanja.

### 1.1. Ljudsko ponašanje

Krivičnopravna radnja podrazumeva *ponašanje čoveka*. Samo čovek kao adresat norme može svoje ponašanje da prilagodi zahtevima državno-pravnog poretka. Utoliko svaki pojam krivičnopravne radnje nužno isključuje one akte čiji nosilac nije čovek. Tu najpre pada na pamet delovanje životinja,<sup>6</sup> za koje čovek ne odgovara, dok god je isključena njegova kontrola nad njihovim delovanjem u prirodi. Ako je međutim čovek životinju pripitomio i potčinio svojoj volji,<sup>7</sup> onda se njegova odgovornost ne može apriorno isključiti. Tako će vlasnik opasnog psa odgovarati za teško delo protiv opšte sigurnosti (čl. 288 st. 3 u vezi sa čl. 278 st. 5 Krivičnog zakonika)<sup>8</sup>, ako njegov s lanca pušteni ljubimac teško povredi dete koje se igra u parku. Kao krivičnopravna radnja dolaze dakle u obzir ili propuštanje vlasnika da osigura psa kao opasnu stvar, ili čak i njegovo činjenje ako psa nahuška na drugoga. Ali, i ovde su zamislivi akti životinja koji se ne mogu uračunati njihovom vlasniku.<sup>9</sup>

Isključeni su i oni akti koji nisu ponašanje čoveka, već predstavljaju rezultat delovanja *prirodnih fenomena* (poplave, zemljotresa, odrona, oluje i tsl.). To su

- 3 Tako npr. C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage, s. 256.
- 4 Detaljnije o ovim i drugim učenjima o radnji vid. I. Vuković /2012/: Krivičnopravni pojam i funkcije radnje, *Crimen*, № 1, str. 73. i dalje.
- 5 H.-J. Rudolphi /1981/: in: H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson (Hrsg.) et al.: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I Allgemeiner Teil (§§ 1–79b)*, Frankfurt am Main, 3. Auflage, s. 10.
- 6 U starom i srednjem veku i životinje su mogle biti izvršioци krivičnih dela i kao takve kažnjene, naročito ako su prouzrokovalе smrt (vid. T. Živanović: *op. cit.*, str. 134).
- 7 Otuda je krivična odgovornost moguća u odnosu na delovanje domaćih životinja i kućnih ljubimaca, čije držanje podleže određenim pravilima.
- 8 Ako nije drugačije navedeno, zakonske odredbe u daljem tekstu odnose se na Krivični zakonik RS.
- 9 Krava pase u ograđenom prostoru, gde je ujede zmija, nakon čega krava provali na susedni plac, gde učini štetu. Krivična odgovornost vlasnika za uništenje i oštećenje tuđe stvari (čl. 212) biće isključena.

upravo oni događaji koji se u građanskom pravu označavaju kao viša sila (*vis maior*). Kapetan broda koji usled bure više ne može da kontroliše svoje plovilo, ne samo da neće odgovarati za štetu nastalu na drugom plovilu usled udara, već neće ni krivično odgovarati za posledice. I ovde se međutim može postaviti pitanje njegove krivice, najčešće odgovornosti za nehat, ako je učinilac zanemario zahteve brižljivog postupanja koji imaju za cilj umanjene rizika u uslovima nepogoda.<sup>10</sup> U obzir dolaze raznovrsne ljudske radnje: aljkava izrada brane koja je popustila, nepažljivo pokretanje lavine i sl.

Krivičnopravnu radnju može da preduzme *svako fizičko lice*, nezavisno od telesnog uzrasta i stanja duševnog zdravlja. Potpuno je irelevantno da li radnju preduzima dete, maloletnik ili punoletno lice, dok god se radi o aktu kontrolisanom voljom. Tako prema većinskom shvatanju i trogodišnjak, koji sa drugog sprata baci igračku koja povredi prolaznika, preduzima krivičnopravnu radnju.<sup>11</sup> Istu sposobnost posedovalo bi i lice sa nedostacima na planu uračunljivosti, ako se učinilac voljno odnosi prema samom telesnom činu.<sup>12</sup> Zapravo, pokazuje se da voljna kontrola pokreta prema skoro nepodeljenom mišljenju poseduje dva kvaliteta: jedan koji zasniva krivičnopravnu radnju i drugi koji kasnije konstituiše uračunljivost.

Međutim, u strogo formalnom sistemu kakav predstavlja opšti pojam krivičnog dela, unošenje jednog voljnog sadržaja u različite delove strukture – teško je objašnjivo. To se ne odnosi toliko na voljni supstrat umišljaja, gde se volja ispituje u odnosu na ostvarenje posledice i druga zakonska obeležja dela, koliko na razlikovanje volje na planu radnje i na planu uračunljivosti. Sporno je kako sposobnost za radnju razlikovati od sposobnosti upravljanja vlastitim postupcima kao pretpostavke uračunljivosti. Naime, uračunljivost kao element krivice ima dve komponente: svesnu (mogućnost shvatanja značaja svog dela) i voljnu (mogućnost upravljanja svojim postupcima). Neuračunljivost može nastupiti isključenjem bilo svesnog bilo voljnog segmenta. Razumevanje da i sposobnost za krivičnopravnu radnju odlikuje nekakva sposobnost da se voljno kontrolišu vlastite radnje ima za ishod neophodnost da se smisleno razdvoje ova dva voljna sadržaja. To je nužno, jer se ispitivanje krivičnopravne radnje vrši na samom početku, a utvrđivanje krivice, čiji je segment i ispitivanje uračunljivosti – nakon utvrđivanja krivičnog neprava. Zbog toga većina autora zastupa ideju da voljna komponenta krivičnopravne radnje obuhvata samo minimalnu, prirodnu volju čoveka, koju poseduje svako fizičko lice. Tako Hajnrh (*Heinrich*) ukazuje da „niko ozbiljno ne bi sporio da i trogodišnje dete

10 Kapetan nije pravilno privezao plovilo u luci, pa se tokom nevremena ono oslobodilo i oštetilo susedna plovila.

11 Suprotno Šmit, prema kojem akti male dece nisu radnje u krivičnopravnom smislu (R. Schmidt /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, Grasberg bei Bremen, 9. Auflage, s. 25).

12 Između ostalih tako npr. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 11. Auflage, s. 205; U. Ebert /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 3. Auflage, s. 22. Treba ipak primetiti da u srpskom pravu uzrast učinioa utiče na mogućnost izricanja krivičnih sankcija (vid. čl. 2, 5 i 9 ZMUKD), dok defekti uračunljivosti dejstvo proizvode već na planu krivice (vid. čl. 23 KZ).

ili pijanac mogu da imaju volju<sup>13</sup>. To je tačno, jer bi u suprotnom bilo nemoguće tvrditi da oni postupaju umišljajno.<sup>14</sup> Ali, to nas stavlja pred nerešiv problem, kako ovaj voljni supstrat razdvojiti na planu radnje i krivice. Pojedini autori ukazuju da je sposobnost za radnju isključena „ako je isključena svaka duševna i psihička kontrola, kao i ciljano upravljanje motorikom“,<sup>15</sup> naglašavajući da je upravo to merilo da li nedostaje sposobnost za radnju ili „samo“ neuračunljivost.<sup>16</sup> Tvrđenje kako je razgraničenje nesposobnosti za radnju i neuračunljivosti kao nesposobnosti za krivicu ispunjeno tegobama,<sup>17</sup> odnosno da podleže oceni konkretnog slučaja<sup>18</sup> – nije od naročite pomoći. Jedino je izvesno da je posledica nemogućnosti postavljanja valjanog kriterijuma razlikovanja isključenja radnje i neuračunljivosti relativizovanje praktične vrednosti krivičnogpravnog pojma radnje.<sup>19</sup>

Pitanje sposobnosti za radnju treba odvojiti od pitanja ko može biti subjekt krivičnog dela. Tako pojedina krivična dela (tzv. posebne delikte) može učiniti samo lice koje poseduje određeno svojstvo (vojno lice, odgovorno lice, službeno lice, itd.). Takođe, tzv. svojeručna krivična dela mogu biti učinjena samo „vlastitom rukom“ – sopstvenom aktivnošću, a ne i posredstvom drugog.<sup>20</sup> Sve su to pitanja Posebnog dela koja ne bi doticala aktuelnu sposobnost za radnju.

## 1.2. Spoljno ponašanje

Radnja krivičnog dela mora biti *spoljno ponašanje*. Unutrašnji procesi što se odigravaju u svakom čoveku (pomisli, osećanja, predstave), čak i ako se njegove misli antisocijalne, pa i kada se razmišlja o nekom zločinu – ne kažnjavaju se. To je rezultat principa *cogitationis poenam nemo patitur* („ne kažnjava se za mi-

- 
- 13 Tako recimo B. Heinrich /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage, s. 72.
  - 14 Ako se umišljaj razume kao svesno i voljno ostvarenje bića, onda ovakav prirodan umišljaj mogu da imaju i deca i neuračunljivi (vid. npr. G. Stratenwerth /1965/: *Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das Schweizerische Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, № 2, s. 187–188).
  - 15 Vid. O. Triffterer /1994/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien – New York, 2. Auflage, s. 115. Slično Rudolfi ukazuje da je odlučan kriterijum sposobnosti za radnju „opšteljudska sposobnost da se upravlja radnjom“, dok se sposobnost da se upravlja nagonima odnosno sposobnost za smislenu motivaciju odlučivanja – rešava na planu krivice (H.-J. Rudolphi: *op. cit.*, s. 10).
  - 16 To se najbolje vidi na primeru radnji alkoholisanih lica. U nemačkoj literaturi se radnje učinjene u stanju alkoholisanosti razlikuju prema tome da li su nastale usled nemogućnosti kontrole uslovljene opijenošću. Otuda, ako alkoholisano lice učestvuje u kafanskoj tuči, ono „radi“, jer i pored stanja opijenosti ono kontroliše svoje pokrete. Ako se pijanac, međutim, usled delovanja alkohola na nervni sistem zatetura, i sa trotoara pao na kolovoz, istovremeno oborivši i povredivši prolazećeg biciklistu, teturanje neće predstavljati radnju (slično T. Lenckner: *op. cit.*, s. 157).
  - 17 Tako C. Roxin: *op. cit.*, s. 901.
  - 18 R. Maurach, H. Zipf /1992/: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg, 8. Auflage, s. 194.
  - 19 S pravom M. Maiwald /1974/: *Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3, s. 636.
  - 20 Utoliko, kod vlastoručnih delikata isključeno je posredno izvršilaštvo, dok primena instituta saizvršilaštva trpi izvesna ograničenja.

sli“), formulisanog još u rimskom pravu.<sup>21</sup> Spoljno ponašanje može imati za svoj ishod kakvu vidljivu posledicu (kada se, pod uslovom da je ova posledica opisana u zakonu, govori o posledičnom krivičnom delu), ali ovakva posledica nije nužna (kada se uobičajeno govori o delatnosnom krivičnom delu), pod uslovom da se delatnost može opaziti.<sup>22</sup> U svakom slučaju, pretpostavka krivičnopravne radnje jeste delo; sâmo mišljenje nije dovoljno. Ako zamislimo da se satanista, hoteci neprijateljevu smrt, u sebi obrati đavolu, sa molbom da ovaj neprijatelju nekako naudi, što se ali zbog srčanih problema iste noći zaista i dogodi, nećemo isključiti tek uzročnu vezu, koja svakako nedostaje, nego ćemo već prethodno odreći delo odnosno radnju učinioca.

Ova ideja se danas izražava mišlju da je krivično pravo *zasnovano na delu* (*Tatstrafrecht*). Treba naglasiti da je protivpravno delo uslov primene i mera bezbednosti, čiji uslov nije nekakva preddeliktna neispoljena opasnost, već upravo protivpravnim delom realizovana opasnost sa tendencijom ponovnog manifestovanja. Ovo je važno, jer nas istorija uči da je u vršenju svog ovlašćenja da kažnjava država neretko spremna da pozivajući se na ideju prevencije zločina – reaguje i pre njegovog ispoljavanja. Spoljno delo kao uslov svake krivične sankcije, pa i mera bezbednosti, takvo kažnjavanje samo na temelju nečijeg ubeđenja (*Gesinnungsstrafrecht*) onemogućava.

Kvalitet spoljne manifestacije ponašanja nije od značaja za postojanje radnje. Spoljno dejstvo koje ponašanje ostvaruje u spoljnom svetu ne mora se nužno ispoljiti kao posledica u klasičnom smislu (uništenje ili oštećenje objekta radnje), već to može biti i apstraktno ili konkretno ugrožavanje.<sup>23</sup> Uslov da se radi o ponašanju čoveka okrenutom ka spolja nije ni moguće usloviti njegovim daljim naročitim karakteristikama, jer krivičnopravni značaj imaju krajnje različita dela. To može biti i grimasa, govor ili kakav složen splet telesnih pokreta. Problem je u tome što se krivičnopravna radnja ne mora nužno ispoljiti kao činjenje – aktivno menjanje stvarnosti. U obzir dolazi i nečinjenje, gde neretko nedostaje opazivo kretanje u spoljnom svetu. Upravo je karakteristika krivičnih dela nečinjenja *mirovanje tela* – odsustvo vidljive spoljne manifestacije.<sup>24</sup> To donekle relativizuje

21 Ova sentenca (*Digeste*, 48.19.18) potiče iz Ulpijanovog komentara pretorskog edikta koji se tiče kompetentnosti činovnika, odnosno delotvornosti onih radnji službenika, koje se nalaze izvan njegove kompetencije (vid. H. P. Glöckner /1989/: *Cogitationis poenam nemo patitur* (D. 48. 19. 18). *Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt am Main, s. 2).

22 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch: *op. cit.*, s. 202.

23 B. Heinrich: *op. cit.*, s. 70. To smo već i pokazali na primeru odgovornosti vlasnika psa za teško delo protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine.

24 Pojedini autori dovode u pitanje uslov da radnja mora biti spoljno ponašanje, ne samo u kontekstu krivičnih dela nečinjenja, već i u pogledu komisivnih delikata. Tako Jakops navodi da „i usmena računanja i razmišljanja jesu radnje“, iako zbog principa da se krivično pravo zasniva na delu, obične pomisli kao radnje nisu zabranjene (G. Jakobs /1993/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York 2. Auflage, s. 145). To je rezultat Jakopsovog razumevanja radnje kao prouzrokovanja posledice koje se individualno moglo izbeći, s tim što se ovde i izvršenje i posledice odvijaju u telu, odnosno glavi subjekta (G. Jakobs: *ibid.*, s. 145).



definisanje krivičnopravne radnje kao nekakvog spolja vidljivog ponašanja. Majka koja ne hrani odojčce čini krivičnopravno relevantno nedelo samo ako se utvrdi da se radi o njenom novorođenčetu, odnosno da se radi o propuštanju dužnosti da se čini. Dužnost činenja predstavlja međutim neopisano obeležje objektivnog bića, a ne sastojak nekakvog predpravnog vrednovanja na nivou krivičnopravne radnje. Kako majka zlu volju nije spolja izrazila, njen eventualni prigovor da se kažnjava za samu zlu misao – nije jednostavno prenebregnuti.<sup>25</sup> Ipak, ovaj prigovor ne stoji, iako nesumnjivo „potkopava“ obeležje krivičnopravne radnje kao spoljnog ponašanja. Majka je nevršenjem svoje garantne dužnosti prekršila krivičnopravnu zapovest da u datoj situaciji postupi. Utoliko se ona ne kažnjava za samo pomisao, i pored toga što utvrđivanje subjektivne strane u slučaju nečinjenja povlači izvesne poteškoće na dokaznom planu.

### 1.3. Konkretno ponašanje

Predmet ispitivanja je uvek konkretno ljudsko ponašanje, konkretna radnja. Uključivanje u razmatranje ponašanja koja su se dogodila ranije načelno nije dopušteno, i može imati određeno značenje samo na planu odmeravanja kazne (npr. raniji život učinioca u smislu čl. 54 st. 1).<sup>26</sup> Identifikovanje ponašanja koje predstavlja predmet krivičnopravnog vrednovanja predstavlja važnu funkciju pojma krivičnopravne radnje.

Od navedenog pravila postoji važan izuzetak. Naime, prethodno ponašanje može imati krivičnopravni značaj ako se učiniocu može prebaciti da se skrivljeno doveo u stanje nesposobnosti za radnju. Reč je o konstrukciji koja nalikuje institutu skrivljene neuračunljivosti (*actio libera in causa*) iz čl. 24, i koja ima svoje kriminalno-političko opravdanje.<sup>27</sup> Uzmimo da je vozač seo za volan u stanju alkoholisanosti i zamora, da je zaspao za volanom i da je u tom stanju prouzrokovao saobraćajni udes. Stanje sna u kojem se vozač nalazio u vreme udesa možda predstavlja situaciju koja se definiše kao osnov isključenja krivičnopravne radnje, ali takav zaključak je očigledno neprihvatljiv. Vozač je slično stanju skrivljene neuračunljivosti, u koje se učinilac dovodi upotrebom alkohola skrivio stanje nesposobnosti za radnju. Da li se može smisleno razlikovati, da li je usled alkoholisanosti a u vreme udesa postojalo stanje sna, ili je vozač bio budan ali nemoćan da kontroliše vozilo? Obe situacije zahtevaju jednak krivičnopravni tretman. Otuda se i krivica našeg vozača ne procenjuje u vreme sna, kada nedostaje njegova sposobnost za krivičnopravnu radnju, već se utvrđuje „prema vremenu neposredno pre dovođenja u takvo stanje“ (čl. 24 st. 1).<sup>28</sup> Slično skrivljeno dovođenje u stanje nesposobnosti za krivičnopravno delanje, kako ćemo videti, možemo zamisliti kod većine osnova isključenja radnje,

25 Slično M. Maiwald: *op. cit.*, s. 637.

26 Slično B. Heinrich: *op. cit.*, s. 69.

27 Slična forma *actio libera in causa* prihvata se i u austrijskom pravu (vid. O. Triffterer: *op. cit.*, s. 115, na primeru majke koja iako zna da nemirno spava, legne sa odojčecom u isti krevet i ugušga).

28 Tako se i u pojedinim odlukama iz anglosaksonske sudske prakse krivica uspostavlja tako što se neophodan subjektivni element dela ocenjuje u vreme vožnje vozila, kada postoji svest o umoru

jer se često ova stanja mogu dovesti u vezu sa jednom prethodnom povredom dužnosti.<sup>29</sup>

U prilog ovakvom tumačenju, koje primenjuje i naša sudska praksa,<sup>30</sup> govori više okolnosti. Najpre, kako smo već konstatovali, i situacije neuračunljivosti i situacije nesposobnosti za radnju jednako odlikuje nemogućnost upravljanja svojim postupcima. Svako stanje u kojem učinilac ne vlada svojim telom – a to je kako smo videli upravo slučaj sa osnovima isključenja radnje – odlikuje upravo nemogućnost da se upravlja vlastitim pokretima tela. Osim toga, stavljanje u stanje nemogućnosti upravljanja svojim postupcima moguće je ne samo upotrebom alkohola ili droga, već i na „drugi način“. To dakle može biti i skrivljeno dovođenje u stanje sna. Protiv takvog tumačenja govori samo naziv čl. 24, gde se izričito pominje jedino „skrivljena neuračunljivost“, a ne nekakva skrivljena nesposobnost za radnju. Ciljno posmatrajući ovu odredbu, nalazimo međutim da je slično razumevanje čl. 24 moguće.

Skrivljena nesposobnost za radnju može imati i oblik skrivljene nesposobnosti da se preduzme dužno činjenje. Tako možemo zamisliti medicinsku sestru na noćnom dežurstvu, koja je obavezna da jednom teškom obolelom detetu daje lek na svaka dva sata, što ona međutim ne učini, jer je zbog premora bila prilegla malo da odspava, ali se probudi tek ujutru, kada već bude kasno. Odbrana medicinske sestre da njenog krivičnog dela nema, jer stanje sna isključuje krivičnopravnu radnju, može se pobiti samo ako prihvatimo da je nemogućnost preduzimanja dužnih radnji tokom noći medicinska sestra skrivila, jer je u vreme neposredno pre dovođenja u stanje sna propustila da recimo uključi budilnik, što bi garantovalo da će ona odgovoriti svojim dužnostima. Njen nehat i ostale okolnosti od značaja za krivičnu odgovornost – cenile bi se dakle u vreme dovođenja u stanje nesposobnosti za radnju. Ova situacija se u literaturi bez izuzetka smatra varijantom *omissio libera in causa*.<sup>31</sup>

#### 1.4. Voljno ponašanje

Već smo konstatovali da sva učenja o krivičnopravnoj radnji zahtevaju izvestan subjektivni sadržaj kao njenu pretpostavku. U svakom slučaju, ako se hoće priznati nekakva razgraničavajuća funkcija radnje, onda je smisleno zahtevati da ljudskim ponašanjem *upravlja volja*. Ako voljna kontrola pokreta nedostaje, ako svojim telom čovek niti vlada niti može da vlada – onda se teško može govoriti o njegovom krivičnopravno relevantnom delovanju.<sup>32</sup> Nevoljno pomeranje delova ljudskog tela

ili nastupanju mogućeg epileptičnog napada, a ne u vreme nesvesti ili sna (W. LaFave /2000/: *Criminal Law*, St. Paul, 3. Edition, p. 211).

29 Tako je teško zamisliti da epileptičar skrivi napad, čak i ako tokom napada ostvari obeležja nekog krivičnog dela. Ali, ako epileptičar, zanemarujući propise, upravlja motornim vozilom, tokom čega dobije napad i prouzrokuje udes – njegova odgovornost neće biti isključena.

30 Treba naglasiti da sudska praksa uopšte i ne razmatra stanje sna kao stanje nekakve nesposobnosti za radnju, već kao stanje privremene duševne poremećenosti kao uslov neuračunljivosti.

31 Između ostalih vid. npr. Roxin C. /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, s. 660.

32 Sličan uslov u anglosaksonskom pravu postavlja i *Model Penal Code*. „Lice nije krivo za delo, ako se njegova odgovornost ne zasniva na ponašanju koje uključuje voljnu radnju, ili propuštanje da

pre nalikuje kretanju nekog mehaničkog sredstva, nego ponašanju na kojem bi se temeljila pravna odgovornost. Zbog toga zahtev da kretanje tela kontroliše volja možemo razumeti i kao prvi izraz principa krivice. Jer, tako gde takva kontrola ili mogućnost kontrole ne postoji, od samoga je početka isključeno upućivanje krivičnog prekoru.<sup>33</sup> Isključenje upravljačkog aparata čoveka predstavlja tako osnovni kriterijum prema kojem se rukovodimo prilikom utvrđivanja da li postoji ili ne postoji krivičnopravna radnja.

## 2. OSNOVI ISKLJUČENJA RADNJE

### 2.1. Neodoljiva i odoljiva sila

Prema čl. 21 Krivičnog zakonika nije krivično delo ono delo koje je učinjeno pod dejstvom neodoljive sile. Sila je *neodoljiva* (apsolutna, *vis absoluta*), kako joj samo ime kazuje, ako se njenom dejstvu nije moglo odupreti, odoleti – ako učinilac nije imao mogućnost da izbegne činjenje ili nečinjenje.<sup>34</sup> Neodoljiva sila može poticati od čoveka ili predstavljati prirodni fenomen. U prvom slučaju, neko se može poslužiti telom drugoga kao sredstvom. Tada, prema slovu zakona (čl. 21 st. 3),<sup>35</sup> izvršiocem krivičnog dela smatraće se lice koje je neodoljivu silu primenilo. Tako možemo zamisliti zlonamernika, koji u radnji sa skupocenim porcelanom snažno gurne drugoga na izloženi komplet posuđa.<sup>36</sup> U datom primeru bismo isključili krivično delo odgurnutog, jer „nije krivično delo ono delo koje je isključeno pod dejstvom neodoljive sile“ (čl. 21 st. 1).<sup>37</sup> Onoga ko je neodoljivu silu primenio smatrali bismo posrednim izvršiocem krivičnog dela,<sup>38</sup> koji bi u zavisnosti od subjektivne strane mogao da odgovara za uništenje i oštećenje tuđe stvari (čl. 212).<sup>39</sup>

---

se preduzme radnja za koju je fizički sposoban“ – § 2.01 (1). Ne predstavljaju voljne akte: refleksi ili grč, telesni pokret tokom nesvesti ili sna, ponašanje za vreme hipnoze ili koje je rezultat hipnotičke sugestije, telesni pokret koji na drugi način nije proizvod nastojanja ili odlučnosti učinio, bilo svestan bilo po navici – § 2.01 (2). Uslov da se radi o voljnom aktu nalazimo i u anglosaksonskoj literaturi (tako npr. J. L. J. Edwards /1958/: Automatism and Criminal Responsibility, *Modern Law Review*, № 4, p. 380).

33 H. Frister /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage, s. 82.

34 Utoliko se može reći da se neodoljivom silom, za razliku od ostalih situacija kada nedostaje radnja, ne isključuje obrazovanje volje, već njeno ispoljavanje (tako W. Gropp /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg, 2. Auflage, s. 110).

35 Slična odredba nije uobičajena u uporednom zakonodavstvu. Nalazimo je primera radi u čl. 31 hrvatskog KZ.

36 Ili, neće odgovarati za bekstvo i omogućavanje bekstva lica lišenog slobode (čl. 339) onaj kojeg nesvesnog drugi zatvorenici iznesu iz zatvorskog kruga (primer iz anglosaksonske prakse, *State v. Boleyn*, 328 So. 2d 95, 1976).

37 Sporno je koji element krivičnog dela ovde nedostaje, s obzirom da prema zakonu nema krivičnog dela ili ako je isključena protivpravnost, ili ako je isključena krivica (čl. 14 st. 2). Isključenje radnje krivičnog dela zakon ne poznaje.

38 Tako Z. Stojanović /2011/: *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd, 18. izdanje, str. 170.

39 Uslov takve odgovornosti bio bi umišljaj, jer ono delo ne poznaje odgovornost za nehat.

Moguće da je čovekovi pokreti kojima se ostvaruju obeležja nekog krivičnog dela budu iznudeni delovanjem kakve prirodne zakonitosti, npr. delovanjem *sile zemljine teže* (jedno lice, u nameri da teško povredi omraženog prolaznika, sa balkona gurne druge lice, koje padom usmrti prolaznika) ili *inercije* (usled vazdušne turbulencije stjuardesa tokom leta padne na putnika i povredi ga). Ove slučajeve takođe treba vrednovati u smislu čl. 21, pa će u zavisnosti od okolnosti nekada samo biti isključena krivičnopravna radnja, dok će nekada neko odgovarati i kao posredni izvršilac.

Apsolutna sila kao potencijalni osnov isključenja krivičnopravne radnje naročit značaj ima u slučaju radnje nečinjenja, koja se ovde javlja kao apsolutna nemogućnost da se preduzme dužno činjenje. Ako majku koja se svojim jednogodišnjim detetom sunča na izolovanoj plaži neko lice veže, a dete uđe u vodu i počne da se davi, majka je apsolutno onemogućena da preduzme spasavanje deteta. S obzirom da preduzimanje dužne radnje koje bi otklonilo nastupanje posledice može da usledi bilo kada unutar određenog vremenskog intervala, nemogućnost postupanja mora faktički da postoji u svakom trenutku trajanja dužnosti. U suprotnom, *vis absoluta* mora se negirati. Važno je međutim istaći jednu specifičnost propuštanja dužnog činjenja usled neodoljive sile. Za razliku od neodoljive sile što prinuđava na činjenje, koja u ishodu isključuje svaku radnju činjenja i može se razmatrati pre ispitivanja konkretnog krivičnog dela, neodoljivo prinuđavanje na nečinjenje vezano je ispitivanjem konkretnog zakonskog bića dela.<sup>40</sup> Tako se može ispostaviti da je majka, iako vezanih ruku, mogla da spasi dete eventualnim dozivanjem u pomoć.

Sve situacije u kojima je do kretanja tela ili propuštanja dužnosti došlo delovanjem neodoljive sile – mogu se u zavisnosti od okolnosti pokazati kao skrivljene jednim prethodnim delovanjem. Tako možemo navesti primer tri lica, koja zbijena čekaju prevoz na autobuskom stajalištu. U jednom trenutku na poslednjem od njih naskače bernardinac koji ga obara. Domino efektom, pešak najbliži kolovozu bude odgurnut tako da padne pod točkove automobila. Na prvi pogled, reč je o tipičnoj situaciji neodoljive sile, koja je jednako delovala na svako lice u lancu. Međutim, i ovde je zamislivo uspostaviti subjektivnu vezu i konsekventno krivicu,<sup>41</sup> ako je poslednji pešak, kao vlasnik psa, znao za naviku psa da od radosti naskoči na njega. Ako bi uspostavljanje vlasnikovog nehata ovde bilo sporno, u našem primeru kretanja stjuardese usled turbulencije, njena odgovornost teško bi se mogla negirati, ako je do kretanja došlo dok je trajala zabrana kretanja po vazduhoplovu.

Odoljiva sila (kompulzivna sila, *vis compulsiva*) i pretnja nemaju značaj isključenja radnje, ali mogu dovesti do ublažavanja kazne (čl. 21 st. 2).

## 2.2. Refleksni pokreti

Refleksni pokreti ne predstavljaju radnju u krivičnom pravnom smislu. Refleks predstavlja automatsku reakciju organizma na neki spoljni ili unutrašnji nadražaj, bez upliva volje. Refleksnim pokretom čovek ne vlada, niti bi snagom svoje volje

40 Tako O. Triffterer: *op. cit.*, s. 116.

41 Tako bar čine J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch: *op. cit.*, s. 209.

mogao da ga nadvlada. Nije jednostavno ni zamisliti neke situacije, gde bi refleks doveo do pokreta kojim bi se ostvarila obeležja nekog krivičnog dela.<sup>42</sup> Školski primer bi recimo predstavljala realna uvreda lekara od strane pacijenta, kojem lekar upravo ispituje očuvanost nervnih završetaka udarcem čekića po patelarnoj tetivi, što dovede do pokretanja potkolenice i udarca u međunožje lekara. Ovde ne samo da nema umišljaja i namere omalovažavanja,<sup>43</sup> već ni voljne kontrole pokreta, odnosno krivičnopravne radnje. Slično bismo mogli zamisliti da se lice doticanjem električnog voda tako trgne da povredi drugoga.

Iako su ovde situacije *actio libera in causa* manje verovatne, u literaturi se i ovde pominje mogućnost da se subjektivna veza sa delom učinjenim refleksnim pokretom uspostavi preko prethodnog činjenja ili propuštanja dužnog činjenja.<sup>44</sup>

*Instinktivni pokreti* prema pojedinim shvatanjima takođe nisu krivičnopravne radnje.<sup>45</sup> Tu bi se mogli svrstati pokreti davljenika neplivača, koji se mahnitim pokretima neretko pokušava održati na površini vode, makar sličnim aktima onesposobio eventualnog spasioca. Zaista, ovi pokreti nalikuju refleksu, ali ih teško možemo označiti kao nevoljne. Otuda je eventualno povređivanje spasioca neophodno rešavati preko krajnje nužde. *Impulsivne reakcije* i radnje preduzete u *afektu* ne isključuju sposobnost za radnju, jer mogućnost vladanja pokretom takođe nije potpuno isključena. Zbog toga lice koje u naletu besa povredi drugoga čini radnju (telesnog povređivanja). Afekti visokog intenziteta mogu, međutim, da utiču na uračunljivost kao element krivice.<sup>46</sup> Isto važi i u pogledu onih nagonskih reakcija (poremećaji seksualnog nagona, piromanija, kleptomanija) koje naša sudska praksa takođe razmatra unutar krivice (uračunljivosti).

Nejasno je kako tretirati *epileptične napade*. U prvoj, manje verovatnoj situaciji, ostvarenje zakonskih obeležja jednog krivičnog dela je rezultat *konvulzije* izazvane napadom. Tako možemo zamisliti da pacijent tokom stomatološkog pregleda usled iznenadnog epileptičnog napada dobije grč, zbog čega odgrize prst zubaru koji ga je pregledao (čl. 121). Praktično je mnogo značajnije ostvarenje obeležja krivičnog dela u stanju *nesvesti*, koje nastaje usled većine tipova epileptičnih napada. Iako se epilepsija u delu naše teorije smatra duševnom bolešću, usled čega se i radnje preduzete tokom napada razmatraju iz perspektive nedostatka na planu uračunljivosti, priroda pokreta koji se konvulzivno ostvaruju dopušta zaključak da možda nedostaje već krivičnopravna radnja.<sup>47</sup> Slične dileme srećemo i u anglosaksonskoj sudskoj praksi, gde se mogu sresti kako odluke u kojima

42 Interesantan je primer iz nemačke sudske prakse, gde je vozač izgubio kontrolu nad vozilom usled uboda ose u zenicu. Reč je o tzv. papilarnom refleksu, koji uslovljava automatsko zatvaranje očnih kapaka. Zanimljiv slučaj nalazimo i u američkoj praksi, *People v. Newton*, 8 Cal. App. 3d 359. Okrivljeni je osuđen za ubistvo policajca kojem je oduzeo pištolj, nakon što mu je ovaj pucao u stomak. Veštak je tvrdio da nije neobično da lica koja su pogođena u predeo abdomena izgube svest i upadnu u stanje šoka sa refleksnim manifestacijama (W. LaFave: *op. cit.*, p. 210).

43 Uvreda iz nehata nije kažnjiva.

44 Tako npr. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch: *op. cit.*, s. 209, upravo na primeru lekarskog pregleda refleksa.

45 Tako J. Wessels, W. Beulke /2002/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 32. Auflage, s. 29.

46 Ovo je u našoj sudskoj praksi i literaturi nesporno.

47 Krivičnopravnu radnju isključuju npr. W. Gropp: *op. cit.*, s. 110; C. Roxin: *op. cit.*, s. 266.

se odbrana zasnivala na tome da se usled nesvesti radi o nevoljnom aktu, ali i odluke gde je odbrana ukazivala na nedostatak krivice usled duševne bolesti.<sup>48</sup> Problem komplikuje i to što je kod situacija epileptičnih napada koje imaju najveći krivičnopravni značaj – prouzrokovanju saobraćajnog udesa u stanju nesvesti izazvanog napadom – krivičnu odgovornost moguće uspostaviti preko instituta *actio libera in causa*. Epileptičar se skrivljeno doveo u stanje koje onemogućava kontrolu pokreta, jer je znao da oboljenje za posledicu ima nesposobnost za upravljanje motornim vozilom u javnom saobraćaju.<sup>49</sup> Otuda ove situacije i treba rešavati na planu krivice preko čl. 24.

### 2.3. Radnje u stanju sna ili nesvesti

Čovek ne kontroliše ni pokrete učinjene u stanju *sna* ili *nesvesti*. U tom smislu se ova stanja redovno navode kao osnovi isključenja krivičnopravne radnje.<sup>50</sup> Za razliku od poremećaja na planu svesti koji se ispituju u okviru krivice, a utiču na neuračunljivost (čl. 23 st. 2), bitno smanjenju uračunljivost (čl. 23 st. 3), ili samo smanjenu uračunljivost, ovde je svesni aparat u celosti isključen. Zato u obzir dolaze i druga stanja sa sličnim dejstvom (koma, narkoza, delirijum,<sup>51</sup> epileptični napad praćen nesvešću itd.).<sup>52</sup> Uguši li majka u dubokom snu odojčce koje spava pored nje, ili zaspi li hotelski gost sa upaljenom cigaretom i tako izazove veliki požar – neće postojati njihovo krivičnopravno relevantno činjenje.<sup>53</sup> Ipak, kako smo već videli, upravo su radnje preduzete tokom sna primeri vezivanja krivične odgovornosti za jedno prethodno ponašanje u smislu instituta *actio libera in causa*. Tako, ako neko na selu, u kojem nema električne energije, čita noću uz sveću, te zaspi, odgovornost za izazivanje opšte opasnosti požarom i nastupele posledice (čl. 278 odnosno 288) nećemo vezati za samo paljenje, već za propuštanje da se na prvi nagoveštaj pospanosti sveća ugasi.

### 2.4. Hipnoza i mesečarenje

Sporno je kako vrednovati radnje preduzete u stanju *hipnoze*. Tako možemo zamisliti da lice bude dovedeno u stanje duboke hipnoze, i navedeno da u tom stanju svojeručno potpiše svoj navodni testament. U pogledu hipnoze i njenih

48 D. W. Denno /2002/: Crime and Consciousness: Science and Involuntary Acts, *Minnesota Law Review*, № 2, p. 344–345; C. Howard /1962–1964/, Automatism and Insanity, *Sydney Law Review*, № 4, p. 41; W. LaFave: *op. cit.*, p. 209.

49 Otuda odgovornost može biti isključenja samo ako zbog činjenice da se radi o primarnom epileptičnom napadu lice ni ne zna da boluje od epilepsije.

50 Vid. npr. C. Fahl /1998/: Schlaf als Zustand verminderten Strafrechtsschutzes?, *Juristische Ausbildung*, № 9, s. 457.

51 Situacije *delirijuma* naša teorija i praksa ne rešavaju na planu sposobnosti za radnju, već na planu uračunljivosti. Otuda se delirijum uzima kao eventualni biološki osnov neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti.

52 Tako npr. T. Lenckner /2001/: in: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) *et al.*: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage, s. 156; C. Roxin: *op. cit.*, s. 266.

53 Tako P. Bringewat /2008/: *Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen – Allgemeine Verbrechenslehre – Aufbauschemata*, Baden-Baden, 2. Auflage, s. 134.

efekata, medicinska nauka još uvek nije dala svoj konačan sud. Jedan model, unutar kojeg postoji veliki broj različitih pozicija,<sup>54</sup> načelno polazi od toga da hipnoza podrazumeva posebno, promenjeno stanje svesti. Radnje hipnotisanog subjekta su *nevoljne*, jer subjekt automatski odgovara na svaku datu sugestiju. Hipnotisani je u potpunoj vlasti hipnotizera, koji njegove akte upravlja prema svojoj volji. Na drugom, isto tako raznovrsnom polu,<sup>55</sup> nalaze se mišljenja, prema kojima akti preduzeti u stanju hipnoze nisu rezultat promenjenog stanja svesti, već više jednog psihološkog procesa, u kojem subjekt zapravo *odabira* da čini ono što leži u njegovoj podsvesti. Otuda se ovde i ne može reći da su akti hipnotisanog preduzeti mimo njegove volje. Sporno je i da li hipnotisani i u kojoj meri može biti naveden da učini kriminalne i uopšte *antisocijalne akte*, iako su tokom XX veka obavljena mnoga istraživanja u tom pravcu.<sup>56</sup> Iako je dugo vremena bilo uvreženo shvatanje da je tako nešto moguće, moderno stanovište većinski polazi od toga da hipnotisani u ovom stanju neće preduzeti radnje koje su mu odbojne, koje protivreče njegovom sistemu vrednosti.

Prema jednom shvatanju<sup>57</sup> i reklo bi se slovu zakona<sup>58</sup> ovde pokreti takođe izmiču svesnoj i voljnoj kontroli, te se ne bi radilo o krivičnopravnoj radnji. Drugo shvatanje, koje smatramo prihvatljivijim, radnje u stanju hipnoze razmatra iz perspektive odredbe o neuračunljivosti (čl. 23),<sup>59</sup> smatrajući da se ovde zapravo radi o poremećaju svesti. Prema ovome, ako bi se veštačenjem utvrdilo da je usled hipnoze bila potpuno isključena umno-psihička kontrola i upravljanje motornim procesima, hipnotisani se ne bi smatrao uračunljivim. Slične dileme nalazimo i u anglosaksonskoj sudskoj praksi, gde se formalno priznaje naročita odbrana po kojoj hipnoza isključuje voljno postupanje (*Automatism Defense*), ali gde takva odbrana, za razliku od pozivanja na duševni poremećaj (*Insanity Defense*), do sada nije prihvatana od strane sudova.<sup>60</sup>

Sa radnjama u stanju hipnoze je uporedivo *hodanje u snu* (mesečarenje, somnambulizam). Iako je lice koje mesečari naizgled budno, ono redovno nije svesno prisustva drugih i ne može da upravlja sobom. Nailazimo na interesantan slučaj iz 1950. godine. Gospođa Kogdon (*Cogdon*) je imala istoriju bizarnih snova i preterane brige za svoju devetnaestogodišnju kćer. Jedne noći, ona je usnila da je njenu kćer u krevetu napao severno-korejski vojnik, pa je u stanju somnambulizma

54 M. C. Bonnema /1993/: „Trance on Trial“: An Exegesis of Hypnotism and Criminal Responsibility, *Wayne Law Review*, № 3, p. 1302–1306.

55 M. C. Bonnema: *op. cit.*, p. 1306–1309.

56 Tako su u jednom eksperimentu subjekti uspešno navedeni da bace kiselinu na eksperimentatora koji se nalazio iza zaštićenog stakla, dok su u drugom slučaju subjekti uzeli u ruke zmiju, jer im je rečeno da se radi o konopcu (M. C. Bonnema: *op. cit.*, p. 1310–1311).

57 M. Corrado /1990/: Automatism and the Theory of Action, *Emory Law Journal*, № 4, p. 1194; R. Schmidt: *op. cit.*, s. 25; J. Wessels, W. Beulke: *op. cit.*, s. 30.

58 Silom se smatra i primena hipnoze ili omamljujućih sredstava, s ciljem da se neko protiv svoje volje dovede u nesvesno stanje ili onesposobi za otpor (čl. 112 st. 12). Istina, ova odredba ne govori da li se primena hipnoze smatra neodoljivom ili odoljivom silom.

59 T. Lenckner: *op. cit.*, s. 156; R. Maurach, H. Zipf: *op. cit.*, s. 195.

60 D. W. Denno: *op. cit.*, p. 349–350.

sekirom usmrtila kćerku. Veštačenje je pokazalo da je optužena patila od hysterije i depresije, i da je mogla da upadne u stanja amnezije i somnambulizma. Na koncu, gđa Kogdon je oslobođena svih optužbi, sa zaključkom da je njen akt bio nevoljan.<sup>61</sup> Slično navedenom primeru mnogi autori smatraju da somnambulizam isključuje sposobnost za krivičnoppravnu radnju.<sup>62</sup> Međutim, deo teorije i naročito sudska praksa somnambulizam s pravom smatraju duševnim poremećajem koji ostvaruje dejstva samo na planu uračunljivosti.<sup>63</sup>

## 2.5. Automatizovane radnje

Automatizovane radnje jesu one radnje koje se njihovim višestrukim ponavljanjem preduzimaju manje-više automatski, mahinalno. Tu lice najčešće svesno ne vlada svakim pojedinim telesnim pokretom, već usled njihove ustaljenosti pokret u izvesnom smislu nalikuje *stečenom refleksu*. Radnja je zapravo naučena, pa nije neophodno stalno angažovanje pažnje i svesnog procesa odlučivanja. Slične radnje su zamislive kod svakog manuelnog posla koji se svakodnevno ponavlja. Naučenost radnje redovno vrši i korisne funkcije, jer se posao efikasnije obavlja, što povećava i radni učinak i smanjuje zamor. Naročito korisnu funkciju automatizovane reakcije imaju u saobraćaju, jer su brže i manje naporne negoli svesne radnje.<sup>64</sup> Tako neangažovanje svesti prilikom naglog kočenja – ubrzava reakciju vozača i uvećava šanse da se izbegne sudar sa iznenadnom preprekom na putu.<sup>65</sup> U pojedinim situacijama, međutim, automatizovane reakcije, npr. naglo skretanje vozilom u stranu pred izletelom životinjom na putu, za ishod mogu imati i krivičnoppravno relevantne posledice, često i sa smrtnim ishodom.

U delu literature se zastupa shvatanje da se ovi kvazi-mehanički pokreti, slično refleksima, ne daju kontrolisati, i da stoga zaslužuju da budu jednako vrednovani sa dejstvom isključenja krivičnoppravne radnje.<sup>66</sup> To nije sasvim tačno, jer su ovi pokreti više poluautomatizovani; korekcija naučenog subjektu je načelno dostupna, a zavisi od vremena za pravovremenu reakciju,<sup>67</sup> vozačkog iskustva, i niza drugih okolnosti. Tako je poznato da naglo kočenje u uslovima poledice izaziva kontra-efekat. Vozač koji zna za ovu okolnost, može automatizam, ovde impuls da instiktivno „legne“ na kočnicu, motivaciono da ukloni.<sup>68</sup> Iako je pokret naučen, ne možemo reći da je svaka mogućnost voljne korekcije isključena. Tako bi već uključivanje stop svetala

61 Zanimljivo je primetiti da bi optužena bila smatrana neuračunljivom da je bila u svesnom stanju, a delo učinila usled halucinacija (C. Howard: *op. cit.*, p. 37).

62 Tako izričito npr. R. Schmidt: *op. cit.*, s. 25.

63 D. W. Denno: *op. cit.*, p. 347.

64 H. Franzheim /1965/: Sind falsche Reflexe des Kraftfahrers strafbar?, *Neue juristische Wochenschrift*, № 43, s. 2000.

65 Slično C. Roxin: *op. cit.*, s. 268.

66 H. Franzheim: *op. cit.*, s. 2001.

67 Na automatizovanost pokreta svakako utiče i vreme koje stoji na raspolaganju da se voljni aparat aktivira. Tako se neće raditi o radnji ako učinilac nije ni bio u poziciji da uključivanjem svesti ispravi učinjeno (G. Jakobs: *op. cit.*, s. 146).

68 Tako G. Jakobs: *op. cit.*, s. 146.



na vozilu koje se kreće ispred, vozača iza trebalo da potakne da probudi vlastiti motivacioni aparat, i poništi poriv da naglo zakoči.

Od okolnosti koje utiču na krivičnopravne vrednovanje automatizovanih pokreta naročiti značaj ima nedovoljno vreme za izbegavanje naučene reakcije. U školskom primeru izletanja životinje „veličine zeca ili mačke“ pred vozilo, koje vozač, da bi izbegao udar, naglo okrene u stranu i prouzrokuje udes, usled kojeg smrtno strada njegov suvozač<sup>69</sup> – vremena za reagovanje je bilo isuviše malo, da bi poriv da se pred preprekom skrene bio zamenjen spoznajom da se sitna životinja može bez rizika pregaziti. To međutim ne bi za ishod imalo nekakvo isključenje radnje, jer pitanje nepostojanja svesti da se radnjom ostvaruju zakonska obeležja dela ostvaruje dejstva tek na planu (nesvesnog) nehata.<sup>70</sup>

## 2.6. Spontane reakcije

Isto važi i ako se radi o spontanom reagovanju, npr. ako vozač, kojem je „dosadna“ muva stalno iznova stajala na nos u toku vožnje, učini više trzajućih pokreta rukom (kako bi otklonio nesnosan svrab) i izgubi kontrolu nad vozilom, usled čega dođe do udesa. Reč je o takvoj reakciji na jedan nepredviđeni događaj, da iako je učinilac budan – njemu ne preostaje dovoljno vremena da promisli o svom postupku, već on jednostavno reaguje.<sup>71</sup> Ali, ako nedostaje svesna refleksija, i ovde kao kod automatizovanih pokreta ipak ne možemo negirati mogućnost voljne korekcije. Tako i vojnici na „mrtvoj straži“ kontrolišu svoje pokrete, iako nestašni posetioci neretko šalama hoće da iznude neku njihovu grimasu. Voljni akt postoji i u drugim situacijama koje zahtevaju hitro reagovanje, gde je čovekov odgovor na izazov neretko uslovljen ograničenim vremenom i raspoloživim sredstvima, kao recimo kada čovek u padu sa balkona gleda da se uhvati za bilo šta što bi zaustavilo ili usporilo njegov pad. Kod situacija spontanog reagovanja će i pored postojanja krivičnopravne radnje redovno biti moguće pozivanje na krajnju nuždu.<sup>72</sup>

## 2.7. Slučajne radnje

Starija srpska teorija je poznavala takozvane slučajne „nehotične radnje“,<sup>73</sup> pod kojim je razumela izvesna prouzrokovanja koja su nastala nesrećnim spletom okolnosti, a koja su svoj uzrok imala u nevoljnoj radnji učinioca. „Npr. čovek nosi

69 Upravo je ovaj primer iz nemačke sudske prakse (OLG Frankfurt VRS 28, 364) inspirisao živu naučnu raspravu.

70 Tako H. Frister: *op. cit.*, s. 83. Suprotno Merkel, prema kojem aktivnost kojoj ne prethodi dovoljno vremena za reagovanje za ishod ima isključenje radnje, ako se radi o periodu u kojem kontrolisano upravljanje ponašanjem nije moguće. Prema ovom autoru, radi se o periodu manjem od otprilike pola sekunde (G. Merkel /2007/: Zur Strafwürdigkeit automatisierter Verhaltensweisen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 2, s. 244).

71 G. Merkel: *ibid.*, s. 215.

72 Tako i u anglosaksonskom pravu (W. LaFave: *op. cit.*, p. 210).

73 Vid. npr. L. Urošević /1929/: *Sudski trebnik II deo. Krivični zakonik sa komentarom i drugi zakoni*, Beograd, str. 28. Slična razmišljanja i primere nalazimo i u kasnijoj literaturi (vid. M. Đorđević /1979/: *Praktikum za krivično pravo Opšti deo*, Beograd, 4. izdanje, str. 98–100).

pušku, saplete se, padne, puška okine i nekoga ubije. Ili, lovac gađa divljač, kuršum udari u kamen, odbije se od istog i koga teško povredi. Ili, čovek cepa drva, sekira mu isklizne iz ruku i nekoga povredi“.<sup>74</sup> Razlika između nehata i slučaja prepoznaje se u tome, što kod nehata „ima nepažnje“, dok je kod *casus*-a nema,<sup>75</sup> odnosno u tome što „nehatni učinilac hoće radnju ali nije hteo posledicu, dok kod *casus*-a učinilac nije hteo ni radnju da izvrši već ju je izvršio nehотиčno“.<sup>76</sup> Iako su objašnjenja posve nedоследna, mešajući uslove postojanja radnje i pretpostavke odgovornosti za nehat, navedeni primeri ipak pokazuju jednu specifičnu podkategoriju ljudskih akata, čije je zajedničko obeležje *nespretnost* njihovog autora. Iz ugla različitih učenja o krivičnopravnoj radnji, zaista se može zaključiti da ove pokrete učinilac neće, da su pokreti nehотični. Zbog toga ne iznenađuje da i pojedini savremeni autori nalaze da se i ovde radi o nevoljnim pokretima što isključuju radnju.<sup>77</sup> To međutim još uvek ne govori da ovi nevoljni pokreti za ishod imaju krivičnu neodgovornost, odnosno da se njihovom autoru ne može prebaciti zbog pokreta i njihovih posledica. Ispuštanje nekog predmeta ili saplitanje koje drugog povređuje jesu nespretnе, *nepažljive radnje*, koje svakako podležu oceni da li se možda radi o nehatu.<sup>78</sup> Zapravo, kada se pogleda kriterijum da radnja nije samo ponašanje kojim čovek upravlja, već i ponašanje koje čovek može da kontroliše (što ne čini), onda se i ovde mora doći do zaključka o postojanju radnje.

## 2.8. Radnje pravnih lica

Vladajuće shvatanje u nemačkoj literaturi pravnim licima odriče sposobnost preduzimanja krivičnopravne radnje (*societas delinquere non potest*).<sup>79</sup> Ovo ne iznenađuje, jer pravno lice postupa isključivo preko svojih organa (fizičkih lica u njegovom sastavu), i kao takvo ne može voljno da se odnosi prema stvarnosti. Otuda njegova eventualna krivična odgovornost mora da bude izvedena iz odgovornosti fizičkih lica u njihovom sastavu. Zaključak da su pravna lica sposobna za krivičnopravnu radnju predstavlja fikciju i podrazumeva revidiranje temeljnih pojmova krivičnog prava. Međutim, i pored toga, veliki broj zemalja, među kojima je i Srbija, iz kriminalno-političkih razloga se opredelio za krivičnopravnu odgovornost pravnih lica. Prema članu 7. Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela,<sup>80</sup>

74 L. Urošević: *op. cit.*, str. 28.

75 L. Urošević: *op. cit.*, str. 28.

76 M. Đorđević: *op. cit.*, str. 100.

77 Slično R. Schmidt: *op. cit.*, s. 25, u odnosu na radnju saplitanja.

78 Tako već G. Radbruch /1904/: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, s. 129.

79 Tako npr. H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage, s. 227; E. Schmidhäuser /1989/: *Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht*, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln *et al.*, s. 161; J. Wessels, W. Beulke: *op. cit.*, s. 29. Suprotno npr. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch: *op. cit.*, s. 205; W. Gropp: *op. cit.*, s. 113; G. Jakobs: *op. cit.*, s. 149. Iako nemačko pravo još uvek ne poznaje krivičnu odgovornost pravnih lica, mogućnost da pravna lica odgovaraju za prekršaj (§ 30 OWiG) obesmišljava različito tretiranje sposobnosti za radnju unutar kaznenog prava.

80 Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, *Službeni glasnik RS*, br. 97/2008.

odgovornost pravnog lica zasniva se na krivici odgovornog lica, a postoji samo ako je odgovorno lice ili njemu podređeno fizičko lice (vid. čl. 6) učinilo krivično delo u nameri da za pravno lice ostvari korist. Utoliko, više ne može biti govora o nekakvoj nesposobnosti pravnog lica da radi. Ili će se krivičnopravni pojam radnje tako preoblikovati da vršeci svoju osnovnu funkciju adekvatno obuhvati i radnje pravnih lica, ili će to biti još jedan argument protiv njegovog postojanja.

### 3. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kako vidimo, većina situacija koje se u literaturi razmatraju kao eventualni osnivi isključenja krivičnopravne radnje mogu se adekvatno rešiti na planu krivice. Razlog preplitanja ova dva instituta jeste činjenica da sposobnost upravljanja svojim postupcima zakonodavac smatra pretpostavkom uračunljivosti, te se svaki nedostatak ove sposobnosti može adekvatno rešiti zaključkom da se učinjeni akti ne mogu uračunati njihovom akteru u krivicu. Uostalom, široko postavljeni biološki osnivi nemogućnosti upravljanja vlastitim postupcima (usled duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, zaostalog duševnog razvoja ili druge teže duševne poremećenosti) iz čl. 23 pružaju pouzdan oslonac da se unutar ove odredbe rešavaju radnje u stanju sna i nesvesti, ili druga stanja (epilepsije, somnambulizma ili hipnoze).<sup>81</sup> Sličnu nemogućnost upravljanja svojim pokretima možemo zaključiti i u pogledu refleksnih pokreta, iako je njihov praktični značaj skoro zanemarljiv. Na koncu, nejasno je kako razumeti odredbu čl. 21 st. 1 o dejstvu neodoljive sile. Kako krivičnog dela nema samo „ukoliko je isključena protivpravnost ili krivica, iako postoje sva obeležja krivičnog dela određena zakonom“ (čl. 14 st. 2), jasno je da formulaciju „nije krivično delo ono delo koje je učinjeno pod dejstvom neodoljive sile“ moramo podvesti pod odredbu čl. 14. st. 2., tim pre što sličan izraz („nije krivično delo ono delo...“) zakonodavac koristi i kod nespornih osnova isključenja krivice ili protivpravnosti. Činjenica da se kao izvršilac krivičnog dela u tom slučaju smatra lice koje je neodoljivu silu primenilo (čl. 21. st. 3) pre upućuje na zaključak da ovde nedostaje bilo kakvo (protivpravno) delo neodoljivo prinuđenog. U suprotnom ne bi postojale smetnje da se onaj što je silu primenio smatra podstrekačem, kako je to uostalom i kod odoljive sile (čl. 21 st. 2). U svakom slučaju, iz procesnog ugla neće biti razlike, jer će se u obe konstelacije postupak meritorno okončati oslobađajućom presudom ili ekvivalentnom obustavom u prethodnim stadijumima.

### LITERATURA

- Baumann J., Weber U., Mitsch W. /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 11. Auflage
- Bonnema M. C. /1993/: „Trance on Trial“: An Exegesis of Hypnotism and Criminal Responsibility, *Wayne Law Review*, № 3
- Bringewat P. /2008/: *Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen – Allgemeine Verbrechenlehre – Aufbauschemata*, Baden-Baden, 2. Auflage
- Corrado M. /1990/: Automatism and the Theory of Action, *Emory Law Journal*, № 4

81 Od sličnog zaključka ne treba da odvrati uobičajena predstava da neuračunljivost podrazumeva isključivo duševnu bolest ili kakvo patološko stanje.

- Denno D. W. /2002/: Crime and Consciousness: Science and Involuntary Acts, *Minnesota Law Review*, № 2
- Dorđević M. /1979/: *Praktikum za krivično pravo Opšti deo*, Beograd, 4. izdanje
- Ebert U. /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 3. Auflage
- Edwards J. L. J. /1958/: „Automatism and Criminal Responsibility“, *Modern Law Review*, № 4
- Fahl C. /1998/: Schlaf als Zustand verminderten Strafrechtsschutzes?, *Juristische Ausbildung*, № 9
- Franzheim H. /1965/: Sind falsche Reflexe des Kraftfahrers strafbar?, *Neue juristische Wochenschrift*, № 43
- Freund G. /2003/: in: Heintschel-Heinegg B. von (Hrsg.) et al.: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München
- Frister H. /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage
- Glöckner H. P. /1989/: *Cogitationis poenam nemo patitur (D. 48. 19. 18). Zu den Anfängen einer Versuchslehre in der Jurisprudenz der Glossatoren*, Frankfurt am Main
- Gropp W. /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg, 2. Auflage
- Heinrich B. /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage
- Howard C. /1962–1964/, Automatism and Insanity, *Sydney Law Review*, № 4
- Jakobs G. /1993/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York 2. Auflage
- Jescheck H.-H., Weigend T. /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage
- LaFave W. /2000/: *Criminal Law*, St. Paul, 3. Edition
- Lenckner T. /2001/: in: Schönke A., Schröder H. (Hrsg.) et al.: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage
- Maiwald M. /1974/: Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 3
- Maurach R., Zipf H. /1992/: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg, 8. Auflage
- Merkel G. /2007/: Zur Strafwürdigkeit automatisierter Verhaltensweisen, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 2
- Radbruch G. /1904/: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin
- Roxin C. /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, München, 4. Auflage
- Roxin C. /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München
- Rudolphi H.-J. /1981/: in: Rudolphi H.-J., Horn E., Samson E. (Hrsg.) et al.: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I Allgemeiner Teil (§§ 1–79b)*, Frankfurt am Main, 3. Auflage
- Schmidhäuser E. /1989/: Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, in: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln et al.
- Schmidt R. /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, Grasberg bei Bremen, 9. Auflage
- Stojanović Z. /2011/: *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd, 18. izdanje

- Stratenwerth G. /1965/: Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das Schweizerische Strafrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, № 2
- Triffterer O. /1994/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien – New York, 2. Auflage
- Urošević L. /1929/: *Sudski trebnik II deo. Krivični zakonik sa komentarom i drugi zakoni*, Beograd
- Vuković I. /2012/: Krivičnopravni pojam i funkcije radnje, *Crimen*, № 1
- Wessels J., Beulke W. /2002/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 32. Auflage
- Živanović T. /1935/: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije Opšti deo. I knjiga*, Beograd, 1-3 izdanje

Igor Vuković  
Faculty of Law, University of Belgrade

## GROUND FOR EXCLUDING ACT AS GROUNDS FOR EXCLUDING CRIME?

### SUMMARY

In the doctrine of continental criminal law, criminal act prerequisites have always attracted much attention. Although this interest hasn't been matched by an equivalent practical significance, certain characteristics of human behavior have separated, and consequently, some situations where criminal action is lacking have arisen. Human behavior could constitute a criminal act if it is external manifested and controlled by the will. Therefore, as potential grounds for excluding criminal act generally are considered: acts under the influence of irresistible force, reflex movements and movements undertaken in a state of sleep or unconsciousness. Apart from these situations, the author discusses significance of other conditions characterized by the inability to control one's own conduct.

**Keywords:** Voluntary act, vis absoluta, reflex, bodily movement during unconsciousness or sleep.

## ODGOVORNOST DRŽAVE ZA ŠTETU USLED TERORISTIČKIH AKATA, JAVNIH DEMONSTRACIJA ILI MANIFESTACIJA

**Apstrakt.** Zakonom o obligacionim odnosima propisana je objektivna odgovornost države za štetu koju su njeni organi bili dužni da spreče, a koja je nastala smrću, telesnom povredom, uništenjem ili oštećenjem imovine fizičkog lica usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija. U prvom delu rada autor ispituje pravnu prirodu i društvenu svrhu, uslove za zasnivanje i razloge za oslobođenje od ovog oblika odgovornosti. Potom, autor analizira promenu u praksi domaćih sudova u pogledu pravnog značaja faktičke nemogućnosti da država spreči štetu koju je bila dužna da spreči. Do ove promene došlo je u vezi sa štetama koje su pričinjene aktima nasilja ili terora na Kosovu i Metohiji nakon 10. juna 1999. godine. Sudovi treba da uoče razliku između postojanja dužnosti odgovornog lica da spreči štetu i faktičke nemogućnosti da odgovorno lice učini to isto. Ako Republika Srbija nije u obavezi da na određenoj teritoriji sprečava štete od akata nasilja ili terora, javnih demonstracija ili manifestacija, ne može biti ni njene odgovornosti za tako prouzrokovanu štetu. Međutim, prema Zakonu o obligacionim odnosima i pripadajućoj višedecenijskoj praksi domaćih sudova, država se ne može osloboditi ovog oblika odgovornosti samo na osnovu toga što štetu de facto nije mogla da spreči. Značajno obeležje ovog građanskopravnog instituta upravo je to što država odgovara za štetu koju je bila dužna da spreči i ako nije bila u stanju da postupi u skladu sa tom svojom dužnošću. Pitanje da li je država dužna da spreči štetu od akata nasilja ili terora na određenoj teritoriji ne može se ostaviti sudijama parničarima, da na njega odgovaraju uvek iznova u postupku za naknadu štete, već treba da bude rešeno na opštijem nivou.

**Ključne reči:** šteta od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija. – Odgovornost države. – Dužnost sprečavanja štete. – Faktička nemogućnost sprečavanja štete.

### 1. UVOD

Pod marginalnim naslovom *Posebni slučajevi odgovornosti*, Zakonom o obligacionim odnosima uređeno je pet oblika odgovornosti za štetu, koji se međusobno razlikuju po svim bitnim obeležjima. Te razlike ogledaju se u osnovu odgovornosti i uslovima za njeno zasnivanje, identitetu odgovornog lica, razlozima iz kojih se može osloboditi odgovornosti, pa čak i vrstama štete za koju se odgovara.<sup>1</sup> Reč je o

\* docent, [marija@ius.bg.ac.rs](mailto:marija@ius.bg.ac.rs)

1 Vid. Čl. 180–184, Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja. Reč je o sledećim institutima: (1) odgovornost usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, (2) odgovornost organizatora priredbi, (3) odgovornost zbog uskraćivanja neophodne

rezidualnoj kategoriji, to jest o posebnim slučajevima odgovornosti kojima je zajedničko samo to što se ne mogu bez kompromisa svrstati u bilo koju ranije formiranu kategoriju.<sup>2</sup>

Među posebnim slučajevima odgovornosti, zakonodavac na prvom mestu uređuje odgovornost države za štetu usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija (čl. 180 ZOO). Ta odgovornost je objektivna po svojoj pravnoj prirodi. Država odgovara za štetu bez obzira na krivicu, to jest bez obzira na kvalitet postupanja vlastitih organa, ali pod uslovom da su ti organi bili dužni da spreče nastanak štete.<sup>3</sup>

U domaćoj pravnoj teoriji<sup>4</sup> i sudskoj praksi<sup>5</sup> nije sporno da se država ne može osloboditi ove odgovornosti dokazujući da su njeni organi postupali onako kako je trebalo, odnosno da nisu ni mogli da spreče nastanak štete. Ovaj oblik odgovornosti države ne zasniva se na tome što su njeni organi postupali pogrešno, pa se odsustvo greške u njihovom postupanju ne može isticati kao razlog za oslobađanje od odgovornosti. Isto važi za faktičku nemogućnost da se spreči nastanak štete. To što državni organi *de facto* nisu mogli da spreče nastanak štete ne oslobađa državu odgovornosti ni kada ona odgovara subjektivno,<sup>6</sup> pa se tim pre država ne može pozvati na ovu okolnost kada odgovara bez obzira na krivicu.

pomoći, (4) odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, i (5) odgovornost u vezi sa vršenjem poslova od opšteg interesa. Ovi oblici odgovornosti nisu bili predviđeni Skicom za zakonik o obligacijama i ugovorima. Vid. Mihailo Konstantinović, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list, Beograd 1996.

- 2 Pojedini autori smatraju da je ovim oblicima odgovornosti zajedničko to što šteta nastaje u okolnostima koje nalažu da se građanima pruži pojačana zaštita. Vid. Vladan Stanković, „Član 180“, u: Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kulturni centar u Gornjem Milanovcu i Pravni fakultet u Kragujevcu, 1980, 534–535. Međutim, zaštita koja je garantovana ovim pravilima ponekad je slabija od zaštite koju pružaju opšta pravila o vanugovornoj odgovornosti. Primera radi, odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći zasniva se na dokazanoj, a ne na pretpostavljenoj krivici. Pored toga, u posebnim slučajevima odgovornosti u vezi sa obavezama zaključenja ugovora i vršenja poslova od opšteg interesa, pojam oštećenika odnosno lica kome se pruža zaštita nije ograničen na građane odnosno fizička lica.
- 3 Vid. „Naknada štete po čl. 180, st. 1, ZOO zasniva se na objektivnoj odgovornosti. Za ovakvu odgovornost društveno-političke zajednice nije materijalno-pravno relevantno da li su njeni organi preduzeli sve potrebne mere da spreče akte terora ili nasilja i štetu koja je izvršenjem tih akata nastala.“ Odluka Saveznog suda, Gzs. 9/92 od 13. maja 1993. godine. (Sve ovde navedene odluke domaćih sudova preuzete su iz elektronske baze propisa i odluka *Propisi-net*, osim ako je izričito naveden drugi izvor.)
- 4 Vid. V. Stanković, *op.cit.*, 537, Stojan Cigoj, „Član. 180“, u: Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1983, 678–679, Đorđe Nikolić, „Član 180“, u: Slobodan Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1995, 416–417, Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd 2004, 265, Bogdan Loza, *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2000, 244. Cigoj ističe da za štetu od akata terora ili nasilja odgovara onaj ko je bio dužan da vodi brigu o tome da do njih ne dođe, čak i ako za sve te akte terora ili nasilja nije mogao znati (pomenuti autor ovde koristi izraz „imati u evidenciji“). Vid. S. Cigoj, *op.cit.*, 679. Ako država već nije u stanju da spreči akte terora ili nasilja, onda je u svakom času dužna makar da spreči da štetu od takvih akata trpe nedužna lica. Tako: B. Loza, *op.cit.*, 244.
- 5 Odluke koje to potvrđuju biće navedene docnije u ovom radu.
- 6 Upor. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3113/94 od 25. januara 1995. godine (iz arhive suda). Štetnik je usmrtio grčkog državljanina na teritoriji Republike Srbije i na taj način prouzrokovao

Međutim, poslednjih godina Vrhovni sud Srbije počeo je da odbija tužbene zahteve, to jest da oslobađa državu odgovornosti za štete do kojih je dolazilo usled akata terora ili nasilja, ističući kao razlog za to činjenicu što državni organi nisu mogli u konkretnom slučaju da spreče nastanak štete. Reč je o štetama koje su prozrokovane na teritoriji Kosova i Metohije.<sup>7</sup> Ne ulazeći u valjanost društvenih, političkih, pa ni javnopravnih argumenata u kojima je Vrhovni sud Srbije mogao da prepozna razloge za donošenje takvih odluka, treba postaviti pitanje da li je opravdano da parnični sud menja vlastito, na zakonu zasnovano, višedecenijsko shvatanje o pravnoj prirodi i društvenoj svrsi jednog građanskopravnog instituta. Načelno pitanje pravnog značaja činjenice što državni organ nije mogao da spreči nastanak štete naročito je važno kada se uzme u obzir da niži sudovi treba da nastave da primenjuju spornu zakonsku normu i kada do štete usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija dođe van Kosova i Metohije, odnosno negde gde ne stoje posebni javnopravni i, eventualno, politički razlozi koje je Vrhovni sud Srbije u skorašnjim odlukama prećutno ili izričito uvažio.

Najviša sudska instanca može na javnopravnim razlozima da zasnuje tvrdnju da Republika Srbija (više) nije dužna da na određenoj teritoriji sprečava nastanak šteta usled akata terora ili nasilja, javnih demonstracija ili manifestacija. Međutim, istim razlozima ne može se opravdati oslobađanje države od odgovornosti u slučaju da je ona nesporno dužna da spreči štetu, ali to nije u stanju da učini. Prihvatanje ove druge linije argumentacije, po kojoj državu izvinjava faktička nemogućnost da spreči nastanak štete, ozbiljno bi narušilo društvenu svrhu i unutrašnju logiku ustanove odgovornosti iz čl. 180 ZOO.

Sud treba da uoči razliku između (1) postojanja dužnosti odgovornog lica da spreči štetu i (2) faktičke nemogućnosti da odgovorno lice učini to isto. Može se otvoriti rasprava o tome da li je Republika Srbija u obavezi da na određenoj teritoriji sprečava štete od akata terora i nasilja, javnih demonstracija ili manifestacija. Ako takva obaveza države ne postoji, ne može biti ni njene odgovornosti iz čl. 180 ZOO. Međutim, država se ne može osloboditi istog oblika odgovornosti samo zbog toga što štetu *de facto* nije mogla da spreči. Pomenuta odredba ZOO i pripadajuća višedecenijska praksa domaćih sudova nalažu da država odgovara za štetu koju je bila dužna da spreči i kada nije bila u stanju da postupi u skladu sa tom svojom dužnošću.

---

duševni bol supruzi i sinovima preminulog. Do toga je došlo jedan dan nakon što je štetnik trebalo da se vrati na izdržavanje kazne zatvora, koje mu je iz zdravstvenih razloga bilo prekinuto odlukom Sekretarijata za pravosuđe i opštu upravu. Štetnik je docnije i sam preminuo. Vrhovni sud Srbije obavezao je državu da oštećenicima naknadi štetu. Sud se nije upuštao u pitanje da li je Kazneno-popravni dom u Požarevcu mogao da spreči nastanak štete, odnosno da li je bilo moguće da se za jedan dan okonča postupak koji propisuje zakon za slučaj da se osuđeni ne vrati na izdržavanje kazne zatvora u vremenu koje mu je naloženo. O mogućnosti da se određeno postupanje kvalifikuje kao skrivljeno iako drugačije postupanje nije bilo moguće u konkretnom slučaju, odnosno o subjektivnoj odgovornosti onoga ko nije mogao da postupi kako je trebalo, vid. Marija Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, predgovor napisao Miodrag Orlić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 98–100.

7 Odluke kojima se to ilustruje biće navedene docnije u ovom radu.



## 2. O PRAVNOJ PRIRODI I USLOVIMA ODGOVORNOSTI DRŽAVE

U odlukama domaćih sudova koje prethode donošenju Zakona o obligacionim odnosima izraženo je shvatanje da država treba da odgovara za štetu ako je bila dužna da otkloni opasnost od njenog nastupanja.<sup>8</sup> Zakonodavac je 1978. godine propisao da za štetu nastalu smrću ili telesnom povredom usled akata nasilja ili terora, kao i prilikom javnih demonstracija ili manifestacija, odgovara društveno-politička zajednica čiji su organi, po važećim propisima, bili dužni da spreče takvu štetu (čl. 180 ZOO).

Ova odredba izmenjena je 1985. godine.<sup>9</sup> Tada je zakonodavac: (1) razjasnio da za štetu po pomenutom osnovu odgovara država, a ne neka druga društveno-politička zajednica i (2) proširio krug šteta za koje država odgovara, tako da obuhvati i štete nastale oštećenjem ili uništenjem imovine fizičkog lica. Pored toga što je izmenio zatečenu odredbu, zakonodavac ju je istom prilikom dopunio, pa prema važećim pravilima: (1) organizatori, učesnici, podstrekači i pomagači u aktima nasilja ili terora, javnim demonstracijama i manifestacijama koje su usmerene na podrivanje ustavnog uređenja, nemaju pravo na naknadu štete po ovom osnovu, (2) država ima pravo (prema štetniku) i obavezu (prema vlastitim građanima) da zahteva naknadu isplaćenog iznosa od lica koje je štetu prouzrokovalo, a (3) to njeno pravo zastareva u rokovima propisanim za zastarelost potraživanja naknade štete.

### 2.1. Vrste štete za koje država odgovara

Država odgovara kako za imovinsku, tako za moralnu štetu do koje je došlo usled terorističkog akta, odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija.<sup>10</sup>

- 8 Primera radi, država odgovara za štetu od eksplozije bombe, koja je zaostala iz vremena rata na području pod njenom kontrolom. Tako: Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, 2094/73 od 10. jula 1973. godine, objavljena u Pregledu sudske prakse 1974–75, ovde navedena prema S. Cigoj, *op.cit.*, 678. Ipak: „Društveno-politička zajednica nije odgovorna za štetu nastalu smrću ili telesnom povredom prilikom javnih manifestacija, koja je prouzrokovana pre stupanja na snagu ZOO.“ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 437/83.
- 9 *Sl. list SFRJ*, br. 39/85. Članom 6 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima bilo je predviđeno da se izmenjena odredba čl. 180, st. 1 ZOO primenjuje retroaktivno od 1. januara 1981. godine. Na taj način zakonodavac je imao nameru da obaveže državu da fizičkim licima naknadi svu moralnu i imovinsku štetu usled smrti, telesne povrede i oštećenja odnosno uništenja imovine, do koje je došlo u toku demonstracija na Kosovu i Metohiji 1981. godine. Vid. više: Đ. Nikolić, *op.cit.*, 414.
- 10 V. Stanković, *op.cit.*, 535. Vid. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2937/2005 od 13. aprila 2006. godine, Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2222/2005 od 28. septembra 2005. godine, izvor *ParagrafLex*. Domaći autori smatraju da država odgovara i za onu štetu koju zakonitim i pravilnim vršenjem službe prouzrokuje radnik nadležnog državnog organa u pokušaju da spreči štetu od akata terora ili nasilja, javnih demonstracija ili manifestacija, budući da i takvo postupanje radnika državnih organa predstavlja adekvatnu posledicu ovih dešavanja. Tako: Đ. Nikolić, *op.cit.*, 415. Treba naglasiti da država odgovara za štetu i ako je postupanje radnika nadležnog državnog organa u suprotstavljanju aktima terorizma, odnosno u nastojanju da suzbije javne demonstracije ili manifestacije, bilo nezakonito ili nepravilno. Takvo postupanje radnika državnog organa ne može se smatrati adekvatnom posledicom terorističkog akta, javnih demonstracija ili manifestacija. Međutim, tada odgovornost države može biti zasnovana na posebnom propisu (vid. čl.

Reč je o štetama koje nastaju u slučaju smrti, telesne povrede, kao i uništenja ili oštećenja imovine fizičkog lica. Zakonodavac na ovom mestu ne pominje štete do kojih dolazi narušavanjem zdravlja, ali treba uzeti da su takvi slučajevi obuhvaćeni pojmom štete nastale telesnom povredom.<sup>11</sup>

U slučaju smrti tu, pre svega, dolaze uobičajeni troškovi sahrane, troškovi lečenja i u vezi sa lečenjem, kao i zarada izgubljena zbog nesposobnosti za rad u vremenu od povređivanja do smrti. Potom, tu je šteta koja se sastoji u izgubljenom izdržavanju odnosno pomaganju, a koju trpi lice koje je poginulo izdržavao ili redovno pomagao, kao i onaj ko je po zakonu imao pravo da zahteva izdržavanje od poginulog.<sup>12</sup>

U slučaju telesne povrede šteta se sastoji u troškovima lečenja i u vezi sa lečenjem i u zaradi koja je izgubljena zbog nesposobnosti za rad za vreme lečenja. Na kraju, u slučaju trajne nesposobnosti za rad, bilo da je ona potpuna bilo delimična, šteta može da se sastoji u gubitku zarade, kao i u troškovima nastalim zbog povećanih potreba oštećenika, odnosno uništenja ili smanjenja mogućnosti za njegovo dalje razvijanje i napredovanje.

Moralna šteta usled telesne povrede može da obuhvati pretrpljeni fizički bol, strah, psihički bol zbog umanjenja životne aktivnosti ili naruženosti, dok se moralna šteta usled smrti svodi se na psihički bol zbog smrti bliskog lica. Od 1985. godine država odgovara i za štetu nastalu oštećenjem ili uništenjem imovine fizičkog lica. Tu bi trebalo priznati oba oblika materijalne štete do kojih može da dođe uništenjem ili oštećenjem imovine, a to su stvarna šteta i izmakla dobit. Na kraju, ako je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, sud može da odredi visinu naknade prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika (čl. 189, st. 1 ZOO).<sup>13</sup>

Ako oštećenik izabere da umesto države tuži poznatog mu štetnika, to jest da prema opštim pravilima o odgovornosti zahteva naknadu neposredno od lica koje mu je prouzrokovalo štetu, opšta pravila o odgovornosti važe i u pogledu vrsta štete za koje takav štetnik odgovara. To ujedno znači da bi i pravno lice u svojstvu oštećenika moglo da zahteva naknadu materijalne štete<sup>14</sup> neposredno od štetnika, bez ikakvih ograničenja u odnosu na opšta pravila o odgovornosti.

166 Zakona o policiji, *Sl. glasnik RS*, br. 101/2005 i 63/2009 – odluka US), a u svakom slučaju na odredbama čl. 172 ZOO.

11 Đ. Nikolić, *op.cit.*, 414.

12 Komisija za izradu građanskog zakonika predlaže da se krug šteta čija se naknada može zahtevati po ovom osnovu izričito proširi štetom „zbog izgubljenog izdržavanja“. Vid. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacr. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009, 74–75. Vid. takođe Odluka Vlade Republike Srbije o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 104/06, 110/06 i 85/09. Predlog Komisije čini se suvišnim, budući da je odredbama čl. 194 ZOO ovaj vid izgubljene dobiti već priznat kao oblik imovinske štete usled smrti.

13 Više o tome: Marija Karanikić Mirić, „Odmeravanje naknade štete prema vrednosti koju je stvar imala za oštećenika“, *Crimen – Časopis za krivične nauke*, 1/2011, 67–87.

14 Prema shvatanju domaćih sudova, pravno lice ne može imati pravo na naknadu moralne štete. Upor. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 611/01 od 25. decembra 2002. godine, Rešenje Vrhov-

## 2.2. Odgovorno lice

Za navedene oblike moralne i imovinske štete odgovara država čiji organi su prema važećim propisima bili dužni da spreče štetu do koje je došlo. Ovo bliže određenje odgovornog lica imalo je za svrhu, pre svega, da razgraniči situacije u kojima za štetu odgovara savezna država od onih u kojima odgovara republika članica, odnosno da opredeli republiku članicu koja duguje naknadu.<sup>15</sup> Danas po ovom osnovu odgovara jedino Republika Srbija. Međutim, nije ostalo bez značaja to što zakonodavac ukazuje na dužnost države da spreči štetu od terorističkih akata, javnih demonstracija i manifestacija. Ustavom je propisana nadležnost Republike Srbije da uredi i obezbedi odbranu i bezbednost svojih građana.<sup>16</sup> Domaća pravna teorija prepoznaje društvene razloge za postojanje ovog oblika odgovornosti upravo u zaštiti nepovredivosti fizičkog i psihičkog integriteta čoveka i postojanju obaveze države da čuva taj integritet i da se stara o javnom redu i miru.<sup>17</sup>

To ne znači da protivpravnost tačno određenog postupanja državnog organa figurira kao uslov za zasnivanje odgovornosti države iz čl. 180 ZOO. Država ne odgovara za protivpravnost (ne)činjenja svojih organa, nego za protivpravne štetne posledice terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija. Oštećenik

---

nog suda Srbije, Prev. 127/97 od 26. marta 1997. godine, izvor *ParagrafLex*. Ove odluke odnose se na povredu dobrog poslovnog ugleda pravnog lica. U slučaju smrti, povrede tela ili narušavanja zdravlja do kojih je došlo usled terorističkog akta, odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija, moglo bi se, makar na teorijskoj ravni, otvoriti pitanje materijalne štete koju pravno lice u svojstvu poslodavca odnosno naručioca određenog posla trpi zbog smrti ili povrede zaposlenog odnosno poslenika, koji obavlja visoko specijalizovane poslove ili poslove vezane za ličnost.

- 15 O tome više: Đ. Nikolić, *op.cit.*, 415–416. U starijim tekstovima, onim koji su pisani pre prvih izmena i dopuna ZOO, pojedini autori kao odgovornu društveno-političku zajednicu prepoznaju na prvom mestu opštinu. Tako: V. Stanković, *op.cit.*, 536–537. Novija sudska praksa smatra suprotno: Tužiljina kuća srušena je za vreme NATO bombardovanja. Kuća se nalazila u Lučanima, na petsto metara od tuženog preduzeća. Tužilja zahteva da joj preduzeće i opština Lučani izgrade novu kuću. „U postupku za naknadu štete, pasivno je legitimisana država čiji su organi po važećim propisima bili dužni da spreče štetu. U konkretnom slučaju opština nije država, već teritorijalna jedinica, a tuženo preduzeće ne može biti odgovorno, jer šteta nije posledica njegove opasne delatnosti.“ Presuda Opštinskog suda u Guči P. br. 435/03, od 22. januara 2004. godine i Presuda Okružnog suda u Čačku Gž. br. 641/04, od 17. juna 2004. godine. Komisija za izradu građanskog zakonika u jednoj varijanti predlaže da se iz zakonske odredbe briše ovo bliže određenje države, to jest da se izostavi upućivanje na državne organe koji su po važećim propisima bili dužni da spreče štetu. Vid. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *op.cit.*, 75. Međutim, važno je da se među uslovima za zasnivanje odgovornosti države po ovom osnovu sačuva postojanje dužnosti države da spreči nastanak šteta od akata terora ili nasilja. Izostavljanje tog uslova u potpunosti bi izmenilo prirodu predmetnog instituta. O tome vid. više u uvodnom i u poslednjem delu ovoga rada.
- 16 Vid. Čl. 97, Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006. Domaći sudovi pozivaju se direktno na ustavne odredbe kada obrazlažu odgovornost države. Sudovi nabrajaju dužnosti koje po ustavu padaju na državu, a o koje se ona oglašila propuštanjem da spreči štetu od akata terora ili nasilja, javnih demonstracija ili manifestacija. Vid. Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 3171/04 od 22. juna 2005. godine i Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2937/05 od 13. aprila 2006. godine. Vid. takođe: Presuda Okružnog suda u Beogradu, Gž. 10586/03 od 14. novembra 2003. godine.
- 17 U tom smislu i: S. Cigoj, *op.cit.*, 678–679, J. Radišić, *op.cit.*, 265.

ne mora da dokazuje da je u konkretnom slučaju državni organ postupao protivno ustavnoj ili zakonskoj normi. Dovoljno je da dokaže da mu je terorističkim aktom ili prilikom javnih demonstracija ili manifestacija pričinjen neki od pravom priznatih oblika imovinske ili moralne štete. I obratno, država se ne može osloboditi odgovornosti dokazujući zakonitost postupanja vlastitih organa koji nisu uspeli da spreče štetu koju su bili dužni da spreče.<sup>18</sup>

Svako propuštanje države da spreči štetu od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija vodi ka njenoj odgovornosti: svaka šteta usled smrti, telesne povrede ili uništenja odnosno oštećenja imovine fizičkog lica do koje je došlo na neki od navedenih načina predstavlja zakonom zabranjenu posledicu propuštanja države, to jest njenog organa koji je imao obavezu rezultata da tu štetu spreči. Postojanje ove obaveze ceni se nezavisno od faktičke mogućnosti sprečavanja štete, a to što u pojedinim situacijama država i nije mogla da spreči štetu do koje je došlo, nije dovoljno da bi se dovelo u pitanje postojanje njene obaveze da onemogući nastanak štete.

Pojedini autori smatraju da država treba da odgovara za štetu pričinjenu aktima nasilja i terora koje je bila dužna da spreči upravo zbog toga što su ti akti bili upravljani protiv nje, a ne protiv oštećenika.<sup>19</sup> Domašaj ovog argumenta je krajnje skroman i to iz sledećih razloga:

(1) Upravljenost akata nasilja i terora protiv države može da bude uslov za zasnivanje njene odgovornosti samo ako je tačno da se jedino postupak upravljen protiv države može kvalifikovati kao akt terorizma, odnosno kao javno i masovno ispoljavanje političkog stava.<sup>20</sup> Takva tvrdnja ne stoji. Moguće je da se određena ljudska

18 Vid. Odluka Saveznog suda, Gzs. 9/92 od 13. maja 1993. godine.

19 Cigoj ističe da oštećenici imaju pravo na naknadu zato što nedopušteni postupak (akt terora ili nasilja) nije bio upravljen protiv njih, nego protiv države i njenog sistema, pa je zato potrebno da sistem štiti žrtve koje su pri tom trpele. S. Cigoj, *op.cit.*, 678. Stanković vidi ovaj oblik odgovornosti države kao dug društva prema slučajnim žrtvama, budući da akti terora i nasilja i nisu upereni protiv oštećenika, nego protiv države i njenog uređenja. V. Stanković, *op.cit.*, 536.

20 Ne postoji opšteprihvaćena, bilo pravna bilo politička, definicija terorizma. U svakom slučaju, nije prikladno restriktivno tumačenje po kojem bi država odgovarala samo za štetu od onih akata terora i nasilja koji su bili upravljani protiv nje, i to baš zbog toga što su bili upravljani protiv nje. Upor. „Criminal acts intended or calculated to provoke a state of terror in the general public, a group of persons or particular persons for political purposes are in any circumstance unjustifiable, whatever the considerations of a political, philosophical, ideological, racial, ethnic, religious or any other nature that may be invoked to justify them.“ United Nations Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism annex to UN General Assembly resolution 49/60, „Measures to Eliminate International Terrorism“, of December 9th 1994, UN Doc. A/Res/60/49. Vid. takođe: Prema čl. 2, st. 3 Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma (*Sl. glasnik RS*, br. 20/2009, 72/2009 i 91/2010), teroristički akt je delo koje ima za cilj smrt ili težu telesnu povredu civila ili drugog lica koje ne učestvuje u neprijateljstvima u slučaju oružanog sukoba, kada je svrha takvog dela, po njegovoj prirodi ili spletu okolnosti, da zastraši stanovništvo, ili da primora neku vladu ili međunarodnu organizaciju da nešto učini ili da se uzdrži od kakvog činjenja. Prema čl. 312 Krivičnog zakonika (*Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009 i 111/2009), terorizam podrazumeva akt nasilja u nameri ugrožavanja ustavnog uređenja ili bezbednosti Srbije, odnosno pretnju preduzimanjem opšteopasne radnje ili sredstva, koja je kod građana izazvala osećanje straha ili nesigurnosti. Čl. 391 Krivičnog zakonika odnosi se na međunarodni terorizam, koji je upravljen protiv strane države ili međunarodne or-

aktivnost kvalifikuje kao teroristički čin ili kao javna demonstracija masovnog (ne) raspoloženja, iako ta aktivnost nije direktno usmerena protiv države, koja će odgovarati za tako pričinjenu štetu. Teroristički akt, javne demonstracije ili manifestacije mogu da budu usmereni i protiv strane države, multinacionalne kompanije, međunarodne organizacije i tome slično. Za postojanje odgovornosti države iz čl. 180 ZOO, dovoljno je da je aktima terora ili nasilja prouzrokovana šteta tokom organizovane akcije nasilja, koja je bila motivisana političkim ciljevima i usmerena na to da izazove strah kod građana, zanemarujući odnosno ugrožavajući njihovu bezbednost, odnosno tokom masovnog i javnog ispoljavanja političkog (ne)raspoloženja.

(2) Pored toga, osnovni principi srpskog i uporednog odštetnog prava protive se tvrdnji da za štetu pričinjenu krivičnim delom treba da odgovara onaj protiv koga je to delo bilo upereno onome ko je od tog dela slučajno stradao, te da tu odgovornost treba da podnese upravo zbog toga što je učinilac krivičnog dela ciljao na njega a ne na oštećenika.

(3) Tu treba uočiti i sledeće: za štetu koja je prouzrokovana aktom međunarodnog terorizma, dakle onog koji je upravljen protiv strane države ili međunarodne organizacije, ne odgovara strana država ili međunarodna organizacija nego Republika Srbija, čiji su organi bili dužni da štetu spreče. Drugim rečima, domaći sudovi i pravni pisci trebalo bi da se usredsrede na postojanje dužnosti državnih organa da spreče štetu izazvanu aktima terora ili nasilja, odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija, jer je ta dužnost uslov za zasnivanje odgovornosti države, a ne to što je teroristički cilj ili politički cilj javnih demonstracija ili manifestacija eventualno bio upravljen protiv države koja odgovara, a ne neposredno protiv oštećenika.

### 2.3. Oštećenik

Pravo na naknadu štete po ovom osnovu može imati samo fizičko lice. Ovo je posledica ograničenja u pogledu vrste štete za koju država odgovara. To su štete nastale smrću, telesnom povredom ili oštećenjem, odnosno uništenjem imovine fizičkog lica. U slučaju smrti fizičkog lica, kao potencijalni oštećenici opet se javljaju fizička lica, iz kruga koji je opredeljen u čl. 201 ZOO. To znači da država ne duguje naknadu materijalne štete pravnim licima, bez obzira na to što i ona mogu da pretrpe štetu usled akata terora ili nasilja odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija. Pravno lice ne može od države da potražuje naknadu za, primera radi, uništenje ili oštećenje poslovnih prostorija, izloga, vozila, niti za izgublenu zaradu u periodu od njihovog uništenja ili oštećenja do ostvarenja uslova za ponovno bavljenje vlastitom delatnošću. Nasuprot tome, slikar bi imao pravo na naknadu štete koja se sastoji u uništenju ili oštećenju ateljea čiji je vlasnik, advokat bi mogao da zahteva naknadu za svoju uništenu ili oštećenu kancelariju, kao i izgubljenu dobit za vreme kada nije mogao da radi. U takvim slučajevima, treba uzeti u obzir to što

---

ganizacije. Upor. takođe: Republika Hrvatska brisala je iz Zakona o obveznim odnosima odredbe o odgovornosti države za štetu od akata terora i nasilja, javnih demonstracija i manifestacija, a usvojila poseban Zakon o odgovornosti za štetu nastalu uslijed terorističkih akata i javnih demonstracija (*Narodne novine*, br. 117–1635/2003 od 23. jula 2003. godine). Prema čl. 1, st. 2 tog zakona, „terorističkim aktom smatra se osobito akt nasilja izvršen u pravilu iz političkih pobuda s ciljem izazivanja straha, užasa i osjećaja osobne nesigurnosti građana“.

uništena ili oštećena imovina pripada fizičkom licu, bez obzira na svrhu za koju se ona redovno koristi.

Fizičko lice nema pravo na naknadu štete po ovom osnovu ako se samo kvalifikuje kao organizator, učesnik, podstrekač ili pomagač u aktu nasilja ili terora, odnosno u javnim demonstracijama i manifestacijama koje su usmerene na podrivanje ustavnog uređenja. Prema jednom teorijskom shvatanju koje je prethodilo prvim izmenama i dopunama ZOO, samo učestvovanje u javnim demonstracijama i manifestacijama ne bi trebalo da utiče na pravo nekog lica na naknadu štete, ako ono nije učestvovalo u nasilju koje je dovelo do štetnih slučajeva.<sup>21</sup> Prema odredbi čl. 180, st. 2 kojom je ZOO dopunjen 1985. godine, učesnici u javnim demonstracijama i manifestacijama nemaju pravo na naknadu štete ako su one bile usmerene na podrivanje ustavnog uređenja. Čini se da starija interpretacija koju je ponudila domaća pravna teorija bolje ostvaruje svrhu zaštite koju građanima garantuju pravila iz čl. 180 ZOO. Naime, smisao ovih pravila nije u tome da se očuva politički *status quo* tako što će se pravo na naknadu štete uskratiti svakom učesniku u javnom i masovnom ispoljavanju političkog (ne)raspoloženja, nego da se sankcioniše primena nasilnih sredstava u takvoj prilici. Drugim rečima, pravo na naknadu štete do koje je došlo prilikom javnih demonstracija ili manifestacija ne treba uskratiti svakom njihovom učesniku (makar se sa takvih javnih okupljanja pozivalo na temeljnu društvenu promenu, kakva je promena ustavnog uređenja), već treba sankcionisati pribegavanje nasilju u pokušaju ostvarivanja političkih ciljeva. U tom slučaju, građanskopravna sankcija sastoji se u odricanju prava na naknadu pretrpljene štete.

#### 2.4. Pravna priroda odgovornosti i razlozi za oslobodanje

Odgovornost države iz čl. 180 ZOO ne kvalifikuje se kao odgovornost za drugoga.<sup>22</sup> Država odgovara za vlastito propuštanje da spreči štetu do koje je došlo usled akata nasilja ili terora, odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija, a ne za onoga ko je svojom radnjom prouzrokovao tu štetu. Dalje, odgovornost države nije ni supsidijerna.<sup>23</sup> Država odgovara i kada se naknada može dobiti od lica koje je sopstvenom radnjom pričinilo štetu. Naravno, odštetni zahtev prema državi i onaj prema licu koje je štetu prouzrokovalo ne mogu se postaviti kumulativno.

Država ovde ne odgovara za štetu od opasne stvari ili delatnosti. Odgovornost države je objektivna, u tom smislu što se ne zasniva na krivici i što je se država ne može osloboditi dokazujući odsustvo krivice. Međutim, za zasnivanje odgovornosti države iz čl. 180 ZOO nije potrebno da se uzrok štete kvalifikuje kao opasna stvar

21 S. Cigoj, *op.cit.*, 679.

22 Izuzev ako se kao „drugi“ kvalifikuje državni organ koji je bio dužan da spreči nastanak štete. Međutim, država i ne može delati na drugi način nego preko vlastitih organa. U tom smislu sporna je svaka teorijska konstrukcija koja odgovornost pravnog lica (pa i države) za štetu koju pričinu njegov ogran razume kao odgovornost za drugoga.

23 Tokom rada na Zakonu o obligacionim odnosima predlagano je da se ovaj oblik odgovornosti države postavi kao supsidijarna odgovornost. Država bi u tom slučaju odgovarala samo ako nije poznato lice koje je vlastitom radnjom prouzrokovalo štetu, ni neko drugo odgovorno lice, odnosno ako je očigledno da se od njih ne može dobiti naknada. Vid. V. Stanković, *op.cit.*, 537, S. Cigoj, *op.cit.*, 679.

koja je u vlasti države, niti da se aktivnost države kao odgovornog lica kvalifikuje kao opasna delatnost.<sup>24</sup>

Država odgovara objektivno, to jest bez obzira na skrivljenost vlastitog postupanja. To shvatanje proizlazi iz načina na koji je zakonodavac postavio pravilo iz čl. 180, st. 1 ZOO. Ono nije sporno u domaćoj pravnoj teoriji,<sup>25</sup> a prihvaćeno je i u praksi domaćih sudova.<sup>26</sup> Postojanje odgovornosti države ne isključuje mogućnost da prema opštim pravilima o odgovornosti oštećenik zahteva naknadu direktno od štetnika, to jest od lica koje mu je neposredno, svojom radnjom, pričinilo štetu. U pogledu osnova odgovornosti lica koje je neposredno prouzrokovalo štetu aktom terora ili nasilja, odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija, sud će primeniti pravila iz čl. 154 ZOO. Naravno, do toga može doći samo ako je oštećeniku poznat štetnikov identitet.

Odgovornost iz čl. 180 ZOO jeste objektivna, ali su razlozi iz kojih se država može osloboditi te odgovornosti suženi u odnosu na osnovno pravilo o oslobođenju od objektivne odgovornosti (čl. 177 ZOO), koje uvažava višu silu, isključivu radnju trećeg lica i isključivu radnju samog oštećenika. Odgovornost države je pooštrena u odnosu na opšta pravila o objektivnoj odgovornosti, odnosno šanse za njeno oslobođenje su sužene, u tom smislu što se država ne može uspešno pozvati na višu silu ili isključivu radnju trećeg lica. Jedini način da se ona oslobodi odgovornosti za štetu čiji je nastanak bila dužna da spreči, bio bi da dokaže da je šteta posledica is-

- 24 Vid. „Neosnovani su revizijski navodi u kojima se ističe da država nije odgovorna zato što šteta nije nastala usled opasnih radnji ili opasnih sredstava njenih organa. Tvrdnja revidenta suprotna je sadržini čl. 180 ZOO. Država odgovara ako ne preduzima mere radi sprečavanja akata nasilja i terora. Ona ne odgovara po objektivnoj odgovornosti zbog opasne stvari ili opasne delatnosti.“ Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 3171/04 od 22. juna 2005. godine i Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2937/05 od 13. aprila 2006. godine.
- 25 Vid. Fn. 4. U starijim tekstovima razmatrano je i mišljenje da država u ovim slučajevima odgovara po osnovu apsolutno pretpostavljene krivice. Upor. Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, II knjiga, Riječka tiskara, Zagreb 1978, 814. Takav zaključak ne bi imao nikakve praktične implikacije, budući da su pravne posledice objektivne odgovornosti i odgovornosti zasnovane na neoborivo pretpostavljenoj krivici iste. Razlika između odgovornosti bez obzira na krivicu i odgovornosti po osnovu krivice čije se odsustvo ne može dokazivati ostaje u domenu pravnoteorijske rasprave.
- 26 Vid. primera radi: „Naknada štete po čl. 180, st. 1 ZOO zasniva se na objektivnoj odgovornosti. Za ovakvu odgovornost društveno-političke zajednice nije materijalno-pravno relevantno da li su njeni organi preduzeli sve potrebne mere da spreče akte terora ili nasilja i štetu koja je izvršenjem tih akata nastala.“ Odluka Saveznog suda, Gzs. 9/92 od 13. maja 1993. godine. U istoj odluci stoji: „Za utvrđivanje prouzrokovanja štete po čl. 180, st. 1 ZOO pravno je relevantna uzročno-posledična veza između akata terora ili nasilja i štete koja je otuda nastala, a ne između ponašanja organa bezbednosti društveno-političke zajednice (da li su preduzeli potrebne mere zaštite) i štete koja je nastala.“ Vid. takođe: „Tužena država je u obavezi da građaninu naknadi štetu nastalu usled terora. Ovo zbog toga što su njeni organi bili dužni da spreče akte nasilja, bez obzira na to da li su oni krivi za to što je do akata nasilja došlo. Akti terora su, u prvom redu, upereni protiv državnog i društvenog uređenja, pa su državni organi dužni da takve akte spreče, s obzirom na ustavne i zakonske odredbe o položaju i ulozu čoveka u društvu i o pravima i dužnostima države, kao društveno-političke zajednice, koja se stara i o bezbednosti zemlje i građana.“ Presuda Okružnog suda u Beogradu, Gž. 10586/03 od 14. novembra 2003. godine. U istom smislu: „Za štetu nastalu usled akta nasilja ili terora, odgovorna je republika odnosno država na čijoj je teritoriji šteta nastala, jer je njeno Ministarstvo unutrašnjih poslova bilo dužno da takvu štetu spreči.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2222/2005 od 28. septembra 2005. godine.

ključive radnje samog oštećenika.<sup>27</sup> U pogledu doprinosa samog oštećenika da šteta koju je pretrpeo nastane ili da bude veća nego što bi inače bila, važe opšta pravila iz čl. 192 ZOO o pravu takvog oštećenika na srazmerno umanjenu naknadu.

Ako je poznat identitet lica koje je, kao učesnik akata nasilja ili terora, javnih demonstracija ili manifestacija, vlastitom radnjom prouzrokovalo štetu, država ima pravo (i obavezu prema svojim građanima) da od takvog lica zahteva naknadu isplaćenog iznosa. Međutim, država ne može istaći isključivu radnju trećeg lica prema oštećeniku, odnosno isticanjem takve radnje ona se ne može osloboditi sopstvene odgovornosti. Već je rečeno da isto važi za pozivanje države na to što u konkretnom slučaju nije ni mogla da spreči nastanak štete. Država se ne može osloboditi odgovornosti ni kada razlozi iz kojih sprečavanje štete nije bilo moguće iz ugla države kao odgovornog lica deluju kao viša sila, odnosno kao uzrok čije se dejstvo nije moglo predvideti, izbeći niti otkloniti.

U pojedinim slučajevima država pokušava da se oslobodi odgovornosti dokazujući da, uprkos tome što je do štete možda i došlo izvršenjem kakvog krivičnog dela, ta šteta nije posledica terorističkog akta, niti je nastala tokom javnih demonstracija ili manifestacija, pa za nju ne treba da odgovara država nego lice koje je prčinilo štetu ili onaj ko za to lice odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga. U takvoj situaciji sud će ispitati kontekst u kome je krivično delo izvršeno i utvrditi da li je do štete došlo usled akata terora ili nasilja, odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija i u vezi sa njima. Ako okolnosti slučaja ukazuju na to da je šteta prouzrokovana aktom terora ili nasilja u smislu čl. 180 ZOO, na državi je da dokaže da je zapravo reč o ličnim odnosima štetnika i oštećenika koji su rezultirali nasiljem.<sup>28</sup>

Za zasnivanje odgovornosti države nije neophodno da su akti terora ili nasilja bili usmereni na rušenje ustavnog poretka, ako je utvrđeno postojanje ostalih atributa terorizma. U svojoj prvoj varijanti, onoj iz 1978. godine, pravilo iz čl. 180 ZOO nije bilo ograničeno na dešavanja upravljena na podrivanje ustavnog uređenja. Novelama ZOO iz 1985. godine to pravilo je izmenjeno i dopunjeno. Ipak, usmerenost terorističkog akta, javnih demonstracija ili manifestacija na podrivanje ustavnog

27 Tako i: Đ. Nikolić, *op.cit.*, 417.

28 „Telefonske pretnje pre i bacanje eksplozivnih naprava i Molotovljevog koktela na imovinu lica albanske nacionalnosti za vreme NATO bombardovanja predstavljaju akte nasilja i terora iz čl. 180 ZOO. Neosnovani su revizijski navodi u kojima se tvrdi da sud nije razjasnio da li je bacanje eksplozivnih naprava i Molotovljevog koktela rezultat neraščišćenih ličnih odnosa tužilaca sa trećim licima (što bi predstavljalo običan kriminal) ili postupak nepoznatih lica. Prvostepeni sud poverovao je iskazu tužilaca da je bacanje eksplozivnih naprava usledilo posle anonimnih telefonskih pretnji da se ise. Imajući tu činjenicu u vidu i okolnost da su tužiocima lica albanske nacionalnosti i da su se događaji odigrali za vreme NATO bombardovanja, pravilno je stanovište prvostepenog suda da se radi o aktu nasilja i terora i da država odgovarajućim merama te akte nije sprečila, zbog čega odgovara za štetu. Osim toga, ako tužena (država) tvrdi da je šteta rezultat neraščišćenih imovinskih (ličnih) odnosa između tužilaca i trećih lica, u prisustvu navedenih i utvrđenih okolnosti teret dokazivanja te tvrdnje ležao je na tuženoj, a ne na tužiocima.“ Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 3171/04 od 22. juna 2005. godine i Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2937/05 od 13. aprila 2006. godine.



uređenja nije postavljena kao uslov za zasnivanje odgovornosti države (čl. 180, st. 1 ZOO), već je propisano da takva usmerenost ima za pravnu posledicu samo to što organizatori, učesnici, podstrekači i pomagači ovih dešavanja ne mogu zahtevati naknadu štete od države po ovom osnovu (vid. čl. 180, st. 2 ZOO). Za zasnivanje odgovornosti države dovoljno je da je do štete došlo usled akata terora ili nasilja, odnosno prilikom javnih demonstracija ili manifestacija. Prema skorašnjem shvatanju Vrhovnog suda Srbije, upravljenost na rušenje ustavnog poretka nije ključno obeležje terorističkog akta. Drugim rečima, akt terora i nasilja u smislu čl. 180, st. 1 ZOO postoji i kada delovanje nema za cilj rušenje ustavnog poretka, ako se može ustanoviti da je reč o organizovanoj akciji nasilja koja je motivisana političkim ciljevima i usmerena protiv državnog uređenja ili bezbednosti države.<sup>29</sup>

Kada je reč o javnim demonstracijama i manifestacijama, pojedini autori smatraju da među njima nema razlike, te da je zakonodavac u ovom slučaju bez nužde gomilao reči. U oba slučaja reč je o masovnom izražavanju raspoloženja na javnom mestu.<sup>30</sup> Drugi vide razliku između javnih demonstracija, koje odriču podršku nekom pitanju i manifestacija, kojima se pruža podrška.<sup>31</sup> Odgovornost države ne zavisi od toga da li su javne demonstracije ili manifestacije odobrene ili je do njih došlo uprkos zabrani.<sup>32</sup>

29 „Tužena država revizijom neosnovano napada pravno shvatanje nižestepeni sudova o njenoj odgovornosti iz čl. 180 ZOO, ističući da je smrt lica P. prouzrokovana izvršenjem krivičnog dela ubistva, te da su za štetu po osnovu krivice odgovorni učinioci tog krivičnog dela U kontekstu vremena i okolnosti pod kojima se dogodilo, ovo ubistvo je posledica terorističkog akta pripadnika terorističke organizacije, koja je u to vreme delovala na prostorima navedenih opština na jugu Srbije, iz političkih motiva i ciljeva upravljenih protiv državnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije. Zbog toga je irelevantan revizijski navod tužene da nije utvrđeno da li je kidnapovanje i lišenje života lica P. bilo sračunato na rušenje ustavnog poretka Republike Srbije. U konkretnom slučaju utvrđeno je postojanje ostalih atributa terorizma, kao organizovane akcije nasilja, motivisane političkim ciljevima, koji su upravljani protiv državnog uređenja i bezbednosti države.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 386/07 od 22. februara 2007. godine. Uže, starije i slabije utemeljeno shvatanje: „U toku postupka utvrđeno je da je tužilac pretrpeo štetu dok je sedeo u bašti ispred kafane, usled eksplozije bombe koju je bacilo nepoznato lice. Prema čl. 180, st. 1 ZOO za štetu nastalu usled terorističkog akta odgovara država čiji su organi po važećim propisima bili dužni da spreče takvu štetu. Nižestepeni sudovi utvrdili su da bacanje bombe u ovom slučaju nije bilo usmereno na podrivanje ustavnog uređenja, pa pošto se utvrđeno činjenično stanje ne može pobijati u postupku po reviziji u smislu čl. 385, st. 3 ZPP, bez uticaja su navodi izneti u reviziji da je država ipak bila dužna da obezbedi javni poredak na prostoru na kome se desio teroristički akt.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3670/98 od 18. decembra 1998. godine. U potonjem slučaju, nižestepeni sudovi nisu ispitali postojanje ostalih obeležja terorizma, već su se zadovoljili konstatacijom da bacanje bombe nije bilo upravljeno na podrivanje ustavnog uređenja.

30 V. Stanković, *op.cit.*, 536.

31 O tome: S. Cigoj, *op.cit.*, 679. Tako i: Đ. Nikolić, *op.cit.*, 415, Bogdan Loza, *op.cit.*, 242.

32 Đ. Nikolić, *op.cit.*, 415. Autori koji u komentarima ZOO ukazuju na postojanje drugačijeg mišljenja, a to je da država ne odgovara za štetu nastalu prilikom javnih demonstracija ili manifestacija koje nisu bile odobrene ili su bile zabranjene, uglavnom upućuju na Bogdana Lozu, i to na njegov udžbenik *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1978, 207–208 i članak „Dva posebna slučaja odgovornosti za prouzrokovanu štetu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1979, 39. Tako: S. Cigoj, *op.cit.*, 679, V. Stanković, *op.cit.*, 536. U novijim izdanjima Lozinog udžbenika odgovornost države nije ograničena na slučajeve kada su javne demonstracije ili manifestacije prilikom kojih je do štete došlo odobrene. B. Loza (2000), 240–244.

### 3. NOVINE U PRAKSI DOMAĆIH SUDOVA

U domaćoj sudskoj praksi do skoro nije bilo sporno da je po svojoj pravnoj prirodi odgovornost države za štetu od terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija objektivna, te da se država ne može osloboditi ove odgovornosti dokazujući da u konkretnom slučaju nije mogla da spreči štetu koju je bila dužna da spreči a do koje je došlo tokom takvih dešavanja. Međutim, poslednjih godina Vrhovni sud Srbije oslobađao je državu odgovornosti po ovom osnovu u slučajevima kada je šteta prouzrokovana na teritoriji Kosova i Metohije. Takve odluke sud je obrazlagao na dva načina. (1) Kao prvi razlog za oslobođenje države navođeno je to što Republika Srbija (više) nije dužna da na teritoriji Kosova i Metohije spreči nastanak šteta usled akata terora ili nasilja, javnih demonstracija ili manifestacija. Preciznije, ovaj razlog sud je formulisao kao prestanak odgovornosti države za bezbednost građana i njihove imovine na pomenutoj teritoriji. (2) Kao drugi razlog sud je uvažavao faktičku nemogućnost da Republika Srbija spreči nastanak takvih šteta.

Ova dva razloga temeljno se razlikuju i, prema slovu čl. 180 ZOO i dosadašnjoj praksi domaćih sudova, ne mogu biti jednakog ranga. (1) Ako država nema dužnost da spreči štete do kojih je došlo, onda je pravno irelevantno da li je ona to mogla da učini. (2) S druge strane, ako je država dužna da spreči takve štete, a odgovornost je postavljena na način na koji je to domaći zakonodavac učinio, onda faktička nemogućnost da postupi u skladu sa svojom dužnošću ne oslobađa državu odgovornosti za posledice tog propuštanja. (3) Ako država nije imala dužnost da spreči nastanak štete u određenom slučaju, to što je ona mogla da spreči štetu ne bi bilo dovoljno za zasnivanje njene odgovornosti po čl. 180 ZOO. (4) Na kraju, ako državu izvinjava to što nije mogla da postupi kako je dužna, odnosno ako sud dozvoli da država dokazuje da uprkos tome što nije ispunila svoju dužnost ona nije odgovorna, onda su priroda i svrha ustanove odgovornosti iz čl. 180 ZOO bitno izmenjene u odnosu na dosadašnja teorijska shvatanja i sudsku praksu. Ta odgovornost države ne bi se više mogla nazvati objektivnom. Štaviše, kada je nemogućnost sprečavanja štete okosnica oslobađajuće sudske odluke, onda je neophodno da sud obrazloži zbog čega u drugim slučajevima, onim do kojih ne dolazi na Kosovu i Metohiji, državu ne izvinjava okolnost što nije mogla da postupi u skladu sa svojom ustavnom i zakonskom dužnošću.

Domaći sudovi potražili su izlaz iz ove situacije u sledećoj konstrukciji: gubitak faktičke kontrole nad određenom teritorijom ima za pravnu posledicu prestanak dužnosti države da sprečava štete od akata terora ili nasilja na toj teritoriji, odnosno prestanak njene odgovornosti za bezbednost građana i njihove imovine. Postojanje određene dužnosti ceni se na osnovu sposobnosti subjekta da tu dužnost ispuni.

Kada oslobađaju Republiku Srbiju odgovornosti za štete od akata terora ili nasilja na teritoriji Kosova i Metohije, domaći sudovi zasnivaju svoje odluke na zaključku da Srbija više nije odgovorna za bezbednost građana i njihove imovine na toj teritoriji. Sudovi smatraju da je prestanak odgovornosti države posledica gubitka faktičke kontrole nad teritorijom Kosova i Metohije, do kojeg je došlo povlačenjem snaga Savezne Republike Jugoslavije sa te teritorije, a na osnovu Vojno-tehničkog sporazuma između Međunarodnih bezbednosnih snaga (KFOR) i vlada Savezne

Republike Jugoslavije i Republike Srbije, koji je potpisan 9. juna 1999. godine u Kumanovu.<sup>33</sup> Uz gubitak faktičke kontrole nad pomenutom teritorijom, pojedini sudovi navode gubitak suvereniteta kao razlog iz kojeg država ne odgovara.<sup>34</sup> U pojedinim odlukama sudovi ističu da je povlačenje snaga SRJ sa teritorije Kosova i Metohije zasnovano ne samo na Kumanovskom sporazumu nego i na Rezoluciji Saveta bezbednosti OUN br. 1244. Kao rezultat tog povlačenja sudovi vide gubitak faktičke kontrole, a time i prestanak odgovornosti za bezbednost građana i njihove imovine.<sup>35</sup>

- 33 „Prema utvrđenom činjeničnom stanju, pokojni I.J. ubijen je 18.3.2003. godine od strane pripadnika OVK u terorističkom napadu izvršenom na decu koja su se kupala u reci B. na kilometar udaljenosti od sela G. Imajući u vidu ovako utvrđeno činjenično stanje pravilno su nižestepeni sudovi primenili materijalno pravo kada su tužbeni zahtev tužilaca za naknadu nematerijalne štete zbog smrti sina i brata, odbili. Teroristički akt se dogodio 13. avgusta 2003. godine na području AP Kosovo i Metohija, posle stupanja na snagu Rezolucije Saveta bezbednosti UN br. 1244, posle potpisivanja Kumanovskog sporazuma od 10. juna 1999. godine i povlačenja svih snaga SRJ i Republike Srbije sa Kosova i Metohije, pa je pravilno stanovište nižestepeni sudova da tužena nije odgovorna za nastalu štetu. Prema Kumanovskom sporazumu, KFOR je odgovoran za bezbednost građana na teritoriji Kosova i Metohije. Povlačenjem Vojske Jugoslavije sa teritorije Kosova i Metohije KFOR je preuzeo kontrolu nad ovom teritorijom, pa Republika Srbija nije u mogućnosti da garantuje bezbednost građana na teritoriji Kosova i Metohije i ne odgovara za štetu koju su oštećeni pretrpeli na toj teritoriji, jer njeni organi nisu mogli sprečiti nastanak štete.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2411/07 od 20. februara 2008. godine.
- 34 „Zaključenjem Kumanovskog sporazuma 10. juna 1999. godine, kao vojno-tehničkog sporazuma između SRJ i predstavnika KFOR-a, na osnovu koga je potpunu kontrolu nad Kosovom preuzeo KFOR, a time i odgovornost za bezbednost i imovinsku sigurnost njenih građana, Republika Srbija izgubila je kontrolu i suverenitet na teritoriji Kosova i Metohije, pa nije pasivno legitimisana u parnici za naknadu štete na osnovu čl. 180, st. 1 ZOO. Presudom prvostepenog suda odbijen je tužbeni zahtev tužioca prema tuženiku (Republici Srbiji) za naknadu štete. Drugostepeni sud je odbio kao neosnovanu žalbu tužioca i potvrdio prvostepenu presudu. Iz spisa proizlazi da je sin tužilaca poginuo na teritoriji Kosova 17. jula 1999. godine od nepoznatog lica, verovatno od neke albanske terorističke organizacije. Zastupnik tuženika je istakao prigovor nedostatka pasivne legitimacije, jer je prethodno bio zaključen takozvani Kumanovski sporazum. Pravilno je prvostepeni sud primenio materijalno pravo, nalazeći da nema odgovornosti tuženika za štetu po osnovu čl. 180. st. 1 ZOO. Kumanovski sporazum zaključen je pre pogibije sina i brata tužilaca, a od zaključenja sporazuma KFOR je preuzeo brigu za bezbednost na teritoriji Kosova i za imovinu i za ličnu sigurnost građana. Tuženik – Republika Srbija izgubila je suverenitet na toj teritoriji, pa nema njene odgovornosti zbog propusta u radu njenih organa, pa samim tim ni odgovornosti za štetu.“ Presuda Opštinskog suda u Čačku P. br. 906/02, od 13. januara 2004. godine i Presuda Okružnog suda u Čačku Gž. br. 834/04, od 8. jula 2004. godine.
- 35 „Nakon povlačenja oružanih snaga SRJ sa teritorije Kosova i Metohije na osnovu Vojno tehničkog sporazuma zaključenog između Međunarodnih snaga bezbednosti (KFOR) i Savezne Republike Jugoslavije i Republike Srbije od 9. juna 1999. godine i donošenja Rezolucije Saveta bezbednosti OUN broj 1244 od 10. juna 1999. godine, Republika Srbija i Državna zajednica Srbija i Crna Gora ne odgovaraju za štetu članovima porodice civilnog lica koje je poginulo u terorističkom aktu, po osnovu čl. 180 ZOO. Prema utvrđenom činjeničnom stanju, sin i brat tužilaca poginuo je 23. juna 1999. godine u selu Ž. na Kosovu prilikom napada albanskih terorista na vozilo u kome se on nalazio. Sada pok. M. Ž. bio je na odsluženju vojnog roka u VP P. od 9. marta 1998. godine do 12. marta 1999. godine, na vojnoj vežbi u VP 6899 u periodu od 13. marta zaključno sa 11. junom 1999. godine, a u vreme pogibije nije bio pripadnik oružanih snaga SRJ, već civilno lice. Na osnovu ovako utvrđenog činjeničnog stanja nižestepeni sudovi odbili su zahtev tužilaca za naknadu nematerijalne štete zbog smrti bliskog srodnika i materi-

#### 4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Bez obzira na delikatnost političkog i socijalnog konteksta u kojem obavlja svoju funkciju, neophodno je da domaći sudovi uoče razliku između onoga što država nije bila dužna da učini i onoga što nije mogla. Ako sudovi ne žele da u potpunosti poremete dosadašnje razumevanje ustanove odgovornosti iz čl. 180 ZOO, neophodno je da prvo razmotre pitanje postoji li dužnost Republike Srbije da spreči nastanak određenih šteta. Taj napor bi sudovima trebalo da olakša zakonodavac. Pitanje da li država ima ustavnu i zakonsku obavezu da spreči štetu od akata nasilja i terora na određenoj teritoriji ne može se postavljati svaki put iznova u postupku za naknadu štete, već treba da bude rešeno na opštijem nivou.

Ako pomenuta dužnost postoji, a do štete je došlo, država bi trebalo da odgovara. Ako dužnosti nema, državu bi trebalo osloboditi odgovornosti. Ako ne ispitaju da li je prestala obaveza Republike Srbije da na teritoriji Kosova i Metohije sprečava štete usled akata terora ili nasilja, javnih demonstracija ili manifestacija, odnosno ako ne ustanove da je ta dužnost prestala, sudovi ne mogu da uvažavaju navode države da takvu štetu nije bila u stanju da spreči.

Drugim rečima, za domaće sudove treba da bude pravno irelevantno to što nadležni državni organ *de facto* nije mogao da spreči nastanak štete, ako iz važećih propisa proizlazi da je bio dužan to da učini. Međutim, ako državni organ za takvo što više nije nadležan, odnosno ako je sprečavanje takvih šteta prestalo da bude dužnost Republike Srbije, onda se odgovornost države ne može zasnovati. Ovakvim rezonovanjem izbeglo bi se zahvatanje u do sada nespornu prirodu i smisao ustanove objektivne odgovornosti države za štete nastale usled akata terora ili nasilja, odnosno prilikom javnog i masovnog ispoljavanja političkog (ne) raspoloženja.

---

jalne štete u visini troškova sahrane. I po oceni revizijskog suda nižestepeni sudovi su pravilno primenili materijalno pravo. Naime, u vreme pogibije srodnika tužilaca trajalo je ratno stanje, ali ta činjenica ne znači da postoji odgovornost tuženih. Ovo zbog toga što sada pok. srodnik tužilaca nije bio pripadnik oružanih snaga jer je njegova vojna služba završena 11. juna 1999. godine. On je poginuo 23. juna 1999. godine, nakon što su se oružane snage tadašnje SRJ povukle sa teritorije Kosova i Metohije na osnovu Vojno tehničkog sporazuma između Međunarodnih snaga bezbednosti (KFOR) i Savezne Republike Jugoslavije i Republike Srbije od 9. juna 1999. godine i donošenja Rezolucije Saveta bezbednosti organizacije UN broj 1244 od 10. juna 1999. godine. U vreme pogibije srodnika tužilaca međunarodne snage bezbednosti (KFOR) bile su razmeštene na teritoriji Kosova i Metohije, uz ovlašćenje da preduzimaju sve potrebne akcije za uspostavljanje i održavanje bezbedne sredine za sve građane. Istovremeno, sve snage SRJ (vojne i policijske) završile su sa svojim povlačenjem sa Kosova i Metohije na lokacije u Srbiji, zbog čega i po oceni Vrhovnog suda, tužene Republika Srbija i državna zajednica Srbija i Crna Gora ne mogu biti odgovorne za štetu usled akata nasilja i terora po osnovu čl. 180 ZOO.“ Presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu, P. 6770/01 od 25. februara 2003, Presuda Okružnog suda u Beogradu, Gž. 12311/03 od 25. novembra 2003. i Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1089/04 od 16. septembra 2004. godine.

*Marija Karanikić Mirić*

University of Belgrade Faculty of Law

STATE RESPONSIBILITY FOR DAMAGE RESULTING  
FROM TERRORIST ACTS  
AND PUBLIC DEMONSTRATIONS

SUMMARY

Under Serbian Code of Obligations the state is strictly liable for damage resulting from death and bodily injury, or impairment or destruction of property which belongs to a natural person, if such damage was caused by an act of terrorism, or in the course of public demonstrations. In the first section of this article, the author examines legal nature and social purpose, general conditions and defences against this type of state liability. Subsequently, she analyzes the shift in legal consequences the national courts attach to the fact that the state was not able to effectively fulfill its duty to prevent these types of damage. This change in the practice of national courts came about in connection to damage caused by acts of violence and terror in Kosovo and Metohija after June 10<sup>th</sup> 1999. The author calls the courts' attention to the difference between having a duty to prevent damage and being able to actually do so. One of the main, and so-far undisputed, features of state liability for damage resulting from acts of terrorism or public demonstrations is that lack of ability of the state to efficiently fulfill the existing duty to prevent damage may not serve as defence against this type of strict liability. The courts may only examine the preliminary question of existence of such duty of the state, and absolve the state from liability in case such duty no longer exists on certain territory. Still, the question of such importance would be better handled by the legislator, that is in a more general manner, then by the civil courts, separately in each case.

**Key words:** Damage resulting from acts of terrorism or public demonstrations. – State Responsibility. – Duty to prevent damage. – Incapability to prevent damage.

## STOKHOLMSKI SINDROM

**Apstrakt.** Stokholmski sindrom je jedan od fenomena koji spadaju u posledice viktimizacije teškim nasilničkim zločinima, a koji, u najkraćem, podrazumeva razvijanje pozitivnih osećanja žrtava prema učiniocima uz manifestovanje negativnog stava prema organima formalne kontrole kriminaliteta. Kao takav, on je predmet ne samo naučne pažnje, pre svega u okviru viktimologije i kriminologije, već i pažnje stručnjaka koji dolaze u kontakt sa žrtvama kriminaliteta, kao i interesovanja javnosti i medija koji se njime bave uglavnom na senzacionalistički način doprinoseći njegovom pogrešnom interpretiranju i zloupotrebi. U radu se diskutuje o konceptu stokholmskog sindroma, njegovoj primeni i aktuelnom naučnom statusu i upućuje na potrebu ozbiljnijeg naučnog angažmana kako bi se pružili odgovori na više dilema vezanih za ovaj koncept.

**Ključne reči:** stokholmski sindrom, traumatsko vezivanje, žrtve kriminaliteta, nasilje

### 1. UVODNE NAPOMENE

Izučavanje psihičkog reagovanja žrtava na viktimizaciju od izuzetne je važnosti. Saznanja u ovom domenu od značaja su najpre za teoriju, kao i praksu psihološkog tretmana žrtava, ali i za efikasnost postupanja organa formalne kontrole kriminaliteta koji dolaze u dodir sa žrtvama. Reakcije žrtava na viktimizaciju predstavljaju prilično složenu temu, imajući u vidu da ih određuju ne samo priroda i težina pretrpljenog zločina, već daleko više individualni kapaciteti za nošenje s traumatičnim iskustvom, odnosno raspoloživi i konkretno aktivirani procesi prevladavanja. Jedna od tzv. „strategija preživljavanja“ žrtava otmice i u psihološkom smislu srodnih viktimizacija jeste i bihevioralni obrazac na koji se odnosi pojam „stokholmski sindrom“.

„Stokholmski sindrom“ se određuje kao specifično psihičko stanje u kojem taoci razvijaju pozitivna osećanja prema otmičarima od kojih zavisi njihovo preživljavanje, posebno nakon oslobađanja (Colman, 2003: 709). U najširem smislu, pod ovim pojmom se podrazumeva psihički proces afektivnog zbližavanja žrtava sa zlostavljačima, a smatra se da je reč o automatskom, nesvesnom emocionalnom odgovoru na traumatično iskustvo viktimizacije (Strentz, 1980: 138).

Termin „stokholmski sindrom“ skovao je Nils Bejerot, švedski psihijatar i specijalista za bolesti zavisnosti, a događaj koji je ga je inspirisao da ga konceptualizuje odigrao se u Stokholmu 23. avgusta 1973. godine:

Toga dana u prepodnevnim časovima tridesetdvođodišnji habitualni prestupnik na uslovnom otpustu, Jan-Erik Olsson, ušao je u banku (*Sveriges Kreditbank*) u centru grada sa namerom da izvrši razbojništvo i uzviknuo: „Zabava upravo počinje“. Policija je odmah pozvana i ubrzo su stigla dvojica policajaca. Olsson je otvorio vatru i ranio

---

\* docent, biljana.sp@kpa.edu.rs

jednog policajca, nakon čega je za taoce uzeo četvero mladih bankarskih službenika.<sup>1</sup> Potom je zahtevao da se dovede njegov bivši zatvorski cimer i prijatelj, takođe prestupnik od karijere, dvadesetšestogodišnji Clark Olofsson, a uz to i da mu se dopremi 3 miliona švedskih kruna, neprobojni prsluci, šlemovi, oružje i automobil. Vlasti su prihvatile da dovedu Olofssona – on je uz saglasnost izveden iz ustanove u kojoj je izdržavao zatvorsku kaznu i uveden u banku. Uspostavljena je komunikacija između otmičara i policijskih pregovarača. Zahtev otmičara je bio da im se omogući da banku napuste sa novcem i taocima. Čekajući da se zahtevi ispune, Olsson i Olofsson su zatvorili taoce u trezor. Policija im je najzad ponudila automobil, ali je odbila da dopusti da sa sobom povedu i taoce. Događaj se odigrao pred same opšte izbore u Švedskoj i Olsson je pokušao da iskoristi tu okolnost i telefonom pozvao premijera Olofa Palmea i zapretio da će pobiti taoce. Sutradan je Palmea pozvala jedna od otetih službenica, Kristin Ehnmark i rekla pored ostalog: „U potpunosti verujem Clarku i razbojniku. Oni nam ništa nisu učinili. Naprotiv, vrlo su fini. Ali ono čega se bojim, Olof, jeste to da će policija napasti i pobiti nas [...] Želim da nas pustite da odemo sa razbojnikom [...]“. Prema svedočenjima, atmosfera u trezoru nije bila zastrašujuća, izuzimajući situacije kada bi otmičari dizali paniku zbog moguće policijske akcije. Nakon tri dana, policija je probušila rupu iz prostorije iznad trezora, kroz koju je uvukla fotoaparat i fotografisala otmičare i taoce. Primitivši to, Olsson je otvorio vatru i zapretio da će pobiti sve taoce ukoliko policija upotrebi suzavac. Uprkos ovoj pretnji, policija je 28. avgusta upotrebila suzavac i otmičari su se predali pola sata kasnije. Tokom policijske akcije nijedna osoba nije povređena.

Olsson je izdržao dugogodišnju kaznu zatvora na koju je osuđen, a po izlasku iz kaznenog zavoda oženio se jednom od „obožavateljki“ sa kojima se dopisivao. Olofssona, koji je tvrdio da nije pomagao Olssonu i da je samo pokušavao da smiri situaciju i spase taoce, žalbeni sud je na kraju oslobodio od optužbe. On se kasnije sprijateljio sa jednom od žena talaca, Kristin Ehnmark, a njihove porodice su se zbližile. Jedan od mitova koji se vezuje za ovaj događaj jeste da su postojale ljubavne veze između otmičara i talaca – većina izvora upućuje da tokom samog incidenta nije bilo nikakvih romantičnih veza između bilo koga od aktera.<sup>2</sup> Ipak, simpatije koje su taoci ispoljili prema učiniocima inspirisale su, pored Bejerotove, i niz drugih psiholoških analiza, kao i različite medijske obrade fenomena koji se odnosi na afektivnu vezanost žrtava za učinioce, a koji se opisuje kao „stokholmski sindrom“.<sup>3</sup>

Sam Bejerot nije bio neutralni posmatrač događaja, već angažovan u tom slučaju kao stručni konsultant švedske policije. Reagujući na ondašnje oštre kritike u javnosti, posebno stručnoj, a koje su se odnosile na strategiju koju je vlast tom prilikom primenila, Bejerot je otvoreno rekao da se oglušio o upozorenja kolega psihijatarata i psihologa da svi znaci ukazuju na krvav ishod jer saterani u ugao i očajni, otmičari mogu pobiti taoce, kao i na njihove sugestije da ubedi policiju da zaustavi akciju i utiče na Vladu da promeni instrukcije koje se odnose na odbijanje

- 
- 1 Otete su tri žene – Birgitta Lundblad (31), Elisabeth Olgren (21), Kristin Ehnmark (24) i jedan muškarac – Sven Safstrom (25).
  - 2 Prema nekim izvorima, međutim, tokom događaja u stokholmskoj banci bilo je konsenzualnog seksualnog dodirivanja između Olssona i jedne od žena talaca. Ona je, navodno, kasnije raskinula vezu sa verenikom izjavivši da voli Olssona, kojeg je potom posećivala u zatvoru i verila se sa njim (Slatkin, 2008).
  - 3 Izvori: Burgess *et al.*, 2010: 43; Graham *et al.*, 1994: 4–11; US Department of Defense, Antiterrorism training system (<http://terror.workforceconnect.org/civ/historical2/Stockholm3>); Edge, 2009.

zahteva otmičara da napuste banku zajedno sa taocima. Opisujući oslonce strategije koja je u navedenom slučaju primenjena, Bejerot kaže da je na osnovu razgovora sa razbojnikom „izbliza“ u banci u koju je ušao kao lekar mogao da oceni da Olsson nije pod dejstvom alkohola ili droga, niti da pati od duševne bolesti. U tom kratkom susretu uverio se da je da je reč o „odlučnom čoveku normalne inteligencije koji funkcioniše na racionalan način“. Na osnovu tih opservacija, zaključio je da se Olssonovi koraci mogu predvideti. Štaviše, ocenio je da se radi o „lukavom, odvažnom i ambicioznom profesionalnom prestupniku“ od kakvog se može očekivati da neće učiniti bilo šta što mu ne donosi kakvu dobit. Jasno je da je Bejerot imao veru u „kodeks“ profesionalnih prestupnika prema kome „pucanje u policiju u rizičnoj situaciji donosi visok status“, dok je „povređivanje talaca za ove kriminalce ispod časti“. Rizik za taoce, čiju je procenu policija odmah na početku od njega zatražila, Bejerot je procenio na „2–3 procenata u nepovoljnim okolnostima“, tj. ukoliko bi se operacije izvele prebrzo ne ostavljajući dovoljno vremena Olssonu da shvati da je izgubio bitku. Bejerot je ustvrdio da bi rizik bio daleko veći da je dopušteno da razbojnik napusti banku zajedno sa taocima. Reagujući na kritike u stručnoj javnosti da je samo igrom srećnih okolnosti sve prošlo dobro, Bejerot ističe da je znalcima dobro poznato da prestupnici funkcionišu racionalno u situacijama koje sami reži-rajaju (Bejerot, 1974).

Bejerot se, po svemu sudeći, olako oslonio ne samo na svoje ekspertske procene duševnog stanja i zdravlja učinioca samo na osnovu kratkog razgovora sa njim „izbliza“, već i na Olssonovu „racionalnost“ kao garanciju niskog rizika za taoce. Uzgred, Olsson je kasnije kazivao kako je razmatrao ubistvo nekog od talaca ne bi li izdejstvovao ispunjenje svojih zahteva (Edge, 2009), što bi uistinu bio racionalan potez u datim okolnostima. Živote talaca u stokholmskoj banci možda nisu sačuvala Bejerotove procene i konkretna strategija policije, već puka igra okolnosti ili pak zblizavanje talalca sa otmičarima koje je inhibiralo spremnost otmičara da ih ubiju.

Bilo kako bilo, termin „stokholmski sindrom“ se praktično odomaćio u medijima; na relativno dobar prijem ovaj koncept je naišao i kod mnogih stručnjaka koji dolaze u profesionalni kontakt sa žrtvama kriminaliteta, a određena pažnja, mada ne prevelika, posvećena mu je i u naučnoj literaturi, u kojoj nije elaboriran na zadovoljavajući način. Naime, nesaglasnost autora oko toga da li je uopšte reč o *sindromu* sa dinstinktivnom fenomenologijom ili je u pitanju samo jedno zvučno ime za naizgled teško objašnjivo ponašanje žrtava u specifičnim okolnostima viktimizacije, prisutna je već decenijama. Slično važi i za obeležja „stokholmskog sindroma“, kontekste viktimizacije na koje se koncept može proširiti i teorijska objašnjenja ovog fenomena, o čemu će više reći biti u nastavku.

## 2. OBELEŽJA „STOKHOLMSKOG SINDROMA“

Psihički fenomen na koji se odnosi pojam „stokholmskog sindroma“ predstavlja složenu reakciju na zastrašujuću situaciju u kojoj postoji životna ugroženost, a mogućnosti za efikasno pružanje otpora ili bekstvo su male ili nikakve. Nakon događaja u stokholmskoj banci 1973. godine, ovaj pojam se primenjivao u objašnjenju ponašanja žrtava u slučajevima koji su se međusobno veoma razlikovali s obzirom



na kontekst, broj uključenih aktera i druge okolnosti. Danas ga neki autori primenjuju i u objašnjenju ponašanja žrtava raznih nasilnih zločina uključujući naročito terorizam, nasilje u porodici i trgovinu ljudima, kao i ponašanje preživelih logoraša iz Drugog svetskog rata, premda o meri u kojoj se njegova upotreba može proširiti ne postoji konsenzus.

Među autorima ne postoji puna saglasnost ni o obeležjima ovog sindroma, kao ni o njegovim faktorima. Većina autora smatra da „stokholmski sindrom“ ima tri glavna obeležja:

- Razvijanje pozitivnih osećanja talaca prema otmičarima;
- Razvijanje pozitivnih osećanja otmičara prema taocima, koje počinju da doživljavaju kao konkretna ljudska bića;
- Razvijanje negativnih osećanja talaca prema policiji i drugim predstavnicima vlasti (De Fabrique *et al.*, 2007; Scott, 2010: 910).

Razvijanje pozitivnih osećanja talaca prema otmičarima najčešće se objašnjava kao ishod *traumatskog vezivanja*<sup>4</sup> čija je podloga iskustvo intenzivnog egzistencijalnog straha. Ekstremni strah talaca inicira ne samo razvoj afiniteta prema otmičarima, već i simpatije za njegove ciljeve, što se ponekad označava kao „identifikacija sa agresorom“ (Jameson, 2010: 338).

Doživljaj zajedničke sudbine takođe se označava kao temelj afektivnog vezivanja žrtava i učinilaca. Strentz sasvim plastično opisuje tok tog procesa:

„Kada je razbojnik zarobljen u banci usled brze policijske reakcije, njegova dilema je jasna. On hoće napolje sa novcem u rukama i glavom na ramenima. Policija svojim prisustvom sprečava njegovo bekstvo i zahteva da se preda. Talac – nedužni klijent ili službenik banke – hoće da ode, ali ne može. On lagano počinje da posmatra arogantnog razbojnika kao „osobu“ koja ima isti problem kao i on. Policija napolju pravilno posmatra slobodu talaca kao prerogativ. Međutim, doživljaj talaca je da je oružje policije upereno u njih; pretnja da će se upotrebiti suzavac unosi u njih nelagodu. Insistiranje policije na predaji učinioca drži ih u ulozi talaca. Kod talaca se javlja pomisao: ‘ukoliko bi policija otišla, ja bih mogao kući. Kad bi ga pustili da ode, ja bih bio slobodan’ – i tako veze počinju da se stvaraju“ (Strentz, 1980: 145–146).

Povezanost između žrtava i otmičara u stokholmskoj banci je intenzivirana nakon što je policija blokirala vrata trezora i time dovela do pogoršanja uslova u kojima su se nalazili taoci (npr. nemogućnost odlaska u toalet). Taoci su bili kivni na policiju i zbog bušenja rupe u plafonu trezora, budući da je voda kojom je hladena bušilica nakvasila pod trezora i njihove prostirke. Iznad svega, strahovali su da će policija upotrebiti gas. Na kraju, kada je suzavac primenjen i kada se Olsson predao, taoci su se oglasili o zahtev policije da prvi napuste trezor. Jedna od otetih devojaka je doviknula: „Ne, Jan i Clark idu prvi, jer ako mi izađemo prvi, njih ćete pobiti“. Na rastanku, devojke su poljubile otmičare, a mladić se s njima rukovao.

4 Izraz *traumatsko vezivanje* označava fenomen razvijanja snažnog afiniteta osobe koja trpi zlostavljanje prema osobi koja je zlostavlja. Ovaj pojam je isprva korišćen da opiše intenzivno i destruktivno vezivanje između zlostavljanih žena i partnera koji ih zlostavljaju, odnosno između zlostavljane dece i nasilnih roditelja/staratelja. Primena ovog izraza kasnije je proširena, pa se on danas generalno koristi da označi razvijanje afektivnih veza između žrtava i zlostavljača u okviru različitih odnosa i tipova viktimizacije.

U jednom od intervjua koje je kasnije dao u zatvoru, Olsson opisuje kako je odustao od namere da ubije nekog od talaca: „Zašto me niko od njih nije napao? Učinili su da mi bude teško da ubijem [...] Koga od njih je trebalo da ubijem? Elisabeth, bespomoćnu i uplakanu? Kristin, punu duha, koja je mogla onako da razgovara sa Palmeom? Svena, hrabrog, pristojnog čoveka? Birgittu, koja nije mogla da prestane da misli na ono svoje dvoje dece? Naterali su nas da zajedno, kao koze boravimo u toj prljavštini, dan za danom. Nije bilo druge nego da se međusobno upoznamo“ (cit. prema: Edge, 2009).

Da bi postojala mogućnost da se sindrom razvije, neophodno je, prema preovlađujućim stavovima u literaturi, da se ispune sledeći uslovi:

- Incident treba da potraje najmanje nekoliko dana;
- Otmičari treba da su u dodiru sa taocima, tj. da taoci nisu smešteni u posebnu prostoriju;
- Otmičari treba da pokazuju određenu ljubaznost prema taocima, ili makar da ih ne povređuju.<sup>5</sup>

Graham, Rawlings i Rigsby su ukazali na nekoliko paradoksa koji karakterišu opažanje, tumačenje i ponašanje osoba kod kojih se razvio „stokholmski sindrom“. Način na koji žrtve percipiraju okolnosti bitno se razlikuje od načina na koji se one interpretiraju od strane onih koji ih posmatraju spolja. Osećanje zahvalnosti žrtve za pošteđen život posmatračima sa strane je nerazumljivo, što važi i za odsustvo ljutnje žrtava prema učiniocima. Prilike za bekstvo daleko su uočljivije posmatračima spolja nego žrtvama, a čak i onda kada se pruži očigledna prilika za bekstvo žrtve je neće iskoristiti usled brige za sudbinu otmičara. Žrtve vide otmičare kao „dobre momke“, a policiju kao onu od koje dolazi opasnost. Simpatije prema otmičarima ponekad traju i dugo nakon događaja – u nekim slučajevima žrtve kasnije odbijaju da svedoče u krivičnom postupku protiv njih ili čak nastoje da finansijski pomognu njihovu odbranu. Najzad, suprotno opštem verovanju da su žrtve bezbedne nakon oslobađanja, mnoge zapravo strahuju da će se otmičari jednom vratiti i ponovo ih uzeti za taoce (Graham *et al.*, 1994). Dee Graham je ustanovila da se „stokholmski sindrom“ kao posledica viktimizacije razvija ne samo kod žrtava otmice, već i kod ratnih zarobljenika, logoraša, žrtava incesta, zlostavljane dece i žena, pa čak i kod nekih od partnera i dece alkoholičara (Graham *et al.*, 1994: 12).

„Stokholmski sindrom“ nije dijagnostička kategorija, već deskriptivni pojam koji se odnosi na obrazac nošenja sa traumatičnom situacijom. Pod uslovom da su ispunjeni potrebni kriterijumi, kod žrtve koja pokazuje znake „stokholmskog sindroma“ dijagnostikovaće se akutni ili posttraumatski stresni poremećaj, sa tipičnom simptomatskom slikom koju karakterišu, pre svega: nesanica, noćne more, flešbek-epizode, iritabilnost, slaba koncentracija, osećanje konfuzije, nesposobnost da se uživa u ranije omiljenim aktivnostima i nepoverenje prema drugima. Smatra se da

5 Izlažući rezultate empirijskog istraživanja koje je imalo za cilj da identifikuje koji od ispitivanih faktora (vreme, pozitivni kontakt i socijalna interakcija) predstavlja prediktor za razvoj manifestacija stokholmskog sindroma u vidu razvijanja pozitivnih osećanja između talaca i otmičara, Slatkin napominje da nije utvrđena povezanost između pozitivnog kontakta (odsustva zlostavljanja) i razvijanja pozitivnih osećanja između žrtava i učinilaca (Slatkin, 2008).

su osobe koje se često osećaju bespomoćno i u drugim stresnim životnim situacijama podložnije razvijanju „stokholmskog sindroma“. Pored toga, mlađe osobe i žene smatraju se vulnerabilnijim za traumatsko vezivanje.

Nasuprot ranijim procenama da je „stokholmski sindrom“ uobičajena reakcija i da se razvija u više od polovine slučajeva otmice, noviji empirijski nalazi ukazuju na to da se ovaj fenomen zapravo retko sreće kod žrtava. Jedna od novijih studija upućuje da se pozitivna osećanja talaca prema otmičarima razvijaju u 10% slučajeva, a pozitivna osećanja otmičara prema taocima u 28% slučajeva (Slatkin, 2008: 83). Rezultati studije Američkog Federalnog istražnog biroa sprovedene na uzorku od preko 1200 događaja koji su uključivali otmicu pokazali su da se kod 92% talaca ne razvija ovaj sindrom (Fuselier, 1999: 23). Ovakvi nalazi obavezuju na preispitivanje kako razumevanja ovog fenomena tako i značaja koji mu se pridaje u diskursu o efektima viktimizacije.

### 3. TEORIJSKA OBJAŠNJENJA

Preovlađuje mišljenje da razvijanju paradoksalne afektivne vezanosti žrtava za učinioca u okviru specifičnog bihevioralnog obrasca ključno doprinose sledeći činioci: 1) *doživljaj egzistencijalne pretnje*; 2) *žrtva određene postupke učinioca percipira kao male gestove ljubaznosti*; 3) *izolovanost od svih drugih perspektiva sem učiniočeve*, i 4) *bekstvo se opaža kao nemoguće, a vlastiti opstanak pod kontrolom učinioca* (De Fabrique *et al.*, 2007). Ove činioce Graham naziva *prekursorima* stokholmskog sindroma pa će prema njoj, pod uslovom da navedeni uslovi koegzistiraju, do razvijanja sindroma doći uvek, u svakom kontekstu i obliku viktimizacije. Sa izuzetkom percepcije ljubaznosti, prekursori egzistiraju na kontinuumu, pa su kod žrtve prisutni u manjem ili većem stepenu (Graham *et al.*, 1994: 33).

U literaturi preovlađuje mišljenje da bihevioralni obrazac žrtava kod kojih je uočen „stokholmski sindrom“ nije rezultat racionalnog izbora, već proističe iz delovanja nesvesnih odbrambenih mehanizama. U situaciji iz koje ne može da pobege, a u kojoj percipira pretnju kao uverljivu a pružanje otpora kao kontraproduktivno i visoko rizično, žrtvi preostaje psihološko približavanje učiniocu, kao bezbednija strategija preživljavanja. Ponuđeno je nekoliko teorijskih objašnjenja ovog fenomena.

Iz psihoanalitičke perspektive, razvijanje „stokholmskog sindroma“ je rezultat ego odbrane selfa u situaciji u kojoj postoji egzistencijalna pretnja, kada učinilac ima potpunu kontrolu nad žrtvinim životom i kada od njega zavisi zadovoljenje njenih egzistencijalnih potreba. Kada je self ugrožen, ego mora da se izbori i pronađe način da omogući ličnosti da funkcioniše, čak i u najbolnijim situacijama. Žrtve žele da prežive i zdrav ego traži načine da osigura preživljavanje. Jedan od načina jeste aktiviranje odbrambenih mehanizama – ego evaluira situaciju i iz arsenala odbrambenih strategija odabire onu koja se u prošlosti pokazala najefikasnijom u nošenju s traumom (Strentz, 1980: 139). Najčešće korišćeni odbrambeni mehanizam u ovakvim situacijama jeste regresija, odnosno povratak na manje zrele i manje realistične nivoe iskustva i ponašanja. S tim u vezi, psihodinamska objašnjenja, koja domini-

raju u spektru koncepcija koje objašnjavaju „stokholmski sindrom“ naročito ukazuju na fenomene identifikacije sa agresorom, patološku transferaciju i traumatsku patološku infantilnost.

Identifikacija sa agresorom i introjeksija njegovih vrednosti jeste odbrambeni mehanizam koji podrazumeva proces analogan dinamici odnosa petogodišnjeg deteta sa nasilnim roditeljem, koje strahuje od određenih osobina zlostavljača, ali istovremeno nesvesno usvaja te iste osobine. Svrha identifikacije iz straha jeste izbegavanje potencijalnog kažnjavanja od strane agresora. Žrtva internalizuje bihevioralni obrazac agresora, nakon čega agresor može početi da oseća povezanost, a zatim sažaljenje i empatiju prema žrtvi. On se može osetiti komotnim da žrtvi priopoveda o svojoj prošlosti, što rezultuje time da ga žrtva doživi kao „sapatnika“, da oseti sažaljenje prema njemu i potrebu da ga zaštiti. Između učinioca i žrtve može se razviti osećanje solidarnosti: fizička blizina i izrazita međuzavisnost između otmičara i talaca doprinosi pojavi osećanja pripadanja i zajedničke sudbine, što dalje vodi identifikovanju zajedničkog neprijatelja, a to je u ovom slučaju policija, odnosno vlast.

Fenomen patološke transferacije odnosi se na nesvesnu projekciju misli, osećanja i želja iz prošlosti žrtve, tj. iz odnosa sa značajnim osobama u njenom životu, na aktuelnu situaciju i otmičare. Kada taoci zapadnu u stanje nemoći, bespomoćnosti i opasnosti, ovaj mehanizam postaje operativan.

Žrtve mogu regresirati i na najelementarniji nivo razvoja, infantilni stadijum – nemoćne i prepuštene, one nastoje da se umile učiniocu i da mu udovolje, poput deteta potpuno zavisnog od majke. Učinioc, u figuri moćne majke, stara se o zadovoljenju njihovih osnovnih životnih potreba i štiti ih od opasnosti koje dolaze spolja, uključujući i policiju koja može upotrebiti smrtonosno oružje. Žrtve otpočinju borbu za vlastiti opstanak, oslanjajući se na učinioca i gradeći afinitet prema njegovoj perspektivi i idealizujući ga. Potreba žrtava da prežive nadilazi negativna osećanja prema osobi koja ih je u takvu situaciju dovela. Srž ove strategije preživljavanja uključuje intenziviranje zavisnosti od učinioca koja se očituje kroz izostanak svake inicijative i nesposobnost žrtava da misle vlastitom glavom, odlučuju i delaju. One postaju krajnje osetljive na reakcije učinioca i zaokupljenije su njegovim emocijama nego vlastitim. (de Fabrique *et al.*, 2007: 13–14).

Usvajajući psihodinamsko objašnjenje afektivne vezanosti žrtava za zlostavljače, Dee Graham je identifikovala „stokholmski sindrom“ kod žrtava viktimiziranih u različitim kontekstima, uključujući: zatočenike koncentracionih logora, pripadnike verskih sekti, zatvorenike iz kineskih komunističkih zatvora, prostitutke podvedene od strane makroa, žrtve incesta, fizički ili emocionalno zlostavljanu decu, tučene žene, ratne zarobljenike i „obične“ taoce. U svim navedenim grupama uočeno je prisustvo afektivnog vezivanja i četiri uslova „stokholmskog sindroma“: opažanje egzistencijalne pretnje; zahvalnost zlostavljaču za male znake ljubaznosti; izolovanost žrtve od svih perspektiva izuzev zlostavljačeve i uverenost žrtava da ne mogu pobeći iz situacije u kojoj su se našle. Zlostavljači stvaraju intenzivan odnos baziran na nasilju i manipulaciji, poput otmičara u stokholmskoj banci. Kada se afektivna veza uspostavi, žrtve postaju zaštitnički nastrojene prema zlostavljačima, što je sasvim

nerazumljivo osobama sa strane. To je naročito opaženo u slučajevima partnerskog nasilja nad ženama, kada žene žrtve nastoje da pred policijom opravdaju i objasne nasilno ponašanje svog partnera koristeći njegov način rezonovanja, tražeći krivicu u sebi ili nekom trećem. Izgradnja afiniteta prema zlostavljaču i usvajanje njegovih pogleda jeste tehnika preživljavanja kojoj pribegavaju mnoge žrtve nasilja od strane intimnih partnera. Učiniti zlostavljača zadovoljnim postaje žrtvina misija. Njegova osećanja i percepcije za žrtvu su od primarne važnosti, te ona nastoji da „uđe u njegovu glavu“ ne bi li ih otkrila. Vremenom, žrtva usvaja zlostavljačeve percepcije i osećanja, a ukoliko viktimizacija potraje dugo, ona može razviti doživljaj same sebe saglasno načinu na koji je posmatra zlostavljač. Žrtva poriče ljutnju, opasnost u kojoj se nalazi i vlastitu viktimizaciju, što je onemogućava da pobegne kad joj se za to ukaže prilika. Kognitivne distorzije koje se opažaju kod žrtava stokholmskog sindroma uključuju: sužene percepcije, usredsređene isključivo na preživljavanje sada i ovde; samookrivljavanje; doživljaj zlostavljača kao dobrog i sebe kao lošeg; tumačenje nasilja kao znaka zlostavljačeve brige i ljubavi; posmatranje zlostavljača kao žrtve i verovanje da osećaju ljubav prema zlostavljaču. Graham je naročito ukazala na zavisnost stokholmskog sindroma od kulturalnih varijabli i iz te perspektive nastojala da osvetli problem muškog nasilja nad ženama. Žene u patrijarhalnom društvu vezuju se za svoje agresivne muške partnere uverene da ih vole, te stokholmski sindrom ima univerzalno, društveno značenje i deo je objašnjenja opstajanja patrijarhalnog sistema (Graham *et al.*, 1994).

Sa pozicija biheviorističkog pristupa „stokholmski sindrom“ se ne posmatra kao ishod nesvesnih dinamizama, već kao rezultat operantnog uslovljavanja. Žrtva mora da zadovolji biološke potrebe za hranom, vodom i vazduhom a, budući da je njihovo zadovoljenje pod kontrolom učinioca, ona polako menja stav i osećanja prema njemu (prema: Slatkin, 1997).

Evolucionistička teorija i istraživači koji se bave poređenjem vrsta, reakciju na traumatičnu situaciju koja se označava pojmom „stokholmskog sindroma“ objašnjavaju na drugačiji način – kao svrsishodnu, okolnostima određenu odbrambenu taktiku iz repertoara odbrambenih ponašanja sisara. Cantor i Price (2007) ukazuju na šest kategorija odbrambenih ponašanja ove grupe: *izbegavanje preteće situacije*, *atentivnu imobilnost* (zaleđenost koja predstavlja uvod u sledeću odbrambenu aktivnost), *povlačenje*, *agresivnu odbranu*, *mirnoću* i *toničku imobilnost*.<sup>6</sup> U situacijama koje uključuju traumatski odnos subordinacije, u kojima od dominantne jedinke dolazi pretnja koja se ne može izbeći, izbegavanje i povlačenje nisu mogući, agresivna odbrana bi mogla biti vrlo rizična, dok stvar još uvek nije terminalna da bi se primenila tonička imobilnost – s toga se mirnoća pokazuje najprihvatljivijom odbrambenom strategijom. Ona uključuje smirenje, pomirenje i submisivnost. Kada su uhvaćeni u zamku traumatičnog odnosa subordinacije, podređene individue, ozbiljno zastrašene od strane dominantnih jedinki, neće primenjivati povlačenje ili agresivnu odbranu jer bi time uvećale rizik vlastitog stradanja. Mirnoća je strate-

6 Tonička imobilnost je poslednja odbrana koju sisari primenjuju kada se predator priprema da pojede ulov – imobilnost može zbuniti predatora, inhibirati njegove napadačke reflekse i simulirati uginulost koja bi mogla da ga odbije (Cantor, Price, 2007: 380).

gija koja ima deeskalatornu funkciju: podređene jedinke koje je primene odriču se nastojanja da pobjede, ali zato snižavaju cenu poraza (Canton, Price, 2007: 380). Proučavanja ponašanja šimpanzi pokazala su da poražena jedinka traži utehu od pobjednika, budući da bi traženje utehe od drugih jedinki u maloj, zatvorenoj grupi moglo biti pogrešno interpretirano kao pronalaženje saveznika za buduće konflikte i dovesti do novog kažnjavanja. Jedinka koja je pobjednik i dominantna i od koje se traži uteha, istovremeno je izvor i kažnjavanja i sigurnosti. Izmirenje, koje se demonstrira grljenjem i ljubljenjem, uslovljeno je prihvatanjem podređenog položaja od strane poražene jedinke. Period 'postkonfliktne anksioznosti' karakteriše grebanje sopstvenog tela, posebno izraženo kod poražene jedinke (slično tome, ljudi grickaju nokte), kao i depresivnošću, koja demotiviše poraženog da pokuša da povrati svoj pređašnji rang i dugoročno ispunjava deeskalatornu funkciju olakšavajući da se poražena jedinka pomiri sa podređenim položajem i razvije samopercepciju kao subordiniranog (analogno niskom samopoštovanju). Ljudi pak generalno imaju mogućnost da, kada su žrtve opresije, pomoć i podršku zatraže od drugih unutar šireg društva. Međutim, kada se nađu u zatvorenom okruženju poput situacija otmičice, taoci se mogu okrenuti samo dominantnom opresoru. Ukoliko bi utehu tražili kod drugih talaca, takvo ponašanje bi moglo biti interpretirano kao odbijanje subordinacije (prema: Canton, Price, 2007: 381).

U literaturi dominiraju psihodinamska objašnjenja među koncepcijama koje pretenduju da objasne fenomen na koji se odnosi pojam „stokholmskog sindroma“. Imajući u vidu skučenost izbora ego odbrana u ovom specifičnom kontekstu viktimizacije, kao i tvrdnju da je reč o „predvidljivom i normalnom odgovoru na ne-normalne okolnosti“ (Slatkin, 2008: 78), moglo bi se očekivati da fenomen pokaže daleko veću konzistentnost, odnosno da se javlja daleko češće nego što to empirijski nalazi pokazuju. Pre će biti da je psihodinamski pristup nedovoljan i da obeležja fenomena koji se označava pojmom „stokholmskog sindroma“ imaju multifaktorsku uzročnost nešto kompleksnijeg sklopa, čija naučna elaboracija tek predstoji.

#### 4. NAUČNI STATUS I (ZLO)UPOTREBE „STOKHOLMSKOG SINDROMA“

Bez obzira na interpretacije događaja u Stokholmu od 23–28. avgusta 1973. godine, kao i sličnosti i razlike između tog i drugih slučajeva na koje se ovaj koncept primenjuje, činjenica je da se „stokholmski sindrom“ odavno otrgao i stekao ne samo autonomiju već i popularnost, sa efektima kakve Bejerot verovatno nije mogao ni da pretpostavi.

Namnyak i saradnici u tekstu pod nazivom *Stokholmski sindrom: psihijatrijska dijagnoza ili urbani mit?* (Namnyak *et al.*, 2008) ukazuju na to da je „stokholmski sindrom“ pojam koji se u akademskoj literaturi sreće retko a daleko češće u medijima, da ne postoje validni dijagnostički kriterijumi za ovaj sindrom<sup>7</sup>, da su empirij-

7 Stokholmski sindrom nije uvršćen ni u jednu međunarodnu klasifikaciju duševnih poremećaja. U Međunarodnoj klasifikaciji bolesti i srodnih zdravstvenih problema (ICD-10) najbliža mu je kategorija 'akutne stresne reakcije' (F43.0). Namnyak *et al.*, 2008: 5.

ski nalazi o njemu kontradiktorni, kao i da se čak i definicije ovog sindroma u literaturi prilično razlikuju. Postojeća literatura o „stokholmskom sindromu“ ne samo da je oskudna, već je bazirana uglavnom na sekundarnim izvorima i izveštajima o retrospektivnim intervjuima sa taocima, osobama koje su pretrpele zlostavljanje u detinjstvu i žrtvama nasilja u porodici i ne daje dovoljno informacija o tome kako je postojanje ovog sindroma identifikovano. Odsustvo standardizacije u pogledu kriterijuma za dijagnostikovanje „stokholmskog sindroma“ dovelo je do šarolikosti u razumevanju šta ovaj pojam zapravo znači, što je za ishod pored ostalog imalo i to da jedni autori ukazuju da je reč o fenomenu koji se pojavljuje retko, dok drugi tvrde upravo suprotno. I dok jedni istraživači nalaze da je stokholmski sindrom indikator ozbiljnosti viktimizacije, drugi zaključuju da će „nivo“ stokholmskog sindroma rasti sa kvalitetom postupanja otmičara prema taocima, odnosno da zlostavljanje talaca inhibira razvijanje sindroma (Namnyak *et al.*, 2008: 6–9). Nijedna studija nije potvrdila egzistenciju „stokholmskog sindroma“ kao posebne nozološke kategorije, pa su se Namnyak i saradnici s pravom zapitali da li je uopšte reč o psihijatrijskom „sindromu“<sup>8</sup> sa distinktivnom fenomenologijom<sup>9</sup> ili je pak po sredi čista medijska izmišljotina koja ima za cilj da široj javnosti omogući da ponašanje otmičara i talaca učini razumljivim, stavi u smisleni okvir, odnosno da se učini nepotrebnim objašnjenje ponašanja koje je neobjašnjivo (Namnyak *et al.*, 2008: 9).

Da „stokholmski sindrom“ može biti upotrebljen kao etiketa, vrsta ublažene stigmatizacije i izraz društvene samilosti prema žrtvama koje, mentalno izmeštene usled traumatskog vezivanja za zlostavljača, ne igraju svoju ulogu onako kako se to od njih očekuje, kao i šta se može dogoditi žrtvi koja to milosrđe odbije istrajavajući na vlastitoj perspektivi događaja čiji je akter bila, govori slučaj novinarkе belgijskog P-magazina, inače holandske državljanke, *Joanie de Rijke*. Novembra 2008. godine ovu novinarku su oteli talibanski borci u Avganistanu. Šest dana je držana u zarobljeništvu i silovana. Oslobođena je nakon što je isplaćena otkupnina u iznosu od 100.000 evra. Otkupninu je platila izdavačka kuća P-magazina, budući da su i belgijske i holandske vlasti odbile da to učine (prve su to obrazložile navodeći da je to pitanje za holandske vlasti jer je de Rijke holandska državljanka, dok su ove druge navele da otkupnine nikada ne plaćaju). Nakon oslobađanja, de Rijke je kritikovala holandske i belgijske vlasti zbog takvog držanja, a uz to je, u nizu intervjuа koje je dala holandskim medijima, izjavljivala da, uprkos užasnom iskustvu kroz koje je prošla, nije kivna na otmičare i da ne želi da predstavi Talibane kao monstume: „Nije to ili crno ili belo. Neke stvari mogu postojati paralelno. To ne znači da patim od stokholmskog sindroma... Zaista sam osećala bes zbog silovanja... ali ono što sam pokušala da jasno predočim jeste to da se ono što rade Talibani ne može svesti

8 „Sindrom“ se u medicini određuje kao „kombinacija znakova i/ili simptoma koji grade distinktivnu kliničku sliku koja ukazuje na specifični poremećaj“ (Oxford concise medical dictionary, 2003, prema: Namnyak *et al.*, 2008: 9).

9 Nema validnih nalaza koji potvrđuju da je reč o specifičnom psihijatrijskom sindromu koji povlači dugotrajne posledice po mentalno zdravlje žrtve i zahteva određeni tretman. Štaviše, rezultati jedne studije upravo govore da je razvijanje stokholmskog sindroma nepovezano sa razvojem posttraumatskog stresnog poremećaja (Favaro *et al.*, 2000, prema: Namnyak *et al.*, 2008: 9).

na silovanje... Izgleda da u ratnoj situaciji ljudi mogu da misle samo crno-belo. Ja sam želela da pričam malo iznijansirano. Čovek nije čudovište samo zato što sebe naziva Talibanom“. Više puta iznet stav de Rijkeove da Talibani nisu čudovišta naišao je na buru negativnih reakcija u javnosti. Pored pregršt neprimerenih reagovanja u medijima, uključujući i vulgarno naslovljene poput: ‘Jesu me silovali, ali to je OK jer su me i poštovali“ i slično, talas besa prema novinarki zahvatio je i holandski parlament. Opozicioni lider Geert Wilders se u jednom svom govoru u parlamentu osvrnuo na slučaj *de Rijke* na sledeći način:

„[...] Silovana je, ali se ne ljuti. Novinarka koja je otišla da traži Talibane u Avganistanu svoju radoznalost je platila okrutnim iskustvom višestrukog silovanja. I dok bi kod drugih to izazvalo bes ili tugu, ova novinarka pokazuje razumevanje. Ona kaže: ‘Takođe su me poštovali.’ I dali su joj čaj i biskvite [...] Ova priča je savršena ilustracija moralnog posrnuća naših elita. Toliko su zaslepljene vlastitom ideologijom da ne vide istinu. Silovanje? Pa, stavila bih to u kontekst, kaže novinarka levičarka i dodaje: *Talibani nisu monstrumi*. [...] Čovek bi očekivao: žena je silovana i to joj je nepodnošljivo. Ali ova novinarka nije ljuta jer su Muslimani koji su to učinili pokazali i poštovanje [...] Nije ova silovana novinarka jedina koja pati od stokholmskog sindroma, od njega pati čitava holandska elita. Jedino moralno pravilo kojeg se drže jeste: ne iritirati Muslimane – samo će to osuditi“ (cit. prema: Landen, 2009).

Thomas Landen, novinar konzervativnog lista *The Brussels Journal*, otišao je korak dalje od Wildersa kritikujući čitavu Zapadnu Evropu koja je širom otvorila vrata za imigraciju iz islamskih zemalja što je po njemu nešto „gore od stokholmskog sindroma“: „Oni koji su bili otečeni i pate od stokholmskog sindroma obično se nisu svojevredno izložili opasnosti. Imali su tu nesreću da se nađu na pogrešnom mestu u pogrešno vreme. Fenomen koji je ilustrovan slučajem Joanie de Rijke uključuje ljude koji iz ideoloških razloga poriču postojanje opasnosti, a zatim joj se izlože. Za razliku od osoba koji pate od običnog stokholmskog sindroma, oni ne počinju da pokazuju znake lojalnosti kriminalcu dok su u zatočeništvu, već mu se predaju još pre nego što ih on liši slobode i zapravo bivaju zarobljeni usled vlastitog ideološkog slepila. S toga je i Joanie de Rijke na neki način u pravu. Kod nje se stokholmski sindrom nije razvio u zatočeništvu. Ona je od njega patila još pre nego što se zaputela u Avganistan [...]“ (Landen, 2009).

Zloupotreba koncepta u političke svrhe samo je jedna od očiglednih negativnih posledica istrgnuća „stokholmskog sindroma“ iz koliko-toliko sigurnog naučnog okrilja. Zamahuju njime kako se kome prohte, a veliki problem je u tome što očigledno doprinosi žestokoj sekundarnoj viktimizaciji, posebno onih žrtava koje su imale tu nesreću da se u pogrešnom veku bave pogrešnim temama. Sa strožim i stabilnijim konceptima to ne ide tako lako. Ali sa konceptom koji se vrti isključivo oko afektivnog vezivanja žrtve za učinioca, regresije i identifikacije sa njim (koji kao da se uzimaju zdravo za gotovo), može se učiniti baš sve. Dijagnoza je mačji kašalj čak i za laika – ona se postavlja na osnovu toga što se kod žrtve opazi bilo kakva dilema o pitanjima dobra i zla i svom malenom mestu na tom večnom poprištu, ako se pita i preispituje u pogledu stvari oko kojih ne sme biti dileme, koje moraju da se podrazumevaju. I naravno, tu nema nikakvog vređanja žrtve i potcenjivanja njenih intelektualnih i drugih kapaciteta – jer, neupitno je ko čini dobro a ko zlo, zna se na čijoj strani moraju biti istina, pravda, pa i žrtve.



Čuveni holandski kriminolog Louk Hulsman svojevremeno je kritikovao tendenciju proizvođenja crno-bele slike u kojoj je „država“ uvek u pravu, dok je terorista isključivi agresor. A zapravo, poluge sile države poput vojske i sistema krivične pravde takođe koriste nasilje i pretnju nasiljem ne bi li postigle svoje ciljeve (Hulsman 1977, prema: Jameson, 2010: 352).

Na kraju treba napomenuti da ono što predstavlja dobru praksu vezanu za primenu koncepta „stokholmskog sindroma“ jeste upotreba postojećih saznanja o ovom fenomenu u pregovorima sa otmičarima. Naime, razvijanje „stokholmskog sindroma“ kod žrtava, kao i humanizacija i personalizacija žrtava u svesti učinilaca smatraju se dobrim strategijama, budući da sa stvaranjem afektivnih veza između otmičara i talaca rastu i šanse za preživljavanje žrtava (Scott, 2010: 910), po cenu toga da vlasti neće moći da računaju na saradnju žrtava u procesu njihovog oslobađanja, niti u krivičnom postupku koji će kasnije biti vođen protiv učinilaca (de Fabrique *et al.*, 2007: 13). Uzgred budi rečeno, negativan odnos prema policiji i vlastima uopšte nije nikakav specifikum „stokholmskog sindroma“ i uopšte ne mora da bude (i najčešće nije) rezultat nečeg tako dramatičnog poput „traumatskog vezivanja za agresora“. Doživljaj policije kao spore, nezainteresovane i neefikasne iskustvo je koje deli veliki broj žrtava uopšte. Viktimizacija je po prirodi stvari iskustvo prepuštenosti, iskustvo koje samo po sebi narušava sposobnost žrtve da, ranjena i pritisnuta snažnim, često konfliktnim osećanjima, svoj slučaj osmotri iz šire perspektive i u svetlu javnog interesa, objektivno rezonujući o tome ko je odgovoran za njenu patnju.

## 5. ZAVRŠNI OSVRT

Treba otvoreno postaviti pitanje: ima li smisla koncept „stokholmskog sindroma“ i kakva je korist od njega? Kome je on uistinu potreban, izuzimajući one koji ga koriste za javno vredanje žrtava, pojedinih grupa, pa i čitavih naroda? I šta on zapravo uključuje? Ako nije dijagnostička kategorija, ako nije „sindrom“, zašto se naziva sindromom? Ako je on oblik „traumatskog vezivanja“, da li se može na njega svesti, da li je on samo njegov živopisni sinonim? Ako se ne može svesti samo na to, šta je onda njegova *differentia specifica*? Jedno od ključnih obeležja ovog fenomena jeste manifestovana relativno trajna nesaradljivost žrtava i negativan stav prema „oslobodiocima“, tj. policiji i drugim predstavnicima vlasti. Da li je jedini mogući razlog tog negativnog stava traumatsko vezivanje za agresora? U originalnom slučaju „stokholmskog sindroma“ žrtve nisu bile voljne da sarađuju sa istim onim vlastima koje su na njihove oči dovele Olofssona u banku, da bi mu se kasnije sudilo. Nils Bejerot je radio za švedsku policiju i vladu. Neubedljivo je argumentovao veliko poverenje „kodeks“ profesionalnih prestupnika i Olssonovu „racionalnost“ i zašto je za taoce bilo manje rizično da se ne dozvoli da otmičari sa njima napuste banku. Ali je zato sasvim jasno predočio zašto je to bilo dobro za Vladu i šire interese:

„Odlukom da se razbojniku ne dozvoli da povede taoce sa sobom ustanovljen je životno važan princip. Da je Vlada prihvatila da se razbojnik udalji sa tri miliona kruna i taocima, verovatno bismo se suočili sa serijom sličnih zločina u mnogim zemljama [...] Bili bismo u velikom psihološkom zaostatku u odnosu na profesionalne kriminalce i gangsterizam. [...] Želim da, kao pikantni politički dodatak, kažem da bi se Vlada

našla u beznadežnoj situaciji da sam okupio neke od onih takozvanih 'progresivnih' kritičara, koji gotovo listom snažno podržavaju vladu, i konsultovao se sa njima u vezi sa ovom situacijom. Tada bi se premijer suočio sa zahtevom da se razbojnici puste da odu sa taocima. Čak i da sam ja stavio rezervu, Vlada bi teško odolela 'ekspertskom mišljenju'. Oslobođanje razbojnika u ovim okolnostima, dve sedmice pred opšte izbore, bilo bi političko samoubistvo" (Bejerot, 1974: 487).

Ni okolnosti da su žrtve otmice u stokholmskoj banci bile mlade, generacijski bliske Olssonu i Olofssonu, nije pridata odgovarajuća pažnja u analizama događaja.<sup>10</sup> Uz to, tri od četiri otete osobe bile su žene, što je moglo imati nekakvog uticaja na interakciju na liniji otmičari-žrtve, atmosferu u trezoru i druga obeležja incidenta. Generalizovanje iskustava ovih žrtava kroz koncept „stokholmskog sindroma“ zahteva daleko temeljniju analizu originalnog slučaja. A činjenica je da ne samo da u literaturi nema takvih temeljnih analiza, već postoji nesaglasnost i oko određenih činjenica o samom incidentu, kao i onome što se sa žrtvama događalo nakon njega.

Sindromizacija specifičnih iskustava viktimizacije, koja se po svemu sudeći odvija na štetu žrtava, uznapredovala je toliko da se mora postaviti pitanje može li žrtva verbalizovati vlastitu percepciju makar i natruha ljudskosti kod učinioca, a da ne rizikuje da dobije dijagnozu „stokholmskog sindroma“ od strane onih koji često sasvim površno ali krajnje samouvereno vitlaju dobrozvučnim konceptima? Šta je sa poštovanjem njenog dostojanstva i integriteta? Može li se žrtvi dopustiti da posle svega barem neko vreme bude ostavljena na miru od svih, da se distancira od svake (zlo)upotrebe u (tuđim) ratovima između „dobra“ i „zla“? Kao da se i ovaj koncept, poput nekih drugih, sve više rabi radi podmukle patologizacije žrtava koje odstupaju od slike „idealne žrtve“. Napokon, ima li išta iz simptomatologije „stokholmskog sindroma“ veze sa onim što čine predstavnici formalne kontrole kriminaliteta, tokom i nakon incidenta? Potvrđan odgovor na poslednje pitanje naročito bi opravdao smisao egzistiranja ovog koncepta na akademskom nivou, otvarajući vrata novim saznanjima vezanim kako za žrtve, tako i za one pozvane da zločine suzbijaju. Ako ovim drugim „stokholmski sindrom“ posluži prevashodno kao obrazloženje nesaradnje žrtve („ne shvata da smo mi na strani dobra jer je mentalno izmeštena“; „mozak joj je ispran“; „zaljubila se“ i sl.) i pravdanje vlastitih promašaja, ili još gore, kao sredstvo za okrivljavanje i stigmatizaciju žrtve, onda je sasvim moguće da šteta koju ovaj koncept proizvodi uveliko premašuje dobit od njega. Posebno imajući u vidu nesrazmeru između obima pažnje koja mu je poklonjena u naučnom diskursu i mere u kojoj se, zanimljiv kakav jeste, primio u delu stručne, pa i šire javnosti. Ipak, on je tu, živi svoj život već decenijama i teško da će nestati sam od sebe. Zato je na istraživačima ozbiljan zadatak da elaboriraju ovaj koncept i daju naučno utemeljen odgovor na nesporne dileme i nedorečenosti koje se tiču gotovo svega u vezi sa njim: njegove definicije, karaktera, svrhe i posebno, onih njegovih obeležja koji ga diferenciraju od srodnih koncepata. Jer, sve se može zloupotребiti, ali najlakše ono što je poddefinisano i neprecizno, a uz to zvuči neodoljivo atraktivno.<sup>11</sup>

10 Da li bi se, primera radi, ocena žrtava da su Olsson i Olofsson „žrtve bolesnog društva“ (cit. prema: Slatkin, 2008: 77) mogla protumačiti i u ključu običnog mladalačkog buntovništva, bez traumatske osnove?

11 Namnyak i saradnici ukazuju da misterija o korenima psihijatrijskih poremećaja prosto fascinira javnost, a medijima je lako da slobodno barataju medicinskim terminima poput „sindroma“ koji

Na nivou prakse, identifikovanje elemenata „stokholmskog sindroma“ ima smisla prevashodno kao eventualna indikacija u kom pravcu treba upućivati žrtve na usluge stručne pomoći radi oporavka. Naklonost žrtava prema učiniocima koja se razvija u specifičnom kontekstu viktimizacije izuzetno je zanimljiv fenomen vredan svake istraživačke pažnje, nezavisno od sudbine koncepta „stokholmskog sindroma“. A može biti da ni tu nema mnogo nepoznanica, da su ljudi prirodno skloni da se zbliže ukoliko im je na raspolaganju dovoljno vremena za interakciju i uz to teže istom ishodu, te da se čitava priča manje-više svodi na deljenje zajedničke sudbine u teškim uslovima dok teku pregovori i neizvesnost, dakle na ono što je i sam razbojnik iz stokholmske banke, Jan-Erik Olsson primetio: *Naterali su nas da zajedno, kao koze boravimo u toj prljavštini, dan za danom. Nije bilo druge nego da se međusobno upoznamo.*

## LITERATURA

- Bejerot, N. (1974). The six day war in Stockholm, *New Scientist*, 61(886): 486–487. [www.nilsbejerot.se/sexdagar\_eng.htm]. Preuzeto 15. maja 2012.
- Burgess, A. W., Regehr, C., Roberts, A. R. (2010). *Victimology – Theories and Applications*, Jones and Bartlett Publishers, LLC.
- Cantor, C., Price, J. (2007). Traumatic entrapment, appeasement and complex post-traumatic stress disorder: evolutionary perspectives of hostage reactions, domestic abuse and the Stockholm syndrome. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 41: 377–384.
- Colman, A. N. (2003). *Oxford Dictionary of Psychology*. Oxford University Press.
- De Fabrique, N. et al. (2007). Understanding Stockholm Syndrome. *FBI Law Enforcement Bulletin*, 76, 7: 10–15.
- Edge, S. (2009). „We were the first victims of Stockholm syndrome“, *Express.co.uk*, September 3, 2009. [http://www.express.co.uk/posts/view/124726/We-were-the-first-victims-of-Stockholm-syndrome]. Preuzeto 20. maja 2012.
- Fuselier, D. (1999). Placing the Stockholm Syndrome in perspective, *FBI Law Enforcement Bulletin*, 68(7): 22–25.
- Graham, D., Rawlings, E., Rigsby, R. (1994). *Loving To Survive: Sexual Terror, Men's Violence, and Women's Lives*. New York: New York University Press.
- Jameson, C. (2010). The 'Short Step' from Love to Hypnosis: A Reconsideration of the Stockholm Syndrome, *Journal for Cultural Research*, 14(4): 337–355.
- Landen, T. (2009). Wilders Causes Another Row. Pre-Captivity Stockholm Syndrome, *The Brussels Journal*, 06.01.2009. [http://www.brusselsjournal.com/node/3946]. Preuzeto 25. maja 2012.
- Namnyak, M., Tufton, N., Szekely, R., Toal, M., Worboys, S., Sampson, E.L. (2008). Stockholm syndrome: psychiatric diagnosis or urban myth? *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 117: 4–11.
- Scott, H. (2010). Stockholm Syndrome, in B. S. Fisher, S. P. Lab (eds.) *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*, Sage, pp. 909–911.
- Slatkin, A. A. (1997). *The Stockholm Syndrome and Situational Factors Related to its Development* (Ph.D. dissertation, University of Louisville).

- Slatkin, A. A. (2008). The Stockholm Syndrome Revisited, *The Police Chief*, 75(12): 76–86.
- Strentz, T. (1980). The Stockholm Syndrome: Law Enforcement Policy and Ego Defenses of the Hostage, *Annals of the New York Academy of Sciences*, 347(1): 137–150.

*Biljana Simeunović-Patić*

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

## THE STOCKHOLM SYNDROME

### SUMMARY

Stockholm syndrome is a phenomenon that falls under consequences of serious violent victimization. It means, in short, developing positive feelings of victims toward abusers and negative attitude toward law enforcement authorities. As such, it is not only the subject of scientific attention and interest of professionals who come into contact with crime victims, but also the topic attractive for the media, which threatens this phenomenon with sensationalism, contributing to its misinterpretation and misuse. The paper discusses the concept of Stockholm syndrome, its use and actual scientific status, and advocates for greater scientific engagement in this field in order to provide answers to several dilemmas associated with this concept.

**Key words:** Stockholm syndrome, traumatic bonding, crime victims, violence.

## PRESTANAK RADNOG ODNOSA KAO DISCIPLINSKA MERA U OPŠTEM REŽIMU RADNIH ODNOSA

**Apstrakt:** Disciplinska vlast poslodavca čini važan deo korpusa njegovih ovlašćenja, obuhvatajući pravo kažnjavanja zaposlenih za skrivljene povrede radnih obaveza i nepoštovanje radne discipline. Pravila kojima se uređuje ovaj jedinstveni slučaj kažnjavanja u privatnim ugovornim odnosima treba da omoguće i postepenost u kažnjavanju zaposlenih, čemu, između ostalog, doprinosi i utvrđivanje šireg kataloga disciplinskih mera. Disciplinske mere, tako, mogu imati prevashodno moralni karakter (npr. opomena), neke od njih mogu se sastojati u ograničavanju određenih prava zaposlenog, odnosno u (neposrednom ili posrednom) uticaju na njegovo napredovanje, dok je najteža disciplinska mera epurativne prirode i podrazumeva otpuštanje zaposlenog koji svojim ponašanjem ugrožava dobro funkcionisanje određene radne sredine. Uređivanje primene najteže disciplinske mere u opštem režimu radnih odnosa predstavlja bitno radnopravno pitanje, ne samo zbog ozbiljnih posledica koje otpuštanje zaposlenog povlači sa sobom, već i zbog činjenice da ova mera zadire u dva važna radnopravna instituta: institut disciplinske odgovornosti zaposlenih i institut opravdanog otkaznog razloga. U domaćem pravu, ovo pitanje ima poseban značaj, budući da, različito od vladajućeg uporednopravnog rešenja, zakonodavstvo Republike Srbije neposredno ne uređuje disciplinsku odgovornost zaposlenih kod poslodavca sa svojstvom privatnog lica, osim kada je reč o udaljenju sa rada bez naknade zarade i otkazu ugovora o radu zbog povrede radne obaveze ili nepoštovanja radne discipline. Izostanak odgovarajućih zakonskih odredaba se, pri tom, različito tumači u domaćoj teoriji i praksi: jedna grupa autora smatra da Zakon o radu uopšte ne uređuje, pa, čak, i ne poznaje, disciplinsku odgovornost, disciplinske mere i disciplinski postupak, dok drugo tumačenje počiva na uverenju da je socijalnim partnerima dopušteno da autonomnim izvorima uređuju kažnjavanje zaposlenih. Preispitivanje koncepcije disciplinske odgovornosti u domaćem radnom zakonodavstvu se, u tom smislu, čini neophodnim, posebno ako se ima u vidu oslabiljenost mehanizama koji ograničavaju zloupotrebe disciplinskih ovlašćenja (i ovlašćenja za davanje otkaza). U radu su, stoga, analizirane osnovne pretpostavke za primenu disciplinske mere prestanka radnog odnosa u domaćem, uporednom i međunarodnom radnom pravu, uz razmatranje problema koji prate kvalifikaciju povreda radnih obaveza i, posebno, utvrđivanje njihove prostorne i vremenske dimenzije.

**Ključne reči:** disciplinska odgovornost zaposlenog; vlast poslodavca; povreda radne obaveze; nepoštovanje radne discipline; otkaz ugovora o radu.

### 1. DISCIPLINSKA VLAST POSLODAVCA I NJEN ODNOS SA DRUGIM ELEMENTIMA SADRŽINE RADNOG ODNOSA

Zaključenjem ugovora o radu, zaposleni preuzima obavezu da radi u ime, za račun i *pod vlašću* poslodavca, budući da poslodavcu, pored faktičke vlasti, ispol-

---

\* docent, ljubinka@ius.bg.ac.rs

jene u njegovoj ekonomskoj dominaciji, pripada i pravom priznato ovlašćenje za organizaciju, usmeravanje i kontrolu rada zaposlenog. Radno pravo dopušta ovo odstupanje od načela jednakosti zato što poslodavac ne bi mogao da organizuje obavljanje svoje delatnosti bez izdavanja naloga i uputstava, bez nadzora nad radom zaposlenih, kao ni bez njihovog kažnjavanja za skrivljene povrede radnih obaveza i nepoštovanje radne discipline. Poslodavčeva vlast, otuda, obuhvata tri osnovna elementa (funkcije) – upravljačku, normativnu i disciplinsku vlast.<sup>1</sup> Na drugoj strani, zaposleni je dužan da redovno dolazi na posao, radi stavljanja svojih radnih sposobnosti na raspolaganje poslodavcu, kao i da poštuje pravila rada, da ostvaruje jedan razuman nivo kvaliteta i obima rada i da se uzdržava od svih aktivnosti koje bi mogle da štete poslodavčevim interesima. Povrede ovih obaveza mogu biti sankcionisane, budući da disciplinska vlast poslodavca obuhvata *pravo*, a u nekim slučajevima, i *obavezu* (npr. u slučaju psihičkog uznemiravanja zaposlenih u domaćem pravu) kažnjavanja zaposlenih za povrede radnih obaveza.<sup>2</sup> U tom smislu se može zaključiti da disciplinska vlast predstavlja neophodnu posledicu i svojevrstu dopunu i garantiju poslodavčevih upravljačkih i normativnih ovlašćenja.

Poslodavčeva disciplinska ovlašćenja predstavljaju i jedinstveni slučaj kažnjavanja u privatnim ugovornim odnosima, budući da je jednoj strani ugovora priznato pravo da disciplinskim merama kažnjava drugu stranu za neuredno i nesavesno izvršavanje obaveza, i to, odmah po učinjenoj povredi, što je mnogo delotvornije od opštih mehanizama za kažnjavanje ugovornih strana.<sup>3</sup> Pravila o disciplinskoj odgovornosti, pri tom, treba da omoguću postepenost u kažnjavanju zaposlenih, zbog čega se njima redovno utvrđuje veći broj različitih disciplinskih mera, u rasponu od opomene do prestanka radnog odnosa. Predmetne mere nemaju odštetni (reparatorni) cilj, već su usmerene na kažnjavanje zaposlenih i korekciju njihovih ponašanja kojima se ugrožava funkcionisanje određene radne sredine, odnosno na odvracanje zaposlenih od ponavljanja učinjenih povreda, a u slučaju najtežih povreda i na otpuštanje zaposlenog koji svojim ponašanjem dovodi u opasnost opstanak i dobro funkcionisanje radne sredine. Tako, opomena ima prevashodno moralni karakter, ali u nekim sistemima može, čak, smetati napredovanju zaposlenog, dok se ostale mere, po pravilu, sastoje u ograničavanju određenih prava iz radnog odnosa, odnosno u neposrednom ili posrednom uticaju na napredovanje zaposlenog. Naj-

1 Tako: Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1947, str. 423. i dalje; Jean Rivero, Jean Savatier, *Droit du travail*, PUF, Paris, 1956, str. 95; Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Beograd, 1990, str. 54; Marie-France Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, L.G.D.J., Paris, 1996, str. 15; Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2002, str. 957–960.

2 Neki pisci veruju, međutim, da se disciplinska vlast poslodavca ne može svesti samo na kažnjavanje zaposlenih, već obuhvata i ovlašćenje za donošenje pravila kojima se u svakoj radnoj sredini utvrđuju radne obaveze, uređuje odgovornost za neizvršenje tih obaveza i propisuju mere koje podstiču zaposlene na njihovo savesno izvršavanje (npr. Jean-Marc Béraud). Takvo shvatanje čini se neopravdanim, budući da ovlašćenje za donošenje pravila o radnom redu nije disciplinsko, već normativno, ovlašćenje poslodavca. U tom smislu se i pravila o radnom redu razumeju kao (čak, najvidljiviji) rezultat vršenja normativnih ovlašćenja poslodavca, što, ni u kom slučaju, ne isključuje konstataciju o najtešnjoj povezanosti (i međusobnoj uslovljenosti) disciplinskih ovlašćenja, sa jedne, i upravljačkih i normativnih ovlašćenja poslodavca, sa druge strane.

3 Tiziano Treu, *Labour law and industrial relations in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, str. 70.

teža disciplinska mera ima, međutim, epurativni karakter, budući da podrazumeva isključenje iz radne sredine zaposlenog koji svojim ponašanjem ugrožava njen opstanak ili njeno dobro funkcionisanje.<sup>4</sup>

Poslodavac, pri tom, može da kažnjava zaposlene samo u meri u kojoj ima pravo da organizuje njihov rad.<sup>5</sup> Stoga se smatra da disciplinska vlast poslodavca izvire iz njegove potrebe da zaštiti interese određene radne sredine i obezbedi dobrobit svih njenih članova (uključujući zaposlene). Bez tog ovlašćenja, (pojedinačni i opšti) nalozi i uputstva koje poslodavac izdaje zaposlenima mogli bi biti lišeni dejstva.<sup>6</sup> Navedeno objašnjenje disciplinske vlasti počiva na osnovnim postavkama *institucionalne koncepcije radnog odnosa*, koja je izgrađena oko ideje da je preduzeće organizovana i hijerarhijski uređena zajednica u kojoj direktor raspolaže svim ovlašćenjima neophodnim za dobro funkcionisanje preduzeća. Kako rukovođenje ovom „hijerarhijski organizovanom zajednicom interesa“ pretpostavlja postojanje *unutrašnjeg reda i poretka*, tako direktor, kao njen šef, ima „prirodno“ pravo na disciplinsko kažnjavanje zaposlenih.<sup>7</sup> Zagovornici institucionalne koncepcije, u tom smislu, zaključuju da je disciplinska vlast inherentna pravnom položaju poslodavca, smatrajući da mu zbog toga pripada pravo da zaposlenom izrekne svaku disciplinsku meru koja je neophodna za obezbeđivanje dobrog funkcionisanja radne sredine, pod uslovom da njena primena nije izričito zabranjena.<sup>8</sup>

Institucionalna koncepcija je nastala kao reakcija na *ugovornu koncepciju radnog odnosa*, zasnovanu na ideji da osnov svih poslodavčevih ovlašćenja leži isključivo u saglasnosti volja zaposlenog i poslodavca.<sup>9</sup> Ugovor o radu se, stoga, smatra osnovnim izvorom svih ovlašćenja koja su poslodavcu neophodna da obezbedi obavljanje poslova što su povereni zaposlenom,<sup>10</sup> dok se pravila o radnom redu razumeju kao aneks ugovora o radu koji zaposleni prećutno prihvata prilikom zasnivanja radnog odnosa. To, dalje, ima za posledicu uverenje da zaposleni koji ne postupa u skladu sa nalogima poslodavca i pravilima o radnom redu, zapravo, ne poštuje ugovornu disciplinu i dužnost urednog i savesnog izvršavanja obaveza iz ugovora.<sup>11</sup>

4 Tako i Mihailo Ilić, *Administrativno pravo*, JP „Službeni list SRJ“, Beograd, 1998, str. 67–68.

5 Jean Savatier, „Pouvoir patrimonial et direction des personnes“, *Droit social*, br. 1/1982, str. 3.

6 U tom smislu se ističe da bi „život jedne zajednice bio kompromitovan ako odgovorni autoritet ne bi mogao da sankcioniše pravila rukovođenja koja se nameću članovima grupe“, zbog čega bi i disciplinsku vlast trebalo smatrati „prirodnim“ obeležjem poslodavca. Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problemi sociologije rada*, treće izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 274.

7 M. E. Banderet, „Discipline at the workplace: A comparative study of law and practice – The sources and substance of disciplinary law“, *International Labour Review*, br. 3/1986, str. 261–262.

8 *Ibid.*, str. 261–262. i 273.

9 G[uillaume]. H[enri]. Camerlynck, *Traité de droit du travail: Contrat de travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1968, str. 21. Tako i M.-F. Mialon, *op. cit.*, str. 121.

10 M. E. Banderet, *op. cit.*, str. 262.

11 Lion-Kaen, u tom smislu, zaključuje da, za razliku od institucionalne koncepcije, koja afirmiše „ideju o disciplinskoj vlasti kao vlasti koja postoji pod okriljem preduzeća“, ugovorna koncepcija podrazumeva da „preduzeće nije ništa drugo do jedan skup ugovora o radu kojima je više zaposlenih vezano sa jednim poslodavcem“. Gérard Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1955, str. 231.

Obe koncepcije trpe određene kritike, posebno što ni jedna od njih ne objašnjava u potpunosti osnov i granice disciplinske vlasti. Kritičari institucionalne koncepcije, tako, ističu da ona ne odgovara stvarnom stanju u oblasti radnih odnosa, budući da ugovor o radu – ako ga posmatramo iz ugla svakog zaposlenog ponao-sob – predstavlja instrument koji dovodi zaposlenog pod poslodavčevu vlast. Otuda se, i u hipotezi da su disciplinska ovlašćenja inherentna svojstvu poslodavca, kao što tvrde pristalice institucionalne koncepcije, ova ovlašćenja mogu individualizovati samo kroz ugovor o radu, što, konačno, znači da mogućnost za njihovo vršenje prema svakom zaposlenom izvire, upravo, iz ugovora o radu.<sup>12</sup> Na drugoj strani, ugovornoj koncepciji se prigovara neopravdano svođenje povreda radnih obaveza na povredu načela *pacta sunt servanda* i načela savjesnosti i poštenja, što ima za posledicu da se pojedine disciplinske mere ne posmatraju kao posledica vršenja disciplinske vlasti poslodavca, već kao posledica primene opštih pravila obligacionog prava.<sup>13</sup> Time se stvaraju ozbiljne teškoće u razgraničenju disciplinskih i ne-disciplinskih mera (ugovorne kazne i drugih sankcija za neispunjenje obaveze iz ugovora) i neosnovano dovodi u pitanje tradicionalna koncepcija radnog odnosa (i ugovora o radu), budući da je pravna subordinacija (i podređivanje zaposlenog disciplinskoj vlasti poslodavca, kao njen sastavni deo) bitan element ovog odnosa (i ugovora).<sup>14</sup> Ipak, i pored ovih zamerki, mnogi savremeni autori u svojim radovima, afirmišu primenu ugovorne koncepcije, ili kombinovanje ugovorne i institucionalne koncepcije, uz uverenje da se u osnovi ovlašćenja za sankcionisanje povreda radnih obaveza nalazi potreba da se osiguraju red i dobro funkcionisanje preduzeća.<sup>15</sup> Tome se redovno dodaje i zahtev da se disciplinska ovlašćenja mogu vršiti samo u

12 J. Rivero, J. Savatier, *op. cit.*, str. 107–108.

13 G. H. Camerlynk, „Settlement of disputes concerning the exercise of employer disciplinary power“, *Rutgers Law Review*, vol. 18, 1963–1964, str. 408. Tako se, primera radi, otkaz zbog povrede radne obaveze ne razume kao disciplinska mera, već kao rezultat ostvarivanja prava svake ugovorne strane da raskine ugovor zbog neispunjenja ugovorne obaveze. Otud se veruje da, prilikom iniciranja prestanka radnog odnosa iz ovog razloga, poslodavac ne vrši svoju disciplinsku vlast, već ostvaruje mogućnost koju zakon dopušta svakoj ugovornoj strani (Claude D’Aoust, Louis Leclerc, Gilles Trudeau, *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*, École de relations industrielles, Université de Montréal, Montréal, 1982, str. 52–53).

14 Ovo tim pre što je priroda disciplinskog prava kolektivna, tako da pojedinačni pravni akti ne mogu da uredi predmetnu materiju na odgovarajući način, već postoji potreba njenog uređivanja na nivou određene radne sredine, određene profesije, pa, i čitave države. M. E. Banderet, *op. cit.*, str. 266.

15 Jean Savatier, „Le pouvoir disciplinaire de l’employeur: chronique de jurisprudence“, *Droit social*, br. 3/1988, str. 253. Premda nije lako govoriti o zastupljenosti jedne ili druge koncepcije u uporednom pravu, valja imati u vidu da je sve do kraja osamdesetih godina prošlog veka, institucionalna koncepcija imala najviše pristalica u Francuskoj, Japanu, i Sjedinjenim Američkim Državama i Kanadi (gde je bila poznata kao teorija upravljačkih prava /*theory of managerial rights*/), dok je ugovorna koncepcija uživala najveću podršku u Austriji, Belgiji, Nemačkoj i Švajcarskoj (M. E. Banderet, *op. cit.*, str. 262). Krajem osamdesetih godina prošlog veka, jedan broj autora počeo je da se zalaže za obnovu ugovorne koncepcije. Taj predlog je podrazumevao prihvatanje njenih postavki u izvornom obliku ili afirmisanje nekih izmenjenih varijanti ove koncepcije ili, pak, optiranje za kombinacionu koncepciju radnog odnosa kao dvodimenzionalnog odnosa, koji obuhvata i ugovorni i institucionalni aspekt. Više o odnosu i savremenom značaju dveju osnovnih koncepcija radnog odnosa vid. u našoj disertaciji *Pravna subordinacija u radnom odnosu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 54–73.



interesu preduzeća, čime se određuju i svrha i granice izricanja disciplinskih mera, bez obzira da li se one tiču zarada zaposlenih, njihovog napredovanja u karijeri ili opstanka ugovora o radu.<sup>16</sup>

Područje disciplinske vlasti, pri tom, nije i područje apsolutne i neograničene autonomije poslodavca. Umesto toga, on ima pravo da kazni zaposlenog samo ako je to potrebno da bi se omogućilo nesmetno funkcionisanje radne sredine i to, samo ako ne postoji mogućnost da na drugi način zaštiti svoj interes. Poslodavac je, preciznije, dvojako ograničen u vršenju disciplinskih ovlašćenja: prvo ograničenje uspostavlja *načelo specijalnosti* (fr. *principe de spécialité*), koje podrazumeva da poslodavac može da kažnjava zaposlene samo za one povrede koje ugrožavaju ili onemogućavaju ostvarivanje specijalnog cilja određenog privrednog društva ili druge organizacije.<sup>17</sup> Od zaposlenih se, zato, može zahtevati poštovanje radne discipline samo u meri u kojoj je to neophodno da bi se ostvario poseban cilj radi kojeg je osnovana određena organizacija.<sup>18</sup> Drugo ograničenje se, takođe, izražava kroz jedno načelo. Reč je o *načelu subordinacije* (fr. *principe de subordination*), koje obuhvata zahtev da disciplinska vlast poslodavca mora biti podređena odredbama zakona i drugih izvora radnog prava, tako da zaposleni nisu dužni (ni ovlašćeni) da postupaju u skladu sa poslodavčevim uputstvima ako su ona protivna prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima i, posledično, ne mogu biti disciplinski kažnjeni za neizvršavanje takvih uputstava.<sup>19</sup> U tom smislu, moguće je zaključiti da se granice disciplinske vlasti poslodavca, najpre, mogu povući u svetlu opštih pravnih načela koja pretpostavljaju da je disciplinska vlast ograničena samom svojom svrhom. Poslodavac, otuda, ima pravo da kažnjava zaposlene samo za povrede koje se odnose na njihov rad, odnosno na izvršavanje njihovih obaveza ili na njihovo ponašanje na mestu rada, dok činjenice iz privatnog života zaposlenog, po pravilu, uživaju „disciplinski imunitet“.<sup>20</sup> To, dalje, znači da poslodavac može da kažnjava

16 Benoît Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009, str. 418–419.

17 Alfred Légal, Jean Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1938, str. 135–136. i 321–322.

18 U nekim državama, ovo ograničenje se razume kao refleksija primene načela savesnosti i poštenja, dok se u izvesnim državama ono može prepoznati u zahtevu da pravila disciplinskog prava moraju biti razumna. Potonji zahtev, preciznije, znači da se ova pravila ne smeju „prelirati“ preko opšteg okvira definisanog delatnošću poslodavca, što posebno podrazumeva zabranu ograničavanja prava zaposlenih onda kada to nije opravdano prirodom poslova koje im je poverio poslodavac. M. E. Banderet, *op. cit.*, str. 269.

19 Element protivpravnosti može izostati i ako zaposleni obelodani različite vrste nezakonitih postupanja svog poslodavca, što je neodvojivo povezano sa radnopravnom zaštitom „uzbunjivača“. U temeljima ove zaštite nalazi se poslodavčeva obaveza da se uzdrži od disciplinskog kažnjavanja i svake druge vrste odmazde prema „uzbunjivačima“, budući da „uzbunjivači“ koji postupaju u dobroj veri brane vrednosti koje su važnije od lojalnosti (javno zdravlje, životna sredina, itd). Više o ovom pitanju vid. u našem radu *Cilj i smisao radnopravne zaštite „uzbunjivača“* u Đorđe Ignjatović (ur.), „Kaznena reakcija u Srbiji“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 221–237.

20 To, naročito, uključuje apsolutnu zabranu disciplinskog kažnjavanja zaposlenih zbog njihovog zdravstvenog stanja, etničkog porekla, političkog uverenja i drugih svojstava koja čine osnov diskriminacije. Potonja zabrana ne sprečava, međutim, poslodavca da, radi zaštite interesa određene radne sredine, a, u skladu sa načelom individualizacije disciplinske mere, različito kažnjava zaposlene koji su učestvovali u istom događaju. Ovo stoga što se disciplinska vlast može vršiti na različite načine, uključujući i tolerisanje određenog ponašanja zaposlenih.

zaposlene samo u meri u kojoj ima pravo da organizuje njihov rad,<sup>21</sup> tj. samo u obimu u kojem primena disciplinskih mera doprinosi očuvanju reda u određenoj radnoj sredini i njenom pravilnom funkcionisanju.

Važne granice disciplinske vlasti poslodavca postavljaju i pravila državnog i ne-državnog porekla kojima se utvrđuju uslovi disciplinske odgovornosti zaposlenih i uređuje disciplinski postupak. U tom smislu, jedan od najdelotvornijih mehanizama za ograničavanje disciplinske vlasti predstavlja *načelo pravne određenosti povreda radnih obaveza i disciplinskih mera*. Ono ne pretpostavlja, međutim, iscrpno utvrđivanje povreda radnih obaveza, budući da su, zbog osobenosti delatnosti različitih poslodavaca i specifičnosti organizovanja i upravljanja radom zaposlenih, povrede radnih obaveza toliko raznovrsne da ne bi bilo korisno, a, sva je prilika ni moguće, da se zakonom utvrdi njihov *numerus clausus*.<sup>22</sup> Na drugoj strani, načelo određenosti disciplinskih mera redovno podrazumeva ekstenzivnu definiciju i širi katalog disciplinskih mera, ne bi li se poslodavcima omogućilo da utiču na ponašanje i rad zaposlenih već samim propisivanjem disciplinskih mera, a, zatim, i da bi se stvorili uslovi za delotvornu primenu *načela progresivnog kažnjavanja i individualizacije disciplinske mere*.<sup>23</sup> Premda u uporednom pravu ima i primera zakonskog utvrđivanja iscrpnog kataloga disciplinskih mera (npr. u Grčkoj),<sup>24</sup> vrste i visina disciplinskih mera se, po pravilu, utvrđuju kolektivnim ugovorima. Istovremeno, nisu retki ni primeri zakonskog navođenja određenih vrsta disciplinskih mera, uz ovlašćenje socijalnih partnera da kolektivnim ugovorima utvrde i druge mere, pod uslovom da one ne povređuju osnovna prava zaposlenih, kao ni, zakonsku zabranu primene ponižavajućih disciplinskih mera (pre svega, mere javne opomene)<sup>25</sup> ili eventualna ograničenja koja se tiču izricanja novčanih mera.<sup>26</sup>

21 J. Savatier, „Pouvoir patrimonial et direction des personnes“, *op. cit.*, str. 3.

22 Čini se da bi to bilo moguće samo ukoliko bi povrede radnih obaveza bile definisane tako široko da zaposlenima ne bi bila priuštena gotovo nikakva zaštita. To ne znači, međutim, da se povrede radnih obaveza mogu određivati proizvoljno i *ad hoc*. Iako se neki zakonodavci odlučuju za fleksibilnu definiciju povrede radne obaveze, uz nabranje nedopuštenih ponašanja, koje ima samo indikativnu vrednost, u većini država je socijalnim partnerima prepušteno da, u zavisnosti od specifičnosti poslodavčeve delatnosti i osobenosti određene radne sredine, preciziraju pojam povrede radne obaveze u autonomnim aktima (pravilniku ili kolektivnom ugovoru).

23 Branko Lubarda, „Disciplinska odgovornost i harmonizacija prava“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2001, str. 249. Tako je, primera radi, u francuskom zakonodavstvu disciplinska sankcija određena kao „svaka mera, izuzev usmene opomene, koju poslodavac preduzima prema zaposlenom zbog povrede radne obaveze, a koja neposredno ili posredno utiče na prisustvo zaposlenog u preduzeću, njegove funkcije, odnosno njegovu karijeru ili zaradu“ (*Code du travail*, član L. 122–40). Francuski autori, pri tom, različito razumeju uticaj kazne na položaj zaposlenog: prema zagovornicima restriktivne koncepcije disciplinske mere, taj uticaj obuhvata samo promenu u pravnom položaju zaposlenog, dok se prema drugoj grupi autora, disciplinskom merom smatra i mera koja predstavlja samo materijalnu radnju (npr. upozorenje). Emmanuelle Lafuma, *Des procédures internes: contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2008, str. 205–206.

24 Za pregled odgovarajućih uporednopravnih rešenja vid. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *European Employment and Industrial Relations Glossaries*, <http://www.eurofound.europa.eu/emire>.

25 B. Lubarda, *op. cit.*, str. 250.

26 Pitanje dopuštenosti novčanih disciplinskih mera predstavlja predmet širokog teorijskog diskursa, budući da zarada ima alimentacioni karakter, koji je potvrđen i odredbama Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 95 o zaštiti zarada. Pristalice ovih mera ističu, međutim,

Uređivanje disciplinske odgovornosti zaposlenih redovno uključuje i uređivanje disciplinskog postupka, budući da *načelo pravičnog i poštenog postupka* predstavlja procesni standard koji mora biti primenjen i u disciplinskom postupku. Premda u savremenom radnom pravu preovlađuje tendencija pojednostavljivanja disciplinskog postupka, zakonodavci nastoje da zaštite osnovna prava zaposlenih u ovom postupku, ne bi li se, barem formalno, obezbedila ravnopravnost procesnih stranaka. Odgovarajuća zaštita, najpre, podrazumeva obavezu poslodavca da omogući zaposlenima da se upoznaju sa pravilima disciplinskog postupka, dok se ostala procesna pravila mogu klasifikovati u dve grupe. Prvu grupu čine pravila o postupku koji se sprovodi pre i u toku izricanja disciplinske mere (garantije prava zaposlenog da se izjasni o povredi koja mu se stavlja na teret /pravo na odbranu/ i prava da odgovori na upozorenje /načelo kontradiktornosti/, obaveza dostavljanja upozorenja sindikatu u koji je zaposleni učlanjen i/ili inspekciji rada, radi davanja mišljenja, i sl). Druga vrsta pravila odnosi se na ostvarivanje prava na prigovor i žalbu,<sup>27</sup> s tim što zaštitu od poslodavčeve samovolje dodatno osnažuje i utvrđivanje kratkih rokova za pokretanje i vođenje disciplinskog postupka i izricanje disciplinskih mera.<sup>28</sup>

## 2. PRESTANAK RADNOG ODNOSA ZBOG POVREDE RADNE OBAVEZE

Radni odnos može prestati samo po jednom od zakonom određenih osnova. Oni se, najopštije posmatrano, sastoje u isteku roka za koji je zasnovan radni odnos, navršenju radnog veka, sporazumu zaposlenog i poslodavca, otkazu ugovora o radu (od strane zaposlenog ili poslodavca), zahtevu roditelja ili staratelja maloletnog radnika ili u činjenicama koje ne zavise od volje zaposlenog i poslodavca (smrt zaposlenog, gubitak radne sposobnosti, prestanak rada poslodavca i dr). Razmatranje teme našeg rada pretpostavlja sagledavanje osnova za prestanak

---

njihov doprinos obezbeđivanju postupnosti u izricanju disciplinskih mera, čime se jača i zaštita zaposlenih od izricanja mere prestanka radnog odnosa.

27 International Labour Conference, 67<sup>th</sup> Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981, str. 31. Tako su, primera radi, odredbama britanskog Zakona o zapošljavanju (2002) utvrđena tri obavezna elementa disciplinskog postupka: a) obaveštavanje zaposlenog o postojanju razloga za izricanje disciplinske mere; b) održavanje rasprave; v) pravo na podnošenje prigovora. Dobra praksa u vođenju disciplinskog postupka, u smislu odredaba Kodeksa o disciplinskom postupku britanske Službe za savetovanje, mirenje i arbitražu (2004), pri tom, podrazumeva: zabranu diskriminacije zaposlenih; preduzimanje procesnih radnji bez nepotrebnih prekida i odlaganja; zaštitu poverljivih podataka; pravo zaposlenog da se izjasni o činjenicama i dokazima koji mu se stavljaju na teret; pravo zaposlenog na pomoć u postupku; zabranu izricanja disciplinske mere prestanka radnog odnosa posle samo jedne učinjene povrede radne obaveze, osim u slučaju teških povreda radnih obaveza; obavezu uprave da pre pokretanja postupka utvrdi sve odlučne činjenice vezane za određeni događaj; obavezu poslodavca da obrazloži odluku o disciplinskoj odgovornosti; pravo na pravni lek. Nav. prema: Simon Deakin, Gillian S Morris, *Labour law*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford, 2005, str. 508; Malcom Sargeant, David Lewis, *Employment law*, Third Edition, Pearson Education, Harlow, 2006, str. 154–155.

28 Vid. René Quenaudon, „L'exercice du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise et écoulement du temps“, *Droit social*, br. 3/1984, str. 173–179.

radnog odnosa koji se sastoji u *otkazu ugovora o radu*, budući da skrivljena povreda radne obaveze i nepoštovanje radne discipline predstavljaju opravdane razloge za prestanak radnog odnosa na ovaj način. S tim u vezi, valja imati u vidu da su u većini evropskih država, pravila o otkazu ugovora o radu uređena po modelu univerzalnih radnih standarda sadržanih u Konvenciji Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca.<sup>29</sup> Ovi standardi obezbeđuju neophodnu zaštitu zaposlenih od arbitrarnog i nepravilnog postupanja poslodavca, uspostavljajući ravnotežu između zahteva za sigurnošću zaposlenja, sa jedne strane, i zahteva za očuvanjem poslodavčeve autonomije u pitanjima koja utiču na obavljanje njegove delatnosti, sa druge strane. Potonji zahtev uključuje i tzv. *vlast otpuštanja*, tj. pravo na otpuštanje radnika u interesu određene radne sredine. Poslodavcu je, u tom smislu, dopušteno da otkáže ugovor o radu samo ako za to postoji *valjan, odnosno opravdan razlog*, koji se odnosi na: a) sposobnost zaposlenog; b) ponašanje zaposlenog; c) potrebe poslodavca. Kada će određeni razlog povući za sobom otpuštanje zaposlenog ostavljeno je poslodavcu da odluči od slučaja do slučaja, budući da, pored ozbiljnih posledica koje proizvodi za zaposlene (gubitak izvora osnovnih ili pretežnih sredstava za život), prestanak radnog odnosa proizvodi određene negativne posledice i po poslodavca (troškovi posredovanja u zapošljavanju, zapošljavanja i obuke novog radnika i sl.).<sup>30</sup> Ako postoji neki od razloga iz prvih dveju grupa opravdanih otkaznih razloga, poslodavac može da otkáže ugovor o radu samo ako je zaposlenom omogućeno da se izjasni o navodima koji mu se stavljaju na teret. Osim toga, zaposleni mora imati i mogućnost da podnese pravno sredstvo protiv poslodavčevog rešenja, a ako sud utvrdi da je radni odnos nezakonito prestao, i pravo na naknadu štete, kao i pravo da se vrati na rad, ako to zahteva. Navedeni materijalni i procesni zahtevi važe i za otkaz ugovora o radu zbog povrede radne obaveze, budući da se povreda radne obaveze i krivica zaposlenog ne mogu pretpostavljati.

### 2.1. Povreda radne obaveze kao opravdani otkazni razlog

Povrede radnih obaveza mogu zadobiti različite oblike, zavisno od osobenosti radne sredine i poslova za koje je zasnovan radni odnos. U literaturi se, stoga, predlažu brojne klasifikacije povreda radnih obaveza, među kojima je široko prihvaćeno razlikovanje četiri osnovne kategorije povreda: a) povrede obaveze podređivanja poslodavčevoj vlasti; b) povrede obaveze kolegijalnosti i solidarnosti sa dru-

29 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 158 (*Službeni list SFRJ*-Međunarodni ugovori, broj 4/84).

30 Jugoslovensko radno zakonodavstvo poznavalo je, međutim, i slučajeve obaveznog kažnjavanja zaposlenih najtežom disciplinskom merom, pa je, tako, Zakonom o udruženom radu (*Službeni list SFRJ*, br. 53/76, 57/83, 85/87, 6/88 i 38/88) bilo propisano da se mera prestanka radnog odnosa obavezno izriče zbog teže povrede radne obaveze učinjene neopravdanim izostajanjem radnika sa posla najmanje pet radnih dana, kao i zbog drugih težih povreda radnih obaveza koje su utvrđene samoupravnim opštim aktom, u skladu sa zakonima republika, odnosno pokrajina (član 197, st. 2-3). U tom smislu, izuzetak je predstavljalo slovenačko zakonodavstvo, koje nije poznavalo mogućnost utvrđivanja drugih povreda radnih obaveza zbog kojih bi postojala obaveza izricanja mere prestanka radnog odnosa.

gim članovima organizacije; v) povrede obaveze saradnje u organizaciji; g) povrede obaveze uzdržavanja od radnji koje štete ugledu organizacije.<sup>31</sup> U novijoj literaturi, pod uticajem preovlađujućeg rešenja u uporednom pravu, predlaže se i razvrstavanje povreda radnih obaveza i radne discipline u dve kategorije: prvu kategoriju čine ponašanja koja se neposredno ili posredno tiču neodgovarajućeg ispunjavanja obaveza i dužnosti, kao što je to, primera radi, slučaj sa povredom pravila rada, naročito pravila o bezbednosti i zdravlju na radu, kao i sa neizvršavanjem zakonitih naloga i neopravdanim kašnjenjem ili odsustvom zaposlenog sa rada.<sup>32</sup> Druga grupa povreda u okviru ove klasifikacije obuhvata različite oblike neprimerenog ponašanja kojim se uzrokuje poremećaj u radnoj sredini ili na drugi način negativno utiče na izvršavanje rada (npr. nasilje, vređanje, narušavanje reda i mira na mestu rada, dolazak na posao pod dejstvom alkohola ili narkotika, odavanje poslovne tajne, povreda klauzule o zabrani konkurencije i drugi oblici nelojalnog ponašanja zaposlenog).<sup>33</sup>

Budući da se disciplinska vlast poslodavca (i disciplinska odgovornost zaposlenog), po pravilu, prostire u vremenu i na području koje omeđuju kriterijumi radnog vremena i mesta rada, zaposleni može biti kažnjen samo zbog povreda radnih obaveza koje su se dogodile u okviru ovih koordinata. Isti kriterijumi definišu granicu između privatnog i profesionalnog života zaposlenog (koja je, istina, manje-više porozna), zbog čega se može konstatovati da je disciplinska vlast poslodavca, u načelu, ograničena samo na događaje i činjenice iz profesionalnog života zaposlenog.<sup>34</sup> Ponašanje i činjenice iz privatnog života zaposlenog *ne* mogu biti opravdan razlog za prestanak radnog odnosa, i, *a fortiori*, ne mogu biti kvalifikovane kao povreda radne obaveze, što je Savatijea (*Jean Savatier*) inspirisalo da formuliše pravilo da zaposleni uživa „disciplinski imunitet“ u pogledu činjenica iz svog privatnog života.<sup>35</sup>

Za radnopravni status zaposlenog može, dakle, biti merodavno samo njegovo ponašanje na mestu rada i u radno vreme, kao i ponašanje koje je na drugi način povezano sa obavljanjem poslova u ime, za račun i pod vlašću poslodavca. U grupu radnji koje se izvršavaju u vezi sa radom, tako, spadaju radnje koje zaposleni preduzima van radnog vremena, ali, koristeći položaj koji ima u određenom privrednom društvu ili drugoj organizaciji (dakle, u svojstvu zaposlenog). Sa ovim slučajem izjednačeni su i slučajevi u kojima se za izvršenje radnje koriste predmeti koji pripadaju poslodavcu (npr. službeno vozilo), nezavisno od toga što je radnja izvršena van radnog vremena ili van mesta rada. Postojanje veze između ponašanja zaposlenog i njegovog rada za poslodavca nije sporno ni onda kada zaposleni izvrši određenu

31 A. Légal, J. Brethe de la Gressaye, *op. cit.*, str. 291.

32 International Labour Conference, 67<sup>th</sup> Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981, str. 21.

33 *Ibid.*

34 Poslodavac, tako, nema pravo da kažnjava zaposlene zbog njihovih neprofesionalnih aktivnosti, budući da one „uzmiču pred upravljačkom, a, u isto vreme, i pred disciplinskom, vlašću poslodavca, ostavljajući sporne činjenice ‘izvan ugovornog polja’“. Jean Mouly, „Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle: le retour discret de la perte de confiance“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 840.

35 Jean Savatier, „Porté de l’immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle: Cass. soc., 25 et 26 février 2003“, *Droit social*, br. 6/2003, str. 629.

radnju van radnog vremena, ali na mestu rada, što će, primera radi, biti slučaj ako zaposleni pod dejstvom alkohola, van radnog vremena, fizički napadne treće lice koje se zateklo u prostorijama poslodavca.<sup>36</sup>

Pravilo o izuzimanju činjenica iz privatnog života zaposlenog iz područja disciplinske vlasti poslodavca može, međutim, biti derogirano u krajnje izuzetnim slučajevima. Ti izuzeci u kojima se „kolonizuju neki aspekti privatnog života zaposlenog“<sup>37</sup> dopušteni su u praksi mnogih država, ali se pravni sistemi međusobno značajno razlikuju u pogledu strogosti kriterijuma za proširenje disciplinske vlasti poslodavca izvan područja definisanog mestom rada i radnim vremenom. I pored tih razlika, moguće je uočiti da u većini država, „disciplinski imunitet“ činjenica iz privatnog života može biti ukinut ili ograničen samo u krajnje izuzetnim slučajevima, premda postoje i drugačija rešenja.<sup>38</sup>

Izuzetne slučajeve u kojima ponašanje zaposlenog u privatnom životu može predstavljati razlog za kaznenu reakciju poslodavca nije moguće iscrpno nabrojati. Njihovu moguću klasifikaciju predlaže Vake (*Philippe Waquet*), uočavajući tri osnovna izuzetka u kojima zaposleni može biti odgovoran povodom činjenice iz privatnog života: prvi izuzetak tiče se unapred utvrđene povrede obaveza koje se opravdano odnose i na ponašanje zaposlenog van radnog vremena i mesta rada; drugi izuzetak odnosi se na činjenice iz privatnog života zaposlenog koje su blisko povezane sa funkcionisanjem radne sredine, dok se treći izuzetak odnosi na odbijanje zaposlenog da se ponaša u skladu sa opravdanim ograničenjem autonomije na mestu rada.<sup>39</sup> Prvi izuzetak iz Vakeove klasifikacije, preciznije, podrazumeva mogućnost da se pravilnikom o radu ili ugovorom o radu utvrdi obaveza zaposlenog koja je, i pored toga što se odnosi na njegovo ponašanje van radnog vremena i mesta rada, povezana sa izvršenjem prestacije rada, kao što je, to, primera radi, slučaj

36 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 mars 2000, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 127, Alexis Mihman, „Vie personnelle et licenciement disciplinaire / Despido y vida privada“, *IUSLabor*, br. 3/2006, str. 2. Francuski Kasacioni sud je slično rezonovao i prilikom odlučivanja o zakonitosti poslodavčeve odluke da najtežom disciplinskom merom kazni šefa hotelskog restorana koji je, u vreme svog godišnjeg odmora, organizovao svoje venčanje u hotelu gde je zaposlen i (kao klijent) zahtevao od direktora hotela, da, pored uobičajenih, dobije i neke dodatne usluge, za šta je primenio, čak, i silu. Sud je utvrdio da je odluka poslodavca bila zakonita, posebno uvaživši činjenicu da se prilikom zahtevanja usluga na koje nije imao pravo, zaposleni pozivao na svojstvo šefa restorana. Time je veza između radnje zaposlenog i njegovog radnog odnosa ojačana do mere u kojoj nije mogla da je raskine činjenica da je zaposleni „privremeno postao klijent svog poslodavca“ (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 mars 2004, J. Mouly, *op. cit.*, str. 842). Slično je rezonovao i Sud udruženog rada Slovenije, kada je zaključio da je radnik odgovoran za uzrokovanje nereda i tuče u prostorijama hotela (poslodavca), iako u vreme izvršenja povrede nije radio (već je bio na odmoru), posebno što je do povrede došlo u prisustvu mnogih gostiju hotela (Odluka Suda udruženog rada Slovenije br. 1355/84 od 16. avgusta 1984. godine, Jadranko Crnić, *Disciplinska odgovornost radnika. Primljena novela ZUR-a, republičkih i pokrajinskih propisa o disciplinskoj odgovornosti*, Informator, Zagreb, 1988, str. 30–31).

37 Rosemary Owens, Joellen Rily, *The Law of work*, Oxford, Melbourne, 2007, str. 231.

38 Tako, primera radi, u pravu Japana, nema strogih uslova pod kojima bi ponašanje zaposlenog u privatnom životu moglo imati za posledicu kažnjavanje zaposlenog, što se može objasniti, između ostalog, i osobenom etikom rada, koja u ovoj državi podrazumeva potpunu posvećenost zaposlenog preduzeću. M. E. Banderet, *op. cit.*, str. 268.

39 Philippe Waquet, „La vie personnelle du salarié“, *Droit social*, br. 1/2004, str. 26.

sa obavezom čuvanja poslovne tajne. *Drugi izuzetak* treba posmatrati u svetlu bliske povezanosti činjenica iz privatnog života zaposlenog i dobrog funkcionisanja radne sredine, što je u francuskoj sudskoj praksi potvrđeno u formi pravila da ponašanje zaposlenog koje uzrokuje pravi poremećaj u preduzeću (fr. *trouble caractérisé au sein de l'entreprise*) može biti razlog za kažnjavanje zaposlenog, čak i ako je realizovano van radnog vremena i mesta rada.<sup>40</sup> Ovaj izuzetak, pri tom, ne dira u pravilo da činjenica iz privatnog života, sama po sebi, nikada ne može biti razlog za (disciplinski) otkaz, budući da opravdani razlog za otkaz u svakom konkretnom slučaju neće predstavljati sama činjenica iz privatnog života zaposlenog, već poremećaj koji ona uzrokuje u određenoj radnoj sredini.<sup>41</sup> I, najzad, *treći izuzetak* podrazumeva da poslodavac ima pravo da ograniči privatnost zaposlenog na mestu rada u meri u kojoj je to neophodno za izvršavanje prestacije rada, tako da se odbijanje zaposlenog da poštuje dopuštena ograničenja može smatrati opravdanim razlogom za disciplinsko kažnjavanje (npr. ograničenje slobode izbora načina odevanja na mestu rada, budući da poslodavac može imati opravdan razlog da zahteva od zaposlenih da se oblače na određeni način).

Za temu našeg rada posebno je značajan drugi izuzetak od pravila o disciplinskom imunitetu, budući da sloboda koju uživa u privatnom životu, ne daje zaposlenom pravo da svojim ponašanjem izazove poremećaj u preduzeću.<sup>42</sup> Disciplinsko kažnjavanje zaposlenog povodom činjenica iz privatnog života, stoga, može biti dopušteno jedino ako su ispunjena dva uslova: ako je određena činjenica iz privatnog života *povezana sa radom za poslodavca* i ako je zbog nje nastao *pravi poremećaj u preduzeću*.<sup>43</sup> Prvi uslov, pri tom, podrazumeva da određena činjenica utiče na obavljanje poslova za poslodavca, i pored toga što je nastupila van mesta rada i/ili izvan radnog vremena. Da bi bio relevantan, taj uticaj treba da se ispolji kao *poremećaj u preduzeću* zbog kojeg poslodavac *može* da pretrpi štetu, npr. finansijske gubitke, gubitak klijenata, narušavanje ugleda ili poremećaj kolegijalnih odnosa koji onemogućava, odnosno otežava rad zaposlenih.<sup>44</sup> To dobro ilustruje slučaj zaposlenog u

40 Jean-Emmanuel Ray, „Vies professionnelles et vies personnelles“, *Droit social*, br. 1/2004, str. 8.

41 Chantal Mathieu-Geniaut, „L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 852.

42 Prilikom odlučivanja o zakonitosti otkaza zbog nastanka pravog poremećaja u preduzeću, francuski sudovi posebno procenjuju intenzitet i ozbiljnost ovog poremećaja. Procena se vrši u svetlu više činjenica, od kojih se posebno uzimaju u obzir ponavljanje određenog ponašanja, veličina preduzeća i odjek koji je određeni događaj imao u medijima, posebno ako je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak (Ch. Mathieu-Geniaut, *op. cit.*, str. 853–854). U presudama koje su nam bile dostupne, Kasacioni sud nije opisivao konkretna obeležja poremećajâ, niti je bilo govora o njihovom intenzitetu, tako da smo bili uskraćeni za mogućnost da saznamo u čemu se ispoljavalo negodovanje poslodavčevih klijenata ili kolega zaposlenog koji je bio osumnjičen, okrivljen ili optužen za neko krivično delo.

43 A. Mihman, *op. cit.*, str. 2.

44 Poslodavčev ugled i poverenje klijentata mogu biti ugroženi i zbog njegovog propuštanja da pokrene disciplinski postupak protiv zaposlenog, posebno ako se zaposleni ozbiljno ogrešio o pravila ponašanja, tako da javnost očekuje da doživi „osudu“ i na mestu rada. Na to upozorava Buničev primer nekažnjavanja poslovođe prodavnice u malom mestu, koji je više puta „uhvaćen“ kako nezakonito podiže cene robe i prisvaja za sebe razliku i koji je zbog toga optužen za krivično delo zloupotrebe službenog ovlašćenja izvršenog iz koristoljublja. Nije teško zamisliti sa kolikim bi negodovanjem meštani reagovali na činjenicu da je poslodavac, i pored njihove peticije, odlučio da ne pokrene disciplinski postupak protiv poslovođe, koji nastavlja da obavlja isti

javnoj službi koja obezbeđuje dečije dodatke (kasa za porodična davanja) koji je, na osnovu lažnih dokaza o visini primanja, pokušao da ostvari pravo na dečji dodatak kod druge kase za porodične prestacije, i pored toga što ne ispunjava uslove za ovaj vid socijalne zaštite.<sup>45</sup> Kasacioni sud je utvrdio da je poslodavac imao stvaran i ozbiljan razlog da ovom zaposlenom dâ otkaz, i to, ne samo zbog vrste poslova koje zaposleni obavlja, već i zbog činjenice da poslodavac obavlja delatnost koja građanima omogućava da zadovolje potrebu koja je u savremenom pravu izdignuta na nivo osnovnog ljudskog prada (prava na socijalnu sigurnost). Sud je, stoga, pošao od postavke da određeni poslovi pretpostavljaju obavezu zaposlenog da skrupulozno poštuje pravila društvenog morala ne samo u obavljanju poslova za poslodavca, već i u svom privatnom životu. Pri tom valja uočiti da je u ovom slučaju, *priroda poslova koje zaposleni obavlja za poslodavca usko povezana sa činjenicama koje mu se stavljaju na teret*. Tako, Sud prepoznaje opravdani razlog za otkaz ugovora o radu, upravo, u činjenici da je sporno ponašanje zaposlenog, po svojoj prirodi, *slično radnjama koje on obavlja za poslodavca*,<sup>46</sup> što znači da zaposleni ovom radnjom ne bi izazvao poremećaj da je, npr. radio kao tekstilni radnik u fabrici odeće. Ovo i druga slična rešenja iz francuske sudske prakse prati, međutim, niz pravnih dilema, koje ozbiljno dovode u pitanje njihovu održivost. To naročito vredi za činjenicu da u nekim od ovih slučajeva nije postojala čvrsta veza između radnje koja se zaposlenom stavlja na teret i poslova koje on obavlja za poslodavca. U većini slučajeva, ova veza je, štaviše, bila manje-više labava ili, najblaže rečeno, posredna, a u nekim slučajevima i – veštačka.<sup>47</sup> Stoga se u delu literature, s pravom, insistira na zahtevu da je otkaz zbog prouzrokovanja pravog poremećaja u preduzeću opravdan – samo ako postoji *nedvosmislena specifična veza između učinjenog prestupa i profesionalne aktivnosti zaposlenog*. Odsustvo takve veze predstavlja dovoljan razlog da se „očuva“ disciplinski imunitet zaposlenog u pogledu činjenica iz privatnog života. Svako drugačije rešenje značilo bi da se poslodavcu priznaju preširoka ovlašćenja i da se pravila o otkazu, iako predstavljaju instrument za zaštitu zaposlenog, okreću protiv slabije strane u radnom odnosu.

### 3. PRAVNI REŽIM OTKAZA UGOVORA O RADU ZBOG POVREDE RADNE OBAVEZE U DOMAĆEM PRAVU

Zaštita zaposlenih za slučaj otkaza pretpostavlja uspostavljanje ravnoteže između zahteva za poštovanjem dostojanstva zaposlenog i sigurnošću zaposlenja, sa jedne strane, i zahteva za očuvanjem poslodavčeve autonomije u pitanjima koja utiču na obavljanje njegove delatnosti, sa druge strane. Potonji zahtev uključuje i poslodavčevo pravo na otpuštanje zaposlenih iz opravdanih razloga, koji se, u pravu Re-

posao i da, po navici, uvećava cene proizvoda. Dragan Bunić, *Disciplinski postupak i njegov odnos sa krivičnim postupkom*, Slavija-Press, Novi Sad, 1988, str.15.

45 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 9 juillet 2002, A. Mihman, *op. cit.*, str. 3.

46 Tako: J. Savatier, „Porté de l’immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle“, *op. cit.*, str. 625; J. Mouly, *op. cit.*, str. 840.

47 Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l’épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, str. 253; više o ovim kritikama vid. u: Ch. Mathieu-Geni-aut, *op. cit.*, str. 848; J. Mouly, *op. cit.*, str. 842.



publike Srbije, mogu odnositi na: a) *spособnost zaposlenog* (neostvarivanje rezultata rada, odsustvo potrebnih znanja i sposobnosti); b) *ponašanje zaposlenog* (skriviljena povreda radne obaveze, narušavanje radne discipline, učinjeno krivično delo, nevraćanje na rad, zloupotreba prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad /tzv. bolovanja/, odbijanje zaključenja ugovora o radu pod izmenjenim uslovima); c) *potrebe poslodavca* (prestanak potrebe za obavljanjem određenog posla ili smanjenje obima posla usled tehnoloških, ekonomskih ili organizacionih promena).<sup>48</sup>

Jedan od najvažnijih otkaznih razloga koji se tiče ponašanja zaposlenog postoji „ako zaposleni svojom krivicom učini povredu radne obaveze utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu“, ili „ako ne poštuje radnu disciplinu propisanu aktom poslodavca, odnosno ako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca“.<sup>49</sup> Da bi poslodavac mogao da primeni otkazni razlog koji se sastoji u *skriviljenoj povredi radne obaveze*, neophodno je da povreda bude utvrđena kao kažnjivo ponašanje ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom, odnosno pravilnikom o radu, a, zatim, i da poslodavac u svakom konkretnom slučaju utvrdi činjenice vezane za postojanje povrede. Pored načina izvršenja, povreda radne obaveze identifikuje se i zavisno od mesta i vremena izvršenja, budući da je mesto njenog izvršenja, po pravilu, ograničeno na prostorije poslodavca, odnosno drugo mesto rada, dok je vremenska koordinata njenog izvršenja definisana radnim vremenom.<sup>50</sup> Ipak, mesto i vreme povrede radne obaveze, kao što smo videli, mogu imati i druge odrednice, pod uslovom da je *radnja povrede ili njena posledica povezana sa radom*.<sup>51</sup> Čini se da bi se, u tom smislu, povredom radne obaveze mogle smatrati i dve radnje koje zakonodavac kvalifikuje kao posebne, samostalne opravdane otkazne razloge. Reč je o „nevraćanju zaposlenog na rad u roku od 15 dana od dana isteka roka za neplaćeno odsustvo ili mirovanje radnog odnosa“, kao i o „zloupotrebi prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad“.<sup>52</sup> U vezi sa ovim drugim razlogom, valja imati u vidu da prekid rada zbog odsustva zaposlenog sa rada, koji se u literaturi, neretko, neprecizno označava i kao *suspenzija ugovora o radu*, odnosno suspenzija izvršenja ugovora o radu,<sup>53</sup> podrazumeva samo suspenziju prava koja su uslovljena efektivnim izvršavanjem prestacije rada, budući da je zaposleni dužan da i za

48 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 179. Ovo pitanje uređeno je po modelu univerzalnih međunarodnih radnih standarda sadržanih u Konvenciji Međunarodne organizacije rada broj 158. Zahtevi iz ove konvencije potvrđeni su i u Revidiranoj evropskoj socijalnoj povelji (član 24) zbog čega se zakonska pravila o otkazu moraju posmatrati kao integralni deo korpusa ljudskih prava zajemčenih Ustavom (član 60, stav 4) i međunarodnim instrumenatima za zaštitu ljudskih prava.

49 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 179, tač. 2–3.

50 Zoran M. Ivošević, Milan Z. Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 361.

51 Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 3522/92 od 26. novembra 1992. godine, nav. prema Zoran Ivošević, Borivoje Šunderić, Ostoja Milisavljević, *Zaštita prava u sporovima iz radnog odnosa – prvih 500 odluka Vrhovnog suda Srbije, praksa ustavnih sudova i mišljenja ministarstava za rad*, Savremena administracija, Beograd, 1994, str. 74–75.

52 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 179, tač. 5–6.

53 T. Treu, *op. cit.*, str. 93.

vreme odsustva poštuje određene (sporedne, dopunske) obaveze iz radnog odnosa, poput obaveze vernosti poslodavcu, poštovanja zabrane konkurencije, čuvanja poslovne tajne i sl. Stoga, primera radi, poslodavac ima pravo da kontaktira odsutnog radnika kako bi saznao gde se nalazi određeni dokument koji je neophodan za nesmetani rad preduzeća, ako ne postoji mogućnost da na drugi način dođe do potrebnih informacija. Obaveza zaposlenog da pruži odgovarajuće obavještenje poslodavcu, svakako, ne bi mogla da se smatra izvršenjem prestacije rada, ali bi nepostupanje po poslodavčevom zahtevu moglo da se kvalifikuje kao povreda obaveze vernosti poslodavcu. Na isti način bi, npr. trebalo kvalifikovati i odbijanje zaposlenog da za vreme bolovanja saopšti poslodavcu traženo korisničko ime i lozinku za pristup službenom računaru. Isto vredi i za svako drugo ponašanje koje ugrožava interese preduzeća na način da „parališe ili ozbiljno ograničava njegovo funkcionisanje“, ali, samo pod uslovom da ne postoji mogućnost da se poslodavčev interes zaštiti bez deranžiranja odsutnog radnika.<sup>54</sup> Otuda ima mesta zaključku da u ovim slučajevima, poslodavčev zahtev za određenim radnjama radnika koji koristi pravo na odsustvo ne predstavlja zahtev za izvršavanjem prestacije rada, već samo „meru koja je neophodna za dobro funkcionisanje preduzeća“, s tim što se prilikom procene njene nužnosti moraju imati u vidu, pre svega, obim i težina poverenog zadatka.<sup>55</sup> Istovremeno, treba imati u vidu da, u skladu sa načelom zabrane diskriminacije i garantijama prava na poštovanje privatnog života i prava na zdravlje, korišćenje prava na bolovanje ne može predstavljati opravdani razlog za kažnjavanje zaposlenog, ali da to ne isključuje mogućnost kažnjavanja zaposlenog koji svesno i smišljeno postupa u cilju odobravanja prava na odsustvo protivno njegovoj nameni, kao i zaposlenog koji za vreme odsustva preduzima aktivnosti kontraindikovane njegovoj bolesti ili na drugi način prolongira proces ozdravljenja (i period isplate naknade zarade). To će naročito biti slučaj ako zaposleni za vreme odsustva obavlja privrednu ili drugu aktivnost, jer je tada njegovo ponašanje kontradiktorno ponašanju u koje poslodavac osnovano može da se pouzda (iako prekida rad za poslodavca jer ga bolest ili povreda sprečavaju da obavlja poverene poslove, zaposleni u istom periodu radi za drugo lice).<sup>56</sup> To, konačno, znači da se

54 Denis Gatamel, *Le droit du travail en France: Principes et approche pratique du droit du travail*, 15<sup>e</sup> édition, Édition Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2004, str. 127.

55 Sylvie Bourgeot, Pierre-Yves Verkindt, „La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle“, *Droit social*, br. 1/2010, str. 61.

56 Tako je, primera radi, u domaćoj sudskoj praksi utvrđeno da zaposleni zloupotrebljava pravo na bolovanje ako ga komisija za kontrolu bolovanja zatekne da, suprotno propisanom mirovanju, radi sa mašinom sa kojom, inače, radi kod poslodavca (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. II br. 1356/06 od 23. novembra 2006. godine, *Izbor sudske prakse*, br. 12/2009, str. 56). Isto vredi i za zaposlenog koji, za vreme privremene sprečenosti za rad zbog oboljenja kičme, obavlja poslove mehaničara u radionici svog prijatelja (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 448/07 od 23. maja 2007. godine), ali i za konduktera koji je zatečen da za vreme privremene sprečenosti za rad okopava kukuruz (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. br. 1576/07 od 28. novembra 2007. godine, nav. prema Snežana Andrejević, „Praksa Vrhovnog suda Srbije u sporovima iz radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2008, str. 146). I suprotno, činjenica da je zaposlena za vreme bolovanja prisustvovala sednici upravnog odbora, po oceni Vrhovnog suda Srbije, ne predstavlja zloupotrebu prava na odsustvo sa rada, jer zaposlena na taj način nije pogoršala svoje zdravstveno stanje, niti sprečila ozdravljenje (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1077/07 od 18.

zloupotreba prava na bolovanje može kvalifikovati kao povreda radne obaveze, kao i da bi, u smislu jedne od pomenutih klasifikacija povreda radnih obaveza, mogla da se svrsta u posebnu kategoriju povreda, zajedno sa odavanjem poslovne tajne, povredom klauzule o zabrani konkurencije i drugim oblicima nelojalnog ponašanja zaposlenog.<sup>57</sup>

Među otkazne razloge disciplinske prirode spada i *nepoštovanje radne discipline*, koje, za razliku od povrede radne obaveze, ne mora biti utvrđeno kao kažnjivo ponašanje ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom, odnosno pravilnikom o radu. Za nastanak ovog otkaznog razloga biće dovoljno da se zaposleni ne ponaša u skladu sa zahtevima iz bilo kog poslodavčevog akta (odluke, uputstva, kodeksa ponašanja i sl), tako da svako nepoštovanje discipline može da dovede do otkaza, ako je ponašanje zaposlenog takvo da, s obzirom na proces rada i sve okolnosti slučaja, on ne može da nastavi rad kod poslodavca.<sup>58</sup> (Ne)podnošljivost ponašanja zaposlenog se, pri tom, procenjuje u svakom konkretnom slučaju, budući da je reč o „standardu koji u različitim situacijama treba da dovede do jedinstvene ocene – da zaposleni ne može da nastavi rad kod poslodavca i da zato dobije otkaz“.<sup>59</sup> S tim u vezi se u literaturi, s pravom, ukazuje na kontradiktornost ovog otkaznog razloga, budući da, kao i u pogledu drugih opravdanih otkaznih razloga, i u slučaju nepoštovanja radne discipline, poslodavac može, ali i ne mora, da otkáže zaposlenom ugovor o radu.<sup>60</sup> To protivreči zakonskom zahtevu da nepoštovanje radne discipline može da dovede do otkaza samo ako je ponašanje zaposlenog „takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca“, budući da poslodavac može da odluči da zaposlenom ne otkáže ugovor o radu iako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad u određenoj radnoj sredini. Slična dilema može se, štaviše, otvoriti i u vezi sa opravdanošću primene otkaznog razloga koji se sastoji u skrivljenoj povredi radne obaveze, budući da bi

---

juna 2008. godine, *Izbor sudske prakse*, br. 6/2009, str. 60). Slično je rezonovao i francuski Kasacioni sud, potvrdivši da se obavljanjem određene aktivnosti tokom prekida rada automatski *ne* uspostavlja povreda obaveze vernosti zaposlenog poslodavcu, osim ukoliko određena aktivnost pokazuje da se zdravstveno stanje zaposlenog popravilo i da on više nije sprečen da radi. Socijalno odeljenje ovog suda je, otuda, smatralo da je zakonit otkaz ugovora o radu koji je poslodavac dao mehaničaru zato što je, uz pomoć drugog lica, popravljao automobil, baš kao što je stvaran i ozbiljan razlog za otkaz imao i poslodavac zaposlenog koji je za vreme odsustva obavljao opsežne zidarske radove (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 21 octobre 2003, nav. prema D. Gatamel, *op. cit.*, str. 127). Opravdani otkazni razlog nije, međutim, postojao u slučaju zaposlenog koji se za vreme odsustva povremeno bavio humanitarnim radom (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 11 juin 2003, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, n°02-42818, nav. prema Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I: Les relations individuelles de travail*, P.U.F., Paris, 2011, str. 407).

- 57 International Labour Conference, 67<sup>th</sup> Session, Report VIII (1). *Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981, str. 21. Više o zloupotrebi prava na bolovanje i problemima koji prate primenu ovog otkaznog razloga vid. u našem radu „(Ne)dopušteno korišćenje prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad“, *Pravo i privreda*, br. 7-9/2012, str. 483-509.
- 58 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 2406, od 13. jula 2006. godine, nav. prema S. Andrejević, *op. cit.*, str. 143-144.
- 59 Z. M. Ivošević, M. Z. Ivošević, *op. cit.*, str. 366.
- 60 Tako npr. Zoran Ivošević, *Radno pravo*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta „Union“, Beograd, 2009, str. 256.

mera prestanka radnog odnosa trebalo da postoji kao *ultima ratio*. To, dalje, znači da bi, u skladu sa zahtevom za postupnošću u izricanju disciplinskih mera, najteža mera morala biti „rezervisana“ samo za povrede radnih obaveza koje su takve težine i sa takvim posledicama da opravdavaju prestanak radnog odnosa (npr. onemogućavanje ili otežavanje rada drugih radnika, prouzrokovanje štete većeg obima i sl). Ovo tim pre što je u nekim državama zabranjeno izricanje disciplinske mere prestanka radnog odnosa posle samo jedne učinjene povrede radne obaveze, osim u slučaju teških povreda radnih obaveza (npr. u Velikoj Britaniji). Zakon o radu ne predviđa, međutim, takvo rešenje, niti pravi razliku između lakših i težih povreda radnih obaveza, premda se na tragu ovog rešenja nalazi pravilo o mogućnosti poslodavca da, umesto otkaza ugovora o radu, zaposlenom izrekne meru privremenog udaljenja sa rada bez naknade zarade, „ako smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obaveze, odnosno radne discipline, nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos“.<sup>61</sup>

### 3.1. Različita tumačenja merodavnih zakonskih odredaba

Odredbe Zakona o radu kojima se uređuje pitanje prestanka radnog odnosa zbog povrede radne obaveze ili nepoštovanja radne discipline različito se tumače u domaćoj teoriji i praksi. S tim u vezi, valja imati u vidu da je institut disciplinske odgovornosti zaposlenih doživeo značajne izmene u procesu reformi domaćeg radnog zakonodavstva, budući da je u sistemu radničkog samoupravljanja bio afirmisan stav da se disciplinska ovlašćenja vrše u ime (socijalističkog) društva i države.<sup>62</sup> Zakonima su, stoga, podrobno uređivani svi osnovni aspekti disciplinske odgovornosti: povrede radnih obaveza, disciplinske mere i, naročito, disciplinski postupak. Sa (re)afirmacijom ugovorne prirode radnog odnosa, napuštena je i samoupravna koncepcija disciplinske odgovornosti, koja je ustupila mesto shvatanju da kažnjavanje zaposlenih za povrede radnih obaveza predstavlja jedan aspekt (funkciju) poslodavčeve vlasti. Za razliku od bivših jugoslovenskih republika, u kojima je reforma u oblasti disciplinske odgovornosti, u načelu, obuhvatila samo pojednostavljene disciplinskog postupka, domaći zakonodavac se odlučio za rešenje koje ne uživa većinsku podršku u uporednom radnom zakonodavstvu,<sup>63</sup>

61 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 170.

62 Aleksandar Baltić, Milan Despotović, „Pravna sredstva kojima se obezbeđuje radna disciplina“, *Analiti Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5/76, str. 433–434.

63 U savremenim pravnim sistemima, disciplinska odgovornost se tradicionalno uređuje kao jedan od osnovnih oblika pravne odgovornosti, s tim što, za razliku od disciplinske odgovornosti državnih službenika i nosilaca slobodnih profesija, pravila o disciplinskoj odgovornosti zaposlenih u opštem režimu radnih odnosa ne moraju biti detaljno razrađena. Većina zakonodavaca, tako, ne uređuje sve aspekte disciplinske odgovornosti, već samo uslove disciplinske odgovornosti i osnovna načela disciplinskog postupka, uz izuzetak Francuske, u kojoj je Zakonikom o radu uređen bezmalo čitav sistem disciplinskog prava. Ostali aspekti ovog radnopravnog instituta uređuju se jednostranim opštim aktima poslodavca i kolektivnim ugovorima, tako da zakonske odredbe o disciplinskoj odgovornosti nastaju kao rezultat napetosti između *autonomije poslodavca*, sa jedne, i *potrebe države da obezbedi jednakost građana*, sa druge strane. Stoga je moguće govoriti o *načelnoj samostalnosti poslodavca u uređivanju disciplinske odgovornosti*, uz zakonsko potvrđivanje prava poslodavca (u nekim državama, i obaveze – npr. u Belgiji i Francuskoj) da pisanim

niti je afirmisano u naučnoj i stručnoj literaturi<sup>64</sup>. Naš zakonodavac je, naime, rešio da ignoriše institut disciplinske odgovornosti zaposlenih u opštem režimu radnih odnosa, tako da odredbama Zakona o radu od 2001. godine nije neposredno uređeno pitanje disciplinske odgovornosti.<sup>65</sup> Isti pristup primenjen je i u važećem Zakonu o radu, čije odredbe neposredno ne uređuju disciplinsku odgovornost, osim kada je reč o otkazu ugovora o radu zbog povrede radne obaveze ili radne discipline i udaljenju sa rada bez naknade zarade, iako disciplinska ovlašćenja poslodavca posredno proizlaze i iz zakonskih odredaba o osnovnim obavezama zaposlenih<sup>66</sup>. Zakon o radu ne utvrđuje, međutim, granice odgovarajućih disciplinskih ovlašćenja, ostavljajući zaposlene u opštem režimu radnih odnosa bez adekvatne zaštite, dok je disciplinska odgovornost državnih službenika uređena Zakonom o državnim službenicima, odnosno posebnim zakonima (npr. Zakonom o policiji i Zakonom o Bezbednosno-informativnoj agenciji), podzakonskim aktima i posebnim kolektivnim ugovorom.

Izostanak odredaba o disciplinskoj odgovornosti i disciplinskom postupku iz zakonâ od 2001. i 2005. godine različito se tumači u domaćoj teoriji i praksi. Jedan broj autora, tako, smatra da, i pored toga što zakonopisci izbegavaju da upotrebe termin „disciplinska odgovornost“, iz zakonâ jasno proizlazi da u našem pravu postoji disciplinska odgovornost i da poslodavci imaju pravo da, samostalno ili zajedno sa sindikatom, uređuju kažnjavanje za povrede radnih obaveza i radne discipline. Stoga se ukazuje da zakonske odredbe o otkaznim razlozima koji se tiču skrivljene povrede radne obaveze i narušavanja radne discipline postavljaju temelje disci-

---

aktom utvrdi pravila radnog reda. Pravilnici i drugi jednostrani opšti akti poslodavca se, otud, pojavljuju kao najznačajniji izvor disciplinskog prava, omogućavajući da se prilikom uređivanja predmetne materije u najvećoj meri uvažavaju osobenosti određene radne sredine. M. E. Banderet, *op. cit.*, str. 264–265.

64 Prilikom poređenja zakonskih rešenja iz socijalističkog i savremenog perioda, neki autori iz bivših jugoslovenskih republika plediraju za napuštanje detaljnog uređivanja disciplinske odgovornosti zaposlenih kod privatnih lica. Neki od njih, čak, predlažu da se disciplinska odgovornost zadrži samo kao posebna vrsta odgovornosti državnih službenika, dok bi povrede radnih obaveza u opštem režimu radnih odnosa trebalo kvalifikovati samo kao razlog za otkaz ugovora o radu, u skladu sa ugovornom koncepcijom radnog odnosa (tako npr. odrednica „Disciplinska odgovornost“ u Vladimir Pezo /ur./, *Pravni leksikon*, Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, Zagreb, 2007, str. 223). Razmatrajući opravdanost klasične koncepcije disciplinske odgovornosti zaposlenih, Korpič-Horvat, takođe, ukazuje na dilemu da li je na današnjem nivou razvoja radnog prava potrebno da zakon, i dalje, priznaje poslodavcu pravo na primenu disciplinskih mera, posebno što je njihova primena skopčana sa rizikom ugrožavanja dostojanstva zaposlenog i ograničavanja njegovih prava (na zaradu, napredovanje i dr). Autorka zato razmišlja o ideji – za, koju, kako ističe, ne nalazi uporište u uporednom pravu – da je „civilizovanim i demokratskim društvima primerenije da poslodavac udružuje disciplinu sa različitim neformalnim postupcima (razgovor sa zaposlenima, neformalna upozorenja, savetovanja)“. Etelka Korpič-Horvat, „Ali je disciplinska odgovornost delavca in javnega uslužbenca skladna s pogodbo o delovnih razmerjih?“, *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru*, br. 6/2010, str. 113–114.

65 Takvo rešenje iz Zakona o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 70/2001 i 73/2001) bilo je suprotno Zakonu o osnovama radnih odnosa (*Službeni list SRJ*, br. 29/96 i 51/99), budući da je potonji zakon sadržao odredbe o ovom obliku odgovornosti (čl. 52–60), sa kojim je, saglasno odredbama Ustava SRJ, republički zakon morao biti usaglašen.

66 Vid. Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 15 st. 1–2 i član 17.

plinskoj odgovornosti,<sup>67</sup> ili, pak, „`skrivaju` disciplinsku odgovornost zaposlenog i susptituišu disciplinsku meru prestanka radnog odnosa“.<sup>68</sup> Odskora, na postojanje disciplinske odgovornosti zaposlenog opominje i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, koji, kao sastavni deo sistema zaštite za slučaj uznemiravanja na radu, predviđa obavezu poslodavca da pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti, pod uslovom da je postupak posredovanja bio neuspešan, a postoji osnovana sumnja da je izvršeno uznemiravanje.<sup>69</sup>

Budući da su u zakonima o radu od 2001. i 2005. godine, povreda radne obaveze i nepoštovanje radne discipline utvrđene kao opravdani otkazni razlog koji se odnosi na ponašanje zaposlenog, neki autori smatraju da se postupak za utvrđivanje (najtežih) povreda radnih obaveza ostvaruje kroz postupak otkaza ugovora o radu.<sup>70</sup> Stanovište da odgovarajući otkazni postupak predstavlja „specifičan disciplinski postupak“ se, pri tom, objašnjava u svetlu pravila da je otkaz ugovora o radu dopušten samo ako postoje opravdani razlozi, tako da poslodavac mora da izvede određene procesne radnje kako bi utvrdio eventualno postojanje povrede radne obaveze i krivicu zaposlenog za tu povredu, odnosno kako bi utvrdio da li je ponašanje zaposlenog takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca.<sup>71</sup> Postupak utvrđivanja skrivljene povrede radne obaveze i nepoštovanja radne discipline, pri tom, uključuje obavezu poslodavca da pre otkaza ugovora o radu pisanim putem *upozori* zaposlenog na postojanje povrede radne obaveze ili narušavanja radne discipline. Takvo rešenje se može razumeti i kao garantija postupnosti u izricanju disciplinskih mera, barem, kada je reč o povredama radnih obaveza, odnosno slučajevima nepoštovanja radne discipline čija je priroda takva da zaposleni može da nastavi rad kod poslodavca.<sup>72</sup> U tim slučajevima, upozorenje ima karakter preventivne mere, koja treba

67 Borivoje Šunderić, „Funkcije poslodavca“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2002, str. 891.

68 Z. M. Ivošević, M. Z. Ivošević, *op. cit.*, str. 361.

69 Poslodavac ima pravo da zaposlenom izrekne opomenu, meru udaljenja sa rada bez naknade zarade ili meru trajnog premeštaja u drugu radnu okolinu, a, u slučaju ponavljanja zlostavljanja u roku od šest meseci – i meru prestanka radnog odnosa. Ako, po mišljenju službe medicine rada, zaposlenom preti neposredna opasnost po zdravlje ili život ili opasnost od nastanka nenaknadive štete, poslodavac ima zakonsku obavezu da zaposlenog koji se tereti za zlostavljanje premesti u drugu radnu okolinu ili udalji sa rada, i to, do okončanja internog postupka zaštite. Vid.: Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2010), čl. 23–25; Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, broj 62/2010), član 9.

70 Predrag Jovanović, *Odgovornost zaposlenog kroz postupak otkaza ugovora o radu* u: Radoje Brković (ur.), „Radno pravo u uslovima tranzicije“, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2003, str. 63.

71 Tako: B. Šunderić, „Funkcije poslodavca“, *op. cit.*, str. 892; P. Jovanović, *op. cit.*, str. 64–65; Slobodanka Kovačević-Perić, „Koncept disciplinskog postupka u međunarodnom pravu: zahtev i potreba objektivnosti i zakonitosti“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2005, str. 251.

72 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 180, stav 3; za moguće tumačenje navedene odredbe vid. Borivoje Živković, „O upozorenju“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2005, str. 315–330. Interesantno je uočiti da, po shvatanju sudske prakse nemačkog Saveznog suda za radne sporove, poslodavac izuzetno može zaposlenom da otkáže ugovor o radu bez prethodnog upozorenja ukoliko zaposleni, uprkos „neprikriivenoj“ sprečenosti za rad, za vre-

da spreči ponavljanje povrede radne obaveze (npr. upozorenje dato zaposlenom koji je zakasnio na rad tri puta, a otkazom je zaprećeno zakašnjenje koje se ponavlja više od četiri puta).<sup>73</sup> I suprotno, u slučaju najtežih povreda radnih obaveza, upozorenje nema korektivnu funkciju, već treba da omogući zaposlenom da se izjasni o navodima poslodavca da su se stekli uslovi za otkaz, budući da obavezni element sadržaja upozorenja predstavlja rok za davanje odgovora na upozorenje. Na ovaj način se stvaraju uslovi za primenu garantije prava na odbranu, kao i uslovi za primenu međunarodnih radnih standarda zaštite zaposlenih u slučaju otkaza ugovora o radu zbog ponašanja zaposlenog.<sup>74</sup> Pored pravila koje se odnose na otkaz ugovora o radu, neki autori prepoznaju tragove disciplinskih pravila i u zakonskim odredbama o udaljenju sa rada bez naknade zarade, budući da je reč o jednostranoj privremenoj suspenziji ugovora o radu, usled koje se zaposleni „isključuje“ iz radne sredine, odnosno uskraćuje za mogućnost da radi i zarađuje.<sup>75</sup> U tom smislu se ističe da je ovaj oblik udaljenja sa rada „znak vraćanja disciplinskih mera u sistem radnih odnosa“,<sup>76</sup> s tim što se, u literaturi, ova mera, s pravom, kritikuje kao simbolična i, posledično, nedelotvorna, budući da može trajati najviše tri radna dana.<sup>77</sup>

Za razliku od autora koji drže da je disciplinska odgovornost zaposlenih posredno i fragmentarno (ipak) uređena u važećem Zakonu o radu, ima i onih koji tvrde da Zakon uopšte ne uređuje, pa, čak, i ne poznaje ovaj radnopravni institut. Po zagovornicima ovog stanovišta, zakonodavac je u potpunosti napustio koncept disciplinske odgovornosti, i to, zbog potrebe da se „sfera rada i privređivanja oslobodi `sudovanja` u vidu komplikovanog, dugogog i skupog disciplinskog postupka“, uz prepuštanje sporova sudovima i drugim institucijama nadležnim za rešavanje radnih sporova.<sup>78</sup> Stav da u pozitivnom pravu ne postoji disciplinska odgovornost

---

me bolovanja obavlja neku aktivnost za drugo lice. U svim ostalim slučajevima, poslodavac ima obavezu da upozori radnika koji tokom odobrenog odsustva sa rada obavlja neku aktivnost za drugog da sumnja u opravdanost njegove sprečenost za rad, tako da se od zaposlenog očekuje da precizno objasni razloge zbog kojih nije u mogućnosti da obavlja poslove za poslodavca, iako je u stanju da za drugo lice obavlja privrednu ili drugu aktivnost. Presuda od 26. avgusta 1993. godine, DB 1994, str. 2534, nav. prema Günter Halbach, Norbert Paland, Rolf Schwedes, Otfried Wlotzke, *Labour law in Germany: an overview*, 5th revised and extended edition, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994, str. 119–120.

73 B. Šunderić, „Funkcije poslodavca“, *op. cit.*, str. 891.

74 Vid.: Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 158 (*Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori*, broj 4/84), član 7; Preporuka Međunarodne organizacije rada broj 166, tač. 7–13.

75 Ova mera predviđena je kao „zamena“ za otkaz, ako postoje olakšavajuće okolnosti ili povreda radne obaveze ili radne discipline nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos. Vid. Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 170.

76 Zoran Ivošević, *Vrline i mane Zakona o radu* u: Katica Bobar (ur.), Zbornik radova „Novine u propisima o radu“, Glosarijum, Beograd, 2006, str. 94.

77 Tako npr.: Dušan Paravina, „Prestanak radnog odnosa i novi Zakon o radu Srbije: sklad i nesklad sa pravilima Međunarodne organizacije rada“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1–3/2002, str. 31; Slobodan Dražić, „Primena zakonskih rešenja o ništavosti odredaba ugovora o radu i udaljenju zaposlenog sa rada“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2005, str. 283.

78 Bosa Nenadić, Radovan Bezbradica, „Zakon o radu i disciplinska odgovornost“, *Radno i socijalno pravo*, 1–6/2005, str. 108–109. U uporednom pravu se, suprotno, daje prednost internom u odnosu na sudsko rešavanje sporova o disciplinskoj odgovornosti zaposlenih. Tako je, primera radi, kao jedan od osnovnih ciljeva engleskog Zakona o zapošljavanju (*Employment Act /2008/*)

kao posebna vrsta odgovornosti zaposlenog obrazlaže se činjenicom da Zakon ne pominje, niti bliže uređuje, ovaj oblik odgovornosti, niti, pak, predviđa da će on biti bliže uređen opštim aktom poslodavca. Stoga se izvodi zaključak da poslodavčeva mogućnost za otkaz zbog skrivljene povrede radne obaveze nije „u formalnom niti u materijalnom smislu, institucionalizovana disciplinska odgovornost, i pored sličnosti sa sadržinom pojma disciplinska odgovornost“.<sup>79</sup> Stav da u pravu Republike Srbije više ne postoji disciplinska odgovornost prihvata se i u jednom delu domaće prakse. Tako je ministarstvo nadležno za poslove rada i socijalne politike, u više svojih mišljenja, tumačilo odredbe Zakona o radu od 2001. godine na način da se njima ne predviđa mogućnost vođenja disciplinskog postupka, niti mogućnost da se disciplinske mere utvrđuju u kolektivnom ugovoru ili pravilniku o radu.<sup>80</sup> Predmetni stav je, štaviše, afirmisan i u nekoliko odluka Ustavnog suda Republike Srbije, donetih prilikom ocene zakonitosti odredaba opštih akata kojima je bilo uređeno pitanje disciplinske odgovornosti zaposlenih. Ustavni sud je zauzeo stav da se opštim aktima ne mogu uređivati disciplinska odgovornost, disciplinski postupak, disciplinski organi i disciplinske mere, kao što je to bila praksa mnogih domaćih poslodavaca (pravilnici o radu), odnosno socijalnih partnera (kolektivni ugovori), kako pre stupanja na snagu Zakona o radu od 2001. godine, tako i u vreme njegovog važenja, kao i u vreme važenja istoimenog zakona od 2005. godine.<sup>81</sup>

opredeljena potreba da se podstakne interno rešavanja sporova, zbog čega Zakon detaljno uređuje osnovne aspekte disciplinskog postupka (Astrid Sanders, „A ‘right’ to legal representation /in the workplace/ during disciplinary proceedings?“, *Industrial Law Journal*, br. 2/2010, str. 167). Ovoj tendenciji nije odoleo ni srpski zakonodavac, istina, samo u pogledu postupka za zaštitu zaposlenih od zlostavljanja, budući da je, u skladu sa odredbama Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2010), sudska zaštita dostupna zaposlenom samo ako nije zadovoljan ishodom internog postupka za zaštitu od zlostavljanja. Izuzetak predstavljaju zaposleni koji smatraju da ih zlostavlja odgovorno lice kod poslodavca-pravnog lica, odnosno poslodavac sa svojstvom fizičkog lica: oni mogu da pokrenu radni spor i bez podnošenja zahteva za pokretanje postupka posredovanja kod poslodavca.

79 B. Nenadić, R. Bezbradica, *op. cit.*, str. 110.

80 *Ibid.*

81 *Ibid.* Utvrđujući zakonitost odredbe pojedinačnog kolektivnog ugovora kojom je bila uvedena novčana kazna za povrede radnih obaveza (i, to, kao „odgovor“ na zahtev zaposlenih da se predvidi blaža kazna od prestanka radnog odnosa), Ustavni sud je ocenio da osporene odredbe kolektivnog ugovora nisu u saglasnosti sa zakonom, budući da odredbama Zakona o radu od 2005. godine „nije predviđena mogućnost izricanja disciplinske mere novčane kazne zbog povrede radnih obaveza od strane zaposlenog“ (Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, IU broj 213/2004 od 23. juna 2005. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 68/05). U drugom slučaju, Ustavni sud je utvrdio da sa odredbama Zakona o radu nisu usklađene ni osporene odredbe kolektivnog ugovora kojima su bili uređeni osnovni aspekti disciplinskog postupka, da bi, zatim, po sopstvenoj inicijativi, utvrdio da nisu u skladu sa zakonom ni odredbe istog kolektivnog ugovora kojima se utvrđuju disciplinske mere i (lakše i teže) povrede radnih obaveza. Takva odluka obrazložena je zaključkom da „Zakon o radu ne predviđa disciplinske mere, disciplinske organe, niti disciplinski postupak kao radnopravne institute“. Sud je podsetio da je odredbama Zakona o radu obezbeđena posebna zaštita od otkaza i utvrđen postupak koji je potrebno sprovesti pre i u slučaju otkaza ugovora o radu, zaključivši da Zakon, samim tim, „nije ostavio mogućnost da se ustanovljavaju drugačije mere i postupci od mera i postupaka utvrđenih zakonom“. Odluka Ustavnog suda Republike Srbije, IU broj 494/2004 od 14. jula 2005. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 68/2005).



Shvatanje da u domaćem pravu više ne postoji institut disciplinske odgovornosti zaposlenih i da se, posledično, autonomnim opštim aktima ne mogu uređivati disciplinska odgovornost, disciplinski postupak, disciplinski organi i disciplinske mere čini se, međutim, neprihvatljivim, budući da pretpostavlja priznanje da su disciplinska ovlašćenja poslodavca u našem zakonodavstvu svedena samo na mogućnost otkazivanja ugovora o radu zbog povreda radnih obaveza i narušavanja radne discipline (kao i zbog nevraćanja zaposlenog na rad u propisanom roku po isteku odsustva sa rada i zloupotrebe prava na odsustvo sa rada zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad), odnosno na mogućnost udaljenja zaposlenog sa rada bez naknade zarade. Za takvo rešenje nema utemeljenja u teoriji radnog prava ni u uporednom radnom zakonodavstvu i praksi, zbog čega se preispitivanje postojećeg koncepta disciplinske odgovornosti u domaćem radnom zakonodavstvu čini neophodnim. Istovremeno, treba odgovoriti i na potrebu za ustanovljavanjem novih i jačanjem postojećih instrumenata koji mogu da spreče proizvoljnosti u odlučivanju i druge zloupotrebe disciplinskih ovlašćenja poslodavca. U tom smislu, naročito valja imati u vidu da će rešavanje ovih problema i, posebno, predviđanje šireg kataloga disciplinskih mera, ne samo doprineti boljoj zaštiti zaposlenih, što je, osnovni cilj radnog zakonodavstva, već i biti od koristi i njihovim poslodavcima. Ovo stoga što je poslodavčeva mogućnost da zaposlenom otkáže ugovor o radu zbog povrede radne obaveze ili nepoštovanja radne discipline strogo ograničena, tako da činjenica da je iz Zakona o radu izostalo preciznije određenje objektivnog otkaznog uslova koji se odnosi na povrede radnih obaveza i nepoštovanje radne discipline nikako ne znači da u našem pravu postoje mogućnosti za brzo i lako otkazivanje ugovora o radu na inicijativu poslodavca. U takvim uslovima, raste značaj drugih disciplinskih mera, koje omogućavaju poslodavcima da utiču na ponašanje i rad zaposlenih već samim propisivanjem disciplinskih mera. To, konačno, znači da je uvođenje šireg spektra disciplinskih mera značajno ne samo u svetlu potrebe da se stvore uslovi za delotvornu primenu načela progresivnog kažnjavanja zaposlenih za povrede radnih obaveza, već i zbog potrebe da se poslodavcima omogući da, pored prestanka radnog odnosa kao najteže disciplinske mere i simbolične mere udaljenja sa rada bez naknade zarade, izriču i druge mere koje mogu da doprinesu obezbeđivanju dobrog funkcionisanja preduzeća. Ovo tim pre što bi najteža disciplinska mera morala biti „rezervisana“ samo za povrede radnih obaveza koje su takve težine i sa takvim posledicama da opravdavaju isključenje zaposlenog iz radne sredine, odnosno samo za slučajeve nepoštovanja radne discipline u kojima je ponašanje zaposlenog takvo da on „ne može da nastavi rad kod poslodavca“. Navedeni razlozi mogu se razumeti kao još jedan argument koji glasno govori u prilog neposrednom zakonskom uređivanju disciplinske vlasti poslodavca sa svojstvom privatnog lica u domaćem radnom pravu, s tim što u tom poduhvatu ne bi trebalo gubiti iz vida da se, zbog velike nezaposlenosti i drugih problema koji opterećuju svet rada, neki poslodavci ne uštežu da vrše mnogo veći *faktički uticaj* na zaposlene nego što ih pravo na to ovlašćuje, što, takođe, zahteva odgovarajuću zakonsku reakciju.

## LITERATURA

- Snežana Andrejević, „Praksa Vrhovnog suda Srbije u sporovima iz radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1/2008, str. 127–162.
- Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problemi sociologije rada*, treće izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1971.
- Aleksandar Baltić, Milan Despotović, „Pravna sredstva kojima se obezbeđuje radna disciplina“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5/76, str. 429–446.
- M. E. Banderet, „Discipline at the workplace: A comparative study of law and practice – The sources and substance of disciplinary law“, *International Labour Review*, br. 3/1986, str. 261–278.
- Sylvie Bourgeot, Pierre-Yves Verkindt, „La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle“, *Droit social*, br. 1/2010, str. 56–64.
- Dragan Bunić, *Disciplinski postupak i njegov odnos sa krivičnim postupkom*, Slavija-Press, Novi Sad, 1988.
- Günter Halbach, Norbert Paland, Rolf Schwedes, Otfried Wlotzke, *Labour law in Germany: an overview*, 5th revised and extended edition, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994.
- Guillaume Henri Camerlynck, „Settlement of disputes concerning the exercise of employer disciplinary power“, *Rutgers Law Review*, vol. 18, 1963–1964, str. 407–427.
- Guillaume Henri Camerlynck, *Traité de droit du travail: Contrat de travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1968.
- Jadranko Crnić, *Disciplinska odgovornost radnika. Primjena novela ZUR-a, republičkih i pokrajinskih propisa o disciplinskoj odgovornosti*, Informator, Zagreb, 1988.
- Claude D'Aoust, Louis Leclerc, Gilles Trudeau, *Les mesures disciplinaires: étude jurisprudentielle et doctrinale*, École de relations industrielles, Université de Montréal, Montréal, 1982.
- Simon Deakin, Gillian S Morris, *Labour law*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford, 2005.
- Slobodan Dražić, „Primena zakonskih rešenja o ništavosti odredaba ugovora o radu i udaljenju zaposlenog sa rada“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2005, str. 272–284.
- Paul Durand, R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, tome I, Dalloz, Paris, 1947.
- Denis Gatamel, *Le droit du travail en France: Principes et approche pratique du droit du travail*, 15<sup>e</sup> édition, Édition Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2004.
- Benoît Géniaut, *La proportionnalité dans les relations du travail. De l'exigence au principe*, Dalloz, Paris, 2009.
- Mihailo Ilić, *Administrativno pravo*, JP „Službeni list SRJ“, Beograd, 1998.
- Zoran Ivošević, *Radno pravo*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta „Union“, Beograd, 2009.
- Zoran Ivošević, *Vrline i mane Zakona o radu* u: Katica Bobar (ur.), Zbornik radova „Novine u propisima o radu“, Glosarijum, Beograd, 2006, str. 90–95.
- Zoran Ivošević, Borivoje Šunderić, Ostoja Milisavljević, *Zaštita prava u sporovima iz radnog odnosa – prvih 500 odluka Vrhovnog suda Srbije, praksa ustavnih sudova i mišljenja ministarstava za rad*, Savremena administracija, Beograd, 1994.

- Zoran M. Ivošević, Milan Z. Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008.
- Predrag Jovanović, *Odgovornost zaposlenog kroz postupak otkaza ugovora o radu* u: Radoje Brković (ur.), „Radno pravo u uslovima tranzicije“, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2003, str. 63–67.
- Etelka Korpič-Horvat, „Ali je disciplinska odgovornost delavca in javnega uslužbenca skladna s pogodbo o delovnih razmerjih?“, *Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru*, br. 6/2010, str. 101–115.
- Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.
- Slobodanka Kovačević-Perić, „Koncept disciplinskog postupka u međunarodnom pravu: zahtev i potreba objektivnosti i zakonitosti“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2005, str. 241–252.
- Emmanuelle Lafuma, *Des procédures internes: contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2008.
- Alfred Légal, Jean Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1938.
- Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I: Les relation individuelles de travail*, P.U.F., Paris, 2011.
- Branko Lubarda, „Disciplinska odgovornost i harmonizacija prava“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2001, str. 241–253.
- Gérard Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1955.
- Chantal Mathieu-Geniaut, „L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 848–855.
- Marie-France Mialon, *Les pouvoirs de l'employeur*, L.G.D.J., Paris, 1996.
- Alexis Mihman, „Vie personnelle et licenciement disciplinaire / Despido y vida privada“, *IUSLabor*, br. 3/2006, str. 1–7.
- Jean Mouly, „Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle: le retour discret de la perte de confiance“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 839–847.
- Bosa Nenadić, Radovan Bezbradica, „Zakon o radu i disciplinska odgovornost“, *Radno i socijalno pravo*, 1–6/2005, str. 100–114.
- Rosemary Owens, Joellen Rily, *The Law of work*, Oxford, Melbourne, 2007.
- Dušan Paravina, „Prestanak radnog odnosa i novi Zakon o radu Srbije: sklad i nesklad sa pravilima Međunarodne organizacije rada“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1–3/2002, str. 20–32.
- Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2002.
- Jean-Emmanuel Ray, „Vies professionnelles et vies personnelles“, *Droit social*, br. 1/2004, str. 5–10.
- Jean Rivero, Jean Savatier, *Droit du travail*, PUF, Paris, 1956.
- Astrid Sanders, „A 'right' to legal representation /in the workplace/ during disciplinary proceedings?“, *Industrial Law Journal*, br. 2/2010, str. 166–182.

- Malcom Sargeant, David Lewis, *Employment law*, Third Edition, Pearson Education, Harlow, 2006.
- Jean Savatier, „Le pouvoir disciplinaire de l'employeur: chronique de jurisprudence“, *Droit social*, br. 3/1988, str. 251–261.
- Jean Savatier, „Pouvoir patrimonial et direction des personnes“, *Droit social*, br. 1/1982, str. 1–10.
- Jean Savatier, „Porté de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle: Cass. soc., 25 et 26 février 2003“, *Droit social*, br. 6/2003, str. 625–630.
- Borivoje Šunderić, „Funkcije poslodavca“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2002, str. 882–892.
- Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Beograd, 1990.
- Tiziano Treu, *Labour law and industrial relations in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.
- Philippe Waquet, „La vie personnelle du salarié“, *Droit social*, br. 1/2004, str. 23–29.

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law, University of Belgrade

## TERMINATION OF EMPLOYMENT AS A DISCIPLINARY MEASURE IN GENERAL REGIME OF EMPLOYMENT RELATIONSHIPS

### SUMMARY

The author made an attempt to determine nature and limitations of disciplinary prerogatives of employer in Serbian and comparative labour law, viewed from the angle of disciplinary dismissal. Employer's disciplinary prerogatives represent a guarantee and a complement to his managerial powers. However, power to put disciplinary rules and to impose disciplinary measures is not open-ended. Labour law seeks to minimize the element of arbitrariness in exercising of employer's disciplinary prerogatives. For this reason, in many countries, statutory interventions require disciplinary responsibility of employees to be based on relevant considerations and that imposed disciplinary measure must be commensurate with committed disciplinary offence. At the same time, legislation on disciplinary procedure affords employees minimum guarantees of procedural rights (principle *audiatur et altera pars*, right to appeal, right to assistance by the trade union, etc).

The Republic of Serbia has enacted legislation dealing with disciplinary responsibility of public employees in its entirety. However, domestic legislator has not adopted legislation governing discipline of employees in private sector, with the exception of dismissal for disciplinary offenses and provisional suspension (lay-off). At the same time, attention should be drawn to some decisions of the Constitutional Court of Serbia which confirm that Labour Act of 2001 and Labour Act of 2005 do not regulate disciplinary measures and disciplinary procedure as labour law institutes in the general regime of employment relationships. This situation raises many questions and cause uncertainty, including the dilemma of whether the disciplinary responsibility of employees in private sector exists as labour law institute or not. It is concluded that disciplinary powers have to lose the discretionary character and that dismissal for disciplinary offenses can be interpreted as a (major) disciplinary measure

in general regime of employment relationships. The next step in regulation of employer's disciplinary prerogatives should ensure effective protection against their abusive and arbitrary exercise and should eliminate the uncertainty connected with the legal position of the disciplinary responsibility in Serbian labour law.

**Key words:** disciplinary responsibility of employee; employer's prerogatives; misconduct; disciplinary offence; disciplinary dismissal.

## O ISTINI I SVRSI KRIVIČNOG POSTUPKA

**Apstrakt:** Autor polazi od teze da je načelo istine vezano prvenstveno za činjeničnu sferu i označava težnju za pravilno i potpuno utvrđenim činjeničnim stanjem. Kako je činjenično stanje osnov za donošenje svake sudske odluke, osnovna svrha načela istine vezana je za pitanje legitimiteta presuda, a samim tim i sudova kao njihovih donosioca. Načelo istine pogrešno se vezuje isključivo za mešoviti krivični postupak, jer istina, u smislu pravilno utvrđenog činjeničnog stanja, predstavlja jednu od osnovnih vrednosti adverzijalnog postupka. Sistemi se razlikuju po pitanju konceptualnog različitog poimanja istine i načina za njeno najispravnije utvrđivanje. Dok je u državama evrokontinentalnog pravnog područja dominantna teorija korespodencije i naučni ili empirijski metod utvrđivanja činjenica, adverzijalni postupak je naklonjeniji teoriji koherentnosti i dijalektičkom metodu. Načelo istine na način kako je shvatano u mešovitom krivičnom postupku dovelo je u pitanje njegovu brzinu i efikasnost, imajući u vidu neophodnost dokazivanja svih odlučnih činjenica, uprkos priznanju okrivljenog i saglasnosti stranaka u pogledu istih. Autor je mišljenja da je ovakav koncept istine, prvenstveno posledica istorijskog razvoja evrokontinentalnih država, nastao iz straha od ponovnog uvođenja torture, te da ispravna i umerena modifikacija ovog načela ne bi oduzela presudama na legitimitetu. Novi ZKP je najvećim delom u skladu sa adverzijalnim ili stranačkim poimanjem istine, te rešenja poput nedokazivanja nespornih činjenica i dužnosti da se dokazi podnesu u određenom roku, mogu doprineti brzini i efikasnosti postupka. Sa druge strane osnovni problemi mogu se javiti u pogledu nejasnog kvantitativnog i kvalitativnog određivanja činjeničnog osnova budućih presuda, što u javnosti može otvoriti i pitanje njihovog kredibiliteta.

**Gljučne reči:** istina, utvrđivanje činjenica, teret dokazivanja, adverzijalni postupak, mešoviti postupak.

### UVOD

Prilikom usvajanja novog Zakonika o krivičnom postupku najviše nedoumica i polemika izazvalo je „izbacivanje“ načela materijalne istine. Celokupna diskusija oko jednog tako apstraktnog i teško objašnjivog načela laičkom posmatraču i retkom pratiocu skupštinskih rasprava može izgledati kao još jedna beskonačna rasprava oko beznačajnih, praktično neprimenljivih stvari „od kojih se ne živi“. Zadatak sudova i nije da otkrivaju istinu, već da rešavaju sporove i donose odluke i „kada bi to radili malo brže sve bi bilo u redu“. Nesumnjivo da zadatak sudova nije da utvrđuju istinu već da donose presude ali se, po logici stvari, presude moraju zasnivati na određenim činjenicama. Načelo istine nalagalo je dužnost „istinitog i potpunog“ utvrđivanja pravno relevantnih činjenica, jer po logici stvari samo odluka doneta na osnovu pravilnog i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja može biti pravedna i

---

\* asistent, bajovic@ius.bg.ac.rs

uživati poverenje javnosti. S druge strane tumačenje „načela materijalne istine“ kao zahteva da se činjenice utvrđuju uprkos priznanju okrivljenog i saglasnosti stranaka u pogledu istih, išlo je na štetu efikasnosti i brzine krivičnog postupka. Novi ZKP postavljen je na konceptualno drugačijim temeljima, inspirisanim adverzijalnom praksom. U skladu sa tim, dokazivanje samo onih činjenica koje okrivljeni osporava nesumnjivo doprinosi efikasnosti postupka, ali sa druge strane, izostavljanje odredbe koja nalaže „istinito i potpuno“ utvrđivanje pravno relevantnih činjenica nameće pitanje činjeničnog osnova budućih presuda, a samim tim i njihovog kredibiliteta.

Teza od koje polazimo u ovom radu je da je suština načela istine upravo u kvalitetu i kvantitetu utvrđenih činjenica neophodnih da daju legitimitet sudskim odlukama, tj. da ubede javnost u njihovu ispravnost. Izričito proklamovano načelo istine u zakonicima evrokontinentalnih zemalja, samo po sebi ne daje legitimitet presudama, ali im taj legitimitet daje težnja za „tačnim i potpunim“ utvrđivanjem činjenica. Anglosaksonske presude sa druge strane crpe legitimitet u ubeđenju porote „van razumne sumnje“, što neretko nameće detaljnije prikupljanje i izvođenje dokaza nego što je to slučaj u mešovitom postupku. U izlaganju koje sledi pokušaćemo da dokažemo da je istina značajna vrednost kako u mešovitom tako i u adverzijalnom postupku, a razlika je jedino u načinima na koji se do nje dolazi, kao i u različitom filozofskom poimanju istine.

## 1. POJAM I ZNAČAJ NAČELA ISTINE U KRIVIČNOM POSTUPKU

Načelo utvrđivanja „materijalne“ istine u našoj teoriji prevalilo je dug put – od uzdizanja na tron kao vrhovnog načela i osnovne svrhe krivičnog postupka, do „dežurnog krivca“ za sporost i neefikasnost sudskog postupka, izazivajući za sve to vreme nedoumice i diskusije u pogledu svog pojma, sadržine i značaja.

U starijoj literaturi ovo načelo je veličano kao „vrhovno“, „osnovno“, „najznačajnije“ načelo krivičnog postupka<sup>1</sup>, da bi se kasnije odstupilo od tako „glorifikujućeg stava“ uz zadržavanje načela istine kao jednog od osnovnih krivično-procesnih načela<sup>2</sup>. Materijalna istina definisana je uglavnom u skladu sa teorijom korespondencije, kao „veran odraz stvarnosti“ odnosno kao podudarnost sa objektivnom stvarnošću.<sup>3</sup>

1 Tako, primera radi: B. Marković, *Udžbenik sudskog krivičnog postupka, prvo izdanje*, Beograd, 1930, str. 241; M. Dolenc, *Teorija krivičnog postupka*, Beograd, 1933, str. 47–48.

2 Vasiljević T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, III izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1981, str. 319–322, Bayer V., *Jugoslovensko krivično procesno pravo – Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava*, Zagreb, 1982, str. 167–171, Dimitrijević D., Stefanović-Zlatić M. i Lazin Đ., *Krivično procesno pravo*, IX izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1986, str. 43–44., Grubač M., *Krivično procesno pravo-Uvod i opšti deo*, III izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2004, str. 296–299, Jekić Z. i Danić R., *Krivično procesno pravo*, X izdanje, Beograd, 2005, Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2009, str. 77–79.

3 M. Grubiša istinu definiše kao „...potpunu suglasnost naše predstave, odnosno našeg saznanja o toj činjenici s onim kako ona u stvarnosti postoji ili kako je u stvarnosti postojala.“ (Grubiša M., *Materijalna istina u sudskom postupku*, Naša zakonitost, 3–4/1964, str. 85 i Grubiša M., *Činje-*

Takvo viđenje istine proizvodilo je sledeće procesne posledice:

- Sudija može zasnivati presudu samo na činjenicama „u čiju je izvesnost potpuno uveren“ (član 18 st. 1)
- Načelo istine podrazumeva aktivnog sudiju čija je dužnost da se „stara za svestrano pretresanje predmeta i pronalaženja istine“ (član 296 st. 2) U skladu sa tim, sud prikuplja i izvodi dokaze po službenoj dužnosti, nezavisno od stranačke inicijative, sudija pre glavnog pretresa ima pravo uvida u spise predmeta, rukovodi glavnim pretresom, odlučuje koji će se dokazi izvesti i kojim redom, aktivno učestvuje u izvođenju dokaza, sve u cilju utvrđivanja istine;
- Priznanje okrivljenog i saglasnost stranaka u pogledu određenih činjenica ne oslobađa sud dužnosti njihovog utvrđivanja;
- Sprovodi se jedna službena istraga tokom koje se prikupljaju dokazi kako na štetu tako i u prilog okrivljenom;
- Podnošenje dokaza nije vezano ni za kakav rok, već se dokazi mogu podnositi tokom čitavog postupka pa i u postupku vanrednih pravnih lekova;
- Presuda se može pobijati žalbom i vanrednim pravnim lekovima zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja;
- Obavezu utvrđivanja istine nema samo sud već i drugi državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku, pa tako „suprotna strana“ tj. javni tužilac može izjaviti žalbu i vanredne prave lekove kako na štetu, tako i u korist okrivljenog;

Dosta nedoumica izazivalo je i tumačenje i opravdanost korišćenja prideva „materijalna“ uz pojam istine.<sup>4</sup> Pojedini autori, poput Bayera i Dimitrijevića, vezivali su ovaj termin za negaciju formalizma (kao suprotnost formalnoj oceni dokaza), zalažući se za negiranje i odbacivanje svih formi postupka koji bi ugrozili saznavanje istine.<sup>5</sup> Drugi su smatrali da ovaj pojam izražava suprotnost tzv. „stranačkoj“ ili formalnoj istini, zastupljenoj u parničnom kao i u adverzijalnom krivičnom postupku.<sup>6</sup> Na kraju je čitava ova diskusija počela da gubi na značaju a načelo

---

*nično stanje u krivičnom postupku*, Zagreb, 1980, str. 20.) T. Vasiljević je određuje kao „potpunu podudarnost našeg suda ili naše predstave o prošlim događajima, ili o sadašnjem stanju nekog predmeta, sa stvarnošću tog događaja odnosno stanja, podudarnost koja isključuje mogućnost suprotnog.“ (Vasiljević T., op. cit., str. 319.,) Aćimović kaže da istina „označava saglasnost zaključaka isleđenja i suda sa objektivnim činjenicama stvarnosti.“ (Aćimović, *Uloga branioca u utvrđivanju materijalne istine*, Jugoslovenska advokatura, 1/1959, str. 1.); Z. Jekić definiše istinu kao „veran odraz stvarnosti...Tako sagledana, istina predstavlja najveći stepen podudarnosti između uverenja suda i onoga što se desilo u stvarnosti, tj. krivičnog dela i njegovog učinioca.“ (Z. Jekić, *Dokazi i istina u krivičnom postupku*, Beograd, 1989, str. 65.)

- 4 Više o ovome: Bajović V., „Načelo utvrđivanja materijalne istine“, *Pravni život* br. 9, tom I, knjiga 539, godina LIX, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2010, str. 657–668.
- 5 Vidi: Bayer V., op cit., str. 167, Dimitrijević D. i dr., op cit., str. 44. Ovaj stav potiče od nemačkog autora Birkmeyer-a koji ga je zastupao još krajem 19 veka, u vreme kada su još uvek bila sveža sećanja na inkvizitorski sistem „formalne ocene dokaza“.
- 6 Ovakvo određivanje materijalne istine potiče još od Tome Živanovića koji ju je određivao kao „istinu nezavisnu od volje stranaka“ (Živanović T., *Osnovni problemi krivičnog i građanskog pro-*



utvrđivanja materijalne istine počelo je da dobija negativnu konotaciju. Tako hrvatski autor A. Uzelac ističe da je ovaj koncept odraz socijalističkog modela pravosuđa i da ne odgovara savremenom demokratskom društvu,<sup>7</sup> a ovo načelo je „izbačeno“ i iz našeg novog ZKP-a, pod obrazloženjem da obaveza suda da istinito i potpuno utvrđuje činjenice više ima etički nego logički karakter, te da ne predstavlja garanciju bilo kakve „istinosne vrednosti rezultata“<sup>8</sup>.

Sa ovakvim konstatacijama samo se delimično možemo složiti. Tačno je naime da eksplicitno proklamovanje težnje da se činjenice istinito utvrde, samo po sebi ne garantuje i njihovu istinitost, a u filozofiji je i samo postojanje apsolutne istine sporno. Sa druge strane, svaka istorijska, sociološka ili bilo koja druga istina koja se utvrđuje u društvenim naukama je empirijski neproverljiva, što ne znači da ove nauke ne treba uopšte da joj teže. Garanciju „istinosne vrednosti rezultata“ nemoguće je dati, ovi rezultati su promenjivi ne samo u društvenim već i u prirodnim naukama (uzmimo najbanalniji primer nekadašnjeg verovanja da je zemlja ravna ploča, da je nemoguće razgovarati „na daljinu“ i tsl.), ali težnja za „istinom“ u svakoj nauci daje legitimitet nauci kao takvoj.

Pored toga, ne možemo negirati činjenicu da je pozivanje na istinu bilo zloupotrebjeno u mnogim režimima, ali isto tako su zloupotrebljavani i mnogi drugi koncepti. Srbija je bombardovana pod izgovorom „humanitarne intervencije“, sporne odluke Haškog tribunala pravdaju se „pravičnošću“, ratovi se vode u ime „demokratije“ i „ljudskih prava“, što ne znači da su svi ovi koncepti sami po sebi loši. Istorijski posmatrano, kao što je „pozivanje na istinu“ bilo zloupotrebljavano, i pokušaji njenog negiranja pokazali su se isto tako kobnim. Primera radi Staljinov državni tužilac Andrej Višinski osporavao je mogućnost utvrđivanja objektivne istine u krivičnom postupku, pa se u SSSR-u posle donošenja ustava iz 1936. god. isticalo da „insistiranje na utvrđivanju pune istine u krivičnom postupku slabi borbu protiv kriminaliteta pa je zato dopušteno donošenje osuđujuće presude samo na verovatnoći učinjenog krivičnog dela od strane okrivljenog.“<sup>9</sup>

Istina je, sama po sebi, veoma sporna filozofska kategorija i do sada nije data ni jedna njena univerzalno prihvaćena definicija<sup>10</sup>, ali krivični postupak, kao krajnje pragmatičnu, životnu disciplinu ne treba „opterećivati filozofijom“. Mišljenja smo, i

---

*cesnog prava (postupka)*, Beograd, 1940, str. 147), a kasnije su ovaj, po našem mišljenju ispravan stav, zastupali i Vasiljević T., Grubač M., i Škuljić M...

7 Uzelac A, „Materijalna istina“ – Iskričljeno ogledalo jedne teorije istine u sudskom postupku, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 42:4, 1992, str. 419–432.

8 Dalje se ističe: „U sudskom postupku se ne odigrava gnoseološki proces utvrđivanja apsolutne istine niti se, kada je o istini reč, može govoriti o klasičnim teorijama adekvatnosti i korespondencije ili o savremenim doktrinama evidencije i koherencije...u sudskom postupku nije moguće dostići ništa više od tzv. sudske, relativne, empirijske ili subjektivne istine.“ Vidi: Beljanski S., Ilić G., Majić M., *Predgovor Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 14.

9 Čeljcov, *Sovjetskij ugovolnij process*, Moskva, 1963, navedeno prema: Vasiljević, Sistem, str. 321, fn. 74.

10 Različite filozofske škole davale su različite odgovore na to šta se smatra istinom, neke od najčešće pominjanih teorija su teorija korespondencije, teorija koherentnosti, objektivistička teorija, subjektivističke i intersubjektivističke teorije, pragmatična teorija, dijaloška teorija, konsenzualna teorija itd...

u ovom radu polazimo od teze, da istina u sudskom postupku nije ništa drugo do **tačno i potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja koje služi kao podloga za donošenje odluke**.<sup>11</sup>

Shodno tome, osnovni problem koji se postavlja je problem činjeničnog osnova presude, odnosno kvantiteta i kvaliteta činjenica na kojima je moguće zasnivati sudske odluke. Princip utvrđivanja materijalne istine je nalagao da se presude zasnivaju na „istinito i potpuno utvrđenim“ odlučnim ili pravno relevantnim činjenicama. Adverzijalni, pre svega američki krivični postupak koji služi kao model svih krivičnoprocesnih reformi u regionu<sup>12</sup>, zasnovan je na drugačijim postavkama zbog kojih se pogrešno veruje da je „istina sporedna vrednost“. Suprotno teoriji korespondentnosti, opšteprihvaćenoj u našoj literaturi, „adverzijalna“ istina ne vezuje se za „podudarnost sa objektivnom stvarnošću“, već je bliža subjektivističkoj teoriji koherentnosti po kojoj je jedna tvrdnja istinita ako je u skladu sa drugim tvrdnjama za koje se veruje da su istinite.<sup>13</sup>

Istina, u smislu pravilno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja, značajna je vrednost u oba sistema, samo su različiti načini na koje se do nje dolazi, što je uslovljeno različitim istorijskim razvojem i osnovnim karakteristikama mešovitog i adverzijalnog krivičnog postupka.

## 2. NAČINI UTVRĐIVANJA ČINJENICA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Krivični postupak predstavlja određenu saznavnu aktivnost, usmerenu na otkrivanje određenih činjenica, neophodnih za donošenje odluke. U pogledu načina na koji se do tih činjenica dolazi razlikuje se tzv. materijalna istina zastupljena u mešovitom postupku i formalna ili stranačka istina zastupljena u adverzijalnom postupku. Dok mešoviti postupak zanemaruje stranačku volju pa sud aktivnom istragom i izvođenjem dokaza na glavnom pretresu utvrđuje činjenice onako kako su se desile u stvarnosti, adverzijalni postupak akcenat stavlja na volju stranaka u pogledu utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza.

- 
- 11 Pojam utvrđivanja istine u smislu pravilnog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja zastupali su i Grubiša i Vasiljević. Tako je Grubiša isticao da u teoriji krivičnog postupka treba zapravo „neposrednije i realnije“ govoriti o činjenicama, dok „izlaganja o materijalnoj istini treba prepuštiti pravnoj filozofiji, pravnoj istoriji i enciklopediji prava“ i zalagao se da se pojam „traženja materijalne istine“ zameni adekvatnijim terminom– „pravilno utvrđeno činjenično stanje“. Vidi: M. Grubiša, *Činjenično stanje– op. cit.*, str. 18–30. Vasiljević je takođe smatrao da se ovo načelo kreće u oblasti utvrđivanja činjenica. Vidi: T. Vasiljević, *op cit.*, str. 319–320.
  - 12 Ovo ne treba da iznenađuje, imajući u vidu učešće američkih eksperata u izradama novih Zakonika o krivičnom postupku u Srbiji, Hrvatskoj, BiH itd.
  - 13 Kako u krivičnom postupku stranke iznose različite tvrdnje, porota na osnovu određenih pravila (pravila dokazivanja) procenjuje čije su tvrdnje „istinite“ odnosno čije su tvrdnje više u skladu sa izvedenim dokazima. Isto tako, ako stranke ne iznose različite tvrdnje (postoji njihova saglasnost u pogledu određenih činjenica) te činjenice uzimaju se kao „istinite“ i legitimne da se na njima zasnjuje odluka.

Preglednosti radi, razlike između tzv. „materijalne“ i formalne istine predstavimo sledećom tabelom:

<b>Mešoviti krivični postupak</b>	<b>Adverzijalni postupak</b>
Sprovođi se jedna službena istraga tokom koje se prikupljaju dokazi kako na štetu tako i u prilog okrivljenom	Svaka stranka prikuplja dokaze u svoju korist
Sud je dokazno aktivan u cilju utvrđivanja istine	Sud nije dokazno aktivan da se njegova neutralnost ne bi dovela u pitanje
Priznanje okrivljenog ne oslobađa sud dužnosti izvođenja drugih dokaza	Validno priznanje okrivljenog eliminiše potrebu za izvođenjem dokaza i porotnim suđenjem
Saglasnost stranaka u pogledu (ne)postojanja određene činjenice ne oslobađa sud obaveze njenog utvrđivanja	Činjenice oko kojih postoji saglasnost stranaka nisu predmet dokazivanja
Podnošenje dokaza nije vezano ni za kakav rok, već se dokazi mogu podnositi tokom čitavog postupka pa i u postupku vanrednih pravnih lekova	Sudija se na prethodnom ročištu upozna sa dokazima koje stranke nameravaju da izvedu
Sudija ceni dokaze po slobodnom sudij-skom uverenju, presudu može zasnovati samo na činjenicama „u čiju je izvesnost potpuno uveren“ – Načelo slobodnog sudij-skog uverenja	Porota, na osnovu izvedenih dokaza donosi osuđujuću presudu ako je uverena u krivicu okrivljenog „van razumne sumnje“
Presuda se može pobijati žalbom i vanrednim pravnim lekovima zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja	Tužilac nema pravo žalbe na oslobađajuću presudu, dok se osuđujuća presuda može pobijati zbog pravnih, ne i zbog činjeničnih pitanja
Obavezu utvrđivanja istine nema samo sud već i drugi državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku, pa tako „suprotna strana“ tj. javni tužilac može izjaviti žalbu i vanredne prave lekove kako na štetu, tako i u korist okrivljenog	Nezamislivo je da jedna stranka ulaže žalbu u korist druge

Navedene razlike posledica su različitog konceptualnog shvatanja istine, koje sa sobom povlači i drugačije metode utvrđivanja činjenica. Dok je „evrokontinentalna istina“ zasnovana na teoriji korespondencije, veri u naučni metod utvrđivanja činjenica i konceptu slobodnog sudij-skog uverenja, „adverzijalna istina“ uporište nalazi u teoriji koherentnosti, dijalektičkom metodu utvrđivanja činjenica i strogim dokaznim standardima.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> U tom smislu Damaška tvrdi da su različite koncepcije istine u dva krivičnoprocesna sistema posledica različitih epistemoloških tradicija na kojima se ovi sistemi zasnivaju (Damaška M., *Presentation of Evidence and Fact-finding Precision*, 123 U. Pa. L. Rev., 1975, str. 1103–05), dok

## 2.1. Naučni ili empirijski metod utvrđivanja istine

Težnja za potpunim i istinitim utvrđivanjem činjeničnog stanja od strane nepristrasnog istražitelja nezavisno od stranačke volje, izražena kroz načelo utvrđivanja materijalne istine, neodiljivo podseća na naučni ili empirijski metod utvrđivanja činjenica.<sup>15</sup>

Ovaj metod polazi od tvrdnje da se do istine dolazi tako što se pojave najpre posmatraju, na osnovu tog posmatranja prikuplja se što je moguće više činjenica, a zatim se iz prikupljenih činjenica izvode zaključci i teorije. Empirijski metod zasnovan je na sledećim postavkama:

- Objektivna stvarnost i svet činjenica postoje nezavisno od posmatrača. Zadatak naučnika je da otkrije što je moguće više od tog sveta, upoređivanjem sopstvenih teorija i hipoteza sa stvarnošću. Istinito je ono što odgovara objektivnoj stvarnosti. (Reč je o korespondentnoj teoriji istine.)
- Apsolutna i kompletna istina je dostižna.<sup>16</sup>
- Do znanja se dolazi korišćenjem dokaza, koji se pribavljaju čulnim iskustvom. Pri tom se pretpostavlja da je čulno iskustvo vrednosno neutralno, pa samim tim i nauka treba da je vrednosno neutralna, oslobođena subjektivnih procena i vrednovanja.

Preneto na krivični postupak ove ideje podrazumevaju da tužilac optužnicom postavlja određenu „hipotezu“ koju zatim nepristrasni istražitelj proverava tokom istrage, da bi je na kraju sud definitivno potvrdio ili odbacio na glavnom pretresu. Kao što se u prirodnim naukama sprovodi veliki broj eksperimenata kako bi se hipoteza proverila, tako se i u krivičnom postupku hipoteza proverava i u različitim fazama postupka od strane različitih organa dodatno potkrepljuje ili opovrgava. Sistem podrazumeva nepristrasnog istražitelja koji utvrđuje činjenice mimo stranačke volje, kako bi utvrdio „objektivnu istinu“, tj. šta se zaista dogodilo u prošlosti. Kako je nauka „vrednosno neutralna“ i istražitelj treba da je „vrednosno neutralan“ te pri-

---

engleski autor Džekson (*John D. Jackson*) smatra da je reč o istoj epistemološkoj tradiciji koja je prevaziđena u oba sistema i predlaže novi metod za utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku (*John D. Jackson*, „Theories of Truth Finding in Criminal Procedure: An Evolutionary Approach“, *10 Cardozo Law Review*, 1988–1989, 475–527.) Poput većine anglosaksonskih autora Džekson u ovom, inače odlučnom članku, pravi polaznu grešku jer savremeni mešoviti postupak poistovećuje sa inkvizitorskim, pa polazi od teze da je naučni metod u pravu počeo da se primenjuje istovremeno kad i u nauci, mada i u srednjovekovnom inkvizitorskom postupku nailazimo na primese ovog metoda.

15 „Ocen“ empirizma smatra se engleski filozof Fransis Bejkon (1561–1626), zagovornik eksperimenta i induktivne metodologije u naučnom istraživanju. Bejkon je odvojio filozofiju i nauku od teologije i u proučavanju činjenica skrenuo pažnju sa autoriteta ka direktnom posmatranju prirodnih pojava. Smatrao je da se saznati može jedino putem iskustva do koga dolazimo putem čula. Njegov metod primenjivali su naučnici XVII veka, poput Huka, Bojla i Njutna. Ovaj empirijski trend u prirodnim naukama kasnije je izvršio veliki uticaj na Dž. Loka. Više o tome: G. Novack, *Empiricism and Its Evolution*, Pathfinder Press, 2011; B. Russell, *A History of Western Philosophy*, 1945, str. 497–501.

16 Primera radi, francuski matematičar i astronom Pjer Simon Laplace je verovao da se primenom naučnog metoda može doći do tzv. opšteg znanja.

kuplja činjenice kako na štetu tako i u prilog okrivljenom. U takvom sistemu priznanje okrivljenog ili bilo kakva druga saglasnost stranaka oko određenih činjenica nije od značaja, jer se mora proveriti da li takvo priznanje odgovara „objektivnoj stvarnosti“.

Elementi empirijskog utvrđivanja činjenica u vidu crkvenog „istražitelja“ bili su prisutni i u inkvizitorskom krivičnom postupku, što ne treba da iznenađuje imajući u vidu hronološku paralelu. Za početak tzv. naučne revolucije<sup>17</sup> koja je promovisala empirijski metod utvrđivanja činjenica uzima se 1543. godina, kada je objavljeno Kopernikovo delo *De revolutionibus orbium coelestium*, dok je najpoznatija kodifikacija inkvizitorskog postupka *Constitutio Criminalis Carolina* doneta samo par godina ranije (1532. godine). Pored toga, atraktivnost pozivanja na „istinu“ bilo crkvenu, bilo naučnu, bila je prisutna u svim vremenima, kao i danas. Međutim, inkvizitorski postupak bio je zasnovan na formalnoj oceni dokaza shodno kojoj se „istina“ bazirala na iskazu dva svedoka ili priznanju okrivljenog, što ju je određivalo kao „formalnu“ istinu.<sup>18</sup> Sa druge strane, jedna od karakteristika sistema koji teže „materijalnoj istini“ je upravo negiranje značaja priznanja okrivljenog ili saglasnosti stranaka u pogledu određenih činjenica. Mišljenja smo da ovaj negativan stav prema priznanju nije samo posledica težnje za „objektivnom istinom“, već ima i svoje istorijsko uporište. Mešoviti postupak naime nastao je iz srednjovekovnog inkvizitorskog postupka kome se najviše zamerala formalna ocena dokaza i korišćenje torture u cilju dobijanja priznanja okrivljenog. Verujemo da je strah od „ponovnog uvođenja torture“ (na direktan ili indirektan način) bio jedan od razloga za negiranje značaja priznanja, što je pravdano pozivanjem na „utvrđivanje objektivne istine, nezavisne od priznanja“.

Jedan od najzaslužnijih za ukidanje torture, italijanski pravnik Ćezare Bekarija (*Cesare Beccaria*),<sup>19</sup> postavio je i temelje konceptu slobodnog sudijskog uverenja, razvojem teorije „moralnih dokaza“, po kojoj se snaga dokaza ne određuje po njihovom broju, već uverljivosti. Ukidanjem sistema formalne ocene dokaza nastao je problem kako potvrditi „istinitost“ budućih presuda i izlaz je pronađen u ovom subjektivnom konceptu „slobodnog sudijskog uverenja“. Istovremeno su i Francuski revolucionari „oduševljeni“ engleskim društvenim uređenjem i pravnim sistemom „uvezli“ porotno suđenje i neograničeno slobodnu ocenu dokaza kroz doktrinu o „intimnom sudijskom uverenju“.<sup>20</sup> Iako se ova reforma pokazala neus-

17 Do „naučne revolucije“ došlo je u XVI i XVII veku, kada su nove ideje iz oblasti fizike, astronomije, biologije, medicine i hemije počele da dovode u pitanje srednjovekovno teocentrično viđenje prirode, postavljajući na taj način osnove moderne nauke. Smatra se da je naučna revolucija započela u Evropi sa objavljivanjem Kopernikovog dela *De revolutionibus orbium coelestium* (1543. god.), a vrhunac je doživela u XVIII veku, u doba prosvetiteljstva.

18 Formalnu istinu u smislu istine zasnovane na određenim formalnim dokazima, ne treba mešati sa formalnom ili procesnom istinom koja danas dominira u parničnom postupku, kao i u advenzijalnom krivičnom postupku.

19 Opširnije o Bekariji i njegovom kriminološkom doprinosu: Ignjatović Đ., *Kriminologija*, VII izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2006., str. 150–151.

20 U literaturi postoji mišljenje da je jedan od „krivaca“ za propast engleskog krivično-procesnog sistema u Francuskoj upravo koncept slobodnog sudijskog uverenja. Greška je naime bila u tome što zakon nije propisivao dokaze na kojima porota treba da zasniva svoju odluku, već im se samo postavljalo pitanje „da li ste duboko uvereni?“ O tome: Pugh, Administration of Criminal Justice

pešnom, koncept „slobodnog sudijskog uverenja“ je zadržan i postao je sastavni deo evrokontinentalnog mešovitog postupka. Shodno tome, slobodno sudijsko uverenje je evrokontinentalni koncept, nastao kao sredstvo za davanje legitimiteta budućim presudama, nakon ukidanja torture.<sup>21</sup> Dok se inkvizitorska „istinitost presude“ temeljila na određenim dokazima (iskaz dva svedoka, priznanje okrivljenog i tsl.) ukidanje formalne ocene dokaza nalagalo je da se pronade novo sredstvo kojim bi se pravdale subjektivne odluke. Pri tom su se i „formalna ocena dokaza“ i slobodno sudijsko uverenje pozivali na „istinu“, kao kategoriju koja „lepo zvuči“ i daje legitimitet presudama. („Nešto je istinito jer su dva svedoka tako rekla“ ili „Sudija ocenjuje dokaze po slobodnom sudijskom uverenju, a presudu može zasnivati na činjenicama u čiju je izvesnost uveren,“ drugim rečima sudija treba da je uveren u istinitost činjenica.)

I proklamacija načela materijalne istine koja obavezuje sud i druge državne organe da „istinito i potpuno utvrde činjenice od važnosti za donošenje zakonite odluke“ upravo je odraz težnje ka ovom, naučnom metodu prikupljanja činjenica, zasnovana na uverenju da će odluke zasnovane na takvim činjenicama nesumljivo uživati poverenje javnosti. Nakon slabljenja vere u crkvene autoritete i ispravnost njihovih istina i odluka, sudske presude pronašle su novi legitimitet u pozivanju na „istinu“ utvrđenu naučnim, empirijskim metodama, i zasnovanu na činjenicama u čiju je izvesnost sudija „intimno“ uveren, i do koje je došao na osnovu slobodne ocene dokaza.

## 2.2. Adverzijalni metod utvrđivanja činjenica

Ako utvrđivanje istine u postupku poistovetimo sa utvrđivanjem činjenica, primetno je da je u adverzijalnom postupku prisutan dijalektički metod<sup>22</sup> u sokratovskom smislu te reči<sup>23</sup>, shodno kome se do istine dolazi „putem dijaloga i suprostavljanja različitih mišljenja“. Različiti istorijski razvoj evrokontinentalnog i anglosaksonskog sistema, uslovio je različite načine za prikupljanje i utvrđivanje činjenica. Zbog specifičnog, izolovanog položaja Engleske, velike promene u Evropi prouzrokovane recepcijom Rimskog prava i kasnijim revolucionarnim zbivanjima, u njoj nisu imale odjeka. Iako se „ocem“ empirizma i naučnog metoda smatra engleski naučnik Francis Bacon (*Francis Bacon*), ovaj empirijski metod nikada nije primenjivan u engleskom pravu jer za tim jednostavno i nije bilo potrebe. Kralj Henri II je još 1160 godine, zbog sukoba sa crkvom uspostavio posebne laičke su-

in France: An Introductory Analysis, 23 *La. L. Rev.* 1, 27, 1962, navedeno prema Jackson J.D., op cit., str. 495.

21 Više o tome: Langbein J.H., „Torture and the Law of Proof“, u William F. Schulz (ed.), *The Phenomenon of Torture: Readings and Commentary*, University of Pennsylvania Press, 2007., str. 21–26

22 Dijalektika se definiše kao veština razgovora, veština naučnog raspravljanja, diskutovanja, dosetljivosti, dovrtljivosti, doskočivosti u govoru. Vidi: Vujaklija M., *Leksikon stranih reči i izraza*, Prosveta, Beograd, 1961., str. 226. Sama reč dijalektika potiče iz antičke Grčke, a dijalektički metod zasniva se na dijalogu dva ili više lica sa različitim stavovima, koji osnovanom argumentacijom, putem dijaloga, dolaze do istine.

23 Sokrat je istinu vrednovao kao vrhovnu vrednost i smatrao je da se do nje može doći putem razgovora, razumnim i logičkim argumentima.

dove u kojima je odlučivalo lokalno stanovništvo, tj. porota, na osnovu dokaza koje su iznosili oštećeni (kao tužilac) i okrivljeni, tako da su engleske presude tradicionalno bazirale legitimitet ne na „božjoj volji“, već na „uverenju naroda“ tj. lokalnog stanovništva u krivicu okrivljenog. To „uverenje“ zasnovano je na određenim dokaznim standardima („van razumne sumnje“, pretežnost dokaza i tsl.), koji su opet rezultat nastojanja da se kvalifikativno i kvantifikativno odrede činjenice na kojima je moguće zasnivati određene odluke u postupku.

Nasuprot evrokontinentalnom uverenju da se do istine može doći jedino primenom naučnog metoda, većina anglosaksonskih pisaca ističe da je adverzijalni postupak bolje „prilagođeno sredstvo“ za utvrđivanje istine jer doprinosi boljem i detaljnijem prikupljanju dokaza (prikupljaju ih obe strane) i većoj nepristrasnosti istraživača tj. suda. Tako je, primera radi još Džeremi Bentam (*Jeremy Bentham*) tvrdio da je najbolji način utvrđivanja i provere činjenica unakrsno ispitivanje svedoka od strane stranaka koje imaju suprostavljene interese,<sup>24</sup> dok je jedan od utemeljivača modernog dokaznog prava, američki profesor Džon Vigmor (*John Henry Wigmore*) isticao da „osnovno i unakrsno ispitivanje svedoka predstavlja najveći pravni doprinos utvrđivanju istine“<sup>25</sup>.

Tačno je da pravila krivičnog postupka SAD-a (*Federal Rules of Criminal Procedure*), koja se ponekad pogrešno doživljavaju kao „pandan“ evrokontinentalnim zakonima o krivičnom postupku, ne pominju „traganje za istinom“, utvrđivanje istine i tsl., ali u ovim pravilima i nema potrebe za tim. U anglosaksonskim državama postoji posebna pravna disciplina– tzv. dokazno pravo (*Law on Evidence*) koja se bavi problematikom utvrđivanja i dokazivanja činjenica kako u parničnom, tako i u krivičnom postupku, a „traganje za istinom“ tj. utvrđivanje činjeničnog stanja je, po logici stvari predmet ove discipline. Tako se, već u drugom članu Federalnih pravila dokazivanja (*Federal Rules on Evidence*) pominje istina, u smislu da „pravila treba tumačiti na način da se“, između ostalog „sazna istina i donese pravična odluka“<sup>26</sup>

Isticanje načela istine u smislu ispravno i tačno utvrđenog činjeničnog stanja, prisutno je i u literaturi. Primera radi, navodeći osnovne principe dokaznog prava engleski autori Roberts i Zukermen kao prvi i osnovni princip navode princip „istine“, podrazumevajući pod tim „tačno utvrđivanje činjenica“<sup>27</sup>. Jedan od najčuvenijih američkih profesora dokaznog prava Edmund M. Morgan je isticao da je „Suđenje postupak ne za otkrivanje istine kao takve, već za utvrđivanje činjeničnog stanja neophodnog da bi se rešio stranački spor. Ali ne sme se zaboraviti da je

24 J. Bentham, *A Rationale of Judicial Evidence*, bk. 10, ch. 10, London 1827, pp. 468–69.

25 J. Wigmore, *Evidence*, Little, Brown and Company, 1904, str. 1367.

26 Pravilo 1.02 Federalnih pravila dokazivanja u originalu glasi: „ These rules should be construed so as to administer every proceeding fairly, eliminate unjustifiable expense and delay, and promote the development of evidence law, to the end of ascertaining the truth and securing a just determination.“, što bi u slobodnom prevodu glasilo: „ Pravila treba tumačiti tako da se svakim postupkom upravlja na pravičan način, da se otklone neopravdani troškovi i odugovlačenja, dori- nese razvoju dokaznog prava, da bi se na kraju saznala istina i donela pravična odluka.

27 Roberts P., Zuckerman R., *Criminal Evidence*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2010, str. 19.

osnovni cilj približavanje istini u meri u kojoj je to moguće.<sup>28</sup> Robert Samers ide i korak dalje tvrdeći da je „osnovna svrha krivičnog postupka utvrđivanje istine. Bez istinitog utvrđivanja činjeničnog stanja, pravo bi izgubilo svoj legitimitet i ulogu...a građani bi vremenom gubili poverenje u pravičnost sudskog postupka i u sudove kao nepristrasne arbitre.<sup>29</sup>

Imajući to u vidu, možemo zaključiti da je uverenje prisutno u našoj literaturi da je u adverzijalnom postupku istina „sporedna vrednost“ pogrešno i zasnovano na tradicionalnoj dominaciji korespondentske teorije istine (istina kao što verniji odraz objektivne stvarnosti) i naučnog metoda utvrđivanja činjenica kao jedinog ispravnog.

### 2.3. Utvrđivanje činjenica i standard dokazivanja

Bez obzira na način utvrđivanja činjenica, istina u smislu pravilno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja, značajna je vrednost u oba sistema. Kako je metod eksperimenta neprimenljiv u pravu, ne postoji precizan način za utvrđivanje tačnosti dobijenog rezultata, odnosno utvrđenog činjeničnog stanja, pa se ne može reći koji je od dva metoda (naučni ili dijalektički) pogodniji za utvrđivanje istine. Osnovna praktična razlika između ova dva sistema nalazi se na terenu činjenica oko kojih su stranke saglasne odnosno činjenica koje okrivljeni priznaje. Dok u mešovitom postupku ove činjenice nisu od značaja jer je sud, poput naučnika dužan da utvrđuje činjenice nezavisno od stranačke volje, u adverzijalnom postupku ove činjenice uzele bi se kao utvrđene i bez dokazivanja. Ove razlike imaju svoje uporište i u filozofiji tačnije u različitom konceptijskom poimanju istine, pa je mešoviti postupak više u skladu sa teorijom korespondencije (istina kao što verniji odraz objektivne stvarnosti), dok je adverzijalni postupak u skladu sa subjektivističkom teorijom koherentnosti, shodno kojoj je određena tvrdnja istinita ako je u skladu sa drugim tvrdnjama koje smatramo istinitima, odnosno u pogledu kojih postoji saglasnost.<sup>30</sup> Videli smo da takav stav ima i svoje istorijsko opravdanje jer je u mešovitom postupku upravo pozivanje na istinito i potpuno utvrđeno činjenično stanje i to „naučnim, empirijskim metodama“ davalo legitimitet sudskim presudama. Kako je eksperimentalni metod provere tako utvrđenih činjenica neprimenljiv, njihova pretenzija ka istinitosti bazirala se na jednom drugom evrokontinentalnom konceptu-konceptu slobodnog sudijskog uverenja. Ovaj koncept nastao je kao kontrast formalnoj oceni dokaza, karakterističnoj za ozloglašeni inkvizitorski postupak.

28 Edmund M. Morgan, *Some Problems of Proof Under the Anglo- American System of Litigation*, Columbia University Press, 1956., str. 128.

29 Robert S. Summers, „Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding: Their Justified Divergence in Some Particular Cases“, *Law and Philosophy*, Vol. 18, No. 5, Laws, Facts, and Values (Sep., 1999), pp. 497–511. Svoju tezu autor ilustruje sledećim primerom: „pravilo čiji je cilj da obezbedi bezbednost u saobraćaju, propisujući dozvoljenu brzinu od 70 km/h i kažnjavajući za njeno prekoračenje, ne bi imalo svoju ulogu ako sudovi ne bi istinito utvrđivali da li je okrivljeni prekoračio brzinu i ako ne bi kažnjavali one koji su je prekoračili. Bez istinitog utvrđivanja činjeničnog stanja građani bi vremenom gubili poverenje u pravičnost sudskog postupka i u sudove kao nepristrasne arbitre.“

30 O teorijama istine opširnije: A. Uzelac, *Istina u sudskom postupku*, Pravni fakultet, Zagreb, 1997.



Shodno tome, u krivičnom postupku sud empirijski prikuplja sve pravno relevantne činjenice kako bi utvrdio istinu, a onda ih sudija procenjuje na osnovu slobodnog sudijskog uverenja.

U anglosaksonskom pravu, za razliku od toga, ne postoji koncept „intimnog sudijskog uverenja“ jer se veruje da je „u ljudskim stvarima sigurnost obično nedostižna. Njen supstitut je verovatnost, a organ koji odlučuje o činjenicama mora odlučiti čiji su činjenični navodi verovatno istiniti.<sup>31</sup> Presuda se ne može zasnivati na činjenicama u čiju je „izvesnost sudija uveren“ već svoj legitimitet tradicionalno gradi na činjenicama za koje je grupa nasumice izabраниh pravnih laika kao predstavnika naroda (tj. porota) jednoglasno utvrdila da su dokazane „van razumne sumnje“. Standard dokazivanja veoma je značajan ali ujedno i dosta problematičan i teško objašnjiv koncept u anglosaksonskom pravu. Pitanje standarda dokaza vezano je za teret dokazivanja. Kako je u adverzijalnom postupku teret dokazivanja svih činjenica na strankama, standard dokaza zapravo označava „težinu“ tog tereta, drugim rečima stranci nameće dužnost da sud (porotu ili profesionalne sudije) izvođenjem dokaza uveri u svoje tvrdnje.

U engleskom pravu se pominju dva dokazna standarda: balans verovatnoće (*balance of probabilities*) koji se primenjuje u parničnim predmetima i ubeđenost „van razumne sumnje“ (*beyond reasonable doubt*) u krivičnim stvarima. U američkom pravu se pominju standardi pretežnosti dokaza (*preponderance of evidence*), jasnih i uverljivih dokaza (*clear and convincing evidence*), van razumne sumnje, i td. Reč je o konceptima dokaznog prava nezaobilaznim u radovima američkih i engleskih autora, ali se u ovom radu nećemo upuštati u njihovo bliže određivanje. Za našu temu bitno je ukazati na razliku između standarda dokazivanja u parničnim predmetima (balans verovatnoće ili pretežnost dokaza) shodno kojima kod porotnika treba stvoriti samo veći stepen verovatnoće da određena činjenica postoji nego da ne postoji (i obrnuto) i krivično-pravnog standarda van razumne sumnje koji zahteva tako čvrst stepen uverenja kod porotnika, koji otklanja svaku razumnu sumnju u postojanje određene činjenice. Takav najviši standard, po logici stvari tužiocu nameće i najteži teret dokazivanja, koji se realizuje prikupljanjem i izvođenjem što većeg broja dokaza u cilju što potpunijeg utvrđivanja činjeničnog stanja.<sup>32</sup>

Za ispunjenje standarda van razumne sumnje, zahteva se ubeđenost svih porotnika, jer jedan glas protiv dovodi do donošenja oslobađajuće presude. Iako je ovaj standard teško definisati ili odrediti sa matematičkom preciznošću<sup>33</sup>, nesumljivo da ubeđivanje 12 laika „van razumne sumnje“ zahteva što detaljnije utvrđivanje činje-

31 G. Nokes, *An Introduction to Evidence*, London, 1967, str. 514.

32 Više o ovome: Morgan, „Instructing the Jury Upon Presumptions and Burden of Proof“, 47 *Harvard Law Review* 59, 67, 1933, McBaine, *Burden of Proof: Degrees of Belief*, 32 *California Law Review* 242, 246, 1944.

33 Bilo je doduše nastojanja i da se standard „van razumne sumnje“ izrazi procentualno, ali se i tu mišljenja razilaze i kreću od sigurnosti od preko 61 %, pa do 85–90 %. Na anketi sprovedenoj među sudijama i porotnicima, neki su ‘sigurnost’ procentualno izražavali uverenjem od 100 %, drugi od najmanje 90 %, dok su treći sigurnost rangirali sa svega 70 %. Ovo je prikazano u radu: Lawrence M. Solan ‘Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt about Reasonable Doubt’, 1999, 78 *Texas Law Review* 105, Part III.

nica i izvođenje dokaza kako od strane tužioca tako i od strane odbrane. Kako je za donošenje oslobađajuće presude dovoljno da samo jedan od porotnika ne bude baš ubeđen u potpunosti, tužilac će po logici stvari nastojati da prikupi i izvede što je moguće više dokaza, posebno kada se ima u vidu da mu donošenje oslobađajuće presude utiče i na zaradu i na buduću karijeru, tj. buduće reizbore. I odbrana će, sa svoje strane nastojati da prikupi što je moguće više dokaza kako bi dovela u sumnju ili pak degradirala tužiočeve dokaze. Dakle sam sistem nalaže što potpunije utvrđivanje činjeničnog stanja i izvođenje dokaza.<sup>34</sup> Upravo takav koncept suđenja koji zahteva preveliku aktivnost stranaka prilikom prikupljanja i izvođenja dokaza je i uslovio pojavu i veliko korišćenje sporazuma o priznanju krivice, kao alternativu klasičnom porotnom suđenju. Ovdje se može postaviti problem dosta raspravljan u američkoj literaturi i vezan za „indirektne“ načine primoravanja okrivljenog da prizna krivicu, ali ovo pitanje zahteva detaljniju naučnu obradu i prevazilazi okvire ovog rada.<sup>35</sup>

### 3. ZNAČAJ UTVRĐIVANJA ISTINE U KRIVIČNOM POSTUPKU

Utvrđivanje istine u smislu tačno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja ne može biti osnovna svrha krivičnog postupka, ali je preduslov da se do te svrhe dođe. Osnovna „briga“ suda u krivičnom postupku nije da poput naučnika ili istoričara „utvrđuje istinu“, već da donošenjem odluke reši određen pravni sukob. Ispravnim i pravičnim rešavanjem sukoba sudovi obezbeđuju poverenje javnosti u svoje odluke, a samim tim i u svoj rad. Krivično pravo, kako materijalno tako i procesno ima prevashodno zaštitnu funkciju i služi zaštitu najznačajnijih dobara i vrednosti od kriminaliteta.<sup>36</sup> Ta zaštita ostvaruje se pod pretnjom primene, kao i kroz samu primenu krivičnih sankcija o čemu se odlučuje u krivičnom postupku. Da bi sudske odluke uživale legitimitet moraju biti zasnovane na pravilno utvrđenom činjeničnom stanju jer će, kako u životu tako i u pravu, odluke zasnovane na netačnim činjenicama po logici stvari biti pogrešne i nepravedne. Po rečima T. Živanovića, „izricanje krivičnih sankcija bez sigurnog utvrđivanja krivičnog dela i krivca bilo bi besmisleno sa gledišta društvenog interesa, a sa gledišta okrivljenog nepravda i nasilje.“<sup>37</sup> Upravo

34 Još je Vasiljević isticao da je najviše dokaza potrebno izvoditi upravo u sistemu porotnog suđenja „Razni sudovi, u raznim vremenima zadovoljavaju se različitim kvantumom dokaza da bi jednu činjenicu uzeli dokazanom: revolucionarni sudovi zadovoljavaju se sa malo dokaza, dok porota traži za krivicu više dokaza od ostalih sudova“ vidi: Vasiljević T., op cit., str. 321.

35 Institut sporazuma o priznanju krivice najčešće se kritikuje upravo sa aspekta legitimiteta, jer dovodi u pitanje poverenje građana u rad pravosudnih organa. Više o tome: Maximo Langer, Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure, *American Journal of Criminal Law*, Vol.33, 2006, str. 261, Langbein J.H., Torture and Plea Bargaining, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 46, 1978, str. 3–22, Weigend, T. *Continental cures for American ailments: European criminal procedure as a model for law reform*, *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, 2, 1980., str. 381–428.

36 O ulozi i značaju krivičnog prava vidi: Stojanović Z., *Krivično pravo-opšti deo*, XI izdanje, Beograd, 2005, str. 21–24 i 77–84.

37 Živanović T., *Osnovni problemi krivičnog i građanskog procesnog prava (postupka)*, Beograd, 1940, str. 145–150.

u tome leži smisao načela istine. Reč je o načelu koje reguliše obim i način utvrđivanja činjenica. Presude zasnovane na „fiktivnim“, nepostojećim ili lažnim činjenicama dovodile bi do pogrešnih osuda, ne bi doprinosile zaštiti od kriminaliteta, a sudska vlast bi vremenom gubila kredibilitet u javnosti. Težnja za istinom zapravo znači težnju za pravilno utvrđenim činjeničnim stanjem koje služi kao osnova za donošenje presude.

Istorijski razvoj evrokontinentalnih država i mešovitog krivičnog postupka doveo je do toga da se pravilno utvrđenim činjeničnim stanjem smatra što vernije približavanje istorijskim činjenicama, odnosno što tačnije i detaljnije otkrivanje onoga šta se desilo, a naučni ili empirijski metod utvrđivanja činjenica viđen je kao odlično sredstvo da se do toga dođe. Kao što se u prirodnim naukama „istina“ dobijena empirijskim metodom nije dovodila u pitanje, verovalo se da će ovakav način prikupljanja činjenica garantovati njihovu tačnost i u pravu, što će samo po sebi dati i legitimitet sudskim odlukama.<sup>38</sup> Za razliku od toga, u advrezijalnom postupku se polazi od toga da je istina ona verzija događaja oko koje postoji većinska saglasnost. Ako su stranke saglasne u pogledu činjenica nema razloga da se činjenice dodatno proveravaju, jer sama stranačka saglasnost daje legitimitet odluci. Ako ove saglasnosti nema, laička porota procenjuje čiji su navodi verovatniji, odnosno više u skladu sa izvedenim dokazima. U tom slučaju legitimitet presudi daje jednoglasno čvrsto uverenje („van razume sumnje“) običnih, nasumice izabranih građana kao predstavnika naroda. Faktički gledano, ne postoji način da se egzaktno proveri koje su presude „istinitije“ i „tačnije“ i u kom su sistemu činjenice ispravnije utvrđene. Stoga pozivanje na nekakvu apstraktnu „istinu“ (uostalom kao i pozivanje na lepotu, dobrotu, pravdu i sve ostale apstraktne, subjektivne, empirijski neproverljive kategorije) nije ništa drugo do težnja da se odlukama da legitimitet. Sa druge strane pozivanje na „konkretnu istinu“ u smislu pravilno utvrđenog činjeničnog stanja značajna je vrednost u svakom sistemu, jer bi odluke zasnovane na lažnim, nepotpunim ili fiktivnim činjenicama dovele u pitanje poverenje građana u rad pravosuđa.

#### 4. POZITIVNOPRAVNI ODRAZ NAČELA ISTINE

Član 17. stav 1. Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. god. (ZKP/2001) proklamovao je obavezu suda i drugih državnih organa koji učestvuju u krivičnom postupku da „istinито i potpuno utvrde činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke“.<sup>39</sup> Novi Zakonik (ZKP/2011) zasnovan je na konceptualno dru-

38 Poslednjih godina naučni ili empirijski metod dovodi se u pitanje u mnogim naukama, a suviše je obrazlagati zašto je on neprimenljiv u pravu. Pravni spor ne podrazumeva sazajni ili kognitivni sukob kakav postoji u nauci i čiji je rezultat empirijski proverljiv, već prevashodno sukob interesa dve suprotstavljene strane, u kome što jedna strana više dobije druga više gubi. Shodno tome u pravu je spor o činjenicama (kognitivni ili sazajni spor) uvek od drugorazrednog značaja u poređenju sa pomenutim sukobom interesa. Više o tome: John Thibaut & Laurens Walker, „A Theory of Procedure“, *California Law Review*, Vol. 66, No. 3, May 1978., pp. 541–566.

39 Ovdе odstupamo od ranije iznetog stava (Bajović V., „Načelo utvrđivanja materijalne istine“, *Pravni život* br. 9, tom I, knjiga 539, godina LIX, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2010, str.

gačijim postavkama, prevashodno inspirisanim adverzijalnom praksom. Više se ne predviđa obaveza „istinitog i potpunog“ utvrđivanja pravno relevantnih činjenica, što nesumljivo doprinosi efikasnosti i brzini krivičnog postupka, ali otvara pitanje činjeničnog osnova presude.

Po novom rešenju sud i dalje utvrđuje pravno relevantne činjenice (čl. 83 st. 1 i 2)<sup>40</sup> ali ne sve, već samo one koje mu iznesu stranke.<sup>41</sup> Mimo stranačke volje sud je aktivan samo izuzetno i to jedino u tri slučaja<sup>42</sup>:

- ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni;
- ako oceni da su izvedeni dokazi nejasni;
- ako je to neophodno da bi se predmet postupka svestrano raspravio.

Priznanje okrivljenog i saglasnost stranaka u pogledu određenih činjenica, otklanjaju potrebu njihovog utvrđivanja.<sup>43</sup> Takođe se postavlja rok u kome su stranke dužne da predlože dokaze koji će se izvesti na glavnom pretresu, a predsedniku veća se daje ovlašćenje da odbije neblagovremene dokazne predloge.

Ovakva rešenja nesumljivo doprinose brzini i efikasnosti krivičnog postupka, u skladu su sa novousvojenom stranačkom koncepcijom, kao i sa adverzijalnim poimanjem istine zasnovanom na subjektivističkoj teoriji koherentnosti. Problem može nastati zbog činjenice da adverzijalni koncept istine nije dosledno sproveden, pa novi ZKP ne precizira jasno tužiočev teret dokazivanja, zadržava koncept „slobodnog sudijskog uverenja“ kao i mogućnost ulaganja žalbe zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Preglednosti radi, nova i stara rešenja u domenu utvrđivanja materijalne istine ilustrovaćemo sledećom tabelom:

---

657–668) da je i odredba po kojoj su „sud i državni organi dužni da s jednakom pažnjom ispituju i utvrde kako činjenice koje terete okrivljenog, tako i one koje mu idu u korist.“ (čl. 17 st. 2) odraz načela materijalne istine. Ovakvo viđenje bilo je posledica normativnog tumačenja (reč je o istom zakonskom članu), kao i pogrešnih navoda u našoj teoriji (Dimitrijević D., Stefanović-Zlatić M. I Lazin Đ., *Krivično procesno pravo*, IX izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1986, str. 43–44, M. Grubač, *Krivično procesno pravo-Uvod i opšti deo*, III izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2004, str. 296–299). Mišljenja smo naime da se ovom odredbom ne proklamuje utvrđivanje istine, već sudska nepristrasnost. Dok je načelo istine prevashodno vezano za utvrđivanje činjeničnog stanja, ovde je reč o oceni izvedenih dokaza odnosno utvrđenih činjenica.

40 Čl. 83 st. 1 „Predmet dokazivanja su činjenice koje čine obeležje krivičnog dela, ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe krivičnog zakona; st. 2: „Predmet dokazivanja su i činjenice od kojih zavisi primena odredaba krivičnog postupka.“

41 Čl. 15. st. 3: „Sud izvodi dokaze na predlog stranaka“.

42 Čl. 15 st. 4: Sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio.

43 Član 83 st. 3: „Ne dokazuju se činjenice za koje sud oceni da su opštepoznate, u dovoljnoj meri raspravljene, da ih okrivljeni priznaje na način koji ne zahteva dalje dokazivanje (član 88.) ili da saglasnost stranaka o tim činjenicama nije u suprotnosti sa drugim dokazima.“; Član 349 st. 4: „Ako optuženi osporava navode optužbe, predsednik veća će ga pozvati da se izjasni koji deo optužnice osporava i iz kojih razloga i upozoriće ga da će se na glavnom pretresu izvoditi samo dokazi u vezi sa osporenim delom optužnice.“

ZKP 2001	ZKP 2011
Sud i državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku dužni su da <i>istinito i potpuno</i> utvrde činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke (čl. 17 st. 1).	Ne sadrži sličnu odredbu.
Sudija ceni dokaze po slobodnom sudijskom uverenju, presudu može zasnovati samo na činjenicama „u čiju je izvesnost potpuno uveren“ (član 18 st. 1).	Sud i dalje ceni dokaze po slobodnom sudijskom uverenju (čl. 16 st. 3) i presudu ili rešenje koje odgovara presudi može zasnovati na činjenicama u čiju je izvesnost potpuno uveren (čl. 16 st. 4).
Sprovodi se jedna službena istraga tokom koje se prikupljaju dokazi kako na štetu tako i u prilog okrivljenom.	I dalje se sprovodi jedna službena istraga samo što je prešla u ruke tužioca koji, makar u teoriji ima dužnost prikupljanja dokaza i u prilog i na štetu okrivljenom.
Načelo istine podrazumeva dokazno aktivanog sudiju (član 296 st. 2).	Sud više nije dokazno aktivan.
Priznanje okrivljenog ne oslobađa sud dužnosti izvođenja drugih dokaza.	Validno priznanje okrivljenog osnov je za donošenje presude (čl. 394 st. 3).
Saglasnost stranaka u pogledu (ne)postojanja određene činjenice ne oslobađa sud obaveze njenog utvrđivanja.	Činjenice oko kojih postoji saglasnost stranaka više nisu predmet dokazivanja.
Podnošenje dokaza nije vezano ni za kakav rok, već se dokazi mogu podnositi tokom čitavog postupka pa i u postupku vanrednih pravnih lekova.	Dokazi se moraju podneti u određenom roku (na pripremnom ročištu ili na početku glavnog pretresa). Sud će odbiti neblagovremeno podnete dokazne predloge.
Presuda se može pobijati žalbom i vanrednim pravnim lekovima zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.	Presuda se i dalje može pobijati po ovom osnovu.
Obavezu utvrđivanja istine nema samo sud već i drugi državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku, pa tako „suprotna strana“ tj. javni tužilac može izjaviti žalbu i vanredne prave lekove kako na štetu, tako i u korist okrivljenog.	Javni tužilac i dalje može izjavljivati žalbu i vanredne pravne lekove u korist okrivljenog (čl. 433 st. 3., 483 st. 2).

Sušтина načela materijalne bila je, kako je već naglašeno, u potpunom utvrđivanju pravno relevantnih ili odlučnih činjenica. ZKP/2001 nije definisao pojam odlučnih činjenica ali je teorija bila saglasna u pogledu njihove sadržine.<sup>44</sup> Reč je o činjenicama koje čine obeležje krivičnog dela ili od kojih zavisi primena neke odredbe

44 Izraz pravno relevantno činjenično stanje u teoriju je prvi uveo V. Bayer, određujući pravno relevantne činjenice kao činjenice „na koje materijalno odnosno procesno krivično pravo nadovezuje određene posledice (primenu krivične sankcije, vođenje krivičnog postupka i tsl)“ dok je pravno relevantno činjenično stanje skup pravno relevantnih činjenica koje se utvrđuju u krivičnom postupku. Bayer V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo, knjiga druga, Pravo o činjenicama i*

Krivičnog zakonika ili Zakonika o krivičnom postupku. Novi ZKP više ne pominje odlučne činjenice<sup>45</sup> već preciznije određuje koje se činjenice dokazuju određujući da su predmet dokazivanja činjenice koje čine obeležje krivičnog dela ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe krivičnog zakona, odnosno primena odredaba krivičnog postupka. (čl. 83 st. 1 i 2). Međutim, ZKP/2011 više ne predviđa dužnost potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja, niti obavezuje tužioca da u potpunosti dokaže sve odlučne činjenice, što otvara dva problema i to:

- mogućnost ulaganja žalbe zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja;
- pitanje kvantuma dokaza potrebnih za utvrđivanje činjenica.

#### 4.1. *Žalba zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*

Žalba zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja karakteristika je evrokontinentalnih postupaka, zasnovanih na načelu utvrđivanja materijalne istine. Adverzijalni postupak ne poznaje žalbu po ovom osnovu. O činjeničnim pitanjima u adverzijalnom postupku odlučuje porota i njeni zaključci u tom smislu smatraju se konačnim. Tužilac nema pravo žalbe na oslobađajuću presudu, dok se na osuđujuću presudu okrivljeni može žaliti po dva osnova: zbog greške u primeni prava ili ako težina izvedenih dokaza ne ide u prilog presude (tj. ako „krivica nije dokazana van razumne sumnje“). Novi ZKP ne postavlja dužnost istinitog i potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja, ali ostavlja mogućnost ulaganja žalbe ako je ono pogrešno ili nepotpuno utvrđeno. Dakle načelo istine koje je eliminisano u prvostepenom postupku, kao prepreka brzini i efikasnosti, u drugostepenom postupku je zadržano. Tako se u žalbi mogu iznositi činjenice i predlagati novi dokazi, uz to ograničenje da je žalilac dužan da navede razloge zašto ih ranije nije izneo (čl. 436 st. 4). Pored toga, i na novom glavnom pretresu pred prvostepenim sudom, stranke mogu isticati nove činjenice i iznositi nove dokaze (čl. 462 st. 2). Jasno je da celokupan postupak ne dobija na brzini jer se ono vreme koje se „uštedi“ u prvostepenom postupku time što se odlučne činjenice ne utvrđuju u potpunosti, „potroši“ u žalbenom postupku. Moguće je zamisliti namerno „prećutkivanje“ određenih činjenica od strane stranaka, u cilju odugovlačenja postupka, a opravdanje za njihovo ranije neiznošenje lako je naći u jednostavnoj, objektivno neproverljivoj tvrdnji „nisam znao“. Prvostepeni postupak je nesumljivo brže rešen, ali onaj ko želi da odugovlači postupak faktički dobija na vremenu svestan da mu je ponovno utvrđivanje činjenica u drugostepenim postupku zagarantovano.

Mogućnost ulaganja žalbe po ovom osnovu, sa druge strane, daje osnova i za drugačije tumačenje, indirektno govoreći u prilog obaveze tačnog i potpunog utvrđivanja odlučnih činjenica, što opet, indirektno ukazuje na zadržavanje načela istine.

---

*njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Zagreb, 1986, str. 4–5. M. Grubiša, služeći se zakonskom terminologijom, pravno relevantne činjenice naziva i odlučnim činjenicama.

45 Tačnije pominje ih samo na jednom mestu, u članu 440 kada govori o žalbi zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, što opet smatramo reliktom starog rešenja.

## 4.2. Kvantum dokaza kojima se utvrđuju činjenice

Novi ZKP zadržao je koncept slobodnog sudijskog uverenja i presudu može zasnovati na činjenicama u čiju je izvesnost „potpuno uveren“ (čl. 16 st. 4). Zakonodavac šta više definiše i samu izvesnost kao „zaključak o nesumnjivom postojanju ili nepostojanju činjenica, zasnovan na objektivnim merilima rasuđivanja“<sup>46</sup> (čl. 2 st. 1 tač. 2). Koncept slobodnog sudijskog uverenja je videli smo, evrokontinentalni koncept, vezan za načelo utvrđivanja materijalne istine. Za razliku od toga adverzijalni postupak regulisan je strogim, detaljnim i do tančina regulisanim pravilima dokazivanja i osuđujuća presuda se može doneti samo ako je porota uverena u krivicu okrivljenog „van razumne sumnje“. Tako čvrst stepen uverenja porotnika zasniva se isključivo na dokazima izvedenim na suđenju, što samo po sebi nameće detaljno i temeljno izvođenje velikog broja dokaza. Stoga je osnovana tvrdnja da porotno suđenje kao takvo zahteva najveći kvantum dokaza.<sup>47</sup> Tužilac ne želi da rizikuje donošenje oslobađajuće presude (što mu utiče kako na zaradu tako i na buduće reizbore) te nastoji da prikupi i izvede što više dokaza u prilog svojih tvrdnji, kako bi u potpunosti dokazao sve odlučne činjenice i ubedio porotu u krivicu okrivljenog. Odbrana samim tim takođe nastoji da prikupi i izvede što je moguće više dokaza, kako bi kod porotnika stvorila odgovarajuću sumnju u tužiočeve dokaze. Stoga i ne iznenađuje što je tako zahtevan sistem u dokaznom smislu, i iznedrio institut sporazuma o priznanju krivice, najviše kritikovan upravo po pitanju legitimiteta sporazumno donetih odluka. Angloamerička javnost naime tradicionalno uživa poverenje u odluke donete od strane porote, jer je reč o odlukama donetim od strane nasumice izabranih predstavnika naroda, kojima su činjenice utvrđene „van razumne sumnje“, na osnovu detaljno i temeljno izvedenog velikog broja dokaza.

Ne možemo a da ne izrazimo skepsu po pitanju tako detaljnog i temeljnog prikupljanja i izvođenja dokaza u budućim krivičnim postupcima. Sudiji profesionalcu, koji ima prepuni orman predmeta i obavezu da ih što brže reši, svakako neće biti u interesu detaljno izvođenje svih dokaza koje stranke predlože. Sudija može biti „ubeđen sa izvesnošću“ na osnovu saslušanja samo jednog svedoka, na osnovu uvida u spise istrage ili pak na osnovu svog subjektivnog stava o ličnosti okrivljenog, imajući u vidu njegovu kriminalnu prošlost.<sup>48</sup> Izvođenje nekih dodatnih dokaza je za očekivati ne da bi se sudija „uverio sa izvesnošću“, već da bi u obrazloženju presude *proforme* naveo „još koji dokaz“ kojim će potkrepiti svoje, u samom startu formirano subjektivno uverenje.

46 Moramo primetiti da je nelogično da se načelo istine izbacuje pod obrazloženjem da se radi o proklamatornoj odredbi koja više ima etički nego logički karakter, a da se sa druge strane izvesnost definiše širokim, apstraktnim i teško odredivim kriterijumom poput „objektivnih merila rasuđivanja“.

47 „Razni sudovi, u raznim vremenima zadovoljava u se različitim kvantumom dokaza da bi jednu činjenicu uzeli dokazanom: revolucionarni sudovi zadovoljavaju se sa malo dokaza, dok porota traži za krivicu više dokaza od ostalih sudova“ – Vasiljević, op cit., str. 321.

48 U anglosaksonskom pravu, za razliku od toga, porota prilikom odlučivanja nema uvid u kaznenu evidenciju, niti raspolaze bilo kakvim informacijama o eventualnoj kriminalnoj prošlosti okrivljenog. Više o tome: V. Bajović, *Sporazum o priznanju krivice – Uperedno-pravni prikaz*, Beograd, 2009., str. 42–43 i 117–120.

Isto tako sumnjamo da bi propisivanje drugačijeg dokaznog standarda poput „van razumne sumnje“ faktički promenilo stvari i navelo na detaljnije izvođenje dokaza. U adverzijalnom postupku sam porotni sistem i koncept postupka nameće takvu obavezu, jer je po logici stvari teže ubediti u nešto dvanaest pravnih laika nego jednog sudiju profesionalca, koji pred sobom ima spise predmeta iz ranijih faza postupka, kao i znanje o eventualnoj kriminalnoj prošlosti okrivljenog.

### 4.3. Potpuno utvrđeno činjenično stanje

Iako se ne pominje eksplicitno, dužnost potpunog utvrđivanja pravno relevantnih činjenica može se indirektno „naslutiti“ iz dve odredbe:

- Mogućnost ulaganja žalbe zbog pogrešnog i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, o čemu je bilo reči.
- Mogućnost suda da dokazno interveniše kako bi se predmet dokazivanja „svestrano raspravio“

Sud naime izvodi dokaze ne po sopstvenoj inicijativi već isključivo na predlog stranaka (čl. 15 st. 3). Sud može naložiti stranci da predloži dopunske dokaze, a izuzetno i sam odrediti da se takvi dokazi izvedu i to samo u tri slučaja: 1. ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni; 2. ako oceni da su izvedeni dokazi nejasni 3. ako je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Pojam „svestranog raspravljavanja predmeta“ je širok i neodređen termin, pa teoretski posmatrano može obuhvatati i dokaznu aktivnost suda u pogledu potpunog utvrđivanja činjeničnog stanja.

Međutim, pitanje je da li će praksa zauzeti takav stav. Prvo, sam zakonodavac navodi da će sud samo *izuzetno* odrediti da se dopunski dokazi izvedu; drugo teško da će sudije, i onako zatrpane predmetima, baš insistirati na tome da dodatno prolongiraju suđenja u cilju izvođenja dodatnih dokaza. Negativan stav zakonodavca u pogledu dokazne aktivnosti suda se vidi u predgovoru ZKP-a, gde se priznaje da je neophodnost svestranog raspravljavanja“ subjektivna kategorija, koja zavisi od tumačenja samog sudije, te „ako bi umesto korektivne preuzeo kreativnu misiju – čineći na taj način ono što nije dužan i što može da čini samo izuzetno – sud bi napustio teren pravičnog postupka i ogrešio se o dužnost da sačuva svoju nepristrasnost.“<sup>49</sup> Moguće je isto tako pretpostaviti da će tužioca strah od donošenja oslobađajuće presude motivisati na potpuno dokazivanje odlučnih činjenica, ali ni to nije dovoljna garancija, kada zna da svoj propust i grešku može ispraviti ulaganjem žalbe zbog „pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja“.

Određba koja bi eksplicitno nalagala tužiocu da „u potpunosti dokaže sve pravno relevantne činjenice“ rešila bi navedene nedoumice, bez dovođenja u pitanje tereta dokazivanja i adverzijalnog karaktera postupka. I u adverzijalnom postupku tužilac je dužan da svoje navode dokaže „van razumne sumnje“, što ne porazumeva i dužnost dokazivanja onih činjenica koje okrivljeni priznaje, niti predstavlja prepreku za zaključivanje sporazuma o priznanju krivice, već upravo suprotno, podstiče tužioce na njihovo zaključivanje.

49 Beljanski S., Ilić G., Majić M., *Predgovor Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 15.



## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Istina u smislu težnje za pravilnim i potpuno utvrđenim činjeničnim stanjem, značajna je vrednost kako u mešovitom tako i u adverzijalnom krivičnom postupku. Jedino presude donete na osnovu pravilno utvrđenog činjeničnog stanja mogu biti ispravne, pravične i uživati poverenje javnosti. Shodno tome, načelo istine je jedno od sredstava koje daje legitimitet sudskim odlukama, gradeći na taj način i poverenje u pravosudni sistem u celini. U tom smislu načelo istine neophodno je uvek posmatrati u kontekstu te osnovne svrhe kojoj služi i pogrešno je tvrditi da je istina u adverzijalnom postupku „sporedna i nebitna stvar“. Razlike nastaju u pogledu toga kako se dolazi do te istine, odnosno u različitom načinu utvrđivanja činjeničnog stanja, što je uslovljeno različitim istorijskim razvojem evrokontinentalnog i anglosaksonskog prava, kao i drugačijim konceptualnim poimanjem istine. Jedna od osnovnih tački razilaženja bila je u „tretmanu“ činjenica oko kojih postoji stranačka saglasnost. Dok je u mešovitom postupku načelo istine tumačeno na način koji je obavezivao sud da utvrđuje činjenice uprkos priznanju okrivljenog, u adverzijalnom postupku se utvrđuju samo one činjenice koje su sporne među strankama. Ovakvo usko tumačenje materijalne istine u evrokontinentalnom pravu predstavlja istorijski relikv, nastao u XVIII veku iz bojazni da bi davanjem priznanju takvog dokaznog značaja ponovno bila otvorena vrata za uvođenje torture. Ako se načelo istine tumači u kontekstu osnovne svrhe kojoj služi, jasno je da zasnivanje odluke na činjenicama oko kojih su stranke saglasne ne dovodi u pitanje njen legitimitet. Situacija je upravo suprotna jer, hipotetički posmatrano, u javnosti bi bila daleko spornija odluka kojom bi sud oslobodio okrivljenog koji prizna da je kriv, jer nije pronašao dovoljno dokaza kojim bi se to priznanje potkrepilo! U skladu sa adverzijalnom praksom, novi ZKP eliminiše potrebu dokazivanja činjenica koje okrivljeni priznaje ili oko kojih su stranke saglasne, što nesumljivo doprinosi efikasnosti i brzini postupka, ne dovodeći u pitanje legitimitet presuda zasnovanih na takvim činjenicama.

Problemi nastaju u domenu činjenica oko kojih ne postoji stranačka saglasnost. Načelo istine nalagalo je neophodnost istinitog i potpunog utvrđivanja pravno relevantnih činjenica, na osnovu kojih bi sudija donosio presudu shodno svom „slobodnom sudijskom uverenju“. Takva presuda crpi legitimitet na pravilno i potpuno utvrđenom činjeničnom stanju i obrazloženju osnova na kojima je sudijsko uverenje zasnovano. Iako slična proklamatorna odredba ne postoji u pravilima (*rules*) anglosaksonskih država kojima se reguliše krivični postupak i dokazivanje, dužnost potpunog i pravilnog utvrđivanja odlučnih činjenica proizilazi iz samog porotnog suđenja i potrebe da se zadovolje određeni dokazni standardi. Standard „van razumne sumnje“, tužiocu postavlja najteži teret dokazivanja koji se realizuje prikupljanjem i izvođenjem što većeg broja dokaza. Stoga porotno suđenje samo po sebi nameće najveći „kvantum“ činjenica koje treba utvrditi i dokaza koje treba izvesti. Adverzijalne presude tradicionalno crpe legitimitet iz „suda jednakih“ odnosno iz jednoglasnog uverenja nasumice izabranih građana kao predstavnika naroda (porote) zasnovanog na velikom broju izvedenih dokaza. Nesporno je da mešoviti i adverzijalni postupak teže istini u smislu pravilno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja, samo se konceptualno razlikuju u pogledu načina na koji se do nje najpra-

vilnije dolazi. Nedosledno sproveden adverzijalni koncept u novom ZKP-u otvara pitanje činjeničnog osnova budućih presuda, a mišljenja smo da osnovni nedostatak nije u eksplicitnom izostavljanju „istine“ već u nedostatku odredbe koja bi tužiocu nalažala da u potpunosti dokaže sve pravno relevantne činjenice.

Neophodnost potpunog utvrđivanja odlučnih činjenica nije relikv načela istine već odraz same svrhe krivičnog postupka da se „spreči osuda nevinih i omogući kažnjavanje učinilaca krivičnih dela“. Presude zasnovane na parcijalnim, nepotpunim ili fiktivnim činjenicama dovele bi u pitanje ne samo ovu svrhu, već i poverenje javnosti u celokupan pravosudni sistem. Pravda se ne može bazirati na lažima ili fikcijama, već na ubedljivoj činjeničnoj osnovi koja bi otklonila svaku razumnu sumnju koju bi neutralni posmatrač imao u pogledu krivice okrivljenog. U suprotnom, bez pravilno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja, suđenje bi se dovelo na granicu apsurdna i pretvorilo u Kafkin „Proces“, u kome se uopšte i ne utvrđuju činjenice, nego se Jozef K. jednostavno proglašava krivim!

*Vanja Bajović*

Law Faculty, University of Belgrade

## ABOUT TRUTH AND PURPOSE OF CRIMINAL PROCEDURE

### SUMMARY

Principle of (material) truth is traditionally seen as one of the basic principles and exclusive privilege of mixed criminal procedure that is used in civil-law countries. According to author, the principle of truth means nothing else but full and accurate fact-finding, and as such is importunate feature of adversarial procedure as well. Factual accuracy is actually the cornerstone of the rule of law, and judgments based on false, incomplete or fictive fact cannot have legitimacy among the citizens. Therefore, the main purpose of the principle of truth is to provide public trust in judicial system and judicial government. Typical prejudice of civil-law scholars, that adversary procedures are insufficiently committed to truth, is wrong and rooted in different fact-finding procedures and different epistemological traditions. While „inquisitorial“ concept of truth is based on the correspondence theory and scientific method of fact-finding, adversarial truth is closer to the coherence theory and dialectical or Socratic method. In civil-law criminal procedures, the truth is perceived more as historical truth, attempt to discover the fact as they happened in the past, while parties' will and mutual consent about certain facts are minimized. Therefore, even if an accused plead guilty, additional evidences must be produced, since the judge is obliged to find „real-truth“ that is „truthfully and fully discover all relevant facts“. According to author, such negative attitude toward guilty plea and parties' agreement is historical relict, originate from the fear that different solution could return torture in criminal procedure. On the other side, such provisions, seen as implication of truth principle, jeopardize the efficiency of criminal procedure. New Serbian Code of Criminal Procedure is mostly inspired by adversarial procedure, but concept of truth is dubious and controversial. Although judges are not obliged any more, to „truthfully and fully determine all relevant facts“, it is still possible to

make an appeal if relevant facts are not fully and truthfully determined! Instead of jury trial and proof „beyond reasonable doubt“, new CPC maintained the concept of judge *intime conviction*, and do not oblige the prosecutor to prove the guilt „beyond reasonable doubt“. Therefore, it opens the question of the quantitative and qualitative factual base of future criminal verdicts. All these issues are analyzed in the paper.

In the first part is explained concept of truth, its legal consequences and perception in legal theory. Second part deals with perception of the truth in civil law and common law countries and procedural consequences of these perceptions, different fact-finding procedures and their historical reasons, and different standards of proof. In the third part is explained practical significance of truth-principle or accurate fact-finding in criminal procedure. In the end, forth part deals with the relevant provisions of new Serbian Code of Criminal Procedure.

**Key words:** truth, fact-finding, burden of proof, adversarial criminal procedure, inquisitorial or mixed criminal procedure.

## STVARNA ZABLUDA U KRIVIČNOM PRAVU

**Apstrakt.** Stvarna zabluda, kao iskrivljena slika o krivičnopravno relevantnim činjenicama, znači negaciju socijalno-etičkog prekora koji se upućuje umišljajnom učiniocu. Stoga pogrešna svest učinioca o stvarnoj okolnosti koja ulazi u zakonski pojam kakvog delikta, kao i pogrešna svest o činjenici koja bi, da je zaista postojala, činila delo dozvoljenim, osim što ima veliki praktični značaj, u isto vreme je i potvrda pravila da bez odgovarajućeg subjektivnog odnosa učinioca prema delu nema ni krivičnopravne kažnjivosti. Predmet rada čine pitanja koja se tiču pojava stvarne zablude, podele na zabludu o obeležjima bića i zabludu o razlozima isključenja protivpravnosti, kao i pitanja koja se odnose na značaj stvarne zablude u krivičnom pravu.

**Ključne reči:** umišljaj, nehat, zabluda, obeležja bića krivičnog dela, razlozi isključenja protivpravnosti.

### UVOD

Učenje o stvarnoj zabludi logički izvire iz učenja o umišljaju i predstavlja njegov prirodni nastavak,<sup>1</sup> što je posledica pravila da je za skrivljeno ponašanje koje odgovara ovom obliku krivice potrebna svest učinioca o svim objektivnim obeležjima opisanim u biću kakvog delikta. Kako je za umišljajnu krivicu neophodan intelektualni element koji se svodi na ispravnu svest o objektivnim elementima određene inkriminacije, sledstveno, neznanje ili pogrešna svest o nekom objektivnom elementu koji određuje nepravo jednog ponašanja vodi postojanju stvarne zablude, s posledicom – isključenje umišljajnog delikta. Stvarna zabluda je dakle **negacija umišljaja**, pošto relevantan nedostatak na planu svesti kod učinioca koji ne zna stvarno stanje stvari, potire i kriminalnu volju, utkanu u sam pojam ovog oblika krivice, kao i socijalno negativan sud o delu što prati umišljajno ostvarenje. Ipak, odgovornost za nehat ostaje nedirnuta ako je učinilac skrivio svoje neznanje. Stoga je ova materija od velikog praktičnog značaja, jer odgovor na pitanje da li učinilac koji pogrešno shvata situaciju i ostvaruje pretpostavke kažnjivosti predviđene krivičnopravnom normom zaslužuje, i pod kojim uslovima, prekor za učinjeno delo, pocrtava i graničnu liniju kriminalne zone. Ne čudi onda što moderna krivičnopravna misao institutu stvarne zablude poklanja naročitu pažnju, mada u srpskoj nauci krivičnog prava ne postoji zadovoljavajući broj radova koji bi za predmet imali ovo pitanje, koje u pojedinim aspektima otkriva najsloženija područja na planu krivice.

U našoj ranijoj literaturi je, i pored toga što je vladajuće mišljenje pravilo razliku između stvarne i pravne zablude, bio prisutan i stav o potrebi jedinstvenog regu-

---

\* asistent, [djokic@ius.bg.ac.rs](mailto:djokic@ius.bg.ac.rs)

1 S druge strane, problematika pravne zablude se prirodno nadovezuje na učenje o trećem konstitutivnom elementu krivice – svesti o protivpravnosti.

lisanja situacije kada učinilac ne zna da vrši krivično delo, nezavisno od osnova neznanja, tj. kritikovan je sam temelj ove podele. U tom kontekstu naročito zanimljiv je stav Atanackovića koji svaku deobu zablude na stvarnu i pravnu smatra neosnovanom i teorijski i praktično neizvodljivom. „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.“<sup>2</sup> Preko razlike između opšte i konkretne zabranjenosti dela, ovaj autor uvodi novu deobu zablude, koja bi trebalo da odredi ne samo razliku u pojmu već i u krivičnopravnom dejstvu. „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.“<sup>3</sup> U prvom slučaju postoji zabluda o opštoj zabranjenosti (protivpravnosti) dok u drugom postoji zabluda o konkretnoj (posebnoj) zabranjenosti (protivpravnosti) dela. Shodno tome, Atanacković razlikuje *zabludu o zabranjenosti dela* i *zabludu o izvršenju zabranjenog dela*. Krivičnopravni učinak ovih dveju vrsta zablude je različit. Zabluda o izvršenju zabranjenog 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) onda nema umišljaja, ali neće biti isključen nesvesni nehat. Što se tiče zablude o zabranjenosti dela, Atanacković se, argumentacijom koja ne deluje ubedljivo, 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, ako ne kod ocene vinosti, ono bar kod odmeravanja kazne.“<sup>4</sup>

Iako je tačno da učinilac koji postupa u stvarnoj zabludi ne zna da ostvaruje nepravo, kao što toga nije svestan ni učinilac kod kojeg postoji pravna zabluda, ove pozicije se ipak načelno razlikuju. Nije ista situacija kada učinilac ne zna da se sukobljava sa zahtevima pravnog poretka i pored ispravnog shvatanja objektivne podloge dela, jer mu nedostaje svest o pravnoj zabranjenosti preduzete radnje i situacija kada zbog pogrešne svesti ne zna činjenično stanje pa stoga i ne zna da vrši delo čija mu je pravna nedopuštenost inače poznata. „Prvi zna što radi, ali smatra da je to dopušteno. Drugi ne zna što radi, pa zato ne zna ni da to što radi ne smije raditi.“<sup>5</sup>

2 D. Atanacković, „Pojam zablude u krivičnom pravu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 1/1977, str. 51.

3 *Isto*, str. 52.

4 *Isto*, str. 62–63.

5 F. Bačić, *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 1986, str. 294.

Ovo je razlikovanje ne samo u pojmovnom smislu već i u pogledu drugačijeg krivičnogopravnog dejstva sprovedeno i u našem krivičnom zakonodavstvu. Iako postoje krivičnopravni sistemi koji pravnu figuru stvarne zablude ne predviđaju izričito zakonskom odredbom,<sup>6</sup> srpski Krivični zakonik (KZ), po uzoru na neka druga zakonodavstva<sup>7</sup> i na, moglo bi se reći, uobičajen način iz ugla naših ranijih zakonskih projekata, reguliše ovo pitanje.

Prema čl. 28 KZ nije krivično delo ono delo koje je učinjeno u neotklonjivoj stvarnoj zabludi (1). Stvarna zabluda je neotklonjiva ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da izbegne zabludu u pogledu neke stvarne okolnosti koja predstavlja obeležje krivičnog dela ili u pogledu neke stvarne okolnosti koja bi, da je zaista postojala, činila delo dozvoljenim (2). Ako je učinilac bio u stvarnoj zabludi usled nehata, postojaće krivično delo učinjeno iz nehata kad zakon takvo krivično delo predviđa (3). Ovom odredbom pokrivene su obe vrste stvarne zablude: *zabluda o stvarnim obeležjima bića krivičnog dela* i *zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti*. Iako je u oba slučaja učinilac u zabludi o delu kao događaju u objektivnoj stvarnosti, osnovna razlika je u tome što se kod prve vrste stvarne zablude učinilac vara u pogledu neke činjenice opisane bićem krivičnog dela, tj. zabluda se odnosi na stvarni supstrat predviđenosti u zakonu, dok se druga vrsta stvarne zablude odnosi na činjenice od kojih zavisi ispunjenost nekog osnova opravdanja, tj. zabluda se odnosi na stvarni supstrat nekog osnova isključenja protivpravnosti.<sup>8</sup> I pored toga što su obe ove situacije u pogledu svog krivičnogopravnog dejstva izjednačene, činjenični supstrat u pogledu koga postoji zabluda je vezan za različite opšte pretpostavke kažnjivosti, pa je neophodno da se posebna pažnja pokloni kako zabludi o obeležjima bića krivičnog dela tako i zabludi o razlozima isključenja protivpravnosti.<sup>9</sup>

6 To je slučaj u krivičnom pravu Francuske, Jermenije, Letonije, Moldavije, Švedske itd. gde se pravila o stvarnoj zabludi posredno izvode iz zakonskih odredaba ili opštih pravila o umišljaju i nehata. Ni Krivični zakonik Austrije ne predviđa stvarnu zabludu o obeležjima bića krivičnog dela (*Tatbildirrtum*), ali se do njene definicije dolazi na indirektan način, tj. tumačenjem § 5 tog zakonika, u kome je određen pojam umišljaja. Nepostojanje uslova za umišljaj, u smislu odsustva svesti ili volje u odnosu na makar jedan element zakonskog bića, vodi stvarnoj zabludi. Vid. H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, Springer-Wien-New York, 2002, str. 109. Pošto je prethodno pitanje ocenjeno nespornim, izostalo je i odgovarajuće pravno uobličavanje instituta stvarne zablude o obeležjima bića krivičnog dela. Ipak, KZ Austrije u § 8 izričito reguliše dejstvo zablude o činjeničnim pretpostavkama osnova isključenja protivpravnosti.

7 Odredbu o stvarnoj zabludi poznaju zakonici Bugarske (§ 14), Estonije (§ 17), Finske (4.1, 4.3), Italije (§ 47), Mađarske (§ 27), Nemačke (§ 16), Norveške (§ 42), Portugala (§ 16), Rumunije (§ 33), Švajcarske (§ 19) itd.

8 Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 2011, str. 162.

9 U delu naše literature se za zabludu o obeležjima bića koristi izraz zabluda u užem smislu, dok se stvarna zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti označava stvarnom zabludom u širem smislu, iako ostaje nejasno po kom kriterijumu je učinjeno opredeljenje za upotrebu takve terminologije. Niti je stvarna zabluda o biću uža u pogledu onoga na šta se odnosi od stvarne zablude o razlozima isključenja protivpravnosti, niti zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti obuhvata ono na šta se odnosi zabluda o biću. Ovu deobu usvajaju: M. Radovanović, *Krivično pravo SFRJ. Opšti deo*, Beograd, 1972, str. 201–202; M. Đorđević, *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije* (redaktor: N. Srzentić), Beograd, 1978, str. 88; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 2000, str. 229–234; B. Čejović, *Krivično pravo*, Beograd, 2007, str. 195. Za kritiku ovog shvatanja vid. Z. Stojanović, *nav. delo*, str.

## STVARNA ZABLUDA O BIĆU KRIVIČNOG DELA

Stvarna zabluda o biću postoji kada učinilac nema svest ili ima pogrešnu svest o nekoj stvarnoj okolnosti koja ulazi u biće krivičnog dela. Neznanje kakve činjenice sadržane u biću (npr. da je novac koji učinilac stavlja u opticaj lažan) kao i pogrešna svest o nekom zakonskom obeležju (npr. lovac lišava života drugog lovca u pogrešnom uverenju da puca na divljač) isključuju uračunavanje objektivnog bića u umišljaj, bez obzira na skrivljenost zablude.<sup>10</sup> Zabluda usled neznanja, tj. nepostojanja svesti o nekoj zakonskoj okolnosti, se od strane pojedinih autora označava kao „negativna“ zabluda, a zabluda u kojoj se učinilac našao zbog pogrešne svesti „pozitivna“ zabluda.<sup>11</sup> No, ta razlika nema neki praktični značaj pošto učinilac koji zbog krive svesti o relevantnoj činjenici ostvaruje biće krivičnog dela postupa bez odgovarajućeg subjektivnog elementa, jednako kao i onaj koji uopšte nije imao svest o nekom zakonskom obeležju.<sup>12</sup> U oba slučaja ne poklapaju se učiniočeva svest i stvarnost,<sup>13</sup> tj. učinilac ne zna šta radi, pošto zbog zablude nema ispravnu svest o činjenicama obuhvaćenim bićem krivičnog dela.<sup>14</sup> Stvarna zabluda je dakle negativna strana umišljaja pošto njeno postojanje isključuje intelektualnu komponentu umišljaja. Ovo slikovito primećuje Aćimović: „Zabluda je kontradiktorna umišljaju i negacija umišljaja, kao što je i umišljaj negacija zablude. Gde zabluda postoji tu nema umišljaja i obrnuto, gde ima umišljaja, tu je zabluda isključena.“<sup>15</sup> Pogrešna svest učinioca u odnosu na makar i jednu okolnost predviđenu bićem krivičnog dela negira umišljaj u celini. Isključen je stoga nekakav „polovični umišljaj“ koji bi samo delimično obuhvatio zakonska obeležja dela.<sup>16</sup> Ovaj zaključak predstavlja opšte mesto u krivičnopravnoj dogmatici i jednostavno se izvodi iz prirodne povezanosti umišljaja i zablude. Pošto umišljajni učinilac mora da ima ispravnu svest o celokupnom objektivnom biću krivičnog dela, jasno je da ako se u njegovoj svesti nisu ispravno oslikale one stvarne okolnosti koje opisuju nepravo, postoji nedostatak na planu intelektualne strane umišljaja, što otvara polje stvarne zablude. Ono što u jednom smeru vredi za umišljaj, u suprotnom smeru vredi za zabludu.<sup>17</sup> S tim u

162. I Aćimović razlikuje zabludu u užem i širem smislu, ali na drugačiji način. Prema njegovom shvatanju zabluda u užem smislu je neznanje (nedostatak svesti) a u širem smislu pogrešno shvatanje (netačna predstava) o stvarnim i pravnim obeležjima bića krivičnog dela. Vid. M. Aćimović, *Krivično pravo. Opšti deo*, knjiga prva, Subotica, 1937, str. 93.

- 10 Međutim, neće se raditi o zabludi ako učinilac samo nije siguran da li postoji neko obeležje bića krivičnog dela pa na njega pristaje, što je tipična konstelacija eventualnog umišljaja.
- 11 K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2008, str. 387; U. Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2011, Baden-Baden, str. 204–205.
- 12 Vid. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 2011, str. 96. Ovo je opravdano s obzirom na to da je suština zablude u pogrešnom shvatanju činjenica, odnosno nepostojanju ispravne svesti o nekoj okolnosti, pa bi se moglo tvrditi da je pomenuto razlikovanje sasvim nepotrebno (i pogrešna svest je u krajnjem slučaju neznanje).
- 13 K. Kühl, *nav. delo*, str. 387.
- 14 J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, 2011, str. 93.
- 15 M. Aćimović, *nav. delo*, str. 93.
- 16 Vid. B. Камбовски, *Казнено право. Оштити дел*, Скопје, 2006, str. 431.
- 17 M. Damaška, „Problem razgraničenja stvarne i pravne zablude“, *Naša Zakonitost*, Zagreb, 1/1965, str. 13.

vezi, stvarna zabluda je moguća samo u odnosu na okolnosti koje mora obuhvatiti umišljaj. Ipak, pravilo iz čl. 28 KZ koje deluje u korist učinioca ima i drugu stranu, kada je učinilac u zabludi na svoju štetu, jer drži da je ostvareno neko u stvarnosti nepostojeće obeležje bića kakvog delikta (npr. A puca u B koji izgleda kao da spava, ne znajući da je B već mrtav). Obrnuta stvarna zabluda je u stvari nepodoban pokušaj, jer učinilac polazi od činjeničnog stanja koje u stvarnosti ne postoji,<sup>18</sup> pa će zbog takve subjektivne usmerenosti biti kažnjen ako su ispunjeni uslovi za kažnjivost pokušaja.

Stvarna zabluda je pre svega pogrešna svest<sup>19</sup> o radnji izvršenja, objektu radnje, posledici, sredstvu radnje ali ona može postojati i u odnosu na sve ostale elemente objektivnog bića krivičnog dela, s tim što nije neophodno da je učinilac u zabludi u pogledu nekog stvarnog obeležja u celini. „Zabluda se može odnositi i samo na jednu stvarnu okolnost, koja čini sastavni deo obeležja krivičnog dela, ukoliko je to presudno za postojanje krivičnog dela (npr. postoji stvarna zabluda ako učinilac veruje da je lice nad kojim vrši obljubu navršilo četrnaest godina, iako su mu poznata sva ostala svojstva pasivnog subjekta)“.<sup>20</sup>

Predmet zablude mogu biti kako **deskriptivna** tako i **normativna** obeležja bića krivičnog dela.<sup>21</sup> Pošto je za umišljaj dovoljno da učinilac ima svest o stvarnom značaju normativnog obeležja, tj. ne traži se pravilno podvođenje pod odgovarajuću normu, stvarna zabluda u odnosu na normativno obeležje bića krivičnog dela će postojati kada učinilac ni na osnovu „paralelnog vrednovanja u sferi laika“ ne shvata društveni značaj neke okolnosti. Ukoliko takav značaj na laički način shvata ali ne zna za postojanje krivičnopravne norme ili je pogrešno tumači pa smatra da se ona ne odnosi na njegovo ponašanje, koje zbog toga greškom ocenjuje neprotivpravnim, radiće se o pravnoj zabludi. Npr. ko zna da ispuštanjem vazduha iz gume na tuđem motornom vozilu, drugog prolazno lišava njegove upotrebe, ali smatra

18 Vid. I. Vuković, *Pokušaj krivičnoga dela*, doktorska disertacija, Beograd, 2008, str. 173; T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2011, str. 118.

19 U literaturi se može sresti i određenje stvarne zablude kao „pogrešne predstave“ učinioca o relevantnim okolnostima. Vid. N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *nav. delo*, str. 231. Iako to nije netačno, tj. moglo bi se reći da učinilac pogrešno predstavlja stvarno stanje, ipak se treba opredeliti za izraz pogrešna svest, zbog toga što je stvarna zabluda druga strana umišljaja, čija je intelektualna komponenta svest o objektivnim obeležjima bića a ne predstava o njima.

20 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 124.

21 Pojedini autori u našoj ranijoj dogmatici polazili su od toga da je zabluda o normativnom obeležju bića pravna a ne stvarna zabluda. U tom smislu još je Živanović tvrdio da između stvarne i pravne zablude postoji samo pojmovna razlika, dok je dejstvo u oba slučaja isto. I jedna i druga isključuju umišljaj. „Zabluda je stvarna, kad je stvarna okolnost, o kojoj je izvršilac krivičnog dela u zabludi, sama za sebe pravno irelevantna. To je dakle zabluda o stvarnim (fizičkim) pojavama i stanjima... Zabluda je pravna, kad je stvarna okolnost, o kojoj je izvršilac u zabludi, već po sebi pravno relevantna, t. j. pravna činjenica (iz normativnih, aksioloških elemenata bića) krivičnog dela... To je dakle zabluda o pravnim pojmovima (pravima, pravnim svojstvima i odnosima), pravnim činjenicama, ili drugim rečima zabluda o pravnim normama (značaju, domašaju ili čak postojanju njihovom)“. T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo*, II knjiga, Beograd, 1937, str. 62. Slično shvatanje usvaja Aćimović: „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 t. j. na ona pravna pravila krivičnog zakona, koja imaju za predmet zapovesti i zabrane pojedinih radnji i njihovu zabranu kaznom“. M. Aćimović, *nav. delo*, str. 93–94.



da to ne predstavlja oštećenje u smislu radnje izvršenja krivičnog dela iz člana 212 KZ, ima odgovarajuće znanje o stvarnom značaju te radnje, pa se ne može pozivati na stvarnu zabludu.<sup>22</sup> Učinilac koji je dakle svestan društvene funkcije konkretne okolnosti ali je pogrešno podvodi pod pravnu normu (*Subsumtionsirrtum*) vara se u pogledu apstraktnog značenja zakonskog izraza pa pogrešno opisuje događaj. Umišljaj u tom slučaju ostaje nedirnut, ali nije isključeno postojanje pravne zablude.<sup>23</sup> Naprotiv, kao što je već rečeno, ako učiniocu nije poznato činjenično stanje na koje zakonodavac nadovezuje krivičnopravnu normu, onda nema ni neophodnog znanja o normativnom obeležju bića krivičnog dela i postojaće stvarna zabluda. Međutim, postoje i granični slučajevi. Tako u slučaju da A kupi bicikl od B i plati traženi iznos, ali onda bez znanja lica B ulazi u njegovo dvorište i uzima bicikl, smatrajući sebe vlasnikom već na osnovu zaključenog ugovora, u zabludi je da predmet ugovora više nije svojina prodavca, jer ne zna da se za prenos tog prava traži i odgovarajući *modus acquirendi*, tj. u ovom slučaju predaja stvari. Postavlja se pitanje da li se učinilac u ovakvoj situaciji nalazi u stvarnoj ili pravnoj zabludi. On pogrešno smatra da stvar nije tuđa, ali zbog nepoznavanja prava odnosno loše pravne ocene činjeničnog stanja. Ako se prihvati ranije dominirajuće učenje o načelnom razgraničenju između stvarne i pravne zablude, koje stvarnu zabludu svodi na pogrešno čulno opažanje a pravnu na pogrešno pravno vrednovanje, onda bi se ovaj slučaj lako mogao podvesti pod pravnu zabludu. Ipak, oštro odvajanje ovih polova koje bi za kriterijum isključivo uzimalo nepoznavanje činjenica ili nepoznavanje prava nije ispravno, pa tako ni pojmovno određenje stvarne zablude kao pogrešne svesti o konkretnim okolnostima koje čine zakonska obeležja nekog krivičnog dela, a koje bi bilo lišeno bilo kakvog vrednovanja. Svest o delu ne obuhvata samo vrednosno neutralnu saznavnu dimenziju, čulno opažanje činjenica, već i njihovo odgovarajuće procenjivanje, što je već naglašeno u pogledu normativnih obeležja bića krivičnog dela.<sup>24</sup> Intelektualna strana umišljaja se ne može shvatiti kao gola svest o činjenicama, ona je uvek i vrednovanje opaženog. Ontološko i aksiološko su tu neraskidivo povezani. Naravno da se tu ne misli na vrednovanje koje zasniva pravnu zabludu, ali i kod zablude o normativnim obeležjima bića koja je rezultat nepravilne pravne ocene, može se dopustiti njeno zadržavanje pod okriljem stvarne zablude.<sup>25</sup> Tako bi u prethodno navedenom primeru učinilac postupao u stvarnoj a ne u pravnoj zabludi.<sup>26</sup>

22 Vid. K. Kühl, *nav. delo*, str. 388–389.

23 Vid. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrehenslehre*, München, 2006, str. 486; U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 213; T. Fischer, *nav. delo*, str. 121; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 2003, str. 500.

24 Za više o tome vid. M. Damaška, *nav. delo*, str. 10–20. Vrednovanje je neizbežno i u odnosu na neka tipična deskriptivna obeležja. Objekt radnje krivičnog dela ubistva je živ čovek, a to obeležje nužno zahteva određenu procenu, pa su se i u nauci menjala mišljenja o tome kad počinje a kad se završava ljudski život.

25 Vid. C. Roxin, *nav. delo*, str. 489. Tako i Damaška koji smatra da zabluda o nekom „stvarnom“ obeležju može biti zasnovana na pogrešnom zapažanju, ali i zbog pogrešne pravne ocene. Na primer, kriva predstava u pogledu obeležja „tuđ“ može nastati usled zamene objekata ali i usled pogrešnog mišljenja da oštećeni uvek zadržava vlasništvo na ukradenoj stvari. *Isto*, str. 10. Za englesko krivično pravo vid. D. Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford, 2011, str. 338.

26 Vid. M. Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, str. 72–73; G. Freund, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin-Heidelberg, 2009, str. 292.

U granično polje stvarne i pravne zablude spada i pogrešna svest učinioca o pravnoj zabranjenosti preduzete radnje kod krivičnih dela u čiji zakonski opis je unesen element **protivpravnosti**. Stav je naše teorije da se protivpravnost u takvom slučaju smatra (normativnim) obeležjem bića krivičnog dela, pa je shodno opštem pravilu potrebno zaključiti stvarnu zabludu u situaciji kada učinilac svoje ponašanje ocenjuje saglasnim pravu.<sup>27</sup> To bi shvatanje ipak moglo biti sporno s obzirom na činjenicu da je odredbom člana 22 KZ svest o protivpravnosti označena kao samostalan element u strukturi krivice, koji se ispituje van umišljaja i nehata. Osim toga, polazi se od oborive pravne pretpostavke da je učinilac svestan protivpravnosti svoje radnje pa bi opredeljivanje za teoriju umišljaja značilo da se ovaj oblik krivice delimično pretpostavlja, što je neprihvatljivo. Kao dalja posledica takvog rešenja moglo bi se navesti da bi umišljaj bio isključen i u situaciji kada učinilac smatra da postoji kakav osnov opravdanja koji pravo ne priznaje. Ispravnijim se čini stav da zabluda o protivpravnosti kod krivičnih dela u čiji je opis unesena formulacija „neovlašćeno“, „protivpravno“ i sl. može u zavisnosti od okolnosti predstavljati stvarnu ali i pravnu zabludu.<sup>28</sup> To podrazumeva da se u zavisnosti od krivičnog dela koje sadrži neki takav izraz pažljivo ispita da li je zakonodavac u tom slučaju protivpravnost obeležio kao deo bića krivičnog dela ili kao opštu karakteristiku svakog delikta krivičnog prava. U prvom slučaju bi protivpravnost saodređivala nepravo, dok bi u drugom slučaju značila da je delo kažnjivo ako ne postoji neki osnov opravdanja. Kod onih krivičnih dela kod kojih je zakonodavac protivpravnost uneo u zakonski opis zbog toga što organu primene prava želi da ukaže na možda češće postojeći osnov koji bi protivpravnost isključio, na planu neprava se ništa ne bi promenilo i da je taj element izostavljen, pa treba uzeti da se radi o nepotrebnoj tehnicu koja opšti element pojma krivičnog dela unosi u opis dela (npr. protivpravno lišenje slobode, zagađenje životne sredine). Smatra li učinilac da su ispunjene okolnosti koje bi, da zaista postoje, isključile protivpravnost radiće se o stvarnoj zabludi, ali ako pogrešno smatra da postojeća okolnost predstavlja razlog isključenja protivpravnosti nalaziće se u pravnoj zabludi.<sup>29</sup> S druge strane, kod krivičnih dela kod kojih se protivpravnost smatra elementom bića krivičnog dela, pogrešna svest o takvom obeležju značila bi stvarnu zabludu.<sup>30</sup> Učinilac koji greškom smatra da mu drugi duguje novac, pa ga lažnim prikazivanjem činjenica dovede u zabludu usled čega ovaj na štetu svoje imovine isplati tu sumu, nema ispravnu svest o protivpravnosti imovinske koristi. Eventualna osuda takvog učinioca za umišljajnu prevaru ne bi bila opravdana, pošto njegova predstava o delu ne obuhvata *ratio essendi* inkriminacije. On se nalazi u zabludi koja negira umišljaj.<sup>31</sup>

Predmet zablude može biti i propis na koji upućuje **blanketna dispozicija** pošto on u takvom slučaju upotpunjuje biće krivičnog dela. Kriva slika o okolnostima koje su sadržane u takvom propisu osnov je stvarne zablude, dok je nepoznavanje

27 Vid. J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1956, str. 89.

28 Up. U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 219–220.

29 Vid. M. Damaška, *nav. delo*, str. 22.

30 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 216–217. Tako Stojanović u odnosu na krivično delo samovlašće. Vid. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 707.

31 M. Damaška, *nav. delo*, str. 23; vid. C. Roxin, *nav. delo*, str. 490.

tih propisa pravna zabluda.<sup>32</sup> U tom smislu nema umišljajnog ugrožavanja javnog saobraćaja ako vozač prouzrokuje nezgodu ulaskom u raskrscnicu na zeleno svetlo, ako nije znao da je semafor u kvaru.<sup>33</sup>

Pošto **kvalifikatorne i privilegujuće** okolnosti predstavljaju dopunska obeležja bića zabluda se može odnositi i na teži odnosno lakši oblik krivičnog dela.

U situaciji kada učinilac ne zna za kvalifikatornu okolnost njegova krivica ostaje u granicama osnovnog bića, pa otpada odgovornost za teži oblik.<sup>34</sup> Ako učinilac npr. ne zna da knjige koje je ukrao iz Narodne biblioteke predstavljaju kulturno dobro ne može biti kažnjen rasponom kazne propisanim za tešku krađu, jer mu nedostaje umišljaj u odnosu na okolnost koja delo čini težim. Isto ni učinilac koji lišava života dete ne znajući da se radi o pasivnom subjektu koji nije navršio četrnaest godina ne može odgovarati za relevantan oblik teškog ubistva. U skladu sa pravilom o obrnutoj zabludi treba rešavati slučajeve kada učinilac pogrešno smatra da je ostvario teži oblik krivičnog dela. Lopov koji ukrade kopiju dela poznatog slikara verujući da je reč o originalnoj slici koju želi da proda na ilegalnom tržištu čini nepodoban pokušaj teške krađe. Međutim, iz perspektive odredbe člana 31 KZ zabluda u pogledu kvalifikatorne okolnosti koja se ne tiče sredstva ili predmeta ne može se uzeti u obzir, pa otpada opredeljivanje za nepodoban pokušaj kada učinilac npr. vrši krađu pogrešno držeći da iskorišćava bespomoćnost ili drugo teško stanje nekog lica, ili da umisli stanje poplave.<sup>35</sup>

S druge strane pitanje odgovornosti učinioca koji ne zna da ostvaruje lakši oblik krivičnog dela zavisi od toga da li se privilegovanje zasniva isključivo na nižem intenzitetu neprava ili i na slabije ispoljenom stepenu krivice.<sup>36</sup> Ukoliko je presudna motivacija učinioca, onda neznanje da je objektivno ostvareno nepravo privilegovanog oblika neće ići u korist učiniocu pa ostaje odgovornost za osnovni oblik. Tako učinilac koji liši života punoletno lice koje se nalazi u teškom zdravstvenom stanju, ne znajući da je ovaj od njega to ozbiljno i izričito zahtevao, ne ostvaruje subjektivno biće krivičnog dela lišenje života iz samilosti pa odgovara za obično ubistvo. Slično, i ponašanje učinioca krivičnog dela krađe koji ne zna da je vrednost oduzete stvari neznatna ne potpada pod čl. 210 KZ, pošto samo objektivni uslov vezan za vrednost stvari nije dovoljan. Obrnut slučaj, kada učinilac pogrešno polazi od toga da je ispunjena privilegujuća okolnost može biti sporan. Ovde učinilac objektivno ostvaruje osnovni oblik dela a subjektivno njegovo privilegovano biće. Npr. učinilac iz samilosti lišava života drugoga u pogrešnom uverenju da je pasivni subjekt to od njega zahtevao. Neka zakonodavstva (vid. § 16 st. 2 nemačkog, § 19 st. 1 švajcarskog, § 17 st. 2 estonskog, § 28 st. 2 poljskog zakonika) posebnom odredbom predviđaju da će učinilac koji u zabludi smatra da je ostvarena okolnost

32 M. Damaška, *nav. delo*, str. 25. Shodno ovom kriterijumu u pravnoj je zabludi učinilac koji lovi preko cele godine, jer mu nije poznato da postoji zabrana lova, dok je u stvarnoj zabludi ako greši u pogledu vremenskih granica lovostaja ili se vara o datumu. C. Roxin, *nav. delo*, str. 492.

33 B. Камбовски, *nav. delo*, str. 433.

34 Naravno, ovo se odnosi samo na kvalifikatornu okolnost a ne i na težu posledicu, pošto shodno osnovnom pravilu sadržanom u čl. 27 KZ ona mora biti obuhvaćena učiniočevim nehatom.

35 I. Vuković, *nav. delo*, str. 197.

36 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 210.

koja čini obeležje privilegovanog oblika krivičnog dela biti kažnjen za umišljajno vršenje takvog privilegovanog dela. S obzirom na značaj pitanja i moguće dileme koje rađa odsustvo norme koja bi pokrila i slučaj zablude o privilegujućoj okolnosti trebalo bi ga *de lege ferenda* rešiti na isti način kao i pomenuta zakonodavstva, pa delo kvalifikovati prema činjeničnom stanju koje se odrazilo u svesti učinioca. Pošto naš KZ ovo pitanje ne reguliše, moguća su dva rešenja: ili delo kvalifikovati kao pokušaj privilegovanog oblika, ili kao dovršeno krivično delo iz osnovnog oblika, sa odgovarajućim zahtevima na planu odmeravanja kazne.<sup>37</sup>

**Error in obiecto vel persona.** Objekt radnje je obeležje bića pojedinih krivičnih dela pa pogrešna svest o ovoj okolnosti može isključiti umišljaj. Lovac koji je u pogrešnom uverenju da puca u divljač lišio života drugog lovca postupa u stvarnoj zabludi o objektu radnje. Ova zabluda je relevantna pošto sa aspekta krivičnopravne zaštite objekti radnje nisu istog kvaliteta, tj. učiniocu nedostaje svest o jednakoj vrednosti predstavljenog i stvarno napadnutog objekta.<sup>38</sup> Slučajevi ostvarenja dela koje je obuhvaćeno drugom kvalifikacijom jednostavno se rešavaju u nauci i praksi i ne zadaju neke posebne poteškoće. Ipak, prema opštem stavu u nauci nema relevantne stvarne zablude u predmetima *error in obiecto vel persona*. Reč je o situaciji u kojoj učinilac preduzima radnju izvršenja na objektu radnje koji po svom kvalitetu odgovara njegovom umišljaju ali s tim što se ne radi o objektu koji je on individualno očekivao.<sup>39</sup> U ovoj je zabludi učinilac koji primera radi lišava života lice A misleći da se radi o licu B (*error in persona*), ili lopov koji ukrade jednu stvar smatrajući je za drugu (*error in obiecto*). Takva jedna zabluda, zbog toga što se radi o licu ili predmetu koji su istog krivičnopravnog značaja, ipak ne isključuje umišljaj. Učinilac se vara samo u pogledu stvarne individualizacije objekta, koja je irelevantna (*Motivirrtum*).<sup>40</sup> U prvom slučaju učinilac je svestan da lišava života čoveka i to hoće, dok je u drugom primeru svestan da oduzima tuđu stvar, što je dovoljno za umišljaj.<sup>41</sup> Isto važi i u slučaju više alternativno predviđenih predmeta radnje kod pojedinih delikata, naravno pod pretpostavkom da su svi u kontekstu pravne zaštite jednako vredni. U tom smislu postupa umišljajno u odnosu na čl. 315 KZ učinilac koji, misleći da se radi o tajnim službenim, stranoj državi preda tajna ekonomska dokumenta.

Na sličan način treba rešiti i situaciju zamene objekta radnje kod instituta *actiones liberae in causa*. Radiće se o neuvažavajućoj zabludi ukoliko učinilac u trenutku

37 I. Vuković, *nav. delo*, str. 198. Prema stavu ovog autora, opredeljenje za prvo rešenje, s obzirom na kriterijum jačine ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, ne bi trebalo da za posledicu ima ublažavanje kazne, pošto delo nije nedovršeno zbog izostajanja posledice već zbog nepostojanja drugog obeležja. Drugo rešenje ocenjuje manje prihvatljivim, naročito u situaciji neotklonjive stvarne zablude. *Isto*.

38 Vid. J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 94.

39 Up. K. Kühn, *nav. delo*, str. 393; Vid. A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2010, str. 671.

40 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 219; G. Freund, *nav. delo*, str. 284.

41 Identitet pasivnog subjekta je sa aspekta krivičnog dela ubistva jednako irelevantna okolnost kao i nacionalna pripadnost pasivnog subjekta, njegova boja kože ili pol. Takođe, ni činjenica da učinilac ne bi izvršio delo da je znao da se radi o drugom licu ne menja ništa na stvari. Umisljaj je očuvan. K. Kühn, *nav. delo*, str. 394.

*actio praecedens* namerava da siluje jedno lice, pa se upotrebom alkohola dovede u stanje neuračunljivosti i delo izvrši prema drugom licu.<sup>42</sup>

Sumnja u ovakav rezultat postoji kada učinilac objekt radnje „nije imao pred očima“. Npr. učinilac koji stavi eksplozivnu napravu na automobil lica koje želi da usmrti, liši života lice kome je vlasnik pozajmio svoje motorno vozilo. Ipak, se i ovde radi o neuvažavajućoj zabludi, pošto je za umišljaj dovoljna svest o tome da će nastupiti smrt lica koje vozilo stavi u dejstvo, što se i realizovalo.<sup>43</sup> Međutim, kada je objekt radnje lice određenog svojstva ili tačno određeni predmet onda će i greška učinioca biti od značaja. Ali u toj situaciji se i ne radi o objektima koji su sa aspekta zakonskog opisa jednako vredni.

Izvesne dileme otvara i pitanje *error in obiecto* na planu saučesništva. Prema jednom delu teorije, zabluda izvršioca u odnosu na objekt radnje jednako je irelevantna i za saučesnika.<sup>44</sup> Ako je npr. izvršilac koji je profesionalni ubica, u zabludi u pogledu identiteta pasivnog subjekta i podstrekač se uvek kažnjava za navođenje na dovršeno ubistvo.<sup>45</sup> Moglo bi se prihvatiti i danas pretežno zastupano shvatanje da *error in obiecto* za npr. podstrekača predstavlja *aberratio ictus* pošto izvršilac zapravo ne ostvaruje ono delo na koje se odnosi umišljaj podstrekača, već neko drugo, što utiče i na odgovornost saučesnika, koji se kažnjava za neuspelo podstrekavanje u sticaju sa nehatnim delom.<sup>46</sup> Pri tom bi, prema jednom mišljenju, trebalo voditi računa o tome da li se zamena objekta može dovesti u vezu sa ponašanjem podstrekača ili se u potpunosti stavlja na teret podstreknutom.<sup>47</sup> U prvom bi slučaju podstrekač odgovarao za dovršeno delo, u drugom barem za neuspelo podstrekavanje.<sup>48</sup> Slični problemi se pojavljuju i u slučajevima posrednog izvršilaštva.<sup>49</sup>

Kod materijalnih krivičnih dela **uzročna veza** između radnje izvršenja i posledice predstavlja (nepisano) obeležje bića koje mora biti obuhvaćeno krivicom, pa greška u svesti učinioca o kauzalnom toku može predstavljati stvarnu zabludu. Međutim, nije neophodno da učinilac svojim umišljajem obuhvati tok događaja u svim pojedinostima i detaljno, dovoljno je da se stvarni tok u glavnim crtama poklapa

42 Vid. više U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 225. U jednom slučaju iz engleske sudske prakse (*Fotheringham 1988*) sud je smatrao da ne predstavlja relevantnu odbranu u postupku (*defence*) zabluda učinioca koji je u stanju pijanstva u svom bračnom krevetu izvršio obljubu sa četrnaestogodišnjom devojkom koja je čuvala njegovu decu, u pogrešnom uverenju da je to njegova supruga. Vid. M. Jefferson, *Criminal Law*, Harlow, England, 2009, str. 301.

43 K. Kühl, *nav. delo*, str. 395.

44 Vid. C. Roxin, *nav. delo*, str. 534–535. Englesko pravo u osnovi polazi od ovog stava. Vid. D. Ormerod, *nav. delo*, str. 212.

45 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 102.

46 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *nav. delo*, str. 735.

47 Interesantan je često citiran slučaj *Rose/Rosahl* (1859) iz starije nemačke sudske prakse koji ilustruje doprinos saučesnika zabludi izvršioca o identitetu pasivnog subjekta. Otac koji je želeo smrt svog sina angažovao je učinioca kome je tačno opisao izgled i životne navike svog sina. Dalje mu je saopšti da ovaj redovno u isto vreme odlazi u konjušnicu. U navedeno vreme učinilac iz zasede u konjušnici puca na slučajno naišlog komšiju koji je po svojoj telesnoj konstituciji i izgledu veoma ličio na lice koje je ovaj u stvari želeo da usmrti. *Isto*, str. 734.

48 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 102.

49 Više o tome J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *nav. delo*, str. 502–503.

sa zamišljenim tokom.<sup>50</sup> Ova zabluda dakle neće postojati kada je učinilac svestan radnje koju preduzima i posledice koju proizvodi ali nema tačnu predstavu o konkretnom načinu na koji će njegovo ponašanje dovesti do posledice.<sup>51</sup> Npr. učinilac puca u srce lica koje želi da liši života, ali ga pogađa u glavu i usmrćuje,<sup>52</sup> ili drugoga baca sa mosta, nadajući se da će se ovaj utopiti, ali smrt nastupi već prilikom pada i udarca glavom u stub mosta.<sup>53</sup> Umišljaj se ovde ne bi mogao ograničiti samo na opasnost koju učinilac konkretno ima u vidu, već se odnosi na svaku opasnost podobnu da proizvede željenu posledicu a koja se učiniocu može uračunati.<sup>54</sup> Stoga, ako radnja izvršenja uprkos odstupanju na adekvatan način proizvede željenu posledicu, većinski je stav da je zabluda irelevantna (npr. A puca u B hoteći da ga liši života. B se uplaši pucnja te se oklizne i A ga promaši, ali smrt nastupi usled pada lica B niz stepenice).<sup>55</sup> U tom smislu neće svako odstupanje stvarnog od zamišljenog uzročnog toka voditi isključenju umišljaja, već samo ono koje je **bitno**.<sup>56</sup> Vladajuće je shvatanje da je bitno ono odstupanje koje se nije moglo predvideti sa aspekta opšteg životnog iskustva.<sup>57</sup> Tako u slučaju da A u nameri da usmrti B, posluži ovog voćnim kolačem u koji je stavio otrov ali u kome se neopaženo od njega, našla pčela od čijeg uboda B, alergičan na takav ubod, umire,<sup>58</sup> trebalo bi uzeti da se radi o relevantnoj zabludi, jer je stvarni uzročni tok bio izvan granice predvidivosti prema opštem životnom iskustvu i učinilac to nije mogao uzeti u obzir. A će odgovarati samo za pokušaj ubistva.

Novije učenje je saglasno da se ova problematika treba, barem delimično, rešavati kao pitanje objektivnog (a ne već subjektivnog) uračunavanja.<sup>59</sup> Pre nego što se postavi pitanje zablude treba u okviru objektivnog neprava bića ispitati da li se nastupanje posledice zasniva na atipičnom uzročnom toku.<sup>60</sup> Nemogućnost objektivnog stavljanja posledice na teret učiniocu znači da nije ispunjeno objektivno biće

50 U tom smislu još F. fon List, *Nemačko krivično pravo*, prevod: M. Vesnić, Beograd, 1902, str. 191–192; Vid. N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *nav. delo*, str. 231; U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 219–220. Tako i Marković: „Nesaglasnost između predstavljenog i stvarno nastupelog toka radnje ne isključuje dakle uračunljivost posledice za umišljaj tada, kad se odstupanje odnosi samo na pojedine i prema celini radnje samo na nebitne tačke“. Ž. Topalović, *Krivično pravo po predavanjima Dr. Božidara Markovića*, druga knjiga, Beograd, 1909, str. 419.

51 Vid. B. Камбовски, *nav. delo*, str. 432.

52 K. Kühl, *nav. delo*, str. 400.

53 J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 98–99.

54 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 99.

55 Slično T. Fischer, *nav. delo*, str. 120.

56 K. Kühl, *nav. delo*, str. 400.

57 J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 98.

58 Primer U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 219.

59 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 99.

60 Roksin smatra da se učenje o zabludi ne primenjuje na nepredvidiv kauzalni tok, pošto u tom slučaju objektivno nije moguće uračunavanje posledice. Ovaj autor polazi od toga da svest o uzročnoj vezi nije pretpostavka umišljaja, pa i neznanje uzročnog toka ne predstavlja stvarnu zabludu. Pretpostavku intelektualnog elementa umišljaja naprotiv čini samo svest o činjeničnom stanju koje zasniva objektivno uračunavanje; učiniocu mora biti poznato da stvara nedozvoljenu opasnost za pravno dobro. Pored normativnog kriterijuma objektivnog uračunavanja Roksin polazi od toga da je i za subjektivno uračunavanje neophodno pronaći takvo merilo. Prema nje-

krivičnog dela, tj. učinilac nije mogao upravljati događajem, s obzirom na to da se u posledici nije realizovala od njega stvorena opasnost, već neka druga, tako da se tu i ne dolazi do faze subjektivnog pripisivanja.<sup>61</sup> Ako npr. A ubode nožem B hoteci da ga liši života, ali ga samo telesno povredi pa ovaj nastrada u saobraćajnoj nezgodi prilikom transporta u bolnicu, posledica mu se ne bi mogla objektivno pripisati. Rezultat je odgovornost učinioca za pokušaj ubistva.<sup>62</sup>

Osim zablude o toku kauzalnog lanca u ovom smislu, moguća je i zabluda učinioca u odnosu na trenutak dovršenja krivičnog dela. Tu se razlikuju dve situacije.

U prvoj učinilac ostvaruje željenu posledicu radnjom koja nije bila usmerena na konkretno prouzrokovanje, tj. uprkos njegovom planu posledicu proizvodi neka ranija radnja. Npr. učinilac želi udarcem da onesvesti drugoga, kako bi ga kasnije usmrtio simuliranjem da je pasivni subjekt sam sebi oduzeo život vešanjem. Međutim, već je onesvešćivanje dovelo do smrti.<sup>63</sup> Ovde je nesporno da se radi samo o nebitnom odstupanju uzročnog toka ako je učinilac, nesvestan da je već dovršio delo, preduzeo i kasniji akt koji je po njegovoj zamisli tek trebalo da ostvari željenu posledicu.<sup>64</sup> Ako to nije slučaj treba postaviti pitanje nalazi li se delo u trenutku preduzimanja prve radnje u fazi pripremanja ili pokušaja. Ako ponašanje učinioca u trenutku prethodnog činjenja prema njegovom planu predstavlja samo jednu pripremnu radnju, nedostaje volja za dovršenjem i može se raditi samo o nehatnom delu, pošto stvarni kauzalni tok bitno odstupa od zamišljenog.<sup>65</sup> Učiniocu nedostaje relevantan umišljaj o podobnosti prvog rizika za nastupanje posledice kada on prema njegovom planu ne predstavlja doprinos ostvarenju željenog.<sup>66</sup> Tako u primeru supruge koja uspe otrov u piće kojim kasnije želi da ponudi muža koga hoće da usmrti, a koje ovaj ispije i pre nego što je poslužen, postoji odgovornost za nehatno lišenje života.<sup>67</sup> Ukoliko je učinilac već prvom radnjom zakoračio u stadijum poku-

---

govom mišljenju takav kriterijum za subjektivno uračunavanje u umišljaj predstavlja ostvarenje učiničevog plana. Vid. C. Roxin, *nav. delo*, str. 511–515.

- 61 Vid. J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 98; K. Kühl, *nav. delo*, str. 401. Pošto je u nemačkoj nauci vladajuće shvatanje da se umišljaj razmatra na nivou bića krivičnog dela, u situaciji ostvarenosti objektivnog bića, tj. ispunjenosti uslova za objektivno uračunavanje, ali relevantne stvarne zablude koja isključuje umišljaj, bilo bi negirano subjektivno biće i krivično delo bi bilo isključeno na nivou prvog elementa (*Tatbestand*). U našem krivičnom pravu analogna situacija bi vodila negiranju krivice kao poslednjeg elementa u strukturi opšteg pojma krivičnog dela.
- 62 K. Kühl, *nav. delo*, str. 401. Isto bi važno i za gore navedeni primer sa ubodom pčele; u posledici se nije realizovala od učinioca uočena i stvorena opasnost, već neka druga koja je sa njom u slučajnoj vezi.
- 63 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 221.
- 64 Vid. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 100–101.
- 65 Vid. K. Kühl, *nav. delo*, str. 404.
- 66 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 221. Pojedini autori zastupaju negiranje dovršenog umišljajnog dela na osnovu učenja o objektivnom uračunavanju, polazeći od toga da se ostvarila neka druga opasnost a ne ona koju je učinilac imao u vidu. Vid. C. Roxin, *nav. delo*, str. 528.
- 67 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 100–101. Preduzeta radnja bi u nešto izmenjenom slučaju predstavljala već pokušaj ukoliko supruga polazi od toga da će se njen muž, budući veliki ljubitelj dobrog vina koje inače često konzumira posle ručka, sam poslužiti vinom iz boce u koju je ona usula otrov. Odgovornost za kompletno umišljajno delo je posledica plana učinioca koji smatra da je preduzeta radnja i bez nekih daljih koraka dovoljna za dovršenje dela.

šaja, tako da preduzete radnje smatra dovoljnim za ostvarenje posledice i bez planiranja nekih međukoraka, preovlađujuće mišljenje prihvata postojanje dovršenog umišljajnog dela.<sup>68</sup>

U drugoj situaciji učinilac pogrešno smatra da je nekom ranijom radnjom dovršio delo, a posledica u stvari nastupa tek na osnovu njegovog kasnijeg ponašanja. Školski je primer učinioca koji smatra da je lišio života lice u koje je pucao pa ga baca u vodu da bi prikrio delo.<sup>69</sup> U teoriji se ova konstelacija označava kao **generalni umišljaj** (*dolus generalis*). Jedan deo nauke polazi od toga da se radi o relevantnoj zabludi, pošto umišljajem usmerena radnja ovde ne ostvaruje posledicu, a ona radnja koja je njen neposredni uzrok nije praćena odgovarajućim subjektivnim elementom. Prvom radnjom (pucanjem iz vatrenog oružja) učinilac nije ostvario svoju zamisao pa delo postoji samo kao pokušaj, dok u pogledu realizacije nesvesno stvorenog drugog rizika (bacanje tela u vodu) u obzir dolazi samo nehatni delikt.<sup>70</sup> Ipak, vladajuće mišljenje polazi od toga da je prva radnja posredan uzrok posledice, a činjenica da je ova radnja neposredno delovala tek kroz drugu radnju, treba da se smatra samo nebitnim odstupanjem stvarnog od zamišljenog uzročnog toka, tako da se uzima da postoji dovršeno umišljajno delo. Slikovito govoreći, učinilac je sebe nesvesno upotrebio kao sredstvo u ostvarenju posledice.<sup>71</sup> Ovo shvatanje polazi od toga da je za postojanje umišljaja dovoljno htenje da se posledica ostvari u okviru jednog istog događaja, bez obzira na to što je učinilac bio u zabludi u pogledu načina na koji je ostvario posledicu.<sup>72</sup>

Poseban slučaj zablude o uzročnoj vezi predstavlja situacija poznata kao **promašeni udarac** (*aberratio ictus*) u kojoj učinilac upravlja svoju radnju prema jednom objektu ali je ostvaruje na drugom.<sup>73</sup> A puca na B hoteći da ga liši života ali ga promaši i usmrti C koji je stajao blizu njega. Ovde se ne radi o *error in persona* pošto se učinilac ne vara u pogledu identiteta pasivnog subjekta; reč je o ostvarenju drugačijeg kauzalnog toka, na drugom objektu radnje a ne na željenom.<sup>74</sup> Bez problema se rešavaju slučajevi promašenog udarca kada je radnja izvršenja realizovana na objektu radnje koji nije istog kvaliteta kao i napadni objekt. Učinilac puca u drugoga ali ga promaši i pogodi tuđu stvar koju oštetiti. Zbog izostajanja posledice nema uslova za dovršeno ubistvo, delo ostaje u pokušaju, a zbog nekažnjivosti nehatnog ostvarenja nema ni odgovornosti za uništenje i oštećenje tuđe stvari. Takođe nije sporno da dovršeno ubistvo dolazi u obzir kada je u prvom primeru učinilac smrt

68 Tako T. Fischer, *nav. delo*, str. 120; K. Kühl, *nav. delo*, str. 404.

69 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 116.

70 Vid. U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 222. U jugoslovenskoj literaturi ovo shvatanje zastupao je Bačić. Vid. F. Bačić, *nav. delo*, str. 297.

71 K. Kühl, *nav. delo*, str. 403.

72 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 116; Vid. *Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Beograd, 1951, str. 62. Tako i Roksini koji smatra da bi se moralo uzeti da tok događaja na osnovu objektivne procene, uprkos odstupanju kauzalnog toka, ipak predstavlja ostvarenje učiniočevog plana. C. Roxin, *nav. delo*, str. 523.

73 Đorđević, naprotiv, smatra da se u slučaju promašenog udarca u pravom smislu ne radi ni o kakvoj zabludi, već o idealnom sticaju, pa ga kao takvog treba i tretirati. Vid. M. Đorđević, „Stvarna zabluda u novom Krivičnom zakoniku“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, Beograd, 74/2006, str.10–11.

74 Vid. U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 222.



pogođenog lica držao za moguću pa je na to i pristao.<sup>75</sup> Tako npr. kada učinilac koristi retku situaciju da ispali hitac na dobro zaklonjenu žrtvu ali je svestan da istim hicem može usmrtiti i njenog telohranitelja. S obzirom na to da je usmrćenje pogođene osobe obuhvaćeno (eventualnim) umišljajem postojaće dovršeno ubistvo. O zabludi ovde nema reči, samo se u stvarnosti nije realizovala ona posledica kojoj je učinilac dao prednost.<sup>76</sup> Međutim, ako je objekt radnje na kojem je ostvarena posledica istog kvaliteta, tj. ispunjava uslove iz zakonskog opisa, kao i objekt ka kome je usmerena radnja moguća su dva rešenja. Shvatanje koje je dominantno u modernoj teoriji ovaj slučaj rešava kao sticaj pokušanog (delo koje je učinilac hteo da ostvari) i dovršenog nehatnog dela (koje je zaista i ostvario).<sup>77</sup> Drugo je manjinsko opredeljivanje za jedno dovršeno umišljajno delo (ono koje je ostvareno). Ovo shvatanje polazi od toga da situaciju promašenog udarca treba tretirati kao *error in persona*,<sup>78</sup> tj. kao neuvažavajuću stvarnu zabludu. Umišljaj učinioca koji obuhvata posledicu na jednom objektu biva „potrošen“ čak iako njegova radnja promaši cilj i bude ostvarena na drugom objektu iste vrste.<sup>79</sup> Ovo se učenje ne obazire na činjenicu da je učinilac ubistva svojim umišljajem obuhvatio određeno lice.<sup>80</sup> Pošto je svojom krivicom obuhvatio usmrćenje čoveka (lice A) i čoveka je i usmrtio (lice B) učinilac odgovara za prouzrokovanu posledicu bez obzira na zabludu o toku svoje radnje, jer ni zakonski opis krivičnog dela ubistva ne poznaje neku individualizaciju pasivnog subjekta.<sup>81</sup> U kritici ovog shvatanja ističe se da učinilac mora prepoznati opasnost koju stvara svojom radnjom i njenu realizaciju kroz stvarni kauzalni tok u konkretnoj predviđenoj posledici.<sup>82</sup> Nekakav opšti umišljaj da se drugi npr. usmrti, bez obzira na činjenicu da učinilac svoju radnju upravlja na tačno određeni objekt a

75 Vid. K. Kühn, *nav. delo*, str. 397. Takođe, može se raditi i o alternativnom umišljaju ako je učinilac znao da svojom radnjom može usmrtiti samo jedno od više lica a svedjedno mu je koje.

76 *Isto*. Vid. J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 96.

77 Naravno pod uslovom da su ispunjeni uslovi za odgovornost i za nehatno prouzrokovanje, tj. da se učiniocu delo može upisati u nehat, kao i da zakonodavac predviđa kažnjavanje i za nehatno ostvarenje dela. Nema odgovornosti ako je učinilac postupao nehatno u odnosu na ostvarenu posledicu a zakon ne kažnjava i takav napad na pravom zaštićeno dobro; s druge strane, nema sticaja ako se radi o slučajnom prouzrokovanju.

78 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 223.

79 Od ovog shvatanja polazi anglosaksonsko krivično pravo, koje slučajeve *aberratio ictus* tradicionalno rešava kroz pravnu figuru pod nazivom *transferred malice*. Umišljaj učinioca koji posledicu ne ostvari na željenom već na drugom objektu radnje iste vrste biva „prenesen“ pa odgovornost za dovršeni delikt ostaje netaknuta. Osnovni uslov je da se radi o objektima koji su od jednakog značaja, tj. da se radi o istoj pravnoj kvalifikaciji dela. *Mens rea* se dakle ne može preneti na neko delo koje obuhvata drugačija obeležja. Vid. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 123–124. Ova je doktrina ipak ograničena na planu saučesništva. U slučaju ekscesa izvršioca saučesnik ne odgovara za učinjeno. Takav rezultat je u skladu sa davnim precedentom *Sanders and Archer* (1573). U ovom slučaju učinilac je rešio da usmrti svoju suprugu, pa ju je na savet drugog lica ponudio otrovnom jabukom. Supruga je samo zagrizla jabuku i dala je njihovom detetu, koje je pojelo i ubrzo umrlo. Izvršilac je sve ovo posmatrao, ništa ne preduzimajući. Sud je zaključio da pomagač ne može da se smatra odgovornim za ubistvo deteta, pošto je došlo do namerne promene planiranog dela. Radilo bi se o *transferred malice* i saučesnik bi odgovarao da je usmrćenje deteta bilo slučajno, u smislu da izvršilac to nije mogao da spreči. *Isto*, str. 213.

80 Vid. J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 96.

81 Vid. K. Kühn, *nav. delo*, str. 397–398.

82 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 224.

zapravo ga ostvaruje na istovrsnom drugom objektu, predstavlja neprihvatljivu analogiju sa situacijom zamene ličnosti (*error in persona*). Zaista se ne može negirati da pravi cilj preduzete radnje ostaje neostvaren pa i rešenje koje nudi ovo shvatanje ne deluje ubedljivo.

Pogrešna slika o okolnostima sadržanim u objektivnom biću je moguća i kod **krivičnih dela nečinjenja**. Pravi omisivni delikti nemaju neku posebnost u poređenju sa krivičnim delima činjenja. Obaveza na činjenje tu proizlazi iz zapovesti konkretne dispozicije pa ova dela u načelu može učiniti svako lice koje se nađe u situaciji koja je opisana bićem. Nedostatak ispravne svesti učinioca o objektivnoj strani takvog dela predstavljaće stvarnu zabludu. Zbog neznanja učinioca da se drugi nalazi u neposrednoj opasnosti za život otpada i kažnjivost za delo iz čl. 127 KZ. Ali kod nepravih krivičnih dela nečinjenja obaveza da se preduzme neka aktivna radnja kojom bi bilo osujećeno nastupanje posledice nije sadržana u biću takvog dela. Osnovi koji ustanovljavaju dužnost na činjenje nalaze se van konkretne krivičnopravne norme, pa je prvi uslov za odgovornost učinioca u kontekstu ove konstrukcije, kojoj se pravnodogmatski stavljaju ozbiljne zamerke,<sup>83</sup> njegovo znanje o poziciji garanta. Shodno tome učinilac svojim umišljajem mora obuhvatiti obavezu činjenja, pa će se nalaziti u zabludi ako ne zna za svoj položaj garanta iz koga rezultira obaveza sprečavanja posledice.<sup>84</sup> U primeru oca koji stoji kraj obale jezera u kome njegovo dete preti da se utopi a ništa ne preduzima da to spreči, isključena je kažnjivost za umišljajno ubistvo ako on nije znao da se radi o njegovom detetu. Ako se zabluda o poziciji garanta njemu ipak može prebaciti odgovaraće za nehatno lišenje života.<sup>85</sup>

Zabluda o okolnostima koje ne opisuju nepravo i nalaze se van područja umišljaja je krivičnopravno irelevantna. Tako je bez značaja zabluda o objektivnim uslovima inkriminacije (kažnjivosti) pošto ovi elementi zakonskog opisa nisu predmet subjektivnog uračunavanja. Niti postoji stvarna zabluda kada učinilac ne zna za postojanje objektivnih uslova kažnjivosti niti kažnjiv pokušaj u slučaju da pogrešno smatra da su oni ispunjeni.<sup>86</sup> U tom smislu za delo iz čl. 123 KZ odgovara i onaj učesnik tuče koji nije znao da je neko lice teško telesno povređeno ili lišeno života, kao što je isključena odgovornost za ovo delo ako učinilac u zabludi smatra da je ostvaren uslov kažnjivosti.<sup>87</sup> Takođe, stvarna zabluda nije moguća u odnosu na

83 Vid. Z. Stojanović, „Određivanje opšteg pojma krivičnog dela u srpskoj nauci krivičnog prava“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, Beograd, 2011, str. 22–23.

84 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *nav. delo*, str. 503.

85 *Isto*. U nemačkoj literaturi se povlači razlika između zablude o okolnostima koje zasnivaju poziciju garanta (*Garantenstellung*) i zablude o samoj obavezi da se u konkretnom slučaju preduzme činjenje kojim bi se sprečilo nastupanje posledice (*Garantenpflicht*). Samo prva zabluda isključuje umišljaj, dok se druga rešava primenom instituta pravne zablude. Tako u gore navedenom primeru, ako je otac znao da je njegovo dete u nevolji, te je uvideo i svoj položaj garanta, ali je ipak smatrao da nije obavezan da mu spasi život, nalazio bi se u zabludi o obavezi sprečavanja posledice koja izvire iz garantne pozicije. U tom slučaju odgovarao bi za umišljajno delo. Krivicu bi mogla da isključi samo neotklonjiva pravna zabluda. *Isto*; T. Fischer, *nav. delo*, str. 123. Kritički u tom pogledu Damaška koji smatra da umišljaj učinioca mora obuhvatiti sve okolnosti koje predstavljaju uslov za negativan sud pravnog poretka, pa i dužnost otklanjanja posledice. M. Damaška, *nav. delo*, str. 25.

86 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 210.

87 Pravilo engleskog krivičnog prava je da u odnosu na krivična dela kod kojih se primenjuje tzv. *strict liability* ni razumna zabluda o elementu koji ne mora da bude obuhvaćen krivicom ne iz-

obeležja subjektivnog bića krivičnog dela. Neće ići u korist učiniocu tvrdnja da je sebe smatrao neuračunljivim.<sup>88</sup> Isto važi i za lične osnove isključenja kažnjivosti i odredbu o načinu krivičnog gonjenja.<sup>89</sup>

**Krivičnopravni značaj stvarne zablude o biću krivičnog dela.** Kao što je već više puta napomenuto, stvarna zabluda o biću krivičnog dela predstavlja drugu stranu umišljaja, negaciju njegove intelektualne komponente, pa samim tim učiniocu koji se nalazi u takvoj zabludi nedostaje kriminalna energija svojstvena ovom obliku krivice. Prema tome, i bez izričite zakonske odredbe bilo bi jasno da stvarna zabluda isključuje odgovornost za umišljajni delikt.<sup>90</sup> Ipak KZ u pogledu dejstva pravi razliku između **neotklonjive** i **otklonjive** stvarne zablude. Stvarna zabluda je neotklonjiva ako učinilac nije bio dužan i nije mogao da izbegne zabludu u kojoj se našao. To znači da učinilac ni pod kojim uslovima u konkretnoj situaciji nije mogao da ima ispravnu svest o okolnostima koje ulaze u biće krivičnog dela. Ona osim umišljaja isključuje i nehat, jer se učiniocu ne može prebaciti za pogrešnu ocenu činjenične podloge dela.<sup>91</sup> Ako je učinilac bio u stvarnoj zabludi usled nehata, postojaće krivično delo učinjeno iz nehata kad zakon takvo krivično delo predviđa. Ovo je otklonjiva stvarna zabluda koju je učinilac skrivio, pošto je bio dužan i mogao je da ima ispravnu svest o delu pa zaslužuje da mu se uputi prekor. Ona isključuje umišljaj ali ne i nesvesni nehat što drugim rečima znači da ne isključuje uvek odgovornost za učinjeno delo. Naravno, neophodno je najpre utvrditi da se učinilac nalazio u zabludi, da bi se potom prešlo na ocenu njene (ne)skrivljenosti.<sup>92</sup>

---

vinjava učinioca. Takav je slučaj kod krivičnog dela silovanja. *Sexual Offences Act (2003)* predviđa doživotni zatvor kao maksimalnu kaznu za silovanje lica koje nije navršilo trinaest godina. Pri tom je irelevantno da li je učinilac znao za godine starosti pasivnog subjekta. R.A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and liability in the Criminal Law*, Oxford, 2007, str. 257.

88 T. Fischer, *nav. delo*, str. 123.

89 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *nav. delo*, str. 505.

90 I pored toga što su redaktori Projekta srpskog KZ iz 1910. god. pošli od ovog stava („...svaka je odredba o stvarnoj zabludi principijelno izlišna naročito za zakonodavca koji je dao zakonsku definiciju o umišljaju“) Projekat je sadržao odredbe o stvarnoj zabludi u § 43 i § 44 koje su ocenjene „boljim od svih stranih zakonika“. Vid. *Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju*, Beograd, 1910, str. 161.

91 Isključena je odgovornost učinioca za krivično delo prevare kada je u neotklonjivoj stvarnoj zabludi da je vlasnik stana zaključio ugovor o prodaji te nepokretnosti. Presuda Okružnog suda u Valjevu (Kž. 493/03).

92 Kada je optuženi neovlašćeno držao eksploziv, ne može se pozivati da je bio u stvarnoj zabludi da drži eksploziv velike razorne moći, s obzirom na to da je bio neposredni učesnik ratnih događaja i da je znao da se radi o eksplozivu. Presuda Vrhovnog suda Srbije (Kž. 1336/99). Jedan slučaj iz prakse engleskih sudova (*Morgan* 1976) je posebno zanimljiv. Učinitelj, ljut na svoju suprugu, pozvao je trojicu svojih kolega na ljubavni čin sa njom, rekavši im da ignorišu njen otpor, i da će se ona samo pretvarati da ne pristaje, pošto na taj način postiže seksualno zadovoljstvo. Iako su se sva trojica u postupku pred sudom pozvala na institut stvarne zablude (*Mistake of Fact*) osuđeni su za silovanje „jer nijedna razumna porota ne bi mogla da poveruje u njihovu priču“. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 298. Ipak odluka u slučaju *Morgan* predstavlja prekretnicu u razvoju učenja o zabludi u engleskom pravu. *Common law* pravilo je bilo da zabluda isključuje potreban subjektivni element jedino ako je razumna (*reasonable*). Međutim, Dom Lordova je, i pored osude okrivljenih, zauzeo stav koji je postao osnovni princip. Za uvažavajuću stvarnu zabludu dovoljno je da je učinilac postupao u poštenom, pa čak i nerazumnom, uverenju da ne postoji kakva okolnost koja čini element krivičnog dela. Ovaj nešto niži standard, koji je postao pravilo,

Posmatrano iz konteksta uslova za postojanje neotklonjive odnosno otklonjive stvarne zablude, može se приметiti da je zakonik pojedine situacije ostavio neregulisanim. Naime, za neotklonjivu stvarnu zabludu se traži da učinilac nije bio dužan i nije mogao da ima ispravnu svest, dok je kod otklonjive neophodno da je bio dužan i da je mogao. U oba slučaja uslovi su postavljeni kumulativno pa se nameće pitanje kako rešiti situaciju kada učinilac nije bio dužan da ima pravu sliku o događaju ali je to mogao, odnosno koje rešenje primeniti ako je bio dužan a nije mogao da zna sa stvarnu okolnost koja ulazi u zakonsko biće.<sup>93</sup> Đorđević smatra da se u praksi ovakvi slučajevi moraju rešavati u korist učinioca, pa se opredeljuje za drugačije tumačenje čl. 28 st. 2 KZ (tako da se sveza „i“ u formulaciji „nije bio dužan i nije mogao“ pročita kao „ili“) i proširenje dejstva neotklonjive stvarne zablude i na takvu moguću situaciju. Ovo rešenje u pogledu konačnog rezultata treba prihvatiti iako je pitanje mogu li se na taj način prenebregavanjem gramatičkog tumačenja očuvati strogi kriterijumi načela zakonitosti. Ispravan put bi trebalo videti u izmeni odredbe kojom su određeni uslovi neotklonjive stvarne zablude tako da umesto „nije bio dužan i nije mogao“ stoji „nije bio dužan ili nije mogao“. Čini se da bi takvo rešenje bilo u skladu sa postojećom odredbom čl. 26 koja u svom drugom delu određuje pojam nesvesnog nehata. Nepostojanje objektivnog ili subjektivnog uslova nesvesnog nehata vodi isključenju krivice. Otklonjiva stvarna zabluda je zapravo zabluda u kojoj se učinilac našao usled nesvesnog nehata,<sup>94</sup> što podrazumeva da je uslov upisivanja zablude u krivicu, potvrda da je učinilac s obzirom na okolnosti pod kojima je radio bio dužan i s obzirom na svoje lične sposobnosti mogao da ima ispravnu svest o činjenicama koje su krivičnopravno relevantne.<sup>95</sup> Zaključak je da izostanak jednog od ova dva uslova negira i nesvesni nehat, samim tim i krivicu, što je dovoljno za neotklonjivu (neskrivljenu) zabludu.<sup>96</sup>

Međutim, pošto KZ samo kaže da nije krivično delo ono delo koje je učinjeno u neotklonjivoj stvarnoj zabludi, iako to izgleda nesporno, moglo bi se postaviti

---

trpi izuzetak kod seksualnih delikata. Prema zakonu iz 2003. god. zabluda učinioca da pasivni subjekt pristaje na seksualni akt isključuje krivicu samo ako je razumno utemeljena. Sličan je slučaj i kod krivičnog dela dvobračnost. *Isto*, str. 301.

93 M. Đorđević, *nav. delo*, str. 9–10.

94 Jasno je da ovde ne dolazi u obzir svesni nehat, čiji intelektualni element se u potpunosti poklapa sa onim koji postoji kod eventualnog umišljaja, pa zabluda koja negira eventualni umišljaj isključuje i svesni nehat.

95 Oba ova uslova se prema još uvek vladajućem shvatanju u našoj literaturi ispituju na nivou krivice, iako se u stranoj, pre svega nemačkoj dogmatici, pitanje dužnosti razmatra na nivou nepravva. Učinioc koji je ispunio sve zahteve dužne pažnje, tj. ponašao se onako kako bi se ponašao prosečno brižljiv građanin u odnosnoj situaciji ne ostvaruje već objektivno biće krivičnog dela. Vid. I. Vuković, „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, Beograd, 2009, str. 246–248. Za razmatranje pitanja dužnosti ponašanja na nivou protivpravnosti, u našoj ranijoj literaturi zalagao se Atanacković, tvrdeći da standard dužne pažnje nije pitanje krivice učinioca, već pitanje jedne objektivne procene, jednog objektivnog vrednovanja dela. „Dakle, nedostatak dužnosti drugojačijeg ponašanja nije osnov isključenja vinosti. On ima jače dejstvo od toga: on isključuje samo postojanje krivičnog dela kao socijalno nevrednog sadržaja“. D. Atanacković, *nav. delo*, str. 61.

96 Iako je situacija kada učinilac nije bio dužan a mogao je da ima pravilnu svest sumnjiva, jer favorizuje učinioca natprosečnih sposobnosti.

pitanje koji element opšteg pojma krivičnog dela nedostaje u tom slučaju. Iako se polazi od toga da je stvarna zabluda osnov isključenja krivice, a samim tim i krivičnog dela u objektivno-subjektivnom smislu, ipak ako se prihvati stav da je umišljaj makar delimično sadržan u biću krivičnog dela ne bi bilo bez osnova tvrditi da je postojanje krivičnog dela isključeno na nivou drugog elementa. Pošto umišljaj kao deo subjektivnog bića pokazuje smisao radnje, čiji bi značaj ostao neshvaćen bez spoznaje unutrašnje usmerenosti onoga koji je preduzima, onda bi stvarna zabluda koju učinilac nije mogao izbeći negirala ono otvoreno neprijateljstvo prema zaštićenom dobru. Stoga bi se moglo prihvatiti da ponašanje učinioaca koji se nalazio u neotklonjivoj stvarnoj zabludi o nekom obeležju bića ne ispunjava uslove krivičnog dela već na stepenu neprava.<sup>97</sup> Ipak, ovom shvatanju se protive zakonske odredbe o subjektivnom elementu krivičnog dela.

## STVARNA ZABLUDA O RAZLOZIMA ISKLUČENJA PROTIVPRAVNOSTI

Druga vrsta stvarne zablude koju poznaje naš zakonodavac je zabluda o činjeničnim pretpostavkama osnova isključenja protivpravnosti. Učinilac tu pogrešno smatra da postoji neka stvarna okolnost koja bi, da je zaista postojala, činila delo dozvoljenim. U tom slučaju objektivne pretpostavke nekog osnova opravdanja nisu ispunjene ali subjektivne jesu, tj. učinilac pogrešno drži da se kreće u okviru nekog razloga koji bi isključio protivpravnost njegovog ponašanja.<sup>98</sup> Tipična je konstelacija tzv. putativne nužne odbrane. Npr. učinilac čuje vrisak i poziv u pomoć koji dolazi iz susednog stana pa razvali vrata kako bi pritekao u pomoć, a u stvari komšija je uživao u gledanju horor filma,<sup>99</sup> odnosno greškom smatra da je napadnut pa telesno povređuje „napadača“,<sup>100</sup> ili je npr. u zabludi da postoji pristanak oštećenog i sl. U slučaju umišljenog napada treba ispitati jesu li ispunjene sve ostale pretpostavke

97 I u našoj sudskoj praksi se može naići na odluke koje polaze od toga da u slučaju neotklonjive stvarne zablude nema već bića krivičnog dela. U tom smislu presuda Okružnog suda u Valjevu (Kž1. 237/09) gde je zauzet stav da u radnjama okrivljenog nema elemenata bića krivičnog dela klevete kada je tvrdio da je privatni tužilac nudio svedoku 100 evra da ne kaže istinu u krivičnom postupku, ne znajući da se svedok od koga je to čuo samo šalio.

98 Moguća je i suprotna situacija – objektivno su ispunjeni svi uslovi nekog osnova opravdanja ali učinilac za njih ne zna, tako da nedostaje subjektivni element koji bi negirao nepravo. Vid. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 156. Npr. učinilac teško telesno povredi drugoga, ne znajući da se ovaj spremao da ga napadne i ubode nožem. Objektivno posmatrano, učinilac postupa u okviru osnova opravdanja, ali činjenica da toga nije svestan ne poništava nevrednost radnje već potire nepravo posledice pa je rezultat kažnjavanje za (nepodoban) pokušaj. U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 232. U našoj literaturi vid. I. Vuković, „O subjektivnim obeležjima protivpravnosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 2/2011, str. 122–141.

99 G. Freund, *nav. delo*, str. 292.

100 Ili učinilac koji je zaista napadnut pogrešno smatra neko drugo lice za napadača, pa prema njemu preduzima radnju „odbrane“. U jednom slučaju iz naše prakse učinilac je usred noći probuđen prisustvom nepoznate osobe u svom stanu pojurio za napadačem, koji je uspeo da pobegne kroz vrata terase. Videvši da mu ćerka nije u svojoj sobi učinilac stvara sliku da je oteta i da su mu ukradene neke stvari. Zatim uzima pušku i istrčava ispred kuće gde primeti lice kako sedi za volanom uključenog motornog vozila pa ga lako telesno povredi, primenjujući prinudu prema njemu, u uverenju da se radi o saučesniku. Vid. Rešenje Okružnog suda u Čačku (Kž. 264/07).

instituta nužne odbrane,<sup>101</sup> da li je odbrana bila neophodno potrebna za odbijanje napada, da li se učinilac u određenim slučajevima kretao u socijalno-etičkim granicama nužne odbrane itd. Ovo se obrazlaže time što bi u suprotnom u zabludi delujući učinilac imao više prava od onog koji se zaista nalazi u situaciji nužne odbrane. Tako ne postoji ova vrsta zablude kada učinilac „lopova“ sustigne i oduzme mu stvar, te na taj način uspešno odbije „napad“ ali ga nakon toga ošamari.<sup>102</sup> Slučaj kada učinilac ne samo što pogrešno polazi od toga da postoji stvarna pretpostavka osnova isključenja protivpravnosti već, na osnovu ove pogrešne procene, prekoračuje svoje „pravo“ uobičajeno se označava kao svojevrsna „dupla“, „dvostruka“ zabluda (*Doppelirrtum*).<sup>103</sup> U takvoj je zabludi supruga koja nedugo nakon bračne svađe čuje svog muža kako dolazi iz podruma, pogrešno držeći da je on tamo uzeo sekiru kako bi je usmrtio, i u trenutku kada je on otvorio vrata puca mu bez prethodnog upozorenja direktno u srce. Pri tom je verovala da je ovlašćena na takvu radnju. Stav je da se uprkos zabludi o stvarnoj okolnosti osnova opravdanja (učinilac pogrešno smatra da je napadnut) ova situacija rešava prema pravilu o pravnoj zabludi, jer tako široko omeđenu odbrambenu radnju pravni poredak ne bi dozvolio ni da je napad stvarno postojao. U odnosu na neophodnost odbrane postoji dakle jedna indirektna pravna zabluda.<sup>104</sup>

Stvarnu zabludu o razlozima isključenja protivpravnosti treba upravo razlikovati od indirektno pravne zablude. Prva postoji kada učinilac pogrešno smatra da su ispunjene činjenične pretpostavke jednog zakonom priznatog osnova opravdanja, dok je o drugoj reč ako učinilac greškom smatra da postoji osnov isključenja protivpravnosti koji pravo u stvari ne poznaje, ili u svoju korist proširuje granice nekog važećeg osnova opravdanja. Tako, radiće se o stvarnoj zabludi ako učinilac umišlja da je napadnut a postojaće pravna zabluda ako on smatra da i nakon prestanka prethodno protivpravnog napada ima pravo na „odbranu“ prema prvobitnom napadaču. Ipak, u pojedinim situacijama ovo razgraničenje nije lako sprovesti. Gde dolazi do preplitanja u sumnji se treba odlučiti za stvarnu zabludu. Primera radi, kod putativne nužne odbrane primena zablude o osnovima opravdanja prema vladajućem mišljenju nije ograničena samo na slučaj kada učinilac pogrešno drži da napad objektivno postoji. O pogrešnom shvatanju opravdavajućeg činjeničnog stanja radiće se i kada učinilac npr. pogrešno procenjuje jačinu napada i brani se intenzivnijom radnjom od stvarno neophodne ili kada zakonitu radnju smatra protivpravnom.<sup>105</sup> Jasno je dakle da zabluda o osnovima opravdanja nipošto nije svedena

101 To analogno važi i za ostale osnove isključenja postojanja krivičnog dela.

102 K. Kühl, *nav. delo*, str. 413–414.

103 Vid. J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 183.

104 *Isto*.

105 *Isto*, str. 182; K. Kühl, *nav. delo*, str. 418. I Jakulin smatra da ako učinilac prekorači granice nužne odbrane zbog zablude o intenzitetu napada takva zabluda isključuje njegovu krivičnu odgovornost, jer ne bi bilo logično da zabluda o postojanju napada ima takvo dejstvo a da zabluda o intenzitetu stvarnog napada omogućava samo blaže kažnjavanje. Vid. V. Jakulin, „Stvarna zabluda u krivičnom pravu“, *Pravni život*, Beograd, 9/2006, str. 95. Roksin ističe da se jedan od najsloženijih problema tiče određivanja mesta zablude o protivpravnosti napada kod nužne odbrane. Ocena da li se radi o stvarnoj ili pravnoj zabludi zavisi od okolnosti slučaja. Ako npr. učinilac zatečen prilikom vršenja krivičnog dela smatra protivpravnim napadom radnju lica koje namerava da ga privremeno liši slobode (tzv. građansko hapšenje), tj. smatra da ima pravo da se „brani“ od takvog ponašanja nalazi se u pravnoj zabludi, jer uzima da postoji osnov opravdanja koji pravo

samo na pogrešnu svest u pogledu činjenica u užem smislu reči, već da kada se radi o normativnim elementima razloga isključenja protivpravnosti (slično kao kod normativnih obeležja bića) u obzir može doći i zabluda u pogledu (pravne) procene.<sup>106</sup>

I ovu vrstu stvarne zablude naš KZ u pogledu dejstva tretira kao i za zabludu o biću; neotklonjiva zabluda isključuje krivicu, dok otklonjiva ne dira u postojanje nehatnog dela. Ipak, jednak krivičnopravni tretman zablude o razlozima isključenja protivpravnosti i zablude o stvarnim obeležjima bića različito se opravdava. Razlog tome treba tražiti u činjenici što je učinilac koji misli da se kreće u okviru osnova opravdanja ipak svestan svih okolnosti iz zakonskog opisa i voljno se odnosi prema rezultatu svog ponašanja.<sup>107</sup> No, i pored toga učinilac smatra svoje delo opravdanim, usled čega mu nedostaje subjektivna usmerenost koja je odraz umišljaja, i ono neskriveno protivpravno raspoloženje i suprotstavljanje zahtevima pravnog poretka. U zakonodavstvima koja ovu vrstu stvarne zablude izričito ne regulišu to pitanje je prepušteno teoriji i praksi. Takav je slučaj u Nemačkoj, čiji KZ reguliše samo zabludu o biću, pa je pitanje kakav krivičnopravni značaj pripisati zabludi o osnovima opravdanja donekle sporno, te su se u tom smislu u nauci pojavila različita shvatanja.

**Teorija umišljaja** (*Vorsatztheorie*). Prema ovoj teoriji umišljaj pored biću odgovarajućeg činjeničnog stanja obuhvata i svest o protivpravnosti, pa se svaka pogrešna svest o pravnoj zabranjenosti rešava kroz direktnu primenu pravila koje je oblikovano za stvarnu zabludu. Prema tome, učinilac koji pogrešno zamišlja postojanje osnova opravdanja postupa bez umišljaja. U obzir dolazi nehatna krivica i delo će biti kažnjivo ako je zakonom predviđen takav oblik.<sup>108</sup> Ovo je učenje ipak neodrživo, jer je u neskladu sa važećim pravom (§ 17 nemačkog KZ) koje nedvosmisleno svest o protivpravnosti smatra zasebnim elementom u strukturi krivice. Dovedeno do krajnjih konsekvenci, ono bi jednako dejstvo priznavalo i pravnoj zabludi.

**Stroga teorija krivice** (*Strenge Schuldtheorie*). Stoji na suprotnom polu. Polazište ove teorije je stav da se zabluda o stvarnim pretpostavkama osnova opravdanja uvek tretira kao pravna zabluda, pošto se svest o protivpravnosti smatra samostalnim elementom krivice. Ovo shvatanje pod umišljaj podvodi samo objektivne okolnosti koje pripadaju biću pa i stvarnu zabludu ograničava samo na te okolnosti. Osnovni argument od koga se polazi je principijelna nemogućnost izjednačavanja zablude o osnovima opravdanja sa zabludom o biću. Učinilac koji zna da ostvaruje obeležje predviđeno krivičnopravnom normom treba da ispita postoji li ipak

---

ne priznaje. Drugačije je ipak kod zablude o protivpravnosti napada koja se ne tiče vrednovanja čitavog događaja već koja postoji zbog jedne stvarne činjenice. Npr. učinilac pogrešno drži da je lice koje želi privremeno da liši slobode učinilo krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, i protiv njegovog opravdanog otpora smatra da postupa u „nužnoj odbrani.“ Takva zabluda o protivpravnosti napada je stvarna zabluda koja isključuje umišljaj. Da je situacija zaista onakva kakvom je učinilac zamislio njegovo ponašanje bi bilo pokriveno dejstvom nužne odbrane. Takođe, nalazi se u stvarnoj zabludi učinilac koji u položaju nužne odbrane puca na napadača, pošto greškom smatra da mu neko blaže odbrambeno sredstvo ne stoji na raspolaganju. Vid. C. Roxin, *nav. delo*, str. 633–634.

106 G. Freund, *nav. delo*, str. 292.

107 Kod učinioca koji je uobrazio da je napadnut ipak postoji i svest i volja u odnosu na povredu napadača, pa se postavlja pitanje kako učinilac koji je sa umišljajem ostvario biće krivičnog dela može, u slučaju skrivljenosti zablude, da odgovara za nesvesni nehat.

108 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 233.

opravdanje za takvo ponašanje. S druge strane ko ne zna da ostvaruje obeležja bića njemu nedostaje i pomisao o protivpravnosti radnje.<sup>109</sup> Ovo se slikovito podupire primerom: lišenje života čoveka u nužnoj odbrani (opravdano ostvarenje bića) nije isto što i ubistvo komarca (ponašanje koje ne ispunjava biće nekog dela).<sup>110</sup> Naziv „stroga“ dolazi otud što se ne dopušta nijedan izuzetak od pravila da se zabluda o protivpravnosti rešava kroz institut pravne zablude, bez obzira na to da li učinilac svoju radnju uopšte ne smatra pravno zabranjenom ili pogrešno polazi od toga da postoji stvarna okolnost koja bi delo činila dozvoljenim.<sup>111</sup> Na planu dejstva ovo znači da samo neotklonjiva zabluda o razlozima isključenja protivpravnosti isključuje krivicu, dok otklonjiva omogućuje blaže kažnjavanje.

**Ograničena teorija krivice** (*Eingeschränkte Schuldtheorie*). Stroga doslednost prethodnog shvatanja ublažena je rešenjem ograničene teorije krivice koje zabludu o činjeničnim pretpostavkama osnova opravdanja tretira kao i zabludu o biću. Prema tome zabluda o opravdavajućem činjeničnom stanju je isključena iz područja primene odredbe o pravnoj zabludi i u svojim pravnim posledicama izjednačena sa stvarnom zabludom (otud i naziv „ograničena“ teorija krivice).<sup>112</sup> U osnovi ovog shvatanja je zaključak da nepravo jednog dela pretpostavlja s jedne strane ostvarenje bića krivičnog dela a s druge strane odsustvo opravdavajućeg činjeničnog stanja. Učinocu kome nedostaje znanje o stvarnim pretpostavkama protivpravnog ponašanja, zbog toga što ne shvata ostvarenost bića ili zbog toga što pogrešno smatra da postoji osnov opravdanja, delo ne može biti upisano u umišljaj.<sup>113</sup> Zbog pogrešne procene situacije učinilac u oba slučaja ne prepoznaje nevrednost svoje radnje, tj. on je „odan pravu“.<sup>114</sup> U obzir dolazi nehatni delikt ako je učinilac prekršio dužnost brižljivog ponašanja. Dakle, zabluda o osnovima opravdanja i pored određenih razlika strukturalno u svom stvarnom značaju odgovara zabludi o biću pošto ponašanje učinioca nije izraz njegovog suprotstavljanja pravnom poretku. Ipak, ovo se dejstvo može različito braniti pa u okviru ograničene teorije krivice postoji nekoliko varijanti.

**Teorija o negativnim obeležjima bića** (*Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*). Šodno ovom shvatanju pored pozitivnih obeležja bića koja proizlaze iz zakonskog opisa i koja zasnivaju nepravo, umišljaj učinioca mora da obuhvati i nepostojanje negativnih obeležja, tj. osnova isključenja protivpravnosti. Objektivne pretpostavke osnova opravdanja bi u tom kontekstu bile negativna obeležja bića. Njihovo postojanje poništilo bi ostvarenost bića jednako kao i nedostatak pozitivnih obeležja, pa se sledstveno i zabluda u odnosu na obe vrste obeležja treba jednako tretirati.<sup>115</sup> Zabluda o osnovima opravdanja bi vodila isključenju umišljaja. Ovo

109 Vid. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 157.

110 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 234. Zamerka koja se stavlja ovom upoređenju svodi se na konstataciju da ponašanje koje pravni poredak dozvoljava, nezavisno od toga na kom nivou je isključeno postojanje krivičnog dela, nije nepravo. Objektivno posmatrano, osnov opravdanja jednako negira kvalitet i intenzitet neprava kao i neostvarenost bića. *Isto*.

111 Vid. J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 176–177.

112 *Isto*, str. 177.

113 U. Kindhäuser, *nav. delo*, str. 235.

114 G. Freund, *nav. delo*, str. 293.

115 Vid. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 157.



učenje treba odbaciti pošto na istom nivou govori o osnovima koji konstituišu i o osnovima koji isključuju nepravo.<sup>116</sup>

**Ograničena teorija krivice u užem smislu** (*Eingeschränkte Schuldtheorie im engeren Sinn*). Zastupa stav da se u odnosu na zabludu o stvarnim pretpostavkama osnova opravdanja samo **analogno** primenjuje pravilo o stvarnoj zabludi. Ova teorija negira nevrednost radnje umišljajnog dela, koja biva poništena kada učinilac polazi od jednog opravdavajućeg stanja stvari, odnosno smatra da čini nešto što pravni poredak izuzetno dozvoljava.<sup>117</sup>

**Teorija krivice koja upućuje na pravne posledice zablude o biću krivičnog dela** (*Rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie*). Polazi od toga da umišljaj ima dvostruku funkciju. On predstavlja subjektivno obeležje bića ali i oblik krivice. Kao oblik ponašanja umišljajno ostvarenje bića je korelat prekorljivosti ponašanja na nivou krivice. Pogrešna svest o opravdavajućem činjeničnom stanju prema ovoj varijanti ne dotiče umišljaj kao oblik ponašanja, tj. učinilac ostvaruje nepravo bića ali se ne kažnjava za umišljajno delo, pošto je isključena umišljajna krivica.<sup>118</sup> Ovo shvatanje ne negira načelnu razliku između stvarne zablude o biću i zablude o razlozima isključenja protivpravnosti, pa ovoj drugoj ne pripisuje prirodno isključenje umišljaja, već samo upućuje na jednak pravni položaj i primenu pravila o stvarnoj zabludi u svom rešenju.<sup>119</sup> Na širokoj paleti različitih mišljenja pojedini autori ovo poslednje shvatanje označavaju kao najprihvatljivije.<sup>120</sup>

Ivan Đokić

Juristische Fakultät, Universität Belgrad

## TATBESTANDS- UND ERLAUBNISTATBESTANDSIRRTUM IM STRAFRECHT ZUSAMMENFASSUNG

Die Irrtumslehre ist von großer praktischer Bedeutung, weil die Unkenntnis oder die Fehlvorstellung des Tatbestands einer Tat, gleich wie ein Irrtum über die sachlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, den Vorsatz ausschließt. Der Täter handelt also nicht vorsätzlich, wenn er bei der Begehung der Tat den Umstand nicht kennt, der

116 K. Kühl, *nav. delo*, str. 415–416.

117 Isto; J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 178–179.

118 J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 179–180.

119 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *nav. delo*, str. 157.

120 Vid. J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 180; F. Bačić, *nav. delo*, str. 299. Od ovog rešenja je pošao i austrijski KZ koji u § 8 predviđa da se učinilac koji pogrešno smatra da postoji okolnost koja bi isključila protivpravnost ne može kazniti za umišljajno delo. I Nacrt nemačkog KZ iz 1962. god. (§ 20) je sledeći ovaj pravac polazio od toga da učinilac koji je u zabludi da postoji okolnost koja bi delo opravdavala neće biti kažnjen za umišljajno delo, ali da će se kazniti za nehatno delo, kada mu se zabluda može prebaciti i kada zakon nehatno ponašanje zaprećuje kaznom. Ipak ovaj akt nije ozakonjen. Vid. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *nav. delo*, str. 507; J. Wessels, W. Beulke, *nav. delo*, str. 177.

zum gesetzlichen Tatbestand gehört, oder einen rechtfertigenden Sachverhalt irrigerweise annimmt. Dennoch kann der Täter wegen fahrlässiger Tatbestandsverwirklichung strafbar sein, wenn der Irrtum auf der Fahrlässigkeit beruht und eine entsprechende Fahrlässigkeitsstrafbarkeit gesetzlich vorgesehen ist. Beide Tatbestands- und Erlaubnistatbestandsirrtümer sind im serbischen Strafgesetzbuch nach § 28 ausdrücklich geregelt.

Im ersten Teil der Arbeit werden die Fragen analysiert, die sich auf Tatbestandsirrtum beziehen. Der Gegenstand eines Tatbestandsirrtums können alle objektiven Merkmale einer Tat sein, insbesondere Tathandlung, Tatobjekt, Kausalverlauf usw. Im zweiten Teil des Artikels prüft der Autor den Begriff des Erlaubnistatbestandsirrtums und verschiedene Theorien, die die Wirkung dieses Irrtums begründen.

**Schlüsselwörter:** Vorsatz, Fahrlässigkeit, Tatbestandsirrtum, Erlaubnistatbestandsirrtum.

## ISTRAŽIVANJE POČETKA KRIMINALNE KARIJERE

**Apstrakt.** Brojna kriminološka istraživanja ukazuju na povezanost ranog započinjanja kriminalne karijere i njenog trajanja, kao i učestalosti izvršenih krivičnih dela. Zbog toga se u ovom radu bavimo utvrđivanjem momenta kada prestupnici započinju svoju kriminalnu karijeru. On je važan i za politiku suzbijanja kriminaliteta jer pruža podatke o uzrasnim kategorijama u odnosu na koje treba delovati profilaktički sa ciljem sprečavanja kriminalnih aktivnosti. Navedenoj problematici pristupa se sa teorijskog i empirijskog aspekta. Posle objašnjenja pojma kriminalne karijere, ukazuje se na rezultate postojećih kriminoloških istraživanja o početku kriminalne karijere kao i vrstama krivičnih dela kojima započinje istrajna kriminalna aktivnost. U drugom delu rada predstavljeni su rezultati sprovedenog istraživanja o početku kriminalne karijere. Empirijsku podlogu istraživanja čine statistički podaci prikupljeni za 205 povratnika koji se trenutno nalaze na izdržavanju kazne zatvora u Kazneno-popravnim zavodu u Sremskoj Mitrovici kao i podaci prikupljeni anketiranjem 70 povratnika iz navedenog zavoda. Početak kriminalne karijere analiziran je na osnovu obe vrste prikupljenih podataka a sprovedena je i studija samooptuživanja koja je omogućila utvrđivanje „stvarnog“ početka kriminalne karijere kod povratnika čije je prvo krivično delo ostalo nepoznato organima krivičnog progona. Ispitivana je i vrsta krivičnih dela kojima otpočinje istrajna kriminalna aktivnost a vršena je i komparacija krivičnih dela kojima kriminalnu karijeru počinju povratnici mlađi odnosno stariji od 21 godine.

**Ključne reči:** kriminalna karijera, početak, povrat, istraživanje, krivično delo.

### 1. UVODNE NAPOMENE

Problematika povrata oduvek je privlačila pažnju kriminologa. Prvobitno interesovanje naučnika za ovaj fenomen odnosilo se na pitanja klasifikacije povratnika i etiologiju recidivizma.<sup>1</sup>

---

\* asistent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 Tako je npr. Lombroso sve izvršioce krivičnih dela podelio na rodjene zločince koji se vršenju dela iznova okreću jer su za to predodređeni, duševno bolesne, kriminaloide koji se zločinu vraćaju zbog navike, zločince iz strasti i slučajne zločince. List je pravio razliku između zločinaca iz navike (delio ih je na popravljive i nepopravljive) i slučajne krivce. Ašafenburgovu klasifikaciju krivaca čine slučajni, sa povodom, u povratu, iz navike i po zanimanju. Pinatél razlikuje slučajne, zločince iz strasti i iz navike. O navedenom više u: Đ. Ignjatović /2009/: *Teorije u Kriminologiji*, Beograd, str. 33–61. Kategoriju profesionalnog kriminalca detaljnije u svom delu *Filozofija kažnjavanja* analizira Tard smatrajući da se sa kriminalnom karijerom počinje u ranom uzrastu i da ona, kao i druga zanimanja, ima svoje specijalne škole, dijalekt kao specijalne asocijacije. U delu *Profesionalni lopov* Saterlend ukazuje na bitnu karakteristiku ove kategorije povratnika kojima vršenje krivičnih dela predstavlja jedini izvor prihoda i koji sebe doživljavaju kao kriminalce dok su predstavnici interakcionističke struje objasnili sâm proces prihvatanja uloge prestupnika. Više u: B.Kyvsgaard /2004/: *The Criminal Career, The Danish Longitudinal Study*, UK, str.2.

Povrat se u novijoj kriminološkoj literaturi dovodi u vezu sa pojmom kriminalne karijere. Po jednom shvatanju (Hagan) lica sa kriminalnom karijerom odlikuju sledeće karakteristike: identifikacija sa zločinom, koncept o sebi kao kriminalcu, grupna podrška i udruživanje sa drugim kriminalcima, progresija u kriminalnoj aktivnosti, zločin kao način života<sup>2</sup>. Novi pristup kriminalnoj karijeri počeo je da se razvija sredinom 80-ih godina prošlog veka u SAD a prvi zastupnici ovog koncepta bili su Blumstein i Coen. Smatrajući da je za proučavanje kriminaliteta važno doći do podataka o karakteristikama istrajne kriminalnosti, bez udubljanja u složenu problematiku etiologije povrata, definisali su kriminalnu karijeru kao „longitudinalni proces činenja krivičnih dela u nekom periodu života.“ Ključni elementi tako određenog pojma kriminalne karijere su njen početak (*onset*), trajanje (*duration*) i prestanak (*desistance*)<sup>3</sup>. U brojnim istraživanjima koja su potom usledila analizirani su navedeni elementi čime je upotpunjeno saznanje o vremenu uključivanja u kriminalne aktivnosti, o povezanosti početka kriminalne karijere sa vrstom kasnije izvršenih krivičnih dela, njihovim brojem, kao i učestalošću u izvršenju. Takođe je ukazivano na povezanost početka kriminalne karijere i njenog trajanja, trajanja karijere i progresije u vršenju težih krivičnih dela a istraživana je i veza između trajanja kriminalne karijere i specijalizacije u vršenju krivičnih dela.

Ovoj temi nije posvećeno mnogo pažnje u našoj literaturi. Kod autora koji su se bavili problematikom povrata, početak kriminalne karijere predstavlja samo jedan od mnogobrojnih analiziranih aspekata. U pitanju su pravni pojam povrata, etiološki ugao posmatranja, tipologija povratnika itd. Što se tiče fenomenoloških karakteristika, sprovedena istraživanja sadrže podatke o strukturi i kretanju povratničkog kriminaliteta, demografskim odlikama ali i o uzrastu povratnika u trenutku izvršenja prvog kao i poslednjeg krivičnog dela<sup>4</sup>. O podacima istraživanja koji se odnose na početak kriminalne karijere biće reči u nastavku rada.

## 2. TEORIJSKI OKVIR

Početak kriminalne karijere po rezultatima sprovedenih istraživanja predstavlja značajan indikator kasnijeg kriminalnog ponašanja. Rano započinjanje kriminalnih aktivnosti dovodi se u vezu sa većom učestalošću krivičnih dela a po pravilu uzrokuje i duže trajanje kriminalne karijere kao i vršenje težih krivičnih dela<sup>5</sup>. Faktori koji utiču na rane početke kriminalnih aktivnosti su porodični problemi, slabe

---

U našoj literaturi je uglavnom vršena klasifikacija povratnika na prestupnike iz navike, po tendenciji i profesionalne izvršioce krivičnih dela – prema: Lj.Lazarević /1971/: Krivičnopravne mere prema povratnicima – ur. M.Milutinović (ur.), Problemi povrata, Beograd, str.350–351. Slično: F.Bačić /1986/: *Krivično pravo*, Zagreb, str. 482–483.

2 Đ.Ignjatović /2011/: *Kriminologija*, Beograd, str. 133.

3 Đ. Ignjatović /2009/, 461.

4 V.Miladinović /1983/: *Povrat u krivičnom pravu*, Beograd, M.Milosavljević /1975/: *Između neslobode*, Beograd.

5 Tako npr. Farrington navodi da kod prestupnika koji svoju kriminalnu aktivnost počinju između 10.i 13. godine kriminalna karijera u proseku traje oko 12 godina dok je znatno kraća (2,33 godine) kod lica koja prvo delo vrše u uzrastu između 21. i 30. godine. Nav.prema: Alex R.Piquero, David Farrington, Alfred Blumstein /2006/: *Key issues in Criminal Career Research* Cambridge, 82. Do sličnih zaključaka došli su i drugi autori-više u: Alex R. Piquero, Robert Brame and Don-

afektivne veze, povezivanje sa devijantnim vršnjacima<sup>6</sup>. Sa druge strane, uzroci su drugačiji kada se početak kriminalne karijere vezuje za kasniji životni period. Tako su npr. Sampson i Laub, analizirajući uzorak od 500 delinkvenata i isto toliko nedelinkvenata prikupljen od bračnog para Glueck, došli do zaključka da na početak kriminalne aktivnosti u odraslom dobu utiču slabe socijalne veze (posebno nezaposlenost i razvod braka) a određeni doprinos pruža i devijantno ponašanje iz adolescentskog perioda i detinjstva<sup>7</sup>. Ima mišljenja da svaka kriminalna karijera počinje u detinjstvu ili u adolescentskom periodu a da podaci o prvoj osudi posle 21. ili čak 18. godine samo ukazuju na trenutak reagovanja organa formalne kontrole.

Podaci u nekim istraživanjima ukazuju na značajan udeo povratnika koji su započeli kriminalnu karijeru posle 21. godine. Stokholmska studija je obuhvatila oko 15 000 lica i pokazala da je preko 70% kriminalnu karijeru započelo posle 18. godine. Farrington je jedan od autora koji je istraživao u kojoj meri su podaci o počecima kriminalnih karijera u odraslom dobu validni. Ispitujući retrospektivno grupu kasnih početnika (sa 21. navršenom godinom kada se protiv navedenih lica u Engleskoj vodi redovni krivični postupak bez bilo kakvih pogodnosti koje postoje u slučaju maloletnih učinilaca) došao je do zaključka da je 1/3 tih lica kriminalnu karijeru započela pre 21. godine. Iako podaci pokazuju da je znatno veći broj ispitanika od 1/3 učinio neko krivično delo pre 21. godine, Farringtonov stav je da samo one koji su izvršili veći broj dela (konkretno preko 12 krivičnih dela) treba smatrati ranim početnicima. U suprotnom, kako on navodi, došli bismo do zaključka da su svi ispitanici počeli kriminalnu karijeru u ranom životnom dobu. Pored ispitivanja stvarnog vremenskog trenutka započinjanja kriminalne karijere, pažnja se u literaturi posvećuje i razlikama u vrsti dela kojima kriminalnu aktivnost počinju maloletna odnosno punoletna lica. Najčešća krivična dela kojima se punoletna lica uključuju u kriminalne aktivnosti su seksualni delikti, krađe na radnom mestu, prevara i vandalizam (odnosno oštećenje tuđe stvari) dok su kod maloletnika u pitanju krađe, krađe motornih vozila i provalne krađe. Kako pomenuti autor navodi, potrebno je analizirati i razlike u pogledu uzroka koji dovode do početka kriminalne karijere kod ove dve kategorije učinilaca.<sup>8</sup>

Tako je npr. u kriminološkoj literaturi poznata klasifikacija kriminalnih karijera koju je formulisala Mofitova i po kojoj se istrajni prestupnici mogu podeliti na

---

ald Lynam /2004/: Studying Criminal Career Length Through Early Adulthood Among Serious Offenders, *Crime & Delinquency*, n.50, 412–435.

- 6 Charles Ayers and all. /1999/: Assessing Correlates of Onset, Escalation, Deescalation, and Desistance of Delinquent Behavior, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 15, No. 3, 279–280.
- 7 Sampson i Laub ukazuju da na kriminalitet utiču važne institucije socijalne kontrole tokom života: u detinjstvu i adolescenciji to su porodica, škola i grupe vršnjaka; u fazi rane odrasle dobi to su institucije koje su više obrazovnog i/ili profesionalnog karaktera ali i brak; kasnije su dominantni posao, brak, roditeljstvo i društvena zajednica. Ovi autori su, polazeći od teorija socijalne kontrole, pokušali da objasne promene koje se dešavaju tokom jedne kriminalne karijere. Kritikujući teorije koje kriminalitet objašnjavaju određenim karakteristikama učinilaca, poput psihičkih ili bioloških specifičnosti, oni postavljaju logično pitanje: „Kako objasniti prestanak kriminalne karijere ako navedeni uzročnici kriminalnog ponašanja ostaju nepromenjeni tokom čitavog života?“ –Više o tome u: Larry Siegel, *Criminology (Theories, Patterns and Typologies)*, USA, 2010, 272–283.
- 8 Više o tome u: Tara Renae McGee, David P. Farrington /2010/: Are There Any True Adult-onset Offenders?, *British Journal of Criminology*, n. 50, 530–549.

one koji imaju životnu karijeru (*life-course persistent offender*), koja počinje u ranom detinjstvu i traje do odraslog doba, i na one čija karijera je ograničena na adolescentski period (*adolescence limited offender*). Pojedini autori navode da se etiologija kriminalnih karijera razlikuje prema navedenoj podeli. Tako npr. prestupnike čije kriminalno ponašanje započinje u uzrastu između 15. i 17. godine odlikuju sledeće karakteristike: loše obrazovanje, slaba porodična podrška, zloupotreba alkohola i droga, stresni događaji u životu. Navedeni uzroci nisu zastupljeni kod lica čiju kriminalnu karijeru čini mali broj krivičnih dela ili kod onih koji u kasnijem životnom periodu počinju sa kriminalnim aktivnostima<sup>9</sup>.

U brojnim studijama analiziran je početak kriminalne karijere. Utvrđivanje ovog momenta uslovljeno je starosnom granicom krivične odgovornosti koja je različito određena u zakonodavstvima država. Kod nas je ta granica 14 godina ali je npr. u SAD ona niže postavljena pa se tako registruju nedozvoljena ponašanja dece i od 10. godine<sup>10</sup>. Slična odredba postoji i u zakonodavstvu Engleske<sup>11</sup>. Potrebno je takođe istaći da za razliku od našeg zakonodavstva, u nekim državama pored krivične odgovornosti maloletnika postoji i mogućnost vođenja postupka i izricanja odgovarajućih sankcija u slučaju tkz. statusnih delikata i raznih oblika antisocijalnog ponašanja<sup>12</sup>. Shodno navedenom, moguće je razumeti rezultate onih studija koje ukazuju na nižu starosnu granicu u vreme izvršenja prvog krivičnog dela. Tako je npr. nekolicina autora ukazala na prosečan uzrast od oko 11, 9 godina u trenutku započinjanja kriminalne karijere<sup>13</sup>. Longitudinalno prospektivno istraživanje koje je sproveo Farrington sa saradnicima pokazuje da je najveći broj ispitanika (oko 73%) kriminalnu karijeru započeo pre 20. godine a prosečan uzrast u trenutku prvog dela bio je 18,1 godina<sup>14</sup>. Sa druge strane, Blumstein i Coen smatraju da samo ozbiljna dela treba razmatrati prilikom ispitivanja početka kriminalne karijere. Istraživanje ovih autora pokazalo je da je prvo hapšenje ispitanika kao punoletnih lica zabeleženo kada su imali između 18 i 20 godina<sup>15</sup>. Jedna studija, sprovedena u Danskoj, pokazuje da najveći broj lica iz analizirane grupe učini prvo krivično delo u svojoj 15. godini života. Kako se pomera starosna granica, tako se smanjuje procenat onih koji započinju svoju kriminalnu karijeru tako da npr. samo 1% prestupnika prvi kriminalni akt čini u svojoj 25. godini<sup>16</sup>. U domaćoj literaturi je početak kriminalne karijere analiziran na osnovu vremena donošenja pravnosnažne presude što se ne poklapa sa vremenom izvršenja krivičnog dela. Tako Milosavljević navodi da najveći broj povratnika počinje kriminalnu karijeru između 25–29 godine dok su

9 Timothy O. Ireland, Craig J. Rivera, and John P. Hoffmann /2009/: *Developmental Trajectories, Stressful Life Events and Delinquency*– in: J.Savage (ed.), *The Development of Persistent Criminality*, 90–114.

10 B.Kyvsgaard, 107.

11 Donja strasna granica iznosi 10 godina pri čemu se lica uzrasta između 10–14 godine smatraju decom dok su maloletnici lica u uzrastu između 14–17 godine– navedeno prema: A. R.Piquero, D. Farrington, A. Blumstein, 40.

12 Više o tome u: M.Škulić /2011/: *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 84–85.

13 A. R. Piquero, R. Brame and D. Lynam, 412–435.

14 A. R.Piquero, D. Farrington, A. Blumstein /2006/, 61.

15 Navedeno prema: Đ. Ignjatović /2009/, 463.

16 B.Kyvsgaard, 107.

maloletnici na drugom mestu. Pri tome, od velikog je značaja i činjenica da 48,8% povratnika počinje kriminalnu karijeru pre 24. godine a 90% pre 34. godine<sup>17</sup>.

Pored ispitivanja starosne granice u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela, pažnja je usmerena i na analizu vrste krivičnih dela sa kojima se započinje kriminalna aktivnost. Kako pojedini autori ističu, prva krivična dela učinilaca koji rano započinju kriminalnu karijeru ulaze u kategoriju lakših krivičnih dela poput sitne krađe, krađe i oštećenja tuđe stvari. Prevare i ubistva vezana su za uključivanje u kriminalnu aktivnost u kasnijem životnom dobu dok je za adolescentski period karakteristično započinjanje kriminalnih karijera vršenjem teških krađa (naročito kada se radnja sastoji u provaljivanju ili obijanju ili kada je objekt krađe motorno vozilo)<sup>18</sup>. Kada su u pitanju učinioci krivičnih dela protiv polne slobode odnosno seksualni prestupnici, u literaturi se ne navodi okvirni uzrast u kome kriminalna karijera počinje vršenjem ovih krivičnih dela. Pojedini autori ističu da kod prestupnika koji u ranom uzrastu započnu karijeru, postoje veći izgledi da će doći do recidivizma i vršenja krivičnih dela protiv polne slobode za razliku od prestupnika čija se kriminalna aktivnost sastoji isključivo od seksualnih delikata i koji prvo krivično delo vrše u kasnijem životnom dobu. Ovu poslednju kategoriju seksualnih prestupnika odlikuje kraća kriminalna karijera sastavljena od manjeg broja (ponekad samo i jednog) istovrsnih krivičnih dela<sup>19</sup>. U literaturi se takođe navodi da je organizovani kriminalitet povezan sa nešto kasnijim započinjanjem kriminalnih aktivnosti. Pojedini autori sprovedli su istraživanje kako bi ispitali navedenu tezu. Prema rezultatima studije, pripadnici kriminalnih organizacija prilikom izvršenja prvog krivičnog dela imali su prosečno 24 godine. Zanimljivo je da je u istoj studiji utvrđena čak viša starosna granica kod ostalih prestupnika. Oni su kriminalnu karijeru započinjali sa skoro 25 godina<sup>20</sup>.

### 3. CILJEVI ISTRAŽIVANJA I PRIMENJENA METODOLOGIJA

Uz izuzetak studija koje su se na našim prostorima, pored etioloških, sprovodile i u pogledu fenomenoloških karakteristika povrata<sup>21</sup>, istraživanja o kriminalnoj karijeri u svetlu definicije koju su dali Blumstein i Coen gotovo da nisu sprovedena. Ovo se delimično može objasniti činjenicom da do svojevrsnog zaokreta u kriminološkom proučavanju povrata dolazi pre relativno kraćeg vremenskog perioda. Shodno navedenom, jedan od ciljeva ovog istraživanja je da, koliko je to s obzirom na veličinu uzorka moguće, pruži podatke o početku uključivanja u kriminalne ak-

17 M.Milosavljević, 58–59.

18 Alex R.Piquero, David Farrington, Alfred Blumstein, 83.

19 Julie Carpentier, Benoit Leclerc and Jean Proulx /2011/: Behavior Juvenile Sexual Offenders: Correlates of Onset, Variety, and Desistance of Criminal Behavior, *Criminal Justice and Behavior*, n.38, 854–873.

20 M. Vere van Koppen, Christianne J. de Poot and Arjan A. J. Blokland /2010/: Offenders Comparing Criminal Careers of Organized Crime Offenders and General Offenders, *European Journal of Criminology*, n.7, 356–374.

21 V.Miladinović, 99–123. M.Milosavljević, 45–71.

tivnosti učinilaca u Republici Srbiji. Pored analiziranja uzrasta, utvrđivana je i vrsta krivičnog dela kojim započinje istrajna kriminalna aktivnost kako bi bili provereni neki od napred izloženih teorijskih stavova. U radu nije postojala mogućnost poređenja prospektivnih i retrospektivnih podataka ali je cilj istraživanja bio ispitivanje razlika između podataka zavodske evidencije sa odgovorima osuđenika koji su prikupljeni anketiranjem kao i razlika između vremena vršenja krivičnih dela kojima je usledila osuda u krivičnom postupku sa onima koja su ostala nepoznata organima formalne socijalne kontrole.

Empirijsku podlogu istraživanja čine podaci prikupljeni za 205 povratnika koji se trenutno nalaze na izdržavanju kazne zatvora u Kazneno-popravnim zavodu u Sremskoj Mitrovici. Podaci o godini rođenja, krivičnom delu zbog kojeg se svaki povratnik trenutno nalazi na izdržavanju kazne, o ranije učinjenim krivičnim delima, vremenu njihovog izvršenja i vrsti dela prikupljeni su na osnovu ličnih listova osuđenika. Vreme izvršenja prvog krivičnog dela u ličnom listu odnosi se na trenutak donošenja presude u krivičnom postupku. Imajući u vidu da je prosečno trajanje krivičnog postupka u Srbiji između jedne i dve godine<sup>22</sup>, ovi podaci verovatno utiču na preciznost slike o početku kriminalne karijere. Shodno navedenom, za analizu navedenog pitanja u istraživanju su anketiranjem dobijeni odgovori o vremenu izvršenja prvog krivičnog dela od 70 recidivista koji se trenutno nalaze na izdržavanju kazne zatvora u istom zavodu.

U istraživanju početka kriminalne karijere značajan element čini tehnika prikupljanja podataka. Naime, mnoge studije ukazuju na upadljive razlike korišćenja studija samooptuživanja i evidencija kriminaliteta. Po jednom istraživanju sprovedenom u Kanadi, studije samooptuživanja pokazuju nižu starosnu granicu za približno tri godine u odnosu na podatke dobijene iz evidencija. Razlika u uzrastu kod prvog krivičnog dela analizirana je i između prospektivnih i retrospektivnih studija. Iako nema jedinstvenih stanovišta, može se zaključiti da veći broj autora prednost daje studijama prospektivnog karaktera. Jedan od nedostataka retrospektivnog ispitivanja je pamćenje ispitanika koji, iako se sećaju vrste prvoučinjenog krivičnog dela, nisu potpuno sigurni u pogledu vremena njegovog izvršenja. Očekivano je pak, da će podudarnost kako između studija samooptuživanja i evidencija kriminaliteta tako i između prospektivnih i retrospektivnih studija, biti izraženija kod ozbiljnijih krivičnih dela, posebno nasilnih, u odnosu na lakša imovinska krivična dela. Teža krivična dela po pravilu vode osudi u krivičnom postupku a takođe se učinioci njih bolje sećaju čime se može objasniti navedeno očekivanje. Još jedan razlog neslaganja je stav ispitanika u pogledu lakših krivičnih dela. Naime, mnogi drže da nije neophodno priznavati ona dela koja zbog trivijalnosti ne zaslužuju da im se pridaje značaj. Navedeno potvrđuje poređenje retrospektivnih i prospektivnih podataka koje je sproveo Farrington. Naime, oko 87% ispitanika negiralo je bar jedno krivično delo koje su prethodno priznali u prospektivnoj studiji. Negiranje je bilo najizraženije kod lakših imovinskih krivičnih dela, poput oštećenja tuđe stvari i sitne krađe a manje kod nasilnih i težih imovinskih krivičnih dela<sup>23</sup>.

22 U proseku postupak prema punoletnim licima je u skoro dve petine slučajeva trajao preko jedne godine, a preko šest meseci u skoro dve trećine slučajeva – navedeno prema: Đ. Ignjatović /2006/; *Kriminologija*, Beograd, 368.

23 Alex R.Piquero, David Farrington, Alfred Blumstein, 88.



Sa druge strane, vrsta prvog izvršenog krivičnog dela utvrđivana je na osnovu zavodske evidencije. Imajući u vidu tamnu brojku kriminaliteta, pošli smo od pretpostavke da podaci o prvom izvršenom krivičnom delu iz anketa ne moraju odgovarati stvarnom vremenu uključivanja u kriminalne aktivnosti. Moguće je da su povratnici iz ispitivanog uzorka učinili krivično delo koje prethodi prvoj osudi a da za njega nisu saznali organi formalne socijalne kontrole. U skladu sa navedenim, ispitanicima su postavljena pitanja i o krivičnim delima koja su učinili (uz podatke o vremenu izvršenja i vrsti dela) a koja su ostala nepoznata organima krivičnog progona čime je istovremeno sprovedena i studija samoopuživanja.

Povratnici su podeljeni u devet starosnih grupa i to na sledeći način: 14–17; 18–20; 21–24; 25–29; 30–34; 35–39; 40–49; 50 i stariji<sup>24</sup>. Analizirana krivična dela razvrstana su u sedam kategorija. U grupu nasilnih dela uvrštena su, pored krivičnih dela protiv života i tela, i nasilničko ponašanje kao i nasilje u porodici. Druga je kategorija imovinskih krivičnih dela koja, pored krivičnih dela protiv imovine (glava XXI KZ-a), obuhvata i krivična dela protiv privrede (glava XXII KZ-a). Proširivanje grupe imovinskih krivičnih dela na navedeni način nije bitno uticalo na rezultate istraživanja s obzirom na relativno mali broj povratnika koji su u svojoj ukupnoj kriminalnoj aktivnosti bili osuđivani za krivična dela u oblasti privrednog poslovanja. Suprotno od kriminoloških klasifikacija, razbojništvo i razbojnička krađa svrstani su, u skladu sa krivičnopravnim odredbama, u imovinska krivična dela. Krivična dela protiv polne slobode izdvojena su u sledeću grupu a isto je učinjeno i sa krivičnim delima protiv bezbednosti saobraćaja. Krivična dela povezana sa opojnim drogama (čl.246, 246a i 247 KZ-a) čine posebnu kategoriju a samostalnu kategoriju čini i krivično delo iz člana 348. KZ-a s obzirom na njegovu relativnu učestalost u ukupnom broju krivičnih dela. Najzad, u jednu grupu uvrštena su preostala krivična dela koje poznaje naše krivično zakonodavstvo.

U radu je prihvaćen koncept kriminalne karijere koji su dali Blumstein i Coen. No, za razliku od nekih autora, koji u istraživanju kriminalnih karijera koriste podatke i o licima osuđenim za samo jedno krivično delo, što je opravdano pre svega sa aspekta poređenja ove grupe prestupnika i recidivista, ovde se pod licima sa kriminalnom karijerom smatraju oni koji su ranije osuđeni za jedno ili više krivičnih dela. U studiji nije uzeta u obzir razlika između lica sa kriminalnom karijerom (*criminal career*) i lica koja su u literaturi poznata kao karijerni kriminalci (*career criminal*) a čija se diferencijalna karakteristika u odnosu na lica sa kriminalnom karijerom sastoji u poimanju kriminalnih aktivnosti kao ekonomske delatnosti kojom se primarno stiču prihodi za život. U skladu sa članom 55 KZ-a, po kome se učinocu prilikom odmeravanja kazne može uzeti kao otežavajuća okolnost ranija izdržana, oproštena ili zastarela kazna ili oslobođenje od kazne, uslovna osuda po proteku roka za opozivanje kao i sudska opomena, u radu je prihvaćen koncept običnog povrata koji postoji kada je učinilac najmanje jednom ranije osuđen. To dalje znači da se u uzorku nalaze i lica koja su drugo krivično delo izvršila i posle značajnog proteka vremena od prve osude, učinioци koji su vršili raznovrsna krivična dela, sa

24 Kako je samo jedan osuđenik imao preko 60 godina u trenutku prve osude, starosna grupa od 60 i više godina nije iz tog razloga posebno izdvojena.

različitim oblicima krivice, povratnici čija su krivična dela bila rezultat situacionih okolnosti ili su pak predstavljala glavni ili jedini izvor prihoda.

Lica obuhvaćena uzorkom u studiji učinila su ukupno 960 krivičnih dela, uzimajući u obzir i krivična dela zbog kojih se trenutno nalaze u zatvoru. Što se tiče strukture poslednjih izvršenih krivičnih dela, najviše su zastupljena imovinska krivična dela (46,3%), potom krivična dela povezana sa opojnim drogama (21%), krivična dela sa elementima nasilja (15,1%) dok se druga krivična dela kreću u granicama od 6,83% (preostala krivična dela) do grupe krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja (0,98%). Podaci o uzrastu pokazuju sledeće: najveći broj povratnika (31,7%) ima između 25–29 godina, potom između 30–34 godine (24,8%) i naposljetku dolaze lica uzrasta od 21–25 godina (18,5%). Zastupljenost ostalih starosnih grupa kreće se u granicama od 12,2% (40–49 godina) do 2,93% kod starosne grupe od 18–20 godina. Zanimljivo je navesti i podatke o broju krivičnih dela povratnika. Kao što su ranije studije o kriminalnim karijerama pokazale<sup>25</sup>, najveći broj povratnika osuđen je za dva krivična dela (21,5%) a potom se sa svakim povećanjem broja dela smanjuje broj povratnika. Tako je npr. samo sedam lica (3,4%) imalo deset krivičnih dela u svojoj kriminalnoj karijeri. Ako se posmatra broj onih koji su izvršili pet i više krivičnih dela, što je po nekim autorima oznaka hroničnih povratnika<sup>26</sup>, može se zaključiti da je oko 43,4% uzorka ulazi u navedenu kategoriju.

## 4. REZULTATI ISTRAŽIVANJA

### 4.1. Uzrast povratnika u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela prema podacima iz ankete

Tabela 1. Brojčana (n) i procentualna (%) zastupljenost uzrasta u odnosu na broj dela

	14–17god		18–20 god.		21–24 god.		25–29 god.		30–34 god.		35–39 god.		40–49 god.		50 + god.	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
::br dl-1	27	42,2%	18	28,1%	17	26,5%	2	3,1%	/		/		/		/	

25 Kako navode Wolfgang, Figlio i Sellin, najveći broj maloletnika prestaje sa vršenjem krivičnih dela posle prvog dela dok dodatnih 35% prestaje posle drugog izvršenog krivičnog dela. Navedeno prema: Đ. Ignjatović /2009/, 275–276.

26 Navedenu granicu prvi je postavio Wolfgang. U studiji koju je sproveo Farrington, ukupan broj hroničnih prestupnika bio je blizu 30%. Isti autor je vršio poređenje hroničnih i ostalih povratnika u pogledu sledećih odlika: početka karijere (ranije počinje kod hroničnih), nasilna dela (u većem procentu kod hroničnih-ovo se objašnjava brojem krivičnih dela. Naime, sa njihovim povećanjem raste ujedno i mogućnost da se izvrši i krivično delo nasilnog karaktera), godine u poslednjoj osudi (viši uzrast kod hroničnih). Kada je sa druge strane, uporedio one koji su izvršili pet i više krivičnih dela sa onima koji su izvršili četiri i više dela, došao je do zaključka da nema značajnih razlika čime je potvrdio tezu Blumsteina i Cohenove po kojoj je granica koju je postavio Wolfgang proizvoljna. Više o tome u: A. R.Piquero, D. Farrington, A. Blumstein /2006/,17–18.

Podaci su prikupljeni anketiranjem 70 povratnika, od čega šest anketa nije moglo da se upotrebi, tako da tabela pokazuje podatke o započinjanju kriminalne aktivnosti preostala 64 lica. Svi ispitanici imaju manje od 30 godina. Ova kategorija povratnika anketirana je imajući u vidu teorijska izlaganja o problemu starijih osuđenika da se sete tačnog vremena izvršenja prvog krivičnog dela, posebno kada je od tog trenutka prošlo više decenija. Može se videti da je najveći broj lica prvo krivično delo učinio u uzrastu između 18–20 godina (27 lica odnosno 42,2%), potom u maloletničkom uzrastu (28,1%), zatim kada su imali između 21–24 godina (26,5%) i naposljetku kada su bili uzrasta između 25–29 godina (3,1%). Ako podatke za prve dve grupe posmatramo u celini, zaključujemo da je najveći broj ispitanika (70,3%) prvo krivično delo izvršio pre 21. godine. Objašnjenje za veću zastupljenost kategorije od 18–20 godina u odnosu na maloletnike moglo bi se eventualno tražiti na polju reagovanja organa formalne socijalne kontrole na kriminalitet maloletnih lica<sup>27</sup>. Prosečan uzrast povratnika u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela je 19,2 godine.

#### 4.2. Uzrast povratnika u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela prema podacima iz ankete (studija samooptuživanja)

U tabeli br.2 predstavljeni su podaci o krivičnim delima kojima je započeta kriminalna karijera a koja su ostala nepoznata organima krivičnog progona. Studijom samooptuživanja pokušali smo da utvrdimo da li se i u kojoj meri razlikuje početak uključivanja u kriminalne aktivnosti u odnosu na podatke o registrovanom kriminalitetu. Od 64 ispitanika, ukupno 23 (oko 36%) priznalo je da je prvo krivično delo ostalo u tamnom polju kriminaliteta. Kako se iz tabele može videti, od 23 ispitanika najveći broj ovih povratnika (15 odnosno 65,2%) izvršio je prvo krivično delo u maloletničkom uzrastu, troje je to učinilo između 18. i 20.godine a samo jedan u svojoj 23. godini. Potrebno je takođe istaći da je u tabeli izdvojena i posebna kategorija koju čine lica mlađa od 14. godina. Podaci iz ove studije samooptuživanja pokazuju da je četvoro ispitanika prvo krivično delo izvršilo u uzrastu od 12 i 13 godina. Ako se posmatraju ispitanici koji nisu imali navršenih 18 godina u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela, možemo zaključiti da oni čine najbrojniju kategoriju (19 lica odnosno 82,6%) dok je prosečan uzrast povratnika iz studije samooptuživanja u trenutku početka kriminalne karijere 15,8 godina.

27 U tom smislu se ističe da je kod nas situacija nezadovaljavajuća u pogledu suzbijanja maloletničkog kriminaliteta i da bi u toj oblasti trebalo više učiniti u smislu efikasnije primene krivičnog prava i izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima – navedeno prema: Z.Stojanović /2010/: *Krivično pravo*, Beograd,338. Kako je od 70-ih godina prošlog veka naše maloletničko krivično pravo pod jakim uticajem ideja Nove društvene odbrane zbog čega je osnovni kriterijum pri opredeljivanju sudije koju krivičnu sankciju će izreći maloletniku interes tog lica, jasno je zašto kažnjavanje ovih prestupnika predstavlja izuzetak: Đ.Ignjatović /2012/: *Da li je kaznena politika sudova u Srbiji odgovarajuća?* – u: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*, Istočno Sarajevo, 2012., 106.

Tabela 2. Brojčana (n) i procentualna (%) zastupljenost uzrasta u odnosu na broj dela

	14–17 god.		18–20 god.		21–24 god.		25–29 god.		30–34 god.		35–39 god.		40–49 god.		50+ god.	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
::br dl-1	15	65,2%	3	13%	1	4,3%	4	17,4%	/		/		/		/	

### 4.3. Uzrast povratnika u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela prema zavodskim statistikama

Bez obzira na pomenute nedostatke vođenja podataka u ličnim listovima, u tabeli br.3 prikazani su podaci početka kriminalne karijere na osnovu vremena donošenja sudskih presuda sa ciljem ustanovljenja eventualnih razlika u odnosu na podatke prikupljene anketiranjem povratnika.

Tabela 3. (deo koji se odnosi na prvo k.d.) Brojčana (n) i procentualna (%) zastupljenost uzrasta u odnosu na broj dela na osnovu zavodske evidencije

	14–17 god.		18–20 god.		21–24 god.		25–29 god.		30–34 god.		35–39 god.		40–49 god.		50 + god.	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
::br dl-1	40	19.5*	48	23.4*	57.	27.8	41.	20.0	5.	2.4	8.	3.9	5.	2.4	1.	.5

Može se videti da se prvo krivično delo najviše pojavljuje kod uzrasta između 21–24. godina (kod 57 krivičnih dela odnosno u 27,8%), potom kod lica starosti od 18–20 godina (23,4%), zatim kod grupe uzrasta od 25–29 godina (20%) i naposljetku kod maloletnika (19,5%). Ako pak, posmatramo zajedno maloletnike i mlađa punoletna lica zaključićemo da se ukupno 42,9% prvih krivičnih dela izvrše do 21. godine što je značajno manje u odnosu na podatke o istom uzrastu prema studiji samoopuživanja kao i prema podacima iz ankete. Maloletnici ni ovde, kao ni u tabeli br. 1 nisu najzastupljenija kategorija, što se, kao što je već navedeno, delimično može tumačiti reagovanjem organa krivičnog progona. Sa druge strane, značajno je zastupljen i uzrast od 25–29 godina za razliku od tabele br.1. što je i razumljivo, imajući u vidu da su svi ispitanici kod anketiranja imali manje od 30 godina, zbog čega ostaje manje vremena za povrat. U skladu sa statističkim podacima o kriminalitetu<sup>28</sup>, logično je očekivati da najmanji broj lica počinje kriminalnu karijeru posle 40. godine.

28 Starenje je, kako se to u brojnim kriminološkim radovima poslednjih decenija često ističe, najdelotvorniji faktor smanjivanja stope kriminaliteta. Jer, učešće stanovništva starijeg od 60 godina u ukupnoj masi punoletnih lica daleko je veće od svih ostalih uzrasnih kategorija, dok je njihovo učešće među prijavljenim učiniocima krivičnih dela zanemarljivo. Nav.prema: Đ. Ignjatović /2007/: Stanje kriminaliteta u Srbiji-analiza statističkih podataka– u: Đ. Ignjatović (ur.), Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Beograd, 88. Statistički podaci Republičkog zavoda za statistiku za 2010. godinu pokazuju da učešće prijavljenih muškaraca posle uzrasta od 21–29 godine sa svakom sledećom dekadom opada dok se kod prijavljenih žena učešće poste-

Izračunat je i prosek godina učinilaca u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela i on iznosi 22,7 godina. Da bismo videli u kojoj meri na prosečan uzrast utiču krivična dela onih lica koja kriminalnu karijeru započinju posle 30. godine (kada bi prema stavovima Blumštajna i Koenove ona trebalo da se završi) izračunali smo prosečan uzrast onih povratnika koji su imali manje od 30 godina u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela. Pokazalo se da je taj prosečan uzrast 21,4 godine. Poslednji podatak ukazuje razliku od dve godine u odnosu na podatke iz anketne (19,2 godine) što se može objasniti vremenom koje protekne između trenutka izvršenja prvog krivičnog dela i trenutka donošenja presude.

#### 4.4. Vrsta prvog krivičnog dela (prema zavodskoj statistici)

Krivično delo kojim započinje kriminalna karijera (tabela br. 4) u 59% slučajeva ulazi u grupu krivičnih dela protiv imovine (zajedno sa manjim brojem krivičnih dela iz oblasti privrednog poslovanja). Potom dolaze krivična dela u vezi sa opojnim drogama (12,2%) a u gotovo podjednako meri (11,2%) povratnici započinju kriminalnu karijeru vršeći krivično delo nasilnog karaktera. Statistička veza između imovinskih krivičnih dela i prvog krivičnog dela nije utvrđena imajući u vidu da se imovinska krivična dela često pojavljuju i na mestu drugog, trećeg i svakog sledećeg krivičnog dela u kriminalnoj karijeri. Slaba statistička veza jeste, sa druge strane, utvrđena između četvrtog, petog i svakog sledećeg krivičnog dela i imovinskih krivičnih dela. Ovime se ukazuje na pravilnost navođenu u teoriji po kojoj se višestruki učinioci krivičnih dela uglavnom specijalizuju za vršenje imovinskih krivičnih dela. Tabela takođe pokazuje statističku vezu prvog krivičnog dela i krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja. Za navedenu povezanost bilo bi interesantno proučavati kako zatvorski uslovi utiču na ovu kategoriju povratnika u smislu utvrđivanja da li se njihova kriminalna aktivnost posle prve osude sastoji u vršenju istih/istovrsnih ili potpuno različitih krivičnih dela. Za razliku od krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja, krivična dela protiv polne slobode pojavljuju se, prema utvrđenoj statističkoj vezi, kao peto i dalje krivično delo u kriminalnoj karijeri dok se krivična dela u vezi sa oružjem pojavljuju nešto ranije – prema statističkoj vezi to je treće po redu krivično delo u kriminalnoj karijeri

**Tabela 4** Brojčana (n) i procentualna (%) zastupljenost vrste k.d. u odnosu na broj k.d.

	nasilna krivična dela		imovinska krivična dela		u vezi sa opojnim drogama		protiv bezbednosti saobraćaja		protiv polne slobode		nošenje i držanje vatr. oruž.		preostala krivična dela	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
::brdl -1	23.	11.2	121.	59.0	25.	12.2	7.	3.4*	4.	2.0	11.	5.4	14.	6.8
::brdl -2	27.	12.7	123.	57.7	33.	15.5*	2.	.9	8.	3.8	7.	3.3	13.	6.1

peno povećava do grupe od 40–49 godine, koja je ujedno najviše opterećena kriminalitetom, a potom dolazi do smanjivanja broja prijave.

::brdl -3	20.	12.4	91.	56.5	20.	12.4	5.	3.1	3.	1.9	11.	6.8*	11.	6.8
::brdl -4	12.	10.1	78.	65.5	18.	15.1 <sup>a</sup>	3.	2.5	1.	.8	2.	1.7	5.	4.2
::brdl -5	26.	10.0	169.	65.3 <sup>a</sup>	21.	8.1	4.	1.5	12.	4.6*	10.	3.9	17.	6.6

Što se tiče pojedinih krivičnih dela kojima počinje kriminalna krijera, prvo će biti navedena struktura imovinskih krivičnih dela. Na prvom mestu (38%) je teška krađa, potom krađa (24,5%), razbojništvo i razbojnička krađa su nešto manje zastupljeni u odnosu na krađu (17,8%), dok preostala krivična dela ove grupe (uglavnom su bile u pitanju prevare, iznude, prikrivanja i u tri slučaja krivična dela iz oblasti privrednog poslovanja – falsifikovanje novca i izdavanje čeka i korišćenje platnih kartica bez pokrića) čine 13,5% uzorka. U zanemarljivom broju (samo dva krivična dela) zastupljene su sitne krađe kao i neovlašćeno korišćenje tuđeg motornog vozila (u pet slučajeva). Navedene podatke treba posmatrati i u kontekstu postupanja organa formalne socijalne kontrole jer ako se radi o lakšim krivičnim delima iz ove grupe, kao što je npr. sitna krađa, postoje veće mogućnosti za odustanak od krivičnog gonjenja što sigurno delimično doprinosi izgledu strukture imovinskih krivičnih dela<sup>29</sup>. Takođe, krađu kao i sitnu krađu je teže otkriti nego npr. razbojništvo, što je i potvrđeno u mnogim studijama samooptuživanja koje pokazuju da je indeks prikrivanja najviši upravo kod navedenih imovinskih krivičnih dela<sup>30</sup>. Među krivičnim delima povezanim sa opojnim drogama (čl.246, 246a i 247 KZ-a), zastupljenije je delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (oko 63%) dok se krivično delo omogućavanje uživanja opojnih droga nije nijednom pojavilo na mestu dela kojim započinje kriminalna karijera. U preostalim slučajevima (37%) prvo krivično delo bilo je neovlašćeno držanje opojnih droga. Što se tiče nasilnih krivičnih dela, najveći broj povratnika (52%) počinje kriminalnu karijeru nekim od sledećih krivičnih dela: učestvovanje u tuči, nasilničko ponašanje ili laka telesna povreda; u 30% slučajeva prvo krivično delo je teška telesna povreda i naposljetku ubistvo (17,4%).

Sa navedenim podacima o strukturi krivičnih dela treba uporediti rezultate dobijene studijom samooptuživanja. Od 23 ispitanika koji su priznali da za njihovo prvo krivično delo nisu saznali organi formalne socijalne kontrole, 21 lice ili 91% počelo je kriminalnu karijeru nekim krivičnim delom protiv imovine. Najzastupljenija je bila krađa (56,5%), potom razbojništvo (13%), teška krađa i sitna

29 Podaci Republičkog zavoda za statistiku za 2010. godinu pokazuju da je do odbacivanja krivične prijave i obustave krivičnog postupka za krivična dela sitna krađa, utaja i prevara iz čl. 210.KZ-a došlo u 18,7% slučajeva dok je taj udeo znatno manji kod razbojništva (2,3%) odnosno kod teške krađe (3,3%).

30 Ponti smatra da indeks prikrivanja zavisi od vrste zločina. On vrši gradaciju prema stepenu u kome ostaju neregistrovana. Kao delo kod koga je indeks prikrivanja najniži, izdvaja ubistvo, a zatim ovaj raste preko razbojništva, prevare do (sitne) krađe kod koje je najviši. U ranijoj SFRJ Pečar je utvrdio da žrtva ne prijavljuje 63,6% imovinskog kriminaliteta, čak 88,2% oštećenja tuđe stvari. Nav.prema: Đ.Ignjatović /2009/: *Metodologija istraživanja kriminaliteta*, Beograd, str.94.

krađa su podjednako prisutne (po 8,7%) dok je u po jednom slučaju bilo u pitanju neovlašćeno korišćenje tuđeg motornog vozila, laka kao i teška telesna povreda. Kada se radi o krađi, teškoj i sitnoj krađi, podaci ne mogu biti potpuno precizni jer je pitanje u kojoj meri je ispitanicima poznata zakonska razlika ovih krivičnih dela. No, ako zanemarimo navedeno, podaci studije samoopuživanja ipak pokazuju nešto drugačiju strukturu u odnosu na registrovani kriminalitet imajući u vidu da su teža imovinska krivična dela poput razbojništva, razbojničke krađe kao i teške krađe manje zastupljena.

#### 4.5. Povezanost uzrasta i vrste krivičnih dela

U tabeli 5 predstavljen je odnos uzrasta i vrste krivičnog dela. Podaci ukazuju na nekoliko statističkih veza od kojih nam je najznačajnija ona između najmlađeg uzrasta (maloletnici) i vrste krivičnih dela. Postoji dakle značajna statistička veza između maloletničkog uzrasta i imovinskih krivičnih dela dok je ona slabijeg karaktera između iste vrste krivičnih dela i uzrasta od 18–20. godine. Između nasilnih krivičnih dela i uzrasta nije ustanovljena statistička povezanost ali kod svih ostalih grupa je ona u značajnijoj meri prisutna. Npr., lica uzrasta od 30–34. godine najpre vrše neko krivično delo povezano sa opojnim drogama, starosna grupa od 25–29 godina krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja, lica od 35–39 godina krivična dela protiv polne slobode dok će učinioci uzrasta od 21–24 godina najpre izvršiti krivično delo nedozvoljeno držanje, nošenje i promet vatrenog oružja. Naposljetku, krivična dela iz poslednje grupe najpre će biti učinjena od strane lica starosti preko 40 godina.

Za razliku od navedenih podataka iz tabele 5 koji ne omogućavaju razmatranje prvog krivičnog dela i uzrasta, u nastavku će, u skladu sa napred iznetim teorijskim gledištima, biti analizirana vrsta krivičnih dela kojima otpočinje kriminalna karijera kod lica mlađih/starijih od 21 godine<sup>31</sup>. Bez obzira na moguće nepreciznosti, biće korišćeni podaci iz zavodskih evidencija prevashodno zbog veličine uzorka i zastupljenosti svih uzrasnih kategorija (za razliku od anketa koje su popunjavala samo lica mlađa od 30 godina).

**Tabela 5** Brojčana (n) i procentualna (%) zastupljenost uzrasta u odnosu na vrstu krivičnog dela

	14–17 god.		18–20 god.		21–24 god.		25–29god.		30–34god.		35–39god.		40–49god.		50 + god.	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
N.k.d	4.	3.7	12.	11.1	27.	25.0	34.	31.5	5.	4.6	8.	7.4	13.	12.0	5.	4.6
Imovk.d	47.	8.1*	67.	11.5	181.	31.1 <sup>“</sup>	159.	27.3	78.	13.4	26.	4.5	14.	2.4	10.	1.7
Opojne d.	0.	.0	8.	6.8	28.	23.9	45.	38.5 <sup>“</sup>	28.	23.9*	5.	4.3	3.	2.6	0.	.0
Bez j.s.	1.	4.8 <sup>“</sup>	2.	9.5	5.	23.8	10.	47.6*	3.	14.3	0.	.0	0.	.0	0.	.0

31 Granica od 21 godine uzeta je imajući u vidu pravila našeg krivičnog zakonodavstva, koja po pitanju krivične odgovornosti prave razliku između maloletnika, mlađih punoletnih lica i lica starijih od 21 godine.

Protiv p.s.	1.	3.6	2.	7.1	3.	10.7	7.	25.0	5.	17.9 <sup>cs</sup>	5.	17.9*	4.	14.3 <sup>cs</sup>	1.	3.6
Čl. 348	1.	2.4	4.	9.8	14.	34.1*	13.	31.7	4.	9.8	2.	4.9	3.	7.3	0.	.0
Ostala k.d	0.	.0	6.	10.0	13.	21.7	12.	20.0	9.	15.0	7.	11.7	9.	15.0*	4.	6.7*

Ne ulazeći u objašnjenja razloga koji utiču na opredeljenje lica mlađih/starijih od 21 godine da kriminalnu karijeru započnu određenim krivičnim delom, možemo primetiti postojanje nekoliko specifičnosti. Prvo, lica mlađa od 21 godine kriminalnu karijeru u najvećem broju slučajeva počinju vršenjem krađa (21,4%), teških krađa (21,2%) ili krivičnim delima u vezi sa opojnim drogama (7,14%) pri čemu se u najvećem broju slučajeva radi o neovlašćenom držanju opojne droge. Ostala krivična dela zastupljena su u znatno manjim procentima. Za razliku od njih, lica starija od 21 godine počinju kriminalne karijere vršenjem raznovrsnijih krivičnih dela. Najzastupljenija je teška krađa (17%) mada bi ovaj podatak trebalo uzeti sa rezervom s obzirom da je veliki broj lica osuđen za navedeno krivično delo između 21–23 godine, što znači da je vrlo verovatno kriminalna karijera započeta pre 21 godine. U istoj meri (17%) kriminalna karijera počinje vršenjem nekog krivičnog dela u vezi sa opojnim drogama (pretežno je u pitanju delo iz čl.246 KZ-a). Moguće je uočiti razliku u odnosu na lica mlađa od 21 godine koja u znatno manjoj meri započinju kriminalne aktivnosti vršenjem krivičnih dela u vezi sa opojnim drogama a i tada najpre dolazi u obzir krivično delo Neovlašćeno držanje opojne droge iz čl.246a KZ-a. U nešto manjem broju (14%) kriminalna karijera počinje vršenjem nekog od sledećih krivičnih dela: krivična dela protiv privrede, prevara, falsifikovanje isprave, trgovina ljudima, prikrivanje. Krivično delo krađe je takođe značajno manje zastupljeno kod ove kategorije povratnika (9,76%) dok se sitna krađa pojavljuje kao prvo krivično delo u po samo jednom slučaju kod obe grupe analiziranih osuđenika što bi se najpre moglo tumačiti reagovanjem organa formalne kontrole kojima u pogledu bagatelnog kriminaliteta na raspolaganju stoje druge mogućnosti (poput oportuniteta krivičnog gonjenja) osim donošenja osuđujuće presude. Razbojništvo i razbojnička krađa zastupljeniji su kod mlađe kategorije (13%) dok je starija uzrasna grupa u 7% slučajeva počela kriminalnu karijeru navedenim krivičnim delima. Što se tiče dela sa elementima nasilja, interesantno je primetiti veće učešće krivičnog dela ubistva (2,4%) kod lica mlađih od 21 godine u odnosu na drugu stariju grupu koja je kriminalnu karijeru počela lišenjem života nekog lica u 0,81%. Sa druge strane, teška telesna povreda zastupljenija je kod lica starijih od 21 godine (3,25% prema 2,4% kod mlađih od 21 godine) dok se nasilničko ponašanje pojavljuje samo kod starije uzrasne grupe i čini 3,25% uzorka. Lica mlađa od 21 godine su u jednom slučaju započela kriminalne aktivnosti vršenjem nekog krivičnog dela iz grupe dela protiv polne slobode (konkretno je bilo u pitanju krivično delo obljube sa detetom) dok su ova dela bila zastupljena u 2,4% kod lica starijih od 21 godine. Navedeno potvrđuje tabela br.4, koja pokazuje da se krivična dela protiv polne slobode pre pojavljuju kao drugo odnosno peto i svako dalje krivično delo u kriminalnoj karijeri nego kao ono kojim karijera započinje.



## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Utvrđivanje trenutka u kome počinje kriminalna karijera značajno je iz više razloga. Pored potvrđenih povezanosti ranog uključivanja u kriminalne aktivnosti i duže kriminalne karijere kao i veće učestalosti krivičnih dela, analiziranje navedenog trenutka značajno je i sa aspekta politike suzbijanja kriminaliteta. Naime, cilj ispitivanja početka kriminalne karijere je dobijanje podataka o uzrasnim kategorijama u odnosu na koje treba preduzimati odgovarajuće preventivne mere kako bi se sprečilo uključivanje u kriminalne aktivnosti.

Sprovedeno istraživanje ukazuje na više zaključaka o uzrastu u kome započinje kriminalna karijera pojedinačnog prestupnika. Podaci prikupljeni anketiranjem osuđenih povratnika o trenutku izvršenja prvog krivičnog dela, kome je potom usledila osuđujuća presuda u krivičnom postupku, pokazuju da najveći broj lica počinje kriminalnu karijeru pre 21. godine. Sa druge strane, sprovedena studija samooptuživanja ukazuje na još nižu starosnu granicu uključivanja u kriminalne aktivnosti. Ispitanici su u nešto više od trećine slučajeva (36%) kriminalnu karijeru započeli pre prvog krivičnog dela kome je usledila osuda u krivičnom postupku. Ovaj podatak ne odstupa u značajnijoj meri od drugih sprovedenih istraživanja koja takođe pokazuju da u 1/3 slučajeva kriminalna karijera počinje krivičnim delom koje ostaje nepoznato organima formalne socijalne kontrole. Prema tome, studija samooptuživanja pokazala je da kriminalna karijera u najvećem broju slučajeva počinje neotkrivenim krivičnim delom pre navršene 18. godine, odnosno u maloletničkom uzrastu. U radu su takođe predstavljeni i podaci o osudama za prvo krivično delo: prema zavodskoj statistici koji ukazuju da je prosečan uzrast povratnika u trenutku donošenja presude za prvo izvršeno krivično delo viši za otprilike dve godine u odnosu na podatke iz anketa. Trebalo bi ipak uzeti u obzir da su i podaci prikupljeni anketiranjem osuđenika retrospektivnog karaktera i da bi prospektivno istraživanje verovatno pružilo najpotpunije i najpreciznije podatke o trenutku započinjanja kriminalne karijere.

Istraživanjem je analizirana i vrsta krivičnih dela kojima počinje istrajna kriminalna aktivnost. Prvo su navedeni podaci iz zavodskih listova koji pokazuju da krivično delo kojim počinje kriminalna karijera u najvećem broju (59%) slučajeva ulazi u grupu dela protiv imovine. Što se tiče pojedinih krivičnih dela, najzastupljenija je teška krađa, potom krađa a zatim razbojništvo i razbojnička krađa. Sa podacima iz zavodskih listova upoređeni su oni dobijeni sprovedenom studijom samooptuživanja. Prema njima, kriminalna karijera u još značajnijem procentu (91%) počinje imovinskim krivičnim delom. U pogledu konkretnih krivičnih dela, studija samooptuživanja pokazuje nešto drugačiju strukturu imajući u vidu da su teža imovinska krivična dela poput razbojništva, razbojničke krađe kao i teške krađe manje zastupljena. U radu je takođe predstavljena povezanost uzrasta i vrste krivičnog dela. Podaci potvrđuju postojanje statističke veze između maloletničkog uzrasta i imovinskih krivičnih dela, što samo na posredan način može ukazati da će krivično delo kojim ova uzrasna kategorija počinje kriminalnu karijeru najpre biti iz grupe dela protiv imovine.

Naposletku, analizirana je vrsta krivičnih dela kojima kriminalnu karijeru počinju lica mlađa/starija od 21 godine kako bi se ispitalo postojanje eventualnih razlika. Moglo bi se zaključiti da je za mlađi uzrast karakteristično započinjanje kriminalne karijere sledećim krivičnim delima: krađa, teška krađa, razbojništvo i razbojnička krađa, neovlašćeno držanje opojnih droga. Kriminalna karijera lica starijih od 21 godine pored navedenih krivičnih dela, koja su kod ove uzrasne kategorije procentualno manje zastupljena, počinje izvršenjem znatno raznovrsnijih krivičnih dela. Takođe, može se zapaziti veće učešće krivičnih dela nedozvoljene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, nasilničkog ponašanja kao i krivičnih dela protiv polne slobode.

Može se dakle zaključiti da se početak kriminalne karijere vezuje u znatnom broju slučajeva za maloletnički uzrast. Ovaj podatak ukazuje na značaj preduzimanja preventivnih mera kako bi se sprečilo uključivanje u kriminalne aktivnosti ali i odgovarajućih tretmana (individualnih i grupnih) prema maloletnicima koji su već učinili prvo krivično delo. Poznato je da je kriminalitet nejednako distribuiran i da manji broj prestupnika čini nesrazmerno veliki broj krivičnih dela. Zato su i mere koje se preduzimaju prema povratnicima od velikog društvenog značaja. Budućim istraživanjima trebalo bi podatke o početku kriminalne karijere upotpuniti analiziranjem etiološke strane ranog uključivanja maloletnika u kriminalne aktivnosti što bi omogućilo kreiranje odgovarajuće politike suzbijanja kriminaliteta.

## LITERATURA

- Ayers C. and all. /1999/: Assessing Correlates of Onset, Escalation, Deescalation, and Desistance of Delinquent Behavior, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 15, No. 3
- Bačić F. /1986/: *Krivično pravo*, Zagreb
- Carpentier J., Leclerc B., Proulx J. /2011/: Behavior Juvenile Sexual Offenders: Correlates of Onset, Variety, and Desistance of Criminal Behavior, *Criminal Justice and Behavior*, n.38.
- Ignjatović Đ. /2007/: Stanje kriminaliteta u Srbiji-analiza statističkih podataka– u: Đ.Ignjatović (ur.), *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2009/: *Teorije u Kriminologiji*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2009a/: *Metodologija istraživanja kriminaliteta*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2011/: *Kriminologija*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2012/: Da li je kaznena politika sudova u Srbiji odgovarajuća? – u: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)*, Istočno Sarajevo
- Ireland T.O., Rivera C.J., Hoffmann J.F. /2009/: Developmental Trajectories, Stressful Life Events and Delinquency– in: J.Savage (ed.), *The Development of Persistent Criminality*
- Kyvsgaard B. /2004/: *The Criminal Career, The Danish Longitudinal Study*, UK
- Lazarević Lj. /1971/: Krivičnopravne mere prema povratnicima –u: M.Milutinović (ur.), *Problemi povrata*, Beograd
- McGee T.R., Farrington D. /2010/: Are There Any True Adult-onset Offenders?, *British Journal of Criminology*, n. 50.
- Miladinović V. /1983/: *Povrat u krivičnom pravu*, Beograd

- M.Milosavljević /1975/: *Između neslobode*, Beograd
- Piquero A. R., Farrington D., Blumstein A. /2006/: *Key issues in Criminal Career Research*, Cambridge
- Piquero A. R., Brame R. and Lynam D. /2004/: Studying Criminal Career Length Through Early Adulthood Among Serious Offenders, *Crime & Delinquency*, n.50
- Siegel L. /2010/: *Criminology (Theories, Patterns and Typologies)*, USA
- Stojanović Z. /2010/: *Krivično pravo*, Beograd
- Škulić M. /2011/: *Maloletničko krivično pravo*, Beograd
- van Koppen M.V., de Poot C.J., Blokland A.J. /2010/: Offenders Comparing Criminal Careers of Organized Crime Offenders and General Offenders, *European Journal of Criminology*, n.7

Natalija Lukić

Law Faculty, University of Belgrade

## RESEARCH OF CRIMINAL CAREER ONSET

### SUMMARY

This paper analyzes onset of criminal career. Considering that many criminological researches indicate correlation between an early onset and duration of criminal career and also between an early onset and crime frequency, determination of this moment appears as an important question in criminological literature. Analysis of criminal career onset is also of great significance from the aspect of Crime Prevention Policy because it provides data about age categories, which should be treated in a prophylactic way in order to prevent criminal activities.

Author analyzes this question from theoretical and empirical aspect. After the introduction in which the concept of criminal career is explained, results from many criminological researches about an onset of criminal career and types of criminal offences, with which career begins, are presented.

The second part of the paper presents results of conducted research about criminal career onset. Empirical basis is consisted of statistical data, collected for 205 inmates, who are currently serving their sentence in the prison in Sremska Mitrovica, and from data collected in an inquiry with 70 convicts. Criminal career onset has been analyzed from both types of collected data. Data from self-report survey, which has been conducted in an inquiry, made it possible to determine a real criminal career onset for those inmates whose first criminal offence hadn't been formally detected. Types of crime with which career begins have been analyzed and attention has been paid to comparison of type of the first criminal offence of juveniles and adult perpetrators.

**Key words:** criminal career, onset, recidivism, research, criminal offence.

# PREDUZIMANJE MEDICINSKOG ZAHVATA KAO OSNOV ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI – sa posebnim osvrtom na nepostojanje pristanka pacijenta

**Apstrakt:** Autor u ovom radu istražuje krivičnopravno dejstvo preduzetog medicinskog zahvata. Nakon prikaza nekoliko teorija, sledi konstatacija da on može isključiti protivpravnost, te su bliže određeni uslovi koji kumulativno ostvareni imaju pomenuto dejstvo u pogledu trećeg elementa u opštem pojmu krivičnog dela. Polazeći od izmenjene koncepcije odnosa lekar-pacijent, u kome je paternalističke nazore medicinara zamenilo jačanje autonomije pacijenta i isticanje njegovog prava samoodređenja, pristanak pacijenta na predloženu meru, kao jedan od uslova, dobija na značaju. Postavlja se pitanje u odnosu na koje delo je isključena protivpravnost medicinskog zahvata, a posebno da li je opravdano inkriminirati samovoljno lečenje kao samostalno krivično delo kada pacijent nije dao pristanak, što je razmotreno imajući u vidu pojedina uporednopravna rešenja i postojeću situaciju kod nas.

**Ključne reči:** medicinski zahvat, lekar, pacijent, protivpravnost, pristanak, pravo samoodređenja, samovoljno lečenje, krivično delo.

## 1. UVODNE NAPOMENE

Krivično pravo svoj specifičan značaj duguje, između ostalog, i činjenici da je jedna od retkih grana prava koja zadire u sve segmente čovekovog života, što potvrđuje i jedan letimičan pogled na posebni deo i raznolikost njegovih zaštitnih objekata. U toj heterogenosti ističe se, zbog naučne, etičke, pa i medijski naglašene osetljivosti, zaštita čovekovog zdravlja, odnosno njegove neminovne (aktuelne, a svakako potencijalne) uloge pacijenta. Medicinsko pravo sa svoje strane ima takođe mnogo dodirnih tačaka sa građanskim, krivičnim, ustavnim, upravnim, radnim pravom i, neizostavno, etikom; pri čemu je taj odnos najintenzivniji na relaciji građansko – medicinsko pravo, konkretno u pogledu naknade štete, što potvrđuje i obimna sudska praksa. Preklapanje između krivičnog prava i medicine<sup>1</sup> susreće se

---

\* asistent, [ivana.markovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.markovic@ius.bg.ac.rs).

1 Pored opštih naučnomedicinskih pitanja koja jesu ili ih očekuje pravno uobličavanje, poput početka i završetka života, stepenovanja povreda, itd., relevantna su krivična dela u kojima se kao učinilac pojavljuje lekar, poput nedozvoljenog prekida trudnoće iz čl. 120., neovlašćenog otkrivanja tajne iz čl. 141., nepostupanja po zdravstvenim propisima za vreme epidemije iz čl. 248., prenošenja zarazne bolesti iz čl. 249., nesavesnog pružanja lekarske pomoći iz čl. 251., protivpravnog vršenja medicinskih eksperimenata i ispitivanja leka iz čl. 252., neukazivanja lekarske pomoći iz čl. 253., teških dela protiv zdravlja ljudi iz čl. 259., neprijavlivanja krivičnog dela ili učinioca iz čl. 332., primanja mita iz čl. 367. KZ.

sa očekivanjima dve strane; pacijenata, koji su u najvećem broju slučajeva tek laički upućeni ili su potpuno neupućeni u svoje zdravstveno stanje i neophodne medicinske korake i samim tim polažu veliko poverenje u ispravno postupanje lekara i drugog medicinskog osoblja. Drugu stranu čine lekari koji se osećaju neopravdano i, u odnosu na druge profesije, nesrazmerno često stigmatizovanim zbog same prirode njihovog poziva koji uvek krije opasnosti od nedovoljnog upućivanja pacijenata, pa samim tim i sumnjive osnove pacijentovog pristanka, pa sve do lekarskih grešaka, kao najočiglednijeg vida neispravnog postupanja lekara; sve to praćeno prikazivanjem na „nepotrebno senzacionalistički način“<sup>2</sup> od strane sredstava javnog informisanja. Sučeljene su zavisnost pacijenta od lekarevog umeća, iskustva, znanja i svesnosti i demotivišuća spoznaja lekara da je „svaki pacijent potencijalni tužilac“.<sup>3</sup>

U radu će najpre biti reči od različitim teorijskim polazištima u vezi sa pravnom prirodom medicinskog zahvata<sup>4</sup> i neophodnim uslovima koji konstituišu njegovu punovažnost. Konstatovano je da medicinski zahvat isključuje treći element u opštem pojmu krivičnog dela, te je u vezi sa tim razmotreno u odnosu na koje delo je isključena protivpravnost. Najviše pažnje posvećeno je jednom od uslova, pristanku pacijenta, a u vezi sa tim i pitanju da li je neophodno inkriminisati postupanje lekara bez date saglasnosti pacijenta ili njegovog zakonskog zastupnika kao samostalno krivično delo samovoljnog lečenja kako je to učinjeno u pojedinim stranim zakonodavstvima ili je drugačije reagovanje sa aspekta krivičnog prava svrsishodnije.

## 2. TEORIJSKA POLAZIŠTA

### 2.1. Uopšte

Imajući u vidu neke od uslova koji moraju biti ispunjeni da bi se preduzimanju medicinskih zahvata priznalo krivičnopravno dejstvo, jasno je da se tu zapravo radi o situaciji koja ima mnogo dodirnih tačaka sa pristankom povređenog kao, prema većinskom mišljenju u našoj teoriji krivičnog prava, osnovom isključenja protivpravnosti. Drugim rečima, preduzimanje medicinskih zahvata se pojavljuje kao svojevrsni nastavak rasprave na temu pristanka povređenog u sada, doduše, novim okolnostima.

Prvo pitanje koje se postavlja jeste da li preduzimanje medicinskog zahvata isključuje krivično delo na drugom (predviđenost u zakonu) ili trećem nivou (protivpravnost) opšteg pojma. Pošto je pristanak povređenog institut koji logički prethodi, jedan je od uslova i granica medicinskog zahvata, treba najpre skicirati njegovo

2 S. Savić, Krivična dela u vezi sa obavljanjem lekarske delatnosti, str. 1. Dostupno na: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/savslo/nastava.htm>. Pristupljeno stranici: 20. maja 2012. godine.

3 S. Savić, *ibid.*

4 Jezičko tumačenje izraza „medicinski zahvat“ relativno usko određuje njegovo značenje, u smislu da se odnosi samo na operacije i slične mere kojima se direktno utiče na telo pacijenta. Ovde se stoga treba poslužiti teleološkim tumačenjem, koje će značenje izraza proširiti i na terapijske, dijagnostičke i profilaktičke mere. Ili jednostavno koristiti izraze „lečenje“ (u najširem smislu) ili „obavljanje lekarske delatnosti“. U ovom radu se pojam „medicinskog zahvata“ upotrebljava u svom širem smislu.

dejstvo u odnosu na dva pomenuta elementa. On isključuje prinudu kod onih krivičnih dela koji je sadrže u svom zakonskom opisu (npr. krivično delo silovanja iz čl. 178. KZ), a nema krivičnog dela ni tamo gde se zahteva nepostojanje ovlašćenja lica, tj. ukoliko postoji pristanak, delo se ne vrši neovlašćeno (npr. krivično delo neovlašćenog korišćenja tuđeg vozila iz čl. 213. KZ). Međutim, u ovakvim konstelacijama, pristanak povređenog ne predstavlja opšti institut, već se radi o tumačenju konkretnog slučaja, odnosno ispunjenosti zakonskog opisa bića krivičnog dela.<sup>5</sup> Pristanak povređenog jeste institut ukoliko se shvati kao osnov isključenja protivpravosti.<sup>6</sup> Shodno pravilu *volenti non fit iniuria* iz rimskog prava, pretočenog u današnje pravo samoodređenja, kao segmenta Ustavom zajemčenog dostojanstva i prava na slobodan razvoj ličnosti (čl. 23. Ustava RS), nosiocu pravnog dobra data je mogućnost da raspolaže njime, ukoliko to nije ograničeno nekim opštim interesima.<sup>7</sup> Iako isprva postavljene kao suprotstavljene, dve teorije koje se u ovom kontekstu pominju – teorija o odricanju pravne zaštite i teorija o vaganju interesa, zapravo su povezane u smislu da se pojedinac najpre odriče pravne zaštite svog dobra, da bi se potom taj njegov izraz volje (manifestacija njegovog prava samoodređenja) i pravno dobro koje je zaštićeno određenom inkriminacijom stavili na tas i „izvagali“.<sup>8</sup>

Govoreći o lekarskim intervencijama, ova dilema je u manjoj meri prisutna, s obzirom na to da je većinski stav strane i domaće teorije taj da preduzimanje medicinskih zahvata, uz ispunjenje određenih uslova, isključuje protivpravnost. No, to ne znači da ne postoji raznolikost učenja. Najdetaljnije su se time bavili nemački

- 
- 5 U tom smislu: D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss des Strafrechts AT*, 12. Auflage, Wien, 2007, p.76; H. Hinterhofer, *Die Einwilligung im Strafrecht*, Salzburg, 1998, p. 11; slično: Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2011., str. 134. Bilo bi, razumevanja, bolje prepoznatljivosti i lakšeg razlikovanja radi, pristanak povređenog onako kako u ovde opisanom smislu isključuje postojanje krivičnog dela (tako što nema elementa predviđenosti u zakonu) i terminološki odvojiti od pristanka povređenog kao osnova isključenja protivpravosti. U nemačkoj i austrijskoj literaturi i sudskoj praksi je to već učinjeno, te se do sada opisano dejstvo na predviđenost u zakonu označava kao (*tatbestandsausschließendes*) *Einverständnis*, dok se pristanak kao osnov isključenja protivpravosti naziva (*rechtfertigende*) *Einwilligung*, a postoji termin i za naknadno dat pristanak, tj. saglasnost (*nachträgliche Genehmigung*). U našem pravu bi se mogla zamisliti naučno predložena i potom u sudskim odlukama potvrđena slična terminološka diferencijacija. Tako bi se, na primer, pristanak koji negira ostvarenost zakonskog opisa mogao nazvati „saglasnošću“; dalje bi pristanak kao osnov isključenja protivpravosti zadržao termin „pristanak“, a naknadno dat pristanak bi se mogao označiti kao „odobrenje“, s tim što bi, nezvano za konkretno prihvaćene pojmove, u svakom slučaju morao da postoji nedvosmislen konsenzus prakse i teorije (s obzirom na to da kod ovog pitanja nema zakonske regulative) u vezi sa njihovim značenjima. I. Marković, *Pristanak povređenog u krivičnom pravu*, u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, ur. Đ. Ignjatović, Beograd, 2011, str. 284.
- 6 Treba napomenuti da pristanak povređenog nije zakonski uobličen (poput dela malog značaja iz čl. 18. KZ, nužne odbrane iz čl. 19. KZ i krajnje nužde iz čl. 20. KZ), već da se, pored naređenja pretpostavljenog, vršenja službene dužnosti, dozvoljenog rizika i vršenja roditeljskog prava, od strane pretežnog dela domaće teorije shvata kao osnov isključenja protivpravosti. Vid. Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 137; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije – Opšti deo*, Beograd, 2000; str. 152, F. Bačić, *Krivično pravo – Opći dio*, Zagreb, 1980, str. 218–220.
- 7 Čl. 23. Ustava Republike Srbije glasi: „Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom.“ „Sl. glasnik“, br. 98/2006.
- 8 I. Marković, *op. cit.*, str. 286.

teoretičari, a polazna osnova im je odluka Rajhsgerihta iz 1894. godine,<sup>9</sup> u kojoj je Sud potvrdio postojanje samovoljnog lekarevog postupanja (i ostvarenja opisa bića krivičnog dela telesne povrede).

## 2.2. Teorije

Prve dve teorije sadrže osnovne smernice; sva ostala učenja predstavljaju kombinaciju postojećih, uz eventualno dodavanje novih elemenata. Tako prva, teorija uspeha (*Erfolgstheorie*), polazi od rezultata medicinskog zahvata, tj. zahvat posmatra kao jednu celinu. Ako je on bio uspešan ili ako je njime popravljeno sveukupno stanje, onda neće biti ispunjen zakonski opis krivičnog dela telesne povrede, pri čemu nije bitno da li je zahvat izvršen *lege artis* ili je nedostajala namera lečenja. Kao primer se navodi bokser kome lekar ušiva rascepanu usnu, za šta bi bilo „groteskno reći da on (lekar) nastavlja sa povredom telesnog integriteta koju je započeo bokser-protivnik, pri čemu su postupci obojice pokriveni pristankom povređenog boksera.“<sup>10</sup> Ukoliko je lekar umišljajno postupao nasuprot pravilima struke da bi naškodio pacijentu (samim tim nema namere lečenja), postojaće kažnjivost za pokušaj. Ako zahvat nije bio uspešan, nezavisno od toga da li jeste ili nije bio *lege artis* sproveden, biće ostvareno objektivno biće, ali ne i subjektivno (nema umišljaja) ukoliko je postojao *animus curandi*. Kritici prema kojoj pritisak za uspešnim lečenjem lekara može da sputa prilikom odlučivanja i delanja, može se suprotstaviti argument da takav rizik u modernom društvu postoji i u odnosu na druge profesije. Teže se mogu opovrgnuti kritike da se čovekovo pravo samoodređenja ne poštuje, da ostaju tzv. praznine u kažnjavanju (npr. samovoljni, neuspešni ali *lege artis* sproveden zahvat nije kažnjiv pošto nedostaje umišljaj), da se pogoršanje zdravstvenog stanja iz „međuperioda“ („međurezultat“) ne uzima u obzir, da je zdravlje jedno isuviše subjektivno pravno dobro da bi se moglo „saldirati“, da se ni ne može sa sigurnošću oceniti kada je zahvat uspešan, kao i da se povređuje načelo zakonitosti (*lex certa*) pošto je važan uspeh koji se tek očekuje, tako da se u trenutku izvršenja radnje ni ne može reći da li postoji kažnjivost.<sup>11</sup>

Prema teoriji o *lege artis* zahvatu (*Theorie vom Eingriff lege artis*), ukoliko je on izvršen *ex ante* prema pravilima struke, samim tim bio indikovao i sproveden u nameri lečenja, nezavisno od uspeha lečenja i eventualnih neizbežnih posledica i nezavisno od pristanka pacijenta, neće postojati krivično delo telesne povrede (ili ubistva).<sup>12</sup> Ovakvo rešenje se pravda time što pojam telesne povrede, pored spoljnih

9 Sedmogodišnja devojčica sa tuberkulozno zagnojenom kosti korena stopala raspoređena je na lečenje u bolnici kod optuženog lekara. U to vreme nije postojala akutna opasnost po njen život. Lekar je najpre pokušao odstranjivanjem bolesnog tkiva da zaustavi širenje bolesti; međutim, to nije donelo uspeha. Potom je stopalo amputirano, jer bi u suprotnom, što je i veštak u svom nalogu potvrdio, usled daljeg toka bolesti pretila opasnost po život deteta. Otac pacijentkinje, inače pobornik prirodne medicine, prethodno je više puta izričito i bezuslovno zabranio da se njogova kcerka operiše. Tuberkuloznih promena na telu deteta nakon operacije nije bilo, i devojčica se normalno razvila. *RGSt* 25, 375.

10 P. Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968, p. 66.

11 W. Bauer, *Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs*, Hamburg, 2008, p. 209.

12 Zastupnici ove teorije su Engisch, Binding, Blei. Freund smatra da je pristanak ili njegov surogat sastavni deo *lex artis*. G. Freund, *Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, *ZStW* Nr. 3/1997, p. 455.

manifestacija, obuhvata i „povredu interesa tela“ poput subjektivnog osećaja zdravlja ili dobrog izgleda. Neki ovo obrazlažu pomoću socijalne adekvatnosti,<sup>13</sup> dok drugi smatraju da je lekar ispunio svoje obaveze koje je imao kao garant.<sup>14</sup> S obzirom na sve rečeno, samovoljno, ali *lege artis* sproveden zahvat bi mogao da bude kažnjiv jedino ukoliko bi bili ispunjeni i ostali elementi bića krivičnog dela prinude ili krivičnog dela protivpravnog lišenja slobode. Glavna zamerka ovom učenju upućena je zbog nedovoljnog poštovanja načela samoodređenja pacijenta (irelevantnost pristanka), zbog suženja zakonskog opisa telesne povrede (samo telesne povrede *contra legem artis* predstavljaju telesne povrede, pri čemu sama pravila struke nisu u dovoljnoj meri pravno uobličena), kao i zbog već pomenutog saldiranja pravnih dobara koji to ne dozvoljavaju. Kritikuje se i postavljanje „interesa tela“ kao zaštitnog objekta, te nekažnjivost neuspešnog, ali stručno sprovedenog postupka, uprkos nastupeloj povredi telesnog integriteta pacientovog.<sup>15</sup>

Modifikovana teorija uspeha (*modifizierte Erfolgstheorie*) polazi od toga da u slučaju uspešnog zahvata, nezavisno od pristanka pacijenta, *lege artis* postupanja i namere lečenja, a ukoliko nije došlo do značajne „povrede supstance“, nije ostvareno objektivno biće telesne povrede. Umišljajno kršenje *lex artis* ili nepostojanje namere lečenja vodi odgovornosti za pokušaj. Kod uspeha koji je, doduše, imao za posledicu pomenutu „povredu supstance“ zahteva se pristanak pacijenta (što opet uključuje *lex artis* i *animus curandi*) da bi se isključilo postojanje krivičnog dela, pošto tako otpada nevrednost posledice (kod uspešnih, ali sa povredom supstance skopčanih zahvata) ili nevrednost radnje (kod zahvata koji štete zdravlju) i intervencija se smatra socijalno adekvatnom.<sup>16</sup> S obzirom na to da je ovo unekoliko izmenjena čista teorija uspeha, kritike koje su upućene na račun te teorije važe i ovde. Pored toga, prigovara se da je neprecizno vršiti razgraničenje prema delovanju na supstancu, što i nije zakonski pojam, tj. iz same zakonske odredbe nije vidljivo zašto je baš „povreda supstance“ odlučujući kriterijum. Isto tako se pacijentovo pravo samoodređenja suviše retko aktivira, odnosno ono nije dosledno sprovedeno: ili će se to pacijentovo pravo poštovati u celosti ili neće uopšte.<sup>17</sup>

Rešenje o dva koloseka (*Zweispurige Lösung*), kako mu sâm naziv kaže, predstavlja spoj teorije uspeha i teorije *lege artis*, tako da se i pojmovi tumače prema nekoj od ove dve teorije. Dogmatsko polazište njenih utemeljitelja, *Horn*-a i *Wolters*-a, je shvatanje da krivično delo telesne povrede štiti „pravo samoodređenja usmereno na telo“ i zdravlje. Pravilno sproveden zahvat, nezvezano od uspeha (ishoda), nema za posledicu oštećenje zdravlja, dok će kod nepravilno sprovedenog zahvata to zavisiti od ishoda: uspeh isključuje oštećenje zdravlja (doduše, umišljajna lekarska greška se kažnjava kao pokušaj); u slučaju neuspeha ono postoji. Međutim, pošto je teorija o dva koloseka svojevrzni spoj dve fundamentalne teorije, samim tim i njihovi prigovori važe ovde. Posebno se kritikuje što nije jasno kada i zašto će doći do primene jedne, a kada i zašto druge teorije.

13 Tako F. Schaffstein, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW Nr. 3–4/1960, p. 369.

14 Eb. Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, p. 77.

15 W. Bauer, *op. cit.*, p. 209.

16 A. Eser, in: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, p. 2018.

17 W. Bauer, *op. cit.*, p. 210.



Polazeći od *Schmidhäuser*-ove (prvobitne) teorije o umanjenju opasnosti (prema kojoj radnja koja umanjuje opasnost ne predstavlja povredu pravnog dobra, *Gefahrverringeringstheorie*), *Meyer* diferencira na sledeći način: ukoliko je zahvat *ex ante* (u trenutku njegovog preduzimanja) bio podoban i vođen namerom da se opasnost za pacijenta umani, onda nezavisno od pristanka pacijenta ne bi postojala telesna povreda, pri čemu nije od značaja ni ishod intervencije. Doduše, o umanjenju opasnosti može se po pravilu govoriti ako je postojala medicinska indikacija i ako su poštovana pravila struke. *Meyer* svoj stav obrazlaže na sledeći način: „Ono što samo otklanja opasnosti, a da ne stvara nove, ne može se smatrati radnjom koja ugrožava, tj. povređuje pravno dobro.“<sup>18</sup> Pristanak je nužan ako se dodatno pričini jak bol ili se izazovu nove opasnosti. Zna li lekar za neku od ovih okolnosti, postojaće umišljajna telesna povreda. Inspirisan ovakvim tumačenjem sopstvene teorije, *Schmidhäuser* je razvio novo shvatanje koje počiva na tome da li zahvat pacijentu treba da spase (održi u) ili da olakša život: prva situacija ne nosi sa sobom krivičnopravnu odgovornost lekara, čak i ako zahvat ne uspe, pod uslovom da je bio indikovano i *lege artis* izvršen (ne zahteva se pristanak pacijenta). Radnja je onda usmerena ka produženju života, tako da se ne može govoriti o njenoj nevrednosti. Sve što je prethodno rečeno o teoriji o *lege artis* zahvatu se i ovde shodno primenjuje. Kada se govori o lečenju usmerenom ka olakšanju života, razlika se vrši prema tome da li je zahvat opasan ili nije. U prvom slučaju je pristanak pacijenta nužan, jer se samo tada smatra da telesni integritet nije povređen. Ako je zahvat sâm po sebi bezopasan, onda je dovoljno da je izvršen u skladu sa pravilima struke; pristanak pacijenta nije neophodan. Prednost ove, kao i svih do sada razmatranih teorija je u tome što u situacijama kada nije ispunjen zakonski opis, nema problema opravdanja, tj. problem obrazlaganja isključenja protivpravnosti. Tamo, pak, gde se zahteva pristanak pacijenta, poštovano je njegovo pravo samoodređenja; takođe jedna od prednosti. Kritički tonovi, međutim, nisu ni ovu teoriju zaobišli. Već je ukazano da se zbog oslanjanja na teoriju *lege artis*, i ovde ponavljaju njene slabosti. Pojmovi „umanjenje opasnosti“ i opasnosti zahvata se samo donekle mogu odrediti, a nema ni zakonskog utemeljenja za to što krivično delo telesne povrede zavisi od umanjenja ili povećanja opasnosti.<sup>19</sup>

Naposletku, shvatanje koje zastupa većina kako domaćih, tako i stranih teoretičara, i na čiji račun je izrečeno najmanje kritika (očekivati apsolutnu saglasnost u pogledu dogmatskih pitanja bilo bi ne samo iluzorno, već bi predstavljalo kočnicu razvoja svake nauke), jeste ono prema kome je preduzet medicinski zahvat osnov isključenja protivpravnosti (*Rechtfertigungslösung*). Postoji, dakle, radnja krivičnog dela i ostvareno je njegovo biće. Već je napomenuto da se nemački teoretičari i praktičari u tom pogledu pozivaju na odluku Rajhsgerihta iz 1894. godine koja potvrđuje da je reč o krivičnom delu telesne povrede.<sup>20</sup> U njoj je rečeno da uopštena formulacija § 223 StGB („telesno zlostavljanje“) obuhvata „u najširem i najopštijem smislu povrede koje su nanete neposredno i fizički telesnom organizmu“. Time

18 M.-K. Meyer, *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum*, GA Nr. 9/1998, p. 415.

19 W. Bauer, *op. cit.*, p. 211.

20 Opis činjeničnog stanja vid. u fn. 9.

i medicinski zahvat spada u pojam „telesnog zlostavljanja“. Sud takođe smatra da ishod (uspeh) lečenja ne utiče na ispunjenost zakonskog opisa, kao i da protivprav-  
nost ne može da se isključi kroz „razumni smisao“ lekarevog postupanja ili kroz tzv. staleško pravo lekara.<sup>21</sup> Odlučujuće je nešto drugo – „volja pacijenta (bolesnika, tj. njegovih srodnika i zakonskih zastupnika) koja ovlašćuje upravo *tog određenog* le-  
kara da preuzme lečenje *tog određenog* bolesnika.“<sup>22</sup> Shodno tome je svaki lekar koji samovoljno („samovlasno“) i umišljajno u svrhu lečenja preduzme zahvate na telu pacijenta kažnjiv prema § 223 StGB.

### 3. MEDICINSKI ZAHVAT KAO OSNOV ISKLUČENJA PROTIVPRAVNOSTI

#### 3.1. Uslovi

Iz perspektive našeg krivičnog prava, pre svega teorije, s obzirom na to da se sudovi povodom klasifikacije medicinskog zahvata (posebno u kontekstu nepostojanja ili manjkavosti pristanka pacijenta) nisu oglašavali, a da važeći Krivični zakonik kao osnove isključenja protivpravnosti izričito navodi samo delo malog značaja (čl. 18. KZ), nužnu odbranu (čl. 19. KZ) i krajnju nuždu (čl. 20. KZ), medicinski zahvat može predstavljati osnov koji bi isključio treći element krivičnog dela ukoliko su kumulativno ispunjeni određeni uslovi. Većina tih elemenata može se pronaći u definiciji medicinskog zahvata,<sup>23</sup> pod čime se smatra „svaka mera lečenja radi sprečavanja ili suzbijanja jednog određenog telesnog ili duševnog stanja, koja je prema saznanjima i rezultatima medicinske nauke i prakse, na osnovu individualno i/ili nadindividualno u interesu društva usmerene medicinske indikacije podobna da putem ciljanog postupanja spolja utiče znatno i/ili trajno na integritet ljudskog tela, tj. na njegove biološke procese“.<sup>24</sup> Iz ovakve definicije mogu se izdvojiti prva dva, odnosno tri elementa. Zahteva se da postoji medicinska opravdanost mere, tj. da je ona bila sprovedena u skladu sa pravilima struke, što podrazumeva da je bila indikovana, kao i da je to učinjeno u nameri lečenja. Neće postojati, dakle, medicinski

21 Stoga je samo delimično ispravno shvatanje prema kome „ono što isključuje protupravnost je značenje i cilj liječničkih intervencija. Liječnička djelatnost je priznato sredstvo za postizanje jednoga od države priznatog cilja.“ F. Bačić, *op. cit.*, str. 218. To je, naime, prihvatljivo ukoliko se shvati kao namera lečenja. Manje je važno da li je država taj cilj priznala. Takvo poimanje podseća na prevaziđene paternalističko-autoritativne koncepcije. U tom smislu i Eser: „*Ratio* pristanka je u tome što lekar ne poseduje pravo da leči koje proističe iz njegove profesije, već to biva legitimisano tek kroz pacijentovu potrebu za lečenjem.“ Eser, *op. cit.*, p. 2021.

22 RGSt 25, 375, 380.

23 Izraz *ärztlicher Heileingriff* („lekarev zahvat u cilju lečenja“) iz nemačkog jezika u samom nazivu sadrži jedan od uslova.

24 Göbbels, *Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht*, p. 10., cit. prema: W. Bauer, *op. cit.*, p. 13. Mera lečenja može se definisati i kao „skupni pojam koji obuhvata sve vrste medicinskih mera, koje se preduzimaju u svrhu lečenja bolesti, poboljšanja zdravlja ili samo ublažavanja bola i koje deluju u telu ili na telo čoveka“. A. Eser, *Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive*, –in: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Hrsg. Th. Weigend, Berlin, 1999, p. 465. Najopštije rečeno, lečenje obuhvata postavljanje dijagnoze i određivanje i primenu terapije. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, 3. izdanje, Beograd, 2009, str. 589.

zahvat u ovde opisanom smislu ako se radi o merama u svrhu eksperimentisanja (tzv. humani eksperimenti), kada pristanak lica dobija specifičan značaj, a moguće je i postojanje krivičnog dela protivpravnog vršenja medicinskih eksperimenata i ispitivanja leka iz čl. 252. KZ. U strogom smislu, lečenje ne postoji ni kod zahvata izvršenih u korist drugih lica (npr. transfuzija krvi, doniranje organa<sup>25</sup>), kod plastičnih i kozmetičkih operacija koje nemaju za cilj lečenje, propisivanja supstanci za povećanje izdržljivosti i snage (doping), itd. U svim ovim slučajevima protivpravnost se isključuje (samo) na osnovu pristanka povređenog.

Poslednje navedeni uslov (namera lečenja, *animus curandi*) nije ni najmanje sporan; prvi uslov (*lex artis*) nije, kako je to kod teorije uspeha prikazano, uvek oblatoran. Prigovara se da nije uvek jasno određivo kada je neka mera sprovedena u skladu sa pravilima profesije, čemu posebno pogoduje stalni razvoj medicine, kao i priroda pojedinih mera narodne medicine i paramedicinskih tretmana koji odstupaju od zvanične školske medicine.<sup>26</sup> Na to se može replicirati da sud o usklađenosti sa *lex artis* u konkretnom slučaju daje veštak medicinske struke, te da je pridržavanje ovih pravila kriterijum koji se lakše može ispuniti, kontrolisati i nadzirati nego ishod (uspeh) operacije, kako to postavlja teorija uspeha (očigledno nesavesno postupanje lekara je inače inkriminisano kao zasebno krivično delo nesavesnog pružanja lekarske pomoći iz čl. 251. KZ), tako da je ispravnije postaviti ga kao obavezan uslov i time na jedan dodatni način zaštititi pacijenta od lekarske greške.<sup>27</sup> Sa druge strane, ne treba očekivati ni od lekara nemoguće, nekakvu garanciju uvek povoljnog ishoda zahvata. Kod lekarskih zahvata u cilju lečenja, rizik i verovatnoću (šanse) za spasavanje treba, kao i kod svih osnova isključenja protivpravnosti, odmeriti *ex ante* (kao, uostalom, i indikovanost zahvata); dakle, prema momentu preduzimanja zahvata. On je stoga opravdan ako stvara pretežnu šansu za poboljšanje zdravstvenog stanja i ako je preduzet prema pravilima medicinske nauke i struke; uspeh lečenja (oporavak) *ex post* nije bitan.<sup>28</sup> Ishod lečenja može se posmatrati i sa aspekta dozvoljenog rizika (takođe kao mogućeg osnova isključenja protivpravnosti).

25 Kod doniranja organa i dobrovoljnog davanja krvi zahvat se vrši u nameri lečenja iz perspektive druge strane – primaoca organa/krv.

26 Ovde je zanimljiva jedna sentenca, doduše, iz obligacionog prava. „Lekar je odgovoran za naknadu štete nastale metodom lečenja koja nije priznata od savremene medicinske nauke.“ Sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda Rev 1296/10 od 23.09.2010. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja 12.03.2012. godine, Bilten Vrhovnog kasacionog suda br. 1/2012, Beograd, str. 130. Treba ukazati i na odredbe našeg važećeg Zakona o zdravstvenoj zaštiti, koji u čl. 67. propisuje dužnost primenjivanja samo naučno dokazanih, proverenih i bezbednih zdravstvenih tehnologija u prevenciji, dijagnosticiranju, lečenju i rehabilitaciji, kao i čl. 235. i 236. koji propisuju primenu samo onih metoda i postupaka tradicionalne medicine koji su dozvoljeni. Vid. Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 591. U prilog ovakvom rešenju govori to što se pruža izvestan orijentir, donekle sigurnost i usklađenost postupaka, dok se sa druge strane negira ili barem znatno ograničava lekarev slobodan izbor metoda (ovo bi se moglo premostiti preko pristanka povređenog).

27 Premda se radi o sentenci građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije, ona može imati uticaja i na krivičnopravnu problematiku: „Zdravstvena ustanova ne odgovara po principu odgovornosti za drugog za neuspeh lekarske intervencije, ali je odgovorna ako je medicinsku intervenciju vršio lekar neodgovarajuće specijalnosti bez brižljivosti koju nalažu pravila struke.“ Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije br. 4/2007, Beograd, str. 106.

28 H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht AT*, 7. Aufl., Wien, 2008, p. 145. Razlikovanje nesavesnog i nestručnog postupka sa jedne, i neželjenog ishoda lečenja sa druge strane podržava i Lekar-

Uslov koji se u ovoj definiciji izričito ne pominje, a svakako je neizostavan, jeste pristanak pacijenta. Njegova obaveznost proističe iz svojevrstne socijalne, kulturne i etičke evolucije ljudskih prava koja je zahvatila (proširila i ojačala) i prava pacijenata.<sup>29</sup> Paternalistički pristup, koji se zasniva na filozofskom principu dobročinstva (teleološki princip) prema kome lekar vodi računa samo o pacijentovom zdravlju (*salus aegroti suprema lex*), a zanemaruje volju i želju pacijenta (*voluntas aegroti suprema lex*), koji je dužan da se povinuje odluci lekara kao stručnjaka i da sudeluje u vlastitom lečenju samo utoliko što lekaru daje potrebne informacije o bolesti i što izvršava lekareve naloge,<sup>30</sup> zamenjuje načelo autonomije, prema kome pacijent ostaje potpuno autonoman, tako da samostalno odlučuje o svom lečenju (deontološki pristup).<sup>31</sup> Odnos lekar-pacijent je odnos poverenja, odnos partnerstva dve međusobno upućene strane u kojoj pacijent nije više objekt, već subjekt lečenja.<sup>32</sup> Ovakko opisano pravo samoodređenja predstavlja elementarno pravo svakog pojedinca na izražavanje mišljenja i volje o medicinskim postupcima kojima se podvrgava. Naglašena je pacijentova aktivna uloga kroz sposobnost odlučivanja, što je ujedno zaštita od paternalistički natrojenog, autoritativnog lekara.<sup>33</sup> Pored zaštite na međunarodnom nivou,<sup>34</sup> ono je, premda ne uvek kao pravo samoodređenja naslovljeno, inkorporisano i u našem pravu kroz ustavne<sup>35</sup> i zakonske odredbe,<sup>36</sup> kao i kroz tzv. staleška (strukovna) pravila lekara i kodeks profesionalne etike.<sup>37</sup>

---

ska komora Srbije u svom Kodeksu profesionalne etike i zalaže se da se na toj razlici zasniva utvrđivanje eventualne odgovornosti lekara za ishod lečenja (čl. 48. Kodeksa profesionalne etike Lekarske komore Srbije). „Sl. glasnik“, br. 121/2007. Zanimljivo bi bilo videti kako bi se naši sudovi suočili sa situacijom kada je pacijent kasno upućen u zdravstvenu ustanovu, kada je intervenciju sproveo lekar-početnik, kada je pacijent prerano otpušten iz bolnice, itd.

- 29 H. Mujović Zornić, *Pacijentova prava u sistemu zdravstva*, ur. H. Mujović Zornić, Beograd, 2010, str. 9. Više o tome: M. Draškić, Prava pacijenata – kraj paternalističkog koncepta medicine, *Pravni život* br. 9/1998, str. 253 i dalje; M. Sjeničić, Osnovni principi medicinske etike, *Pravni život* br. 9/2005, str. 461 i dalje; V. Klajn-Tatić, *Lekareva pomoć neizlečivo bolesnom pacijentu – etički i pravni problemi*, Beograd, 2002; A. Eser, Die Rolle des Rechts im Verhältnis von Arzt und Patient, –in: *Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen*, Hrsg. F.-X. Kaufmann, Düsseldorf, 1984, p. 111–129.
- 30 M. Sjeničić, *ibid.*, str. 470.
- 31 H. Mujović Zornić, *op. cit.*, str. 11.
- 32 H. Mujović Zornić, *ibid.*, str. 13.
- 33 H. Mujović Zornić, *ibid.*, str. 20.
- 34 Principi o pravima pacijenata u Evropi i Deklaracija o unapređenju prava pacijenata u Evropi iz 1994. godine, Ljubljanska povelja o reformi zdravstvene zaštite i Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini iz 1996. godine, Evropska povelja o pacijentovim pravima iz 2002. godine i, najvažnija, Lisabonska Deklaracija o pravima pacijenata iz 1981., revidirana 1995. i 2005. godine.
- 35 Vid. čl. 23. (Dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti), čl. 24. (Pravo na život) i čl. 25. (Nepovredljivost fizičkog i psihičkog integriteta) Ustava Republike Srbije. „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006.
- 36 Vid. čl. 25. (Ljudska prava i vrednosti u zdravstvenoj zaštiti), a u vezi sa pravima pacijenata i slobodom odlučivanja naročito čl. 27. (Pravo na informacije), čl. 28. (Pravo na obaveštenje), čl. 29. (Pravo na slobodan izbor), čl. 31–35. (Pravo na samoodlučivanje i pristanak), čl. 38. (Pravo pacijenta nad kojim se vrši medicinski ogled) Zakona o zdravstvenoj zaštiti. „Sl. glasnik RS“, br. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010 i 57/2011.
- 37 Vid. čl. 45. (Pristanak bolesnika) i čl. 47. (Poštovanje prava i podrška pacijentu. Zabrana zloupotreba) Kodeksa profesionalne etike Lekarske komore Srbije. „Sl. glasnik RS“, br. 121/2007.

Na ono što je na početku rada već rečeno o pristanku povređenog kao opštem institutu koji isključuje protivpravnost,<sup>38</sup> nadovezuje se pristanak pacijenta kao jedan od uslova neophodnih za „opravdavajuće“ dejstvo medicinskog zahvata. Punovažnost se stiče ukoliko su kumulativno ispunjeni sledeći elementi: ovlašćenje za raspolaganje pravnim dobrom; izjava pristanka (forma, domašaj, vremenski trenutak i opozivost), sposobnost pristajanja, nepostojanje mana volje, obaveštenje pruženo pacijentu (u stranoj teoriji i praksi se često nailazi na izraz *informed consent*, što govori o značaju obaveštenja za valjani pristanak pacijenta, iz čega proizlazi čitav niz specifičnih i vrlo detaljnih odredaba u odnosu na pristanak povređenog shvaćenog u jednom opštem smislu).<sup>39</sup>

### 3.2. Protivpravnost

Nakon što su utvrđeni pravna priroda medicinskog zahvata kao teorijski, ne i zakonski uobličeni osnovi isključenja protivpravnosti, kao i njegovi uslovi, treba odgovoriti na pitanje u odnosu na koje delo se isključuje protivpravnost. Naime, u slučaju da neki od kumulativno postavljenih uslova nije ispunjen, te da tako ni ovaj osnov isključenja protivpravnosti ne može delovati, sudovi će se naći pred dilemom kako da kvalifikuju delo. Na ovom mestu biće analizirana situacija u kojoj nema pristanka pacijenta ili je on manjkav, samim tim nevažeci. Pri tome treba naglasiti da nedostatak sudske prakse u vezi sa ovakvom konstelacijom, teorijsko uobličavanje čini još potrebnijim, a svakako podložnim modifikacijama zasnovanim na budućim odlukama krivičnih sudova.

Krivični zakonik Srbije u glavi dvadeset trećoj sadrži krivična dela protiv zdravlja ljudi. U toj grupi, koju krase heterogenost zaštitnih objekata, nalaze se i krivična dela uperena protiv medicinskog prava, gde se kao učinioci, između ostalog, pojavljuju lekari. Radnja izvršenja prvog osnovnog oblika krivičnog dela nesavesnog pružanja lekarske pomoći iz čl. 251. KZ postavljena je alternativno i postoji onda kada lekar pri pružanju lekarske pomoći primeni očigledno nepodobno sredstvo, primeni očigledno nepodoban način lečenja, ne primeni odgovarajuće higijenske mere ili uopšte očigledno nesavesno postupa. Polazeći od postavke u kojoj se medicinski zahvat vrši bez pristanka pacijenta, on bi se najpre mogao podvesti pod četvrti oblik radnje izvršenja, i to ako se pojam lečenja shvati u užem smislu, ne i kao vršenje lekarske delatnosti (poput zahvata plastične hirurgije). Međutim, protiv ovakve klasifikacije govori najpre to što se zahteva da je postupanje bilo „očigledno“ nesavesno, tj. da predstavlja upadljivu grešku lekara koja grubo krši pravila medicinske struke i nauke. To znači da uslov vršenja zahvata *lex artis* ne bi bio ispunjen. Ako je ovo i bilo ispunjeno, teško se može zamisliti situacija u kojoj lekar grubo krši svoju obavezu obaveštavanja pacijenta. Naposljetku, posledica koja se kod ovog

38 Više o ovom institutu i o uslovima koji ga konstituišu vid.: I. Marković, *op. cit.*, str. 286 i dalje.

39 Ovo je ujedno jedan od glavnih razloga zašto je tema ovog rada usmerena prevashodno na teorijska pitanja koja se u vezi sa medicinskim zahvatom postavljaju. Brojne, skoro pa kauzističke odredbe o obaveštenjima i generalno pristanku pacijenta, njegovim pravima s tim u vezi, izuzeci- ma, ali i dalje postojeći veliki broj nedoumica daju ovim pitanjima karakter povezane, ali i same za sebe značajne, zasebne celine o kojoj će narednom prilikom biti više reči.

krivičnog dela nalazi u opisu bića („prouzrokovano pogoršanje zdravstvenog stanja nekog lica“) neće se nužno ostvariti ako pacijent nije dao svoj pristanak. Drugim rečima, šta ako je intervencija, posmatrana u svojoj celovitosti, na koju pacijent nije pristao, bila uspešna? Konstrukcija isključenja protivpravnosti krivičnog dela nesavesnog pružanja lekarske pomoći koje je ostalo u pokušaju zbog izostanka posledice čini se isto tako dalekom i neadekvatnom. Ako se svi akti koji čine zahvat, pak, posmatraju pojedinačno, onda će može reći da je svakako u nekom trenutku i barem nakratko, bilo pogoršano zdravstveno stanje lica (npr. davanjem injekcije sa anestezijom, vršenjem reza skalpelom, itd.), tako da bi se ovakvim tumačenjem potvrdila povezanost sa ovim delom. No, kako se vidi, tek jedno široko tumačenje, koje će uz sve to važiti samo u slučaju da ishod zahvata nije bio uspešan, omogućava takav zaključak.<sup>40</sup> Treba se, dakle, opredeliti za drugo krivično delo čiji će se zakonski opis u većoj meri i sa što manje izuzetaka poklopiti sa prvobitnom postavkom o zahvatu bez pristanka.

Naredno krivično delo koje bi došlo u obzir jeste nesavestan rad u službi iz čl. 361. KZ. Kao i kod prethodno pomenutog krivičnog dela, i ovde se pominje „očigledno nesavesno postupanje“, a uz to je u zakonskom opisu sadržan i objektivni uslov inkriminacije (kod osnovnog oblika: nastupanje „teže povrede prava drugog ili imovinske štete u iznosu koji prelazi četrstopešest hiljada dinara“). U kontekstu vršenja medicinskog zahvata, ovde je problematično kvantifikovati povredu prava samoodređenja uopšte (prigovor nemogućnosti saldiranja), a posebno je teško odrediti da li i kada ona prelazi iznos od četrstopešest hiljada dinara. Pitanje je i da li je u takvoj konstelaciji službena dužnost uopšte primarni zaštitni objekt.

Ipak se kao najbliži zaštitni objekt nameće telesni integritet pacijenta (kojim nosilac pravnog dobra raspolaže i u odnosu na koje vrši svoje pravo samoodređenja), tako da se može podržati mišljenje prema kome indikovano, *lege artis*, u nameri lečenja i na osnovu pristanka pacijenta sproveden medicinski zahvat isključuje protivpravnost u odnosu na krivično delo telesne povrede. O tome se nemačka sudska praksa još krajem prošlog veka izričito izjasnila i kroz sve naredne odluke i potvrdila, a takvo shvatanje podržava i teorija. Tako *Roxin* smatra da „sve dok StGB ne poznaje krivično delo samovoljnog lečenja, kao što je to Nacrt StGB iz 1962. godine predviđao, postoji nesporna kriminalnopolitička potreba da se putem § 223 štiti i pravo samoodređenja nad sopstvenim telesnim integritetom; dakle, u slučaju nepostojanja pristanka postoji krivično delo telesne povrede.“<sup>41</sup> Sa stanovišta našeg

40 Ovo se odnosi i na teška dela protiv zdravlja ljudi iz čl. 259. KZ. Inače, iako se može očekivati da će lekarske greške, zbog same prirode profesije i neizbežnog rizika koji svaki zahvat nosi sa sobom, biti česte ili bar tako doživljavane od strane pacijenata, pa samim tim i ne tako retko raspravljane pred sudom, statistika govori drugačije. Podaci u vezi sa krivičnim delom nesavesnog pružanja lekarske pomoći su sledeći: 2009. godine je za ovo delo 46 lica prijavljeno, od toga je 22 i optuženo. Osuđeno je njih 7; 2 na kaznu zatvoru i 5 je izrečena uslovna osuda. 2010. godine je 47 lica prijavljeno, od toga najviše (njih 19) u regionu Šumadije i Zapadne Srbije. Osuđena su tri lica; svima je izrečena uslovna osuda. Podaci dostupni na: <http://webzrs.stat.gov.rs>. Pristupljeno stranici: 28. maja 2012. godine. Samim tim je i broj relevantnih sudskih odluka, koje bi dale dalje smernice, neznatan.

41 C. Roxin, *Strafrecht AT I*, München, 2006, p. 553. Ovakvo Roxinovo shvatanje još je značajnije ako se ima na umu da on kritikuje stav da pristanak isključuje protivpravnost, već smatra da

građanskog prava, tzv. samovoljna operacija kvalifikuje se kao telesna povreda i vrši se nadoknada materijalne i nematerijalne štete. Odbačeno je shvatanje prema kome dužnost obaveštavanja ne služi zaštititi telesnog integriteta pacijenta, već zaštititi slobodnog formiranja njegove volje.<sup>42</sup>

S obzirom na pretežnost zaštitnog objekta i uprkos tome što je naša sudska praksa u vezi sa ovakvim konstelacijama oskudna, može se reći čak nepostojeća, rešenje prema kome je isključena protivpravnost telesne povrede čini se najprihvatljivijim. Ukoliko je zahvat izvršen uprkos protivljenju pacijenta, postojaće krivično delo prinude.<sup>43</sup>

Dilema o kojoj je do sada bilo reći ne bi ni postojala, da u našem krivičnom zakonodavstvu postoji krivično delo samovoljnog lečenja. No, da li zaista postoji kriminalnopolitička potreba za jednim takvim krivičnim delom ili je ono suvišno?

#### 4. KRIVIČNO DELO SAMOVOLJNOG LEČENJA

Preduzimanje medicinskog zahvata i njegov karakter (doduše, zakonski i praktično neuobličeni) osnova isključenja protivpravnosti mogu se posmatrati i sa aspekta zaštite pacijenta. Sa druge strane, opravdana su očekivanja koja imaju lekari, da sve što se nalazi izvan krivičnopravno zaštićenih interesa pacijenta (zaštite kako od nesavesnih/nestručnih, tako i od samovoljnih postupaka lekara) ne ulazi u kriminalnu sferu. Do sada opisane teorijske postavke u različitim varijacijama su, međutim, samo jedna, premda najčešća, osnova krivičnopravne zaštite evropskih zemalja od takvih nedozvoljenih postupaka. Pored toga, regulisanje ide i u pravcu opštih ograničenja odgovornosti medicinskog osoblja (kroz uže definisanje bića krivičnog dela, gonjenja na zahtev oštećenog, isključenja bagatelnog ponašanja, itd.), sektoralnih odredbi (o nestandardizovanim zahvatima, transplantaciji organa, sterilizaciji, kastraciji, eksperimentima, itd.) i uvođenju posebnog krivičnog dela samovoljnog lečenja.<sup>44</sup>

Zasebnu inkriminaciju poznaje mali broj evropskih zemalja. Najšire regulisanje učinjeno je u portugalskom Krivičnom zakoniku (*Código Penal*). U Art. 150° (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos*) najpre se utvrđuje da se „one mere lečenja koje su prema saznavnom i iskustvenom stanju u medicini neophodne i preduzete od strane lekara ili drugog ovlašćenog lica u skladu sa *leges artis* ne smatraju telesnom povredom.“ Ishod lečenja i pristanak pacijenta se u ovoj odredbi ne pominju. Međutim, preduzimanje mere bez važećeg i, pre svega na osnovu obaveštenja, slobodno datog pristanka, inkriminisano je kao „samovoljni medicinsko-hirurški

---

nema drugog elementa krivičnog dela. Inače, u nemačkom krivičnom pravu je predviđenost u zakonu zapravo prvi element u opštem pojmu krivičnog dela, s obzirom na to da je prihvaćena njegova trostepenost, bez radnje kao samostalnog elementa.

42 Lj. Krulj, *Odgovornost lekara zbog neobaveštavanja pacijenta o rizicima operacije, Pravo – teorija i praksa* br. 3–4, Novi Sad, 2000, str. 74.

43 U nemačkoj sudskoj praksi govori se i o krivičnom delu protivpravnog lišenja slobode.

44 Iscrpniju uporednopravnu analizu vid. u A. Eser, *Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive*, –in: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Hrsg. Th. Weigend, Berlin, 1999, p. 465 i dalje.

zahvat i lečenje“ (*Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários*) u Art. 156°, n°1, i to u glavi krivičnih dela protiv slobode, čime postaje jasno da se njime štiti pravo slobodnog raspolaganja sopstvenim telom kao jednog vida lične slobode. Treba spomenuti i naredni stav istog člana u kom se govori o pretpostavljenom pristanku, postavljenom blaže u odnosu na opšte pravilo iz Art. 39<sup>o45</sup> i kojim se opravdavaju najurgentniji i neizostavni zahvati namenjeni spasavanju života, odnosno tela čoveka.<sup>46</sup>

Austrijski zakonodavac se takođe opredelio za samostalno krivično delo „samovoljnog lečenja“ (*Eigenmächtige Heilbehandlung*). U § 110 Abs. 1 österrStGB govori se o tome da će se kaznom zatvora do šest meseci ili novčanom kaznom do 360 dnevnih iznosa kazniti „ko drugog bez njegovog pristanka leči, i kada to čini prema pravilima medicinske nauke“. Za razliku od portugalskog Zakonika, u austrijskom nema izričite odredbe kojom se isključuje krivično delo telesne povrede. Međutim, sistematizacija ovog dela u glavi „Kažnjivih radnji protiv slobode“, ukazuje na to da se i ovde štiti prevashodno pravo samoodređenja čoveka, a ne njegov telesni integritet. Dok se u portugalskom rešenju pored lekara pominje i „drugo ovlašćeno lice“, pod kojim bi se moglo smatrati drugo medicinsko osoblje, austrijsko rešenje još je uopštenije određeno, tj. subjektom krivičnog dela se smatra „(sva)ko“ preduzme radnju izvršenja.<sup>47</sup>

Zanimljivo je da novi Kazneni zakon Hrvatske,<sup>48</sup> donet 2011. godine, a koji će stupiti na snagu 1. januara 2013. godine, ne poznaje više kazneno/krivično delo samovoljnog lečenja<sup>49</sup> kao što je to činio njegov prethodnik u čl. 241. u okviru kaznenih d(j)ela protiv zdravlja ljudi.<sup>50</sup>

- 
- 45 Prema Art. 39°, učinilac polazi od toga „da bi nosilac pravno zaštićenog interesa pristao“, dok je prema Art. 156°, n°2 dovoljno da „ne postoje okolnosti, na osnovu kojih se sa sigurnošću može zaključiti da bi se odbilo davanje pristanka.“
- 46 Više o rešenju u portugalskom pravu i uopšte o pristanku i pretpostavljenom pristanku u medicinskom pravu: M. da Costa Andrade, *Die Einwilligung im Medizinstrafrecht: die mutmaßliche Einwilligung*, –in: *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, Hrsg. W. Frisch, Baden-Baden, 2006, p. 71 ff.
- 47 Naše krivično pravo poznaje krivično delo nadriplekarstva i nadriapotekarstva iz čl. 254. KZ.
- 48 Kazneni zakon Hrvatske, NN 125/11.
- 49 Kao što kriminalizacija znači proglašavanje izvesnog ponašanja krivičnim delom i propisivanje sankcija za njega putem krivičnog zakona, dekriminalizacija podrazumeva ukidanje ili izmenu zakona čime se odustaje od dalje krivičnopravne represije u odnosu na to ponašanje. Odustajanje od primene krivične sankcije, međutim ne isključuje mogućnost primene neke druge sankcije, niti to znači da to ponašanje nužno gubi karakter protivpravnog ponašanja, da se ono na taj način legalizuje, a još manje da postaje društveno dozvoljeno ponašanje. U zavisnosti od vrste ponašanja koje se dekriminalizuje i dobara koje eventualno ono ugrožava, dekriminalizacija može da znači tek početak suzbijanja nekog ponašanja, ali na drugi način, tj. bez korišćenja krivičnog prava. Z. Stojanović, Preventivna funkcija krivičnog prava, *Crimen* br. 1/2011, Beograd, str. 18 i dalje. O dinamici inkriminacija, hiperinkriminalizaciji, dekriminalizaciji i inkriminalizaciji uopšteno vid. Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2010, str. 141–143.
- 50 „Samovoljno liječenje“ iz čl. 241. Kaznenog zakona Hrvatske: (1) Tko drugoga medicinski neopravdano liječi ili liječi bez njegova pristanka, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do tri godine. (2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se doktor medicine ili doktor stomatologije koji poduzme opravdani kirurški ili drugi medicinski zahvat na tijelu drugog bez njegovoga izričitog i valjanoga pisanog pristanka. (3) Doktor medicine ili doktor stomatologije koji



U Nemačkoj se decenijama unazad mogu čuti i videti predlozi o uvođenju ovog krivičnog dela.<sup>51</sup> U tome se najdalje otišlo 1962.<sup>52</sup> i 1996.<sup>53</sup> godine, kada je delo našlo svoje mesto u zvaničnim nacrtima zakonika, podnetim od strane nadležnog ministarstva. Međutim, krivično delo samovoljnog lečenja do današnjeg dana nije postalo deo pozitivnog prava Nemačke. Nesuglasice se tiču pitanja sistematizacije,<sup>54</sup> samim tim pretežnosti zaštitnog objekta, značenja i domašaja pojedinih izraza, nesaglašenosti sa drugim odredbama, prigovora da se time suviše proširuje kriminalna zona, tvrdnje da je zaštita pružena putem krivičnog dela telesne povrede dovoljna, itd.<sup>55</sup>

Srpsko kazneno pravo za postupanje lekara bez pristanka pacijenta predviđa prekršajnu odgovornost. Zakon o zdravstvenoj zaštiti (u daljem tekstu: ZZZ) propisuje novčanu kaznu od 30.000 do 50.000 dinara za zdravstvenog radnika ako paci-

poduzme kirurški ili drugi medicinski zahvat koji nije medicinski opravdan na telu drugoga bez njegovoga izričitog i valjanoga pisanog pristanka, kaznit će se kaznom zatvora od šest meseci do pet godina. (4) Nema kaznenog djela iz stavka 1., 2., i 3. ovoga članka kad je zakonom propisano prisilno liječenje ili je liječenje, kirurški ili drugi medicinski zahvat poduzet prema osobi koja nije pri svijesti ili je nesposobna za rasuđivanje, a nije dostupan član uže obitelji ili zakonski zastupnik, a odgodom liječenja ili zahvata bio bi ugrožen njezin život ili bi došlo do znatnog pogoršanja njenog zdravlja.

51 Prvi predlog potiče iz 1911. godine (§ 279), potom 1920. (§ 313), 1927. (§ 263), 1930. (§ 263), 1936. (§ 431), 1970. godine (§ 123).

52 Tadašnji predsednik Savezne komore lekara, revoltiran odlukom Saveznog suda iz 1957. godine (slučaj „Mijom“: medicinski zahvat je, iako je pacijentkinji njome spašen život, bio protivpravan s obzirom na to da njemu, tj. proširenju operacije, kada je pored mijoma uklonjena i materica, pošto su, kako se u toku intervencije ispostavilo, oni srasli, nije prethodio pristanak pacijentkinje, te je postojala odgovornost lekara zbog telesne povrede), izrekao je, od tada u skoro svakom radu koji se bavi ovom problematikom citiranom poređenju, da se „mi (lekari), grubo rečeno, formalnoppravno stavljamo u istu ravan sa napadačima sa noževima.“ Više o raspravi koja je pratila pomenutu novelu vid. „Ärzte Aufklärungspflicht. Galgen aufgestellt“, *Der Spiegel* 50/1961. Dostupno na: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-43367721.html>; pristupljeno stranici: 24. maja 2012.

53 § 229 Nacrta 6. Zakona o reformi krivičnog prava Saveznog ministarstva pravosuđa: (1) Ko bez važećeg pristanka preduzme telesni zahvat ili neku drugu meru koja ne utiče samo neznatno na telesni integritet ili zdravstveno stanje drugog lica, da bi prepoznao, lečio, ublažio ili predupredio postojeće ili buduće telesne ili duševne bolesti, oštećenja, muke, bolove ili teškoće kod tog lica ili njegovog ploda, kazniće se kaznom lišenja slobode do pet godina ili novčanom kaznom. § 226 će se shodno primeniti. (2) U posebno teškim slučajevima je kazna lišenja slobode od šest meseci do deset godina. Posebno težak slučaj po pravilu će postojati ako mera: 1. služi isprobavanju novih metoda lečenja, a to nije u interesu lica prema kome su primenjene ili njegovog ploda, ili 2. se to ne može opravdati nakon odmeravanja cilja koji se njome želi postići i opasnosti za lice prema kome je preduzeta. (3) Krivično gonjenje za delo preduzima se na osnovu predloga, osim ako 1. je izvršeno pod uslovima iz st. 2. tačka 2 ili 2. organ gonjenja zbog posebnog javnog interesa za krivičnim gonjenjem smatra da je postupanje po službenoj dužnosti nužno.

54 U svim predlozima iz fn. 51, samovoljno lečenje kvalifikovano je kao krivično delo protiv slobode. U Nacrtu iz 1962. godine (§ 162), delo je kvalifikovano u zasebnoj glavi, premda se njime štiti sloboda samoodređenja pojedinca. Nacrtom iz 1996. godine, delo je po prvi put svrstano u krivična dela protiv telesne nepovredivosti.

55 Više o tome: M.-K. Meyer, *Reform der Heilbehandlung ohne Ende – Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums 1996*, GA, 9/1998, p. 415; U. Schroth, *Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab*, –in: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Hrsg. Roxin/Schroth, Stuttgart, 2010, p. 30.

jentu ne da obaveštenje koje je potrebno da bi pacijent doneo odluku o pristanku ili nepristanku na predloženu meru ili ako pacijentu onemogućí uvid u troškove lečenja (čl. 259. st. 1 tač. 1) ZZZ); odnosno ako bez pristanka pacijenta, odnosno protivno njegovoj volji ili bez pristanka zastupnika poslovno nesposobnog pacijenta, nad pacijentom budu preduzete medicinske mere suprotno odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti (čl. 259. st. 1. tač. 3) ZZZ). Biće izrečena novčana kazna u rasponu od 200.000 do 1.000.000 dinara zdravstvenoj ustanovi ako bez pristanka pacijenta, odnosno protivno njegovoj volji ili bez pristanka zakonskog zastupnika poslovno nesposobnog pacijenta, nad pacijentom budu preduzete medicinske mere suprotno odredbama Zakona o zdravstvenoj zaštiti (čl. 256. st. 1. tač. 2) ZZZ). Odgovorno lice u zdravstvenoj ustanovi kazniće se novčano, u rasponu od 30.000 do 50.000 dinara (čl. 256. st. 2. ZZZ). Za ovaj prekršaj predviđena je i odgovornost zdravstvenog radnika preduzetnika, kome se u tom slučaju može izreći novčana kazna u rasponu od 100.000 do 500.000 dinara (čl. 256. st. 3. ZZZ).

## 5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Povezanost i sve jača interakcija između krivičnog i medicinskog prava (čija samostalnost kao naučne discipline dobija svoje jasne obrise), nova shvatanja u etici i evolucija ljudskih prava, koja su se nužno reflektovala i na relaciji lekar-pacijent, što se odrazilo i na promenjena očekivanja obe strane, uneli su nov dašak aktuelnosti krivičnopravno relevantnim pitanjima u vezi sa preduzimanjem medicinskog zahvata.

Najpre treba reći da medicinska intervencija, uprkos razmimoilaženjima u pogledu uslova čija kumulativna ispunjenost konstituise krivičnopravno dejstvo, sažetih u nekoliko teorija, isključuje protivpravnost kao treći element opšteg pojma krivičnog dela, i to ako je bila indikovana, izvršena u skladu sa pravilima profesije (*lege artis*), u nameri lečenja (*animus curandi*) i na osnovu (stvarnog ili pretpostavljenog) pristanka pacijenta. Ovakvo shvatanje je najbliže, premda nije identično, teoriji o *lege artis* zahvatu. Primetno je da je pristanak lica nad kojim se vrši zahvat (koji u drugim slučajevima može imati karakter opšteg osnova isključenja protivpravnosti), tek jedan od nekoliko nužnih uslova (ovde, dakle, kao poseban, na nekoliko specifičnih situacija koncentrisan osnov isključenja protivpravnosti), kao i da ishod (uspeh) lečenja nije obavezan element. Time su sa jedne strane uzeti u obzir društveni (*lex artis*) i individualni interesi (pristanak), dok je sa druge strane izostavljen zahtev koji bi na lekareva pleća stavio teret kakve garancije uspešnosti intervencije koju niko nije spreman, niti sposoban da snosi. Rasprava o pravnoj prirodi medicinskog zahvata i konstatacija da se radi o osnovu koji isključuje protivpravnost dogmatskog je karaktera i nužna je da bi se postojeće rešenje uklopilo sa već postojećima; stoga je ne treba shvatiti kao pokušaj neopravdane i preuranjene stigmatizacije lekara. Konstatacija o ispunjenosti zakonskog opisa je neophodan prethodni korak da bi se u narednom isključila protivpravnost. Uostalom, ta ocena je još daleko od optuženja, a kamoli od osude lekara za neko krivično delo. Kršenje *lex artis* i nesavesnost uopšte je mnogo češća situacija od preduzimanja zahvata bez pristanka pacijenta, uz to su posledice lekarskih greški po pravilu teže i javnost na njih najpre i reaguje, ali pogled na statističke podatke o optuženjima i osuđenjima, a potom i struktura

izrečenih sankcija, ne potvrđuje strahove lekara da svaki njihov potez vodi osudi.<sup>56</sup> Pripadnici drugih profesija (sudije, policajci), čije ponašanje takođe ispunjava zakonske opise krivičnih dela, a čija se protivpravnost isto tako isključuje, u mnogo manjoj meri iskazuju skepsu i zabrinutost.

Pitanje koje se logički nadovezuje na prethodno jeste u odnosu na koje delo se isključuje protivpravnost medicinske intervencije izvršene bez pristanka pacijenta. To je, zapravo, odgovor na pitanje koji se interes štiti; da li zdravlje ljudi (krivičnim delom nesavesnog pružanja lekarske pomoći iz čl. 251. KZ), službena dužnost (krivičnim delom nesavesnog rada u službi iz čl. 361. KZ) ili život i telo, tj. telesni integritet (krivičnim delom lake telesne povrede iz čl. 122. KZ ili teške telesne povrede iz čl. 121. KZ). S obzirom na postojeće inkriminacije i njihove zakonske opise, čini se da najveće poklapanje postoji sa krivičnim delom telesne povrede, tj. kao pretežni zaštitni objekt ipak se pojavljuje telesni integritet.

Situacija bi bila jasnija da postoji zasebno krivično delo samovoljnog lečenja. Njime bi bilo zaštićeno pravo samoodređenja pacijenta, tako da bi se ono našlo u glavi krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina; osim ukoliko zakonodavac ne proceni da se prilikom sistematizacije ovog dela treba voditi posebnim svojstvom učinioca, što bi opravdalo njegovo svrstavanje u krivična dela protiv zdravlja ljudi. Manje nedoumica u pogledu sistematizacije dela i određenja pojedinih pojmova, čije bi tumačenje za osnov imalo konkretnu zakonsku odredbu, nisu međutim dovoljni razlozi za uvođenje jednog novog krivičnog dela.<sup>57</sup> U ambijentu hipertrofije inkriminacija koja je zahvatila naše pozitivno zakonodavstvo,<sup>58</sup> čini se da je postojeće zakonsko rešenje, kojim se predviđa prekršajna odgovornost zdravstvenog radnika ako pacijentu ne pruži obaveštenje neophodno za davanje pristanka na predloženu meru (čl. 259. st. 1. tač. 1) ZZZ ili ako bez pristanka pacijenta, odnosno protivno njegovoj volji preduzme mere (čl. 259. st. 1. tač. 3) ZZZ), sasvim zadovoljavajuće. Krivično pravo, sa svojom represivnom crtom i najstrožim sankcijama koje pravni sistem poznaje, treba da ostane *ultima ratio* za pružanje zaštite određenom dobru; dobru koje se na drugi način ne može zaštititi. Uostalom, pogled na statistiku i sudsku praksu ukazuje na veću aktivnost civilista po tom pitanju, što ima svoju logiku u tome što je žrtvama primarna naknada materijalne i nematerijalne štete i što utvrđivanje nečije (lekareve) krivičnopravne odgovornosti predstavlja kvalitativni skok koji nije uvek lako načiniti i obrazložiti. Krivičnopravno gledano,

56 Vid. fn. 40.

57 O odnosu inkriminalizacije i dekriminalizacije vid. fn. 49.

58 Moglo bi se očekivati da smanjenje broja inkriminacija pozitivno utiče na efikasnost krivičnog prava u celini. Što manje inkriminacija sadrži krivično pravo jedne zemlje, ono bi trebalo da bude efikasnije u suzbijanju stvarno štetnih ponašanja koja zaslužuju da ostanu u sferi kriminalnog ponašanja i na koja se mora reagovati krivičnim pravom. Savremeni zakonodavac, međutim, nije sklon takvom gledanju na stvari. On pokazuje izrazitu averziju prema ideji dekriminalizacije i „teška srca“ odustaje i od najnepotrebije inkriminacije. (...) Zalaganje za preošturu i preširoku krivičnopravnu represiju vodi ozbiljnim, štetnim posledicama za pojedinca i društvo, a da se pri tome ne samo da ne dobija ništa na planu prevencije, već to vodi daljem slabljenju krivičnopravnog sistema. Z. Stojanović, Preventivna funkcija krivičnog prava, *Crimen* br. 1/2011, Beograd, str. 19 i dalje. Vid. Z. Stojanović, Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, –u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja* IV deo, ur. Đ. Ignjatović, Beograd, 2010, str. 32 i dalje.

prednost treba, dakle, dati teorijskom definisanju i praktičnom uobličavanju naspram uvođenju krivičnog dela samovoljnog lečenja.<sup>59</sup>

## LITERATURA

- Bačić F., *Krivično pravo – Opći dio*, Zagreb, 1980
- Bauer W., *Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs*, Hamburg, 2008
- Bockelmann P., *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968
- Costa Andrade da M., Die Einwilligung im Medizinstrafrecht: die mutmaßliche Einwilligung, –in: *Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts*, Hrsg. W. Frisch, Baden-Baden, 2006
- Draškić M., Prava pacijenata – kraj paternalističkog koncepta medicine, *Pravni život* br. 9/1998
- Eser A., Die Rolle des Rechts im Verhältnis von Arzt und Patient, –in: *Ärztliches Handeln zwischen Paragraphen und Vertrauen*, Hrsg. F.-X. Kaufmann, Düsseldorf, 1984
- Eser A., in: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010
- Eser A., Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive“, –in: *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, Hrsg. Th. Weigend, Berlin, 1999
- Freund G., Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, *ZStW* Nr. 3/1997
- Fuchs H., *Österreichisches Strafrecht AT*, 7. Aufl., Wien, 2008
- Hinterhofer H., *Die Einwilligung im Strafrecht*, Salzburg, 1998
- Ignjatović Đ., *Kriminologija*, Beograd, 2010
- Kienapfel D., Höpfel F., *Grundriss des Strafrechts AT*, 12. Auflage, Wien, 2007
- Klajn-Tatić V., *Lekareva pomoć neizlečivo bolesnom pacijentu – etički i pravni problemi*, Beograd, 2002
- Krulj Lj., Odgovornost lekara zbog neobaveštavanja pacijenta o rizicima operacije, *Pravo – teorija i praksa* br. 3–4, Novi Sad, 2000
- Marković I., Pristanak povređenog u krivičnom pravu, u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, ur. Đ. Ignjatović, Beograd, 2011
- Meyer M.-K., Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, *GA* Nr. 9/1998
- Meyer M.-K., Reform der Heilbehandlung ohne Ende – Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums 1996, *GA*, 9/1998
- Mujović Zornić H., *Pacijentova prava u sistemu zdravstva*, ur. H. Mujović Zornić, Beograd, 2010
- Roxin C., *Strafrecht AT I*, München, 2006
- Savić S., Krivična dela u vezi sa obavljanjem lekarske delatnosti. Dostupno na: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/savslo/nastava.htm>
- Schaffstein F., Soziale Adäquananz und Tatbestandslehre, *ZStW* Nr. 3–4/1960
- Schmidt Eb., *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939

59 Ovakvo rešenje povoljnije je i za same lekare. Ne samo da su stepen neprava i osude za krivično delo generalno veći nego za prekršaj; veći je i stepen stigmatizacije zbog osuđujuće presude zbog izvršenog krivičnog dela samovoljnog lečenja, nego konstatacija da je ispunjen zakonski opis krivičnog dela telesne povrede, ali da je protivpravnost isključenja, te da samim tim nema krivičnog dela.

- Schroth U., Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab, –in: *Handbuch des Medizinstrafrechts*, Hrsg. Roxin/Schroth, Stuttgart, 2010
- Sjeničić M., Osnovni principi medicinske etike, *Pravni život* br. 9/2005
- Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj., *Krivično pravo Jugoslavije – Opšti deo*, Beograd, 2000
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, 3. izdanje, Beograd, 2009
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2011
- Stojanović Z., Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, –u: *Stanje kriminalite-ta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja IV deo*, ur. Đ. Ignjatović, Beograd, 2010
- Stojanović Z., Preventivna funkcija krivičnog prava, *Crimen* br. 1/2011, Beograd

#### USTAV, ZAKONI I SUDSKA PRAKSA

Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije br. 4/2007, Beograd

Bilten Vrhovnog kasacionog suda br. 1/2012, Beograd

Kazneni zakon Hrvatske, NN 125/11

Krivični zakonik Srbije, „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 i 111/2009

Kodeks profesionalne etike Lekarske komore Srbije „Sl. glasnik RS“, br. 121/2007

RGSt 25, 375

Ustav Republike Srbije. „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006

Zakon o zdravstvenoj zaštiti. „Sl. glasnik RS“, br. 107/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010 i 57/2011

#### INTERNET IZVORI

<http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-43367721.html>

<http://webrzs.stat.gov.rs>

*Ivana Marković*

Juristische Fakultät, Universität Belgrad

## DER HEILEINGRIFF ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND – unter besonderer Berücksichtigung einer fehlenden Einwilligung

### ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit wird der Heileingriff auf seine spezifische strafrechtliche Relevanz hin untersucht, unter besonderer Berücksichtigung der Konstellation in welcher es keine oder eine mangelnde Einwilligung gibt; somit dann eine der Voraussetzungen fehlt und dementsprechend eine rechtfertigenden Wirkung des medizinischen Heileingriffs nicht als erfüllt angesehen werden kann.

Die Abhandlung gliedert sich in fünf Abschnitte. In den Eingangsbemerkungen wird auf die vielfältigen Überschneidungen von Strafrecht und Medizin(recht; mittlerweile auch in Serbien als eigenständige wissenschaftliche Disziplin anerkennungswürdig) hingewiesen. Dabei kommen Erwartungen zweier Seiten zum Vorschein: des Patienten als (in den allermeisten Fällen) medizinischen Laien, der sein volles Vertrauen in ein gewissenhaftes ärztli-

ches Handeln setzt, und des Arztes, der sich oftmals unberechtigterweise stigmatisiert fühlt und in dessen Augen „jeder Patient potentieller Kläger ist“.

Über die theoretischen Grundlagen des Heileingriffs aus strafrechtlicher Sicht ist im zweiten Abschnitt die Rede. Dabei wird bei der Diskussion zur Rechtsnatur der Einwilligung angesetzt und unter der Einbeziehung neuer Umstände, wie sie eine medizinische Behandlung nun mal mit sich bringt, weitergeführt. Die Einwilligung wird als Rechtfertigungsgrund verortet und zudem als logischer Vorgänger, eine der Voraussetzungen und gleichzeitiger Grenzstein des Heileingriffs dargezeigt. Dabei ist das verfassungsrechtlich verankerte Selbstbestimmungsrecht des Menschen von höchster Relevanz. Nach der Darstellung der fünf wichtigsten Theorien (Erfolgstheorie, Theorie vom Eingriff *lege artis*, modifizierte Erfolgstheorie, zweispurige Lösung und Gefahrverringerungstheorie), spricht sich die Autorin letztlich doch für die Rechtfertigungslösung aus und begründet dies im Lichte der Stärken und Schwächen der zuvor beschriebenen Theorien.

Der dritte Teil handelt vom medizinischen Heileingriff als Rechtfertigungsgrund. Trotz der erschwerenderweise kaum vorhandenen serbischen Rechtsprechung zu diesem Punkt, lassen sich doch drei, bzw. vier kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen herausstellen. Der Eingriff muß *lege artis* vorgenommen werden, dementsprechend auch indiziert sein; desweiteren muß dies in Heilungsabsicht und aufgrund einer Einwilligung des Behandelten erfolgen. Das letztgenannte ist deshalb wichtig, weil die einstige paternalistische Haltung des Arztes von einer gesteigerten und mehrfach gesetzlich und übergesetzlich verankerten Autonomie des Patienten abgelöst wurde. Hauptorientierungspunkt ist nicht mehr das Wohl, sondern der Wille des Patienten. Es stellt sich weiter die Frage, welcher Tatbestand durch den medizinischen Heileingriff gerechtfertigt wird, oder mit anderen Worten: welches Rechtsgut geschützt wird. Dabei kommen, vom serbischen Strafgesetzbuch ausgehend, mehrere in Frage: die Gesundheit, das Amt, die körperliche Integrität (Leib und Leben). Zu den jeweiligen Tatbeständen, die gerechtfertigt scheinen könnten, wird eingehend Stellung genommen.

Der vierte Abschnitt ist der Frage gewidmet, ob die Einführung eines Tatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, falls ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen, in die serbische Strafgesetzgebung als nötig oder überflüssig zu bewerten sei. Dazu werden zunächst einige Lösungen aus rechtsvergleichender Sicht beleuchtet, um dann schließlich die jetzige Lage in Serbien darzustellen.

In den Schlußbemerkungen nimmt die Autorin nochmals eingehend Stellung zu den einzelnen, in der Arbeit aufgeworfenen Fragen. Dabei wird v.a. der Ultima-Ratio-Charakter des Strafrechts unterstrichen und in die Beurteilung der derzeitigen Lösung der serbischen Gesetzgebung eingearbeitet.

**Schlüsselwörter:** Heileingriff, Patient, Arzt, Einwilligung, Rechtfertigungsgrund, Selbstbestimmungsrecht, eigenmächtige Heilbehandlung, Tatbestand.

## UTICAJ KULTURNIH FAKTORA NA KRIMINALITET

**Apstrakt:** Predmet rada odbuhvata tri aspekta (dela). U prvom delu, dat je prikaz teorija u kriminologiji, koje se bave uticajem kulturnih faktora na kriminalitet (teorija kulturnog konflikta i raskoraka; društvena struktura i anomija i kulturalna kriminologija), dok drugi deo bliže objašnjava potkultura Roma. Treći deo rada, predstavlja sintezu prvog i drugog dela, odnosno dato je objašnjenje na koji način potkultura Roma utiče na kriminalitet te društvene grupe. U radu su navedeni postojeći statistički podaci i problemi koji se javljaju u vezi sa kriminalitetom kod Roma, kao i kraći prikaz diskriminacije pomenute nacionalne manjine.

**Ključne reči:** kriminologija, kulturalna kriminologija, kultura, kulturološki faktori, Romi, kriminalitet kod Roma.

### 1. UVOD

Šta znači kada neko kaže: „Svako je krojač svoje sreće“, odnosno da je „čovjek jedinka koju treba posmatrati samostalno, izolovanu od ostatka, uslovno rečeno, mase“. Na prvi pogled, može se prihvatiti takav jedan stav o čoveku, ali ako se malo bolje promisli, to u mnogim situacijama nije baš tako. Može se reći da je „Svako krojač svoje sreće, a da ta sreća zavisi od niza okolnosti i faktora koji utiču na to kakva će ona biti, odnosno da li će biti iskrojena po meri ili će imati manje ili više nedostataka“. Ponekad „loš kroy“ može voditi takvoj situaciji da pojedinac postane kriminalac ili prestupnik. Razloge „lošeg kroja“ pokušali su da objasne mnogi teoretičari kroz svoje teorije. Teorije koje su nastale, počevši od davne 1764. i dela „O zločinima i kaznama“<sup>1</sup>, pa do današnjih dana, dale su različite poglede na faktore koji utiču, kako na ponašanje pojedinca koji vrši zločine, tako i na kriminalitet. U novije vreme, posebnu pažnju su izazvale teorije koje se bave uticajem kulturnih faktora na kriminalitet<sup>2</sup>.

Teorije kulturalne kriminologije doživljavaju svoj procvat upravo u današnje vreme. Kako Đ. Ignjatović navodi: „Ta nova kulturalna kriminologija ima za cilj da izričito i direktno obuhvati kulturološke dimenzije zločina i kontrole kriminaliteta“<sup>3</sup>. Iako pomenuta teorija doživljava svoju renesansu u današnje vreme, njeni počeci uočavaju se još u čikaškoj školi. Iz tog razloga potrebno je sagledati, u najkraćim crtima, neke osnovne karakteristike pomenute škole.

---

\* student Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, drugonagrađeni na nagradnom tematu (tema „Uticaj kulturnih faktora na kriminalitet“) Sekcije za kriminologiju Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

1 Ignjatović Đ.: *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009, 151–158.

2 Ibid. 121–123.

3 Ibid. 121.

## 1.1 Teorije kulturnog konflikta i raskoraka

Kako Selin navodi – „čovjek raste uz određene kulturne vrednosti, koje se razlikuju od kulture do kulture“.<sup>4</sup> Razlikujemo dve vrste vrednosti: kulturne (utiču na strukturu zakona i definiciju zločina na određenom području) i potkulturne (upravljaju ponašanjem unutar drugačije kulture).<sup>5</sup> U mnogo situacija, može se dogoditi da se kultura i potkultura poklope, ali ne mora baš uvek biti tako. Ponekad se dešava da uticaji potkulture mnogo jače deluju na ponašanje pojedinca što, u nekim ekstremnim slučajevima, može voditi porastu kriminaliteta i sl. (npr. u nekim krajevima južne Evrope potkultura plemena, koja je imala jak uticaj u 19. i početkom 20. veka, na pojedince utiče tako da ne poštuju norme ponašanja koje predviđa kultura, već i dalje poštuju norme potkulture koja je karakteristična za određeni kraj – primer: krvna osveta koja je u nekim krajevima Crne Gore i dalje jedan od vidova odbrane časti). Naravno, ne mora se dogoditi da uticaj kulture i potkulture uvek utiču na porast kriminaliteta, kao ni to da suprotnost kulture i potkulture uvek vodi ekstremnim situacijama i najtežim oblicima kriminalnog ponašanja poput već pomenute krvne osvete (ponekad se porast kriminaliteta može uočiti kod krivičnih dela krađe, razbojništva, iznude...). Kako je pomenuto, kultura i potkultura ne moraju stajati u odnosu korelacije. Potkultura prema opštoj kulturi može stajati u nekonfliktnom ili konfliktnom odnosu (pr. prestupnička potkultura). Ukoliko se potkultura nalazi u konfliktnom odnosu sa kulturom, tada govorimo o kontrakulturi koja „sadrži norme dijametralno suprotne opšte priznatim i služi za objašnjenje nastanka kriminalnog ponašanja“.<sup>6</sup> Selin ukazuje na značaj sukoba kulturnih kodeksa za javljanje zločina i tvrdi da sukob između normi različitih kulturnih kodeksa može nastati iz nekoliko razloga:

1. Kada se kodeksi sudare na granici različitih kulturnih područja;
2. Kada se, u slučaju pravnih normi, pravni propisi jedne kulturne grupe prošire na teritoriju druge;
3. Kada članovi jedne kulturne grupe migriraju u drugu.

Kako i sam Selin primećuje, „transformacija jedne kulture iz homogenog i dobro integrisanog tipa u heterogen i dezintegrisan tip je praćena porastom konfliktnih situacija“.<sup>7</sup> Za kulturni konflikt kaže da je mentalni konflikt, ali da različite discipline koje koriste pomenuti termin, ne određuju na isti način njegov karakter. Možda je to jedan od razloga zašto pomenute teorije koje proučavaju kulturne konflikte u današnje vreme ili preširoko, ili preusko, posmatraju kriminalitet sa te tačke gledišta (odnosno sa stanovišta kulture i potkulture). Zanimljiv je stav koji daje Selin kada kaže da „možemo pretpostaviti da će tamo gde se sukobi različitih kultura pojave, biti kršenja normi zbog toga što se osobe koje su usvojile norme jedne kulturne grupe ili oblasti sele u drugu i da će se takvi konflikti nastaviti sve dok proces akulturacije ne bude završen“.<sup>8</sup> Takođe, pomenuti teoretičar navodi da se kulturni konflikt može proučavati ili kao mentalni konflikt ili kao konflikt kulturnih kodeksa.

## 1.2 Društvena struktura i anomija

Robert Menton ide dalje i analitički razdvaja društvene i kulturne strukture, za koje kaže da se, u konkretnim situacijama, neprimetno spajaju. Za prve kaže da se sastoje od kul-

4 Ibid. 72.

5 Više o kulturi i potkulturi: Mitrović M., Bovan S.: *Osnovi sociologije i sociologija prava*, Beograd 2009.

6 Ignjatović Đ.: *Teorije...*, 73.

7 Ibid. 249.

8 Ibid. 251.



turno definisanih ciljeva, potreba i interesa, dok za drugi element društvene strukture kaže da definiše, reguliše i kontroliše prihvatljive načine postizanja kulturno definisanih ciljeva. Dalje, navodi da se antidruštveno ponašanje javlja u velikom obimu samo onda kada sistem kulturnih vrednosti uzdiže, doslovno iznad svega ostalog, određene zajedničke simbole uspeha za čitavu populaciju, dok njegova društvena struktura strogo ograničava ili potpuno onemogućava pristup dozvoljenim načinima postizanja tih simbola velikom delu te populacije. Smatra se da je „isti korpus simbola uspeha poženjan za sve, a takođe, da ovi ciljevi prevazilaze klasne linije razlike i da nisu njima ograničeni“.<sup>9</sup> Kako se da primetiti, sam Merton navodi da klasne razlike ne treba da postoje u ovim segmentima, odnosno da je „jedna od najopštijih funkcija društvene organizacije da obezbedi osnovu za proračunatost i regularnost ponašanja“.<sup>10</sup> Ukoliko se sagledaju tipovi kulturnog modeliranja, nailazi se na pet logički mogućih, alternativnih načina prilagođavanja ili adaptacije pojedinaca unutar (kulturno orijentisanog) društva ili grupe (konformizam, inovacija, ritualizam, povlačenje, pobuna).<sup>11</sup>

### 1.3 Kulturalna kriminologija

Teorije kulturalne kriminologije, čije početke možemo uočiti još od čikaške škole i koje, u krajnjoj liniji, pored teorija nastalih u okviru čikaške škole, u svojim saznanjima koriste i neka druga saznanja, poput životnih saznanja, pisanja medija i sl. (što se najčešće i zamera pomenutim teorijama) ipak postavljaju neke stavove koji se mogu prihvatiti. Preokret u novije vreme nastaje 2008. godine kada je nastala knjiga „Kulturalna kriminologija – poziv“, autora: Jeff Ferrell-a, Keith Hayward-a i Jock Young-a.<sup>12</sup> U konstituisanju njihovih stavova važnu ulogu odigralo je i učenje interakcionizma i etiketiranja i postmodernistička kritička teorija, učenje o društvenim pokretima, kao i studije gradova i medija, egzistencijalistička filozofija, kulturalna i humana geografija, antropologija i dr. U uslovima kada su svi klasični oslonci socijalnog života – rad, porodica, uža zajednica, domovina (masovnim migracijama) i mir (globalnim sukobima) dovedeni u pitanje, a mediji globalizovani – objašnjenje kriminaliteta traži globalni pogled.

Pored pomenutog dela „Kulturalna kriminologija – poziv“, posebnu pažnju izazvao je i tekst Jeff Ferrell-a „Kulturalna kriminologija: postmoderni spektakl“ (2006. godina). Pomenutom pravcu, Džef daje ključnu ulogu u otkrivanju značenja, izgleda i realne slike kriminaliteta i kolektivne reakcije na zločine. Iz tog razloga, kulturalna kriminologija se posebno fokusira na aktivnosti kriminalaca, način života marginalnih grupa i na uticaj sredstava masovne komunikacije i popularne kulture na imidž kriminaliteta i praksu organa formalne socijalne kontrole. Čini se da su pomenuti segmenti, koje pokušava da objasni kulturalna kriminologija, sve prisutniji i uočljiviji u vremenu i prostoru u kome živimo i delamo. Idealan primer bi bili Romi, koje svakako možemo uklopiti u pomenute segmente. Kroz vekove su bili marginalizovani, a čini se da je i danas tako, osim ako se izuzme mali procenat onih koji to nisu. Iako se poslednjih decenija dosta govori o ravnopravnosti na svim poljima, zatim o zabrani diskriminacije<sup>13</sup> i zbog toga su donete mnogobrojne konvencije i zakoni, te s toga

9 Ibid. 284.

10 Ibid. 285.

11 Detaljnije pogledati: Ignjatović Đ.: *Teorije...*, 281–283.

12 Pomenuti autori ukazuju da pomenuti pravac ima izvore u ranim teorijama o uticaju kulture na kriminalitet (već pomenute čikaške škole) kao i uticaj Univerziteta kulturoloških studija u Birminghamu i Londonske ekonomske škole.

13 U Srbiji je Zakon o zabrani diskriminacije donet 2009. godine (Sl. Glasnik Rep. Srbije 22/09). Čl. 2. st. 1. Izrazi „diskriminacija“ i „diskriminatorno postupanje“ označavaju svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili

možemo zaključiti da se na normativnom planu zaista napravio veliki pomak, ipak sa stano-  
višta društvene stvarnosti i prakse to baš nije tako. Ako sagledamo Rome, vidimo da su oni  
i dalje na društvenoj margini, iako se putem medija pokušava stvoriti idealizovana, „slika“ o  
njihovom sve bolje, „životnom statusu“. <sup>14</sup> Poslednji primer u nas, jeste iseljenje Roma koji su  
živeli u divljem naselju, „Gazela“ u romsku enklavu, „Orlovsko naselje“. Naime, iako se putem  
medija stvara slika daleko boljeg života iseljenih Roma, svako ko poseti Orlovsko naselje,  
gde je veći deo njih iseljen, uveriće se da je slika koju prenose mediji i više nego idealizo-  
vana, a nezadovoljstvo Roma raste. Te s toga, prosečan građanin koji bude pročitao novin-  
ski članak u kome piše, „Romi se bave ilegalnim poslovima“ ili, „Dvojica Roma uhvaćena u  
krađi“ <sup>15</sup> pomisliće kako se oni ne menjaju i kako im je uvek malo i pored toga što im je,  
kako je štampa ranije pisala, životni standard unapređen. U ovom segmentu već na prvi  
pogled vidimo koliko mediji mogu loše da utiču i da na neki način etiketiraju, odnosno  
predodrede neku grupaciju ljudi za one koji su skloni kriminalnim radnjama. Vratimo se  
na Džef Ferela, koji navodi da, „kriminalitet i viktimizacije, strah od zločina i kampanje za  
njegovu redukciju nisu statički elementi, nego kompleksni kulturološki procesi“. <sup>16</sup> Po nje-  
mu, centralni problem kriminologije nije odgovor na pitanje, „šta je zločin i koji su njegovi  
uzroci“ (kako to podrazumevaju, „ortodokсни kriminolozi“) nego predstave (imidž) zločina  
stvoren u masovnim medijima. <sup>17</sup> Džef smatra da je to bolji način da se pronikne u suštinu  
zločina i načina na koji ljudsko društvo organizuje kontrolu takvih pojava. Zločin se shvata  
ne kao nešto unapred određeno, nego kao, „plod interakcije pojedinaca i društvenih grupa,  
pri čemu važnu ulogu u razumevanju tih procesa ima semantička analiza simboličkih zna-  
čenja skrivenih u jeziku“. <sup>18</sup>

Pored medija, pripadnici kulturalne kriminologije kao razlog sukoba, navode politiku i  
politički otpor, pa kažu, „kao što su mnoge studije pokazale, a panične reakcije pravne vlasti  
prema neposlušnosti marginalnih grupa i dokazale, nedopušteni stilovi istraživanja zaista  
mogu nositi značajna politička značenja i mogućnosti otpora prema političkoj vlasti. Moć  
i otpor vide kao rituale na putu politike progresivnog društvenog pokreta, a politički otpor  
kao revoluciju svakodnevnog života“. <sup>19</sup> Mada se kulturalnim kriminolozima uglavnom za-  
mera što, „šire“ svoja istraživanja i na neke segmente koji nemaju neposredne veze sa naučnim  
istraživanjima i dokazivanjima, mislim da bi trebalo kao model mogućeg rešenja prihvatiti i  
neka njihova viđenja, pogotovu ako se uzme u obzir da sredstva masovnih komunikacija <sup>20</sup> i  
politika u većini slučajeva, u današnje vreme, prave prevagu nad nekim racionalnim i nauč-

davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima blis-  
kih lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu,  
nacionaloj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu,  
rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima,  
zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu,  
izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno  
pretpostavljenim ličnim svojstvima.

14 O uticaju medija na kriminalitet, pogledati Ignjatović Đ.: *Teorije...*, 123–125, 415–423.

15 Videti primere na internet prezentaciji: [www.praxis.org.rs](http://www.praxis.org.rs); Praxis, Protection of rights of internally displaced persons, Belgrade, March 2009; zatim priručnik sa letnje škole ROMI: Pravno-politička dimenzija, održane u Beogradu 21–27. septembra 2009. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

16 Ignjatović Đ.: *Teorije...*, 123.

17 „Kriminologija, kako predlažu ovi kriminolozi, treba proučavanju zločina da pristupi u svoj njegovoj kompleksnosti, a ne samo kao tradicionalna društvena nauka o kriminalitetu“ (Ignjatović Đ.: *Teorije...*, 412.).

18 Ignjatović Đ.: *Teorije...*, 123

19 Ibid. 413

20 Mitrović M., Bovan S.: *Osnovi...*, 160–166.

nim istraživanjima i izvedenim dokazima, te bi ih iz tog razloga trebalo kritikovati (medije i politiku), jer često imaju velik uticaj na one koji im „slepo“ veruju. Najbolje po nas bi bilo kada bismo ih potpuno zanemarili i isključili iz naučnih istraživanja i dokazivanja, jer bismo tada došli do valjanih i u najvećoj mogućoj meri nepristrasnih zaključaka.<sup>21</sup>

## 2. POTKULTURA ROMA

Danas, posebna pažnja se pridaje potkulturi, odnosno kontrakulturi mladih, potkulturi Roma i nekih drugih grupacija, te se čini da su oni „nepresušan“ izvor za pisanje medija. Da bismo kritički razmotrili Rome, o kojima je već ranije bilo reči, potrebno je da medije i politiku ostavimo „po strani“. Najpre je potrebno da istorijski sagledamo Rome (ko su oni, odakle potiču i osnovne karakteristike njihove kulture).

Poreklo Roma oduvek je zadavalo mnogo muke naučnicima i predstavljalo pogodan teren za razne hipoteze od kojih se kao poslednja i najprihvatljivija smatra ona kojom se, na osnovu lingvističkih podataka, tvrdi da Romi potiču iz Indije (pokrajina Kabul).<sup>22</sup> Ono što se veoma retko pominje, jeste to da su Romi 8–12. veka imali 21 državu na severu Indije i da su u tom periodu bili vojni, politički i ekonomski faktor. Islamski pohodi na romske oblasti, učinili su svoje, tako da od 1192. godine Romi više ne postoje kao etnička grupa i tada počinje njihovo cepanje na mnogobrojne manje grupe koje počinju da dobijaju svoje samostalne nazive poput, „Tamari“, „Gažikano Romi“, „Korano Romi“ itd.<sup>23</sup> Položaj Roma je bivao sve lošiji, a prvi „veliki“ korak ka unapređenju njihovog položaja jeste održavanje Prvog svetskog kongresa Roma 1971. godine. U Srbiji je kao najvažnija ličnost, romskog porekla, oduvek smatran dr Rajko Đurić, koji je krajem 20. veka imao veliki politički i kulturni uticaj. Nakon pada Berlinskog zida, 1989. godine, Romi ulaze u politiku.<sup>24</sup>

Osnovno obeležje društveno-ekonomskog položaja Roma je nizak stepen ekonomske aktivnosti i visoka nezaposlenost. Popisom iz 1991. ustanovljeno je da je ekonomski aktivno oko 27.2% od ukupnog broja Roma, dok je prema izveštaju Vlade Republike Srbije iz 2007. godine ustanovljeno da su Romi „izuzetno siromašni“. Osim niske stope ekonomske aktivnosti, za Rome je karakteristična i veoma visoka stopa nezaposlenosti. Razloge njihove nezaposlenosti možda treba tražiti i u tome što veoma mali broj Roma upiše i završi srednju školu. Po zakonima Republike Srbije, Romi mogu da se školuju od osnovne, preko srednje škole do fakulteta. Imaju pravo i mogućnost da se školuju na svom jeziku. Zakonske smetnje ne postoje, ali se problem javlja jer nema dovoljno obrazovnog kadra koji govori romski jezik. Svaki peti Rom je nepismen, 30% je bez škole i 30% sa nepotpunom osnovnom školom. Stručna i kvalifikovana znanja ima tek svaki deseti Rom. To znači da je preko 90% Roma

- 21 U skladu sa tim, Đ. Ignatović navodi: „Kriminologijom se baviti bez ideologizacije, dnevno političkog navijanja i jeftinog medijskog samoreklamiranja [...] Naravno, ko ne može da izdrži zov lake promocije i slatkih privilegija – neka se na vreme preorijentiše“. Vid. Ignjatović Đ.: *Kriminologija*, Beograd 2010, 9.
- 22 Tek je 1978. godine, na Drugom svetskom kongresu Roma, došlo do neke vrste uzajmnog političkog priznanja Indije za „domovinu Roma“. Zanimljivo je pomenuti da su te godine Romima u SFRJ priznata prava nacionalnih manjina.
- 23 Videti: Ristić Ž.: *Socioekonomski položaj i identitet romske manjinske zajednice u Srbiji*, Beograd 2000. (seminar 3003, biblioteka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu).
- 24 Naspram broja Roma koji žive u našoj zemlji (blizu 500.000) broj od 30 Roma koji rade kao državni činovnici je veoma nizak i za sada nema izgleda da će se taj broj uvećati. Prema podacima iznetim na letnjoj školi ROMI: Pravno-politička dimenzija, održanoj u septembru 2009. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, u Srbiji je zaposleno oko 28.000 državnih službenika, te se prostom računicom dolazi do podatka da Romi u toj strukturi zaposlenih, ne čine ni jedan ceo procenat, što daje još bleđu sliku o njihovom današnjem položaju u Republici Srbiji.

prikovano za onaj segment tržišta rada na koje se nalaze nestabilni i nisko plaćeni poslovi. Broj Roma koji završe fakultet je veoma mali, a Romi intelektualci nerado odlaze u obrazovanje, već se bave drugim, isplativijim poslovima.

Sa druge strane, njihova kultura je takva da pridaju veliki značaj muzici i nekim tradicionalnim zanimanjima. Prokić navodi: „Kao što je poznato, Romi su ostali verni starim zanatima i veštinama, obavljajući ih na isti način kao i njihovi preci vekovima pre njih. Romi su čuvali i negovali svoju ljubav prema konjima i muzici, drugovali sa čekićem i nakovnjem, bavili se drvodeljstvom, dresurom životinja“. Takođe, Roma ima najviše u onim zanimanjima za koje se ne traži profesionalna stručnost: radnici na održavanju objekata i čistoće, nosači, skladišni radnici, građevinski radnici i sl. U kategoriji lica bez zanimanja nalaze se osobe koje su primorane da se bave prosjačenjem, gatanjem, vidarstvom i sl.<sup>25</sup> Važno je napomenuti da je zapošljavanje Roma blokirano niskim kapacitetima ponude rada, ali i predrasudama o radnim kvalitetima Roma.<sup>26</sup> U pomenutim predrasudama, takođe se može sagledati jedan od oblika diskriminacije.

Rsapadom SFRJ, siva ekonomija dobija široke razmere devedesetih godina 20. veka, u našoj zemlji. U tom periodu, privredne aktivnosti Roma u sferi „sive ekonomije“ su značajan izvor prihoda za njihova domaćinstva (krug delatnosti koje obavljaju: poljoprivredne delatnosti, ulična trgovina deficitiranom robom, trgovina konvertibilnom valutom). Iako je od raspada države pršlo gotovo dve decenije, u oblasti ulične trgovine, Romi i dalje prednjače, te i danas, na ulicama Beograda se mogu uočiti Romi, koji se bave npr. prodajom garderobe.

Kada smo sagledali neke osnovne karakteristike Roma kao etničke grupe, kako uopšteno, tako i osnovne karakteristike Roma koji žive u Republici Srbiji, potrebno je da uočimo i osnovne karakteristike njihove kulture. Emancipacija Roma je emancipacija bilo kog drugog naroda i nacije. Romi su pesnički i ateistički narod, narod koji ne veruje u zagrobni život. Njihov život je „čista umetnost“ (Rajko Đurić). Oni su romantičarska bića, kod njih ljubav ima veliki značaj. *Ako u kojem slučaju prevare ili ukradu, to je samo ono što je za goli život potrebno.* Krađa je za njih, „pozajmljivanje onoga što nema, od onoga što ima“. Jedan su od retkih naroda koji uvažava sve druge narode i nema genocidnih pretenzija ni prema kome. O životu misle „od danas do sutra“. Imaju malo međusobnih ubistava i samoubistava.<sup>27</sup> Nije dan narod u Evropi nije tako snažno, tako impresivno vezan za prirodu, da je u svim oblicima života sastavni deo prirode kao što su Romi. Ovo je zbog toga jer je to bio narod vekovima bez „doma i groba“ – Rajko Đurić.

Što se tiče uslova stanovanja, Romi sami grade svoje kuće, a samo manji broj živi u društvenim stanovima i to oni koji su stalno zaposleni. Kvalitet gradnje je kod većine kuća u romskim naseljima nezadovoljavajući (A.Mitrović, 1990.).<sup>28</sup> U najvećem broju romskih naselja nema kanalizacije ili je ona improvizovana. Karakteristično je da romske porodice u svojim domaćinstvima više poseduju predmete za rasonodu nego predmete koje služe za pomoć u kući.

25 Vid: Ristić Ž.: *Socioekonomski...*

26 Vid: SANU: *Društvene nauke o Romima u Srbiji, zbornik radova sa tribina održanih 2003. i 2004. godine*, Beograd 2007, 169–170.

27 Sličan zaključak izvodi Mergen, koji je 1941. godine u Tirolu (Austrija) započeo izučavanje kriminaliteta posebne vrste prestupnika, koji kao čergari lutaju sa porodicama u kolicima (n. Ka'rren). [...] Njegovo istraživanje je pokazalo da, iako su u velikom broju od čak 82% vršili lakša krivična dela, istovremeno je zabeleženo vrlo malo delikata protiv porodice i dece, kao i protiv drugih članova grupe. Vid. svesituacioni metod, Ignjatović Đ.: *Kriminologija...*, 46–47.

28 Cit. po: Ristić Ž.: *Socioekonomski...*

### 3. UTICAJ KULTURNIH FAKTORA NA KRIMINALTET U ROMA

Sagledavši neke osnovne karakteristike kulture Roma, dolazimo do zaključka da iako su vekovima bili diskriminirani i na samoj društvenoj margini, osobnosti sopstvene kulture nisu menjali i u mnogim segmentima su pokušavali i uspevali da sopstvenu kulturu prilagode prostoru na kome žive, ali tako da ne promene samu bit sopstvene kulture. Potkultura Roma, koja je karakteristična i uočljiva dobrim delom u Republici Srbiji, bitno se ne razlikuje od opšte, nazovimo je svetske kulture Roma. Kao etnička grupa koja je oduvek živela skromnim životom (čak i onda kada nisu smatrani etničkom grupom) mogu da se pohvale istrajnošću i uspehom očuvanja sopstvenog identiteta. Ipak, njihova potkultura nije u svemu dobra i savršena, kao što je predstavlja dr Rajko Đurić, o čemu je bilo reči ranije. Iako im se može priznati „veseljački stil života“, ne treba zanemariti činjenicu da, kako i sam Đurić navodi, „ako u kojem slučaju prevare ili ukradu, to je samo ono što je za goli život potrebno“. Činjenica je da, iako ne postoje zvanični podaci u našoj zemlji o prestupima i krivičnim delima koje su počinili Romi, da oni ipak nisu zanemarljivi. Sam Đurić navodi da se takvo ponašanje nalazi u potkulturi Roma, što znači da u tom segmentu potkultura Roma stoji u konfliktnom odnosu prema prihvaćenoj kulturi. Zanimljiv je nastavak Đurićeve konstatacije – „Krađa je za Rome pozajmljivanje onoga što nema, od onoga što ima“. S obzirom da ne postoje zvanični podaci<sup>29</sup>, odnosno statistika koja bi pokazala da li je to baš tako, svako od nas može sa Đurićevom konstatacijom da se složi, ili ne. Mišljenja sam da u velikom broju slučajeva tako i jeste. U razgovoru koji sam vodio sa grupom Roma koji žive na popularnoj „Ciganmali“ na Bežanijskoj kosi i sa Romima koji žive u Orlovskom naselju, odnosno enklavi smeštenoj u dolini Mirijeuskog potoka, došao sam do zaključka da oni, bez ustručavanja, priznaju da vrše sitne krađe, ali iz razloga, kako kaže jedan od njih: „Da bi prehranili sopstvenu porodicu“ ili „Da bi preživeli“. Njihove izjave se odlično uklapaju u Đurićeve konstatacije, ali da li priznanje o vršenju krađe nekoga oslobađa krivice? – Ne! Kako i sami navode, oni ne bi krali da imaju stalni posao, da su dovoljno plaćeni za poslove koje obavljaju i sl. Da li su oni krivi zbog toga ili je krivo društvo, ili smo pak zajednički krivi, o tome ne treba raspravljati, jer bismo tako izašli iz okvira kriminologije i ušli u okvire sociologije, politike i sl. U svakom slučaju, na osnovu raspoloživih podataka i naučnih istraživanja i dokaza, Rome možemo uklopiti u Mergenovo istraživanje obavljeno u oblasti Tirol (Austrija), u Selinovu teoriju kulturnog konflikta i raskoraka, zatim u stanovišta američke sociologije (u vezi sa kulturom, potkulturom i kontrakulturom) i u stanovišta dr Rajka Đurića.

### 4. ZAKLJUČAK

Potkultura Roma nam je poslužila da sagledamo kako i na koji se način kultura koja je svojstvena njima (ne)uklapa u vladajuću kulturu, odnosno prihvaćenu kulturu. U mnogo slučajeva, dešava se da potkultura Roma stoji u korelaciji sa prihvaćenom kulturom, ali pored te korelacije, javlja se jedan deo koji ne stoji u korelaciji. Jedan deo neslaganja odnosi se na konfliktni odnos prema prihvaćenoj kulturi, odnosno uočavamo određene segmente kontrakture. Na žalost – u sitnim krađama prednjače, ali sa druge strane, ne veliku sreću, Romi nisu skloni vršenju težih krivičnih dela, jer takva ponašanja nisu u skladu sa njihovom

29 Jedini zvanični podaci, odnosno zvanična statistika, odnosi se na „nasilne smrti“ u Republici Srbiji za period 1997–2007. godine. Prema tim podacima, u periodu od deset godina, Romi su 59 puta izvršili samoubistvo, što je čak 60 puta manje u odnosu na populaciju koju čine Srbi. Više podataka o pomenutoj statistici: [www.stat.gov.rs](http://www.stat.gov.rs)

potkulturom (dok kod određenih potkultura vrlo često se mogu uočiti veoma nasilnička ponašanja i vršenje najtežih krivičnih dela, poput ubistava i sl.). Sa druge strane, kao što je već pomenuto – neka veća istraživanja u oblasti ispoljavanja kriminalnih ponašanja romske populacije nisu obavljena, dok je Zavod za statistiku Republike Srbije objavio statistiku u vezi sa nasilnim ubistvima, koja ne daje previše podataka o ovom pitanju.

Ako sagledamo najnovije teorije kulturalne kriminologije, uočavamo da su kulturalni kriminolozi, i pored brojnih kritika, nastavili da istražuju nove načine organizovanja i pohađanja kriminoloških studija, kao i osmišljavanje novih načina preko kojih će se ukrstiti kultura, zločin i pravda.<sup>30</sup> Koje su im to kritike upućivane? – Kritike se uglavnom odnose na to kako kulturalna kriminologija konceptualizuje delatnosti državnih organa i subjekata moći, zatim njeno viđenje zločina kao „značenjem situiranog iskustva“. Ipak, ono što im se najviše zamera jesu oblici istraživanja i izveštavanja (iz razloga što su u sferu kriminologije kao nauke „ubacili“ i neke „primeše“ poput sociologije, medija i politike i na taj način odstupili od čisto kriminološkog pristupanja kriminalitetu kao pojavi).<sup>31</sup> Postoje dve mogućnosti – da kulturalni kriminolozi nastave da se bave izučavanjem kriminaliteta na način na koji su do sada to činili ili da poslušaju i sagledaju kritike koje im se upućuju i nešto promene u svom radu, odnosno da se preusmere na istraživanje uticaja kulturnih faktora na kriminalitet onako kako to podrazumeva nauka kriminologije. Da li će se odlučiti za jednu ili drugu mogućnost ili će se izdiferencirati neka treća mogućnost, danas je neizvesno.

Na primeru Roma, vidimo kako njihova kultura utiče na kriminalitet. Ipak, ne mora svaka kultura ili potkultura uticati negativno na stanje kriminaliteta. U praksi se dešava da i prihvaćena kultura, kao i potkultura, imaju neke svoje elemente koji, sa jedne strane, odvrćaju od kriminalnih ponašanja, dok sa druge strane podstiču pojedince da postanu prestupnici/kriminalci. Dakle, kulturni faktori su samo jedan od segmenata koji mogu uticati na porast/smanjenje kriminaliteta kod određene grupe ljudi, ili pak kod pojedinca, te se vraćamo na početak i konstataciju da je „Svako krojač svoje sreće, a da ta sreća zavisi od niza okolnosti i faktora koji utiču na to kakva će ona biti, odnosno da li će biti iskrojena po meri ili će imati manje ili više nedostataka“.

*Nikola Vujičić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## IMPACT OF THE CULTURAL FACTORS IN DELINQUENCY

### SUMMARY

The subject of the work includes three aspects (parts). The first part presents survey of theories in criminology that are dealing with the influence of cultural factors on crime/criminality (theory of cultural conflict and variance, social structure and anomie and cultural criminology), while the other part closer explains subculture of Romes. The third part of the work presents the synthesis of the first and the second part, in other words has been given explanation how the subculture of Romes affects criminality of that social group. In the work are listed existing statistic facts and problems that appear in connection with criminality among the Romes, as short survey of mentioned national minority discrimination.

**Key words:** criminology, cultural criminology, culture, cultural factors, Roma people crime and Roma people.

30 Ignjatović Đ.: *Teorije...*, 414

31 Detaljnije o kritikama koje se upućuju kulturalnim kriminolozima, vid. Ibid. 412–413.

## CONTENTS

FOREWORD .....	VII
<i>Zoran Stojanović</i> SENTENCING POLICY IN SERBIA: CONFLICT BETWEEN LEGISLATOR AND JUDICIAL PRACTICE.....	1
<i>Ignjatović Đorđe</i> COMPARISON OF RATE OF REPORTED CRIMINAL OFFENDERS: SERBIA-OTHER EUROPEAN COUNTRIES.....	18
<i>Milan Škulić</i> SECRETLY AUDIO AND VIDEO SURVEILLANCE – THE RULES OF THE NEW SERBIAN CODE OF CRIMINAL PROCEDURE AND COMPARATIVE LAW ANALYSE .....	50
<i>Milovan M. Mitrović</i> POLITICS, ETHICS AND DIALECTICS OF PUNISHMENT IN SERBIA.....	81
<i>Boris Begović</i> METHODOLOGY OF ECONOMETRIC ANALYSIS OF DETERRENCE: A CASE OF CAPITAL PUNISHMENT.....	96
<i>Đorđe Đorđević</i> HOUSE DETENTION – THE NEW WAY OF ENFORCEMENT OF IMPRISONMENT.....	119
<i>Nataša Delić</i> BASIC CHARACTERISTICS OF CRIMINAL OFFENCE NON-GIVING MAINTENANCE.....	131
<i>Goran P. Ilić</i> REQUEST FOR PROTECTION OF LEGALITY IN CRIMINAL PROCEDURE.....	156
<i>Igor Vuković</i> GROUNDS FOR EXCLUDING ACT AS GROUNDS FOR EXCLUDING CRIME? .....	170

<i>Marija Karanikić Mirić</i> STATE RESPONSIBILITY FOR DAMAGE RESULTING FROM TERRORIST ACTS AND PUBLIC DEMONSTRATIONS . . . . .	188
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> THE STOCKHOLM SYNDROME . . . . .	204
<i>Ljubinka Kovačević</i> TERMINATION OF EMPLOYMENT AS A DISCIPLINARY MEASURE IN GENERAL REGIME OF EMPLOYMENT RELATIONSHIPS . . . . .	219
<i>Vanja Bajović</i> ABOUT TRUTH AND PURPOSE OF CRIMINAL PROCEDURE . . . . .	244
<i>Ivan Đokić</i> TATBESTANDS- UND ERLAUBNISTATBESTANDSIRRTUM IM STRAFRECHT . . . . .	266
<i>Natalija Lukić</i> RESEARCH OF CRIMINAL CAREER ONSET . . . . .	289
<i>Ivana Marković</i> DER HEILEINGRIFF ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND – unter besonderer Berücksichtigung einer fehlenden Einwilligung . . . . .	306
<i>Nikola Vujičić</i> IMPACT OF THE CULTURAL FACTORS IN DELINQUENCY . . . . .	325



KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

II deo

Tematska monografija

*Biblioteka*

CRIMEN

23

*Priredio*

prof. dr Đorđe Ignjatović

*Izdavač*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

u saradnji sa Kriminološkom sekcijom

Srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu

*Za izdavača*

Prof. dr Sima Avramović

*Dizajn korica*

Đorđe Ignjatović

*Tehnička priprema*

Natalija Lukić

Ivana Marković

*Grafičko uređenje*

Lazar Jokić

*Tiraž*

100

ISBN 978-86-7630-397-7

*Štampa*

Dosije studio, Beograd



CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

343.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija.  
Deo 2 / urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet  
Univerziteta, 2012 (Beograd : Dosije studio). – X, 334 str. :  
graf. prikazi ; 24 cm. – (Biblioteka Crimen / Pravni fakultet,  
Beograd ; 23)

Tiraž 100. – Str. VIII–IX: Predgovor / urednik. – Napomene  
i bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu  
radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-397-7

1. Игњатовић, Ђорђе [уредник] [аутор додатног текста]

a) Кривично законодавство – Србија – Зборници

b) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 194163980

