



*Biblioteka*

CRIMEN

16

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

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2010.

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.

*Tematska monografija / Monograph*

STANJE KRIMINALITETA  
U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA  
REAGOVANJA  
IV DEO

CRIME IN SERBIA AND LEGAL  
MEANS OF REACTION  
PART IV

priređio / editor

*Đorđe Ignjatović*

Beograd, 2010.



## SADRŽAJ

PREDGOVOR .....	7
<i>Michael Bock</i>	
ÜBER DIE POSITIVE SPEZIALPRÄVENTION IN DEN ZEITEN DES FEINDSTRAFRECHTS – Die Bedeutung der Angewandten Kriminologie für eine menschliche Kriminalpolitik .....	9
<i>Zoran Stojanović</i>	
KRIVIČNOPRAVNI EKSPANZIONIZAM I ZAKONODAVSTVO SRBIJE .....	32
<i>Dorđe Ignjatović</i>	
KRITIČKA ANALIZA STANJA I TENDENCIJA U KRIVIČNOM IZVRŠNOM PRAVU SRBIJE.....	49
<i>Milan Škulić</i>	
STAROSNA GRANICA SPOSOBNOSTI ZA SNOŠENJE KRIVICE U KRIVIČNOPRAVNOM SMISLU .....	83
<i>Milovan M. Mitrović</i>	
PRAVNA KULTURA I KRIMINALITET U SRBIJI.....	108
<i>Boris Begović</i>	
EKONOMSKA TEORIJA GENERALNE PREVENCIJE: OSNOVNA PITANJA .....	126
<i>Dragan Simeunović</i>	
PROBLEMI POJMOVNOG ODREĐENJA „HOMEGROWN“ („DOMAĆEG“) TERORIZMA I NJEGOVE IDENTIFIKACIJE NA BALKANU.....	141
<i>Dorđe M. Đorđević</i>	
AKTUELNI PROBLEMI ODMERAVANJA KAZNE U NAŠEM KRIVIČNOM PRAVU .....	160
<i>Nataša Delić</i>	
ZABRANA (ISKLJUČENJE) UBLAŽAVANJA KAZNE U ODREĐENIM SLUČAJEVIMA .....	177

*Goran P. Ilić*

MARGINALIJE UZ ZAKON O ODGOVORNOSTI  
PRAVNIH LICA ZA KRIVIČNA DELA ..... 196

*Milan Žarković*

KRIVIČNOPРАВNA PREVENCIJA TRGOVINE LJUDIMA  
U ZAKONODAVSTU REPUBLIKE SRBIJE ..... 207

*Igor Vuković*

KRIVIČNOPРАВNI PROBLEMI PRENOŠENJA HIV-a ..... 228

*Miodrag Majić*

ODUZIMANJE IMOVINE PROISTEKLE IZ KRIVIČNOG DELA ..... 252

*Vanja Bajović*

THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND  
PROBLEM-SOLVING COURTS..... 269

*Ivan Đokić*

MINIMA NON CURAT PRAETOR  
Institut iz čl. 18 Krivičnog zakonika .....281

*Natalija Lukić*

DEFINISANJE KORPORACIJSKOG KRIMINALITETA.....299

*Milica Kolaković – Bojović*

KRIVIČNI POSTUPAK U SVETLU PRAVA NA  
SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU .....308

*Svetislav Taboroši*

DILEME OKO PRAVA POTROŠAČA  
TRAJNIH POTROŠNIH DOBARA ..... 322

## PREDGOVOR

I ovaj tom tematske monografije *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja* takođe je prevashodno rezultat rada istraživača sa nekoliko visokoškolskih ustanova na istoimenom petogodišnjem projektu koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Srbije.

U skladu sa ustaljenom praksom da ugledne autore iz inostranstva pozovemo da nam izlože iskustva svojih zemalja sa kontrolom kriminaliteta, zadovoljstvo mi je što je prvi prilog u ovoj monografiji rad profesora Pravnog fakulteta Univerziteta u Majncu Michaela Bocka. On ukazuje na zabrinjavajuću tendenciju da se zona kažnjivih ponašanja širi, sankcije pooštavaju, a prava građana sužavaju sa namerom da se time olakša delovanje organa formalne socijalne kontrole. Kao i drugde u svetu, u Nemačkoj političari i instrumentalizovano javno mnjenje vrše pritisak na zakonodavca i sudove da se priklone takvom trendu. Ovo sužava mogućnost preduzimanja mera pozitivne specijalne prevencije. Izlaz iz ove situacije autor vidi u jačanju aplikativne kriminologije jer je to jedini način da se očuva ideja reintegracije prestupnika koja se sve više zamenjuje postupanjem sa njim kao sa neprijateljem.

Sledeći rad, čiji autor je prof. dr Zoran Stojanović, u izvesnom smislu se naslanja na tekst koji mu prethodi. On tretira problem pravnog ekspanzionizma koji se (uz ostalo) manifestuje kroz nastojanja da se kontrola teških oblika kriminaliteta (terorizam, organizovani kriminalitet, korupcija) ostvari ugrožavanjem i ograničavanjem osnovnih prava i sloboda građana. Takva tendencija primetna je i u našem krivičnom pravu, zajedno sa faktičkim odustajanjem od dekriminalizacije i gomi-lanjem legislativno tehničkih propusta. I tekst prof. dr Đorđa Ignjatovića kritički analizuje stanje u specifičnoj grani krivičnih nauka koja zadire u fundamentalna prava čoveka: izvršenje krivičnih sankcija. Posebna pažnja posvećena je rešenjima u zakonu koji reguliše izvršenje kazne zatvora za dela „organizovanog kriminala“. Njima je ponovo u naš pravni sistem uveden sistem ćelijske izolacije koji se sprovodi u Specijalnom odeljenju zavoda sa maksimalnim obezbeđenjem (oblik „supermax kaznionice“). Prof. dr Milan Škulić bavi se u svom prilogu starosnom granicom učinilaca krivičnih dela koja od usvajanja važećeg Krivičnog zakonika Srbije (iz 2006) nije više granica uspostavljanja krivične odgovornosti već za „snošenje krivice“. Ova granica je od izuzetnog značaja jer predstavlja barijeru da neko lice bude pozvano na odgovornost za izvršeno krivično delo.

Prof. dr Milovan Mitrović piše o društvenim činiocima koji utiču na formiranje pravne kulture, a istovremeno na stanje kriminaliteta u Srbiji. Polazi od stava da su nivo pravne kulture i stanje kriminaliteta u svakoj sredini u obrnutoj korelaciji, a ukazuje i koji činioci ometaju razvoj pravne kulture. Prof. dr Boris Begović izlaže osnovne stavove do kojih se može doći korišćenjem ekonomske teorije generalne prevencije. Cilj – ostvarenje njenog optimalnog nivoa – posmatra se kroz dva osnovna parametra: nivo zaprećene kazne i verovatnoća njene primene. Prof.

dr Đorđe Đorđević ukazuje kako naš važeći Krivični zakonik i njegove novele iz 2009. stvaraju dodatne mogućnosti, ali i probleme i nedoumice u pogledu odmeravanja kazni. Ovom problematikom bavi se i rad prof. dr Nataše Delić koja zabranu ublažavanja kazne u zakonom predviđenim slučajevima smatra vidom pooštrevanja kaznene reakcije. Prof. dr Goran Ilić nastoji da odgovori zašto se dve godine od uvođenja odgovornosti pravnih lica za krivična dela u naš pravni sistem te odredbe još ne primenjuju u praksi. Proučavanju mehanizama krivično pravne prevencije trgovine ljudima posvećen je rad prof. dr Milana Žarkovića, koji predlaže i mere za njeno unapređenje.

Krivično pravnim problemima prenošenja HIV infekcije bavi se (uz detaljnu analizu rešenja primenjenih u našem i komparativnom pravu) doc. dr Igor Vuković. Dr Miodrag Majić preispituje sadržinu i uporedna rešenja u Zakonu o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela koji je u našoj pravničkoj javnosti izazvao brojne kontroverze. Asistent mr Vanja Bajović izlaže koncept „terapeutske jurisprudencije“ – novog pristupa pravnim normama koji nastoji da juristički formalizam zameni socio psihološkim tumačenjem normi koje uzima u obzir činjenicu da svaka od njih ostvaruje uticaj na psihičku sferu pojedinca. Mr Ivana Đokića interesuje primena poznatog latinskog principa po kome se „sudija ne bavi sitnicama“ („*minima non curat praetor*“) kao pogodnog sredstva za rešavanje problema bagatelnog kriminaliteta. Saradnice u nastavi u zvanju mastera krivičnih nauka Natalija Lukić i Milica Kolaković bave se u svojim radovima određenjem definicije jednog od značajnih, a u literaturi zapostavljenih oblika protivpravnog ponašanja – kriminalitetom korporacija i problemom trajanja krivičnog postupka koji se prevashodno svodi na potrebu obezbeđenja suđenja u razumnom roku. Najzad, rad prof. dr Svetislava Taborošija samo u uslovnom smislu može se povezati sa nazivom ove tematske monografije. Autor se, naime, bavi pravima potrošača trajnih dobara.

Kako se i iz samog navođenja problematike kojom se bave radovi u ovoj knjizi može videti, ona sadrži bogat inventar ideja o iskustvima Srbije, obogaćen pogledom na stanje u jednoj od vodećih evropskih zemalja – Nemačkoj. Kada se uzme u obzir da je u prethodna tri toma istoimene tematske monografije na više od 1.160 strana objavljeno sedamdeset tekstova i to ne samo istraživača angažovanih na Projektu i drugih afirmisanih domaćih autora, nego i takvih međunarodnih autoriteta kakvi su Claus Roxin, vodeći krivičari Slovenije i Makedonije, kao i studenti poslediplomskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu – može se lako pretpostaviti kakvo će mesto (u inače oskudnoj) literaturi iz krivičnih nauka zauzeti ova četvorotomna edicija. Teško je zamisliti da će se u budućnosti stanje kriminaliteta i načini primenjeni u njegovoj kontroli u periodu 2005–2010.– i to ne samo u Srbiji, nego i regionu – moći da izučavaju bez uzimanja u obzir radova publikovanih u ediciji čija se četvrta knjiga nalazi pred čitaocima.



Michael Bock\*

Juristische Fakultät, Johannes-Gutenberg-Universität, Mainz

## ÜBER DIE POSITIVE SPEZIALPRÄVENTION IN DEN ZEITEN DES FEINDSTRAFRECHTS Die Bedeutung der Angewandten Kriminologie für eine menschliche Kriminalpolitik

**Abstrakt:** In diesem Aufsatz geht es um die Angewandte Kriminologie, eine Kriminologie, die für die Praxis der Strafrechtspflege eine wissenschaftliche Methode zur Verfügung stellt, die de lege lata unverzichtbar ist für die Implementierung der positiven Spezialprävention, an der die deutsche Strafrechtspflege sich seit Franz von Liszt zunehmend ausgerichtet hatte. In den letzten Jahren ist allerdings diese straftheoretische Position stark unter kriminalpolitischen und medialen Druck geraten, wozu auch die strafrechtliche Schule von Günther Jakobs beigetragen hat, in der zwischen einem Feindstrafrecht und einem Bürgerstrafrecht unterschieden wird. Sowohl die auf Repression und Punitivität gerichtete Kriminalpolitik, als auch die Unwilligkeit oder Unfähigkeit der herrschenden Schulen der Kriminologie, der Strafrechtspraxis zu geben, was sie für die Implementierung der positiven Spezialprävention braucht, machen die Angewandte Kriminologie unverzichtbar für alle, die im Straffälligen weiterhin den Mitmenschen und Mitbürger sehen wollen, weil das Ziel ist, ihn für die Gemeinschaft zurückzugewinnen und nicht ihn wie einen Feind zu vernichten.

**Schlüsselwörter:** Feindstrafrecht, Kriminalpolitik, positive Spezialprävention, Angewandte Kriminologie.

### I. GESELLSCHAFTLICHE UND KRIMINALPOLITISCHE ASPEKTE DES FEINDSTRAFRECHTS

Die deutsche Strafrechtspflege befindet sich seit einigen Jahren in einem ziemlich dramatischen roll back. Quer durch alle politischen Lager hindurch gibt es einen Konsens bezüglich der Richtung, in die alle Veränderungen von Strafrechtspflege und Kriminalpolitik weisen sollten: Vorverlagerung von Risiken und Ausweitung der Straftatbestände im materiellen Strafrecht, härtere und längere Sanktionen bei allen Fragen der Rechtsfolgen und Ausweitung der Befugnisse der Ermittlungsbehörden im Bereich des Strafprozesses.<sup>1</sup> Die Argumente der Wissenschaft verpuffen angesichts einer politischen und vor allem auch medialen

---

\* ordentlicher Professor, [LSBock@uni-mainz.de](mailto:LSBock@uni-mainz.de)

1 Göppinger-Schneider, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 30 Rn. 1 ff.; Streng, Vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht? – Überlegungen zu den Auswirkungen des neuen Sicherheitsdenkens auf

Großoffensive gegen das Verbrechen oder das, was man als eine besondere Gefahr für die Bürger ansehen möchte. Die Quotenhascherei von Journalisten und die Regeln einer auf Stimmengewinn ausgerichteten Politik begünstigen immer neue Forderungen nach Verschärfungen und bedienen die moralische Selbstgefälligkeit und Überheblichkeit derer, die auf der richtigen Seite zu stehen glauben.

Wer in der Öffentlichkeit steht, kann sich dem nicht entziehen. Politiker und Repräsentanten von Polizei und Justiz stehen unter dem Druck eines karrieresensitiven Bekenntniszwanges, durch den jeder Versuch der Differenzierung, jede Mahnung zum vernünftigen Maß verdächtig wird. Am Leid der Opfer darf nichts weggenommen werden, es darf kein Verständnis für eine verworrene Täterbiographie sichtbar werden, kein Zweifel an der kriminalpolitischen Vernünftigkeit der einfachen Gleichung von Schutz vor Straftaten und längeren Inhaftierungen soll entstehen. Mangelnde Entschlossenheit im Kampf gegen das Böse darf es nicht geben.

Besorgniserregend sind diese Vorgänge nicht etwa deshalb, weil es eine vielleicht sogar nötige Korrektur allzu optimistischer Vorstellungen gegeben hätte. Solche Tendenzveränderungen in der Kriminalpolitik hat es immer gegeben<sup>2</sup> und es ist auch gar nicht von der Hand zu weisen, dass der deutschen Strafrechtspflege teils durch allgemeine gesellschaftliche Veränderungen, teils aber auch durch den Wegfall des eisernen Vorhangs Kriminalitätsbereiche und Tätergruppen zugewachsen sind, mit denen sie vorher nicht zu rechnen hatte. Es geht also gar nicht darum, vor bestimmten Erscheinungen und Entwicklungen der Kriminalität die Augen zu schließen oder zu kapitulieren. Es geht vielmehr um einen prinzipiellen, um einen qualitativen Verlust an Rechtsstaatlichkeit und Strafrechtskultur, der sich ganz allgemein auf den Nenner bringen lässt, dass im Straftäter nicht mehr der Mitmensch und Mitbürger gesehen wird, sondern der Feind.

Man hat diesen fundamentalen Unterschied dadurch verdeutlicht, dass er auf die Kategorien der alten völkerrechtlichen Lehre vom *bellum iustum* abgebildet wurde.<sup>3</sup> Wenn der Straftäter als Feind (*hostis omnium*) angesehen wird, so ist der Kampf gegen ihn ein *heiliger* Krieg, ein Vernichtungskrieg, ein Krieg ohne Rücksicht auf die Wahl der Mittel und das Ziel des Friedens. Ein *gerechter* Krieg gegen das Verbrechen und gegen den Verbrecher steht hingegen immer unter dem Vorbehalt verschiedener Kautelen: *recta intentio*, *ultima ratio*, *finis pax* und wie die weiteren Kriterien der alten Lehre heißen mögen. Keineswegs ist also, um dies an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich zu betonen, wer das Feindstrafrecht ablehnt, deshalb automatisch schon ein strafrechtlicher Pazifist, der vor dem Verbrechen kapituliert oder seine schädlichen Folgen für die Gesellschaft verharmlost. Dies

ein „demokratisches Strafrecht“ in: „Bitte bewahren Sie Ruhe“ – Leben im Feindrechtsstaat, hrsg. von Thomas Uwer/Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen, Berlin 2006, S. 227–248.

2 Für den britischen und angloamerikanischen Raum: *Garland*, Die Kultur der „High Crime Societies“. Voraussetzungen einer neuen Politik von „Law and Order“, S. 36–69 in: Oberwittler/Karstedt (Hrsg.) *Soziologie der Kriminalität*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 43/2003; VS Verlag 2003.

3 *H. Schneider*, *Bellum Justum* gegen den Feind im Innern? Über die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bei der „Bekämpfung“ der Organisierten Kriminalität, *ZStW* 2001, S. 499–515.

eben gerade nicht. Wohl aber unterwirft er sich gewissen Legitimationszwängen, akzeptiert Begrenzungen und hat als Ziel nicht die Vernichtung des Feindes im Auge. Dass dies der politischen Kultur des Abendlandes entspricht, sei hier nur festgestellt.<sup>4</sup> Man wird aber wohl nicht fehlgehen, wenn man auf diese Weise auch die Ziele der großen bundesdeutschen Strafrechtsreformen der 60iger und 70iger Jahre zu beschreiben versucht.

So viel steht also auf dem Spiel. Und statt viele Einzelheiten aus der Entwicklung des materiellen Strafrechts und Strafprozessrechts hier zu zitieren, die alle in diese Richtung gehen, sei an dieser Stelle nur auf die hektische Gesetzgebung zur Sicherungsverwahrung verwiesen<sup>5</sup>, denn in ihr, beziehungsweise in der kriminalpolitischen und medialen Begleitmusik zu ihr kommt eben ganz klar zum Ausdruck: hier soll es um etwas Endgültiges gehen, um etwas Irreversibles, um eine faktische Todesstrafe, wenn man sich schon noch nicht ganz auszusprechen traut, dass man eigentlich auch für die rechtliche Einführung der Todesstrafe wäre.

Zu dem Bild des Straftäters als Feind, den es zu vernichten gilt, gehört im Übrigen noch – als die andere Seite der Medaille – die klare Unterscheidung zu den Freunden hinzu. Zwischen den Guten und Anständigen, die es um jeden Preis zu schützen gilt und den bösen Feinden, die es zu vernichten gilt, darf es möglichst keine Übergänge und keine Berührungen geben. Es wäre eine eigene Untersuchung wert, zu prüfen, ob nicht die sozialpsychologischen Mechanismen, die als „Sündenbocktheorie“ oder „Psychologie der strafenden Gesellschaft“ bekannt sind<sup>6</sup> – auch die Anomietheorie Durkheims käme als Bezugsrahmen in Betracht – gerade diese Stilisierung des Normbruchs für ihre Wirksamkeit erfordern. In dem Maß, wie es keine relevante Geschichte oder Situation gibt, die ihn erklären könnte, wird der Normbruch *als solcher* in ungetrübter Reinheit sichtbar sowie der Normbrecher *als solcher* ein taugliches Objekt für Entrüstung und Bestrafung, an dem dann auch exemplarisch die Wiederherstellung der Geltung der Norm demonstriert werden kann.<sup>7</sup>

Sichtbar wird dies alles auch im Vordringen von entsprechenden Haltungen und Persönlichkeitsaspekten von Juristen und Sozialarbeitern: in Habitus und Rhetorik vor Gericht, in unkontrolliertem eigener moralischer Empörung in den ambulanten sozialen Diensten der Justiz und vor allem im Strafvollzug, in dessen

4 Bock, Die evangelische Friedensethik und die Lehre vom ‚bellum justum‘; in: Heinrich Assel u. a. (Hrsg.): *Zeitworte – Der Auftrag der Kirche im Gespräch mit der Schrift*. Friedrich Mildenberger zum 65. Geburtstag; Nürnberg: Helmut Seubert 1994, S. 121–130.

5 Göppinger-Schneider wie Fn 1; Kinzig, Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung. *NStZ* 2004, 655–660; ders., Die Entwicklung der Gesetzgebung zur Sicherungsverwahrung und die damit verbundenen Auswirkungen auf ihre Klientel, *FPPK* 2010, 48–59; Brettel, Offene Fragen der Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht, *R & P* 2010, S. 19–23.

6 Göppinger-Bock, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 15.

7 Dass faktisch das Gegenteil der Fall ist, haben die Forschungen gezeigt, die im Umkreis der so genannten entwicklungs-kriminologischen Wende durchgeführt wurden. Die Unterscheidung zwischen Straftätern und Durchschnittsbürgern, verbunden mit offenen oder latenten Vorstellungen einer „Wesenhaftigkeit“ oder mindestens „Kontinuität“ dieser Differenz über das ganze Leben hinweg hat sich als falsch erwiesen. Kriminalität tritt in Biographien phasenweise (früh oder spät) auf, gelegentlich auch intermittierend, aber nur ganz selten kontinuierlich (Göppinger-Münster, *Kriminologie*, 6. Auflage 2008, § 12 mit vielen Nachweisen).

institutionellem Arrangement punitives und repressives, auch sadistisches Verhalten besonders leicht wuchern und gedeihen kann, wenn das „Klima“ so ist, dass man dafür nicht nur nicht in irgendeiner Weise sanktioniert wird, sondern still oder sogar laut Beifall erhält.

## II. DAS FEINDSTRAFRECHT UND DIE KRIMINALWISSENSCHAFTEN

### A. Strafrechtsdogmatik

Man wird sicher vorsichtig sein müssen und die Wirkung sei es strafrechtsdogmatischer, sei es kriminologischer Gedanken auf kriminalpolitische Entwicklungen solch elementarer Wucht nicht überschätzen dürfen. Aber es ist doch auffallend, dass der Ausdruck „Feindstrafrecht“ in einem eindeutig affirmativen Sinn gebraucht wird, und zwar von Günther Jakobs, dem Haupt einer durchaus einflussreichen strafrechtsdogmatischen Schule.<sup>8</sup> In seiner Habilitationsschrift „Kann die Einübung in Normvertrauen die Strafrechtsdogmatik leiten“ hat Hendrik Schneider diese strafrechtsdogmatische Schule einer gründlichen Kritik unterzogen.<sup>9</sup> Dabei kamen vor allem zwei Resultate heraus: Erstens zeigt Schneider, dass bei Jakobs und seiner Schule aus rechtssoziologischer Sicht eine Vermischung bzw. Verwechslung von manifesten und latenten Funktionen vorliegt.<sup>10</sup> Wenn überhaupt, so kann die Einübung in Normvertrauen eine latente Funktion des Strafrechts sein, die aber gerade in ihrer Wirkung abgeschwächt oder unmöglich gemacht wird, wenn sie in der die Praxis leitenden Strafrechtsdogmatik ständig ausgesprochen, thematisiert und diskutiert wird.<sup>11</sup> Latente Funktionen müssen latent bleiben, sonst ist es um ihre Wirkung geschehen.<sup>12</sup> Demnach wäre das System

8 Repräsentativ *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung in ZStW 1985, S. 751–785.; *ders.*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, in: *Eser/Hassemer/Burkhardt* (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47–56; *ders.*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS (2004).

9 *H. Schneider*, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus; Berlin, Duncker&Humblot 2004. Weitergeführt sind diese Überlegungen bei *Morguet*, Feindstrafrecht – Eine kritische Analyse; Berlin, Duncker & Humblot 2009.

10 *Robert K. Merton*, Manifest and Latent Functions, Kap. 3 von *Social Theory and Social Structure*. Glencoe / IL: The Free Press 1949.

11 *H. Schneider*, wie Fn 9, S. 328 ff.

12 Vgl. schon *Bock*, Ideen und Schimären im Strafrecht, ZStW 1991, S. 636–656, 649 ff. Die „manifeste“, an den Bürger adressierte Strafrechtsdogmatik darf daher, gerade wenn die Einübung von Normvertrauen, d. h. die positive Generalprävention intendiert ist, keine „systemfunktionale“ sein, sondern sie muss eine „personfunktionale“ sein (vgl. zu dieser Unterscheidung *Schelsky*, Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, in: *Die Soziologen und das Recht*, S. 95–146). Ersichtlich genügt diesem Erfordernis exemplarisch die so genannte „finale“ Handlungslehre von *Hans Welzel*, gegen die sich bekanntlich seinerzeit *Roxin* gewendet und damit die an den Erfordernissen der Kriminalpolitik ausgerichtete Strafrechtsdogmatik inauguriert hat. Insofern ist eine „Isomorphie“ zwischen den zentralen Begriffen der Strafrechtsdogmatik und der Art und Weise, wie die Menschen ihr (Alltags)Handeln

von Günther Jakobs, seine empirische Triftigkeit einmal vorausgesetzt, allenfalls ein differenzierter und anregender Versuch, die Wirkungsweise des Strafrechts einer funktionalistischen rechtssoziologischen Analyse zu unterziehen, der aber tunlichst im Arkanum der Wissenschaft verbleiben sollte. Das zweite Resultat betrifft stärker die hier behandelte Thematik. Denn Schneider zeigt, wie auch andere Kritiker von Jakobs, dass es für die Einübung in Normvertrauen keine immanenten Ziele und Grenzen gibt.<sup>13</sup> Zwar ist Jakobs nicht müde geworden zu betonen, dass er alles, was er zum Strafrecht sage, unter dem Vorbehalt formuliere, dass rechtsstaatlich demokratische Verhältnisse herrschen. Dies ist jedoch ein schwacher Trost und die Sorgen vor dieser Art politischer Naivität durchaus begründet.<sup>14</sup> Warum sollte ich mir die Fesseln der Strafprozessordnung anlegen, wenn es doch um den Schutz der Freunde gegen die Feinde geht? So haben wir bereits jetzt und mitten in der angeblich so stabilen rechtsstaatlich demokratischen Lage eine in ihrer Logik grenzenlose und deshalb totalitäre Ermächtigung, die funktionale Effizienz des Strafrechts zu erweitern und zu verstärken. Hier würde man weiter ins Einzelne gehen und differenzieren müssen<sup>15</sup> und vermutlich trifft der vorgetragene Gedankengang die Intentionen von Günther Jakobs nicht voll. Die *bona fides* soll ihm hier keineswegs abgesprochen werden. Aber die Zeichen an der Wand sind doch unübersehbar.

## B. Kriminologie

Auch was die Kriminologie betrifft, wird man Ursache und Wirkung nicht verwechseln dürfen. Auch die Kriminologie hat die Veränderung der Lage gewiss nicht erzeugt. Und doch ist sie auf ihre Weise an den Entwicklungen der letzten 30 Jahre formend und verstärkend beteiligt gewesen.<sup>16</sup> Zwar hat die Kriminologie in ihren repräsentativen Lehren und Schulen sicher nicht auf eine Entwicklung hingearbeitet, bei der es um mehr Härte und Repression und um die Vernichtung von Feinden geht. Zumindest auf den ersten Blick erscheint eine solche Deutung als geradezu absurd für jeden, der, sei es in schmerzhaften Formen der Ausgrenzung, sei es in einer freudigen Erregung mit Gleichgesinnten den Durchmarsch erlebt hat, den die Etikettierungsansätze in der deutschen Kriminologie seit den 70iger Jahren vorgelegt haben, während sie inzwischen in eine völlige gesellschaftliche Bedeutungslosigkeit gefallen sind. Die Etikettierungsansätze transportierten die Verheißung einer glänzenden Zukunft, die zu der gesamtgesellschaftlichen Aufbruchbewegung der 70iger Jahre passte. Fortschritte im Umgang mit dem Verbrechen sollten daher kommen, dass man nicht *mehr* dagegen tat, sondern *weniger*, als erst einmal die Lehre von der kriminalitätserzeugenden Wirkung

---

vor sich bringen, planen und reflektieren, gerade in einer rechtssoziologischen funktionalen Perspektive eine Grundvoraussetzung der Wirksamkeit positiver Generalprävention.

13 H. Schneider, wie Fn 8, S. 84 ff. sowie 341–343.

14 Bock, Ideen und Schimären im Strafrecht, ZStW 1991, S. 636–656, 648 f.

15 Siehe etwa Lesch, Hörfälle und kein Ende – Zur Verwertbarkeit von selbstbelastenden Aussagen des Beschuldigten in der Untersuchungshaft, GA 2000, S. 355–371; ders., Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung, ZStW 1999, S. 624–646. Zu Einzelheiten vgl. Morguet, Feindstrafrecht – eine kritische Analyse, 2009.

16 Bock, Standortbestimmung der Angewandten Kriminologie, in: Liebl (Hrsg.), Perspektiven der Kriminologie im 21. Jahrhundert, 2007, S. 23 ff.

der Strafrechtspflege bekannt gemacht worden war. Über den Kreislauf von Stigmatisierung und krimineller Karriere vermittelte die Strafrechtspflege hiernach ihre destruktive Energie und es war klar, dass das aufgeklärte Publikum nun danach rief, dieses Übel in seine Schranken zu weisen. Weniger Strafrecht verhiess weniger Kriminalität.<sup>17</sup>

Nicht sofort und nicht uneingeschränkt fiel diese Verheißung auf fruchtbaren Boden, wohl aber zunehmend im Jugendstrafrecht und in der Kriminologie der 80iger und 90iger Jahre. Im Jugendstrafrecht löste sie die großen Entkriminalisierungs- und Diversionsbewegungen aus, die weitgehende Abschaffung der Heimerziehung sowie die Delegitimierung des Jugendstrafvollzugs.<sup>18</sup> Und in der Kriminologie wurden erfolgreich diejenigen Schulen und Richtungen bekämpft, lächerlich gemacht oder als gefährliche Handlanger jener destruktiven Energien gebrandmarkt, die noch einen Blick für die psychischen und sozialen Entstehungsbedingungen krimineller Karrieren behalten hatten und ins Feld führten.<sup>19</sup>

Es bedarf hier einer gesonderten Erwähnung, dass die Etikettierungsansätze in Deutschland in einer auf fatale Weise verkürzten Version rezipiert und weiterverbreitet worden sind.<sup>20</sup> Die US-amerikanischen Klassiker des labeling approach von Tannenbaum über Edwin Lemert bis zu Howard Becker, aber auch Cicourel, Garfinkel und Goffman; für alle war die Entdeckung und Erforschung von Interpretations-, Zuschreibungs- und Stigmatisierungsprozessen, die bei der Reaktion der formellen und informellen Reaktion auf abweichendes Verhalten anfallen, lediglich eine *zusätzliche* Bedingung für weiteres abweichendes Verhalten und Kriminalität. Die ganze Breite der Erklärungsansätze, die die US-amerikanische Kriminalsoziologie hervorgebracht hatte, von der Kriminalökologie über die Subkulturtheorie, die Kulturkonflikttheorie bis hin zur Anomietheorie Mertons, alle diese Theorietraditionen sollten nach den Vorstellungen der Labeling-Theoretiker nicht *ersetzt* sondern *ergänzt* werden um das, was Edwin Lemert in meisterhafter Pointierung die sekundäre Devianz genannt hatte<sup>21</sup>, das heißt also diejenigen weiteren Eskalations- und Verschärfungsprozesse in kriminellen Karrieren, die durch die zweifellos vorhandenen Ausgrenzungs-, Stigmatisierungs- und Degradierungszeremonien erzeugt werden, die von Kontrollorganen gesetzt werden. Der für die deutsche Rezeption so einflussreiche Fritz Sack hingegen maß – wieder in den Worten Lemerts – der primären Devianz *überhaupt keine* Bedeutung

- 
- 17 Bock, Der Einfluss der Soziologie auf das Menschenbild in den Kriminalwissenschaften, in: Karl Acham, Knut Wolfgang Nörr, Bertram Schefold (Hrsg.). Der Gestaltungsanspruch der Wissenschaft. Aufbruch und Ernüchterung in den Rechts-, Sozial- und Wirtschaftswissenschaften auf dem Weg von den 1960er zu den 1980er Jahren; Franz Steiner Verlag Stuttgart 2006, S. 17–41.
- 18 Bock, Je weniger desto besser. Wie im Jugendstrafrecht kriminologische Torheiten dogmatisch geadelt wurden; in: Ebert, Udo; Claus Roxin; Peter Reif; Eberhard Wahle (Hrsg.): Festschrift für Ernst-Walter Hanack; Berlin, New York: Walter de Gruyter 1999, S. 625–638.
- 19 Exemplarisch Peters, 1969, nicht '68, KrimJ 2009, S. 132 f.
- 20 H. Schneider, Schöpfung aus dem Nichts. Missverständnisse in der deutschen Rezeption des Labeling Approach und ihre Folgen im Jugendstrafrecht; MschrKrim 1999, S. 202–213.
- 21 Lemert, Der Begriff der sekundären Devianz. In: Lüdersen, K./ Sack, F. (Hrsg.): Seminar: Abweichendes Verhalten. Frankfurt 1974. S. 433–476.

bei, so dass bei ihm die Kriminalität ausschließlich durch Kriminalisierung, also sozusagen aus dem Nichts entsteht. Nur in dieser offensichtlich falschen Variante der Etikettierungsansätze konnte es auch zu einem so giftigen und zersetzenden Streit zwischen dem normativen und interpretativen Paradigma, zwischen ätiologischer Kriminologie und labeling approach kommen.<sup>22</sup>

Das Ergebnis war jedenfalls, dass durch den labeling approach die Kriminologie schlicht und ergreifend verlernte, auf die sozialen und psychischen Entstehungsbedingungen von Kriminalität zu achten. Dies galt als unfein. Gerade Weggefährten von Sack wie schon in den 70iger Jahren Haferkamp<sup>23</sup> und in den 90iger Jahren Scherer und Hess wurden, als sie diesbezüglich eine größere Realitätsnähe einforderten, in Acht und Bann getan.<sup>24</sup> Wenn es noch ernsthafte Konkurrenten für den labeling approach gab, dann waren dies die rational-choice Ansätze, die sich auch in den 90iger Jahren in der Bewegung der kommunalen Kriminalprävention festsetzten, weil die logische Konsequenz aus ihren Prämissen die Forderung nach situativen, an den Gelegenheitsstrukturen orientierten Maßnahmen der Kriminalprävention war.<sup>25</sup> Mit dem labeling approach Sack'scher Prägung besteht hierbei übrigens eine Seelenverwandtschaft, denn auch für die rational-choice-Theoretiker kam es nicht mehr auf die psychischen und sozialen Antezedenzen der Motivation eines potentiellen Straftäters an, sondern nur auf die Funktionsfähigkeit seines inneren Rechners, mittels dessen er die legalen von den illegalen Entscheidungsalternativen zu separieren und im Bezug auf das eigene Kosten- Nutzenkalkül zu optimieren hatte. Im Falle der ökonomischen Theorien ist es im Übrigen nicht so, dass sie verkürzt rezipiert worden sind. Sie sind es schon von sich aus, denn bei Licht gesehen steckt natürlich in den Präferenzstrukturen und in der Frage, wie ein Individuum wohl die Chancen des Gewinns und die Risiken des Erwischtwerdens einschätzen mag, nichts anderes als der gesamte Bestand derjenigen Bedingungszusammenhänge, welche die ätiologische Kriminologie, zuerst in den großen *Vergleichs*untersuchungen des multifaktoriellen Ansatzes und später in den *Verlaufs*untersuchungen der Entwicklungskriminologie, ans Licht gebracht hatte.<sup>26</sup> Die Wirkung war aber auch hier dieselbe. Die Kriminologie verlernte es auch wegen der aufkommenden Dominanz der ökonomischen Theorien, sich systematisch mit den sozialen und psychischen Entstehungsbedingungen von Kriminalität zu befassen und verlegte sich konsequent auf die Situationen und Gelegenheiten, von denen der Reiz für eine Straftat abhing, weil allein sie die entscheidenden Gewichte für oder gegen die Straftat im inneren Rechner eines kalkulierenden Individuums hervorrufen

22 Bock, Kriminalsoziologie in Deutschland. Ein Resümee am Ende des Jahrhunderts; in: Dreier, Horst (Hrsg.): Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz; Tübingen: Mohr Siebeck 2000, S. 115–136.

23 Haferkamp, Kriminelle Karrieren. Handlungstheorie, teilnehmende Beobachtung und Soziologie krimineller Prozesse; Hamburg: Rohwolt 1975.

24 Sack, Vom Wandel in der Kriminologie – und Anderes, KrimJ 1998, S. 47–64.

25 Göppinger-Schneider, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 30 Rn. 17 dd.

26 Göppinger-Bock, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, § 10 Rn. 94.

konnte. Der straffällige Mensch wird also jeweils als ein gewissermaßen passives Gefäß für die außer ihm und seiner Motivation liegenden Ursachen der Kriminalität angesehen: im einen Fall sind es die Reize der guten Gelegenheiten, die ihn als einen bloßen Taschenrechner in die eine oder andere Richtung treiben, im anderen Fall ist er ein passiver Adressat von Zuschreibungen und Stigmatisierungen, ein Reaktionsdepp, wie sich Trutz von Trotha unübertroffen ausgedrückt hat.<sup>27</sup>

Diese Veränderungen wurden im Übrigen teils dadurch ausgelöst, teils auch dadurch weiter verstärkt, dass Kriminologie an den juristischen Fakultäten bekanntlich überwiegend von Wissenschaftlern betrieben wurde, die im Strafrecht und nicht in den Sozialwissenschaften ihre hauptsächliche akademische Ausbildung erhalten hatten. Für gelernte Juristen haben Forschungsdesigns und Praxiskonzepte, die mit dem labeling approach und dem ökonomischen Kriminalitätstheorien verbunden sind, eine innere Wahlverwandtschaft oder waren wenigstens wesentlich leichter zugänglich als andere sozialwissenschaftliche Forschungszusammenhänge. Aber dies mag eher ein Nebenschauplatz sein. Was die Kriminologie dem staunenden Publikum zu bieten hatte, war also die Botschaft, auf die psychischen und sozialen Entstehungsbedingungen der Kriminalität kommt es nicht an und außerdem, ob man dies nun begrüßen oder beklagen mag, alles, was man sich unter Erziehung, Resozialisierung oder Behandlung erträumt hatte, ist ein reines Hirngespinnst einer falschen Kriminologie und funktioniert ohnehin nicht. Im Bezug auf die positive Spezialprävention war also ein geradezu zynischer Defätismus in Mode gekommen, so dass es gar nicht ausbleiben konnte, dass man den Erziehungsgedanken, den Resozialisierungsgedanken und insgesamt die positive Spezialprävention mehr oder weniger zentral angriff.<sup>28</sup> Von hier aus wird nun deutlich, gemäß welcher List der Unvernunft die Etikettierungsansätze durchaus den aktuellen Veränderungen in der Kriminalpolitik in die Hände gearbeitet haben. Ihr unausgesetztes Beharren darauf, dass es ganz egal sei, was man in der Strafrechtspflege tue, sondern dass es nur darauf ankomme, möglichst wenig und am besten gar nichts zu tun, wurde von denen, die es anders meinten nur in einem kleinen, aber wichtigen Punkt umgedreht: auch sie sagen, es sei egal was man tut. Wichtig sei allerdings, dass es mehr und länger sei. In der kriminologischen Ignoranz gegenüber den psychischen und sozialen Entstehungsbedingungen der Kriminalität und in der dieser Ignoranz korrespondierenden abschätzigen, ja feindseligen Bewertung der positiven Spezialprävention kommen daher die Rechten und die Linken, die Verfechter einer harten und einer weichen Linie überein.<sup>29</sup>

27 von Trotha, Ethnomethodologie und abweichendes Verhalten. Anmerkungen zum Konzept des „Reaktionsdeppen“, *KrimJ* 1977, S. 98–115.

28 Bock, Kriminologie und Spezialprävention. Ein skeptischer Lagebericht; *ZStW* 1990, S. 504–533.

29 Bock, Schädlich, überflüssig, schmutzig. Die Argumentationen der kriminologischen Verächter der Resozialisierung; in: Feuerhelm, Wolfgang; Hans-Dieter Schwind; Michael Bock (Hrsg.): *Festschrift für Alexander Böhm*; Berlin, New York: Walter de Gruyter 1999, S. 285–303; *ders.*, Je weniger desto besser. Wie im Jugendstrafrecht kriminologische Torheiten dogmatisch geadelt wurden; in: Ebert, Udo; Claus Roxin; Peter Reiß; Eberhard Wahle (Hrsg.): *Festschrift für Ernst-Walter Hanack*; Berlin, New York: Walter de Gruyter 1999, S. 625–638.



### III. VERANKERUNG DER POSITIVEN SPEZIALPRÄVENTION IN DER PRAXIS DER STRAFRECHTSPFLEGE

#### A. Jugendstrafrecht

Der Gesetzgeber hatte von diesen ganzen Dingen allerdings eine sehr andere und viel vernünftigeren und realitätsgerechtere Auffassung. Beginnen wir mit dem Jugendstrafrecht und dem Erziehungsgedanken. Schon lange hat sich eine Legende über die Entstehung des Erziehungsgedankens in der Literatur festgesetzt, wonach das JGG von 1923, bzw. die Bewegungen, die es forciert hätten, keinen eigenen materiellen Erziehungsbegriff überhaupt gehabt hätten.<sup>30</sup> Der so genannte Erziehungsgedanke sei nichts anderes als eine Chiffre für Entkriminalisierung gewesen. Diese Auffassung, die nichts anderes ist als eine unhistorische Vorverlagerung des labeling approach in das deutsche Kaiserreich, wird den Tatsachen nicht gerecht, wie die gründliche Arbeit von Ralph Grunewald zeigt. Es gab viel begriffliches Durcheinander, es gab insbesondere auch verschiedene Auffassungen von dem, was als Erziehungsgedanke das neue JGG prägen sollte, aber es gab materielle Erziehungsbegriffe. Sie lassen sich grob – und diese Einteilung lässt sich auch für verschiedene andere Bereiche der Geistesgeschichte der letzten Jahrhundertwende durchführen – in zwei große Linien einordnen, nämlich eine positivistische und eine idealistische. Wegen der geistes- und wissenschaftsgeschichtlichen Einzelheiten muss hier auf die Arbeit von Grunewald verwiesen werden.<sup>31</sup> Das Ergebnis ist aber eindeutig. Der Gesetzgeber von 1923 hat weder den einen, noch den anderen Erziehungsbegriff, also weder den idealistischen, noch den positivistischen Erziehungsgedanken kodifiziert, sondern einen dualen Erziehungsbegriff. Die stärker sozialkonditionierenden Interventionen wie die Weisungen und die Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen reflektieren den Einfluss des positivistischen Denkens, wie es seit Franz von Liszt auch in die deutsche Strafrechtswissenschaft und ohnehin in die pädagogische Vorstellungswelt eingedrungen war, die ahndenden Interventionen, also die Zuchtmittel und die Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld, reflektieren eher einen idealistischen Erziehungsbegriff, wonach auch der jugendliche Straftäter als Vernünftiger geehrt und sich in autonomer Einsicht, durch die Intervention angehalten und gefördert, für die Zukunft im Sinne des Rechts und gegen das Unrecht entscheidet. Dieser duale Erziehungsbegriff hat die Nazizeit überstanden, liegt dem JGG von 1953 zu Grunde und prägt trotz der inzwischen im Sinne einer weitgehenden Liberalisierung erfolgten Änderungen bis heute das Gesicht des Jugendstrafrechts. Und nun wird über den Erziehungsgedanken erneut eine aus meiner Sicht völlig fruchtlose und völlig unnötige Diskussion geführt.<sup>32</sup> Neben Einzelheiten, die überwiegend mit der schlechten Praxis der Jugendstrafrechtspflege und gar nichts mit dem

30 Grunewald, Die De-Individualisierung des Erziehungsgedankens im Jugendstrafrecht. Duncker & Humblot, Berlin 2003.

31 Wie oben Fn. 30

32 Albrecht, H.-J.: Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß? Gutachten D zum 64. Deutschen Juristentag, Berlin 2002. C.H. Beck, München 2002.

Erziehungsgedanken und den Vorstellungen des Gesetzgebers zu tun haben, geht es im wesentlichen darum, ob der Staat mit dem Jugendstrafrecht Erziehung zu mehr als bloßem Legalverhalten betreiben dürfe. Die Antwort ist natürlich nein und sie kann gar nicht anders lauten als nein, weil der Staat nach unserer Verfassung dazu in Tat überhaupt nicht berechtigt ist.<sup>33</sup> Nur ist die Frage völlig falsch gestellt, eben weil man sich abgewöhnt hat, über die psychischen und sozialen Entstehungsbedingungen der Kriminalität und insbesondere der Jugendkriminalität nachzudenken. Es ist eine absolute Kopfgeburt, Jugendliche zu rechtstreuem Verhalten und nur zu rechtstreuem Verhalten anzuhalten. Sowohl das rechtstreuem als auch das nicht rechtstreuem Verhalten sind doch nicht isolierte, von den sonstigen sozialen Lebenszusammenhängen separierte Entscheidungsinselfen, die man entsprechend isoliert angehen könnte. Selbstverständlich hängt die Frage, ob sich ein Jugendlicher in Zukunft rechtstreu verhalten wird, zentral mit seinem Freizeitverhalten, mit seinem Kontaktverhalten, mit seinem Leistungsverhalten zusammen und deshalb ist es völlig widersinnig, etwas für die Legalbewährung zu tun, ohne gleichzeitig auf das Freizeit-, Kontakt- und Leistungsverhalten eines Jugendlichen Einfluss zu nehmen. Es kann auch sein, dass es eher die Wertorientierung ist, auf die sich entsprechende Bemühungen richten müssen, weil das Ausmaß schädigenden Verhaltens für das Opfer noch nicht hinreichend im Bewusstsein verankert ist oder sonst irgendetwas. Aber es ist doch völlig klar, dass Erziehung zu rechtstreuem Verhalten nur dadurch möglich wird, dass ich in irgendeiner Weise auf diejenigen Verhaltensmuster und Einstellungen Einfluss nehme, von denen im vorliegenden Fall die Begehung von Straftaten begünstigt wird.<sup>34</sup> Insofern ist der Streit darüber, ob die Erziehung im Jugendstrafrecht nur das Legalverhalten oder sonst auch noch etwas betreffen dürfe, ein Streit um Kaisers Bart.

## B. Strafvollzug

Sinngemäß dasselbe gilt für den Strafvollzug. Auch den Resozialisierungsgedanken kann man nicht ernsthaft im Munde führen, ohne sich darüber Gedanken zu machen, welche Verhaltensmuster und Einstellungen man fördern und welche man eher abschwächen möchte, abhängig von einer wie auch immer zu leistenden Aufklärung darüber, wovon im Einzelfall die Begehung von Straftaten abhängig gewesen ist und deshalb auch in Zukunft erwartet werden kann. Selbstverständlich, dies sei hier freilich ausdrücklich erwähnt, sind hierbei immer auch die schädlichen, jedenfalls potentiell schädlichen Wirkungen von Degradierung, Stigmatisierung und Prisonisierung zu bedenken, denn dies muss man einer richtig verstandenen labeling-Perspektive durchaus und nachdrücklich zugute halten, dass sie einem allzu forschen und allzu selbstgefälligen Interventionsoptimismus die nötigen Selbstzweifel und die nötige Reflexivität alles pädagogischen und therapeutischen Tuns eingepflanzt hat. Im Übrigen deuten die Ergebnisse der Sanktions- und Behandlungsforschung darauf hin, dass es durchaus der Mühe wert ist und den

33 Vgl. Art. 6 GG sowie eingehend *Kremer*, Der Einfluss des Elternrechts aus Art 6 Abs. II, III GG auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen des JGG. Diss. Mainz 1984.

34 Schon daran wird deutlich, dass Jugendstrafrecht nichts anderes als Angewandte Kriminologie ist.

Einsatz der eigenen Existenz lohnt, irgendwo zwischen Behandlungseuphorie und Behandlungsdefätismus in seinem beruflichen Umfeld nach bestem Wissen und Gewissen das Richtige zu tun.<sup>35</sup>

#### IV. DIE REGELUNGSTECHNIK DER POSITIVEN SPEZIALPRÄVENTION

##### A. Jugendstrafrecht

Sowohl im Bereich des Jugendstrafrechts als auch im Bereich des Strafvollzugsrechts hat sich der Gesetzgeber eine sehr weise Beschränkung auferlegt. Indem er im Jugendstrafrecht einen sehr breit differenzierten und gar nicht abgeschlossenen Kreis von Interventionsmöglichkeiten zur Verfügung stellt, bringt er zum Ausdruck, dass er sehr wohl Erziehung möchte, es aber den am Verfahren Beteiligten, insbesondere natürlich dem Jugendrichter und der ihn beratenden Jugendgerichtshilfe überlassen wollte, welche erzieherischen Interventionen im Einzelfall die Richtigen sind. Der Gesetzgeber plädiert nicht für Anlage oder Umwelt, er plädiert nicht für sozialkonditionierende Interventionen oder idealistisch ahndende Interventionen, er plädiert nicht für ambulante oder stationäre Interventionen, sondern er gibt die Kompetenz, zu entscheiden, was jeweils Erziehung konkret sein soll, an die Praktiker ab, die dies im Einzelfall und vor Ort und zu einem bestimmten Zeitpunkt entscheiden müssen.

Der Gesetzgeber hält sich also nicht für klüger als die Praxis und er hält sich auch nicht für klüger als die erfahrungswissenschaftlichen Sozialarbeiter, Pädagogen und Kriminologen, auch als die erfahrenen Richter und Jugendgerichtshelfer, die ihm die vielfältigen Möglichkeiten vor Augen führen, aus denen heraus es zu Straftaten und evtl. auch zu kriminellen Karrieren kommen kann. Der Gesetzgeber hält auch nichts von quantitativen Vorgaben der Art etwa, dass es mehr ambulante als stationäre Maßnahmen geben müsse oder dass mehr Diversion als Verfahren sein müsse oder dass jetzt verstärkt Täter-Opfer-Ausgleich oder Antiaggressivitätstraining sein solle. Im Bezug auf alle diese Fragen hält der Gesetzgeber nichts von allgemeinen Vorgaben inhaltlicher oder quantitativer Art, sondern möchte dies im Einzelfall und *nur* jeweils für den Einzelfall entschieden wissen. Vor diesem Hintergrund wird auch deutlich, wie fremd dem Gedanken der positiven Spezialprävention bzw. dem Erziehungsgedanken Überlegungen und Forschungen der Art sind, mittels derer herausgefunden werden sollte, ob die eine oder andere Verfahrenserledigung oder die eine oder andere Intervention zu einer geringeren oder höheren Rückfallquote führe. Vom Erziehungsgedanken her gesehen ist diese Frage vollständig müßig, denn es kommt aus dieser Perspektive entscheidend darauf an, ob es den Praktikern in der Jugendstrafrechtspflege gelingt, für den einzelnen Jugendlichen und seine erzieherische Situation das Richtige zu finden und zu tun – wodurch dann auch *insgesamt* die Rückfallquote sinken würde. Aus irgendwelchen Rückfallquoten der

35 *Kury*, Zum Stand der Behandlungsforschung oder: Vom nothing works zum something works, in FS Böhm 99, S. 251–274.

Sanktionsforschung folgt daher für die jugendstrafrechtliche Praxis im Einzelfall nichts, so oft und so laut auch gefordert worden ist, dass aus den Ergebnissen der Sanktionsforschung oder aus der Rückfallstatistik auch unmittelbare Vorgaben für die praktische Behandlung von Einzelfällen abzuleiten seien.<sup>36</sup> Man muss es deshalb in aller Deutlichkeit sagen: der Gesetzgeber, die Kriminalpolitik und die Sanktionsforschung haben in der Praxis des Jugendstrafrechts nichts verloren. Konkrete Spezialprävention, oder Implementierung des Erziehungsgedankens ist eine Angelegenheit der Praxis.<sup>37</sup>

## B. Strafvollzug

Wieder verhält es sich im Strafvollzug ganz ähnlich. Auch hier hat es der Gesetzgeber in weiser Beschränkung vermieden, inhaltlich genau zu bestimmen, was denn eigentlich Resozialisierung und Behandlung seien. Es gibt einige Vorgaben, aus denen abzuleiten ist, welche Behandlungsmethoden sich der Gesetzgeber jedenfalls verbittet und es ist insgesamt ein klarer Vorrang von solchen Einwirkungsmöglichkeiten erkennbar, die auf Kooperation und Kommunikation mit dem Gefangenen ausgerichtet sind, aber damit hat es sich auch schon.<sup>38</sup> Wieder überlässt der Gesetzgeber die Konkretisierung dessen, was Resozialisierung ist, der Praxis, genauer gesagt, einer im Vollzug zu leistenden Behandlungsuntersuchung und Vollzugsplanung, die dann auch mit der weiteren Entwicklung des Gefangenen in Einklang zu halten, d. h. weiter fortzuschreiben ist, bis zur Frage von Lockerungen und zur Entlassungsvorbereitung.<sup>39</sup> Auch hier gilt deshalb, dass irgendwelche Rückfallquoten, irgendwelche Quoten über Missbrauch von Vollzugslockerungen oder unterschiedliche Erfolgsquoten von Vollzugs Konzepten für die Praxis des Strafvollzugs irrelevant sind. Gut, man mag sich aus Modellprojekten oder aus dem Vorbild anderer Länder und Zeiten Phantasie und Ideen holen, die im Strafvollzug auch dringend nötig sind. Aber die entscheidende Frage bleibt auch hier, welches Interventionskonzept für welchen Gefangenen das Passende, das Geeignete, das Richtige ist. Und dies lässt sich eben nicht kriminalpolitisch entscheiden. Solange der Gesetzgeber überhaupt Erziehung und Resozialisierung sagt, ist damit zwingend sein Rückzug aus der Implementierung dessen verbunden, was damit jeweils konkret gemeint ist, was nur dann anders wäre, wenn der Staat und der Gesetzgeber sich eine Art von Erziehungsdiktatur erlauben würden.

## V. KRIMINOLOGIE UND PSYCHIATRIE IM DIENST DER NEGATIVEN SPEZIALPRÄVENTION

Wenn oben gesagt wurde, dass der labeling approach und die ökonomischen Ansätze eine Wüste im kriminologischen Denken hinterlassen hätten, was das Wissen über psychische und soziale Entstehungsbedingungen von Kriminalität

36 *Jehle/Heinz/Sutterer*, Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen – eine kommentierte Rückfallstatistik, 2003; *Heinz*, Die neue Rückfallstatistik – Legalbewährung junger Straftäter, Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe 2004, S. 35–48; 44.

37 *Bock*, Jugendstrafrecht im Bann der Sanktionsforschung; GA 1997, S. 1–23.

38 *Callies/Müller-Dietz*, § 4 StVollzG Rn. 4.

39 Siehe § 7 Abs. 3 S. 1, §§ 10, 11, 15 StVollzG.

betrifft, so stimmt das vor allem für die deutschsprachige Kriminologie. International sieht es allerdings etwas anders aus. Im angelsächsischen und skandinavischen Raum, teilweise auch im romanischen Sprachraum, hat es weiter eine so genannte täterorientierte oder ätiologische Forschung gegeben.<sup>40</sup> Die forensische Psychiatrie und Psychologie, aber auch die Kriminologie haben in diesen Ländern sehr wohl nach sozialen, psychischen und körperlichen Antezedenzen der Kriminalität geforscht. Allerdings geschah dies in einem völlig anderen kriminalpolitischen Kontext, als es noch in den 50iger, 60iger und 70iger Jahren der Fall gewesen war. Denn so übertrieben in diesen frühen Jahren die Hoffnungen auf die Diagnose und Behandlung von Kriminalitätsursachen gewesen waren, so deutlich waren sie in den 80iger und 90iger Jahren einem Skeptizismus bzw. Defätismus gewichen (siehe oben), mit der Konsequenz, dass sich nun die Forschung weniger auf die positive, als vielmehr auf die negative Spezialprävention fokussierte. Nicht mehr Hilfe, Behandlung und Wiedereingliederung sollte besseres Wissen um die Ursachen der Kriminalität befördern, sondern frühzeitige Identifikation, Ausgrenzung und sichere Verwahrung der gefährlichen Karrieretäter war das erklärte Ziel. Unter dem Namen *selective incapacitation – koncepta*<sup>41</sup> stellten sich hier kriminologische und psychiatrische Forschung in den Dienst einer repressiven Kriminalpolitik, ein Arrangement, in welchem sich die schlimmsten Befürchtungen des labeling approach bewahrheiteten: die Kriminologie als Handlanger und Büttel der Strafrechtspflege. Es wäre töricht und naiv zu glauben, Erfahrungswissen könne nicht in diesem Sinne eingesetzt werden. Die Religionsgeschichte und die Geschichte totalitärer Bewegungen belegen dies überdeutlich, aber auch im demokratischen Verfassungsstaat bleibt es eine ständige Versuchung, sich auf diese Weise lästiger Probleme zu entledigen. Man mag auch mit Foucault<sup>42</sup> oder Norbert Elias<sup>43</sup> darin einen durchgehenden Zug der neueren Geschichte erkennen. Ersichtlich ist auch in diesem Denken, dass der als gefährlich identifizierte Straftäter nicht mehr in erster Linie Mitmensch und Mitbürger, sondern Feind ist.<sup>44</sup> Man tritt ihm selten mit

40 Überblick bei Göppinger-Kröber/Wendt, Kriminologie, 6. Aufl. 2008, Teil I.

41 Kritische Überblicke bei Haapanen, *Selective Incapacitation and the Serious Offender. A Longitudinal Study of Criminal Career Patterns*, 1990 und Mischkowitz, *Kriminelle Karrieren und ihr Abbruch*. Empirische Ergebnisse einer kriminologischen Langzeituntersuchung als Beitrag zur ‚Age-Crime-Debatte‘, 1993

42 Foucault, *Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt 1993

43 Elias, *Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, Frankfurt 1976

44 Diese Haltung kann man sehr gut an Inhalt und Ton psychiatrischer Gutachten zur Gefährlichkeit ablesen. Der Autor hatte z. B. Gelegenheit, das Gutachten zu lesen, das in Deutschland die Gesetzgebung zur nachträglichen Sicherungsverwahrung bei nach Jugendstrafrecht Verurteilten (§ 7 Abs. 2 JGG) initiiert hat, weil er selbst Sachverständiger war, als dieser Fall dann entschieden wurde. Das psychiatrische Gutachten war anlässlich der nach zwei Drittel der Verbüßung einer Freiheitsstrafe anstehenden Reststrafenaussetzung erstattet worden und der Gutachter hat sich ungefragt und in völliger Verkenennung seines Gutachtenauftrags zu kriminalpolitischen Fragen verhalten und die Justiz dazu aufgefordert, das besagte Gesetz auf den Weg zu bringen. Er hat damit eine rein negativ-spezialpräventive Interventionsmöglichkeit gefordert, obwohl er – notabene als Arzt (!) – den Gefangenen als behandlungsbedürftig und behandlungsfähig einschätzte. Man wird auch hier nicht generalisieren dürfen, aber in der Gesamttendenz haben

blankem Hass und archaischem Vergeltungsbedürfnis gegenüber, sondern mit der chirurgischen Kühle des Skalpells, mit dem sedierendem Medikament, mit einem Sicherungsarrangement aus Edelstahl und Elektronik.

Ob eine solche kriminalpolitische Strategie moralisch und rechtlich zu rechtfertigen ist, ist eine Sache. Eine andere Sache ist jedoch die, ob es der Forschung überhaupt ansatzweise gelungen ist, sie auch wirklich in die Tat umzusetzen. Und hier muss man doch die größten Bedenken haben. Grundsätzlich arbeiten alle diese Forschungen mit designs, wie sie schon aus der frühen Kriminalprognoseforschung, etwa des Ehepaars Glueck, bekannt sind.<sup>45</sup> Man versucht bei ausgelesenen Gruppen von Straftätern überzufällig häufig vorliegende Merkmale zu identifizieren, die dann, wenn sie bei einem Probanden ebenfalls vorliegen, Risikofaktoren sind. Die Eichstichproben ändern sich, die statistischen Methoden der Berechnung des Risikos ändern sich, Auswahl und Operationalisierung der entscheidenden Variablen ändern sich, aber die Logik der Forschung bleibt gleich.<sup>46</sup> Diese Forschungslogik enthält zum einen ein zirkuläres Element, denn indem ich die Risikofaktoren einer ausgelesenen Gruppe von Straftätern entnehme, laufe ich Gefahr, nichts anderes als die Selektionsroutinen der Praxis zu reproduzieren. Zum anderen aber ist die empirische Treffsicherheit als solche nicht besonders hoch. Dies hängt vor allem mit der geringen Basisrate der zu prognostizierenden Gefährlichkeit in unausgelesenen Gruppen zusammen. Selbst bei guten prozentualen Trefferquoten eines Prognoseinstruments in ausgelesenen Gruppen werden große Zahlen von Probanden fälschlicherweise als gefährlich identifiziert (so genannte false positives), wenn man mit den entsprechenden Kriterien in unausgelesenen Gruppen arbeitet, in denen ihr prozentualer Anteil gering ist. Letztlich verbinden sich in diesen Instrumenten Schwächen der empirischen Treffsicherheit mit den moralischen und rechtlichen Fragen einer Inhaftierungs- oder Kontrollstrategie gegenüber *Individuen* auf der Grundlage der Zugehörigkeit zu bloßen *Risikogruppen*. Dies ist und bleibt die Krux von Prognose-Instrumenten wie etwa dem HCR 20, dem SVR 20 oder der PCL. Ihr Einsatz in der Einzelfallprognostik ist deshalb rechtswidrig, weil man den Fehler des statistischen Schlusses von der Risikogruppe auf den Einzelfall nicht ernst nimmt. Und die „Lösung“, dass letztlich eine „Gesamtschau“ ausschlaggebend sein soll, fügt nur dem Grundproblem der statistischen Prognose das der intuitiven Prognose hinzu.<sup>47</sup>

die forensische Psychiatrie und Psychologie sich doch des kriminalpolitischen Trends bedient und von der fieberhaften und massenhaften Suche nach „Gefährlichkeit“ profitiert. Eine besonders üble Rolle spielt dabei der Psychiater *Hare*, der mit seinem Psychopathiekonzept wieder Vorstellungen von „Wesenhaftigkeit“ und „Unverbesserlichkeit“ forciert, obgleich das durch den empirischen Forschungsstand keineswegs gedeckt ist (vgl. *Thalmann*: Neues vom Psychopathen. In: *MschKrim* 2009, S. 376–394).

45 *Glueck/Glueck*, Of Delinquency and Crime. A Panorama of Years of Search and Research, 1974

46 Eine kritische Übersicht liefert Göppinger-Brettel, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2008, § 14

47 Vgl. dazu *Boetticher/Kröber/Müller-Isberner/Böhm/Müller-Metz/Wolf*, Mindestanforderungen für Prognosegutachten, *NStZ* 2006, S. 537–544 und meine Kritik (*Bock*, Das Elend der klinischen Kriminalprognose, *StV* 2007, S. 269–275), an die sich eine Kontroverse mit Schöch angeschlossen hat (*Schöch*, Mindestanforderungen für Schuldfähigkeits- und Prognosegutachten, *FS Widmaier*, S. 967–986; *Bock*, Gibt es noch Platz für die Angewandte Kriminologie in der Gesamten Strafrechtswissenschaft? *ZStW* 2009, S. 450–463)

## VI. DAS PROFIL DER ANGEWANDTEN KRIMINOLOGIE

### A. Einzelfallkriminologie

Wie auch immer man hier die Forschung beurteilen mag und wie auch immer die Praxis der Begutachtung in unserem Straf- und Maßregelvollzug beurteilt werden mag, jedenfalls ist die Frage unabweisbar, was denn an der Angewandten Kriminologie, wie sie hier vertreten wird, anders ist, denn davon hängt natürlich letztlich die Frage ab, ob sich mit der Angewandten Kriminologie positive Spezialprävention betreiben lässt, und wenn ja wie. Zunächst muss man sich noch einmal vergegenwärtigen, dass es im „mainstream“ der Kriminologie eine einzelfallbezogene Angewandte Kriminologie gar nicht gibt. Ihr Wissen führt nicht in die konkrete, tägliche Praxis mit dem straffälligen Menschen. Dies ergibt sich mit innerer Notwendigkeit aus der Struktur des jeweilig produzierten Wissens, das entweder einen „theoretischen“ oder „statistischen“ Aggregatzustand hat und daher für die Arbeit „am Fall“ nicht – oder nur um den Preis von empirisch und rechtlich unzulässigen Übergriffen<sup>48</sup> – geeignet ist. Explizit abgelehnt wird Einzelfalldiagnostik sowieso in der „kritischen Kriminologie“, die darin nichts als eine moralisch verwerfliche Verstrickung in den staatlichen Repressionsapparat sieht. Die Angewandte Kriminologie lässt sich demnach wie folgt verorten:

Übersicht 1: Praxisorientierung kriminologischer Richtungen

	Orientierung	Praxisfelder	Erwartete Wirkungen
<i>kritische Kriminologie</i>	konstruktivistisch und reflexiv	<i>Diskurse</i> zum Verbrechen	<i>De-Legitimierung</i> von Kriminalisierung
<i>empirische Kriminologie</i>	theoretisch und statistisch	<i>Kriminalpolitik</i> auch kommunale	<i>Optimierung</i> der Kriminalprävention
<i>Angewandte Kriminologie</i>	fallbezogen und kommunikativ	<i>Strafrechtspflege</i> und „Vorfeld“	<i>Spezialpräventive Interventionsplanung</i>

### B. Verstehende Kriminologie

Wissenschaftsgeschichtlich und wissenschaftstheoretisch steht die Angewandte Kriminologie in der Tradition der verstehenden Soziologie und Kriminologie.<sup>49</sup> Man kann diese Tradition der bis heute vorherrschenden (neu)positivistischen Kriminologie folgendermaßen kontrastieren:

- 48 Es geht hierbei vor allem um den verbreiteten Irrtum, dem Einzelfall wohne eine „Tendenz“ inne, sich so zu verhalten wie es nach den Häufigkeitsverhältnissen in der Gruppe oder nach den Annahmen der Theorie zu erwarten ist. Gerade dies ist jedoch ein Irrtum (Bock, Jugendstrafrecht im Bann der Sanktionsforschung, GA 1997, S. 1–23).
- 49 Grundlegend ist hierfür Bock, *Kriminologie als Wirklichkeitswissenschaft*, 1984. Weitergeführt und verbreitet wurde die Rekonstruktion der Besonderheiten der Angewandten Kriminologie durch die Dissertationen von Schneider, *Grundlagen der Kriminalprognose. Eine Rekonstruktion der Probleme von Zuverlässigkeit und Gültigkeit unter Rückgriff auf Alfred Schütz*, 1996, Vollbach, *Der psychisch kranke Täter in seinen sozialen Bezügen. Hans Göppingers Angewandte Kriminologie. Eine Rekonstruktion*, 2006 sowie Brettel, *Tatverleugnung und Strafrechtsaussetzung – Ein Beitrag zur Praxis der Kriminalprognose*, 2007.

### Übersicht 2: Verstehende und (neu)positivistische Kriminologie

	(neu)positivistische Kriminologie	verstehende Kriminologie
Ziel	Erklären	Verstehen
Ausrichtung	nomothetisch	idiographisch
Strategie	hypothesentestend	explorativ
Techniken	strukturiert standardisiert quantitativ	offen nicht standardisiert qualitativ
Auswertung	Statistik	Bildung von Idealtypen
Verhältnis von Subjekt und Objekt	Beherrschung Manipulation	Kommunikation

Die Methodik der Angewandten Kriminologie ist aus der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung hervorgegangen, einer Vergleichsuntersuchung von 200 Strafgefangenen und 200 Probanden aus der Durchschnittspopulation. Gemäß der Logik der verstehenden Kriminologie wurden hierbei in einer *qualitativen Auswertung*<sup>50</sup> Verhaltensbeschreibungen (so genanntes K- und D-idealtypisches Verhalten) erarbeitet, welche die *äußersten Grenzen eines Möglichkeitsraumes* darstellen, die in der Realität nur in mehr oder weniger starken Annäherungen vorkommen. Jeder Mensch bewegt sich mit seinem Verhalten irgendwo in diesem Möglichkeitsraum und sein Verhalten lässt sich, je nachdem, ob es in die eine oder andere Richtung tendiert, in seiner *kriminologischen Bedeutung*<sup>51</sup> erfassen: tendiert es zum K-idealtypischen Pol, ist es kriminell gefährdend, tendiert es zum D-idealtypischen Pol, ist es kriminosistent. Die inhaltlichen Bestimmungen dieser in synoptischer Form präsentierten idealtypischen Verhaltensweisen finden sich sonst nirgends. Es gibt teilweise Anklänge und Ähnlichkeiten<sup>52</sup>, aber die ganz spezielle Note, die diese Bestimmungen aufweisen, ist etwas der Angewandten Kriminologie Eigenes.

### C. Individualisierung

Der Bearbeiter benutzt die äußersten Grenzen des durch die idealtypischen Verhaltensbeschreibungen aufgespannten Möglichkeitsraumes, um das individuelle

50 Göppinger, Der Täter in seinen sozialen Bezügen: Ergebnisse aus der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung, 1983, Teil III.

51 Darum geht es in der Tat. Viele Probanden aus der Vergleichsgruppe waren durchaus auch mit den belastenden „Verhältnissen“ konfrontiert, die der kriminologische common sense hier parat hat: broken home, Arbeitslosigkeit, ungeeignete Erziehungsstile usw. Sie hatten diese Verhältnisse aber anders bewältigt als mit (mehrfacher, nicht bagatellhafter) Kriminalität und deshalb finden sich diese „Verhältnisse“ gerade nicht als Kriterien in der Methodik der Angewandten Kriminologie. Es galt daher, speziellere Kriterien zu finden, die in der jeweils anderen Gruppe (praktisch) nicht mehr vorkamen. Sie und nur sie waren geeignet, die äußersten Grenzen des kriminosrelevanten Möglichkeitsraumes zu markieren. Im Übrigen beruht auf der systematischen Berücksichtigung der Biographien der Vergleichsprobanden aus der Durchschnittspopulation die *Validität* der Methode, auf der Führung des Anwenders durch eindeutige Beschreibungen ihre *Reliabilität* und auf ihrer Einsatzfähigkeit in der gesamten Strafrechtspflege ihre *Relevanz*, um auch diese Qualitätskriterien anzusprechen.

52 Siehe z. B. den Abschnitt zu abnormen psychosozialen Umständen im Multiaxialen Klassifikationsschema für psychiatrische Erkrankungen im Kindes- und Jugendalter nach ICD-10 der WHO, *Remschmidt/Schmidt* (Hrsg.), 1995.



Verhalten des Probanden in Annäherung und Differenz zu den idealtypischen Extremen zu beschreiben, auch in seinen möglichen Veränderungen oder erratischen Oszillationen. So entsteht ein Bild des Probanden, das tatsächlich die Individualität seiner Person und seiner Lebensumstände akzentuiert und sie nicht über den Leisten der Verhältnisse in der Gruppe schlägt und damit einebnert.<sup>53</sup> Unterstützt wird dieses unmittelbar individualisierende Vorgehen durch den Umstand, dass die Synopse idealtypischer Verhaltensweisen den Bearbeiter immer dazu zwingt, das Verhalten des Probanden in *seinem* lebensweltlichen Kontext (*seinem* Kulturkreis, *seiner* Familienform, *seiner* Arbeit, *seiner* Freizeit und Kontakte) in den Blick zu nehmen.<sup>54</sup>

#### D. Kommunikation und biographische Rekonstruktion

Angewandte Kriminologie ist nicht nur eine Technik oder ein Instrument, sondern Ausdruck einer Haltung. Sie setzt eine bestimmte Beziehung zum Anderen voraus, der als „alter ego“ angesehen, anerkannt und respektiert wird. Schon das Gespräch mit dem Probanden, in dem (neben dem Aktenstudium) die Informationsgrundlage für das weitere Vorgehen erarbeitet werden muss, soll den Charakter authentischer Kommunikation haben.<sup>55</sup> Der Proband soll bestimmen können, wie er Themen, Zeiten, Orte, Personen, Begebenheiten usw. anspricht. Die Informationen sollen nicht *über* den Probanden gewonnen werden, sondern *mit* ihm. Er ist mit *seiner* Art des Erzählens ernst zu nehmen.

Bei der Analyse der Informationen werden die lebensweltlichen biographischen Informationen dann mit den Kriterien der Angewandten Kriminologie in Beziehung gesetzt. Damit beginnen sie auf eine andere Weise zu sprechen als in der Erzählung des Probanden. Jetzt wird mit einem fachwissenschaftlichen Blick die *kriminologische Bedeutung* des Erzählten herausgearbeitet, und zwar Schritt für Schritt und nicht in einem großen intuitiven Wurf.

Gerade wenn er sich von der Methode hat führen (oder zwingen) lassen und schrittweise vorgegangen ist, steht der Bearbeiter vor dem Problem, wieder zum ganzheitlichen Bild der Biographie seines Gegenübers zu kommen. Die Informationen stammen zwar aus der Lebenswelt des Probanden, er selbst führt sie ja durch sein biographisches Erzählen in den Prozess der Fallbearbeitung ein, aber zur Analyse war es notwendig, sie in einen fachwissenschaftlichen Blick zu nehmen und dadurch zu verfremden, um ihren Zusammenhang mit krimineller

53 Aus der Sicht eines „Anwenders“ sind diese Dinge bei Oetting. Das wahre Leben pocht zwischen den Idealtypen. Über die „Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse“ (MIVEA), Neue Kriminalpolitik 2008, S. 124–129, dargestellt.

54 Die Methodik der Angewandten Kriminologie wird damit auch „dem partnerschaftlichen, dialogischen und aushandlungsorientierten Selbstverständnis Sozialer Arbeit“ (Schuler/Hein, Die Methode der idealtypisch-vergleichenden Einzelfallanalyse (MIVEA) – Möglichkeiten ihrer Anwendung in der Sozialpädagogik, Unsere Jugend 2010, im Druck) gerecht und damit dem Professionsverständnis derjenigen Berufsgruppe, die neben den Juristen die Hauptakteure in der spezialpräventiven Interventionsplanung in der Strafrechtspraxis sind. Vgl. hierzu auch Bock, Angewandte Kriminologie für Sozialarbeiter, in: Sanders/Bock, Kundenorientierung – Partizipation – Respekt. Neue Ansätze in der Sozialen Arbeit. Wiesbaden: VS Verlag 2009, S. 101–133.

55 Bock, Kriminologie, 3. Aufl. 2007, S. 118 ff.

Gefährdung (oder deren Fehlen) zu erkennen. Diese Verfremdung muss nun wieder „geheilt“ werden. Die Methodik der Angewandten Kriminologie stellt hierfür idealtypische biographische Verlaufsformen bereit, die erneut einen Möglichkeitsraum erschließen, jetzt aber nicht für einzelne Verhaltensweisen, sondern für biographische Verläufe im Ganzen. Die Aufgabe besteht darin, die idealtypische Verlaufsform zu erkennen, im Vergleich zu der sich das Leben des Probanden am ehesten beschreiben lässt, wobei es vor allem darauf ankommt, nicht nur nach Konvergenzen, sondern vor allem auch nach Divergenzen in den Einzelbefunden zu schauen, denn nichts wäre fataler als ein stromlinienförmiges Anstreben eines „glatten“ Ergebnisses. Keinesfalls endet die Bestandsaufnahme („Diagnose“) der Biographie also in der Subsumtion der Lebensentwicklung unter eine der idealtypischen Verlaufsformen im Sinne der Zuschreibung einer verdinglichten „Eigenschaft“ – sondern die individuellen Verhältnisse werden in Annäherung und Differenzen zu den Verlaufsformen beschrieben. Umgekehrt sind die idealtypischen Verlaufsformen nicht etwas, was jemand „ist“ oder „hat“, implizieren auch keine statische Unveränderbarkeit oder gar Wesenhaftigkeit, sondern eine jeweils neu zu aktualisierende Momentaufnahme.<sup>56</sup>

### Übersicht 3: Veränderungen der Informationen im Ablauf der Fallbearbeitung

	Gedankliche Operationen	Status der Informationen
Erhebung	<i>Kommunikation</i> im narrativen bzw. problemzentrierten Interview	erzählte Biographie als <i>lebensweltlicher Sinnzusammenhang</i>
Zuordnung	<i>Erkennen</i> der kriminologischen Relevanz von Verhalten für die einzelnen Bereiche	<i>Verfremdung und Fragmentierung</i> von Informationen (nach Lebensbereichen und Alter)
Analyse	<i>Verorten des Verhaltens</i> im Möglichkeitsraum des K- und D-idealtypischen Verhaltens	<i>Klarheit</i> über die kriminologische Bedeutung des Verhaltens
Diagnose	<i>Verorten der Delinquenz</i> im Lebensgesamt	Kriminologische <i>Rekonstruktion</i> der Biographie
Folgerungen	konditionale <i>Extrapolation</i> der weiteren Lebensentwicklung	Biographie als <i>lebensweltlicher Kontext von Interventionen</i>

### E. Diagnostik und Intervention

Der volle lebensweltliche Kontext wird aber erst dadurch wiedergewonnen, dass mit dem Probanden besprochen wird, wie es weitergehen soll – ganz in dem Sinn, wie es das Strafvollzugsgesetz fordert, wenn es dort heißt: „Die Planung des Vollzugs wird mit dem Gefangenen erörtert“ (§ 7 Abs. 3 StVollzG). Die Angewandte Kriminologie benutzt dazu eine lingua franca, die jeder versteht, vor allem der

56 Es wird hier also gerade die Gefahr vieler psychologischer und psychiatrischer „Diagnosen“ vermieden, den „Probanden“ stabile und transsituative Persönlichkeitseigenschaften zuzuschreiben (vgl. Fn 44), was in der Sozialarbeit und Sozialpädagogik (auch in der „kritischen Kriminologie“) ein Standardargument ist, auf Diagnostik insgesamt zu verzichten – mit der unvermeidlichen Folge eines Defizites an Professionalität (Heiner, Professionalität in der Sozialen Arbeit. Theoretische Konzepte, Modelle und empirische Perspektiven, 2004, S. 254).

Proband selbst. Er erkennt sein Verhalten in der mit der Angewandten Kriminologie erarbeiteten Expertise unmittelbar wieder, aber nicht nur in der Form seiner eigenen Erzählweise, sondern gewissermaßen angereichert um das, was dieses Verhalten aus fachwissenschaftlicher Sicht bedeutet, nämlich ob und was daran tendenziell zur Begehung von Straftaten führt oder davon abhält.<sup>57</sup> Er erkennt die Verhaltensweisen, mit denen er sich in Schwierigkeiten bringt und letztlich seine *eigenen* Lebensziele verfehlt. Auf diese Weise gelingt es besser, ihn zur Mitarbeit (§ 4 StVollzG) zu motivieren. Die diagnostische Expertise *ist* hier bereits ein Teil bzw. der Anfang von Resozialisierung/Erziehung, da es im Grunde der Proband selbst ist, der sich den Spiegel vorhält, weil er in der analytisch angereicherten Expertise der Angewandten Kriminologie die Folgen erkennt, die sein Verhalten für ihn und andere hat. Für die Einzelheiten des methodischen Vorgehens muss im Übrigen auf die Literatur verwiesen werden.<sup>58</sup>

## F. Kritik

In der Kritik an der Angewandten Kriminologie<sup>59</sup> wird beharrlich nicht zur Kenntnis genommen, dass die Angewandte Kriminologie nicht die Fortführung, sondern ein *Gegenprogramm* zur statistischen Prognose des multifaktoriellen Ansatzes ist. Genauso wenig wird gesehen, dass die Systematik der Angewandten Kriminologie eine eigene Logik in der Art hat, Kontrollüberlegungen zu erzwingen, durch welche Stigmatisierungen und die „Verdinglichung“ des bisherigen biographischen Verlaufs vermieden werden. Ein gern gebrauchtes Totschlagargument ist auch der Hinweis auf eine fehlende Evaluation.<sup>60</sup> Wer sich über die Methode informieren will, muss sich also der Mühe unterziehen, selbst zu lesen,<sup>61</sup> die „kritische“ Sekundärliteratur

57 Die Angewandte Kriminologie entspricht damit auch innovativen pädagogischen Konzepten, vgl. etwa *Brendthro/du Toit/Kreisle*, RAP – Respekt als Antwort und Prinzip, in: Sanders/Bock (Hrsg.), Kundenorientierung – Partizipation – Respekt, 2009, S. 135–165.

58 Eine komplette und leserfreundliche Darstellung der Angewandten Kriminologie findet sich – nur – bei *Bock*, Kriminologie, 3. Auflage 2007.

59 Die Kritik an der Angewandten Kriminologie ist insofern unter aller Kritik, als die Kritiker die Grundvoraussetzung jedes wissenschaftlichen Diskurses vermissen lassen, den Gegenstand erst einmal angemessen und aus den Originalen darzustellen. Dies gilt etwa für *Schneider, H.-J., Theoriegeleitete oder multifaktoriell bestimmte kriminologische Forschung und Praxis*, MschrKrim 2008, S. 227–234 und *Graebisch/Burkhardt*, MIVEA – Young Care? Prognoseverfahren für alle Altersgruppen, oder doch nur Kosmetik? ZJJ 2006, S. 140–147 sowie *Hußmann*, Diagnose und Individualprognose als Kernproblem des Umgangs mit Jugendkriminalität, in: Dollinger/Schmidt-Semisch (Hrsg.), Handbuch Jugendkriminalität, 1. Auflage 2010, S. 335–350. Gleichwohl wird die Methode in repräsentativen Publikationen zunehmend anerkannt (*Rössner* in *Meier/Rössner/Schöch*, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2007, § 6, Rn. 36ff.; *Brunner/Dölling*, Jugendgerichtsgesetz Kommentar, 11. Aufl. 2002, § 21 über MIVEA; *Streng*, Jugendstrafrecht, 2. Aufl. 2008, § 9 Rn. 328ff.). In einem Besprechungsaufsatz hat sich mit *Eschelbach* (GA 2009, S. 610–616) ein erfahrener Praktiker über die Bedeutung geäußert, die gerade und nur die Angewandte Kriminologie für die Strafrechtspflege hat.

60 Vgl. dazu aber die Hinweise bei *Bock*, Gibt es noch Platz für die Angewandte Kriminologie in der Gesamten Strafrechtswissenschaft, ZStW 2009, S. 450–463.

61 Hilfestellung bietet hier eine kommentierte Bibliographie auf der Seite des Lehrstuhls: [www.jura.uni-mainz.de/bock/289.php](http://www.jura.uni-mainz.de/bock/289.php).

ist unbrauchbar.<sup>62</sup> Zu berechtigten Anfragen, etwa bezüglich des gesellschaftlichen Wandels, der seit der Durchführung der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung stattgefunden hat sowie zu dem Umstand, dass die Untersuchung mit „ausgelesenen“ Gruppen operiert, wurde schon ausführlich Stellung genommen. Sie tangieren die empirische Geltung der Kriterien der Angewandten Kriminologie nicht ernsthaft.<sup>63</sup> Die gesellschaftlichen Veränderungen schlagen sich zwar in einem höheren Risiko K-idealtypischer Verhaltensweisen nieder, letztlich reflektiert dies auch der gewaltige Anstieg der Kriminalität seit den 60iger Jahren, aber die idealtypischen Beschreibungen der Grenzen des Möglichkeitsraumes für kriminorelevanten Verhalten haben gleichwohl Bestand. Und der Umstand, dass es sich um ausgelesene Gruppen handelt, wurde durch Sonderauswertungen<sup>64</sup> und überhaupt durch die – freilich immer wieder ignorierte – Tatsache relativiert, dass es sich ja gerade nicht um ein statistisches Verfahren handelt, weshalb die Zahlenverhältnisse in der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung nicht die Bedeutung einer Eichstichprobe haben.

## VII. DIE WAHLVERWANDTSCHAFT DER ANGEWANDTEN KRIMINOLOGIE MIT DER POSITIVEN SPEZIALPRÄVENTION

Weil der Mensch sein Leben führen muss und weil wir ihn dabei jedenfalls prinzipiell verstehen können, ist es auch möglich, sein Verhalten mit ethischen Prinzipien in Beziehung zu setzen. Dies geschieht unausgesetzt im Alltag und oft auch vor Gericht. Als erfahrungswissenschaftliche Methode ist die Angewandte Kriminologie diesbezüglich enthalten, denn sie beschreibt Verhalten und bewertet es nicht als gut oder schlecht. Sie erkennt nur: dieses und jenes Verhalten führt zu Kriminalität, anderes nicht. Gleichwohl sind natürlich die Feststellungen der Angewandten Kriminologie *anschlussfähig* für ethische Wertungen des Verhaltens einer Person. Zunächst durch den Probanden selbst, der weiß, dass er sich entscheiden konnte und entschieden hat, und für diejenigen, die mit ihm in Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags als Juristen und Sozialarbeiter in der Praxis von Resozialisierung und Erziehung kommunizieren. Verhalten, das in Kriminalität führt, ist für das Opfer und die Gemeinschaft schädlich, meist auch für den Täter selbst, es ist insgesamt destruktiv und deshalb *soll* dieses Verhalten auch in Zukunft möglichst nicht mehr

- 
- 62 Durchaus selbständige und keineswegs unkritische, aber das Wesentliche zutreffend erfassende „Aneignungen“ sind hingegen die genannten aktuellen Arbeiten von *Oetting* (Fn 53) und *Schuler/Hein* (Fn 54).
- 63 *Bock, Wo ist die Tübinger Kriminologie?* Versuch einer Standortbestimmung der Kriminologie in Mainz; in: Höfer, Sven/Spiess, Gerhard (Hrsg.): *Neuere kriminologische Forschung im Südwesten: Eine Darstellung der Forschungsarbeit aus Anlass des 40. Kolloquiums der südwestdeutschen und benachbarten kriminologischen Institute*, 2006.
- 64 *Kofler, Beruf und Kriminalität*; München 1980; zum Zusammenhang: Göppinger, *Der Täter in seinen sozialen Bezügen: Ergebnisse aus der Tübinger Jungtäter-Vergleichsuntersuchung*, 1983, S. 141f.; *Schöch, Ist Kriminalität normal? Probleme und Ergebnisse der Dunkelfeldforschung*; in: Göppinger/Kaiser (Hrsg.): *Kriminologie und Strafverfahren. Kriminologische Gegenwartsfragen* 12, 1976, S. 211–228

sein. Weil die Angewandte Kriminologie aber niemals etwas dazu sagt, ob der Proband daran *schuld* ist<sup>65</sup>, dass er sich so und nicht anders verhält, sind ihre Feststellungen *nicht anschlussfähig* für eine moralische Verurteilung der Person.

Alle Gesellschaften praktizieren nach *John Braithwaite*<sup>66</sup> in der Reaktion auf Kriminalität eine Mischung aus Inklusion und Exklusion. Durch die angesprochenen kriminalpolitischen Tendenzen des Feindstrafrechts verändert sich diese Mischung derzeit dramatisch zugunsten der Exklusion. Dagegen ist die verstehende Analyse von kriminologisch relevanten Stärken und Schwächen einer Person, wie sie in der Angewandten Kriminologie praktiziert wird, nur anschlussfähig für eine Interventionsstrategie, die auf Kommunikation und Lernen und damit in der Tendenz auf Inklusion gerichtet ist. Die Angewandte Kriminologie ist hierbei realistisch. Die Erwünschtheit des Zieles täuscht nicht über die vielfach großen Schwierigkeiten des Wegs dorthin hinweg. Ob und wann Verhaltensänderungen greifen, ist für die Angewandte Kriminologie eine empirische Frage und eine Frage des Einzelfalls. Endgültige Misserfolge sieht man daher allenfalls am Ende eines Lebens und nicht vorher.<sup>67</sup> Die Angewandte Kriminologie hat also eine innere Wahlverwandtschaft zu einer der positiven Spezialprävention verpflichteten Strafrechtspflege.<sup>68</sup> Natürlich kann man der Gesellschaft diese kriminalpolitische Option nicht verordnen, aber man kann denen, die sie in ihrer Arbeit – in welchen Kontexten und mit welchen Kompromissen – mindestens auch intendieren, zeigen wie es geht

*Michael Bock*

Pravni fakultet, Johannes Gutenberg Univerzitet, Mainz

POZITIVNA SPECIJALNA PREVENCIJA I NOVE  
TENDENCIJE U KRIMINALNOJ POLITICI, SA POSEBNIM  
OSVRTOM NA FEINDSTRAFRECHT

Krivično pravo i značaj primenjene kriminologije

REZIME

Pre velikog reformskog talasa, nemačko krivično pravo se u celini oslanjalo na filozofiju nemačkog idealizma, a osnovna svrha mu je bila odmazda. Ideja prevencije i posebno pozitivne specijalne prevencije unošena je u nemačko pravo postepeno i to počev od Listovog Marburškog programa iz 1882. godine, pa sve do reforme izvršenja krivičnih sankcija kojom je 1977. godine zaokružena velika reforma krivič-

65 Das bleibt dem Gericht vorbehalten, welches die Frage natürlich auch nicht beantworten kann und deshalb eine normative/ethische *Zuschreibung* vornimmt (Vgl. hierzu *Kaufmann*, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl. 1976)

66 *Crime, Shame and Reintegration*, 1989

67 *Bock*, wie Fn 55, S. 101

68 *Maschke*, *Angewandte Kriminologie als Grundlage der sozialen Strafrechtspflege*; in: Evangelische Akademie Bad Boll (Hrsg.): Einmal erfaßt – für immer gezeichnet? Bad Boll: 1987, S. 6–16

nog prava u Nemačkoj. U tom dugom periodu zasebno je prema vaspitnoj postavci uređeno maloletničko krivično pravo, oblikovane su bezbednosno-terapijske mere, uvedeno je uslovno izricanje kazne, a resocijalizacija je utemeljena kao cilj izvršenja. Od 1970. godine pa nadalje, novu naprednu orijentaciju nemačkog krivičnog zakonodavca pratilo je opšte labavljenje krivičnopravne represije, tako da je, primera radi, kod seksualnih krivičnih delikata došlo do široke dekriminalizacije, dok je u krivičnoj proceduri otvoren širok prostor državnom tužiocu kao nosiocu istrage da, gde nađe da je shodno, obustavi postupak.

Otprilike 1990. godine, stvari su krenule obrnutim tokom. Od tada se izmene materijalnog krivičnog prava gotovo uvek sastoje iz uvođenja novih inkriminacija i novih zabrana rizičnih radnji namesto kojih su do skora samo konkretizacije rizika bile kažnjive; u pogledu sankcija, beskompromisno se zagovaraju oštrije mere i duže kazne; u krivičnom postupku na račun osnovnih prava građana proširuju se ovlašćenja organa krivičnog gonjenja. Zajednička karakteristika svih izmena i propratnih tonova u medijima i nauci je da se učinocu krivičnog dela više ne pristupa kao sugrađaninu, već kao neprijatelju koji stoji van zajednice i koga treba eliminisati. To eksplicitno dolazi do izražaja u dogmatici uglednog krivičara Günthera Jakobsa. Političari i mediji vrše stalan pritisak na zakonodavca i pravosuđe, traže odlučnost u zaštiti dobrih sugrađana od rđavih učinilaca, zahtevaju od sudova da uklone učinioce – da ih eliminišu ili već na neki drugi način po svaku cenu učine bezopasnim. U takvoj klimi nema mesta za pozitivnu specijalnu prevenciju – resocijalizaciju u opštem krivičnom pravu i vaspitanje prema odredbama maloletničkog krivičnog prava.

Kriminologija je u takvoj kriminalnopolitičkoj situaciji bespomoćna. Pristalice kritičke kriminologije ne napuštaju prevaziđene ideološke koncepte, zbog čega su njihovi diskursi, iako vrlo vispreni i zahtevni, za praksu u međuvremenu postali potpuno nebitni. Pomoć ne dolazi ni od vodećih kriminoloških škola koje ne pripadaju kritičkom pravcu. Te su škole mahom orijentisane neopozitivistički, zbog čega njihova saznanja koriste kriminalnoj politici i zakonodavcu, koga obaveštavaju o opštim kretanjima, ali nisu upotrebljiva za analizu pojedinačnog slučaja. Zakonodavac je, međutim, uređujući krivičnu reakciju prema potrebama pozitivne specijalne prevencije na nekoliko mesta upotrebio neodređene pojmove i ostavio slobodan prostor licima koja zakon primenjuju, a sve u cilju da ta lica u svakom pojedinačnom slučaju *upotrebom proverenih kriminoloških kriterijuma* uvide relevantne okolnosti i prema njima odrede najadekvatniju meru koja će preventivno delovati na učinioca. Otuda je krivično gonjenje radi ostvarivanja pozitivne specijalne prevencije nezamislivo bez primenjene kriminologije.

Uobičajeno znanje pravnika nije dovoljno za primenu krivičnog prava koje ostvaruje ozbiljan pozitivno-specijalnopreventivni program. Zahvaljujući naročitoj naučnoj i teoretskoj postavci od koje polazi, primenjena kriminologija je po definiciji usmerena na analizu pojedinačnog slučaja. Kao takva, ona je neizostavan pratilac krivičnog prava u kome se polazi od individualne odgovornosti i načela krivice sa jedne, i specijalne prevencije kao svrhe reakcije sa druge strane, a to je u Nemačkoj de lege lata još uvek slučaj, iako u pravosudnoj praksi sve češće do izražaja dolaze

odmazda i negativna specijalna prevencija. Primenjena kriminologija može da zaustavi dalje propadanje ideje pozitivne specijalne prevencije koja je velika tekovina prosvetljenog doba. Za tu tekovinu je učinilac i dalje pripadnik zajednice – građanin, od koga ona očekuje da promeni neprihvatljivo ponašanje i od koga štiti druge građane sve dok je opasan, ali ga ujedno podržava i pomaže mu jer joj cilj nije da ga kao zajednici stranog neprijatelja eliminiše, već da ga pridobije za zajednicu i život koji je u njoj bez prestupa moguć.

**Ključne reči:** primenjena kriminologija, kultura kontrole, eliminatorno krivično pravo, pozitivna specijalna prevencija, kriminalna politika.

Zoran Stojanović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## KRIVIČNOPRAVNI EKSPANZIONIZAM I ZAKONODAVSTVO SRBIJE

**Apstrakt:** U radu se u kontekstu mogućih načina korišćenja krivičnopravne represije kao sredstva za suzbijanje kriminaliteta analizira i kritički preispituje krivičnopravni ekspanzionizam koji je postao dominantna tendencija u većini evropskih krivičnih zakonodavstava. Konstatuje se da je on danas došao do izražaja i u srpskom krivičnom zakonodavstvu. To zakonodavstvo u poslednje vreme karakteriše nazadovanje kako u suštinskom, tako i u legislativno-tehničkom smislu. Iako je i to donekle propratna pojava krivičnopravnog ekspanzionizma, čini se da je to ipak specifičnost Srbije koja nije prisutna, ili bar ne u toj meri, u ostalim evropskim zemljama. Zakonske odredbe obiluju greškama u zakonodavno-tehničkom smislu, a u suštinskom smislu pokazuju ozbiljne nedostatke koji ne bi mogli da izdrže ozbiljniju kritiku. Iako postoje mali izgledi da će to uticati na aktuelnog zakonodavca, autor naglašava da je zadatak nauke krivičnog prava da ukazuje na slabosti postojeće orijentacije i da iznalazi puteve za bolje i ispravno krivično zakonodavstvo. Naučni pristup je tu moguć, mada se ne može pretendovati da su stavovi nauke za zakonodavca uvek prihvatljivi. U nekim slučajevima treba imati razumevanje za zakonodavca koji, i ako bi to hteo, iz određenih razloga ne sledi stavove nauke. Naravno, mnoga pitanja su i u samoj nauci sporna. Međutim, nije potrebna neka dublja analiza pa da se zaključi da je zakonodavac u Srbiji u poslednjim godinama pošao pogrešnim putem. Sama činjenica da usvaja norme koje su i u tehničkom smislu nekvalitetne i pune propusta, kao i da često menja rešenja u tako osetljivoj oblasti kao što su krivično materijalno i procesno pravo, govori o njegovom nedovoljno odgovornom odnosu. U radu se ukazuje na štetne posledice krivičnopravnog ekspanzionizma, kao i na potrebu usvajanja kompleksne strategije korišćenja krivičnog prava koja bi u sebi uključila više pristupa i koja bi vodila i efikasnijem i legitimnijem krivičnom pravu.

**Gljučne reči:** suzbijanje kriminaliteta, krivičnopravni ekspanzionizam, krivično zakonodavstvo.

### 1 UVODNE NAPOMENE

Krivično pravo pruža zaštitu pravnim dobrima delujući na ponašanja čoveka. Krivičnopravne norme imaju za zadatak da odvrate pojedince od takvih ponašanja koja su štetna za tuđa pravna dobra i da ih usmere na ponašanja koja su u skladu sa pravnim normama.<sup>1</sup> Ukazuje se na univerzalnost zaštitne funkcije krivičnog prava kao osnovnog istorijskog zadatka krivičnog prava koji ono ima u svakoj drža-

---

\* redovni profesor, profstojanovic@gmail.com

1 Vid. na primer, H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht, AT I*, 7. Auflage, Wien, 2008, p. 2.



vi.<sup>2</sup> Oko toga da je osnovna funkcija krivičnog prava zaštitna funkcija i suzbijanje kriminaliteta, danas uglavnom postoji saglasnost.<sup>3</sup> Međutim, da li krivično pravo uspešno obavlja svoju osnovnu funkciju i da li način na koji suzbija kriminalitet u jednom društvu mogu biti ocenjeni zadovoljavajućim? Malo ko je zadovoljan rezultatima koje krivično pravo postiže u suzbijanju kriminaliteta. Bez obzira na to da li su očekivanja koja se pred krivično pravosuđe u tom pogledu postavljaju realna ili ne, ono ta očekivanja ne ispunjava.

Kako na planu generalne, tako i na planu specijalne prevencije rezultati su znatno ispod očekivanih. Negativni efekti globalizacije, svetska ekonomska kriza, neoliberalizam u ekonomiji, digitalizacija i kompjuterizacija i drugi oblici tehnološkog napretka, terorizam i strah od njega, samo su neke od savremenih pojava koje suzbijanje kriminaliteta čine još složenijim. Danas krivično pravo i krivične sankcije nisu jedino sredstvo za suzbijanje kriminaliteta, ali i pored isticanja da krivično pravo treba da bude *ultima ratio*, ono u većini društava i dalje ima centralno mesto. Iako zakonodavac uglavnom ne poštuje princip krivično pravo kao *ultima ratio*,<sup>4</sup> on makar delimično usvaja stav o potrebi ograničenja primene kazne lišenja slobode. Međutim, u pogledu svodenja kazne lišenja slobode na nužni minimum, kod njega se primećuje ambivalentnost. Dok se, s jedne strane, zakonodavac trudi da ograniči njenu primenu, s druge strane kod svih (ili skoro svih) krivičnih dela preti kaznom lišenja slobode. U pogledu visine propisane kazne lišenja slobode zakonodavac (i to ne samo u Srbiji) preti, po pravilu, prekomernom kaznom, odnosno onom za koju misli da je dovoljno stroga da zastraši potencijalne učinioce krivičnih dela.

Moguće je uočiti više koncepcijski različitih pristupa u korišćenju krivičnopravne represije u okviru materijalnog krivičnog prava. Ovom prilikom nećemo se baviti pitanjima abolicionizma, odnosno ukidanjem krivičnog prava jer ne samo da je ta ideja danas još više udaljena od svog makar i delimičnog ostvarenja, nego je i teško naći argumente za njenu načelnu prihvatljivost. Iako abolicionizam često nudi opravdanu kritiku krivičnog prava i krivičnog pravosuđa, on ne daje prave odgovore u pogledu toga šta bi zamenilo krivično pravo i kažnjavanje. Koliko god abolicionizam bio neprihvatljiv, krivičnopravni ekspanzionizam kao njegov antipod koji je postao jasno prepoznatljiv trend u savremenom krivičnom zakonodavstvu, mogao bi da nanese i više štete krivičnom pravu od njegovog ukidanja. Mada to na prvi pogled izgleda paradoksalno, veoma loše krivično pravo opasnije je od nikakvog krivičnog prava. Međutim, širenje i zaoštavanje krivičnopravne represije je, i

- 2 U tom smislu i A. B. Наумов, *Российское уголовное право*, tom 1, 4-е издание, Москва, 2007, p. 24.
- 3 Davanje prednosti retributivističkom pristupu, osim u etici kazne, u krivičnom pravu je dosta retko. Određeni retributivistički elementi sadržani u principu pravednosti imaju ulogu korektiva i ograničenja utilitarističkom pristupu koji je u savremenom krivičnom pravu dominantan. Takođe, princip srazmernosti, a time i retribucija je važan princip u oblasti odmeravanja kazne. Vid. npr. M. J. Fish, *An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1, 2008, pp. 57–71
- 4 Ima mišljenja da se ovaj princip ne zasniva na pravnoj, već na moralnoj obavezi zakonodavca. Tako N. Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, 2004. p. 521–522. Iako savremeni ustavi ne sadrže eksplicitno ovaj princip kao ustavni princip koji bi vezivao zakonodavca, on se ne može svesti samo na pitanje etike. Njegovo nepoštovanje istovremeno znači i nepoštovanje principa pravne države.

pored oštrog protivljenja nauke, postalo stvarnost u mnogim zemljama. Ono što se uočava već duže vreme, ali na šta se uglavnom gledalo kao na eksces zakonodavca i to pre svega u oblasti lakših krivičnih dela,<sup>5</sup> postalo je u prvoj deceniji XXI veka osnovna karakteristika savremenog krivičnog prava. Radi se o orijentaciji koja sve više postaje zaokružen kriminalno-politički koncept koji se sistematski ostvaruje u savremenom krivičnom zakonodavstvu. Pošto mu je osnovna karakteristika i deviza „što više krivičnog prava“, opravdano je nazvati ga krivičnopравnim ekspanzionizmom. Njemu je lako podlegao i zakonodavac u Srbiji koji, izgleda, ima i neke svoje posebne sklonosti ka njemu. Nekvalitetne odredbe u tehničkom i suštinskom smislu, česte izmene i nepromišljena rešenja odlikuju srpski krivičnopравni ekspanzionizam. Pravni sistem, u jednom svom veoma važnom segmentu (ne ulazeći u ocenu stanja u drugim delovima pravnog sistema), postao je nesiguran i nestabilan teren pogodan za pojavu novih konflikata i problema. Umesto da služi stabilizovanju društvenih, političkih i drugih prilika u društvu, sâm generiše nestabilnost. Takva slika postaje kompletna i prilično upečatljiva kada se ima u vidu ne samo krivično materijalno, nego i krivično procesno i krivično izvršno pravo, kao i oblast organizacije pravosuđa u krivičnopравnoj oblasti.

## 2. KRIVIČNO PRAVO I PRINCIPI PRAVNE DRŽAVE

Jedan od mogućih pristupa korišćenju krivičnog prava bilo bi striktno ostajanje pri standardnim načelima i stavu da za svako učinjeno krivično delo treba primeniti kaznu ili neku drugu krivičnu sankciju u krivičnom postupku koji pruža sve garantije za okrivljenog. Reč je o modelu liberalnog, pravnodržavnog krivičnog prava. Takvo pravo nema toliko problema sa svojom legitimnošću, koliko sa svojom efikasnošću. I ono krivično pravo koje nema ambicije da se okuša u rešavanju svakog ozbiljnijeg društvenog ili individualnog problema, i čije granice nisu preterano široko postavljene, nije dovoljno efikasno. Ostvarivanje cilja da svi ili većina učinilaca krivičnih dela budu kažnjeni je ne samo teško, pa i nemoguće, već i nepoželjno. Ni višestruko povećanje pravosudnog i policijskog aparata (pitanje je da li bi u takvom ambijentu uopšte opstali principi pravne države) ne bi bilo dovoljno da se obezbedi takva primena. Ako bi i bilo moguće da većina u društvu bude kažnjena, oštrica kazne bi otupela, a naročito bi oslabile ili nestale društvena osuda i stigmatizacija koji je po pravilu prate. Suviše česta primena kazne imala bi i neke druge negativne efekte.<sup>6</sup> S druge strane, nije prihvatljivo ni mirenje sa izrazitim raskorakom koji postoji između krivičnopравnih normi i njihove primene. Neprimenjivanje krivičnog prava takođe može imati višestruke negativne posledice. Između ostalog, ono slabi njegovo generalno-preventivno dejstvo, a time i obavljanje njegove zaštitne funkcije. Mnogobrojni

5 U tom smislu se obično govorilo o „overcriminalization“, odnosno o hiperinkriminalizaciji koja je dovela do hipertrofije krivičnog prava. Vid. Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, deseto izdanje, Beograd, 2010, str. 141–142.

6 Na oprez i razboritost u pogledu korišćenja kazne ukazivao je kod nas još profesor Grgur Milovanović koji je na svojim predavanjima isticao da je kazna „podobna otrovu koji može poslužiti kao lek, ako se upotrebi kad, kako, gde i koliko treba.“ G. Milovanović, *beleške po predavanjima*, litografisana skripta, Beograd, 1897–98.

su uzroci neprimenjivanja krivičnog prava. Pogrešno je verovanje da i poštovanje principa pravne države značajnije utiče na neefikasnost krivičnog prava. Iako u nekim slučajevima odustajanje od tih principa može da vodi lakšoj primeni krivičnog prava, to je cena koja se mora platiti za ono što se dobija njihovim poštovanjem. Štaviše, sa osnovom se može tvrditi da se upravo neprimenjivanjem krivičnog prava, odnosno njegovom krajnje selektivnom primenom, krše neki osnovni principi pravne države. Osnovni uzroci neprimenjivanja, odnosno neefikasnosti krivičnog prava su posledica strukturalnih slabosti jednog društva u različitim sferama.

Savremene tendencije u krivičnopravnom reagovanju postavljaju ozbiljna pitanja koja se tiču sloboda i prava građana, pa čak i same države u kojoj ti građani treba da žive. Umesto da se krivično pravo u svom razvoju kreće od totalitarnog (tamo gde je ono bilo takvo) ka pravnodržavnom, ono se od pravnodržavnog pretvara u totalitarno krivično pravo. Pošto je teško zamisliti postojanje totalitarnog krivičnog prava u demokratskom društvu, dileme se javljaju i oko karaktera samog društva i države koja se opredelila za takvo krivično pravo. Da li organizovani kriminalitet, terorizam i korupcija zaista predstavljaju takve oblike kriminaliteta koji ugrožavaju temelje društva koji se ni na koji način ne mogu efikasno suzbijati osim ograničavanjem i dovođenjem u opasnost osnovnih prava i sloboda svih građana? I bivše socijalističke zemlje su imale znatno bolje stanje na planu kriminaliteta, ali sigurno je da nema previše onih građana koji bi samo zbog toga poželeti povratak ranijeg sistema jer bi to značilo uvođenje niza ograničenja prava i sloboda građana. Neka takva ograničenja moguće je uvesti i bez radikalnih promena, pa su ona i postala deo stvarnosti nekih zemalja pozivanjem na suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i sličnih krivičnih dela. To je, opet, poznata opasnost na koju je mnogo puta upozoravano. Naime, pitanje je da li se te mere i ograničenja mogu kontrolisati i primenjivati samo u „pravim“ slučajevima, ili se mogu otrgnuti kontroli? Neki idu i dalje, pa tvrde da se te specijalne mere i odstupanja od redovnog krivičnog prava i ne uvode zbog suzbijanja naročito opasnih oblika kriminaliteta, već da određenim strukturama na vlasti ti oblici kriminaliteta služe samo kao alibi a, u stvari, služe ostvarivanju političkih ciljeva.

Iako se za izvesne modifikacije u odnosu na model krivičnopravnog reagovanja kome se težilo u poslednja dva veka u Evropi može naći određeno opravdanje, nisu prihvatljiva radikalna odstupanja i napuštanje osnovnih principa na kojima se krivično pravo zasnivalo radi toga da bi se kriminalitet efikasnije suzbijao. Krivično pravo se i dalje mora zasnivati na principima pravne države, odnosno onim principima koji su, može se reći, postali civilizacijska tekovina. Njihovo napuštanje je podjednako opasno, kao i nepreduzimanje nikakvih mera da se krivično pravo učini efikasnijim i efektivnijim.

### 3. KRIVIČNOPRAVNI EKSPANZIONIZAM

Varijanta neoklasicizma, koja je u poslednje vreme postala dominantna pre svega u SAD, stavljajući naglasak na strogo i srazmerno kažnjavanje („just deserts“) dovela je i do izrazitog povećanja stepena represivnosti krivičnog prava i krivičnog

pravosuđa u celini. Povećanje stepena represivnosti krivičnog prava danas je prisutno u mnogim zemljama. Govori se o eri kaznenog ekscesa u koju su mnoge zemlje zakoračile. To se, bez sumnje, odnosi i na Srbiju, naročito posle usvajanja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine, pa i na Republiku Srpsku posle usvajanja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona iz jula 2010. godine.<sup>7</sup> Takvo stanje, pogotovo u Srbiji, ne može se objasniti samo napuštanjem ideje o resocijalizaciji, niti napuštanje te orijentacije nužno vodi strogom kažnjavanju i čestom korišćenju kazne lišenja slobode.<sup>8</sup> Do ove orijentacije došlo je zbog promena u sferi društvenih, ekonomskih i političkih odnosa u savremenom svetu, od kojih je neke teško i uočiti i dovesti ih u vezu sa radikalnim zaokretom krivičnog prava i krivičnog pravosuđa ka jednom izrazito represivnom i punitivnom sistemu.<sup>9</sup> To nužno vodi preispitivanju mogućih strategija krivičnog prava u uslovima njegove ekspanzije i ograničenih pravosudnih i drugih resursa. Može biti sporno da li ekspanziju krivičnog prava uopšte nazvati strategijom (jer ona dalje slabi krivičnopravni sistem), ili do nje dolazi zbog nemoći društva da ozbiljnije rešava neke društvene, ekonomske i političke probleme. Tim faktorima treba dodati i niz drugih slabosti karakterističnih za stanje u Srbiji. U Srbiji, čini se, dodatno postoji sklonost ka preuzimanju upravo onih rešenja i orijentacija iz stranih pravnih sistema koja su upravo sa aspekta legitimnosti vrlo sumnjiva i koja su, iako zagovarana od strane političara pojedinih zemalja (a u nekim zakonodavstvima i usvojena) od strane teorije žestoko kritikovana. Dalje, specifičnost je i nekvalitetan rad na pripremi zakonskih nacrtu u oblasti krivičnog zakonodavstva (verovatno i u drugim oblastima, jer se ne vidi razlog zašto bi stanje u njima bolje). Zakon o izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine obiluje omaškama u legislativno tehničkom smislu, kao i lošim rešenjima u suštinskom smislu (vid. dole nap. 24). Iako predmet ovog rada nije analiza i ocena krivičnog procesnog i krivičnog izvršnog prava, mora

- 7 Od zemalja nastalih na teritoriji bivše Jugoslavije taj pristup nije jasno prepoznatljiv samo u dva krivična zakonodavstva: crnogorskom i slovenačkom. Dok se i u Zakonu o izmenama i dopunama KZ Crne Gore iz aprila 2010. godine, kao i u novom slovenačkom KZ iz decembra 2008. godine zapažaju neke nove inkriminacije, pa i širenje kriminalne zone kod nekih od ranije poznatih inkriminacija, što se može pripisati uticaju stanja u Evropi (kako na nivou EU, tako i krivičnog zakonodavstva pojedinih evropskih zemalja koje su podlegle krivičnopravnom ekspanzionizmu), ne bi se moglo tvrditi da je to bio osnovni pristup u izradi ova dva krivična zakonodavstva. Pre svega, to se može videti iz toga što propisane kazne nisu pooštřavane, kao i iz toga što se kod nekih, sa aspekta prakse značajnih inkriminacija, odustalo od preširokih rešenja koja su uglavnom predstavljala anahronizme nasleđene od nekih ranijih jugoslovenskih specifičnosti. Kao dobar primer za to se može navesti odustajanje od toga da krivično delo zloupotrebe službenog položaja može da izvrši i odgovorno lice u subjektu privrednog poslovanja, za šta u Srbiji ne samo da ne postoji spremnost, nego je ovo «omiljena» inkriminacija za neke strukture u pravosuđu i politici, jer omogućava laku, ali i arbitrernu osudu.
- 8 U skandinavskim zemljama, posle napuštanja orijentacije na resocijalizaciju, nije došlo do povećanog stepena represivnosti krivičnog zakonodavstva i krivičnog pravosuđa u celini koji je prisutan u mnogim drugim zemljama. One danas u tom pogledu predstavljaju izuzetak u pozitivnom smislu. Vid. J. Pratt, *Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess*, *British Journal of Criminology*, 2008, p. 119–137.
- 9 O tome vid. D. Garland, *Kultur der Kontrolle, Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart*, Frankfurt/New York, 2008 (*The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2001).

se konstatovati ono što je uočljivo i na prvi pogled, a to je da je i u ovim srodnim oblastima zakonodavac bio dosledan u svom lošem radu. Dok je ono što se dešava u oblasti krivičnog procesnog prava kuriozitet u negativnom smislu u svetskim razmerama i daje osnova za sumnju da se radi o nečemu više od lošeg rada i amaterizma, i oblast izvršenja krivičnih sankcija obiluje lošim rešenjima na normativnom planu i problemima u praksi izvršenja krivičnih sankcija, naročito kazne zatvora.<sup>10</sup> Stanje u ustanovama za izvršenje kazne zatvora se stalno pogoršava,<sup>11</sup> za šta dobrim delom zasluge ima i vođenje politike krivičnopravnog ekspanzionizma jer je poslednjih godina dovelo do izrazitog povećanja stope osuđenih lica.

Reformu krivičnog zakonodavstva u evropskim zemljama u poslednjoj deceniji karakteriše propisivanje velikog broja novih krivičnih dela, odstupanje od nekih osnovnih načela krivičnog prava koja dugo vremena nisu dovođena u pitanje i korišćenje krivičnog prava kao *sola* ili *prima ratio*, a ne *ultima* ili *extrema ratio*. Istovremeno je došlo i do prodora neodređenih normi u krivično zakonodavstvo. Nova krivična dela po pravilu nisu krivična dela povrede, to su krivična dela čija je posledica ugrožavanje (u nekim slučajevima samo apstraktna opasnost), ili se radi o delatnosnim krivičnim delima koja u svom zakonskom opisu ne sadrže posledicu, a sve češće se i pojedine pripreme radnje (ponekad vrlo udaljene) proglašavaju krivičnim delima.<sup>12</sup> Njima se po pravilu nastoje da zaštite neka opšta dobra (koja su često sumnjiva upravo sa aspekta da li su zaista opšta), a ne najvažnija dobra čoveka, pojedinca. Te nove inkriminacije se javljaju uglavnom u onim oblastima gde krivično pravo pokazuje svoju neefikasnost i gde ne dolazi do primene i postojećih inkriminacija: organizovani kriminalitet, korupcija, terorizam, međunarodna krivična dela i sl. Važnu ulogu u ekspanziji krivičnog prava imaju i međunarodne konvencije. Njima se olako predviđa obaveza propisivanja brojnih krivičnih dela od strane država koje ih prihvate. Sve su češće konvencije koje predviđaju obavezu država da inkriminišu određena ponašanja. Pri tome, osim širenja krivičnog prava, ne može

10 O nekim od ovih problema vid. Đ. Ignjatović, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izdanje, Beograd, 2010, str. 210–214.

11 Jedan od indikatora za to jeste i nezainteresovanost državljana Srbije koji kaznu izdržavaju u evropskim zemljama da kaznu izdržavaju u Srbiji, što je inače omogućeno ratifikacijom Evropske konvencije o transferu osuđenih lica. Samo procentualno veoma mali broj osuđenih državljana Srbije koji kaznu izdržavaju u inostranstvu iz specifičnih razloga su se opredelili za izdržavanje kazne u Srbiji. Iako se ne radi o izvršenju strane krivične presude kao institutu međunarodne pravne saradnje, u ovom kontekstu treba spomenuti i slučaj osuđenog lica pripadnika srpske nacionalnosti koji je sa Kosova i Metohije (na osnovu sporazuma SR Jugoslavije i UNMIK-a) 2004. godine premešten iz ustanove za izdržavanje kazne zatvora na KiM u Sremsku Mitrovicu, a potom u Niš. Naime, prema izjavi njegovog advokata datoj medijima, osuđeni I. N. štrajkuje glađu jer mu je Uprava za izvršenje krivičnih sankcija odbila molbu da ponovo bude vraćen na KiM i tamo izdrži ostatak kazne gde su nadležne institucije iskazale spremnost da ga prime natrag, a među razlozima, između ostalog, navodi i to „da se stanje na Kosovu promenilo, pa je i stanje u zatvorima mnogo bolje“. Vid. napis „Srpski osuđenik traži da bude prebačen u zatvor na Kosovu!“, *Press*, 8.10.2010, str. 11. Iako se radi o jednom slučaju, a i izvor je dnevna štampa, ipak to može biti povod koji bi, ako se imaju u vidu i činjenice utvrđene i od strane nekih državnih organa (npr. Izveštaj Zaštitnika građana za 2009. godinu – vid. Dodatak II u Đ. Ignjatović, op. cit., str. 222 ) morao da bude razlog za ozbiljnu zabrinutost.

12 Posebnu pažnju, u više radova, zaslužuju upozorenja W. Hassemers. Up. W. Hassemer, *Freiheitliches Strafrecht*, 2001, Berlin, 224–225.

se uočiti ništa zajedničko i konzistentno u raznim konvencijama u tom pogledu, tj. ne polazi se (pitanje je da li je to uopšte moguće s obzirom na način nastajanja i prirodu međunarodnih ugovora) od određene kriminalno-političke koncepcije. I pored nesumnjivog pozitivnog doprinosa, naročito određenih međunarodnih ugovora krivičnom pravu, izgleda da je danas potrebno sa oprezom i rezervama pristupiti ratifikaciji konvencija koje sadrže obavezu predviđanja krivičnih dela. Trebalo bi da zemlje u vezi sa tim u većoj meri koriste sasvim legitiman institut međunarodnog prava, a to je stavljanje rezervi na odredbe kojima se predviđa obaveza propisivanja određenih krivičnih dela ili mera koje su u suprotnosti sa domaćim krivičnim zakonodavstvom ili opštim načelima krivičnog prava.<sup>13</sup>

Da li je krivično pravo koje se zasniva na principima koji ranije nisu dovođeni u pitanje (osim u totalitarnim režimima) uopšte sposobno da ostvari one zahteve koji mu se danas postavljaju? Ako nije, da li je zbog toga potrebno odustati od onoga što je do sada, bar u teoriji, važno za nesporne standarde prilikom oblikovanja krivičnopravne zaštite? Da li zbog toga što političari i deo javnosti od krivičnog prava očekuju da reši određene probleme, treba napustiti model krivičnog prava kakvom se do nedavno u Evropi težilo? Da li treba odustati ili relativizovati ono na čemu se krivično pravo već vekovima temelji, a to je, između ostalog, i načelo zakonitosti?<sup>14</sup> Zapažaju se i nastojanja da se pronađu kompromisna rešenja u smislu prihvatanja izvesnog širenja granica krivičnog prava, ali pod određenim uslovima i uz ispunjavanje kriterijuma legitimnosti i očuvanja principa pravne države.<sup>15</sup>

- 13 To, uostalom, mnoge zemlje i čine. Kao primer koji je autoru ovog rada dobro poznat, jer je učestvovao u njegovoj pripremi, može se navesti crnogorski Zakon o potvrđivanju Konvencije o računarskom kriminalu koji je donet oktobra 2009. godine. Crna Gora je stavila više rezervi na ovu Konvenciju (sačinjenu u Budimpešti 23. novembra 2001. godine). U čl. 3 do 5. navedenog Zakona stavljen su rezerve u pogledu predviđanja krivičnih dela vezanih za dečiju pornografiju, kao i u vezi sa obavezom prikupljanja i snimanja podataka koji se odnose na promet određenog komuniciranja na njenoj teritoriji preko računara. Između ostalog, rečeno je da Crna Gora neće smatrati krivičnim delom držanje materijala pornografskog karaktera u slučaju da je lice koje se prikazuje na tim materijalima navršilo četrnaest godina i dalo svoj pristanak (Konvencija kao starosnu granicu za dečiju pornografiju postavlja osamnaest godina). Ovakva rezerva se zasniva na činjenici da je u crnogorskom krivičnom pravu za inkriminisanje seksualnih odnosa sa decom kao starosna granica utvrđeno četrnaest godina. U slučaju da rezerva nije stavljena, predviđanje takvog krivičnog dela bi zahtevalo da se ta starosna granica podigne na osamnaest godina, jer bi bilo potpuno neprihvatljivo da se krivičnim delom ne smatra seksualni odnos sa licem koje je navršilo četrnaest godina (a nije navršilo osamnaest godina), a da držanje fotografija koje su tom prilikom napravljene uz pristanak partnera predstavlja krivično delo. Što se tiče obaveze prikupljanja i snimanja podataka o računarskom saobraćaju, u rezervi se postavljaju uslovi da to može biti samo na osnovu odluke nadležnog crnogorskog suda ako je to neophodno za vođenje krivičnog postupka ili iz razloga bezbednosti Crne Gore. Ne samo Crna Gora, već i druge zemlje stavile su veći broj rezervi na ovu konvenciju. Interesantno je da Srbija prilikom njene ratifikacije nije stavila nikakve rezerve.
- 14 I u Srbiji su se pojavila takva razmišljanja i to u prilično ekstremnoj formi. Imajući u vidu neke ispoljene sklonosti aktuelnih političara na planu krivičnog prava, ne bi predstavljalo veliko iznenađenje ni njihovo ostvarenje u krivičnom zakonodavstvu. Zato treba podržati argumentovanu kritiku i suprotstavljanje takvim razmišljanjima. O opasnostima koje krivičnom pravu, pa i društvu u celini, u tom pogledu prete, vid. M. Škulić, Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2010, str. 66–107.
- 15 U tom smislu Sieber kritički analizirajući rešenja u nemačkom Nacrtu zakona o krivičnom gonjenju za pripremanje teških krivičnih dela nasilja koja ugrožavaju državu (Nacrt se u stvari odnosi

U nastojanju da se delimično odgovori na ova pitanja može se poći od nekih praktičnih, kao i načelnih aspekata ovog problema. U prve spada pitanje kapaciteta krivičnog pravosuđa. U kojoj meri i do kojih granica se krivično pravosuđe može stalno opterećivati novim inkriminacijama koje bi zaista trebalo i da primenjuje? Nove inkriminacije predstavljaju dodatni posao za krivično pravosuđe. Tako, reformom krivičnog zakonodavstva koja je izvršena u Srbiji 2009. godine uveden je veći broj novih inkriminacija (u svakom slučaju, znatno više od izvršenih dekriminalizacija), a u više slučajeva proširena je kriminalna zona kod postojećih. Šta znače za krivično pravosuđe nova krivična dela, odnosno širenje kriminalne zone kod postojećih krivičnih dela? Ako bi se pošlo od toga da će se krivično pravo ozbiljno primenjivati, tj. u dovoljnom broju slučajeva da bi imalo bilo kakvo preventivno dejstvo, onda bi to prema sasvim grubim procenama moglo da znači još nekoliko hiljada pravosnažno osuđenih lica. Da li zato kapacitete krivičnog pravosuđa i ustanova za izvršenje krivičnih sankcija treba povećati u odgovarajućoj srazmeri zbog intervencija koje je zakonodavac preduzeo? Da li će i propisivanje znatno strožih kazni (kod oko jedne trećine krivičnih dela) voditi tome da će se izricati strože kazne, pa će broj osuđenih lica na kaznu zatvora i dalje rasti? Imajući u vidu ispoljene tendencije i ispoljene želje za novim krivičnim delima, verovatno je da će i kod budućih zakonodavnih intervencija morati da se računa sa stalnim opterećivanjem krivičnog pravosuđa. Naravno, sve to ima svoje granice. Već ranije je, i bez onoga što je došlo do izražaja u savremenom krivičnom zakonodavstvu, krivično pravo prešlo granice svojih mogućnosti. Ono danas, međutim, skoro da više nije u stanju da funkcioniše sa takvom hipertrofijom inkriminacija.

Iako zakonodavac u evropskim zemljama u poslednje vreme pokazuje skoro isključiv interes da interveniše u okviru posebnog dela propisujući nova krivična dela, i u oblasti opšteg dela javila su se neka pitanja koja je teško rešiti, a da se pri tome ostane u okviru tradicionalnog krivičnog prava i uz poštovanje uobičajenih standarda koji odavno važe u krivičnom pravu. Tako, većina evropskih zemalja uvela je odgovornost pravnog lica za krivična dela, (to je učinjeno u Srbiji 2008. godine, a u Republici Srpskoj 2003. godine). I pored kriminalno-političke potrebe da se na delikte pravnih lica reaguje ozbiljnim sankcijama, poznati su problemi i prepreke koje stoje na putu uvođenju krivične odgovornosti pravnih lica (između ostalog, to zahteva odstupanje od osnovnih načela krivičnog prava kao što je načelo individualne subjektivne odgovornosti, načelo pravednosti i dr). Dalje, odgovarajuća međunarodnopravna dokumenta preporučuju uvođenje tzv. proširenog oduzimanja imovinske koristi. To je u Srbiji učinjeno donošenjem posebnog zakona 2008. godine („Službeni glasnik RS“, br. 97/2008), ali na način kojim se dovodi u pitanje više osnovnih principa krivičnog prava. Iako predstavlja moćno sredstvo za suzbijanje organizovanog kriminaliteta i korupcije, imajući u vidu mogućnosti koje taj

---

na pripremanje terorističkih akata) zaključuje da iako je kažnjavanje za pripreme radnje tih dela u načelu prihvatljivo, Nacrt suviše proširuje kažnjivost i ide predaleko u predzonu ugrožavanja zaštićenog dobra. Zato upozorava da je neophodno da zakonodavac pre usvajanja izvrši određena preciziranja i sužavanja, a u slučaju da do toga ne dođe predlaže da se od strane teorije i sudske prakse usvoji tumačenje koje bi za rezultat imalo ograničenja koja predlaže. Up. U. Sieber, *Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7/2009. p. 363–364.

zakon dozvoljava u pogledu oduzimanja imovine za koju njen vlasnik ne može da dokaže da je stečena na zakonit način, on unosi pravnu nesigurnost i može imati šire negativne posledice u pogledu prava svojine koje je danas garantovano i kao ustavno pravo. Da li Srbija može sebi da dozvoli jedan ovakav zakon kada dobar deo stanovništva svoje osnovne egzistencijalne potrebe pokriva na način koji nije baš u skladu sa zakonom (tzv. siva ekonomija, rad na crno, sitan šverc i sl), ali koji sigurno ne predstavlja organizovani kriminalitet? Sam zakon ne pruža nikakve garancije da se neće suviše široko primenjivati, tj. da se neće primenjivati i u onim slučajevima u kojima imovina koja se oduzima nema nikakve veze sa organizovanim kriminalitetom. Dalje, da li verovati u priče političara o tome da će se imovina oduzeta od kriminalaca koristiti za potrebe siromašnih, odnosno u neke socijalne svrhe i da li je, na kraju krajeva, to način da se obezbedi nešto što je danas svaka normalna država u obavezi da obezbedi? <sup>16</sup>

U ovom kontekstu pažnju zaslužuje i uvođenje komandne odgovornosti u krivično zakonodavstvo. Stupanjem na snagu Rimskog statuta 1. jula 2002. godine postalo je aktuelno za većinu evropskih zemalja usaglašavanje svog nacionalnog krivičnog zakonodavstva sa tim statutom, pa između ostalog, i pitanje predviđanja instituta komandne odgovornosti, instituta koji je do sada bio nepoznat u evropskom krivičnom zakonodavstvu. I taj institut, iako je jednim svojim delom teško spojiv sa nekim osnovnim načelima krivičnog prava, unet je u većinu evropskih krivičnih zakonodavstava, pa i u KZ Srbije ali, ipak, na način kojim se ne odstupa od osnovnih načela krivičnog prava.

I ovih nekoliko pitanja daju osnova za zaključak da se pred krivično pravo danas postavljaju zahtevi kojima ono ne može da udovolji, a da ne promeni svoj karakter. Nastojanje da se ti zahtevi ostvare na najjednostavniji način, a to je propisivanjem novih i širenjem postojećih inkriminacija, kao i odstupanjem od nekih osnovnih načela krivičnog prava, ne samo da je opasna tendencija, već može da znači početak kraja krivičnog prava zasnovanog na principima pravne države.

I u odnosu na reakciju na tzv. sistemsko nepravo od krivičnog prava se mnogo očekuje. Da li krivično pravo i krivično pravosuđe zaista može da deluje protiv države, ili nekih njenih struktura, onda kada ona organizuje ili vrši određene oblike kriminaliteta?<sup>17</sup> Takva nerealna očekivanja od krivičnog prava naročito su došla do izražaja u dve oblasti. Jedna od njih jeste oblast organizovanog kriminaliteta za koju

16 Ovaj zakon je predmet stalnog „reklamiranja“ u medijima, pa i hvalisanja od strane aktuelnih političara. Tako, funkcioner Ministarstva pravde u „intervjuu nedelje“ u dnevnom listu „Press“ (26.9.2010. str. 6–7) ističe da su rezultati njegove primene „fantastični“, da ga druge zemlje uzimaju kao model i sl. Između ostalog, navodi se da je Crna Gora „praktično prepisala naš zakon“. Kao neko ko je neposredno učestvovao u izradi izmena i dopuna KZ Crne Gore koje obuhvataju i uvođenje tzv. proširenog oduzimanja imovinske koristi i radio zajedno i sa stranim ekspertima na tome (npr. prof. Höpfel-om iz Beča), autor ovog rada može da kaže da ne samo da rešenje iz Srbije nije uzeto kao model, već je, ako je uopšte bilo spominjano, to činjeno samo kao ilustracija loših rešenja koje bi crnogorski zakonodavac morao da izbegne. Naprotiv, za rešenje u Crnoj Gori uzor je bila Okvirna odluka EU iz 2005. godine (2005/212/JHA) kojom se, između ostalog, zahteva i to da sud bude potpuno uveren u to da imovina koja se oduzima potiče od kriminalne delatnosti (član 3: „(...) fully convinced that the property in question has been derived from criminal activities of the convicted person (...)“), kao i rešenja iz zakonodavstava Nemačke i Austrije.

17 Vid. istraživanje Max Planck instituta iz Freiburga: *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, Freiburg, vol. 1–2, 2000.



je karakteristična sprega sa vlašću, odnosno sa pojedincima iz izvršne vlasti, policije i pravosuđa. Iako je pojam organizovanog kriminaliteta sporan, većina definicija organizovanog kriminaliteta uključuje i elemenat sprege sa vlašću. Upravo taj element čini organizovani kriminalitet imun na krivičnopravnu reakciju. Za efikasnije suzbijanje organizovanog kriminaliteta mnogo je važnije otkrivanje i prekidanje te veze, nego uvođenje specijalnih krivičnopravnih mera. Kada je reč o organizovanom kriminalitetu, u pravu su oni koji su protiv uvođenja vanrednih mera sa obrazloženjem da određene interesne grupe (koristeći i sredstva javnog informisanja) nastoje da daju sliku kapituliranja društva pred organizovanim kriminalitetom zbog organizovanih i nekih novih formi kriminaliteta, te da treba preduzimati beskompromisno krivično gonjenje, a u tom cilju se služiti svim raspoloživim sredstvima.<sup>18</sup> Država koja bi se „lišila principa moderne pravne države i ne bi birala sredstva u borbi sa organizovanim kriminalitetom, ne bi se razlikovala od bande razbojnika“, a ni krivično pravo ne bi moglo „štititi jedno takvo već marodirano i propalo društveno biće. Takvo, do te mere deformisano društvo, stajalo bi pred svojim kolapsom koji bi svoje uzroke imao u strukturalnim socijalnim i ekonomskim problemima“.<sup>19</sup> Takav stav ipak ne isključuje opravdanost uvođenja određenih posebnih mera u oblasti organizovanog kriminaliteta. Uvođenju nekih posebnih mera koje odstupaju od osnovnih krivičnopravnih principa, treba pristupiti vrlo restriktivno i sa krajnjim oprezom uz ustanovljavanje kontrolnih mehanizama koji će obezbediti da ne dolazi do povrede prava i sloboda građana. Opravdanje za to postoji samo onda kada je zaista u pitanju organizovani kriminalitet, a iscrpljena su sva druga sredstva koja društvu stoje na raspolaganju u njegovom suzbijanju. Najbolji odgovor na organizovani kriminalitet nisu neke posebne mere, koliko dobro organizovano pravosuđe, kao i stvaranje jedne opšte društvene i političke klime koja pogoduje suzbijanju organizovanog kriminaliteta. Za takvu jednu klimu nije dovoljno verbalno zalaganje političara za suzbijanje organizovanog kriminaliteta koje pretežno služi ubiranju političkih poena i kao takvo biva prepoznato od strane građana, čime se kompromituju i istinska i iskrena nastojanja da se on suzbija.

Drugi naročito značajan oblik sistemskog neprava jesu neka međunarodna krivična dela. Univerzalna je pojava da države nerado krivično gone „svoje“ ratne zločince. I kada dolazi do krivičnog gonjenja sopstvenih državljana, ili su u pitanju fingirana suđenja, ili se sudi političkim i ideološkim protivnicima. Zločin protiv čovečnosti, po samoj svojoj definiciji, vrši se planski i sistematski uz umešanost određenih državnih ili političkih struktura. Adekvatnu krivičnopravnu reakciju na ova krivična dela treba tražiti u okviru međunarodnog krivičnog prava. Ohrabrujuće je u tom pogledu osnivanje Međunarodnog krivičnog suda, a obeshrabrujuće nedovoljna razvijenost međunarodnog krivičnog prava, kao i negativan stav koje imaju SAD, ali i neke druge uticajne zemlje.

Spomenimo još jednu sistemsku pojavu u čijem suzbijanju krivično pravo postiže veoma skromne rezultate. Reč je o korupciji koja je danas, u manjoj ili većoj meri, prisutna u svim zemljama. Što se tiče Srbije, brojne indicije idu u prilog tome

18 Tako P. A. Albrecht, *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*, ZStW, 4/1985, str. 859–861.

19 Z. Stojanović, *Organizovani kriminalitet i pitanja zaštite i ostvarivanja ljudskih prava. U: Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici*, Beograd, 1989, str. 133.

da ona u tom pogledu stoji posebno loše. Ima se utisak da se i ono malo pravosnažno osuđujućih presuda odnose na „žrtvene jarce“, ili učinioce sitnih dela korupcije. Brojna tela i mere koje za cilj imaju suzbijanje korupcije ne funkcionišu.<sup>20</sup> Oblast korupcije je možda najbolji primer za ogroman raskorak koji postoji između deklarativnog zalaganja za njeno suzbijanje, usvajanja raznih mera i osnivanja brojnih tela koje bi trebalo tome da doprinesu i postignutih rezultata. Često se ukazuje kolika je procenjena šteta pričinjena korupcijom, ali bi tome trebalo dodati i potrošeni novac i vreme na raznorazne „antikorupcijske“ delatnosti od kojih, čini se, jedino imaju koristi oni koji se time profesionalno bave i od toga žive.

Moderno krivično pravo sve više širi svoje područje i odbacuje kao balast principe pravne države koji prilikom ostvarivanja novih zadataka koji se pred njega postavljaju deluju kao prepreka.<sup>21</sup> Uočava se tendencija da krivično pravo postaje sve manje reakcija na najteže oblike povrede građana, a sve više sredstvo unutrašnje politike.<sup>22</sup> Politika umesto da rešava probleme, sama postaje problem.<sup>23</sup> Ekscesivno korišćenje krivičnogpravnog represije vodi tome da se savremena društva suočavaju sa realnom mogućnošću zatvaranja u „gvozdeni kavez“.<sup>24</sup>

Krivičnopravni ekspanzionizam sa sobom, po pravilu nosi i manje ozbiljan pristup radu na pripremi zakonskih projekata. Krivično zakonodavstvo se često menja, a kao posledica toga jeste to da su norme često nekvalitetne kako u legislativno-tehničkom, tako i u suštinskom smislu. Iako to nije slučaj sa svim zemljama u kojima je krivičnopravni ekspanzionizam došao do izražaja, sa Srbijom, nažalost jeste.<sup>25</sup>

20 U tom pogledu predsednik GRECO D. Kos konstatuje da ono po čemu je Srbija drugačija od ostalih zemalja, naročito onih na Balkanu, nije to što su pojedina antikorupcijska tela i institucije imale probleme u radu, već to što u Srbiji te probleme nemaju samo pojedine kontrolne institucije kao što je to bio slučaj i u drugim zemljama, nego skoro baš sve institucije te vrste. Na pitanje „zbog čega baš sve srpske kontrolne institucije imaju probleme koji im onemogućavaju ili barem otežavaju rad“ i da li se „možda čak radi o planskom sakaćenju tek uspostavljenih institucija“, Kos kaže da će odgovor na to pitanje svako pronaći sam. Up. D. Kos, Korupcija je najljući mirnodopski protivnik, autorski komentar, NIN, 7.10.2010, str. 15.

21 Hassemer, *Freiheitliches Strafrecht*, 2001, str. 224.

22 Ibid., str. 226.

23 Tako R. Garland, *Kultur der Kontrolle*, Frankfurt, New York, 2001, p. 362.

24 Na tu opasnost u SAD i Velikoj Britaniji upozorava D. Garland, *ibid.*, p. 360. On, pri tome, ukazuje i na to da se kompleks institucija za suzbijanje kriminaliteta i onih koji kreiraju i primenjuju krivičnopravnu represiju sam po sebi dalje reprodukuje bez obzira na realne opasnosti od kriminaliteta. Trebalo bi primetiti da oni koji stvaraju taj gvozdeni kavez, tj. oni koji o tome donose političke odluke, iako čitavo društvo guraju u taj kavez, po pravilu ostaju van njega.

25 Izmene i dopune KZ Srbije su preduzete u dva maha u 2009. godini. Tako, Zakon o izmenama i dopunama KZ Srbije usvojen u septembru 2009. godine obiluje omaškama i lošim rešenjima, da bi posle nekoliko meseci KZ opet bio menjan ali ne da bi se ti propusti otklonili, već verovatno zato što se predlagač nečega „prisetio“ (promenjena je i par meseci ranije uvedena odredba o pojmu organizovane kriminalne grupe). Interesantno je da je za pripremu ovog zakona bilo dato više vremena nego za pripremu samog KZ, tako da se ne bi moglo tvrditi da su propusti posledica kratkog vremena za pripremu. Iako se nije žurilo sa njegovom pripremom, žurilo se sa njegovim usvajanjem, pa je Zakon o izmenama i dopunama usvojen po hitnom postupku. Teško je ovde makar i primera radi navesti neke propuste. Između ostalog, nije vođeno računa ni o onome na šta se mora obratiti pažnja naročito kod izmena i dopuna, a to je da izmena (ili dopuna) neke odredbe može za sobom da povuče intervencije i kod više drugih odredaba. Ne samo da sastavljači Zakona o izmenama i dopunama KZ nisu vodili računa o Krivičnom zakoniku kao

Kritika krivičnopravnog ekspanzionizma ne znači da je svaka nova inkriminacija neprihvatljiva. *Ius criminale semper reformandum est*, što znači da se i vrste i obim inkriminiranih ponašanja menjaju.

#### 4. KRIVIČNOPRAVNI MINIMALIZAM (DEKRIMINALIZACIJA)

Drugi način bi podrazumevao preduzimanje zahvata na planu krivičnog materijalnog prava u pravcu dekriminalizacije. Pod tim treba podrazumevati i sužavanje i preciziranje kriminalne zone kod postojećih inkriminacija (delimična dekriminalizacija), a ne samo potpuno ukidanje pojedinih krivičnih dela. Takav pristup bi, između ostalog, pred one koji pripremaju zakonske nacрте postavio više zahteve i standarde. Takvo jedno fino „podešavanje“ krivičnopravne norme zahtevalo bi minuciozni i duži rad koji je danas retkost u pripremi zakonskih projekata u krivičnopravnoj oblasti. I neki instituti opšteg dela pružaju određene mogućnosti za dekriminalizaciju, odnosno sužavanje granica krivičnog prava. Sistematski i dosledno sprovedena, ova koncepcija bi vodila krivičnopravnom minimalizmu.<sup>26</sup> To bi vodilo višem stepenu efikasnosti i legitimnosti krivičnog prava u celini. Ova mogućnost, iako načelno najprihvatljivija, danas je nerealna. Zakonodavac (pa i naš) nema nikakvog afiniteta prema toj koncepciji. Naprotiv, kao što je rečeno, na zakonodavnom planu se sprovodi politika krivičnopravnog ekspanzionizma koja u još većoj meri zaoštava problem obavljanja zaštitne funkcije krivičnog prava kao njegove osnovne funkcije. Vrlo retka i sporadična dekriminalizacija do koje ponekad dolazi, ništa ne menja u pogledu jasno ispoljenog trenda širenja granica krivičnopravne represije. Međutim, samo krivično pravo koje je postavljeno restriktivno može da obavlja

---

celini, nego nisu mogli ni u okviru istog člana da dosledno sprovedu novo rešenje. Tako, kod opoziva uslovnog otpusta u članu 47 u st. 1. i 2. umesto ranije granice između obaveznog i fakultativnog opoziva od jedne godine zatvora, predviđeno je šest meseci, tj. u slučaju da je za novo krivično delo izrečena kazna zatvora preko šest meseci sud bi morao da opozove uslovni otpust. Međutim, da li zaista mora zavisi od tumačenja, jer je u stavu 5. istog člana ostalo staro rešenje iz koga jasno proizlazi da sud ne mora da opozove uslovni otpust onda kada je uslovno osuđenom za novo krivično delo izrečena kazna zatvora do jedne godine. Nužno se nameću upoređenja sa radom na pripremi zakonskih projekata u oblasti krivičnog prava u Srbiji pre jednog veka. Naime, 1910. godine, u skladu sa rešenjem tadašnjeg ministra pravde, štampana je u 1500 primeraka kao knjiga Projekat i motivi srpskog KZ sa vrlo obimnim i detaljnim obrazloženjem (747 strana) sa ciljem da se besplatno podeli svima onima koji bi mogli da doprinesu usavršavanju urađenog nacрта KZ. Ovaj veoma dobar Projekat KZ uradila je četvoročlana komisija bez pomoći stranih eksperata, što je danas postalo uobičajeno. Međutim, iako su sednicama komisije za izmenu i dopunu KZ Srbije iz septembra 2009. godine prisustvovali službenici ambasade SAD, a ekspertizu na njega dao ekspert Saveta Evrope (doduše, taj ekspert u Srbiji prema svojim referencama u odnosu na domaće eksperte sigurno ne bi zauzeo neko visoko mesto), posao je urađen onako kako je urađen, tj. loše i nekvalitetno.

26 U našoj literaturi ta koncepcija (politika selektivnog krivičnopravnog minimalizma) zastupa se u Z. Stojanović, *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*, Beograd, 1987. Ona kod nas nije naišla na šire prihvatanje. Deklarativno opredeljivanje i prihvatanje načela krivično pravo kao *ultima ratio* u našoj teoriji, ne znači i prihvatanje te koncepcije. Zbog nepostojanja egzaktnih kriterijuma za određivanje legitimnih granica krivičnog prava, moguće je čak i za jedno hipertrofirano krivično pravo tvrditi da predstavlja *ultima ratio*.

svoju osnovnu funkciju. Tu funkciju treba videti u zaštiti osnovnih ljudskih prava i onih društvenih podsistema koji su u funkciji ostvarivanja tih prava.

Time dolazimo i do poznatog pitanja, a to je da li je država po svojoj definiciji, suštini i biću sposobna da se rukovodi pre svega interesima građana. Da li će ona oblikovati krivično pravo u cilju zaštite osnovnih prava čoveka, ili će krivično pravo (zlo)upotrebljavati u neke druge svrhe? Zadatak je nauke krivičnog prava (i drugih srodnih nauka) da razotkrije i utvrdi prave namere, da deideologizuje krivično pravo i da ukaže na njegova udaljavanja od onoga što jedino istinski može da ga legitimiraju, a to je zaštita osnovnih prava čoveka i opštih dobara samo u onoj meri u kojoj je to u funkciji ostvarivanja tih osnovnih prava.<sup>27</sup>

Iako se 80-tih godina prošlog veka strategija dekriminalizacije činila bar donekle i delimično ostvarljivom,<sup>28</sup> danas smo od nje mnogo više udaljeni. Čini se da se obistinjuje predviđanje da će krivično pravo pre nego što postane bolje, najverovatnije postati gore.<sup>29</sup> Međutim, šta ako ne postane bolje? Pogoršanje stanja u oblasti krivičnog prava, ipak nije garancija da ćemo u dogledno vreme imati bolje krivično pravo.

## 5. ZAKLJUČAK

Krivičnopravna represija je i dalje ne samo neophodno, nego često i jedino sredstvo za suzbijanje kriminaliteta. Traženje alternativa koje bi u potpunosti zamenile krivično pravo, do sada se pokazalo neuspešnim. Alternativne sankcije u okviru krivičnog prava nisu rešenje za strukturalne slabosti krivičnopravnog sistema, niti je moguće da se krivično pravo pre svega osloni na alternativne sankcije. Iako danas zakonodavac uglavnom nije spreman da ide dalje od uvođenja alternativnih krivičnih sankcija i širenja mogućnosti za primenu pojedinih pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima, to ne samo da nije argument za odustajanje od stava o potrebi drugačijeg oblikovanja krivičnog prava, nego ukazuje na potrebu još aktivnijeg angažovanja teorije u kritici pogrešnog puta na kome se našao zakonodavac. Ako ništa drugo, neophodno je zaustavljanje trenda krivičnopravnog ekspanzionizma koji krivično pravo ne samo da vodi u nelegitimne vode, nego od njega sve više čini malo upotrebljivo sredstvo u suzbijanju kriminaliteta; što umesto do njegovog jačanja pretilo da dovede do njegovog kolapsa. Osim toga, krivičnopravni ekspanzionizam vidi prepreku u nekim osnovnim načelima krivičnog prava i nastoji da ih eliminiše ili relativizuje, iako se radi o viševjekovnoj civilizacijskoj tekovini.

27 Praveći sintezu rezultata međunarodnog simpozijuma u Bambergu 2000. godine, profesor H. J. Hirsch je u vezi sa inflacijom krivičnopravnih normi kao jednim od glavnih simptoma krize krivičnog prava istakao značaj još tešnjeg povezivanja teoretičara krivičnih nauka, kao i potrebe da oni kritički uzmu reč i da se još više nego do sada zainteresuju da se od strane nadležnih državnih instanci utvrde i suzbijaju oni uzroci koji pogoduju kriminalitetu. Jer, krivično pravo i krivično procesno pravo, prema svojoj prirodi, nisu u stanju da neutrališu određene društvene i političke deficite. Up. *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?* Berlin, 2001, 384.

28 Vid. Z. Stojanović, Im Vorfeld einer Entkriminalisierungspolitik, *Cahiers de defence sociale*, 1986, pp. 89–95, referat na Petom evropskom kongresu Nove društvene odbrane, Wuppertal, 1984.

29 W. Stuntz: The Pathological Politics of Criminal Law, *Michigan Law Review* 100, 2001, p. 600.

Iako se čini da nije realno očekivati da će se tendencije koje se naziru radikalizovati, opasnosti koje su sa time skopčane su takvih razmera, da ih zbog toga treba ozbiljno shvatiti. Ukidanje granica krivičnom pravu je mnogo opasnija ideja od ukidanja samog krivičnog prava.

Krivično pravo Srbije krenulo je naročito u poslednje vreme putem krivičnog pravnog ekspanzionizma.<sup>30</sup> To nameće potrebu da se granice krivičnog prava postave adekvatnije, odnosno da se istinsko rešenje traži u postavljanju legitimnih, u odnosu na postojeće užih i preciznijih granica krivičnopravne zaštite. Rešavanje nekih društvenih, ekonomskih i političkih problema mora se tražiti van krivičnog prava koje nije ni legitimno, a ni efikasno i efektivno sredstvo za njihovo rešavanje. Iako zakonodavac u Srbiji ima sklonost ka ekscesivnom korišćenju krivičnog prava, u tome mu nikako ne treba davati podršku. Ta podrška indirektno, pa i direktno stiže od nekih inostranih političkih struktura, pa i nekih pojedinaca koji se javljaju u svojstvu eksperata. Često deklarativno pozivanje na energično suzbijanje kriminaliteta u dnevno-političke svrhe, kao i etiketiranje onih koji kritikuju represivne tendencije kao protivnika tog „energičnog obračuna“, za svakog ko poznaje probleme suzbijanja kriminaliteta, a čini se sve više i za prosečnog građanina, ne deluju ubedljivo. Ukoliko bi došlo do stvarnog uspostavljanja funkcionisanja pravne države i obezbeđivanja normalnih uslova za rad krivičnog pravosuđa, a svakako i uspostavljanja jedne normalne društvene, ekonomske i političke klime, krivični zakonodavac ne bi bio stalno u iskušenju da pravi ozbiljne ekscese. Olako korišćenje krivičnopravne represije, njeno zaoštavanje na zakonskom planu, kao i suviše česte izmene krivičnog zakonodavstva nisu došle do izražaja u podjednakoj meri u svim krivičnim zakonodavstvima u državama nastalim na teritoriji bivše SFRJ. U pogledu oštine krivičnopravne represije ipak se u Sloveniji (koja je 2008. godine donela novi KZ), pa i u Crnoj Gori, u kojoj je 2010. godine usvojen opsežan Zakon o izmenama i dopunama KZ, može zapaziti umereniji pristup. Bar kada su u pitanju propisane kazne, za razliku od zakonodavca u Srbiji, nije došlo do izražaja uverenje da se (preterano) strogim kaznama može doprineti suzbijanju kriminaliteta.

Oštra, široka i neselektivna (ili selektivna u negativnom smislu) krivičnopravna represija kojoj zakonodavac sve češće pribegava, često uz podršku neobaveštene javnosti kojom se može manipulirati u političke svrhe (ali ne u nedogled, jer to ipak postaje politički „istrošena“ tema), po pravilu, ne pogađa svoj pravi cilj. Čak i u slučaju ako bi preterana krivičnopravna represija dovela do kratkotrajnih pozitivnih rezultata na planu suzbijanja kriminaliteta, šteta koju bi građani, pa i društvo u celini imali od jednog izrazito represivnog pristupa bila bi višestruka.<sup>31</sup> Još gore od pre-

30 To se može reći (mada u nešto manjoj meri) i za krivično zakonodavstvo Republike Srpske koje je, izgleda, jula 2010. godine sledilo ono što je 2009. godine učinjeno u Srbiji. Osim propisivanja novih krivičnih dela, ili novih oblika postojećih, propisana je stroža kazna kod više krivičnih dela (pri tome se kod nekih krivičnih dela išlo na neobično sužavanje kaznenog raspona: npr. umesto ranijeg raspona od šest meseci do pet godina, propisan je zatvor od dve do pet godina). Nešto u čemu se otišlo i dalje nego u Srbiji, jeste načelno kažnjavanje svih pripremljenih radnji kod svih krivičnih dela za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju od pet godina ili više. Iako je ova odredba po svojoj prirodi opšteg karaktera, ona je predviđena kao posebno krivično delo «Pripremanje krivičnog djela» (član 361a).

31 Korišćenje pojačane i sveobuhvatne represije u kontroli kriminaliteta moglo bi da prouzrokuje učvršćivanje i produbljivanje društvenih i rasnih podela, jačanje kriminogenih procesa, otuđiva-

terane krivičnopravne represije jeste pogrešno usmerena krivičnopravna represija. Radi se o poznatom problemu korišćenja krivičnog prava za obračun sa političkim protivnicima, ili čak konkurentima na „kriminalnom tržištu“, a u nekim slučajevima cenu plaćaju „žrtveni jarci“ da bi se umirila nezadovoljna javnost. Bez obzira na stav aktuelnog ili nekog budućeg zakonodavca, zadatak je nauke krivičnog prava da ukazuje i zalaže se za ispravna rešenja koja će voditi jednom istovremeno i boljem i efikasnijem krivičnom pravu. Nezavisno od kriminalnopolitičke orijentacije, minimum koji bi se morao ostvariti jeste izbegavanje onoga po čemu je Srbija izgleda postala specifična, a to su nekvalitetne norme, propusti u tehničkom i suštinskom smislu do kojih je došlo prilikom izmena i dopuna KZ 2009. godine u kojima se prepoznaje sličan pristup koji je postojao i prilikom izmena i dopuna krivičnog zakonodavstva iz 2003. godine. Čini se da je u tom pogledu uspostavljen kontinuitet, iako je on donekle bio prekinut usvajanjem KZ 2005. godine.

S druge strane, i one orijentacije koje nailaze na više simpatija u nauci krivičnog prava ne mogu pretendovati da budu bezrezervno prihvaćene od strane zakonodavca. Insistiranje na tome da je samo jedna orijentacija ispravna, teško može biti prihvatljivo za zakonodavca koji želi da realizuje i neke pragmatične, pa i političke ciljeve. Zato je neophodno usvajanje jedne kompleksne strategije koja bi na odgovarajući način uključila više različitih pristupa koji bi bili primereni savremenim izazovima suzbijanja kriminaliteta. Pri tome, te izazove ne treba ni potceniti, ni preceniti.

## LITERATURA

- P. A. Albrecht, *Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen*, *ZStW*, 4/1985
- M. J. Fish, *An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1, 2008
- H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht, AT I*, 7. Auflage, Wien, 2008
- D. Garland, *Kultur der Kontrolle, Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart*, Frankfurt/New York, 2008 (*The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, 2001)
- W. Hassemer, *Freiheitliches Strafrecht*, 2001, Berlin
- H. J. Hirsch, *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?* Berlin, 2001
- Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, deseto izdanje, Beograd, 2010
- Đ. Ignjatović, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izdanje, Beograd, 2010
- Istraživanje Max Planck Instituta iz Freiburga: *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, Freiburg, vol. 1–2, 2000
- N. Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, 2004
- D. Kos, *Korupcija je najljući mirnodopski protivnik*, autorski komentar, NIN, 7.10.2010

---

nje velikih društvenih grupa, diskreditaciju pravosuđa, smanjivanje tolerancije među građanima, sklonost ka autoritarnom i dr. Up. R. Garland, op. cit., p. 361. Iako se to, pre svega odnosi na SAD i Veliku Britaniju, to je realna opasnost i za Srbiju. Štaviše, neke od tih negativnih posledica su već prisutne, a širenje i jačanje krivičnopravne represije uz povećanje stepena pravne i druge nesigurnosti mogu doprineti tome da se one u još većoj meri ispolje.

- G. Milovanović, beleške po predavanjima, litografisana skripta, Beograd, 1897–98
- A. B. Наумов, *Российское уголовное право*, tom 1, 4-е издание, Москва, 2007
- J. Pratt, Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess, *British Journal of Criminology*, 2008
- U. Sieber, Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 7/2009
- Z. Stojanović, Im Vorfeld einer Entkriminalisierungspolitik, *Cahiers de defence sociale*, 1986, pp. 89–95, referat na Petom evropskom kongresu Nove društvene odbrane, Wuppertal, 1984
- Z. Stojanović, *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*, Beograd, 1987
- Z. Stojanović, Organizovani kriminalitet i pitanja zaštite i ostvarivanja ljudskih prava. U: *Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici*, Beograd, 1989
- W. Stuntz: The Pathological Politics of Criminal Law, *Michigan Law Review* 100, 2001
- M. Škulić, Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2010

Zoran Stojanović

Juristische Fakultät, Universität Belgrad

## STRAFRECHTLICHER EXPANSIONISMUS UND DIE GESETZGEBUNG SERBIENS

### ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit wird im Kontext der strafrechtlichen Repression als möglichem Mittel zur Bekämpfung der Kriminalität der strafrechtliche Expansionismus, der mittlerweile die dominierende Ausrichtung in den meisten europäischen Strafgesetzbüchern geworden ist, analysiert und kritisch hinterfragt. Dieser führt gleichzeitig zu einem unlegitimen und ineffizienten Strafrecht. Mit der Erweiterung der Strafbarkeitszone durch die Einführung neuer oder der Ausweitung bestehender Straftatbestände, sowie der Verschärfung vorgesehener Strafen, wird die Funktion des Strafrechts als Mittel zur Kriminalitätsbekämpfung in seiner Effizienz geschwächt und führt zudem zu weiteren negativen Folgen. Und auch die Strafgesetzgebung an sich verliert an Qualität, da unbestimmte und widersprüchliche Regelungen eingeführt werden und das Rechtsstaatlichkeitsprinzip geschwächt wird. Man kann sagen, dass der strafrechtliche Expansionismus auch im serbischen Strafrecht Einkehr gehalten hat, bei welchem in letzter Zeit ein Rückschritt sowohl im inhaltlichen, als auch im gesetzgeberisch-technischen Sinne verzeichnet werden kann. Obwohl das im gewissen Sinne als Nebenwirkung des strafrechtlichen Expansionismus zu verstehen ist, so scheint er doch ein Spezifikum Serbiens zu sein, das in anderen europäischen Ländern nicht oder nicht in dem Maße vorhanden ist. Die gesetzlichen Regelungen zeugen von einer Fülle von legislativ-technischen Fehlern und von erheblichen inhaltlichen Mängeln, die eine

ernstzunehmende Prüfung nicht bestehen würden. Obwohl die Chancen dafür, dass die hier geäußerte Kritik bei dem aktuellen Gesetzgeber auf offene Ohren stoßen wird, relativ gering sind, betont der Autor, dass es Aufgabe der Strafrechtslehre ist, Schwächen der aktuellen Tendenzen aufzuzeigen und den Weg für eine bessere und gerechtere Strafgesetzgebung zu ebnen. Eine wissenschaftliche Herangehensweise ist hier zwar wünschenswert, kann aber für den Gesetzgeber nicht immer eine bindende Wirkung haben. In manchen Fällen muß man Verständnis für den Gesetzgeber haben, wenn er die aus der Lehre kommenden Vorschläge zwar aufgreifen würde, es aus bestimmten Gründen allerdings nicht macht. Sicherlich sind viele Fragen auch in der Strafrechtstheorie umstritten; es bedarf jedoch keiner tieferen Analyse um festzustellen, dass der serbische Gesetzgeber in den letzten Jahren den falschen Weg eingeschlagen hat. Allein die Tatsache, dass er im legislativ-technischen Sinne schlechte Regelungen einführt und dass er sehr oft in so empfindlichen Bereichen wie es das materielle Strafrecht und das Strafprozessrecht sind, Änderungen vornimmt, zeugt von seinem ungenügenden Verantwortungsbewußtsein. In der Arbeit wird, von der Kritik des strafrechtlichen Expansionismus ausgehend, auf die Notwendigkeit einer komplexen und rationalen Strategie über die Funktion des Strafrechts hingewiesen, die mehrere Herangehensweisen beinhalten und die zu einem leistungsfähigerem und legitimeren Strafrecht führen würde.

**Schlüsselwörter:** Kriminalitätsbekämpfung, strafrechtlicher Expansionismus, Strafgesetzgebung.



Dorđe Ignjatović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## KRITIČKA ANALIZA STANJA I TENDENCIJA U KRIVIČNOM IZVRŠNOM PRAVU SRBIJE

**Apstrakt:** U radu je podvrgnut analizi sistem izvršenja krivičnih sankcija kao deo korpusa kaznene reakcije na kriminalitet u Srbiji. Uz ukazivanje na trendove koji se mogu zapaziti u ovoj oblasti, dat je pregled novih rešenja u materiji izvršnog krivičnog prava koja su usvojena tokom 2009. godine. Ona su bila plod potrebe da se reguliše izvršenje (u materijalnom i procesnom krivičnom pravu) usvojenih novih mera kaznene reakcije, ali i razrada ideje da je za učinioce određenih dela potrebno propisati poseban režim. Inovacije u ovoj materiji su dobrim delom izmenila opšti model izvršenja i unela niz nedoumica. Pre svega u odnosu na novi model izvršenja kazne zatvora izrečene za „dela organizovanog kriminala“. Njime se u naš penitencijarni sistem vratila ćelijska izolacija za koju smo do skora mislili da je (bar kad se radi o ovim prostorima) davna prošlost. Posle osvrta na okolnosti u kojima je ovo rešenje usvojeno, analizovane su zakonske odredbe o uslovima za određivanje ovog modela izvršenja i ukazano na moguće opasnosti od njegovog širenja pod uticajem kampanja „kaznenog populizma“.

U radu su kritičkom razmatranju podvrgnute i druge odredbe i rešenja iz našeg krivičnog izvršnog prava, a po pravilu posle ukazivanja na propuste, navedeno je i kako bi tu materiju trebalo urediti. Time je autor nastojao ne samo da izbegne jeftino kritizerstvo, nego – još više – da olakša rad budućim komisijama za noveliranje ove važne grane prava. A pred njima će biti nezahvalan posao da sistem izvršenja krivičnih sankcija učine koherentnim i (onoliko koliko se to može postići normativnim sredstvima) delotvornim.

**Ključne reči:** krivične sankcije, izvršenje, retribucija, penitencijarne ustanove, „supermaks zavodi“, ćelijska izolacija.

### UVOD

Kazneno zakonodavstvo u Srbiji poslednjih godina prolazi kroz period intenzivnog transformisanja kakav na ovim prostorima, sem možda u periodu „post-revolucionarnog“ zanosa posle Drugog svetskog rata, nije zabeležen. Pod različitim uticajima (kao razlozi se zvanično najčešće navode „usklađivanje sa evropskim standardima“ i prilagođavanje kaznene reakcije potrebama kontrole najopasnijih tipova kriminalne delatnosti) ušli smo u fazu takvog dinamizma u ovoj oblasti u kojima je moguće da se, na primer, jedan izuzetno važan krivični zakon menja tri puta u jednoj godini. Zakonik o krivičnom postupku po broju promena najpre podseća na „revoluciju koja teče“, a događa se i da se ista odredba Krivičnog zakonika menja

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

dva puta u samo nekoliko meseci – slučajevi nezabeleženi čak i u novostvorenim državama koje tek grade svoj pravni sistem, bez ikakvog ranijeg iskustva.

Kao da se zaboravilo ono čemu se vekovima uče studenti pravih fakulteta – da je kazneno pravo poslednja oblast u kojoj je (pre svega zbog ozbiljnosti reagovanja, potrebe garantovanja pravne sigurnosti i poštovanja prava čoveka) dozvoljeno eksperimentisanje i prepuštanje zakonodavnog rada početnicima u cilju obučavanja. /1/ Ono što čudi je da je takva praksa nepoznata u razvijenim državama Evrope koje su integrisane u EU čijem članstvu Srbija teži. /2/ Po pravilu, tamo su reforme u oblasti kaznenog reagovanja brižljivo pripremljene i dobro osmišljene, sprovedene uz svestrano (često višedecenijsko) preispitivanje osnovnih i „kolateralnih“ efekata takvih zahvata. /3/

U situaciji kakva je naša, kada se na javnoj sceni niko ne zalaže za „normativnu stabilizaciju“ u ovoj oblasti, umesto čega se već duže vreme širi duh „kaznenog populizma“ i kampanje „moralne panike“, naučni kritički pristup ima još veći značaj kao glas razuma i inicijator preispitivanja kampanjskog rada koji se ponajviše ogleda u javnom isticanju broja zakona donetih u određenom periodu, uz zanemarivanje kakvi su stvarni efekti tih propisa i koliko oni zaista doprinose kontroli kriminaliteta.

Namera ovog teksta je da odgovori na gore postavljena pitanja u jednoj uskoj, ali specifičnoj oblasti: izvršenju krivičnih sankcija. U radu će, pored propisa kojima se ova oblast reguliše u najužem smislu (tzv. *primarni izvori prava izvršenja krivičnih sankcija*) biti analizovana i rešenja u onim propisima koji stvaraju pretpostavke i normativno okruženje u kome se sâmo izvršenje sankcija sprovodi (tzv. *sekundarni izvori*). Čini se da bi bilo pogrešno ne uzeti u obzir ove druge propise jer bi bez toga izlaganje o zakonima koji su (u celini ili u jednom svom delu) namenjeni regulisanju materije izvršenja krivičnih sankcija bilo nepotpuno i nedorečeno. Otuda ćemo se u ovom radu prvo pozabaviti upravo ovim izvorima.

Najzad, pre prelaska na izlaganje, potrebno je dati još jednu napomenu: s obzirom da smo pre više godina ukazali na osnovne probleme koji se u sistemu izvršenja krivičnih sankcija pojavljuju kod nas /Ignjatović, 2006/, u ovom radu zadržaćemo se uglavnom na analizi novih odredaba kojima je ovaj sistem izmenjen u toku 2009. godine, uz samo uzgredno podsećanje na bitne zamerke neizmenjenim rešenjima koje su već bile navedene.

## 1. SEKUNDARNI IZVORI

Pored normi Ustava Republike Srbije /4/ koji u Delu II (*Ljudska i manjinska prava*) u odeljku 2. (*Ljudska slobode i prava*) sadrži niz pravila koja su od značaja za materiju izvršenja krivičnih sankcija /v. Ignjatović, 2010b/, ovde su od posebnog značaja norme materijalnog i procesnog krivičnog prava.

### 1.1. Norme materijalnog krivičnog prava

Najvažniji izvor našeg materijalnog krivičnog prava je Krivični zakonik (KZ) /5/ koji sadrži odredbe koje se odnose na punoletna lica, dok materijalno pravne

odredbe koje se tiču mladih lica sadrži i Zakon o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivično pravnoj zaštiti maloletnika (ZMUKD) /6/ Budući da ovaj drugi nije u međuvremenu menjan, zadržaćemo se na odredbama KZ koji pre svega određuje sistem krivičnih sankcija za punoletna lica čijom realizacijom se bavi izvršno krivično pravo, /7/ zatim reguliše još neke institute od značaja za ovu oblast i najzad, u posebnom delu sadrži nekoliko krivičnih dela gde su inkriminisana ponašanja kojima se ugrožava izvršenje krivičnih sankcija. /8/

Kada se radi o **sistemu sankcija**, u Zakoniku (čl. 43) predviđene su sledeće: 1. kazna zatvora; 2. novčana kazna; 3. rad u javnom interesu; i 4. oduzimanje vozačke dozvole. Osvrnućemo se sada na najvažnije novine:

#### *a. kućno zatvaranje*

Prva je novi modalitet kazne zatvora. Zid KZ iz 2009. uveo je u čl. 45 (st. 5–8) **kućno zatvaranje**. Naime, osuđenom kome je izrečena kazna zatvora do jedne godine sud može odrediti da se ova mera izvrši tako što on ne sme napustiti prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija (st. 5). /9/ Ukoliko osuđeni ne poštuje zabranu udaljavanja iz prostorija u kojima stanuje, i to – ukoliko je samovoljno napustio te prostorije „jednom ... u trajanju od 12 časova ili dva puta u trajanju od šest časova“ – sud će „odrediti da ostatak kazne zatvora izdržava u zatvoru“ (st. 6).

Ovde treba ukazati na dve činjenice:

- ❑ a1. pre svega, odredba st. 6 je primer loše pravno tehničke izrade krivične norme, jer iz nje proizlazi na primer da se osuđeni koji se samovoljno udalji duže od 12 časova ne mora poslati u kaznenu ustanovu na izdržavanje ostatka kazne. Zašto pisci Zid KZ nisu jednostavno rekli da će se upućivanja u kaznenu ustanovu primeniti onda  
*kada osuđeni samovoljno (jednom ili u više navrata) napusti prostorije u kojima stanuje duže od 12 časova;*
- ❑ a2. drugo, ukazujemo na neodrživost formulacije da će „osuđeni ostatak kazne zatvora izdržavati u zatvoru“ (podvukao Đ. I.). Ovde se vidi razlog zašto ovu meru ne treba nazivati „kućni zatvor“ jer bi tek to unelo potpunu konfuziju: kako kuća (sem u književnim radovima) može – i terminološki – biti izjednačena sa penitencijarnom ustanovom?

U st. 7 se napominje da će sud prilikom određivanja kućnog zatvaranja voditi računa o tehničkim mogućnostima, kao i o drugim okolnostima od značaja za odmeravanje kazne. Drugim rečima, ukazuje se ne samo na potrebu nabavke odgovarajućih tehničkih sredstva za elektronsko praćenje kretanja lica (GPS sistem), nego i na mesto i uslove stanovanja osuđenog lica (iskustva u svetu govore da je ovu meru jednostavnije primeniti ukoliko osuđeni stanuje u individualnoj kući nego u stambenoj zgradi i sl.).

Najzad, u st. 8 čl. 45 navodi se da ovakav način izvršenja kazne zatvora ne dolazi u obzir kod osuđenih koji su izvršili krivično delo protiv braka i porodice a žive

sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu. Ova odredba dokaz je uticaja viktimološkog načina razmišljanja u našem krivičnom zakonodavstvu jer je doneta cilju izbegavanja rizika od ponovne viktimizacije žrtve ovakvih krivičnih dela.

Za kraj još jedna napomena: čini se da je krivični zakonodavac trebalo kućno zatvaranje da reguliše u posebnom članu, kada ga već nije izdvojio kao posebnu kaznu (za ovo drugo postoji izvesno opravdanje: formalno gledano, kućno zatvaranje predstavlja poseban modalitet kazne lišenja slobode – suština je u lišavanju određenog lica da slobodno odlučuje gde će se u određenom trenutku naći, a pitanje gde je u međuvremenu smešteno nije odlučujuće za karakter sankcije). Razlozi za odvajanje mere kućnog zatvaranja u poseban član KZ nisu samo u posebnim pravilima za njeno izvršenje, nego i u činjenici da se takvim rešenjem i simbolično jasno ukazuje na potrebu korišćenja zatvaranja u penitencijarnim ustanovama kao rešenja *ultima ratio*. Prenaseljenost (prenatrpanost) ovih ustanova u Srbiji dobila je dramatične razmere. Otuda, plediramo da u sledećim izmenama KZ Srbije kućno zatvaranje bude izdvojeno u čl. 45a.

### b. uslovni otpust

U Zakoniku je sadržano nekoliko pravila o uslovnom otpustu sa izdržavanja kazne zatvora. Uslovni otpust može se odobriti osuđenom koji je izdržao *dve trećine* (do Zid KZ – polovinu) kazne zatvora ako se u toku izdržavanja tako popravio da se osnovano može očekivati da će se na slobodi dobro vladati, a naročito da do isteka vremena za koje je izrečena kazna neće učiniti novo krivično delo. Pri razmatranju da li će osuđeni biti uslovno otpušten, uzeće se u obzir njegovo vladanje za vreme izdržavanja kazne, izvršenje radnih obaveza, kao i druge okolnosti koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja. U slučaju da uslovni otpust u toku navedenog vremena ne bude opozvan, smatraće se da je osuđeni izdržao kaznu (čl. 46).

Zid KZ i 2009. uveo je još dve novine:

- b1. prvo, izričito je u st. 2 naglašeno da sud može u odluci o uslovnom otpustu odrediti da je osuđeni dužan da ispuni obaveze predviđene u krivičnopravnim odredbama (ovo je važno jer je u st. 47 dodato da osnov za opoziv uslovnog otpusta može biti i neispunjenje neke od obaveza koju mu je odredio sud);
- b2. druga novina je za pravo izvršenja krivičnih sankcija još značajnija: izričito se naglašava da se ne može uslovno otpustiti osuđeni koji je „*pokušao bekstvo ili je pobegao iz zavoda za izvršenje kazne zatvora u toku izdržavanja kazne*“.

Ovim je još jednom potvrđena teza da je uslovni otpust mera koja ima pre svega zadatak da disciplinuje osuđenike, odn. da doprinese njihovom uzdržavanju od narušavanja reda u kaznenim ustanovama /Stojanović, 1984/. To samo po sebi može biti predmet kritičkih osvrta sa stanovišta kriminalne politike, kriminologije i penologije, ali je kao rešenje bez sumnje u skladu sa načelom utilitarnosti.

Zbog toga je takav pristup došao do izražaja u većini zemalja. Međutim, način na koji je ovo rešenje pravno tehnički sprovedeno, izaziva nepotrebne dileme. Zbog

formulacije „ili je pobjeao“, može se pojaviti nedoumica da li se zabrana odnosi samo na osuđenog koji se trenutno nalazi u bekstvu ili i na onog koji je posle toga vraćen u ustanovu (istini za volju, ovu dilemu delimično razrešava to što je pravo na uslovni otpust uskraćeno i onima koji su samo pokušali da pobjegnu). Drugu dilemu otvara formulacija da se ova specifična sankcija odnosi na osuđene koji pokušaju ili uspeju u bekstvu „iz zavoda za izvršenje kazne zatvora u toku izdržavanja kazne“. Trebalo bi one koji su ovu normu formulisali zapitati kako osuđeni može pobeći iz kaznene ustanove izvan vremena u kome u njoj izdržava kaznu. U kom bi se inače svojstvu u ustanovi nalazio? U odredbi se ne misli na pritvorena lica (jer nisu osuđena). Očito, i dalje se zakoni u krivičnoj oblasti pišu kod nas bez vođenja računa o osnovnim pravilima nomotehnike.

**Opozivanje uslovnog otpusta** regulisano je u čl. 47 KZ Srb. Postoje slučajevi kada je ono obavezno – ukoliko osuđeni, dok je na uslovnom otpustu učini jedno ili više krivičnih dela za koja je izrečena kazna zatvora preko šest meseci (do Zid KZ iz 2009 – do jedne godine). Ako osuđeni učini dela za koja je izrečena kraća kazna zatvora ili ukoliko ne ispuni neku od obaveza koje mu je sud odredio, opozivanje je fakultativno (sud može, ali ne mora opozvati uslovni otpust). Pri tome će naročito uzeti u obzir srodnost učinjenih krivičnih dela, pobude iz kojih su izvršena i druge okolnosti od značaja za ocenu opravdanosti opozivanja. Ista pravila važe i ako se otpuštenom sudi za krivično delo koje je učinio pre nego što je uslovno otpušten.

Očito, rešenja u Zid KZ idu za tim da, u okviru opšteg trenda zaoštavanja kaznenog reagovanja na kriminalitet, suze primenu uslovnog otpusta. To se vidi i u proširenju kruga razloga zbog kojih se ova mera može opozvati, ali još više po skraćanju – sa godine na šest meseci – izrečene kazne zatvora koja dovodi do obaveznog opozivanja uslovne osude. Ne ulazeći ovde u kriminalno političku opravdanost takvog trenda, /10/ treba ukazati da su pisci novele KZ u st. 5 istog (47) člana izazvali konfuziju ostavljajući raniju formulaciju „ako uslovno otpušteni bude osuđen na kaznu zatvora do jedne godine“, a sud ne opozove uslovni otpust“ (!?) koja predstavlja nedopustiv previd /v. Stojanović i Kolarić, 2010/.

## 1.2. Norme krivičnog procesnog prava

Najvažniji izvor ove grane prava je Zakonik o krivičnom postupku (ZKP) /11/ i već pominjani Zakon o maloletnim izvršiocima krivičnih dela i krivično pravnoj zaštiti maloletnika (ZMUKD). Iz istog razloga kao i kod materijalno pravnih odredaba, biće reći samo o ZKP i to o jednoj novini iz domena ograničenja slobode kretanja u krivičnom postupku. Kao što je poznato, najvažnije takvo ograničenje je pritvor, a u vezi sa njim je i mera **zabrana napuštanja stana ili mesta boravka** iz čl. 136 ZKP. Ono što ih povezuje je to što se ova druga:

1. izriče zbog sličnih razloga zbog kojih se određuje pritvor (primenjuje se ako postoje okolnosti koje ukazuju da bi okrivljeni mogao pobeći, sakriti se, otići u nepoznato mesto ili u inostranstvo);
2. u izvesnom smislu predstavlja alternativu pritvoru, jer se u rešenju o izricanju mere okrivljeni upozorava da se protiv njega može odrediti pritvor ukoliko prekrši izrečene zabrane.

Ograničenja se mogu sastojati u zabrani da bez odobrenja napusti svoj stan ili mesto boravka. Mera traje dok postoji potreba, a najduže do pravnosnažnosti presude i nadležni sudija odn. veće svaka dva meseca ispituju da li je ona još potrebna.

Uz ovu meru, okrivljenom može biti zabranjeno posećivanje određenih mesta ili sastajanje sa određenim osobama; prilaženje određenim licima; može mu biti oduzeta putna isprava ili vozačka dozvola ili mu se nalaže da se javlja određenom organu.

Dalje, ovom merom ne može se ograničiti pravo okrivljenog lica da živi u svom stanu, da se nesmetano viđa sa braniocem kao i sa članovima porodice i bliskim srođnicima, osim ako su ta lica obuhvaćena merom zabrane sastajanja ili prilaženja.

Pravila sadržana u čl. 136 ZKP predstavljaju primer lošeg pravno tehničkog postupanja u krivičnoj materiji. Ranije rešenje sadržano u istom članu kojim je regulisana mera „**zabrana napuštanja boravišta**“ bilo je konzistentno i logično: ukoliko postoji opasnost da će okrivljeni pobeći, sakriti se, otići u nepoznato mesto ili inostranstvo, sud će mu rešenjem zabraniti da bez odobrenja napusti mesto boravišta. Uz to, može mu zabraniti posećivanje određenih mesta, sastajanje sa određenim licima, ili mu naložiti da se povremeno javlja određenim organima. Takođe, može mu se privremeno oduzeti putna isprava ili vozačka dozvola. Merom se ne može zabraniti ili ograničiti pravo okrivljenog da živi u dotadašnjem stanu i da se nesmetano viđa sa članovima porodice, bliskim srođnicima i braniocem, kao i da obavlja profesionalnu delatnost. Prilikom izricanja mere, okrivljeni se upozorava koje su posledice po njega ukoliko prekrši izrečene zabrane.

Kasnijim izmenama u čl. 136 ZKP bez potrebe je (verovatno radi održavanja numeracije članova u Zakoniku) ubačena jedna nova mera koju bi bilo najbolje nazvati „**kućno pritvaranje**“ ili „**zabrana udaljavanja iz stana**“ Tako su, ubacivanjem u st. 1 ovog člana konstatacije da se zabrana odnosi i na to da okrivljeni napusti „svoj stan“ između „babe i žabe“. Da ostavimo sada po strani zabunu koju može izazvati insistiranje pisaca novele ZKP na prisvojnom pridevu „svoj“ stan. Da li to znači da se mera može izreći samo licima koja su vlasnici stana? Sigurno je da zakonodavac nije želeo da dodatno podvlači (inače nedopustivo velike) socijalne razlike između građana Srbije. Zbog toga je bilo bolje da je (kao KZ u slučaju mere kućnog zatvaranja) upotrebio formulaciju „stan u kome živi“.

Mnogo veći problem je to što je dodavanjem „kućnog pritvaranja“ uz zabranu napuštanja boravišta došlo do apsurdna: budući da je zadržana odredba iz st. 3 da se merama iz prethodnih stavova ne može ograničiti pravo okrivljenog da živi u „svom stanu“ dolazi se u apsurdnu situaciju da zakonodavac sam sebi protivureći. Još interesantnije rešenje vezano je za novu zabranu navedenu u st. 2 (zabrana prilaženja određenim licima). U nastojanju da sve uredi „na jednom mestu“ u istom članu i stavu (čl. 136 st. 3) ZKP navedeno je: okrivljenom se ne može ograničiti pravo da živi u svom stanu i da se nesmetano viđa sa članovima porodice – a onda se kaže da se to ipak može učiniti.

Zbog svega navedenog, trebalo u sledećim izmenama ZKP u poseban član izdvojiti ovu meru i to na sledeći način

*Kućno pritvaranje (ili Zabrana udaljavanja iz stana)**Član 136a*

*Ukoliko postoje razlozi zbog kojih se može izreći mera iz čl. 136, sud okrivljenom može izreći zabranu da bez odobrenja napusti stan u kome živi.*

*Ova mera ne može se izreći licu kome je zabranjeno prilaženje članovima porodice sa kojima je prethodno živeo u istom stanu.*

Ovakvo rešenje bilo bi daleko doslednije od onoga što je naš krivični zakonodavac usvojio najnovijom novelom ZKP.

Sud može naložiti da se prema okrivljenom kome je određena jedna ili više mera iz ovog člana primeni **elektronski nadzor** radi kontrolisanja poštovanja ograničenja koja su mu određena. /v. Bajović, 2007/. Uslov je da njegova primena ne škodi zdravlju okrivljenog.

Uređaj za lociranje (odašiljač) pričvršćuje na zglob ruke ili noge stručno lice koje okrivljenom daje detaljna uputstva o načinu rada uređaja. Uređajem kojim se daljinski prati kretanje okrivljenog i njegov položaj u prostoru (prijemnik) takođe rukuje stručno lice iz organa unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativne agencije ili drugog organa.

Takođe, u izmenama ZKP koje slede trebalo bi u članu 136b izdvojiti **elektronski nadzor** kao meru koja se može izreći okrivljenima kojima su određeni zabrana udaljavanja iz stana i kućno pritvaranje.

## 2. PRIMARNI IZVORI

Ovakve izvore prava izvršenja krivičnih sankcija čine propisi koji, ako već nisu u celini posvećeni tome, sadrže bar celinu sa normama kojima se reguliše ova materija. Mogu se podeliti u dve grupe:

- a. prvu čine zakoni. To su: a. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija (ZIKS) /12/, noveliran Zakonom o izmenama i dopunama (Zid ZIKS) /13/; Zakon o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala (ZIK-ZOK) /14/; odredbe o izvršenju krivičnih sankcija izrečenih maloletnicima u ZMUKD i slične odredbe sadržane u Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (ZOPL) /15/;
- b drugu grupu propisa čine podzakonski akti čiji zadatak je da razrađuju i preciziraju zakonske odredbe. Ovde spadaju propisi koje, za razliku od zakona za čije donošenje je nadležna Skupština Republike Srbije, usvaja vlada (uredbe) ili resorni ministar (najčešće ministar pravde) /16/ odn. ministri. Radi se o više propisa, a pre svega o pravilnicima o kućnom redu.

### 2.1. Podela primarnih izvora

Pre svega, novi zakoni usvojeni u drugoj polovini 2009. u ovoj materiji osložili su sistem krivičnog izvršnog prava, pa je u njemu primarne izvore sada moguće podeliti po više osnova:

- I) Prvi kriterijum bila bi svojstva učinioca dela. U tom pogledu možemo razlikovati:
- Ia) propise koji se odnose na fizička lica kao učinioce i
- Ib) one koji se tiču pravnih lica odgovornih za krivična dela.
- Unutar prve grupe moguće su dalje podele: na one propise koji uređuju izvršenje krivičnih sankcija prema punoletnim učiniocima krivičnih dela i one koji se odnose na maloletnike.
- II) Drugi kriterijum odnosi se na vrstu učinjenih krivičnih dela. Gledano sa tog stanovišta, razlikujemo režim izvršenja za teške oblike kriminaliteta (organizovani, terorizam, korupcija i ostala izričito nabrojana dela) i za ostala krivična dela.

Očito je da su izmene krivičnog zakonodavstva izvršene 2009. godine, uvođenjem još dva zakona u ovoj oblasti (ZIKZOK i ZOPL) veoma izmenili oblast krivičnog izvršnog prava. Otuda je ranija klasifikacija koja je poznavala dva osnovna zakona – ZIKS i ZMUKD (kod kojih je kriterijum razlikovanja bio samo uzrast fizičkog lica – učinioca krivičnog dela) dosta promenjena.

Međutim, i dalje je sve zakonske (i podzakonske) propise koji konstituišu pravo izvršenja krivičnih sankcija moguće podeliti na dva načina:

- ☐ u prvu grupu spada Zakon o izvršenju krivičnih sankcija koji uređuje ono što bismo mogli nazvati **opšti režim izvršenja krivičnih sankcija**. To se vidi po tome što ostali zakoni iz ove oblasti – i ZMUKD, i ZIKZOK i ZOPL upućuju na primenu njegovih odredaba ukoliko neki deo materije izvršenja nije u njima izričito regulisan. Odredbe o izvršenju u tim zakonima nastale su prostim izdvajanjem dela normi iz ZIKS ili kao modifikacija opšteg režima izvršenja propisanog u ZIKS kako bi se za pojedine učinioce krivičnih dela (prema njihovoj prirodi, uzrastu ili vrsti dela koje su izvršili) uveo **poseban režim izvršenja**.
- ☐ sledeća podela zasnivala bi se na užoj materiji koju ovi propisi uređuju. U prvu grupu spadali bi oni akti koji regulišu **materiju izvršenja u užem smislu** (pravila o položaju sankcionisanih lica i postupanju sa njima), dok bi drugu činili propisi koji uređuju pitanja ovlašćenja i statusa zaposlenih u njima koji spadaju u ovu oblast **u širem smislu**. Interesantno je da i osnovni zakonski propis iz ove oblasti – ZIKS – sadrži odredbe o „pravima (zaposlenih u Upravi za izvršenje) na osnovu rada“ (Glava XIV) o čijoj sadržini i nužnosti egzistiranja u ovakvom pravnom aktu će biti reči kasnije.

U daljem izlaganju, prvo će biti reči o rešenjima sadržanim u ZIKS koji reguliše režim izvršenja za najveći broj učinilaca krivičnih dela. Zatim će biti reči o režimu koji je uveo ZIKZOK, a po logici stvari, ovde bi mogli biti analizovani i propisi koji regulišu izvršenje krivičnih sankcija maloletnim učiniocima krivičnih dela (ZMUKD) i oni o izvršenju krivičnih sankcija izrečenih krivično odgovornim pravnim licima (ZOPL).



## 2.2. Propisi koji uređuju opšti model izvršenja krivičnih sankcija

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija (zajedno sa pratećim podzakonskim aktima) je osnovni pravni propis koji reguliše opšti model izvršenja krivičnih sankcija kod nas i zbog toga će u daljem izlaganju novinama u njemu biti posvećena posebna pažnja. Prvo će biti reči o svrsi izvršenja krivičnih sankcija, a zatim i o drugim novim (ali i najvažnijim starim) rešenjima koja traže kritičku analizu.

### 2.2.1. Svrha izvršenja krivičnih sankcija

Važeći ZIKS izričito se izjašnjava o tome šta se izvršenjem sankcija želi postići. Kako je u čl. 2 navedeno, svrha izvršenja je suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju čoveka i osnovne društvene vrednosti. Ova svrha ostvaruje se putem izvršenja pravnosnažnih i izvršnih sudskih odluka.

Odmah treba reći da je ovo po redosledu izlaganja materije u Zakonu, prva temeljnija izmena izvršena novelom iz 2009. Očito, to je urađeno pod uticajem kritike kojoj je bilo izloženo rešenje sadržano u ZIKS iz 2005.

Podsetimo se: u Zakonu je pre izmena u čl. 2 pisalo kako je svrha izvršenja sankcija „**sprovedenje** pravnosnažnih i izvršnih **sudskih odluka, zaštita društva** od krivičnih dela i **izdvajanje učinilaca** krivičnih dela iz društvene sredine u cilju njihovog lečenja, čuvanja i osposobljavanja za samostalno staranje o svojim potrebama nakon izvršenja sankcije“. Ovakvo definisana, navedena svrha mogla se kritikovati sa više stanovišta, o čemu je bilo pisano u našoj literaturi. /Ignjatović, 2006/ Da se podsetimo na osnovne prigovore: već u prvoj konstataciji krije se logički apsurd: svrha izvršenja sankcije je da se izvrši („sprovede“) sudska odluka kojom je ova izrečena. Očigledna je konfuzija pojmovna: sud izriče određene sankcije imajući u vidu opštu svrhu propisivanja i izricanja krivičnih sankcija (čl. 4 st. 2 KZ), kao i posebnu svrhu pojedinih njihovih vrsta (kazni – čl. 42, uslovne osude i sudske opomene – čl. 64 i mera bezbednosti – čl. 78 KZ), dok su drugi organi nadležni su za njihovo izvršenje. Dakle, sprovođenje sudskih odluka je ono čime se oni bave, ali to nije svrha koja se takvom aktivnošću želi postići.

Drugi prigovor ticao se konstatacije da je „svrha izvršenja ... izdvajanje učinilaca krivičnih dela iz društvene sredine u cilju njihovog čuvanja, lečenja i osposobljavanja ...“. Ovakva formulacija imala bi osnova kada bi se sistem krivičnih sankcija sastojao samo od mera zavodskog karaktera, međutim, u njemu figurišu i admonitivne sankcije, novčane kazne i mera bezbednosti nezavodskog karaktera koje ne podrazumevaju izdvajanje i čuvanje.

Bez sumnje, rešenje iz novele bolje je od prethodnog. Otklonjen je čitav niz ranijih prigovora, ali to ne znači se i ovom ne mogu staviti novi. Pre svega, nije jasno zašto zakonodavac bez potrebe ulazi u pitanja koje pre spadaju u kriminološku i kriminalno političku, nego u pravnu materiju. Zato mu se sa puno osnova mogu postaviti sledeća pitanja:

- a. zašto se jedino pominje suzbijanje neželjenih dela? Zašto se odustalo od potrebe da se utiče na sprečavanje takvih dela?
- b. šta u ovakvom krivičnom zakonu traže sociološke kategorije kakva je „dela kojima se ugrožava čovek i druge osnovne društvene vrednosti“? Jasno je

da „čoveka i druge osnovne društvene vrednosti“ (imovina, dostojanstvo, zdrava životna sredina) ugrožava mnoštvo dela od kojih mnoga nisu inkriminisana u krivičnom pravu. To što je zakonodavac izbegao izraz „krivična dela“ moglo bi značiti da je svrha izvršenja suzbijanje i takvih ponašanja koja nisu propisana u KZ?

Čini se da je bilo bolje u ZIKS se uopšte ne izjašnjavati o svrsi izvršenja (kako je to bilo učinjeno u ranijem ZIKS/97) ili, ako se ipak opredelimo da u čl. 2 ZIKS pominjemo svrhu izvršenja, trebalo bi navedeni član preformulisati na sledeći način

### *Svrha izvršenja sankcija*

#### *Član 2*

*Izvršiti se mogu samo pravnosnažne i izvršne sudske odluke i to u cilju ostvarenja opšte i posebne svrhe njihovog propisivanja i izricanja*

### *2.2.2. Uprava za izvršenje krivičnih sankcija; rukovođenje*

Pre svega novelom iz 2009. naziv Uprave je promenjen: Uprava za izvršenje *zavodskih* sankcija, preimenovana je u Upravu za izvršenje *krivičnih* sankcija. S punim pravom – i to ne samo zbog toga što on više odgovara organizacionom ustrojstvu Uprave (teško je zamisliti da na primer sektor za izvršenje alternativnih sankcija bude deo „Uprave za izvršenje zavodskih sankcija“), nego i zbog toga što se i na taj način želi skrenuti pažnja na potrebu širenja lepeze mera u okviru kaznene reakcije u Srbiji.

Ako navedenu promenu treba pozdraviti, čini se da za jednu drugu nikako nema opravdanja. Radi se o uslovima za izbor lica koje rukovodi Upravom – direktora. Prema rešenju koje je usvojeno u Zid ZIKS, na to mesto može biti postavljeno lice koje ima visoku školsku spremu i najmanje devet (do novele bilo sedam) godina radnog iskustva nakon sticanja visoke školske spreme (čl. 26 ZIKS).

ZIKS je pre novele 2009. u čl. 26 imao veoma važno ograničenje: tražilo se da je vreme posle diplomiranja kandidat za direktora Uprave proveo *na poslovima izvršenja sankcija ili u pravosuđu* sedam godina. Sada Zakon istina traži devet godina od vremena diplomiranja, ali umesto navedenog ograničenja, bez ikakve potrebe nabraja kako kandidat treba da ima obrazovanje stečeno na studijama drugog stepena (diplomske akademske studije – master specijalističke akademske ili strukovne studije), odn. na osnovnim studijama u trajanju od četiri godine.

Cilj ovog nepotrebnog nabranja (uz produžavanje prethodnog radnog staža) bio je da se prikrije suština – bez obzira što se radi o mestu za čije obavljanje je neophodno iskustvo upravo u ovom odgovornom poslu – sada se za direktora Uprave može „progurati svoj čovek“ bez obzira koju visokoškolsku ustanovu je završio (arheologiju, biologiju ili tehnologiju) i gde je prethodno bio zaposlen?!? Time je rukovođenje u okviru ove važne državne delatnosti još jednom svedeno na logiku „kadrovanja“ iz ranijih vremena. /17/

Novela je promenila i uslove neophodne da bi neko bio postavljen za upravnika zavoda i njegovog zamenika: na to mesto mogu biti raspoređena lica koja imaju sedam godina radnog iskustva na poslovima izvršenja krivičnih sankcija, u

pravosuđu, advokaturi, vojsci ili policiji, posle stečenog visokog obrazovanja ... (čl. 27). Izmenjeni su i uslovi koji se traže za izbor načelnika službe: to su visoko obrazovanje /18/ i pet godina radnog iskustva na istim ili odgovarajućim poslovima (čl. 28). Očito je da se najmanje stručnog iskustva traži za izbor direktora uprave, što je nonsens posebne vrste.

### 2.2.3. Vrste zavoda

Važeći Zakon o izvršenju krivičnih sankcija u čl. 13 navodi da u Upravi za izvršenje krivičnih sankcija postoje sledeće vrste zavoda:

- kazneno-popravni zavod i okružni zatvor (u našoj terminologiji „okružni kazneni zavod“) – za izvršenje kazne zatvora;
- kazneno-popravni zavod za žene – za izvršenje kazne zatvora i maloletničkog zatvora izrečene ženama;
- kazneno-popravni zavod za maloletnike – za izvršenje kazne maloletničkog zatvora;
- specijalna zatvorska (trebalo bi „zavodska“) bolnica – za lečenje osuđenih i pritvorenih lica, za izvršenje mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, obaveznog lečenja alkoholičara i obaveznog lečenja narkomana;
- vaspitno-popravni dom – za izvršenje vaspitne mere upućivanja u vaspitno-popravni dom;

Ovde treba dati nekoliko napomena: pre svega, do novele iz 2009, ZIKS je u čl. 13. kao šestu vrstu zavoda predviđao „**centar za obuku zaposlenih u Upravi za izvršenje zavodskih sankcija**“. Očito je da su pisci novele Zid ZIKS iz 2009. čitali kako je ovo rešenje dočekano u našoj naučnoj i stručnoj javnosti. Pisac ovog rada se tada pitao „po kojoj je logici taj Centar svrstan u ‘zavode’ – koje krivične sankcije se u njemu izvršavaju, u koji tip prema stepenu obezbeđenja spada i koje službe u svom sastavu ima? Očigledno je da su pisci Zakona imali problema gde ovu ustanovu sistematisati, ali ovde joj svakako nije mesto“ /Ignjatović, 2006a/. Na sreću, sada je ta nelogičnost izostavljena iz Zakona.

Drugo, opet podsećamo na potrebu da se izraz „zatvor“ ubuduće prestane upotrebljavati i za kaznu na koju se učinilac krivičnog dela osuđuje i za ustanovu u koju se upućuje. Zato izraz „okružni zatvor“ treba zameniti terminom „**okružni kazneni zavod**“. Rečenica: „okružni zatvor – za izvršenje kazne zatvora“ pokazuje koliko konfuzije ovakav način označavanja može izazvati.

Trebalo bi takođe podsetiti da je ZIKS iz 2005. ukinuo posebni „**zavod za ispitivanje ličnosti osuđenih**“ koji je u čl. 10 predviđao ZIKS/97. Ta ustanova, čije osnivanje je trebalo da znači napredak u jačanju individualizacije u našem sistemu izvršenja krivičnih sankcija i time nas uključi u red država sa dvostepenom opservacijom osuđenih, nije za osam godina važenja ranijeg ZIKS osnovana i Komisija za izradu novog Zakona je izbrisala iz spiska zavoda. To rešenje nije u literaturi prošlo bez oprečnih ocena. Neki smatraju da se time raskinulo sa „penološkim romantizmom i iluzionizmom“, drugi iznose da je, uz objektivne teškoće, glavni razlog u

nedostatku snage i volje kod administracije da se predviđeno rešenje u životu sprovede /Stevanović, 2005/, dok ima i shvatanja da smo time propustili lepu priliku da modernizujemo naš sistem izvršenja. /Soković, 2005/

#### 2.2.4. Tipovi zavoda prema stepenu obezbeđenja

Po ovom kriterijumu (u čl. 14. ZIKS se pored njega navodi još jedan – „način postupanja“ iako se kod navođenja pojedinih tipova ustanova ne vidi u čemu se ispoljava njihova specifičnost u tom pogledu) sve ove ustanove se mogu podeliti na zavode:

1. otvorenog tipa u kojima ne postoje prepreke za bekstvo;
2. poluotvorenog tipa gde je osnovna prepreka za bekstvo služba za obezbeđenje;
3. zatvorenog tipa, gde pored službe za obezbeđenje postoje i druge prepreke za sprečavanje bekstva;
4. „zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem gde postoje posebne prepreke za sprečavanje bekstva i posebna pažnja se posvećuje postupanju sa osuđenima“.

Nije jasno zašto je kao poseban tip ustanova zadržan „**zavod zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem**“ (ova kategorija uvedena je u ZIKS iz 1997. /19/ pod nazivom „zavod strogo zatvorenog tipa“). U penološkoj literaturi inače, uobičajena je trodeoba na ustanove navedene od 1.–3., a da se radi o nepotrebnom „inovatorstvu“ vidi se po tome kako su u ZIKS (čl. 14 st. 5) objašnjene njene bitne crte. U jednoj rečenici upotrebljen je čak tri puta izraz „poseban“, /20/ a ključni argument je to da se postupanju sa osuđenima posvećuje posebna pažnja – kao da se to ne čini u ostalim zavodima. Zbog svega toga, čini se da bi bilo najbolje vratiti se na tradicionalnu trodeobu zavoda prema stepenu obezbeđenja jer je jasno da su zavodi navedeni pod 4. modalitet zatvorenih ustanova. Prirodno je da sve ustanove zatvorenog tipa imaju stepen obezbeđenja prilagođen kategoriji osuđenika koja je u njima smeštena, ali to ne znači da je potrebno te gradacije u obezbeđenju pretvoriti u posebne kategorije ustanova u penitencijarnom sistemu. /21/

Novina u našem izvršnom krivičnom pravu kojom je u ZIKZOK uvedeno „**posebno odeljenje za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala**“, otvara novo pitanje – kakav je odnos „zavoda zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem“ sa u ZIKZOK uvedenim „posebnim odeljenjem“? Prema izričitoj odredbi iz čl. 2 st. 1 ZIKZOK, „posebno odeljenje za izvršenje kazne zatvora za dela organizovanog kriminala osniva se „u kazneno-popravnom zavodu zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem“ (kao neka vrsta „apsane u apsani“).

Novela je zadržala dosadašnje rešenje po kome je kazneni *zavod za žene poluotvorenog tipa*. Ovdje je opet došao do izražaja „džentlenski pristup“ krivičnog zakonodavca koji feministkinje u svetu s pravom kritikuju. Član 16 ZIKS i dalje polazi od (u nauci nikada dokazane) teze da žene generalno ispoljavaju manju dozu kriminalne nastrojenosti i da one ne mogu spadati u „problematične osuđenike“?!? Trebalo bi autore zakonskog teksta zapitati na osnovu kojih istraživanja su zauzeli stav da samo ustanove za muškarce treba da imaju maksimalno obezbeđenje? /22/

### 2.2.5. Svrha izvršenja kazne zatvora

U članu 31 ZIKS navodi se kako je „svrha izvršenja kazne zatvora da osuđeni tokom izvršenja kazne, primenom odgovarajućih programa postupanja, usvoji društveno prihvatljive vrednosti u cilju lakšeg uključivanja u uslove života posle izvršenja kazne kako ubuduće ne bi činio krivična dela“. Ovo je u osnovi rešenje sadržano u ZIKS iz 2005, samo je izraz „sistem savremenih vaspitnih mera“ zamenjen „odgovarajućim programima postupanja“.

Zahvaljujući tome, u naše izvršno krivično zakonodavstvo vratila se skoro neizmenjena odredba (čl. 9) ZIKS Srbije iz 1977. godine. Samo je dodato da su vaspitne mere „savremene“, a iz ranijeg Zakona izostavljeno kako osuđenog spremamo da ispunjava „dužnosti čoveka i građanina socijalističke samoupravne zajednice“.

Ostaje i dalje nejasno zašto nije postupljeno kao u ZIKS iz 1997. koji se nije izjašnjavao o svrsi izvršenja kazne zatvora i to iz sledećih razloga:

- ako je resocijalizacija jedina svrha izvršenja kazne zatvora, zašto onda ovu meru izričemo učinocima krivičnih dela koje uopšte ne treba popravljati (npr. neki od nehatnih učinilaca krivičnih dela);
- kako postupati sa licima koja zbog osude na dugotrajno zatvaranje verovatno neće ni izaći sa izdržavanja kazne?

Ovde se otvaraju i neka druga pitanja kao što su:

- dobrovoljnost podvrgavanja resocijalizacionom tretmanu;
- šta raditi u situacijama kada (inače disciplinovani i na radu besprekorni) osuđeni odbiju tretman?
- i najzad – koliko je isticanje ovakvog cilja uopšte realno? /Ignjatović, 2005/

### 2.2.6. Izvršenje kazne kućnog zatvaranja

ZIKS u čl. 37 (koji inače u st. 1–3 uređuje način upućivanja osuđenih u zavode) sadrži i pravila koja se tiču sprovođenja sudske odluke kojom se određuje da se kazna zatvora izvrši putem **kućnog zatvaranja** predviđenog u čl. 45 st. 5 KZ.

Ako pominjanje kućnog zatvaranja u ovom članu ima smisla jer se tu govori gde će osuđenom na kaznu zatvora biti određeno da je izdržava (u penitencijarnoj ustanovi ili u prostorijama u kojima stanuje), nikakvog opravdanja nije bilo da se u istom članu govori kako se izvršava novi modalitet ove kazne. Zbog toga je bilo mnogo bolje izdvojiti ova pravila u poseban član u ZIKS.

Kada sud donese odluku kojom određuje da će se kazna zatvora izvršiti u skladu sa navedenim članom KZ, o tome obaveštava nadležnu organizacionu jedinicu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija. U tom slučaju osuđeni ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim (ukoliko rukovodilac nadležne organizacione jedinice Uprave to odobri) u sledećim slučajevima:

1. pružanja hitne medicinske pomoći njemu ili članu njegovog porodičnog domaćinstva;
2. radi redovnog odlaska na posao, ukoliko krivično delo za koje je osuđen nije u vezi sa radom;

3. zbog odlaska na polaganje ispita;
4. teške i akutne bolesti, zbog odlaska na redovne zdravstvene preglede;
5. zbog svog venčanja ili smrti bliskog lica;
6. zbog sezonskih poljoprivrednih radova, ukoliko se osuđeni bavi poljoprivredom kao stalnom delatnošću.

Ako osuđeni samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje duže od vremena koje određuje KZ RS (v. *supra*), nadležna organizaciona jedinica Uprave obavestiće o tome sud.

Prema osuđenom koji kaznu zatvora izdržava u prostorijama u kojima stanuje može se primeniti **elektronski nadzor** koji sprovodi nadležna organizaciona jedinica Uprave u saradnji sa policijom. Ostala pravila o načinu izvršenja ovakve kazne zatvora bliže se uređuju aktom koji donosi ministar pravde.

### 2.2.7. Položaj osuđenih u ustanovi; pogodnosti

U poglavlju VI Glave treće (*Izvršenje kazne zatvora*) ZIKS govori o pravima osuđenog, posebnim pogodnostima koje u zavodu može koristiti, njegovom premeštaju, prekidu izvršenja kazne zatvora i smrti osuđenog lica. Ovoj sistematici mogu se uputiti dve primedbe: jedna je izostavljanje odredaba o disciplinskoj odgovornosti izvan ovog poglavlja /23/ iz čega proizlazi kao da ta pravila ne spadaju u deo Zakona u kome se govori o njihovom položaju u ustanovi. Objašnjenje za ovakvo rešenje možda se nalazi u želji da se pri izvršenju kazne zatvora u prvi plan stave prava osuđenih. Ne sporeći opravdanost ovakvog razmišljanja, čini se da je u realizaciji došlo do nelogičnosti.

Pored navedenog (vezanog za sistematiku Zakona), čini se da je još veći previd načinjen sa preimenovanjem „pogodnosti osuđenih“ (kako su označavane u našem ranijem krivičnom izvršnom pravu) koje im kao privilegije može dodeliti upravnik zavoda, u „**posebna prava okrivljenog**“.

Ako zanemarimo nebitnu proceduralnu razliku i terminološke probleme (i s tog stanovišta može se kritikovati to što npr. mogućnost da se primi više paketa od u Zakonu svakom osuđenom licu zagarantovanog broja sada nosi naziv „posebno pravo na prošireno pravo na prijem paketa“), u navedenoj odredbi važećeg ZIKS napravljena je suštinska greška proglašavanjem **povlastica (privilegija)** kakve se daju osuđenicima koji se dobro vladaju i zalažu na radu (odn. „u programu postupanja“, prema terminologiji Zid ZIKS iz 2009) za posebna prava.

U penologiji se tradicionalno pravi razlika između „prava“ – dakle nečega što se osuđeniku, sem kod kažnjavanja za najteže disciplinske prekršaje, ne može ograničiti niti oduzeti, od „pogodnosti“ (privilegija, povlastica, „ugodnosti“ u ZIKS Slovenije, „nagrade“ u ZIKS Crne Gore) čije dodeljivanje zavisi od odluke upravnika ustanove da stimuliše pozitivno vladanje osuđenika. Uostalom, i u našem ZIKS navodi se kako se ove pogodnosti „mogu dodeliti“; zatim nelogično je nazvati „posebnim pravom“ mogućnost povoljnijeg smeštaja (šta ukoliko takva mogućnost u zavodu ne postoji). Dalje, bolje je govoriti o „oduzimanju dodeljenih pogodnosti“ nego o „ukidanju posebnih prava“ kod upućivanja u samicu iz čl. 146. ZIKS. Najzad, s obzirom

na mogućnost sudske zaštite „protiv pojedinačnih akata kojima se rešava o pravima i obavezama“ lica prema kojima se izvršava krivična sankcija (podvukao Đ. I.), proizlazilo bi na osnovu važećeg Zakona da bi osuđeno lice moglo tražiti sudsku zaštitu zbog uskraćivanja na primer „prava“ na pogodniji smeštaj, što je apsurd svoje vrste. Iz navedenih razloga bolje je govoriti o pogodnostima, a ne o „posebnim pravima“ osuđenih lica (po toj logici pored „posebnih“, trebalo bi da postoje i „opšta prava“).

### 2.2.8. Pravo na rad

Pravo izvršenja krivičnih sankcija u Srbiji stajalo je do Zid ZIKS iz 2009. na stanovištu da radno sposobna osuđena lica imaju **pravo i obavezu** da rade. Sada je u čl. 86 st. 1 izostavljena konstatacija po kojoj je rad (i) obaveza, /24/ što znatno menja neke od ključnih postavki našeg sistema izvršenja krivičnih sankcija.

Kao direktna posledica ovog rešenja, ukinut je Zakon o organizaciji i poslovanju privrednih jedinica ustanova za izvršenje krivičnih sankcija iz 1977. Zahvaljujući tome, kazneni zavodi su od proizvođača koji su prehrambenim (i drugim) proizvodima snabdevali ne samo ostale ustanove u sistemu izvršenja, nego se pojavljivali i na tržištu – postale potrošači, opterećujući budžet Republike i to u vreme ekonomske krize. Tako je posle više pokušaja jednom od lobija koji u Srbiji postoje uspelo da ostvare naum da se ove ustanove pretvore u značajne subjekte „liferacija“ iz vremena pre Drugog svetskog rata, sa svim poznatim posledicama o kojima su pisali istoričari i književnici.

Argumentacija za ovakvo rešenje traži se u (ustavnoj i međunarodnoj) zabrani prinudnog rada, iako se vrlo jednostavno moglo izaći iz ove situacije: dovoljno je bilo u ZIKS uneti odredbu po kojoj su radno sposobni osuđenici dužni da učestvuju u pokrivanju troškova svog izdržavanja kazne zatvora učešćem u proizvodnom procesu koji zavod organizuje.

Naravno, to ne bi ni na koji način dovelo u pitanje osnovna načela ZIKS koja se odnose na rad osuđenih lica, o načinu na koji se određuje vrsta posla, mogućnosti upošljavanja i izvan zavoda i ostalih. /25/.

### 2.2.9. Mere prinude; postupanje u slučaju bekstva osuđenog

**Uslovi za primenu mera prinude** prema osuđenom određeni su u čl. 128 ZIKS: naglašeno je kako je prinudu moguće primeniti samo kada je neophodno sprečiti: ♦ bekstvo osuđenog; ♦ fizički napad na drugog; ♦ nanošenje povrede drugom; ♦ samopovređivanje; ♦ prouzrokovanje materijalne štete; ♦ aktivan i pasivan otpor osuđenog.

Zid ZIKS iz 2009. precizira pojmove **aktivnog i pasivnog otpora**. Prvi podrazumeva svako suprotstavljanje osuđenog zakonitim službenim merama, radnjama i nalozima službenog ili ovlašćenog lica koje se vrši „zaklanjanjem ili držanjem za lice ili predmet, otimanjem, stavljanjem u izgled da će se lice napasti ili preduzimanjem sličnih radnji“. Pod pasivnim otporom podrazumeva se svako suprotstavljanje osuđenog zakonitim (napred nabrojanim) službenim postupcima istih lica koje osuđeni vrši „oglušivanjem ili zauzimanjem klečećeg, sedećeg, ležećeg ili sličnog položaja“.

Sledeći logiku drevnih zakona koji su (poput Hamurabijevog) koristili kaznistiku u određivanju zone kažnjivosti, naš krivični zakonodavac povremeno poseže

za sličnim sredstvima, potpuno nepotrebno – kao u ovom slučaju. Svaki pokušaj da se odrede slučajevi koji se mogu podvesti pod „aktivan i pasivan otpor“ je uzaludan posao. Jer, da nije tako, zašto je, posle nabiranja šta sve spada u onaj prvi, zakonodavac usvojio ‘kaučuk formulaciju’ „ili preduzimanjem sličnih radnji“. Još je gora stvar sa pasivnim otporom koji se, u osnovi, svodi na akte neposlušnosti. Pisci Zid ZIKS su tu nabrojali nepotreban rogobatan izraz „oglušivanje“ i razne pozicije u kojima se može naći čovekovo telo, začinjavajući odredbu novom elastičnom formulacijom „ili sličnog položaja“.

Pre više godina među pravnicima su kao sredstvo za podsmeħ kružile formulacije nekih nevladinih organizacija koje su predlagale da se u norme Krivičnog zakonika unesu svi slučajevi u kojima se u praksi manifestuje fizičko zlostavljanje životinja odn. ljudi („čupanje, vučenje, zavrtanje, izvijanje, povlačenje, pipkanje, ...i tako unedogled). Naravno, ma koliko detaljno ovo navođenje bilo, završavalo se opštom formulacijom „ili na drugi (sličan) način“. Na žalost, kao što vidimo, ovakav manir preselio se – bez ikakve potrebe – i u izvršno krivično pravo. Samo pravni laik može poverovati da će ovakvim „nabranjem“ u čemu se ispoljava aktivni ili pasivni otpor osuđenika zakonitim službenim merama i postupcima pripadnika penitencijarne administracije sprečiti prekoračenje ili zloupotreba ovlašćenja u primeni mera prinude prema licima lišenim slobode.

**Postupanje u slučaju bekstva** osuđenog lica regulisano je u ZIKS čl. 133–135. Pre svega, pripadnik službe obezbeđenja bez odlaganja preuzima radnje da osuđenog onemogući u bekstvu. O svakom slučaju bekstva osuđenog odmah se obaveštavaju upravnik zavoda, direktor Uprave, policija i sud koji ga je uputio na izdržavanje kazne zatvora, naređuje izdavanje poternice i preduzimaju druge neophodne radnje, među kojima se navode i korišćenje saobraćajnih i sredstava veze, legitimisanje lica i pretres stana.

Član 135 ZIKS posle novele iz 2009. izgleda potpuno drugačije no pre toga. ZIKS iz 2005. je u tom članu navodio da u slučaju neposrednog bekstva osuđenog iz zavoda ili prilikom sprovođenja osuđenog, pripadnik službe obezbeđenja može i bez odluke suda ući u stan ili druge prostorije i izvršiti pretres ako je to neophodno radi lišavanja slobode osuđenog.

Sada se pod istim naslovom (**Pretres stana**, čl. 135 ZIKS) nalazi sve drugo sem te radnje. Naime, u tom članu se sada konstatuje da je u navedenom slučaju, pripadnik službe obezbeđenja „dužan da *obavesti* policiju i *obezbedi mesto* za koje pretpostavlja da se osuđeni krije“. Opet je u poslovičnoj žurbi sa kojom se donose krivično pravni propisi došlo do nedopustivog propusta: onog što se najavljuje u naslovu jednostavno nema u sadržaju norme (osim ako se „obaveštavanje“ i „obezbeđenje mesta“ nije počelo nazivati „pretresanjem“). Otuda bi trebalo preformulisati naziv čl. 135 ZIKS u „**Postupanje u slučaju bekstva osuđenog**“.

### 2.2.10. *Prevremeno otpuštanje*

Kako u Zakonu stoji, direktor Uprave može, na predlog upravnika zavoda, zbog dobrog vladanja i postignutih rezultata u programu postupanja, prevremeno otpustiti osuđenog sa izdržavanja kazne, najviše tri meseca pre isteka kazne, ako je iz-



držao devet desetina kazne. Predlog za prevremeno otpuštanje podnosi upravnik zavoda na osnovu prethodno pribavljenog mišljenja stručnog tima.

Ovaj institut je ostatak nekadašnjeg drugog oblika uslovnog otpusta („uslovni otpust odlukom upravnika zavoda“ iz čl. 149 ZIKS/97) po kome je upravnik zavoda mogao uslovno otpustiti osuđenog koji se primerno vlada i zalaže na radu, izdržao je najmanje četiri petine kazne zatvora, ali najranije tri meseca pre isteka kazne.

Sada međutim, ovakvo otpuštanje **ne predstavlja vid uslovnog otpusta**, što otvara niz problema. Jer, ranije, kada se pokaže (zbog izvršenja novog krivičnog dela na primer) da je prognoza o budućem ponašanju osuđenog bila pogrešna, bar je bilo moguće vratiti ga da nastavi sa izdržavanjem kazne. Sada je to nemoguće – on više nije lice koje deo kazne izdržava na slobodi, već građanin koji je odužio svoj drug društvu.

Postavlja se pitanje kako je došlo do ovog propusta? Ako se na kratko vratimo u prošlost, videćemo da su o uslovnom otpustu po ZIKS/97 odlučivali Komisija za uslovni otpust (koju je obrazovao ministar pravde) i upravnik zavoda. Ovo rešenje, koje je bez ikakvih problema funkcionisalo decenijama, a i danas postoji u mnogim zakonodavstvima (v. čl. 105 ZIKS Slovenije i čl. 65–66 ZIKS Crne Gore) je pri donošenju ZKP iz 2001. bez ikakve naučne ili stručne evaluacije – po ugledu na jednu drugu bivšu jugoslovensku republiku čija zakonska rešenja se u Srbiji (pre svega zbog nepostojanja jezičke barijere) vrlo često prepisuju – zamenjeno prenošenjem prava na odlučivanje o uslovnom otpustu na sud.

Načelno, ono bi se moglo braniti tvrdnjom da je njime dosledno sproveden princip da o pravima čoveka treba uvek da odlučuje sud, ali taj argument bi tada morao postati osnov da se u tom slučaju potpuno ukine pravo upravnika zavoda da sa izdržavanja kazne ranije otpušta osuđenike. Još bitnija posledica sprovođenja ovakve logike je da bi u tom slučaju zavodskoj administraciji bila skoro potpuno oduzeta nadležnost jer skoro sve njene odluke, po prirodi stvari, predstavljaju zadiranje u prava čoveka – osuđenika.

Da li bi u ovoj situaciji rešenje bilo u ukidanju navedenog prava upravnika zavoda? Nikako, jer je stavljanje mogućnosti osuđenom licu da se (odlukom ma kog organa) mogao naći van ustanove pre isteka vremena na koje je lišen slobode, jedan od najdelotvornijih načina da ga motivišemo da promeni svoje ponašanje ili bar da poštuje norme formalnog penitencijarnog sistema. Zbog toga bi bilo najbolje prilikom sledećeg noveliranja ZIKS, kada se to već nije učinilo u ovoj iz 2009 /**26/ vratiti Komisiju za uslovni otpust** (naravno, trebalo bi izmeniti i odgovarajuće odredbe ZKP).

### 2.2.11. Izvršenje novčane kazne

U Glavi četiri (čl. 175–180) ZIKS regulisani su nadležnost i postupak za izvršenje novčane kazne. Pored ovih, u Glavi su sadržana i pravila o zameni ove mere kaznom zatvora (tzv. **supletoran zatvor**) i kaznom rada u javnom interesu i shodna primena tih pravila na izvršenje novčanih kazni izrečenih za druge delikte kaznenog prava.

Novčana kazna može se, umesto kaznom zatvora zameniti kaznom rada u javnom interesu i to tako što se za svakih započelih 1.000 dinara novčane kazne

određuje osam časova rada u javnom interesu, s tim da ovaj ne može biti duži od 360 časova.

Mogućnost „**supletornog rada u javnom interesu**“ je jedna od najznačajnijih izmena koju je unela novela ZIKS iz 2009. To je logično rešenje koje može biti primenjeno u onim slučajevima kada se želi na svaki način izbeći primena kazne zatvora. Ovde važe slična pravila kao kod zamene neplaćene novčane kazne zatvorom.

Kada smo već kod supletornog zatvora, čini se da je bio trenutak da se konačno i bar elementarno uredi i izvršenje ovakve mere. Ovakvim zatvaranjem se nastoji uticati na osuđenika koji ne plati novčanu kaznu da to učini. Ovde se (iako ovo rešenje postoji u svim važnijim zakonodavstvima i kriminalno politički nije sporno) nalazimo pred logičkom nedoumicom: lice za koje sud procenjuje da ne bi trebalo da bude lišeno slobode (zbog toga mu i izriče novčanu kaznu kao njenu alternativu), ipak se upućuje na izdržavanje kazne zatvora o čijem izvršenju se u ZIKS ne kaže ni jedna reč. A za tim postoji nesumnjiva potreba: Zakon bi se morao izjasniti da li je opšta svrha izvršenja kazne zatvora primenjiva i u ovom slučaju, koliko je realno da se ona ostvari s obzirom da zatvaranje traje najduže šest meseci (izuzetno jednu godinu), kao i to koji režim u ustanovi ovakav osuđenik ima: da li je bolje da mu se odredi oštrij režim kako bi se što pre odlučio da plati izrečenu novčanu kaznu, što je osnovni cilj supletornog zatvora? Novela je čak izostavila i jednu odredbu koja je bar delimično regulisala ovo pitanje do 2009. godine: da će lice kome je određen supletoran zatvor imati isti režim kao oni koji su osuđeni na kaznu zatvora zbog učinjenog prekršaja (čl. 179 st. 2 ZIKS/2005).

### *2.2.12. Izvršenje kazne rada u javnom interesu*

Nadležnost i postupak za izvršenje ove kazne regulisani su u čl. 181–184 ZIKS. Pokreće ga (i to pred organizacionom jedinicom Uprave nadležnom za tretman i alternativne sankcije) sud koji je odlučivao u prvom stepenu u roku od tri dana od kada je presuda postala izvršna.

Za izvršenje kazne nadležan je poverenik, koga u roku od osam dana od prijema izvršne presude određuje rešenjem direktor Uprave. U izvršenju ove kazne poverenik saraduje sa osuđenim, sudom, službom za zapošljavanje, organom starateljstva, organima jedinica lokalne samouprave i policijom.

Rad u javnom interesu obavlja se kod pravnog lica koje se bavi poslovima od javnog interesa, a naročito humanitarnim, zdravstvenim, ekološkim ili komunalnim delatnostima.

Podsećamo da je pre novele ZIKS u čl. 182 sadržao odredbu po kojoj se rad u javnom interesu obavlja kod poslodavca „koji se bavi delatnošću u okviru koje se može ostvariti opšta svrha krivičnih sankcija“. U literaturi je kritikovano ovakvo određivanje koji subjekti mogu biti poslodavci (budući da je opšta svrha krivičnih sankcija bila „suzbijanje dela kojima se povređuju i ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom“ proizlazilo je da su mogli raditi npr. u policiji, tužilaštvu, sudovima i kaznenim ustanovama) i predlagano da se usvoji formulacija po kojoj se „rad obavlja u organizacijama i institucijama koje se bave prikladnim, pre svega humanitarnim poslovima“ /Ignjatović, 2006a/. Pisci novele usvojili su ovakvo rešenje (dodajući i „zdravstvene, ekološke i komunalne delatnosti“).

Ministarstvo pravde zaključuje sa izabranim pravnim licem (ZIKS koristi izraz „poslodavac“) ugovor o saradnji čiji predmet je obavljanje rada u javnom interesu. Izbor poslodavca, vrstu posla i program rada utvrđuje poverenik, a za zaključenje ugovora sa poslodavcem kojim se regulišu međusobni odnosi u vezi sa obavljanjem rada u javnom interesu nadležan je direktor Uprave.

Sada je u Zakonu izričito rečeno da Uprava osigurava živote osuđenih na kaznu rada u javnom interesu za slučaj nesreće na radu. Dobro je da novela izričito navodi ovu obavezu Uprave ne samo zbog toga da se nedvosmisleno istakne kako su svi (pa i osuđenici na navedenu kaznu) koji obavljaju bilo kakav posao po nekom pravnom osnovu osigurani od rizika da pri tome stradaju. Takođe, i sudija koji izriče ovu alternativu kazni zatvora mora znati da ona predstavlja određeni trošak za budžet Republike. Iako to nije osnovni kriterijum pri odlučivanju koju će kaznu prema učiniocu krivičnog dela izreći, on bez sumnje mora uzeti u obzir i tu činjenicu. I ovde je, uzgred rečeno, bilo možda oportuno razmisliti o mogućnosti da se ova **sredstva refundiraju** od osuđenog koji ima mogućnosti. Ako to rešenje postoji (i to još od ZIKS/1997) kod maloletnika (v. čl. 94 važećeg ZMUKD), nije jasno zašto su pisci novele propustili da primene slično rešenje i u ovom slučaju.

### 2.2.13. Izvršenje mera bezbednosti

Među ovim merama poseban značaj ima obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje jer njeno trajanje nije vremenski ograničeno (može trajati do smrti lica kome je određena). Zbog toga su je totalitarni režimi koristili kao prikladno sredstvo (doživotnog) eliminisanja političkih protivnika, koji su ostatak života provodili u duševnim bolnicama bez ikakvih garancija ljudskih prava (bilo je dovoljno samo ubediti psihijatre da je „to u opštem interesu“).

Potrebno je nešto učiniti da bi se sprečile ovakve zloupotrebe, ali pri tom treba imati u vidu da se (tamo gde su u pitanju „pravi pacijenti“ ovakvih ustanova) radi o izuzetno osetljivoj materiji u koju pravo treba da zalazi samo onoliko koliko je nužno.

Naš važeći ZIKS ističe da navedena mera može sadržati samo ona ograničenja kretanja i ponašanja koja su neophodna radi lečenja i čuvanja lica prema kojem se ona primenjuje i radi održavanja reda i discipline. Novela iz 2009. unosi još jednu važnu odredbu koja se tiče položaja i zaštite prava ovakvih lica. U čl. 193 dodat je drugi stav koji naglašava da lice prema kome se izvršava ova mera bezbednosti ima u zdravstvenoj ustanovi ista prava i obaveze kao lice na izdržavanju kazne zatvora, ako potrebe lečenja drukčije ne zahtevaju.

Navedenu konstataciju treba pozdraviti kao doprinos garantovanju prava lica kojima je izrečena ova mera bezbednosti. Ne samo zbog potrebe da se ne ponovi praksa totalitarnih režima, nego još više zbog toga što ova formulacija jasno stavlja do znanja gde su granice ograničavanja prava ovakvih lica, kao i da postoji mogućnost sudske i ostalih oblika kontrole i zaštite njihovih prava.

### 2.2.14. Položaj zaposlenih u Upravi

Iako je pod uticajem kritika koje su se pojavile posle stupanja na snagu ZIKS iz 2005. /27/ promenjen naslov ovog dela Zakona (raniji neprikladni „Prava na osnovu rada“ – u „Radni odnosi, nadzor i kontrola rada“), on i dalje sadrži vrlo raznorodna

pravila – jedna se odnose na nadzor nad radom zavoda (čl. 270–278), dok se druga tiču položaja zaposlenih u Upravi (čl. 252–269). Očito je da veliki deo odredaba koje su u njemu sadržane ne spadaju u krivično izvršno pravo i zato im nije mesto u ZIKS nego u posebnim propisima koji regulišu status zaposlenih u organima državne uprave.

Teško je objasniti šta u Zakonu o izvršenju traže odredbe o tome kako lica zaposlena u zavodu koriste godišnji odmor, kako im se računa radni staž, kako se nagrađuju ili, još apsurdnije – da im je život osiguran; da porodici pripada jednokratna novčana pomoć u iznosu od 12 mesečnih plata, a da zavod preuzima troškove sahrane ako takvo lice izgubi život u vršenju službe? Ako u ZIKS stoji da je „tekst ovog Zakona (i akt o kućnom redu) dostupan osuđenom sve vreme izdržavanja kazne“ (čl. 60) postavlja se pitanje kakvu poruku šaljemo osuđenom ovakvim normama sadržanim u Zakonu?

Iz navedenih razloga, trebalo bi u ZIKS zadržati samo onu problematiku koja se tiče položaja zaposlenih u Upravi koja je istovremeno povezana sa izvršenjem krivičnih sankcija (pre svega o tome kako se ta lica ponašaju u zavodu, koje poslove ne smeju da obavljaju u slobodno vreme, kojim delima vrše povrede radne dužnosti – ne i koja pravila važe za disciplinski postupak). Jer samo ta pitanja imaju neposrednog dodira sa postupanjem prema osuđenim licima.

Očito je da su pisci novele iz 2009. ostali na stanovištu redaktora ranijih tekstova ZIKS da ovu materiju treba u njemu zadržati. Kao član komisije koja je pripremala tekst ZIKS/1997 bio sam svedok snažnog pritiska kome smo bili izloženi od strane penitencijarne administracije da takve odredbe budu sadržane u Zakonu. Argumentacija da se na taj način najbolje štite prava zaposlenih prevagnula je u komisiji u odnosu na zalaganja za drugačije rešenje. Ostaje nejasno zašto, po istoj logici, ZKP ne sadrži odredbe o zasnivanju radnog odnosa, položaju, platama i nagrađivanju policajaca, zaposlenih u tužilaštvima i sudovima? Očito se radi o dvostrukim merilima, što nije dobro.

### *2.3. Propisi koji uređuju posebne modele izvršenja krivičnih sankcija – izvršenje kazne zatvora za posebno teška krivična dela*

Od posebnih modela, biće reči samo o izvršenju kazne zatvora za posebna krivična dela, dok se nećemo baviti izvršenjem krivičnih sankcija izrečenih maloletnicima i pravnim licima. /28/

#### *2.3.1. Uvodna izlaganja: o kojim delima i učiniocima je reč?*

Pre nego što počnemo izlaganje o ovoj materiji prezentovanoj u posebnom Zakonu o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala (ZIKZOK), odmah treba istaći da naziv ovog zakona ne odgovara njegovoj sadržini.

Pođimo redom: u čl. 1 Zakona naglašava se kako se njime uređuje postupak izvršenja kazne zatvora za krivična dela za koja se, u smislu Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala (ZONDOSOK), smatraju „krivičnim delima organizovanog kriminala“, organizacija i nadležnost

državnih organa u postupku izvršenja kazne, položaj osuđenih i nadzor nad izvršenjem kazne zatvora.

A zatim se u st. 2 istog člana navodi kako se odredbe Zakona primenjuju i na izvršenje kazne zatvora za:

- a. krivično delo terorizma (iz čl. 312 KZ) i delo međunarodnog terorizma (čl. 391 KZ);
- b. krivična dela iz čl. 370–384 i čl. 385 i 386 KZ – radi se o delima iz Glave XXXIV KZ (Krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom koja uključuju genocid, zločine protiv čovečnosti, ratne zločine i srodna dela, uključujući i agresivan rat);
- c. teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava izvršena na teritoriji bivše Jugoslavije od 01. januara 1991. koja su navedena u Statutu Međunarodnog krivičnog tribunala („suda“) za bivšu Jugoslaviju;
- d. krivično delo pomoći učiniocu posle izvršenog krivičnog dela iz čl. 333 KZ ako je izvršeno u vezi sa krivičnim delima iz tač. 2 – pomoć učiniocu krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora preko pet odn. od 30 do 40 godina – tač. 3.

Vratimo se sada na zakon na koji se u određivanju kruga krivičnih dela na čije se osuđene učinioce ZIKZOK poziva. To je (da navedemo potpun naziv) *Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih naročito teških krivičnih dela – ZONDOSOK* (Sl. glasnik RS 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04, 45/05, 61/05, 72/09 i 111/2009). Ovaj Zakon /29/ novelom iz septembra 2009. u čl. 3 određuje da organizovani kriminal(itet) predstavlja vršenje krivičnih dela od strane organizovane kriminalne grupe ili njenih pripadnika. Pod organizovanom kriminalnom grupom u st. 2 podrazumeva se „grupa od tri ili više lica koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi“).

Da apsurd bude veći, u istom broju Sl. glasnika RS (72/2009) noveliran je KZ i u čl. 112 tač. 35 KZ uz navedeno isticanje finansijske ili druge koristi dodato da cilj organizovane kriminalne grupe može biti i „**ostvarivanja i zadržavanja uticaja na privredne ili druge važne državne strukture**“ čime je definicija organizovanog kriminaliteta veoma proširena. Ostavimo u ovom trenutku po strani to što je u dva važeća propisa iz krivične materije u jednoj zemlji ista pojava određena na različite načine, kao i jezičku rogozatnost izraza „privredne ili druge važne državne strukture“ – koja kao da nas vraća u vremena socijalizma kada je privreda bila u rukama države i kada se iz jednog centra direktivama uređivao privredni život. Zadržimo se na nivou kategorijalnog: organizovani zločin nije vid političkog nego imovinskog kriminaliteta. A unošenjem navedene odredbe KZ je poništavao tu razliku, podvođeci pod ovaj pojam protivustavno preuzimanje ingerencija državnih organa od strane kriminalnih organizacija. Ono što se uobičajeno smatra elementom organizovanog kriminalnog poduhvata – korumpiranje nosilaca političke moći – ova odredba

pretvara u zaveru (e. *conspiracy*) za rušenje ustavnog poretka, što nije dobro, jer ne samo da stvara pojmovnu zbrku, nego u jednom trenutku može biti zloupotrebjeno kako bi se posebne odredbe o kontroli organizovanog kriminaliteta protegle i na neke druge delatnosti.

Na sreću, samo nekoliko meseci kasnije (u decembru 2009.) zakonodavac je shvatio da je ponovo pogrešio, pa je navedeni nepotrebni dodatak iz čl. 112 tač. 36 izbačen. Tako je po prvi put od unošenja pojma organizovani kriminal(itet) u naše krivično zakonodavstvo on u njemu na isti način određen u raznim zakonskim propisima (u svetu se ovaj problem, inače rešava tako što se u pravnom aktu više pravne snage – ovde KZ odredi pojam, a ostali propisi se samo pozivaju na tu odredbu). Time se prekinulo sa naopakom praksom da krivični zakoni istu pojavu definišu na različit način, a kod nas se ponavljalo upravo kod ovog pojma. Očito je da pisci predloga zakonskih tekstova nisu (bili) načisto šta je u stvari organizovani kriminalitet, a još manje kako mu se suprotstaviti.

Dakle, odredbe ZIKZOK ne odnose se samo na izvršenje kazni učinocima krivičnih dela iz oblasti organizovanog kriminaliteta. Ako su već pisci predloga Zakona hteli da izbegnu pominjanje terorizma, „jatakovanja“, genocida i ratnih zločina, kao i (naročito) izvršenje kazni zatvora izrečenih od strane tribunala u Hagu, čini se da je bilo logičnije upotrebiti opštu formulaciju iz naslova Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa ... Trebalo je ovaj propis nazvati ZAKON O IZVRŠENJU KAZNE ZATVORA ZA NAROČITO TEŠKA KRIVIČNA DELA.

Kada se radi o učinocima prema kojima se primenjuje ovaj poseban režim izvršenja, ZIKZOK je izričit: to su **punoletni muškarci**. Nigde nije ukazano na osnovu čega je procenjeno da se samo muškarci mogu pojaviti kao učinoci naročito teških krivičnih dela. Na osnovu čega su sastavljači predloga ovog Zakona procenili da se žene i maloletnici ne mogu pojaviti kao njihovi učinoci. Da li su upoznati da se žene samoubice sve češće koriste od strane terorističkih organizacija u svetu, da je jedan od najčešćih oblika učešća žena u kriminalnim aktivnostima (uz podstrekavanje) pomaganje učinocima najtežih dela („jatakovanje“), da su ne samo u svetu, žene bile članovi kriminalnog podzemlja (poznati „slučaj Ibojka“ iz „Sablje“)? Takođe, da organizovani kriminalitet sve češće za vršenje velikog broja kriminalnih aktivnosti koristi maloletnike, zloupotrebjavajući bolećivost krivičnih zakonodavstava prema licima u tom uzrastu? Iz razloga koji su jasni samo onima koji su radili na pripremi ovog zakona /30/ on se primenjuje samo na jednu kategoriju učinilaca krivičnih dela. Zbog toga bi njegov pravi naziv trebalo bi da glasi: ZAKON O IZVRŠENJU KAZNE ZATVORA IZREČENIH PUNOLETNIM MUŠKARCIMA UČINOCIMA NAROČITO TEŠKIH KRIVIČNIH DELA.

U zaključku ovog uvodnog izlaganja samo ćemo navesti dva pitanja koja se poznavaoima materije izvršenja krivičnih sankcija prirodno postavljaju: da li je bilo neophodno donositi poseban zakon za izvršenje kazni izrečenih za napred navedena dela i kakve su posledice ove novine na naš sistem krivičnog izvršnog prava? Da bismo odgovorili na njih, potrebno je izvršiti analizu odredaba ZIKZOK /31/ i to samo onih koje se neposredno odnose na materiju izvršenja. /32/

### 2.3.2. Uslovi za upućivanje na izdržavanje

Punoletni muškarci koji su za dela navedena u ZONDOSOK pravnosnažno osuđeni (bilo da su prethodno bili u pritvoru ili su za najteža dela osuđeni u odsustvu) upućuju se na osnovu čl. 14 u Posebno odeljenje ako se utvrdi da postoje sledeće okolnosti koje ukazuju na mogućnost da će (sami ili preko drugog lica):

1. nastaviti da usmeravaju (ZIKZOK bez potrebe dodaje „kriminalnu“) delatnost organizovane kriminalne grupe;
2. uspostaviti saradnju sa drugom takvom grupom radi nastavka kriminalne delatnosti;
3. izazvati sukobe sa drugom organizovanom kriminalnom grupom;
4. ugroziti sigurnost sudije, javnog tužioca ili drugog učesnika u krivičnom postupku koji je u toku ili je pravnosnažno okončan, ili drugog službenog lica koje je postupalo u prekrivičnom postupku ili u postupku izvršenja kazne;
5. navoditi druge na izvršenje krivičnih dela.

Zadržimo se kratko na navedenim razlozima: nije jasno zašto su nepotrebno dodati osnovi 2. i 3. (da će saradivati ili se sukobljavati se drugim kriminalnim grupama) kada su oni pokriveni osnovom navedenim pod 1. (usmeravanje delatnosti organizovane kriminalne grupe).

Dalje i mnogo važnije: formulacija „navoditi drugo lice na izvršenje krivičnih dela“, osim nepotrebno pominjanja *lica* (kao da je stvari moguće navoditi na vršenje dela) nosi u sebi potencijalnu opasnost: da se ovaj model izvršenja pretvori u pravilo u odnosu na sve učinioce u čl. 1 ZIKZOK navedenih dela. Verovatno predlagačima ovog zakona nije poznato da je navođenje drugih na vršenje krivičnih dela jedna od najznačajnijih crta ponašanja velikog broja kriminalaca (naročito onih profesionalnih). Sa izuzetkom nehatnih i učinilaca krivičnih dela na mah, skoro sve kategorije prestupnika sklone su podstrekavanju drugih na kriminalnu delatnost. Motivi za to ne moraju biti lukrativni. /33/ Jasno je da ako bi se mogućnost da osuđeno lice navede druge na vršenje krivičnih dela shvati na način kako je formulisan u čl. 14 tačka 5 ZIKZOK – da se radi o bilo kom krivičnom delu (uvredi, kleveti, sitnoj krađi, nanošenju telesnih povreda, bekstvu iz kaznonice, ... – da navedemo samo neka od onih koji se u tim ustanovama svakodnevno vrše) onda po tom osnovu sva lica osuđena na dela navedena u čl. 1 ZIKZOK automatski mogu biti poslata u Posebno odeljenje na izdržavanje kazne.

Ako to nije bio cilj, preformulisani čl. 14 ZIKZOK trebalo bi da glasi:

*Na izdržavanje kazne zatvora u Posebno odeljenje upućuju se punoletni muškarci koji su pravnosnažno osuđeni ... za krivična dela iz čl. 1 st. 1 ovog zakona ukoliko se utvrde okolnosti koje ukazuju na opasnost da će osuđeni (sami ili preko drugih lica):*

1. nastaviti da usmeravaju delatnost organizovane kriminalne grupe;
2. ugroziti sigurnost bilo kog učesnika predkrivičnog, krivičnog i postupka izvršenja kazne;
3. navoditi druga lica na vršenje krivičnih dela **iz čl. 1 ovog zakona.**

Čini se da bi ovakva formulacija čl. 14 ZIKZOK bolje odgovarala od postojeće. Međutim, za ocenu ovog novousvojenog rešenja u našem sistemu krivičnog izvršnog prava od mnogo većeg značaja je razmatranje ko i kako utvrđuje uslove za upućivanje na izdržavanje kazne u Posebnom odeljenju.

### 2.3.3. Utvrđivanje uslova za upućivanje na izdržavanje

U Zakonu se u čl. 15 naglašava da će rešenje kojim se osuđeni upućuje na izdržavanje kazne u Posebno odeljenje doneti predsednik suda ako utvrdi najmanje jednu od gore navedenih okolnosti. Dalje, da se postojanje tih okolnosti utvrđuje na osnovu činjenica i dokaza prikupljenih u toku krivičnog postupka, iz izveštaja policije i službi bezbednosti, kao i mišljenja javnog tužioca. Policija, službe bezbednosti i javni tužilac dužni su da na zahtev suda dostave odgovarajuću dokumentaciju, izveštaje i mišljenja na osnovu kojih se može utvrditi postojanje razloga da se osuđeni uputi na izdržavanje kazne u Posebno odeljenje.

Ovo može biti potencijalno najslabija tačka u novouvedenom rešenju. Bez dovođenja u pitanje ličnog i profesionalnog integriteta učesnika u postupku ovakvog upućivanja ukazujemo na opasnost da se ovako važna odluka o slobodama i pravima bilo kog lica donosi na prečac, „odokativno“ i pod vanpravnim uticajima. Pre svega, (čak i ako se usvoji gornji predlog da se navođenje drugih na vršenje krivičnih dela ograniči na navedeni način) ostaje osnovni problem: u najvećem broju slučajeva, teško je predviđati ponašanja ljudi. Kriminološka literatura jasno ukazuje koliko je nazahvalan posao prognoziranje individualnog kriminalnog ponašanja. Da li je bilo čije ranije ponašanje garant da u vremenu koje dolazi budemo sigurni kako će ga ponoviti ili promeniti? Stručnjaci će odgovoriti odrečno. Dalje, ko će se u policiji i službama bezbednosti prihvatiti tog posla? Da li će ga vršiti specijalizovani stručnjaci ili će biti vršen na isti način i sa istim pristupom po kome su davana odobrenja npr. za posedovanje vatrenog oružja?

Osim toga, sa sigurnošću možemo pretpostaviti da će oni koji odlučuju biti pod velikim pritiskom ne samo opšte javnosti, nego i predstavnika izvršne vlasti koji veće duže vreme u Srbiji svojim izjavama koriste poznate mehanizme „kaznenog populizma“ udvarajući se glasačima kritikama „blagosti“ nosilaca pravosudnih funkcija. Takav manir, potpuno stran funkcionisanju pravosuđa u razvijenim državama Zapada, kombinovan sa medijskim kampanjama prozivanja sudija u svim slučajevima kada se nije zadovoljno sa donetom odlukom, može stvoriti klimu u kojoj će slanje učinilaca nabrojanih dela u Posebno odeljenje biti pravilo a ne izuzetak. Otuda ne bi bilo iznenađenje da u Republici u narednom periodu, uz porast broja kockarnica i kafića doživimo bum u gradnji „*supermax*“ kaznionica. /34/

Jer, potpuno je jasno da se – sem slučajeva kada se radi o habituelnom prestupniku ili licu koje svoje buduće namere i ne krije – radi o izuzetno osetljivoj odluci čije posledice su utoliko teže što su razlike u režimu izvršenja između osuđenika smeštenih u Posebno odeljenje veće. Zato ćemo se u nastavku pozabaviti položajem osuđenih lica u tim ustanovama.



### 2.3.4. Položaj osuđenih

Pravni status osuđenih za naročito teška krivična dela uređen je u čl. 28–41 („Prava osuđenih“) i čl. 42 ZIKZOK („Posebna prava osuđenih“). Upoređivanje prava koja su ovim licima zagantovana pokazuje da se taj spisak ne poklapa sa onim koji je naveden u ZIKS. Interesantno je da su iz popisa zakona koji reguliše opšti postupak izvršenja krivičnih sankcija izostavljena sledeća prava osuđenih lica:

- pravo na čovečno postupanje;
- pravo na higijenu u zavodu;
- pravo na boravak u posebnoj prostoriji;
- prava osuđene žene koja ima dete i
- pravo na obrazovanje.

Već navedeni spisak izostavljenih prava može biti indikator tretmana koji se nameće osuđenima u ZIKZOK. Pre svega postavlja se pitanje zašto nije izričito navedeno pravo na čovečno postupanje – odgovor da je u čl. 1 ZIKZOK navedeno da „ako odredbama ovog zakona nije drugačije propisano, na izdržavanje kazne zatvora ... primenjuju se odredbe ZIKS“ – ne objašnjava ovaj propust. Pre navodi na zaključak da se htelo i na ovaj način pojačati retributivni karakter ovih kazni.

Da se želelo drugačije, bilo je dovoljno ovo pravo samo navesti, bez izdvajanja posebnog člana Zakona namenjenog objašnjenju u čemu se to ono ispoljava. Slično važi i za pravo na higijenu u zavodu. Izostanak prava na boravak u posebnoj prostoriji govori o želji zakonodavca da osuđenicima uskrati pravo na normalan seksualni život, odn. da ih (ukoliko su oženjeni) onemogući u vršenju bračnih dužnosti. /35/

Ako je izostavljanje prava osuđene žene koja ima dete posledica seksističkog pristupa u određivanju prema kome će se upotrebiti ovakav tretman, nije jasno zašto je osuđenicima uskraćeno pravo na obrazovanje koje je takođe važan element normalizacije života tih lica. /36/

Zadržimo se sada na drugačijem uređenju onih prava koja se, bar po nazivu, poklapaju u ZIKS i ZIKZOK. Počecemo od onoga koje uređuje životne uslove osuđenika u ustanovi. To je

#### a) pravo na smeštaj

pre svega, konstatacija kako se osuđeni po pravilu smešta odvojeno od ostalih lica u istom statusu, znači da je u ZIKZOK umesto u ZIKS proklamovanog pravila o zajedničkom izdržavanju kazne zatvora, uveden sistem izolacije – sa svim posledicama koje to rešenje nosi. /37/ Dalje, za razliku od ZIKS koji osuđenicima garantuje prostor od četiri kvadratna, odnosno osam kubnih metara, ZIKZOK pominje samo četiri kvadratna metra; /38/

#### b) pravo na slobodno vreme

regulisano je na sličan način – prema ZIKZOK imaju pravo da najmanje dva sata provedu na slobodnom vazduhu, ali u grupama od najviše pet osuđenika;

### c) *pravo na dopisivanje*

ne samo da se ono može ograničiti ili uskratiti na određeno vreme i to odlukom predsednika suda, nego st. 1 čl. 34 ZIKZOK izričito naglašava da se sadržaj pisama nadzire (svih, osim prepiske sa braniocem, nadležnim sudom, ministarstvom pravde, međunarodnim organizacijama koje se bave zaštitom ljudskih prava i Zaštitnikom građana);

### d) *pravo na telefonski razgovor*

svi telefonski razgovori osuđenog se, izuzev razgovora sa braniocem, nadziru i snimaju, o čemu se vodi posebna dokumentacija /39/

### e) *pravo na posete*

ZIKZOK navodi kako se tok posete osuđeniku koji izdržava kaznu po tom Zakonu, audio-vizuelno nadzire i snima, osim posete branioca, Zaštitnika građana i (u skladu sa međunarodnim ugovorom) predstavnika međunarodnih organizacija. O posetama se vodi posebna evidencija.

### f) *pravo na prijem paketa i novčanih pošiljki*

od bliskih srodnika osuđeni može jednom mesečno primiti jedan paket i novčanu pošiljku, ali je njihov iznos ograničen do visine prosečne zarade u Srbiji za prethodni mesec (čl. 38 ZIKZOK).

## 2.3.5. *Povlastice osuđenog*

I ZIKZOK koristi izraz „posebna prava“ kao i ZIKS, misleći na povlastice koje upravnik zavoda može (uz saglasnost predsednika veća) odobriti „osuđenom koji se posebno dobro vlada“. One se sastoje u:

- proširenom pravu na broj telefonskih razgovora;
- proširenom pravu na broj poseta i
- prijemu novčane pošiljke u dvostrukom iznosu od utvrđenog u čl. 38 ZIKZOK.

## 2.3.6. *Opšta ocena dometa i rešenja ZIKZOK*

Pre svega, potrebno je dati nekoliko konstatacija koje će pomoći da se odgovori na pitanje postavljeno na početku ovog dela teksta. Prvo, ZIKZOK je donet u specifičnim okolnostima u kojima je u jednom trenutku čak u javnost puštena informacija da će poseban režim izdržavanja kazni izrečenih za dela „organizovanog kriminala“ biti uveden usvajanjem podzakonskog akta (pravilnika). Dakle režim propisan zakonom (ZIKS) bio bi izmenjen aktom niže pravne snage!?! Onda je ipak neko zaključio da se to ne može, pa se prišlo izradi posebnog zakona. Koliko je studiozno rađeno na njemu, vidi se po tome što (kako je već ukazano) ni njegov naslov ne odgovara sadržini.

Dalje, ZIKZOK je uveo izuzetno restriktivan režim izvršenja kazne zatvora koji po oštini prevazilazi nekadašnji „strogi zatvor“ koji je naš sistem krivičnog izvršnog

prava poznao do 1977. Kada smo ga konačno ukinuli i izvršili unifikaciju kazne zatvora, slavili smo to kao dokaz prodora humanističkih ideja u ovu oblast. Sada se vraćamo na model retributivne pravde u kojoj već spisak prava koja, za razliku od onih navedenih u ZIKS, nisu osuđenima u ZIKZOK zagarantovana govori o cilju izvršenja. /40/ A krivične nauke već više decenija ukazuju da to nikako ne može biti samo uzvraćanje prestupnicima. Uostalom, radi se o učiniocima vrlo različitih krivičnih dela od kojih će se većina posle određenog vremena naći na slobodi. Dakle, nije nimalo svejedno šta se ovakvim postupanjem želi postići. /41/

Kao i u nekim drugim slučajevima, i u ovom je naš krivični zakonodavac – kako se čini – delovao panično. Objašnjenje za to moglo bi biti i manipulisanje strahom i ugroženom bezbednošću. Čini se da je Srbija jedina država u kojoj se u javnosti nosioci određenih funkcija nadmeću čiju bezbednost više ugrožava kriminalno podzemlje. Skoro da je postalo sramota obavljati određene poslove a ne obavestavati povremeno javnost o stepenu sopstvene ugroženosti. Ono o čemu se u drugim zemljama bez potrebe za publicitetom staraju službe bezbednosti, ovde se raspređa u medijima i naravno to utiče i na osećaj ugroženosti samih građana.

U takvoj klimi prolazi mnogo šta, ne samo ZIKZOK, nego i zakoni koji ugrožavaju privatnost svakog građanina i njegove elektronske komunikacije sa drugima. Tako se još jednom potvrđuju konstatacije pravnih teoretičara koji su pokazivali zabrinutost da će pod izgovorim da najteži oblici zločina, kakav su terorizam i organizovani kriminalitet, organi formalne socijalne kontrole sužavati korpus ljudskih prava da bi se „posebnim sredstvima suprotstavili posebno opasnim formama zločina.“ /42/

Kako izaći iz ovakve situacije: čini se da je rešenje u ukidanju posebnog zakona i vraćanju ove materije u ZIKS u kome bi u okviru opšteprihvaćene trodeobe ustanova prema stepenu obezbeđenja u delu u kome se govori o zavodima zatvorenog tipa unela napomena da se režim u ustanovama maksimalnog obezbeđenja donekle razlikuje od onog u ostalim ustanovama, pre svega u pogledu strožije izolacije osuđenika za određena krivična dela. Konkretna ograničenja bila bi navedena u posebnim stavovima Zakona koja se odnose na pravni položaj osuđenika u zavodima. Sama ta ograničenja trebalo bi temeljno preispitati (sem onih koja se odnose na restrikcije komunikacije sa spoljnim svetom) i uklopiti ih u opšti sistem izvršenja koji kod nas postoji.

## ZAKLJUČAK

Malo je oblasti u kojima se pokazuje nedostatak opšte koncepcije i njoj prilagođenih rešenja kao u oblasti izvršenja krivičnih sankcija. Činjenice koje se javno navode pokazuju da je stanje u našim kaznenim ustanovama u pogledu uslova u kojima osuđenici žive daleko od zadovoljavajućeg. Zaštitnik građana u svom Izveštaju za 2009. navodi podatke o prenaseljenosti kaznenih zavoda (kapacitet naših ustanova je oko 7.000 osuđenika, a trenutno se u njima nalazi nešto manje od 12.000), zbog čega „je na primer u spavaonicama površine oko 20 m<sup>2</sup> smešteno preko 10 osoba, da su kreveti na „tri sprata“ i da se u brojnim spavaonicama spava

i na podu.“ /43/ Sve ovo ima i ozbiljne finansijske posledice. Ako da jedan dan boravka osuđenika u kaznenoj ustanovi košta državu 15 evra (€), „cena zločina“ samo u odnosu na kaznene ustanove u Srbiji može se izračunati po formuli:  $15€ \times 11.500$  osuđenika = 172.500 € dnevno ili  $172.500 € \times 365$  dana = oko 63 miliona € godišnje!

Navedeno stanje posledica je opšte retributivne kaznene politike koja veruje u zatvaranje kao najvažniju, a prećutno i jedinu meru kojoj se može stati na put kriminalitetu. Pod uticajem „talasa moralne panike“ i zbog kurentnosti „kaznenog populizma“ kod birača, na zakonodavstvo se vrši stalan pritisak da se kazneno reagovanje sve više zaoštrava. U takvom okruženju, budući da je smrtna kazna ukinuta (iz političkih razloga – to je bio uslov za pristupanje Savetu Evrope, a ne zbog toga što su ideje abolicionista nadjačale argumente retencionista), ostaje pritisak da se sve češće izriče kazna zatvora i da lišenje slobode traje što duže. U tu svrhu zaoštavaju se propisane kazne, sužava se npr. mogućnost primene uslovne osude i uslovnog otpusta.

Ma koliko u ovakvim tekstovima nastojali da izbegnemo teorijska razmatranja, da bismo razumeli ono šta nam se događa, moramo se poslužiti analogijom sa „shizofrenijom zločina“ o kojoj govori Roger Burke /2007/. Ovaj autor koristi navedenu sintagmu da označi kontradiktorni dualizam koji karakteriše odnos postmodernih društava prema kriminalitetu. /44/ Upravo takav odnos zapaža se kod sistema kažnjavanja u Srbiji danas – i pored svesti da je stanje u kaznenim ustanovama nedopustivo loše, da su troškovi previsoki i da primenjeni model nije delotvoran, rešenja u krivičnom zakonodavstvu i kaznenoj politici vode održavanju takvog stanja.

Izlaz se očito nalazi u jednoj od dve solucije: ili da počnemo sa masovnom izgradnjom novih kaznionica (i tako postanemo država u kojoj se gradi ne samo najviše mostova, nego i apsana u Evropi) ili da iz osnova promenimo pristup politici kažnjavanja za krivična dela. Očito je da ona ne može počivati samo na retribuciji i zatvaranju, nego na širokom registru mera u kojima će lišavanje slobode biti korišćeno samo kao „poslednje sredstvo“, onda kada primena drugih sankcija ne dolazi u obzir.

Dalje, u oblasti kaznene reakcije neophodna nam je „normativna stabilizacija“. Prečeste izmene u ovoj oblasti već su pokazale sve negativne efekte takvog pristupa. One se ne ogledaju samo u narušavanju osnovnih postulata „dobrog“ prava, već i u stvaranju utiska da svaka organizovana društvena grupa može u krivičnom zakonodavstvu iznuditi rešenja koja joj odgovaraju. /45/ Stiče se utisak da je u ovoj državi lakše promeniti Krivični zakonik ili Zakonik o krivičnom postupku nego statut sportskog društva.

U samoj normativnoj oblasti, došlo je vreme za stvaranje timova najboljih poznavalaca određene materije kojima će se poveriti odgovoran posao pripreme zakonskih predloga. Oni će u naučnoj i stručnoj javnosti braniti predložena rešenja. Dalje, vreme je da se na nacionalnom planu formira kompetentno telo koje bi bilo zaduženo da prati kretanje kriminaliteta i predlaže mere za njegovu kontrolu (poput američkih Predsedničkih komisija koje su od 70-tih godina doprinele sagledavanju problema i njegovom rešavanju u najrazvijenijoj državi sveta). /46/ Naravno, te mere uzimale bi u obzir stanje u komparativnom pravu, ali bi predložena rešenja morala biti prilagođena stanju kriminaliteta u Srbiji. /47/

Formiranje takvog tela doprinelo bi harmonizaciji našeg krivičnog (materijalnog, procesnog i izvršnog krivičnog) i kaznenog prava, njegovom usklađivanju sa ostalim pravnim oblastima i preispitivanju jedne zabrinjavajuće tendencije primetne kod nas poslednjih desetak godina. Radi se o partikularizaciji pre svega u procesnom i izvršnom krivičnom pravu. Ako se ovaj trend nastavi, uskoro ćemo imati posebne krivične i postupke za izvršenje krivičnih sankcija za skoro svaki tip kriminaliteta. /48/

Ostaje nam verovanje da bi novi pristup, ne samo smanjio broj propusta u zakonskim tekstovima koji su analizirani u ovom radu, nego bi i stanje kriminaliteta bilo manje zabrinjavajuće. Tada naslovi novina i udarne vesti na televiziji neće počinjati senzacionalnim hapšenjima kriminalaca koji su izvršili dela kojima su „oštetili društvo i državu za milione i milijarde“ nekih novčanih jedinica. Valjda se to želi, sem ukoliko su u pravu radikalni kriminolozi koji tvrde da se ovakvim šokantnim prilozima narodu samo baca prašina u oči kako bi mu se pažnja skrenula sa mnogo bitnijih istovremenih društvenih procesa koji se žele prikriti (time se i objašnjava zašto se većina tako započetih postupaka okončava bez osude ili u zaboravu pod utiskom novih senzacionalnih vesti).

## NAPOMENE

- 1/ Interesantno je da ovakvo stanje nije zabeleženo ni u vremenu socijalizma. Pravni sistem je tada, posle uvođenja „diktature proletarijata“, bio relativno stabilan, a krivične norme menjale su se u celom tom periodu samo nekoliko puta i to posle sprovedenih temeljnih javnih rasprava.
- 2/ Izuzetak je Italija koja je 70-tih i 80-tih godina prošlog veka prošla kroz izuzetno dinamičan razvoj zakonodavstva namenjenog kontroli organizovanog kriminaliteta (za 10 godina, doneto je 164 zakona iz ove materije). Međutim, Parlamentarna antimafija komisija je u jednom trenutku procenila da je vreme da se prekine sa takvom praksom i založila se za „normativnu stabilizaciju“ –v. Ignjatović Đ. /2010a/
- 3/ Izaziva izvesnu nedoumicu to što su neke od izmena krivičnih propisa u Srbiji ne samo podstaknute iz tih zemalja, nego u komisijama za izradu zakonskih predloga u svojstvu „supervizora“ učestvuju njihovi državljani. Još kada se u našem krivičnom zakonodavstvu nađu odredbe o čijem uvođenju u njihov pravni sistem se uopšte i ne razmišlja (ukidanje kazne zatvora za teške oblike uvrede i klevete), nekom se može učiniti da krivično zakonodavstvo Srbije povremeno igra ulogu „eksperimentalnog poligona“ za nova rešenja čiji efekti se žele proučiti.
- 4/ Sl. glasnik RS 83/2006.
- 5/ Sl. glasnik RS 85/2005; i Zakon o izmenama i dopunama (Zid) KZ, Sl. glasnik RS 72/2009.
- 6/ Sl. glasnik RS 85/05.
- 7/ Kako smo to već u ranijim radovima objasnili, termine „pravo izvršenja krivičnih sankcija“ i „krivično izvršno pravo“ smatramo sinonimima.
- 8/ U najužem smislu, u pitanju su sledeća krivična dela: Pobuna lica lišenih slobode (čl. 338 KZ) i Bekstvo i omogućavanje bekstva lica lišenog slobode (čl. 339).
- 9/ Rešenje koje je naš zakonodavac odabrao najbliže je meri *home détention* koja postoji u španskom krivičnom pravu –v. Pradel /2009:36/.
- 10/ U tom duhu je i novi st. 3 u čl. 70 KZ u kome je navedeno da će uslovna osuda biti opozvana ako sud posle njenog izricanja (a pre isteka jedne godine od dana kada je isteklo vreme proveravanja) utvrdi da je osuđeni izvršio krivično delo pre nego što je uslovno osuđen. Ovakva odredba do sada u našem pravnom sistemu nije postojala.
- 11/ Sl. list SRJ 70/2001; 68/2002; Sl. glasnik RS 58/2004; 85/2005; 115/2005; 49/2007; 20/2009; i 72/2009.

- 12/ Sl. glasnik RS 85/2005.
- 13/ Sl. glasnik RS 72/2009.
- 14/ Sl. glasnik RS 72/2009.
- 15/ Sl. glasnik RS 85/05.
- 16/ Nije jasno zašto u našim propisima, pa i ZIKS-u, umesto izraza „ministar pravde“ stoji nemušta oznaka: „ministar nadležan za pravosuđe“, što je nepotrebno gomilanje reči. Zašto se po toj logici ne usvoji i terminologija „ministar nadležan za policiju,“ „... za spoljne poslove“ i sl.).
- 17/ Koja bi se najlakše mogla svesti na postavljanje „naših ljudi“ na sve ključne funkcije, bez obzira koliko su osposobljeni za njihovo obavljanje.
- 18/ Ovde se kao i u prethodnom slučaju nepotrebno ponavljaju formulacije o tome šta se podrazumeva pod studijama drugog stepena koje su navedene u čl. 26 ZIKS.
- 19/ Sl. glasnik RS 16/97.
- 20/ „U zavodima zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem postoje posebne prepreke za sprečavanje bekstva i posebna pažnja se posvećuje postupanju sa osuđenima“ (podvukao Đ. I.).
- 21/ Jedan od najvećih savremenih komparativista u krivičnim naukama Jean Pradel /2009:77/ ukazuje da je trodeoba kaznenih ustanova prema stepenu obezbeđenja pravilo u svetu i samo kao primer navodi model primenjen u Kanadi.
- 22/ Istina, u kazneno-popravnim zavodu za žene u Požarevcu postoje zatvoreno, poluotvoreno, otvoreno odeljenje, posebno odeljenje za izdržavanje kazne maloletničkog zatvora, za izdržavanje kazne zatvora izrečene ženama za izvršenje krivičnih dela iz oblasti organizovanog kriminaliteta.
- 23/ U ranijem ZIKS/97 u poglavlju IV istog naziva („Položaj osuđenog“) bile su odredbe o njegovim pravima, privilegijama, premeštaju, prekidu izvršenja, smrti osuđenog, njegovoj disciplinskoj i materijalnoj odgovornosti, uslovnom otpustu i otpuštanju sa izdržavanja kazne.
- 24/ Sada odredba koja se odnosi na rad glasi: „Rad osuđenog je sastavni deo programa postupanja“. Ona je zamenila formulaciju iz ZIKS/2005 koja je glasila: „Radno sposobni osuđeni ima pravo i obavezu da radi“ (čl. 86 st. 1).
- 25/ Pradel /2009:81/ naglašava da su osuđenici u svim zemljama obavezni da rade. Izuzetak je Francuska čiji čl. 720 ZKP sadrži odredbu skoro identičnu onoj u našem ZIKS.
- 26/ Iako je povratka na staro rešenje u literaturi najavljavano neposredno posle usvajanja ZIKS iz 2005 -v. Pihler /2006/.
- 27/ v. Ignjatović /2006/.
- 28/ Odredbe o izvršenju krivičnih sankcija izrečenih maloletnicima neće biti predmet kritičkog razmatranja iz istih razloga zbog kojih nisu bile analizovane norme koje se odnose na ovu kategoriju lica ni u prethodnom poglavlju (ZMUKD se u međuvremenu nije menjao, a u već navedenim radovima smo više puta ukazivali na nedostatke u rešenjima i predlagali njihovu promenu). Kada se radi o izvršenju sankcija pravnim licima odgovornim za krivična dela, u ovom radu one neće biti posebno komentarisane, ali treba samo pomenuti da je Srbija za razliku od drugih država u okruženju zadržala i privredne prestupe kao vrstu delikata kaznenog prava, tako da sada ostaju na snazi i pravila o njihovom izvršenju. Time je pravni sistem samo nepotrebno iskomplikovan.
- 29/ Zakon se po dinamičnosti menjanja može navoditi u rubrikama *Verovali ili ne* jer je za osam godina od donošenja menjan devet puta – čak tri puta u istoj godini!
- 30/ Razlozi svakako nisu praktične prirode – teškoća da se u delu Posebnog odeljenja smeste žene i maloletnici učinioci najtežih dela. Jer još je teže zamisliti kako će se u kaznenom zavodu za žene (koji je po tipu ustanova poluotvorenog tipa) organizovati izvršenje ovakve kazne zatvora.
- 31/ Važno je pomenuti da st. 3 prvog člana ZIKZOK izričito naglašava da se, ako njegovim odredbama nije drugačije propisano, na izdržavanje kazne zatvora lica iz st. 1 i 2 shodno primenjuju odredbe ZIKS.
- 32/ U maniru koji je već primenjen u ZIKS i ZIKZOK (v. čl. 10–12) sadrži odredbe kojima nije mesto u zakonu o izvršenju krivičnih sankcija. Najkraće govoreći, u tom delu zakona sve sem navođenja subjekata koji su angažovani i njihove nadležnosti je suvišno jer treba da bude predmet drugih propisa. Teško je razumeti šta u ovakvom zakonu npr. traže odredbe o visini plate, zasnivanju i

prestanku rada u Posebnom odeljenju (zašto, ako se radi o vitalnim potrebama lica koje obavljaju ove odgovorne poslove nije uneta i odredba da bi trebalo da imaju prioritet u dobijanju stana, beneficiranom letovanju i slične)?

- 33/ Neki kriminolozi (kao zastupnici teorije o tehnikama neutralizacije) smatraju da je to izraz razumljive želje svih devijatnih i marginalnih grupa da nateraju društvo da preispita tradicionalno odbacivanje njihovog ponašanja. Zbog toga se koriste mahanizmom „igre brojeva“: veruju da stav društva neće biti isti ako narkomani (ili pedofili) čine 3 ili 30% populacije i zbog toga propagiraju upotrebu droga i često je besplatno dele mladima. To je razlog zašto pripadnici ekstremnih političkih grupa pozivaju svoje istomišljenike iz drugih zemalja da im se pridruže na demonstracijama ili nastoje da u njih po svaku cenu uključe javne ličnosti.
- 34/ O ovim ustanovama postoji u svetu, naročito u SAD bogata literatura, koja očito nije konsultovana. Da jeste, javnosti bi bar bili izneti razlozi zbog kojih se ovakav model uvodi i pored svih negativnih efekata koje može imati. Tako Sharon Shalew /2009:230 et seq./ u svojoj knjizi o kaznionicama sa maksimalnim obezbeđenjem navodi niz stavova za i protiv i ističe interesantno gledište jednog korekcionog službenika koji smatra da ovakva mera toliko negativno utiče na osuđenike da je „najpogodnija za one koji nikada neće izaći sa izdržavanja kazne“. Ovim se opet otvara pitanje zašto onda nije predloženo uvođenje kazne doživotnog zatvora u Srbiji?
- 35/ Teško se oteći utisku da ovo rešenje nije samo posledica usvajanja modela ćelijske izolacije (pri tom se zanemaruje da rezultati brojnih istraživanja pokazuju da je uvažavanje seksualnih potreba prestupnika jedna od najvažnijih pretpostavki normalizacije zavodskog života) već i retributivne filozofije oličene u maksimi „po svaku cenu povećati patnje osuđeniciima“.
- 36/ Utoliko pre što je, čak i uslovima režima usamljenja, moguće ostvariti razne individualne obrazovne programe (poput učenja i studiranja na daljinu).
- 37/ Teško je verovati da predlagачi novog rešenja nisu znali kakve je posledice imala ćelijska izolacija u klasičnom sistemu izvršenja kazne lišenja slobode (veliki broj duševnih bolesti i samoubistava zatvorenika), zbog čega je on kasnije i napušten. Indikativno je da o tom pitanju autori predloga zakonskog teksta nisu osećali za potrebno da konsultuju naučnu i stručnu javnost.
- 38/ Ostaje dilema zašto je usvojeno ovo rešenje? Podsetimo se da je norma sa kubnim metrima u Minimalna pravila UN uneta kako bi se sprečile zloupotrebe, registrovane u nekim zemljama da se osuđenik smešta u prostorije čija površina je veća, ali se u njima teško može obitavati jer su tavanice toliko niske da se u njima ne mogu uspraviti.
- 39/ Kada se već opredelio za nadziranje i snimanje telefonskih razgovora, čak i u slučaju da se vode sa najbližim srođnicima i bračnim drugom, ostaje dilema zašto se u „privilegovane razgovore“ ubrajaju samo oni sa braniocem? Rešenje je u najmanju ruku sporno jer iskustvo pokazuje da su branioci najčešći prenosioci poruka pritvorenih i osuđenih pripadnika kriminalnog podzemlja. Ovo utoliko pre što se ovde radi o pravnosnažno osuđenim licima, a ne o vršenju funkcije odbrane u krivičnom postupku.
- 40/ Nije slučajno što se u ZIKZOK (za razliku od ZIKS) nigde ne navodi svrha izvršenja kazne zatvora u Posebnom odeljenju.
- 41/ Čak ni u odnosu na učinioce najtežih zločina, ne sme se dozvoliti bilo koji oblik nečovečnog postupanja i zlostavljanja. Srbija sebi ne sme da dozvoli Guantanamo i Abu Graib. Ili novi Goli otok.
- 42/ Hipokrizija onih koji to predlažu ogleda se u tome što su i oni potpuno svesni da pravne norme (pa i najbolje prilagođene datim uslovima) imaju vrlo ograničeni uticaj na kretanje kriminaliteta. Ovde bi možda trebalo parafrazirati jednog britanskog kriminologa (Nigel Walker) koji je u sličnom kontekstu konstatovao da su oni koji određene stvari tvrde „ili neznalice ili svesno obmanjuju druge“.
- 43/ v. [http://www.ombudsman.rs/attachments/793\\_Izvestaj%20ZG%202009%2011.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/793_Izvestaj%20ZG%202009%2011.pdf)
- 44/ S jedne strane, svedoci smo, navodi ovaj autor, širenja propagande kojom se tvrdi kako je jedini izlaz iz situacije u kojoj se nalazimo objava i vođenje „rata sa zločinom“, usvajanje zakona kojima se prava čoveka značajno ograničavaju, uvođenje takvih strategija kontrole kriminaliteta koje su priličnije totalitarnim nego demokratskim društvima. S druge strane, kriminalitet je očigledno dobio karakter univerzalnog. Većina ljudi (koje zbog neposedovanja kriminalnog dosijea smatramo „časnim građanima“) u pojedinim periodima svog života vrše brojna krivična dela (bilo u

- oblasti biznisa, prebrze ili vožnje u pijanom stanju, kao i brojne druge delikte), oni doista podsećaju na shizofrenika koji čas traži da se „rat sa kriminalcima dobije po svaku cenu“, a u „drugom, paralelnom, životu“ sami krše krivične zakone. Jock Young ovu pojavu naziva „brisanje granica“ (e. *blurring of boundaries*) –v. Ignjatović /2010/.
- 45/ Dovoljno je da se dogodi napad na taksiste ili kontrolore u javnom gradskom prevozu, pa da oni traže status službenog lica u krivičnopravnom smislu. Teško je poverovati da je igde u svetu, sem kod nas, moguće da tragični slučaj ubistva medicinske sestre od strane ljubomornog muža u jednoj zdravstvenoj ustanovi bude iskorišćen za pokretanje kampanje da se zdravstvenim radnicima obezbedi navedeni status u krivičnom pravu!
- 46/ Ovaj autor je ideju o formiranju ovakve predsedničke (parlamentarne, vladine ...) komisije izložio pre skoro dve decenije i dobio odgovor da je predlog neumesan „jer u državi već postoje nadležne institucije koje se staraju o kontroli kriminaliteta“. Od tada, mnoge stvari u Srbiji su se promenile, ali ovaj stav (koji protivreči dramatičnim događajima koji su se odigrali i još uvek zaokupljaju pažnju građana) se nije promenio. I dalje se procenjuje da je celishodnije imati „dežurne analitičare“ koji će za medije komentarisati događaje koji su u žiži pažnje javnosti, nego kompetentne i nezavisne eksperte kakve nije moguće aktivirati „na dugme“.
- 47/ U tom pogledu, trebalo bi rešenja pre svega tražiti u državama koje su uspele da kriminalitet drže u razmerama koje se mogu tolerisati uz održavanje niske stope osuđenih lica. Podaci koji se u literaturi navode pokazuju da je prema dostupnim informacijama stopa zatvorenika u Srbiji trenutno među višima u Evropi i iznosi 157 (11.5000 lica lišenih slobode u odnosu na 100.000 stanovnika – prema projekciji Republičkog zavoda za statistiku, u Srbiji – na teritoriji koju efektivno kontrolišu njeni organi – trenutno živi 7.321.00 stanovnika) i u odnosu na podatke za 2003. je trostuko viša (prema podacima koje je za tu godinu objavio britanski Home Office, iznosila je 56 –v. <http://rds.homeoffice.uk/>) čime se približila onoj u Španiji (v. Albrecht /2002:178/). Budući da je stopa osuđenih lica najniža u Irskoj i Japanu (39), Finskoj, Norveškoj (59), Švedskoj, Švajcarskoj (68) i Holandiji (93) – čini se da bi trebalo da proučimo njihova, a ne iskustva baltičkih republika (gde stopa prelazi 300) i Belorusije (sa 554). Najzad, nikako se ne treba ugledati na Rusiju (638) i SAD (686)!
- 48/ Ta tendencija koja je, na neki način, 2002. godine došla do izražaja i u materijalnom krivičnom pravu kroz usvajanje posebne Glave XXIIa KZ – Krivična dela korupcije (sa posebnim krivičnim delima „korupcija u upravi“, „u javnim nabavkama“, „u postupku privatizacije“, „u pravosuđu“, „u zdravstvu“, „u prosveti“ ...), na sreću, ubrzo je napuštena.

## LITERATURA

- Albrecht H. /2002/: Immigration, crime and unsafety –in: *Crime and Insecurity: The Governance of Safety in Europe* (Craford A. ed.), Portland
- Bajović, V. /2007/: Electronic Monitoring and House Arrest in the Criminal Justice Systems –in: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja I* (Ignjatović Đ. ed.), Beograd.
- Burke R. /2007/: Moral Ambiguity, the Shizophrenia of Crime and Community Justice, *British Journal of Community Justice*, n° 1
- Ignjatović Đ. /2005/: Karakter i motivi novih izmena krivičnog zakonodavstva Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, n° 1
- Ignjatović Đ. /2006/: Nova rešenja u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija i iskustva u njihovoj primeni –in: *Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu i dosadašnja iskustva u njihovoj primeni* (Bejatović S. ed.), Zlatibor
- Ignjatović Đ. /2006a/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2010/: *Kriminologija*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2010a/: Organizovani kriminalitet u svetu – kriminološka analiza –in: Ignjatović Đ., Škulić M.: *Organizovani kriminalitet*, Beograd



- Ignjatović Đ. /2010b/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, Beograd
- Pihler S. /2006/: *Novi Zakon o izvršenju krivičnih sankcija Republike Srbije –in: Novo krivično zakonodavstvo: dileme u teoriji i praksi*, Beograd
- Pradel Ž. /2009/: *Komparativno krivično pravo – sankcije* (prevod O. Perić), Beograd
- Shalev S. /2003/: *Supermax – Controlling risk through solitary confinement*, Cullompton
- Soković S. /2005/: *Nova rešenja u predlogu ZIKS – in: Kazneno zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rešenja*, Budva
- Stevanović Z. /2005/: *Stevanović Z. /2005/: Kako novim zakonskim rešenjima unaprediti penalni sistem – in: Kazneno zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rešenja*, Budva
- Stojanović Z. /1984/: *Uslovni otpust: problemi i perspektive*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* n° 1–2
- Stojanović Z., Kolarić D. /2010/: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd

*Dorđe Ignjatović*

Faculty of Law, University of Belgrade

## CRITICAL ANALYSIS OF THE CONDITION AND TENDENCIES IN LAW ON ENFORCEMENT OF PENAL SANCTIONS

### SUMMARY

Law on Enforcement of Penal Sanctions was significantly changed in 2009. Legal innovations have introduced a possibility of execution of prison sentence at home and a measure of home detention. Also, the two new statutes have been enacted: Law on the Liability of Legal Persons for criminal offences and Law on Serving prison sentence for organized crime. While in the first statute penal sanctions for legal persons and provisions for their execution are defined in the usual manner with possibility to impose the following sanctions: fine, measure of termination of legal persons and two security measures (prohibition to engage in certain activities and pronouncement of verdict), the second statute solutions can be criticized for many reasons.

First, denomination of the Law is not adequate because its provisions also apply on offenders convicted for crimes such as terrorism, genocide, war crimes, serious violations of international criminal law as well as for helping these offenders. Further, these rules refer only to adult men who can be sent to Maximum security Prison with a Special Unit only if there is a danger that they would (personally or through other persons): 1. Continue to direct activities of the criminal groups; 2. endanger security of any participant in a criminal procedure or in a procedure of penal sanctions execution; 3. persuade somebody to commit a criminal offence. These wide and insufficiently defined criteria in this paper are assessed as a potential danger, since this extreme sentence regime provided by the Law would include

needlessly large number of convicts. This is all the more since the basic principle in the Law is solitary confinement cells, with strict limits and supervision of the prisoners communication with the outside world.

It is interesting to notice that such a radical change of the system of imprisonment execution in Serbia (which, until the enactment of the mentioned Law was based on principles of serving joint sentence and – at least in the normative area with respect to European standards and the UN Minimum Rules of imprisonment) was not preceded by any public discussion about reasons for reincorporating into the law the mode of imprisonment execution abandoned more than hundred years ago. Instead, the need to intensify the area of criminal reactions in this field through the rhetoric of „penal populism“, was indirectly pointed to the public by causing waves of „moral panics“ and by bidding in the media with „secret“ information about the vulnerability of certain holders of judicial and related functions of the criminal underworld.

In the conclusion of this paper author insists on „normative stabilization“ in the field of criminal laws (in the last decade the most important statutes have been changed for several times – some of them three times in a year). Further, instead of constant intensification of punitive reactions, which – obviously – did not lead to any improvement, wider use of alternative sentences and a number of internationally successful models of non-institutional treatment are necessary. That would relieve overbooked Penal Institutions (the capacity of Serbian Penal Institutions is around 7 500 and currently around 12 000 inmates serve the sentence in them) and reduce execution costs (they currently stand at around 63 million Euros per year). Considering the system of execution, its harmonization and prevention of further particularization is necessary. Provisions of execution should be put back in the unique Law on Execution of Penal Sanctions, which would allowed exceptions from the general regime, only in the cases where it is necessary. In that case, the ‘mistake’ of missing the guaranty oh human treatment with prisoners in the Law on Serving prison sentence for organized crime, would not be possible.

**Key words:** criminal sanctions, execution, retribution, prisons, supermax, solitary confinement.

Milan Škulić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## STAROSNA GRANICA SPOSOBNOSTI ZA SNOŠENJE KRIVICE U KRIVIČNOPRAVNOM SMISLU

**Apstrakt:** Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice se u našoj krivičnopravnoj teoriji, tradicionalno označavala kao starosna granica krivične odgovornosti. Od usvajanja novog Krivičnog zakonika iz 2006. godine (te novela ZKP-a iz 2009. godine), termin *krivična odgovornost* je konsekventno eliminisan iz našeg krivičnog prava, pa ako sud utvrdi da nedostaje bilo koji od obaveznih elemenata krivičnog dela utvrđenih u Krivičnom zakoniku, ili da je isključena protivpravnost, odnosno krivica, tada neće postojati krivično delo. U radu se objašnjava zakonsko rešenje u Srbiji, te iznose određeni komparativni primeri.

Autor posebnu pažnju posvećuje analizi krivičnopravne prirode starosne granice sposobnosti za snošenje krivice, koja se u većini komparativno orijentisanih istraživanja (a posebno u radovima na engleskom jeziku), označava terminom „starosna granica krivične odgovornosti“. Različita zakonska rešenja koja se odnose na starosnu granicu sposobnosti snošenja krivice su rezultat kako različite krivičnopravne tradicije, tako i pogleda na socijalne i psihološke aspekte problema maloletničke delinkvencije, odnosno delinkvencije maloletnih lica, gde bi spadala kako krivična dela učinjena od strane maloletnika, tako i dela koja su protivpravna i zakonom određena kao krivična dela, a koja su učinila deca.

Iz analize iznete u radu, može se izvesti zaključak da nije moguće apriorno tvrditi da se deca koja učine delo koje je protivpravno i zakonom utvrđeno kao krivično delo automatski smatraju „neuračunljivim“ licima. Zakonodavac je, utvrđujući da se u odnosu na lica koja u vreme izvršenja dela nisu navršila četrnaest godina (deca), ne mogu izreći i primeniti krivične sankcije, kao ni druge mere koje se inače mogu izreći i primeniti maloletnicima, njih odredio kao *apsolutno nesposobne za snošenje krivice*, jer se suprotno ni u kom slučaju ne može utvrđivati, dok je u uobičajenim slučajevima utvrđivanja (ne)uračunljivosti, pretpostavka da je neko lice bilo uračunljivo, pa se ukoliko postoje odgovarajući osnovi, može utvrđivati suprotno. Mada se u zakonu za decu, tj. lica koja u vreme izvršenja dela nemaju navršenih 14 godina, ne koristi termin „nesposobni da snose krivicu“, jasno je da se radi o njihovoj apsolutnoj nesposobnosti snošenja krivice, koja je definisana potpuno objektivno i zasniva se isključivo na uzrastu učinioaca dela.

**Ključne reči:** krivično pravo, starosna granica, krivica, maloletnici, deca.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice se kod nas, odnosno u našoj krivičnopravnoj teoriji, tradicionalno označavala kao starosna granica krivične odgovornosti, kao što je to i sada prilično uobičajeno u stranim radovima koji se bave ovom problematikom.

---

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

Međutim, kako je od usvajanja novog Krivičnog zakonika iz 2006. godine, termin *krivična odgovornost* konsekventno eliminisan iz našeg krivičnog materijalnog prava, a to je nedavno (novelama Zakonika o krivičnom postupku iz septembra 2009. godine), učinjeno i u odnosu na krivično procesno pravo, upotreba takve terminologije bi u određenoj meri mogla biti sporna, pa je to i osnovni razlog da ovde prvenstveno govorimo o starosnoj granici sposobnosti za snošenje krivice, a ne o starosnom limitu krivične odgovornosti (osim povremeno, kada citiramo radove pisane u vreme važenja ranijeg krivičnog zakonodavstva, odnosno tekstove iz strane literature, a pre svega one pisane na engleskom jeziku),<sup>1</sup> kao što smo to inače, uobičajeno činili u vreme kada je termin *krivična odgovornost* egzistirao u našem pozitivnom krivičnom pravu.

## 2. TERMINOLOŠKO PITANJE – STAROSNA GRANICA SPOSOBNOSTI ZA SNOŠENJE KRIVICE ILI STAROSNA GRANICA KRIVIČNE ODGOVORNOSTI

U Krivičnom zakoniku Srbije iz 2006. godine više se ne koristi izraz „krivična odgovornost“, pa je to bio razlog da se i u Zakoniku o krivičnom postupku na odgovarajućim mestima, kao na primer, u članu 156 stav 2, 345, 355 Zakonika o krivičnom postupku (jedan od alternativno formulisanih razloga za oslobađajuću presudu) itd., *eliminiše izraz „krivična odgovornost“*,<sup>2</sup> što je posledica i formalnog prihvatanja objektivno-subjektivne koncepcije opšteg pojma krivičnog dela u Krivičnom zakoniku.<sup>3</sup>

Da bi neko delo bilo krivično delo, potrebno je da su *kumulativno* ispunjeni sledeći uslovi: a) u pitanju je delo čoveka; b) to delo je predviđeno zakonom kao krivično delo (načelo legaliteta u materijalnom krivičnom pravu; v) delo je protivpravno; te g) delo je skrivljeno (član 14 stav 1 KZ). Neće postojati krivično delo, ukoliko je isključena protivpravnost ili krivica, iako inače, postoje sva obeležja krivičnog dela određena zakonom (član 14 stav 2 KZ).

Iz ovoga proizlazi da ako sud utvrdi da nedostaje bilo koji od obaveznih elemenata krivičnog dela utvrđenih u Krivičnom zakoniku, ili da je isključena protivpravnost, odnosno krivica, tada neće postojati krivično delo.<sup>4</sup> To znači i da u slučaju *kada nema krivice*, kao subjektivnog elementa krivičnog dela, bilo zbog nepostojanja potrebnog oblika krivice (na primer, postoji nehat, a konkretno krivično delo se može učiniti samo umišljajno), bilo zbog činjenja u stanju neuračunljivosti

1 Pored toga izraz „starosna granica krivične odgovornosti“ se ipak još uvek koristi u jednom čisto tehničkom smislu, pa i kao neka vrsta sinonima za u svetlu novih zakonskih rešenja adekvatniji termin – „starosna granica sposobnosti za snošenje krivice“ (jer biti kriv suštinski, a posebno u jezičkom smislu i znači biti odgovoran), a ne kao zakonski izraz.

2 Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009., str. 461–462.

3 Više o tome: M. Škulić, *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije – izmene i dopune Zakonika o krivičnom postupku i odredbe Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009., str. 3 i 4.

4 Krivično delo neće u skladu sa članom 29 stav 1 KZ-a, postojati ni onda kada je učinjeno u neotkloljivoj pravnoj zabludi. Više o tome: M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, broj 1/2010, Beograd, 2010., str. 76–77.

protivpravnog dela propisanog zakonom kao krivično delo, tada *više nije u pitanju poseban razlog nepostojanja krivične odgovornosti, već takvo delo uopšte nije krivično delo*. Iz ovoga, takođe proizlazi i da se činjenica da lice koje je učinilo delo koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo (objektivni aspekt dela), a koje u vreme izvršenja tog dela nije navršilo određeni minimalni uzrast, za takvo delo objektivno ne može snositi krivicu, pa stoga ni njegovo delo neće biti krivično delo. Takvo lice (dete) zbog svog starosnog uzrasta apsolutno *ne može biti krivo*, pa stoga ni njegovo delo *ne može biti krivično delo*.

Uobičajeno se još uvek prilično često govori o starosnoj granici „krivične odgovornosti“ i taj se termin ipak (bez obzira što više ne postoji u našem krivičnom materijalnom pravu),<sup>5</sup> još uvek može u određenoj meri koristiti kada se radi o maloletničkom krivičnom pravu (posebno kada se radi o citiranju literature na engleskom jeziku, u kojoj se uobičajeno govori o starosnoj granici „krivične odgovornosti“), a naročito ako bi se izraz „krivična odgovornost“ racionalno shvatio u smislu mogućnosti da određeno lice bude terećeno za delo, odnosno da *za delo odgovara*, dakle više u jednom procesnom smislu, jer vođenje krivičnog postupka podrazumeva da se licu protiv kojeg se krivični postupak vodi konkretno delo stavlja na teret, tako da ono odgovara za krivično delo koje je predmet postupka, odnosno poziva se na odgovornost.

Ako se krivični postupak protiv određenog lica ne može voditi jer ono u vreme izvršenja dela nije navršilo određenu minimalnu starosnu dob, onda se tada radi o objektivnoj nemogućnosti da takvo lice snosi krivicu, a s obzirom da se krivični postupak svodi na odgovarajuće „pozivanje na odgovornost“, moguće je govoriti i o objektivnoj nemogućnosti da takvo lice bude krivično odgovorno, odnosno da krivično odgovara.<sup>6</sup> Iz ovoga proizlazi i da se još uvek (uz određene rezerve i objašnjenje da se ni u kom slučaju, ne radi o zakonskom pojmu ili terminu), može upotrebljavati izraz starosna granica „krivične odgovornosti“, mada bi se u svetlu nove zakonske terminologije (KZ iz 2006. godine), koja više ne poznaje izraz *krivična odgovornost*, kao svakako adekvatniji termin, mogao upotrebljavati izraz starosna granica *sposobnosti snošenja krivice*, koji će se stoga, u ovom tekstu pretežno i koristiti.

### 3. PRAVNI OSNOV NEMOGUĆNOSTI DECE DA SNOSE KRIVICU I NORMATIVNO REŠENJE U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Čovekov individualni „hod kroz vreme“, tokom njegovog bivstvovanja neophodno podrazumeva prolazak kroz različita starosna doba, od ranog detinjstva, do mladosti, zrelog doba, poznijih godina i starosti, kao poslednje „etape“ u biološkom

5 Po pravilu se u komparativnim istraživanjima, pa i onda kada se radi o tekstovima autora iz kontinentalne Evrope, gde je opšti pojam krivičnog dela definisan relativno slično kao i u našem Krivičnom zakoniku, uvek kada je u pitanju rad na engleskom jeziku, koristi izraz «starosna granica krivične odgovornosti», odnosno «minimalni uzrast za krivičnu odgovornost» (*minimum age for criminal responsibility*).

6 U ovom smislu, sam po sebi, izraz „odgovornost“ nije ni sada potpuno stran našem pozitivnom krivičnom pravu, pa se tako na primer, može govoriti o *odgovornosti pravnih lica za krivična dela*, što naravno nije isto što i njihova „krivična odgovornost“, mada inače, postoje i zakonodavstva u kojima se reguliše „krivična odgovornost“ pravnih lica.

i psihološkom razvoju svakog čoveka, čija se „životna staza“ ne završi pre biološki projektovanog vremena. Starosno doba, odnosno uzrast ima veliki značaj u raznim socijalnim oblastima, pa tako ono presudno utiče na izbor „edukativnih modela“ tokom razvoja ljudi, kao i načina njihove ukupne socijalizacije, ono takođe ima značaj u izvršenju raznovrsnih obaveza koje se građanima nameću, kao što je npr. dužnost služenja vojnog roka, ono može da predstavlja i uslov za sticanje određenih prava, kao što je npr. aktivno i pasivno biračko pravo i tsl.

Uzrast ima svoje evidentne konsekvence i u mnogobrojnim drugim oblastima, pa i u pravu, kao sistemu normi kojima se od strane države, tj. njenih eksponenata, u cilju zaštite interesa dominantnih društvenih slojeva, uređuju neke najvažnije oblasti društvenog života. Značaj uzrasta je tako, veoma veliki npr. u građanskom pravu, kada je reč o sticanju poslovne sposobnosti, ili u radnom pravu, u pogledu ispunjenja normiranih uslova za zaposlenje, kao i za odlazak u penziju, te sticanje drugih prava i obaveza iz domena opšte i individualne socijalne zaštite, ali je svakako možda najupečatljiviji po svojim očiglednim i po pravilu, dalekosežnim posledicama, normativni značaj starosnog doba u krivičnom pravu, kada se na osnovu toga određuje da li će neko lice uopšte odgovarati za učinjeno krivično delo, odnosno protivpravno delo određeno zakonom kao krivično delo, koje mu se krivične sankcije mogu izreći, ukoliko postoje uslovi da snosi krivicu, koji će se tip krivičnog postupka voditi prema njemu, na koji će se način prema njemu izvršavati krivične sankcije, kako će se zakonom definisati i praktično ostvarivati njihova svrha, itd.

Teorijski posmatrano starosno doba bi se i u bio-psihičkom smislu moglo tretirati na *dva osnovna načina*: 1) u *apsolutnom smislu* – stvaranjem određenih krutih i praktično „mehaničkih“ starosnih granica, prema navršenim godinama starosti i 2) u *relativnom smislu*, s obzirom na realno dostignuti stepen bio-psihičkog razvoja, nezavisno od godina koje pojedinac zaista ima, odnosno koje je zbilja navršio.<sup>7</sup> Mada je drugi način nesumnjivo realniji, (iako relativnog karaktera), jer je notorna činjenica da ljudi istih godina mogu da se značajno razlikuju prema svom objektivnom bio-psihičkom razvoju, on je veoma komplikovan za egzaktno utvrđivanje, tako da ne postoje sigurne metode procenjivanja dostignutog stepena bio-psihičkog razvoja, nezavisno od starosnog doba, pa se zato danas u krivičnom pravu bez izuzetka, a u cilju stvaranja sigurnih „normativnih parametara“, kao i radi opšte težnje za pravnom sigurnošću i eliminisanjem komplikovane arbitrarnosti,<sup>8</sup> prihvata metod definisanja starosnih granica u *apsolutnom smislu*, određivanjem konkretnih starosnih limita, s obzirom na godine starosti, ali se te granice u izvesnoj meri relativizuju omogućavanjem da određene kategorije učinilaca, do određenog starosnog

7 Interesantno je da taj *relativan način određivanja starosti* ima uticajne pristalice u medicinskoj nauci i praksi, gde mnogi lekari izražavaju stav da „čovek nije star onoliko koliko ima godina, već je star u onoj meri u kojoj su stari (očuvani) njegovi vitalni biološki sistemi, pre svega krvotok i skelet“.

8 Pod ovim podrazumevamo činjenicu da bi se prihvatanjem *relativnih starosnih granica* (koje su verovatno u strogom naučnom i logičkom smislu više opravdane nego apsolutne granice), došlo do toga da bi se od strane posebnih stručnjaka morala „ekspertiznim putem“ utvrđivati stvarna bio-psihološka zrelost određenih pojedinaca, što bi se u nedostatku striktnih kriterijuma (a činjenica je da su takvi kriterijumi teško ostvarivi, te da u tom pogledu ni ne postoji nekakva opšta saglasnost), nužno svodilo na određenu preteranu i nedopustivu arbitrarnost koja je nesumnjivo „majka nepravichnosti“.

doba, pod izvesnim uslovima mogu da se tretiraju i na drugačiji način, (kako u smislu krivičnog materijalnog prava, tako i sa aspekta krivičnog procesnog prava, kroz definisanje posebnog tipa krivične procedure za takve učinioce krivičnih dela), kao što je to u našem krivičnom pravu npr. slučaj sa konstituisanjem kategorije mlađih punoletnih lica.

O činjenici da li je učinilac krivičnog dela dete ili maloletnik se u izvesnoj meri vodilo računa već u rimskom a potom i u srednjovekovnom pravu, ali se sve do poslednje trećine 19. veka ne pokušava na ozbiljniji način *statuirati poseban položaj* maloletnika u krivičnom pravu, već se naponi koji su do tada učinjeni, mogu okarakterisati više kao izraz normativne težnje za ublažavanjem strogosti tadašnjeg krivičnog prava u odnosu na maloletnike i decu, pri čemu takva intencija pretežno dolazi do izražaja u postepenom podizanju „*dobne granice*“ apsolutne nekažnjivosti, a ponegde i uvođenjem procesno-pravnih mogućnosti predaje deteta ili maloletnika „kakvoj ustanovi za popravljanje“.<sup>9</sup>

Savremeno krivično zakonodavstvo je u skladu sa kriminološkim, socijalno-psihološkim, te u izvesnoj meri antropološkim učenjima o biološkom, psihičkom i socijalnom razvoju ličnosti, s jedne strane težilo postepenom povišenju starosnog limita početka reagovanja službenih aktera krivične procedure koji primenjuju materijalno krivično pravo,<sup>10</sup> a s druge strane, ispoljavalo *normativno usmerenje* ka proširenju kruga delinkvenata koji imaju poseban krivično-pravni status, (npr. u vrstama krivičnih sankcija koje im se mogu izreći, načinu izvršenja tih sankcija prema njima, vrsti krivičnog postupka čija primena dolazi u obzir i tsl), mada su s obzirom na godine koje imaju krivično odgovorni – mlađa punoletna lica. Bez obzira na mogućnost svrstavanja postojećih komparativnih rešenja krivičnog materijalnog prava u odnosu na starosnu granicu u okviru dva osnovna izložena pravca, činjenica je da se u pogledu tog pitanja ne može govoriti o bilo kakvoj uniformnosti krivično-pravnih rešenja koja se odnose na uzrast kao kriterijum u krivičnom pravu.

U suštini se ipak mogu uočiti određene *zakonodavne tendencije* kada je reč o utvrđivanju *starosnih granica* krivične odgovornosti, kao i u pogledu definisanja kruga *omladinske delinkventne populacije*, čiji pripadnici imaju specifičan krivično-pravni položaj. Na taj način, skoro sve savremene krivične legislative, a naročito u Evropi, *normativno diferenciraju* različite starosne kategorije učinilaca krivičnih dela, koje se uopšteno posmatrano najčešće dele na *decu*, koja zavisno od pojedinih krivično-pravnih sistema predstavljaju učinioce starosti do 7 godine, ili od 7–12, odnosno do 14 ili 15 godina. Drugu starosnu grupu čine *maloletnici*, gde spadaju učinioci, koji zavisno od krivično-pravnog sistema najčešće imaju od 14 do 18 godina, ili do 21 godine, odnosno od 12 do 18 godina, pri čemu je u stvari raspon te starosne grupe u pojedinim krivičnim zakonodavstvima izražen kroz odnos određenog *starosnog minimuma*, kada se neko lice više ne smatra detetom u krivično-pravnom smislu i određenog *starosnog maksimuma*, kada to lice stiže krivično-pravni status punoletnog, odnosno mlađeg punoletnog lica.

9 F. Hirjan i M. Singer, Maloletnici u krivičnom pravu, Zagreb, 1978., str. 3

10 Uslovi materijalnog krivičnog prava u pogledu *starosne granice* sposobnosti za snošenje krivice, istovremeno predstavljaju i neophodne *krivičnoprocesne uslove* za sticanje *subjektiviteta pasivne stranke* u krivičnoj proceduri.

U nekim zakonodavstvima, kao što je to slučaj sa većinom evropskih država, vrši se i posebno *starosno klasifikovanje* samih maloletnika, koji se npr. dele na mlade i starije, a što u normativnom i praktičnom smislu ima za svrhu konstituisanje posebnih krivično-pravnih uslova za izricanje određenih krivičnih sankcija maloletnicima koji spadaju u pojedinu starosnu podkategoriju, te za definisanje u određenim situacijama i posebne svrhe krivičnih sankcija za određene starosne kategorije, ili za određivanje posebnog tipa krivične procedure, kao i posebnih pravila izvršenja krivičnih sankcija, zavisno od uklopljenosti delinkventa u određene starosne limite.

Konačno, većina savremenih krivično-pravnih sistema obuhvata i posebnu kategoriju punoletnih učinilaca krivičnih dela, koji prema normativnom stanovištu zakonodavca još uvek pripadaju *omladinskoj populaciji* u širem smislu, pa se najčešće obeležavaju kao „mlađi punoletnici“, odnosno kao „mlađa punoletna lica“. Ta starosna kategorija učinilaca najčešće nema poseban krivično-pravni status, koji bi u normativnom smislu bio potpuno autonoman, ali se ta lica, zavisno od rešenja pojedinih krivičnih zakonodavstava, mogu npr. blaže kažnjavati u određenim situacijama, ili se prema njima mogu primeniti određene krivične sankcije koje se redovno primenjuju u odnosu na maloletnike, odnosno u odnosu na njih se može voditi krivična procedura koja se inače primenjuje u pogledu delinkventne aktivnosti maloletnih lica.

#### 4. STAROSNA GRANICA SPOSOBNOSTI SNOŠENJA KRIVICE U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE – PRAVNA PRIRODA STAROSNOG LIMITA I ZAKONSKO REŠENJE

Odredbom člana 2 Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivično-pravnoj zaštiti maloletnika,<sup>11</sup> utvrđeno je da se prema licu koje u vreme izvršenja protivpravnog dela, u zakonu predviđenog kao krivično delo, nije navršilo četrnaest godina ne mogu izreći krivične sankcije, niti primeniti druge mere koje predviđa Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika. Norma sadržana u citiranoj odredbi krivičnog zakona je *ograničavajućeg značenja* ne samo u pogledu važenja krivičnog prava prema navedenoj starosnoj kategoriji učinilaca krivičnih dela, već i u pogledu mogućnosti vođenja krivičnog postupka, jer ukoliko se krivične sankcije *ne mogu izreći, odnosno druge mere nemenjene učinocima krivičnih dela ne mogu primeniti*, onda se samim tim, po logici stvari, *ne*

11 Inače, već naslov ovog Zakona u njegovom drugom delu koji se odnosi na položaj maloletnih lica kao oštećenih određenim krivičnim delima, apsolutno nije adekvatan, jer se tu uopšte *ne radi o krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, kojom se inače bavi jedan deo Krivičnog zakona (krivična dela protiv braka i porodice, neki oblici krivičnih dela protiv života i tela itd.), već je u pitanju *zaštita maloletnih lica u samom krivičnom postupku* u kojem se oni pojavljuju kao oštećeni i svdoci, a u odnosu na neke često uobičajene negativne posledice klasične krivične procedure, koja u mnogim situacijama može dovesti do tzv. sekundarne viktimazacije žrtve, tj. oštećenog. Pojam „maloletnog lica“ je širi od pojma „maloletnika“, tako da obuhvata sva fizička lica koja nisu navršila 18 godina, tj. nisu postala punoletna, a gde u krivičnopravnom smislu, spadaju kako deca tj. lica koja nisu navršila 14 godina, tako i maloletnici (lica koja imaju 14 godina, a još nemaju 18 godina). Prema članu 112 stav 10 KZ, maloletnim licem se smatra lice koje nije navršilo osamnaest godina.



*moгу ni izreći*, pa je usled toga, i vođenje krivičnog postupka potpuno isključeno, odnosno to je bespredmetno.

Prema odredbi člana 72 nekadašnjeg KZ SRJ (kasnije KZ Srbije), bilo je propisano da se prema maloletniku koji u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršio četrnaest godina (dete) ne mogu primeniti krivične sankcije. Ova zakonska odredba je sadržavala *dve terminološke nedoslednosti*; prvo, govorilo se o maloletniku koji u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršio četrnaest godina, a u zagradi se označavalo da je reč o detetu, što bi bukvalno moralo da znači da su deca posebna kategorija maloletnika, što u suštini nije logično; drugo, govorilo se o primeni krivičnih sankcija, što je ukazivalo da je moguće njihovo izricanje, ali ne i primena, a što bi bilo potpuno besmisleno, pa se takvo rezonovanje naravno nije ni događalo u praksi. S druge strane, prethodno citirana odredba člana 2 Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika, otklanja nelogičnosti norme iz nekadašnjeg KZ SRJ (a istovetna odredba je važila i u ranije jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu, kao i u potonjem KZ-u Srbije, do donošenja novog KZ-a iz 2006.) i takođe, na jasan način uređuje da delo koje je učinilo dete formalno *ne predstavlja krivično delo*. Ono je samo delo koje je zakonom propisano kao krivično delo i koje je protivpravno. Ni ovde se ne utvrđuje šta predstavlja formalni osnov za određivanje da delo deteta, koje po objektivnim obeležjima predstavlja krivično delo ne bude krivično delo, a to pitanje ćemo detaljnije objasniti u daljem tekstu, nakon analize rešenja iz našeg nekadašnjeg krivičnog materijalnog prava, koje je i poslužilo kao odgovarajuća osnova za rešenje koje je sada sadržano u članu 2 Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika.

Suštinski značaj krivičnopravne norme nekada sadržane u odredbi člana 72 KZ SRJ (kasnije do 2006. godine i u KZ-u Srbije),<sup>12</sup> se ogledao ne samo u nemogućnosti primene krivičnih sankcija u odnosu na decu, (učinioce krivičnog dela koji u vreme izvršenja dela nisu navršili četrnaest godina), već i u nemogućnosti vođenja krivičnog postupka protiv tih lica, u okviru kojeg bi se jedino i mogle izreći krivične sankcije, što predstavlja i apsolutni *condicio sine qua non* za njihovu eventualnu primenu. Ali u citiranoj odredbi se ne može sa sigurnošću utvrditi koji je *krivičnopravni osnov*, ili *krivičnopravni temelj*, te nemogućnosti primene krivičnih sankcija u odnosu na decu i sledstveno tome nemogućnosti vođenja krivičnog postupka u odnosu na lica te starosne kategorije. Krivičnopravna teorija se o tome u principu ne izjašnjava na potpuno jasan način, smatrajući verovatno da to pitanje nije sporno, ili da nije suviše bitno. Nama se čini da je ipak potrebno da se pokuša rešavanje tog problema.

12 Ova norma je od značaja, iako više ne predstavlja deo našeg pozitivnog prava, s obzirom da se još uvek veliki broj radova iz naše i nekadašnje jugoslovenske krivičnopravne teorije, odnosi na sadržinu te odredbe, pri čemu treba imati u vidu da se u tim radovima često piše o krivičnoj odgovornosti, koja od donošenja novog Krivičnog Zakonika Srbije iz 2006. godine, više ne predstavlja pojam iz domena pozitivnog krivičnog prava, ali koji se, kao što smo već objašnjavali, u određenoj meri može koristiti u tehničkom smislu. Inače, kao što smo prethodno već objasnili, izraz „starosna granica krivične odgovornosti“, se često koristi u istraživanjima (pre svega, objavljenim na engleskom jeziku – *minimum age for criminal responsibility*), koja se bave komparativnim krivičnim pravom.

Čini se da je jedino realno, da se nemogućnost primene krivičnih sankcija prema licima koja nisu navršila četrnaest godina u vreme izvršenja dela, kao i nemogućnost vođenja postupka prema njima, tretira kao *apsolutno oslobađanje lica te starosne kategorije od krivične odgovornosti*,<sup>13</sup> odnosno kao apsolutna nemogućnost da ta lica snose krivicu u odnosu na protivpravno delo, određeno zakonom kao krivično delo. Tako npr. B. Čejović,<sup>14</sup> navodi da lica koja nisu navršila četrnaest godina nisu u stanju da shvate značaj svojih postupaka i da njima upravljaju, tako da izvršeno delo nije rezultat njihovog asocijalnog stava odnosno ponašanja, već rezultat nedostatka kontrole, odnosno nadzora roditelja ili vaspitača, tako da iz tih razloga mere za njihovo vaspitanje treba primeniti na tom planu, a ne na planu mera koje sadrži krivično pravo, bolje rečeno zakonodavstvo. Mada citirani autor ne govori *explicitno* o krivičnoj neodgovornosti lica mlađih od četrnaest godina, on prema našem shvatanju to izražava *implicitno* time što očigledno koristi terminologiju koja upućuje na problematiku „krivične odgovornosti“ (krivice prema sadašnjoj zakonskoj terminologiji) i to u njena *dva sadržinska aspekta – intelektualnom*; („... nisu u stanju da shvate značaj svojih postupaka...“) i *voluntativnom*; („...i da njima upravljaju...“). K. Vodopivec zaključuje da je u evropskom pravu pedesetih godina preovladalo stanovište prema kojem maloletnik nije „minijatura odrasla osoba“, krivično odgovorna, sve do trenutka, kada sud isključi njegovu krivičnu odgovornost usled nedostatka sposobnosti rasuđivanja.<sup>15</sup> Ovim se ne definiše *pravna priroda starosne granice*, već se samo na izvestan način apostrofira *oboriva pretpostavka* krivične odgovornosti maloletnika koji je u vreme izvršenja dela navršio određenu starosnu dob, pod uslovom da je i inače posedovao sve ostale klasične attribute krivične odgovornosti – elementi uračunljivosti i krivice (vinosti).<sup>16</sup>

13 Treba imati u vidu da je u vreme, kada su citirani autori pisali o krivičnoj odgovornosti maloletnika, odnosno eksplicitno ili implicitno o njihovoj krivičnoj neodgovornosti, *krivična odgovornost* bila pozitivnopravni institut našeg materijalnog krivičnog prava („spoj“ uračunljivosti i odgovarajućeg oblika krivice), ali i procesnog krivičnog zakonodavstva (na primer, jedan od razloga za donošenje oslobađajuće presude), što sada nije slučaj.

14 B. Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi*, Prva knjiga Opšti deo, Beograd, 1985., str. 494.

15 K. Vodopivec, *Naše mladinsko sodstvo*, Pravnik, 1955, br. 7–9, str. 201.

16 Vinost je u stvari, *sinonim* za «krivicu» i nekada je (mada ne sasvim dosledno), bila uobičajena u našoj krivičnopravnoj teoriji, a pod njenim uticajem i u praksi, iako formalno nikada nije bila zakonski termin, dok krivica kao poseban izraz nije egzistirala u krivičnom materijalnom zakonodavstvu, niti je bila prihvaćena od strane većine teoretičara, što je uticalo i na praksu, koja je samo u „figurativnom“ smislu koristila termin „krivica“, kao različitu oblast od „parnice“. „Krivica“ je na izvestan način svoje mesto uvek imala u krivičnom procesnom zakonodavstvu, jer se izreka osuđujuće presude svodi na konstataciju o postojanju krivice. Dakle, nikada se u osuđujućoj presudi nije konstatovalo da je optuženi „vin“, već jedino da je „kriv“. Krivica je kod nas uvek egzistirala i u drugim krivičnoprocesnim institutima, kao što je na primer, nekadašnja formulacija pretpostavke nevinosti, bila izražavana kroz pravilo da se „niko ne smatra krivim“, ili je „krivica“ u određenom obliku postojala u samom terminu „okrivljeni“ itd. Sada je krivica zakonski termin i u materijalnom krivičnom pravu, a kako se «vinost», kao i ranije, ni sada ne spominje u Krivičnom zakoniku, taj se termin sve manje upotrebljava i u praksi, mada se tu još uvek ponekad može sresti, što je posledica izvesne inercije i stečenih navika. Naša savremena krivičnopravna nauka je nakon stupanja na snagu Krivičnog zakonika iz 2006 godine, u najvećoj meri, potpuno „napustila“ izraz „vinost“. Interesantno je da vinost koja predstavlja reč ruskog porekla nije uobičajena u tzv. običnom jeziku, iako je decenijama bila zastupljena u zakonskoj i

Z. Stojanović navodi da se nekadašnjom odredbom čl. 72 KZ SRJ određuje donja starosna granica ispod koje se isključuje primena bilo koje krivične sankcije, što istovremeno znači i isključenje primene krivičnog zakonodavstva i nadležnosti pravosudnih organa, tako da se prema licu koje u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršilo četrnaest godina (dete u krivičnompravnom smislu), mogu primeniti mere koje predviđaju zakonski propisi kojima se regulišu porodični odnosi.<sup>17</sup> Mada inače odlično zapaža određene kontradikcije koje postoje između termina *krivica* i *krivična* (*krivičnopravna*) *odgovornost* u našem krivičnom pravu,<sup>18</sup> uz isticanje da „krivica predstavlja jedan od četiri obavezna elementa u opštem pojmu krivičnog dela“,<sup>19</sup> citirani autor se ne izjašnjava izričito o tome da li je lice koje je u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršilo četrnaest godina krivično odgovorno, odnosno da li je načelno (ne)sposobno da bude krivo. To je ovaj autor činio u vreme važenja ranijeg normativnog rešenja materijalnog krivičnog prava, za koje je bilo karakteristično da je krivično delo definisalo na način koji je (mada je to teorijski osporavano),<sup>20</sup> bio

---

naučnoj krivičnompravnoj terminologiji, dok je obrnuto, reč «nevinost», kao jezički opozit vinosti, veoma uobičajena, kako u zakonima, pa i u Ustavu (na primer, pretpostavka nevinosti), tako i u životu. Suprotno ovome, izraz «krivica» je takođe, veoma uobičajen u tzv. običnom, životnom govoru, dok on i nema neki svoj jezički opozit, jer izraz «nekrivica», praktično ne egzistira, a pitanje je da li bi se i mogao smatrati gramatički korektnim. Ovo je pitanje nekada smatrano značajnim i u domenu krivičnog procesnog prava, pre svega, u vezi dejstva pretpostavke nevinosti. Nekada je u našem ZKP-u pretpostavka nevinosti bila regulisana na nešto drugačiji način, odnosno kao *pretpostavka nekrivice*, pa se tako utvrđivalo da „niko ne može biti smatran krivim za krivično delo dok to ne bude utvrđeno pravnosnažnom odlukom nadležnog suda“. U teoriji se ponekad isticalo kako se ne može prezumpcija nevinosti izvoditi iz jedne odredbe u kojoj se reč „nevinost“ i ne pominje (T. Vasiljević i M. Grubač, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni glasnik“, Beograd, 2005., str. 31). U stvari, ovo shvatanje previđa da su u jezičkom smislu pojmovi „vinost“ i „krivica“ suštinski sinonimi, pa je shodno tome, opet u jezičkom smislu, potpuno isto značenje i njihovih opozita – „nevinosti“ i „nekrivice“, s tim da je u uobičajenom govoru reč „nevinost“ prilično uobičajena, dok je reč „nekrivica“ neuobičajena i praktično se ni ne upotrebljava, iako je obrnuto reč „krivica“ sasvim jasnog značenja i ima široku jezičku, pa i pravnu upotrebu. Drugim rečima, logički i jezički je potpuno jednakog značenja kada se neko, odnosno svako „smatra nevinim“ i kada se „ne smatra krivim“, ali nije sporno da je jasnije značenje pretpostavke nevinosti koja se formuliše u pozitivnom obliku, te da u tom slučaju ona ima i nešto pozitivniju simboličku konotaciju i psihološko značenje za okrivljenog, pa je u tom pravcu i išla poslednja modifikacija odredbe čl. 3 stav 2 našeg Zakonika o krivičnom postupku. Takva terminološka intervencija je bila opravdana i sa stanovišta međunarodnopravnih pravila, jer se u svim relevantnim aktima te vrste pretpostavka nevinosti definiše na pozitivan način, kao *pravo lica da se smatra nevinim*. Naravno, sada je ta usklađenost samo dodatno pojačana i na jednom terminološkom nivou, ali suštinski, apsolutno nema nikakve razlike između *nevinosti* i *nekrivice*.

- 17 Z. Stojanović, Krivično pravo – opšti deo, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2002., str. 376.
- 18 Ovo zapažanje citiranog autora (Z. Stojanović), se odnosilo na naše ranije krivično zakonodavstvo, koje je sadržavalo kao poseban pojam krivičnu odgovornost, koja više ne egzistira u Krivičnom zakoniku Srbije iz 2006. godine.
- 19 Ibid., str. 172–173.
- 20 Naime, krivično delo je nekada (što je kod nas trajalo decenijama), bilo zakonski definisano kao «društveno opasno delo koje je zakonom određeno kao krivično delo i čija su obeležja određena zakonom» (član 8 stav 1 KZ SFRJ), što je u osnovi *asociralo na objektivni pojam krivičnog dela*, jer u ovoj definiciji svoje striktno određeno mesto nije našla i vinost, odnosno krivica, koja je tada svrstavana u okviru posebnog pojma krivične odgovornosti, odnosno zakonskog određivanja da

dosta blizak objektivnom pojmu krivičnog dela, a pri tom, je kao poseban zakonski pojam egzistirala krivična odgovornost. U svetlu novog zakonskog rešenja, prethodno citirani autor ističe da se krivično pravo ne primenjuje na lica koja nisu dostigla određeni starosni uzrast, jer kod njih ne može postojati krivica,<sup>21</sup> pa zbog toga, ni krivično delo.<sup>22</sup>

Bez suvišnog udublivanja u prilično složena teorijska pitanja krivice, čini nam se, da baš u odnosu na krivičnopravni položaj maloletnika, čitav niz problema zahteva odgovarajuće objašnjenje. Naime, kako to ističe Z. Stojanović, krivica je element u opštem pojmu krivičnog dela, a krivična odgovornost je pre svega konstatacija, tj. utvrđivanje da neko ispunjava uslove za krivičnu odgovornost, tako da taj termin ima pretežno deklarativni a ne suštinski karakter.<sup>23</sup> Međutim, krivica se ne može utvrđivati bez krivičnog postupka, odnosno bez donošenja odluke kojom se ona konstatuje u zahtevanim krivičnoprocesnim formama.

Znači li to da ne postoji krivično delo ukoliko je učinilac ostao nepoznat pa krivični postupak protiv njega nije ni vođen, ili ukoliko je vođen i završen bez utvrđivanja krivice – rešenjem o obustavi postupka, odbacivanjem optužnice, odbijajućom odnosno oslobađajućom presudom i tsl. ? U stvari, krivično delo tada postoji *u objektivnom odnosno realnom smislu*, ukoliko je potpuno izvesno da je određena relevantna posledica nastupila kao rezultat krivičnog dela a ne npr. slučaja ili više sile, ali ono ne postoji kao rezultat zakonom utvrđene krivice, tj. tada nije u krivičnom postupku i na zakonom propisan način utvrđena krivica konkretnog lica. Slično tome, ako delo kojim su ispunjena objektivna obeležja krivičnog dela (protivpravnost i određenost u zakonu), učini lice koje u vreme izvršenja nije imalo 14 godina, ono za to delo ne snosi krivičnu krivicu, a tada se ni ne pokreće krivični postupak, a ako se i podnese krivična prijava ona se odbacuje, odnosno postupak se obustavlja kada se utvrdi starost učinioca ali takvo delo svakako postoji ako ima sva objektivna obeležja krivičnog dela. Ono tada postoji kao protivpravno delo koje je zakonom

---

je «krivično odgovoran učinilac koji je uračunljiv i koji je krivično delo učinio sa umišljajem ili iz nehata» (član 11stav 1 KZ SFRJ). U teoriji se pri tom, isticalo da je «u našoj krivičnopravnoj literaturi pretežno usvojeno shvatanje da je *vinost (krivica) učinioca obeležje krivičnog dela*», pri čemu se to, kada je reč o tadašnjem normativnom rešenju, u osnovi obrazlagalo time da je činjenica da Krivični zakon poznaje krivično delo i krivičnu odgovornost kao dva odvojena pojma, ali koja su međusobno povezana u toj meri da oba predstavljaju zasebnu i to osnovnu jedinicu u sistemu opšteg dela Krivičnog zakona«, pa je stoga teorija pretežno konstruisala sledeći opšti pojam krivičnog dela: „delo, odnosno ponašanje čoveka koje je društveno opasno, zakonom određeno po obeležjima kao krivično delo i za koje je učinilac vin, tj. u pogledu kojeg je postupao sa umišljajem ili iz nehata.“ Više o tome: Grupa autora (redakcija N. Srzentić), Komentar Krivičnog zakona SFRJ, Beograd, 1986., str. 40–41.

21 Inače, Z. Stojanović objašnjava da se u Srbiji u 19. veku koristio termin „pripisivati u krivicu“, tj. „biti kriv“ (prema Đ. Ceniću), dok se termin „vinost“ u našoj krivičnopravnoj teoriji koristi od početka dvadesetog veka, nastajući kao prevod nemačke reči „Schuld“, najverovatnije pod uticajem ruskog jezika. Inače, „Schuld“, na nemačkom i znači „krivica“, dok „schuldig“ znači „kriv“. Citirani autor konstatuje da je vinost kvazi naučni termin, koji je bez potrebe početkom XX veka uveden u našu krivičnopravnu terminologiju, te da on „donekle zamagljuje stvari i više odgovara psihološkom shvatanju tog pojma. Više o tome: Z. Stojanović, Krivično pravo – opšti deo, XVI izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2009., str. 138–140.

22 Z. Stojanović, Krivično pravo, „CID“Podgorica, 2008., str. 356.

23 Z. Stojanović, Komentar krivičnog zakonika „Službeni glasnik“ Beograd, 2006., str. 172–173.

određeno kao krivično delo, ali ono formalno nije krivično delo, jer mu nedostaje krivica kao subjektivni element krivičnog dela.

Đ. Lazin je jedan od retkih autora, koji eksplicitno i po nama sasvim ispravno ističe da deca – lica koja su učinila krivično delo u periodu do 14 godina starosti, nisu krivično odgovorna, tj. ne mogu snositi krivicu za učinjeno delo,<sup>24</sup> ali se ovaj autor, osim što navodi da se u odnosu na decu ne može voditi krivični postupak, niti izricati krivične sankcije, ne upušta u određivanje osnova krivične neodgovornosti dece (nesposobnosti snošenja krivice), što je i logično, jer je njegovo zapažanje istaknuto u okviru rada koji je prvenstveno krivičnoprocesne orijentacije, a nije u većoj odnosno bitnoj meri usmeren na rešavanje problema materijalnog krivičnog prava.<sup>25</sup>

Interesantno je shvatanje relativno novije hrvatske teorije, gde se prvo zaključuje da je prema deci (učinioci koji u vreme izvršenja krivičnog dela nisu navršili četrnaest godina) isključuje primena „kaznenog“ zakonodavstva, a pri tom se konstatuje da „zakon ne kaže ništa zašto se kazneno zakonodavstvo ne primenjuje prema deci“, da bi zatim autori zaključili da su deca „uvek neubrojiva“.<sup>26</sup> Neubrojivost, predstavlja „prvi sastojak krivnje“ i „biti ubrojiv znači biti sposoban za krivnju“ a u novijoj hrvatskoj krivičnopravnoj terminologiji ona u stvari predstavlja drugi izraz za *neuračunljivost*, što se jasno vidi i iz zakonske definicije (član 40 stav 2); „neubrojiva je osoba koja u vrijeme ostvarenja zakonskih obilježja kaznenog dela nije bila u mogućnosti shvatiti značenje svojeg postupanja ili nije mogla vladati svojom voljom zbog duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, nedovoljnog duševnog razvoja ili neke druge teže duševne smetnje.“<sup>27</sup>

Nije jasno zašto prethodno citirani autori apriorno svrstavaju decu u „neubrojive“ odnosno neuračunljive, što bi inače možda moglo da se prihvati kao neka kategorija neuračunljivosti *sui generis*, ali ne i u opštem smislu, jer bi se onda kod svakog deteta moralo utvrđivati postojanje nekog od psiholoških i bioloških osnova „neubrojivosti“ odnosno neuračunljivosti, što se kod dece inače ne radi, pa stoga i smatramo da je ovakvo određivanje *ratia* krivične neodgovornosti dece, odnosno neprimenjivanja krivičnog zakona prema njima, u osnovi pogrešno, tj. nije dovoljno obrazloženo, niti je na logičan način distancirano od neuračunljivosti (ubrojivosti) u opštem smislu.

Postavljanje neoborive pretpostavke da je svaki učinilac krivičnog dela, ili dela koje po svojim obeležjima odgovara krivičnom delu, automatski zato što nije navršio određene godine starosti, samim tim neuračunljiv, po našem mišljenju nije opravdano, pa čak nije ni moguće, što predstavlja još jednu potvrdu da se osnov za krivičnu neodgovornost dece ne može temeljiti na opštim krivičnopravnim kategorijama koje inače važe za većinu situaciju i pre svega u odnosu na punoletne učinioce. Suprotno prethodno citiranom stavu, jedan stariji hrvatski autor (iz ta-

24 Treba imati u vidu da je ovaj rad citiranog autora pisan i objavljen u vreme kada je izraz „krivična odgovornost“ postojao u našem krivičnom materijalnom i procesnom pravu.

25 Đ. Lazin, Posebni i pomoćni krivični postupci, Beograd, 1995., str. 51.

26 Ž. Horvatić i P. Novoselec, Kazneno pravo – Opći dio, Zagreb, 1999., str. 144.

27 Ibid., str. 254.

dašnje socijalističke republike) se, kao što je to i inače bilo uobičajeno i za krivično pravo nekadašnje SFRJ, ne upušta u određivanje *ratia*, odnosno teorijskog osnova neprimenjivanja krivičnog prava u odnosu na decu kao učinioce krivičnih dela, već samo konstatuje da je starosna dob od 14 godina međa između „kaznenog i izvan-kaznenog“, tako da do 14 godina nema „kaznene“ intervencije, iako nije isključena mogućnost državne intervencije u drugom obliku.<sup>28</sup>

Obična logika jasno ukazuje da se u realnom smislu nikako *ne može govoriti o apriornoj neuračunljivosti učinilaca* protivpravnih dela u zakonu određenih kao krivična, koji u vreme izvršenja takvog dela nisu navršili četrnaest godina, jer kod njih po pravilu ne postoji neki od alternativno predviđenih *bioloških osnova* neuračunljivosti: a) duševna bolest; b) privremena duševna poremećenost, v) zaostali duševni razvoj), ili g) druga teža duševna poremećenost, čak iako se apriorno uzme, (kao što smo već naveli citirano shvatanje), da kod dece po pravilu postoji *psihološki osnov* u vidu nemogućnosti shvatanja značaja svog dela ili sposobnosti upravljanja svojim postupcima.

Na izvestan način bi apriorno i automatsko svrstavanje dece u neuračunljive bilo i ponižavajuće, jer bi se moglo svesti na poistovećivanje kako sa nepotrebnim paralelizmom u odnosu na osobe koje su duševno bolesne, duševno poremećene, odnosno mentalno zaostale, tako i sa domaćim životinjama za koje je naravno, nesporno da ne mogu krivično da odgovaraju (ne mogu biti „pozivane na odgovornost), tj. ne mogu biti krive za dela koja bi inače, da su ih učinili ljudi mogla biti krivična dela. Obe ovakve opcije imaju izrazito negativnu konotaciju, pa je i iz tih razloga potpuno neopravdano stanovište o apriornoj, odnosno izvesnoj imanentnoj „neuračunljivosti“ dece, tj. lica koja se smatraju decom, jer nemaju odgovarajući uzrast.

Takođe se ne može govoriti ni o apriornom isključenju određenog oblika krivice kod učinilaca dela, koja imaju objektivna obeležja krivičnih dela, kada takvi „učinioци“ nisu u vreme izvršenja dela navršili četrnaest godina, jer sama činjenica njihovog starosnog doba ne može apriorno ukazivati na apsolutno isključenje umišljaja ili nehata u odnosu na učinjeno delo. Kako krivica načelno ne postoji, bilo zbog nepostojanja uračunljivosti, jer samo uračunljivo lice može biti krivo,<sup>29</sup> bilo zbog nepostojanja elemenata određenog oblika krivice (umišljaja, odnosno nehata, ukoliko se radi o delu koje može biti i nehatnog karaktera), kada se radi o uračunljivom licu, postavlja se pitanje šta je to što načelno nedostaje kod lica koja u vreme izvršenja dela nisu imala punih četrnaest godina, pa da ona nikako ne mogu biti kriva za učinjeno delo, koje je protivpravno i određeno zakonom kao krivično delo?

Kod takvih učinilaca jednostavno nedostaje određeni uzrast kao jedna potpuno objektivna činjenica koju uopšte nije potrebno vrednovati i objašnjavati na bilo koji način u kvalitativnom smislu. Radi se o *čisto objektivnom i kvantitativnom kriterijumu*. Lice koje u vreme izvršenja dela nije imalo četrnaest godina, može biti indivi-

28 F. Bačić, Kazneno pravo – Opći dio, peto prerađeno i prošireno izdanje, «Informatör», Zagreb, 1998., str. 508.

29 Kako to objašnjava Z. Stojanović (Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006., str. 102); «učinilac koji je krivično delo učinio u stanju neuračunljivosti ne može biti smatran krivim, odnosno neuračunljivost isključuje krivicu kao obavezan element krivičnog dela.»

dualno izuzetno zrelo i inteligentno, ispunjavati sve potrebne uslove koji se formalno odnose na intelektualnu i voluntativnu sposobnost, ali ono nikako ne može biti krivo, jer jednostavno nema odgovarajuću starosnu dob.

Ovde se mogu postaviti *dva osnovna pitanja*: da li je zakonodavac uopšte i uspostavio krivičnu neodgovornost dece koja nisu navršila četrnaest godina, odnosno njihovu nesposobnost da snose krivicu, te ukoliko je zaista tako, na čemu se temelji načelna postavka o njihovoj krivičnoj neodgovornosti, odnosno njihovoj nesposobnosti da budu kriva za učinjeno delo. Na prvo pitanje odgovaramo pozitivno i to ne samo iz već iznetih razloga, da se u teoriji pretežno govori o nemogućnosti dece da shvate značaj svog dela, niti da procene dozvoljenost ili zabranjenost svojih postupaka,<sup>30</sup> (što predstavlja implicitno ukazivanje na njihovu krivičnu neodgovornost, odnosno nesposobnost snošenja krivice, ali bez preciziranja o kom se osnovu radi), već i iz suštinskog razloga da nije moguće na bilo koji drugi način zasnovati nemogućnost primenjivanja krivičnih sankcija prema tim licima, a što povlači i nemogućnost vođenja postupka prema njima. Ali pitanje osnova na kome se zasniva krivična neodgovornost (nemogućnost da budu krivi) učinilaca koji u vreme izvršenja dela nisu imali navršenih četrnaest godina zahteva malo složenije objašnjenje. Taj osnov je očigledno samostalan u odnosu na opšta pravila utvrđivanja sposobnosti za snošenje krivice, kada se zahteva ustanovljavanje uračunljivosti učinioca.

Zakonodavac je, proglašavajući da se u odnosu na decu koja nisu navršila četrnaest godina ne mogu izreći i primeniti krivične sankcije, kao ni druge mere koje se inače mogu izreći i primeniti maloletnicima, prema našem shvatanju njih odredio kao *apsolutno krivično neodgovorne*, odnosno *apsolutno nesposobne za snošenje krivice*,<sup>31</sup> jer se suprotno ni u kom slučaju ne može utvrđivati, dok je u uobičajenim slučajevima utvrđivanja na primer, uračunljivosti, pretpostavka da je neko lice bilo uračunljivo, pa se ukoliko postoje odgovarajući osnovi, može utvrđivati suprotno. Mada se u zakonu ne koristi termin *krivično neodgovorni*, odnosno „nesposobni da snose krivicu“, jasno je da se radi o krivičnoj neodgovornosti, tj. nesposobnosti

30 Tako i LJ. Lazarević navodi: „Ovakav stav zakona u skladu je sa vladajućim koncepcijama da se borba protiv delinkventnog ponašanja lica ovog starosnog doba ne može voditi primenom mera krivičnog prava. Stepenn njihovog duševnog razvoja je takav da, po pravilu, nisu svesna stvarnog značaja svojih postupaka. Primena krivične sankcije prema deci nema moralnog osnova, a ne bi bila ni svrsishodna, jer ova lica nisu u stanju da shvate pravi smisao izrečene sankcije. Njihovo asocijalno ponašanje rezultat je, po pravilu, odsustva neophodne brige i staranja roditelja ili drugih lica koja su dužna da se o njima brinu.“ Grupa autora: Komentar Krivičnog zakona SFRJ, Beograd, 1986., str. 295. U stvari, ovo shvatanje se ni ne bavi utvrđivanjem pravne osnove nemogućnosti dece da budu krivično odgovorna, odnosno da snose krivicu za učinjeno delo, već je ono u osnovi posvećeno objašnjavanju (ne)sposobnosti te kategorije lica da shvate značaj krivične sankcije, uz ukazivanje na prethodnu „odgovornost“ onih koji bi trebalo da se bave vaspitanjem dece, što predstavlja element etiološkog pogleda na ovo pitanje, pa se stoga, ovde više radi o psihološko-sociološkom nego o pravnom objašnjenju.

31 Kako su *krivica* i *vinost* sinonimi, ovde bi se moglo koristiti i objašnjenje da se deca zakonski tretiraju kao *objektivno nevinna* za učinjeno protivpravno delo, koje je zakonom utvrđeno kao krivično delo, ali bi i to takođe, bilo prilično neobičajeno sa stanovišta terminologije koja se koristi u našoj krivičnopravnoj nauci i praksi, te ustaljenih shvatanja, mada formalno-pravno posmatrano, **uvek kada neko za određeno delo nije kriv, on je po logici stvari, svakako nevin u odnosu na to krivično delo.**

snošenja krivice, jer čak i *etimološki posmatrano*, izraz odgovornost upućuje na to da je neko lice sposobno da za nešto odgovara, te da se može od strane nadležnih organa i pozvati na odgovornost, što je i razlog da još uvek paralelno i povremeno sa terminom „nesposobnost snošenja krivice“, upotrebljavamo i ovaj izraz, koji je tehničkog karaktera i kao takav, više ne postoji u Krivičnom zakoniku.

Kada se prema detetu ne mogu izricati i primenjivati krivične sankcije, odnosno druge mere krivičnogopravnog karaktera, niti voditi krivični postupak, jasno je da ono ne može krivično odgovarati za učinjeno delo (delo se detetu ne može „stavljati na teret“), pa dete stoga i smatramo apsolutno i objektivno nesposobnim za snošenje krivice. Ovakvo postupanje našeg zakonodavca, koji decu jedino implicitno proglašava nesposobnom za snošenje krivice, a eksplicitno samo govori o nemogućnosti da se prema njima izriču i primenjuju krivične sankcije, odnosno druge mere krivičnogopravnog karaktera, je motivisano *kriminalno-političkim razlozima* koji ne opravdavaju krivično gonjenje lica mlađih starosnih kategorija, slično kao što se to po pravilu, čini i u komparativnom pravu.

Dakle, ovde se ne radi o načelnom stavu da dete nije sposobno da shvati značaj svog dela zbog svoje nezrelosti,<sup>32</sup> već se jednostavno apriorno smatra da lica određenog uzrasta, ne mogu ni u kom slučaju snositi krivicu, pa stoga ni njihova protivpravna dela određena zakonom kao krivična dela, ne predstavljaju krivična dela. Stoga su takva lica u objektivnom smislu nesposobna da budu kriva za učinjena dela, koja inače ispunjavaju sva objektivna obeležja krivičnih dela, tj. određena su zakonom kao krivična dela i protivpravno su karaktera.

- 32 Suštinski *ratio legis* pravila po kojem *deca ne mogu biti kriva* za učinjeno delo koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo (a koje je samo implicitno zakonsko rešenje, jer zakonodavac jedino govori o nemogućnosti krivičnog sankcionisanja i preduzimanja drugih mera propisanih za maloletne učinioce krivičnih dela, što implicitno, ali nedvosmisleno isključuje i mogućnost vođenja krivičnog postupka), je svakako utemeljen na načelnoj ideji da su lica tog starosnog uzrasta po pravilu nedovoljno zrela da bi mogla imati potreban subjektivni odnos prema svom delu, odnosno da bi im se delo moglo „pripisati u krivicu“. Međutim, niti je to na takav način formulisano u Krivičnom zakoniku (u kojem se, kao što je objašnjeno, eksplicitno uopšte ne govori o nesposobnosti snošenja krivice, kada je reč o deci), niti tako nešto uvek mora biti slučaj u praksi, jer nije nimalo retko, da je osoba koja još nije navršila četrnaest godina, faktički daleko zrelija od pojedinih maloletnika (naročito kada su u pitanju mlađi maloletnici), pa i od nekih punoletnih lica. S druge strane, načelna (ne)zrelost dece nije i jedini *ratio legis* implicitno formulisane zakonske nemogućnosti da ona snose krivicu za učinjeno delo koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo (nemogućnost izricanja krivičnih sankcija, niti primenjivanja drugih mera koje predviđa Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnogopravnoj zaštiti maloletnika), već na takvo zakonsko rešenje uticaj imaju i drugi razlozi, poput: 1) načelne koncepcije po kojoj je besmisleno lica mlađih starosnih kategorija izlagati krivičnom gonjenju i krivičnim sankcijama koje proizlaze iz krivičnog postupka, 2) nepostojanja bitne razlike između većine krivičnih sankcija koje se mogu izreći maloletnicima (što je posebno upadljivo kada se radi o mlađim maloletnicima) i mera koje se u okviru socijalne zaštite preduzimaju u odnosu na decu koja su učinila delo koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo, što se naravno, nikako ne odnosi na maloletnički zatvor, pa ni na upućivanje u vaspitno-popravni dom, ali treba imati u vidu da se maloletnički zatvor, može izreći samo starijim maloletnicima, te da se kod nas već decenijama ta krivična sankcija, tj. jedina kazna propisana za maloletnike, izriče u manje od 1 % slučajeva, dok se upućivanjem u vaspitno-popravni dom reaguje na najviše 5 do 6 % maloletničke delinkvencije, 3) tendencije da licima mlađih starosnih kategorija iz načelnih razloga treba davati „drugu šansu“ i neizlagati ih stigmatizaciji, koja je u određenoj meri neizbežna, a do koje svakako dovodi krivični postupak i posebno, krivična sankcija koja se u tom postupku izriče.



Postavlja se pitanje zašto zakonodavac ipak ne upotrebljava termin *nemogućnost snošenja krivice*, odnosno zašto izričito ne navede da su učinioци dela koja su protivpravna i zakonom određena kao krivična dela, a koji u vreme izvršenja takvog dela nisu navršili četrnaest godina, nesposobni da budu krivi, odnosno, zašto se ne utvrđuje da deca ne mogu snositi krivicu, već samo objašnjava da se prema njima ne mogu izricati i primenjivati krivične sankcije, odnosno druge mere propisane Zakonom o maloletnim učinioциma krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, što se, kao što smo već objasnili, u sadržinskom i suštinskom smislu svodi na isto. Nama se čini da se odgovor s jedne strane, krije u nastojanju zakonodavca da u ovom slučaju ne napravi izuzetak u odnosu na opštu koncepciju subjektivnog elementa krivičnog dela, koji se sastoji od krivice, a koja načelno može postojati samo kada se radi o uračunljivim licima, dok je to s druge strane, ishod i jedne prilično duge tradicije, jer je navedeno zakonsko rešenje proizišlo iz sličnog prethodno citirnog rešenja našeg ranijeg zakonodavstva, koje je kao takvo važno više decenija.

Ovakva koncepcija objektivne nesposobnosti dece da snose krivicu, se može označiti kao *striktna*, ili *apsolutna nesposobnost snošenja krivice* učinilaca protivpravnih dela određenih zakonom kao krivična dela, tog starosnog doba, slično kao što u nekim drugim krivično-pravnim sistemima, obrnuto postoji tzv. *strict liability*, za učinioce nekih krivičnih dela, a što se sa stanovišta našeg pozitivnog prava i prihvaćenih teorijskih koncepcija, suviše približava objektivnoj odgovornosti, koja je neprimerena savremenom krivičnom pravu. Suprotno ovome, možemo da uočimo, da kada su u pitanju deca koja u vreme izvršenja dela nisu navršila četrnaest godina, njihov krivično-pravni položaj ukazuje na objektivnu nemogućnost snošenja krivice, što je motivisano pretežno kriminalno-političkim i opšte humanim razlozima neizlaganja suviše mladih lica krivičnom progonu. U opštem smislu, ovakvo normativno rešenje je diktirano i *međunarodnim obavezama* naše zemlje, jer je u odredbi čl. 4. st. 1 *Standardnih minimalnih pravila Ujedinjenih nacija za maloletničko pravosuđe* predviđeno da u pravnim sistemima koji poznaju pojam minimalnog uzrasta za krivičnu odgovornost maloletnika,<sup>33</sup> ta granica neće biti vezana za suviše rani uzrast, imajući u vidu *emotivnu, mentalnu i intelektualnu zrelost*.<sup>34</sup>

Razlike između maloletnih ili punoletnih učinilaca krivičnih dela koji ne snose krivicu i dece učinilaca dela kojima su ispunjeni objektivni elementi krivičnih dela (protivpravnost i određenost u zakonu), koja u vreme izvršenja dela nisu navršila četrnaest godina, se svode na sledeće *diferencijalne konstatacije*:

1. Osnov nepostojanja krivice maloletnih ili punoletnih učinilaca dela koja su protivpravna i zakonom određena kao krivična (bilo zbog neuračunljivosti, ili usled nepostojanja određenog oblika krivice) i objektivne nesposobnosti da snose krivicu onih učinilaca koji u vreme izvršenja dela nisu navršili četrnaest godina, se suštinski razlikuje, jer je u prvom slučaju neophodno

33 I u ovom primeru se uočava relativno česta upotreba izraza «krivična odgovornost» odnosno «starosna granica krivične odgovornosti», što uz već objašnjen stav o *tehničkom karakteru* termina *krivična odgovornost*, takođe daje mogućnost da se taj izraz, iako više ne postoji kao takav u našem KZ-u, još uvek i samo donekle upotrebljava u teorijskom smislu.

34 *Pekinska pravila* – Rezolucija br. 40/33 Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 29. novembra 1985. godine.

postojanje određenih posebnih zakonom normiranih uslova,<sup>35</sup> a u drugom je dovoljno samo da učinilac nije prešao određeni starosni limit, što takođe predstavlja određeni zakonom normirani uslov, ali je on mnogo jednostavniji i utvrđuje se mehaničkom konstatacijom da konkretno lice u vreme izvršenja protivpravnog dela određenog zakonom kao krivično delo, nije imalo određeni uzrast;

2. Utvrđivanje uslova za postojanje krivice punoletnih učinilaca je prilično složeno, zavisno od konkretnog slučaja, dok je kada je reč o krivičnoj neodgovornosti usled određenog starosnog doba, odnosno objektivnoj nemogućnosti da se snosi krivica jer lice nije navršilo određeni uzrast, dovoljno da se utvrdi da učinilac krivičnog dela u vreme izvršenja dela nije navršio četrnaest godina, tj. da nije prešao zakonom normiran starosni limit;
3. Po logici stvari se, kada su u pitanju lica prema kojima se s obzirom na njihovu starost može voditi krivični postupak, pretpostavlja da su ona sposobna da snose krivicu, tj. da su uračunljiva, pa se u samom postupku utvrđuje u zakonom propisanim formama da li u konkretnom slučaju postoje određene činjenice koje ukazuju da nema uslova za postojanje uračunljivosti, a onda i krivice, dok se, kada je u pitanju dete koje nije navršilo četrnaest godina, sama njegova starost tretira kao zakonom formulisana neoboriva pretpostavka njegove krivične neodgovornosti, odnosno nesposobnosti za snošenje krivice, mada se u zakonu, (iz kriminalno-političkih, pravno-tehničkih, ili terminoloških razloga),<sup>36</sup> govori jedino o isključenju mogućnosti primenjivanja krivičnih sankcija u odnosu na ta lica.
4. Prema maloletnim ili punoletnim učiniocima krivičnih dela za koje je utvrđeno da usled neuračunljivosti ne mogu biti krivi, primenjuju se po-

35 Ti uslovi se kada je u pitanju neuračunljivost odnose na utvrđivanje postojanja određenog *biološkog osnova* (duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, zaostalog duševnog razvoja ili druge teže duševne poremećenosti), usled čega je (*kauzalno*) nastupio jedan od alternativno predviđenih *psiholoških osnova* (nemogućnost shvatanja svog dela ili nemogućnost upravljanja svojim postupcima), a po logici stvari, ukoliko se kod nekog učinioca utvrdi neuračunljivost, ne postavlja se pitanje njegove krivice, jer ona ne može postojati bez uračunljivosti kao *condictia sine qua non*. Uslovi koji se odnose na krivicu se ogledaju u neophodnosti postojanja oblika krivice koji se zakonom zahteva, što znači da je delo učinjeno sa umišljajem – direktnim; kada je učinilac bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje, ili eventualnim; ukoliko je učinilac bio svestan da usled njegovog činjenja ili nečinjenja može nastupiti zabranjena posledica pa je pristao na njeno nastupanje, odnosno da je delo učinjeno iz nehata – svesnog; ukoliko je učinilac bio svestan da usled njegovog činjenja ili nečinjenja može nastupiti zabranjena posledica, ali je olako držao da će je moći sprečiti ili da ona neće nastupiti, ili nesvesnog; kada učinilac nije bio svestan mogućnosti nastupanja zabranjene posledice, iako je prema okolnostima i prema svojim ličnim svojstvima bio dužan i mogao biti svestan te mogućnosti, pri čemu je, kada je u pitanju nehatno delo, neophodno da se krivičnim zakonom predviđa odgovornost i za nehat u slučaju izvršenja nekog konkretnog krivičnog dela.

36 Već smo prokomentarisali da se suštinski radi o implicitno formulisanoj *krivičnoj neodgovornosti dece*, odnosno njihovoj nesposobnosti da snose krivicu, mada se u zakonu eksplicitno spominje jedino nemogućnost izricanja i primene krivičnih sankcija, odnosno drugih mera koje se mogu izreći maloletnim učiniocima krivičnih dela, pri čemu se ne može sa sigurnošću utvrditi *ratio legis* takve terminologije, pa smo stoga, u *egsempli causa smislu* naveli nekoliko mogućih objašnjenja.

sejne krivične sankcije – mere bezbednosti,<sup>37</sup> dok se prema deci koja se smatraju krivično neodgovornim, odnosno nesposobnim da snose krivicu usled svog nedovoljnog uzrasta, uopšte ne primenjuju bilo kakve krivične sankcije (kao ni druge mere koje se inače, mogu izreći maloletnim učinio-cima krivičnih dela),<sup>38</sup> niti se u odnosu na njih vodi krivični postupak, koji je i neophodan za izricanje bilo kakvih krivičnih sankcija, iz čega proizilazi i da je nesposobnost dece da budu kriva, prema svojim ukupnim krivično-pravnim i faktičkim efektima, znatno šira u odnosu na neuračunljivost pu-noletnih lica prema kojima se može voditi poseban krivični postupak radi izricanja mera bezbednosti medicinskog karaktera.

Starosni limit od *nenavršenih četrnaest godina se vremenski fiksira u vreme izvršenja krivičnog dela*, iz čega proizilazi i pitanje kako takvu zakonsku formulaciju treba tumačiti kada je reč o učiniocima krivičnog dela, odnosno dela koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo, koji nisu preduzeli radnju izvršenja, već su nastupali kao podstrekači ili pomagači.<sup>39</sup> Nama se čini da je opravdano govoriti o vremenu izvršenja krivičnog dela, jer bi jezički i pravno-tehnički bilo prilično nezgrapno da se upotrebljava termin *vreme učinjena dela*, koji bi striktno posmatrano u sebe uključivao i saizvršilaštvo, te podstrekavanje i pomaganje, ali da kada je reč o pomagačima, odnosno podstrekačima, ili saizvršiocima koji u delu učestvuju nekom drugom umišljajnom radnjom, a ne radnjom izvršenja, treba voditi računa o starosti tih lica (saučesnika) u vreme kada su preduzeli *radnju saučesništva*.

S obzirom da radnje saučesništva mogu biti vremenski odvojene od radnje izvršenja, bilo bi besmisleno vezivati pitanje sposobnosti snošenja krivice saučesnika za njegovu starost u vreme izvršenja, odnosno preduzimanja radnje izvršioca dela. Smatramo da je jedino relevantna starost izvršioca u vreme izvršenja krivičnog dela, te starost saučesnika u vreme preduzimanja radnje saučesništva, bez obzira što se u zakonu govori jedino o vremenu izvršenja krivičnog dela. Pojam *izvršenje* treba u ovom slučaju šire tumačiti, što proizilazi ne samo iz zahteva elementarne logike, već i iz razloga pravičnosti i krivično-pravne logike da starost učinioca kao element za isključenje krivične odgovornosti (kada nije navršio četrnaest godina) može biti relevantna jedino ukoliko se odnosi na vreme kada je preduzeta konkretna radnja

37 Naravno, ukoliko ne postoji krivica, odnosno njen određeni oblik, krivični postupak se obustavlja, ili se donosi oslobađajuća presuda (zavisno od faze procedure), tako da ne dolazi u obzir primena bilo kakvih krivičnih sankcija. Nepostojanje krivice je sada razlog koji dovodi do toga da delo koje je predmet postupka više nije krivično delo, a ne postoji poseban razlog koji bi se odnosio na nepostojanje «krivične odgovornosti», jer se krivična odgovornost kao takva, više ne spominje u Krivičnom zakoniku. Više o tome: M. Škulić, Kratki komentar osnovnih modifikacija krivičnog procesnog prava Srbije – izmene i dopune Zakonika o krivičnom postupku, odredbe Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima i odredbe Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, „Pravni portal“, Smederevo, 2010., str. 3–4.

38 Prema njima se mogu jedino preduzimati određene mere iz domena socijalne i porodične zaštite.

39 Mogli bi da nastupe i kao *saizvršioc*i, ali ne radnjom izvršenja, već na *neki drugi način* u smislu odredbe člana 33 KZ: „Ako više lica učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem ili iz nehata zajednički izvrše krivično delo, ili ostvarujući zajedničku odluku *drugom radnjom sa umišljajem bitno doprinesu izvršenju krivičnog dela...*“

učinioca koji nije prešao zakonom predviđeni starosni limit a kojom je učinjeno krivično delo – radnjom izvršenja ili nekom radnjom u kojoj se ogleda saučesništvo.

Po pitanju uzrasta je inače stav sudske prakse jasan, pa se tako „određeni broj godina starosti jednog lica navršava onoga dana poslednje godine koji po svom broju odgovara danu njegovog rođenja.“<sup>40</sup> Prema stavu sudske prakse i sam dan koji predstavlja poslednji dan *starosnog limita* se još uvek tretira kao deo perioda krivične neodgovornosti usled nedovoljne starosti. Prema pravnom shvatanju Vrhovnog suda Srbije,<sup>41</sup> ako je maloletnik – dete izvršilo krivično delo na dan svog četrnaestog rođendana prema njemu je postupak trebalo obustaviti.<sup>42</sup> Ovo shvatanje je svakako korisno za takvog učinioca krivičnog dela, ali je pitanje da li čovek navršava određene godine danom svog rođendana ili *danom posle*. Jedini ispravan način bi se svodio na utvrđivanja i sata rođenja, što je sa stanovišta sudskog postupanja i krivičnog postupka, odnosno uslova za postojanje ili nepostojanje krivične odgovornosti, ipak suviše komplikovano, a ponekad je i neizvesno kog je sata nekog dana, neko rođen. Stoga smo mišljenja, da je stav sudske prakse ipak opravdan, jer su starosne granice u suštini onako prilično relativizovane, pa zato dan kada neko lice puni četrnaest godina, još uvek pripada starosnom limitu koji označava doba krivične neodgovornosti, koje prestaje tek istekom dana kada neko lice navršava četrnaest godina starosti.<sup>43</sup> Može se takođe postaviti i pitanje kako će se računati vreme za ona lica koja su rođena 29. februara. Po prihvaćenom stavu to vreme se računa, u onoj godini koja nije prestupna, istekom 28. februara odgovarajuće godine.<sup>44</sup>

Granica od četrnaest godina, kao granica nesposobnosti snošenja krivice, što znači i starosni limit za mogućnost vođenja krivičnog postupka, uzeta je za naše uslove prema iskustvu da je to granica potpune psihičke nezrelosti nekog lica (zbog čega se i nazivaju *decom*), ali praksa pokazuje da ova lica sve češće vrše krivična dela, pa čak i vrlo teška (ubistva), pa bi tako prema shvatanju Đ. Lazina,<sup>45</sup> ukoliko se proceni da je pojava masovna i stalna, reakcija mogla biti smanjenje granice „krivične odgovornosti“ ispod 14 godina, ili utvrđivanje pokretne granice „krivične odgovornosti“ (npr. u rasponu od 10–14 godina), kada bi se u tim okvirima prema konkretnom slučaju utvrđivalo da li je lice krivično odgovorno ili nije, odnosno (u svetlu novog rešenja KZ-a), da li je lice (ne)sposobno za snošenje krivice.

Ovakvo rešenje, tj. predložena *relativizacija starosne granice* sposobnosti za snošenje krivice ne bi bilo adekvatno, ne samo iz formalnih razloga, jer Konvencija o pravima deteta načelno, time što insistira ne neodređivanju starosne granice snošenja krivice (krivične odgovornosti), na suviše niskom nivou (što se ipak, kao što je prethodno objašnjeno, dosta razlikuje od države do države), time u implicitnom

40 O. Perić, op. cit., str. 26

41 Sada je to Vrhovni kasacioni sud, koji se u ovom smislu, odnosno u smislu uvažavanja tekovina prethodne ustaljene sudske prakse, može smatrati svojevrsnim sukcesorom nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije.

42 Kžm. br. 39/93 od 15. 01.1993., Bilten Vrhovnog suda Srbije, br. 2/1993, Beograd, 1993., str. 10

43 Taj se dan dakle *uračunava u termin*, što je suprotno od jednog drugog pravila koje važi u uobičajenim pitanjima rokova u raznim granama materijalnog i procesnog prava, kada je u pitanju pretežno početak roka, mada se ponekad na taj način reguliše i završetak roka i kada se određeni dan *ne uračunava u termin* (*dies a quo non computator in termino*).

44 O. Perić, op. cit., str. 27.

45 Đ. Lazin, op. cit., str. 53

smislu zahteva i da se već na određenom nivou utvrđena starosna granica nikako ne snižava. Ovo se konačno, u praksi lako može uočiti, jer praktično nema države koja je u relativno novije vreme snižavala starosnu granicu ove vrste, a države koje su taj limit menjale, to su uvek činile tako što su starosnu granicu podizale na više. Konačno, postoji i primer određene normativne relativizacije starosne granice sposobnosti snošenja krivice, ali u potpuno obrnutom smeru, tj. na izvestan način, u korist učinioca. To je na primer, slučaj u Nemačkoj gde je ta granica kao i kod nas fiksirana na navršениh četrnaest godina u vreme izvršenja krivičnog dela, ali je pri tom moguće da maloletnik koji je u vreme izvršenja dela imao uzrast od četrnaest godina, a nije navršio šesnaest (mlađi maloletnik), u konkretnoj situaciji ipak bude tretiran kao dete, ukoliko se ustanovi da je njegov duševni razvoj bio na nivou osobe koja još nije navršila četrnaest godina.

## 5. MALOLETSTVO U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE

Odredbom čl. 2 i 3 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika, utvrđena su dva relevantna pitanja: *gornja* i *donja starosna granica maloletstva* u našem krivičnom zakonodavstvu, kao i podele unutar tako utvrđenih raspona.

Sposobni za snošenje krivice prema starosnom kriterijumu su učinioci krivičnih dela koji su u vreme izvršenja dela navršili četrnaest godina. U odnosu na njih se može voditi krivični postupak i mogu im se izricati krivične sankcije, kao i druge mere iz domena krivičnog prava za maloletnike, ali su oba ova aspekta podvrgnuta određenim ograničenjima. U odnosu na njih se vodi *poseban krivični postupak* – postupak prema maloletnicima, a mogu im se izricati samo *određene krivične sankcije* – vaspitne mere. Prvo ograničenje je dakle iz domena krivičnog procesnog prava, a drugo iz oblasti krivičnog materijalnog prava.

Maloletnici se zakonom kategorišu na *dve kategorije* – *mlađe*, koji nisu navršili šesnaest godina (učinioci koji su u vreme izvršenja krivičnog dela imali četrnaest godina, ili bili stariji, a nisu napunili šesnaest godina) i *starije*, koji nisu navršili osamnaest godina (učinioci koji su u vreme izvršenja krivičnog dela imali šesnaest godina, ili bili stariji, a nisu napunili osamnaest godina). *Procesno ograničenje* postoji u odnosu na obe kategorije maloletnika, jer se i prema mlađim maloletnicima, kao i u odnosu na starije maloletnike, vodi poseban krivični postupak – postupak prema maloletnicima, dok je *materijalno ograničenje* usmereno u potpunosti samo ka mlađim maloletnicima, dok se u odnosu na starije maloletnike mogu izricati kako vaspitne mere tako i izuzetno, posebna kazna – maloletnički zatvor.

Kao posebna starosna kategorija – *mlađa punoletna lica*, smatraju se lica koja su učinila krivično delo kao punoletna ali u vreme suđenja nisu navršila 21 godinu i pri tom ispunjavaju određene posebne uslove utvrđene u članu 41 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika. Potrebno je ne samo da se radi o učiniocu određene starosne kategorije (lice koje je kao punoletno učinilo krivično delo, a u vreme suđenja nije navršilo dvadeset i jednu godinu), već je potrebno i da sud oceni da u takvom slučaju postoje određene sasvim konkretne subjektivne okolnosti, tako da se s obzirom na obeležja ličnosti tog lica i okolnosti pod kojima je učinjeno krivično delo, može očekivati i da će se

odgovarajućim vaspitnim merama, tj. merom pojačanog nadzora od strane organa starateljstva ili merom upućivanja u vaspitno-popravni dom, postići svrha koja bi se ostvarila izricanjem kazne. Tada u obzir dolazi i izricanje bilo koje od mera posebnih obaveza.

**6. MINIMALNI UZRAS (STAROSNA GRANICA)  
SPOSOBNOSTI ZA SNOŠENJE KRIVICE (KRIVIČNE  
ODGOVORNOSTI) U EVROPSKIM DRŽAVAMA  
TABELARNI PRIKAZ<sup>46</sup>**

Država <sup>47</sup>	Donja zakonska starosna granica za mogućnost izricanja vaspitnih mera u porodici/ sud za mlade (zakon o socijalnoj zaštiti mladih) <sup>48</sup>	Donja zakonska granica krivične odgovornosti (opšti krivični zakon(ik), ili poseban (krivični) zakon o maloletnicima	Puna krivična odgovornost (može se/mora se primeniti krivično pravo za punoletne učinoce; maloletničko pravo ili se sankcije iz domena maloletničkog prava mogu primeniti	Uzrast u odnosu na koji dolazi u obzir izricanje krivične sankcije maloletničkog zatvora, što obuhvata i druge oblike lišenja slobode koji su slični zatvoru za maloletnike
Austrija		14	18/21	14–27
Belgija		18	16**/18	Samo ustanove socijalne zaštite
Belorusija		14***/16	14/16	14–21
Bugarska		14	18/21	14–21
Grčka	8	13	18/21	13–21/25
Danska****		15	15/18/21	15–23

46 Izvori: F. Dünkkel, Ekspertsko mišljenje o Nacrtu Zakona o maloletničkom pravosuđu Crne Gore i podaci izneti na skupu o maloletničkoj delinkvenciji i pravosuđu za maloletnike u Greifswald-u u Nemačkoj – „Juvenile Justice Systems in Europe – current situation, reform developments and good practices”, International Conference, organised by the Department of Criminology, University of Greifswald, 21. – 24. maj, 2007.

47 Države su nabrojane prema azbučnom redosledu.

48 Ove mere po pravilu, tj. u najvećem broju država i njihovih pravnih sistema formalno nisu krivične sankcije, ili bar, nisu tako definisane, mada sadržinski često mogu prilično upadljivo da asociraju na krivične sankcije iz domena maloletničkog krivičnog prava, već se tu u stvari, radi od mera iz domena socijalne reakcije, odnosno socijalne zaštite, mada u nekim državama takve mere imaju i određene krivičnopravne konotacije. Ovo je naročito karakteristično za Škotsku, gde se čak mere iz domena krivičnog prava, pod određenim uslovima mogu izreći maloletnicima koji nisu učinili krivično delo, već su samo ispoljili određeni oblik «devijantnog» ili društveno neprihvatljivog ponašanja (tzv. antisocijalno ponašanje – *antisocial behavior*). U takvo ponašanje se u Škotskoj svrstava čitav niz aktivnosti koje bi u većini pravnih sistema bile neke vrste prekršaja ili čak ni to, poput – ostajanja do kasno u gradu, javnog opijanja, pravljjenja galame i uznemiravanja suseda i tsl. Ovakve zakonske mogućnosti i naročito već stvorena praksa sankcionisanja tog tzv. antidruštvenog ponašanja, su po našem mišljenju pravno, odnosno sa stanovišta pravne države, veoma dubiozni i suštinski direktno suprotni načelu zakonitosti u krivičnom pravu, tako da veoma čudi da se do sada takvom zakonskom i sudskom praksom nije pozabavio i Evropski sud za ljudska prava.

Engleska/Vels		10/12/15*	18	10/15–21
Estonija		14	18	14–21
Irska		10/12/16*	18	10/12/16–18/21
Italija		14	18/21	14–21
Kipar		14	16/18/21	14–21
Letonija		14	18	14–21
Litvanija		14 <sup>***</sup> /16	18/21	14–21
Mađarska		14	18	14–24
Makedonija		14 <sup>***</sup> /16	14/16	14–21
Moldavija		14 <sup>***</sup> /16	14/16	14–21
Nemačka		14	18/21	14–24
Norveška <sup>****</sup>		15	18	15–21
Poljska	13		15/17/18	13–18/15–21
Portugal	12		16/21	12/16–21
Rumunija		14/16	18/(20)	16–21
Rusija		14 <sup>***</sup> /16	18/21	14–21
Severna Irska		10	17/18/21	10–16/17–21
Slovačka		14/15	18/21	14–18
Slovenija		14 <sup>***</sup> /16	18/21	14–21/23
Srbija <sup>49</sup>		14/16*	18/21	14–21/23
Turska		12	15/18	12–18/23
Ukrajina		14 <sup>***</sup> /16	18/21	14–21
Finska <sup>****</sup>		15	15/18	15–21
Francuska	10	13	18	13–18 + 6 m./23
Holandija		12	16/18/21	12–21
Hrvatska		14/16*	18/21	14–21
Crna Gora		14/16*	18/21	14–21/23
Češka Republika		15	18/18 + (ublaž. kaz.)	15–19
Švajcarska		10	18 <sup>****</sup>	10–22
Švedska <sup>****</sup>		15	15/18/21	15–25
Škotska	8	16	16/21	16–21
Španija		14	18	14–21

\* Krivično punoletstvo za maloletnički zatvor (kaznu zatvora za mlađa punoljetna lica itd.);

\*\* Samo za krivična dela protiv bezbednosti saobraćaja, a izuzetno za druga veoma teška krivična djela;

\*\*\* Samo za veoma teška krivična djela;

\*\*\*\* Samo mogućnost ublažavanja kazne bez posebne zakonske odredbe koja bi se posebno odnosila na maloletnike;

49 Više o tome: M. Škulić, *National Report – Serbia* in: F. Dünnkel, J. Grzywa, P. Horsfield and I. Pruin (Eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*, Vol. 3, „Forum Verlag Godesberg“, Greifswald, Germany, 2010, p. 1195–1244.

\*\*\*\*\* Švajcarski Krivični zakonik predviđa poseban oblik zatvorske kazne za mlađa punoletna lica, odnosno mlađa lica u koja spadaju osobe koje imaju između 18 i 25 godina i koje se upućuju u posebne institucije za mlađa punoletna lica, odnosno za mlade, gde mogu ostati dok ne navršše 30 godina.<sup>50</sup>

## 7. ZAKLJUČAK

Ako analiziramo prethodno iznesene podatke o starosnim granicama sposobnosti za snošenje krivice, možemo da zaključimo da čisto kvantitativno posmatrano, *komparativna zakonodavna rešenja* koja se odnose na **starosnu granicu krivične odgovornosti**, odnosno starosni limit sposobnosti snošenja krivice, mogu da se podele na *niz grupa*, kao što je to i učinjeno u prikazanoj tabeli, shodno navršenom starosnom dobu koje se u različitim krivično-pravnim legislativama ustanovljava kao *conditio sine qua non* za mogućnost da učinilac protivpravnog dela koje je zakonom utvrđeno kao krivično delo, za njega snosi krivicu, a što se može formulisati istovremeno i kao mogućnost da se prema njemu vodi krivični postupak i da mu se izriču krivične sankcije.<sup>51</sup> Različita zakonska rešenja su rezultat kako različite krivičnopravne tradicije, tako i pogleda na socijalne i psihološke aspekte problema maloletničke delinkvencije,<sup>52</sup> odnosno delinkvencije maloletnih lica, gde bi spadala kako krivična dela učinjena od strane maloletnika, tako i dela koja su protivpravna i zakonom određena kao krivična dela, a koja su učinila deca.

Pored toga, ako bolje razmotrimo pitanje starosne granice krivične odgovornosti, odnosno starosnog limita za snošenje krivice, na bazi prethodno iznesenih komparativnih primera, možemo da zaključimo da je ta granica veoma značajna u normativnom krivičnopravnom smislu, jer predstavlja svojevrsnu „objektivnu“ barijeru da lice odgovara za krivično delo, odnosno bude pozivano na odgovornost za delo koje bi inače (da ga je učinilo lice koje je prešlo „starosni prag“), bilo krivično delo, a ovako se obrnuto, radi samo o delu koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo, ali nije krivično delo, jer je učinjeno od strane lica koje objektivno usled svog uzrasta u vreme izvršenja tog dela, za njega ne može biti krivo.

Ako bi razmotrili pitanje starosne granice kako u odnosu na sposobnost snošenja krivice, tako i u pogledu odgovarajućeg oficijelnog reagovanja na izvršenje protivpravnog dela koje je zakonom utvrđeno kao krivično delo, onda bi ta granica u suštini ipak bila *relativne prirode*.<sup>53</sup> Ovakva konstatacija se zasniva na činjenici da praktično nema države u svetu, bar ne one koja je iole civilizovana, a koja neće u slučaju da i veoma mlad učinilac izvrši krivično delo, odnosno delo koje je protiv-

50 Član 61 Krivičnog zakonika Švajcarske.

51 Više o tome: M. Škulić, Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela, „Dosije“, Beograd, 2003., str. 79–80.

52 U tom smislu je posebno značajna procena koja se odnosi na dob u kojoj prosečno lice u konkretnoj državi i u uobičajenim uslovima stiže odgovarajući nivo zrelosti, što je vrlo kompleksno pitanje, nužno povezano kako sa stepenom društvenog i ekonomskog razvoja konkretne države, tako i sa brojnim drugim relevantnim aspektima.

53 Više o tome: M. Škulić i I. Stevanović, Maloletni delinkventi u Srbiji – neka pitanja materijalnog, procesnog i izvršnog prava, „JCPD“. Beograd, 1999., str. 47–48.



pravno i zakonom definisano kao krivično delo, u odnosu na njega preduzeti određene mere, bilo iz domena krivičnog prava, bilo iz sfere socijalne zaštite.

Ukoliko je takav učinilac navršio godine koje predstavljaju „prag“ starosne granice sposobnosti da snosi krivicu, te mere će proizići iz pravila krivičnog zakonodavstva, a većina država stvara manje ili više specijalizovana pravila za postupanje prema maloletnicima u okviru krivične procedure. Ako je pak, takav „učinilac“ mlađi u odnosu na starosni limit sposobnosti da bude kriv,<sup>54</sup> onda se u odnosu na njega preduzimaju neke druge mere, pretežno one koje se označavaju terminima iz socijalne zaštite.<sup>55</sup> U svakom slučaju, učinilac krivičnog dela ili protivpravnog dela koje je zakonom utvrđeno kao krivično delo, je uvek subjekat određenog postupka – krivičnog ili nekog drugog. Konačno, i starosne granice sposobnosti snošenja krivice, na način na koji su definisane u nekim zakonodavstvima, nisu potpuno fiksne i apsolutno nepromenljive, a postoje i države u kojima su pojedini organi ovlašćeni da odlučuju da li će se postupak u odnosu na određene mlade učinioce uopšte i voditi, te da li će biti sudskog ili administrativnog karaktera.<sup>56</sup> Sve ovo takođe ukazuje da čak ni zvanično deklarirane starosne granice krivične odgovornosti, odnosno sposobnosti za snošenje krivice, ne mogu uvek da se shvate kao apsolutne granice.

- 54 Ovde treba imati u vidu i jednu izrazitu kontradikciju između materijalnog i krivičnog procesnog prava, kada se radi o maloletnicima, a naročito o mlađim maloletnicima, koji se formalno nikada ne oglašavaju krivim, dok se stariji maloletnici krivim oglašavaju, jedino u slučaju kada im se izriče kazna maloletničkog zatvora, što je moguće ukoliko zbog visokog stepena krivice, prirode i težine krivičnog dela ne bi bilo opravdano da im se izrekne vaspitna mera (član 28 ZM). To ipak nije jedini slučaj *postojanja krivice* u smislu materijalnog krivičnog prava (jer da nje nema, ne bi bilo ni krivičnog dela), a da se pri tom, egzistiranje krivice *ne konstatuje u krivičnom postupku*, jer se ni punoletni okrivljeni, kome se izriče sudska opomena, ne oglašava krivim. U ovakvim situacijama krivica postoji implicitno, ali se ona eksplicitno ne utvrđuje, jer se okrivljeni (maloletnik čak ni formalno nema svojstvo okrivljenog), ne oglašava krivim. U suštini, zakonodavac povezuje krivicu samo sa kaznom, a ne i sa ostalim krivičnim sankcijama, koje nisu kazna, bez obzira što se i one (osim mera bezbednosti koje se izriču neuračunljivim učiniocima), izriču licima koja su **učinila krivično delo**. Ovo pitanje, tj. razmatranje *odnosa krivice kao subjektivnog elementa krivičnog dela i krivice koja se utvrđuje u krivičnom postupku*, zaslužuje daleko šira teorijska razmatranja, koja uveliko prevazilaze okvire ovog rada.
- 55 S obzirom na karakter ovih mera, odnosno načina državnog, tj. oficijelnog reagovanja na krivična dela, učinjena od strane maloletnika, kao i protivpravna dela određena zakonom kao krivična dela, koja su učinila deca, često u praksi nije velika suštinska razlika između tih formalno različitih oblika reagovanja. Naime, krivične sankcije koje se primenjuju prema maloletnicima (izuzimajući kaznu maloletničkog zatvora, kao i upućivanje u vaspitno-popravnj dom), a to važi i za tzv. „parasankcije“, odnosno vaspitne naloge, su u najvećoj meri nerepresivnog karaktera. Suštinski, između takvih krivičnih sankcija, kao i mera koje se izriču onda kada se postupa prema načelu uslovljenog oportuniteta (*vaspitni nalozi*) i onih oblika postupanja iz domena socijalne zaštite u odnosu na decu učinioce protivpravnih dela, koja su zakonom utvrđena kao krivična dela, često nema velike suštinske razlike ili između njih postoji izrazita suštinska sličnost, a u nekim njihovim sadržajima, čak i identičnost.
- 56 Neke države ustanovljavaju na prvi pogled *veoma visoku starosnu granicu krivične odgovornosti*, odnosno starosnu granicu sposobnosti za snošenje krivice, ali istovremeno drugim normama omogućavaju da ona bude *relativnog karaktera*. Tako je na primer, ta granica u Gvatemali *osamnaest godina*, ali je u toj državi moguće da se krivični postupak vodi i prema mlađem učiniocu ukoliko se proceni da je mogao da shvati značaj svog dela, s tim se u odnosu na takvo lice mogu izreći samo mere boravka u *socijalno-edukativnim ustanovama*. Podatak iznet u: UNICEF, Innocenti digest, Juvenile Justice, Florence – Italy, January, 1998., str. 5.

Milan Škulić

Faculty of Law, University of Belgrade

## AGE LIMIT FOR THE ABILITY TO BE GUILTY IN CRIMINAL LAW

### SUMMARY

In his article the author uses the expression „age limit for the ability to be guilty“ (that is the most important part of the title of the article too), although usually criminal law terminology in the area of juvenile justice system (especially in English translation), is „minimum age for criminal responsibility“. This is because of the general notion and normative explanation of the crime, i.e. criminal offence, defined in the Criminal Code of Serbia (Article 14) and because of the expression and notion „criminal responsibility“ which does not exist any more in new Serbian Criminal Code from 2006. A criminal offense is an action or failure to act that the law defined as a criminal act, unlawful and committed with premeditation or out of negligence. A criminal offense shall not exist if unlawfulness or guilt has been excluded, although there are all major features of a criminal offense defined by the law. Because it is not possible to found a guilty of a person who at the time of commission of the criminal offense has attained fourteen years of age and has not attained eighteen years of age, in formal sense the act of that person is not a criminal act, i.e. it is not a criminal offence.

With regard to juveniles being considered a group of persons with special needs, whose mental and physical health development requires special protection and care, including the appropriate legal protection, the Law (Code) on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles was passed in the National Assembly of the Republic of Serbia on 29 September 2005, which regulates completely the criminal legal position of juveniles in Serbia for the first time, by means of a separate law. This area had been regulated by special parts of the substantive, procedural and enforcement legislation before. Unlike the Criminal Code and the Criminal Procedure Code, the Law on Juveniles represents *lex specialis*.

A juvenile is a person who at the time of commission of the criminal offence has attained fourteen years of age and has not attained eighteen years of age. A younger juvenile is a person who at the time of commission of the criminal offence has attained fourteen and is under sixteen years of age. An elder juvenile is a person who at the time of commission of the criminal offence has attained sixteen and is under eighteen years of age. A young adult is a person who at the time of commission of the criminal offence has attained eighteen but has not reached twenty one years of age at the time of the trial, and who meets other conditions set forth by Law on Juveniles.

In accordance with the Art. 2 of the Serbian Code on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles, neither criminal sanctions nor other measures provided under the criminal legislation may be pronounced or applied to

a person under fourteen years of age at the time of commission of an unlawful act provided under law as a criminal offence. These persons are considered as children's and they are essentially defined as absolute inappropriate to be guilty, because opposite can not be established, i.e. it is absolute impossible that these persons can be the subject of criminal procedure (to be defendant).

The person who was under fourteen years of age at the time of commission of an unlawful act provided under law as a criminal offence, is not in the same category like the perpetrators who was not able to understand the significance of his act or was not able to control his actions, due to a mental illness, mental retardation or other severe mental disorder (mental incapacity) and who shall not be considered guilty. In the other words, it is special type of absolute and objective criminal irresponsibility of the children's, i.e. of the persons under fourteen years of age at the time of commission of an unlawful act provided under law as a criminal offence.

Key words: criminal law, age limit, guilt, criminal responsibility, juveniles, children.

Milovan M. Mitrović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## PРАВНА КУЛТУРА I КРИМИНАЛИТЕТ U СРБИЈИ

**Apstrakt:** U ovom radu sociološko-hipotetički se analiziraju društveni činioци koji oblikuju pravnu kulturu i istovremeno utiču na stanje kriminaliteta u Srbiji. Pravna kultura se shvata kao skup kulturnih obrazaca ugrađenih u pravne propise, ustanove i organizacije koje stvaraju i primenjuju pravo i pravno uređuju najvažnije odnose u nekom društvu. Pravna kultura u sebi sadrži „pravnu svest“, kao racionalno znanje o važećem pravu, ali obuhvata još i moralnu savest, dobru volju (bona fides), korisne običaje i uljudno ponašanje u pravnim procesima i odnosima.

Образлаже се хипотеза да су стање правне културе и стање криминалитета у неком друштву увек у обрнутој корелацији. Стање криминалитета и правна култура у савременом српском друштву су посредно у корелацији, зато што исти или сродни друштвени чиниоци утичу и на кризу правне културе и на пораст криминалитета.

Правна култура и криминалитет у Србији разматрају се у три аспекта и преко три врсте чинилаца који их детерминишу: то су правне вредности, правни прописи и правна пракса. Образлаже се став да је културни развој могућ само у условима добрих континуитета. Развој правне културе захтева дуго трајање основних политичких и правних институција. Чести системски lomovi у Србији стварају правну несигurnost која омета развој правне културе. Историјски гледано правну културу су у Србији угрожавали окупаторски режими, чести ратови, социјалистичка револуција, постсоцијалистичка транзиција, распад државе, међународне санкције, агесија НАТО-а. Уз спољне факторе, правну културу у Србији посебно угрожава функционална блокада и корупција српског правосуђа, која је повезана са политичком корупцијом и свим другим видовима криминалитета у послератним и постсоцијалистичким околностима.

У закључку се истиче потреба да се правна култура у Србији суштински модернизује реформом политичких, правосудних и правно-образовних институција, уместо кампањског трансплантирања закона Европске уније који се неће применјивати.

**Кључне речи:** правна култура, правна свест, правне вредности, криминалитет, корупција у правосуђу, постсоцијалистичка транзиција, правни транспланти.

Криминалитет је као хоботница са hiljadu pipaka од којих сваки, поред општих, има и своје посебне корене, узроке који их рађају, чиниоце који их поthranјују и модификују, личне и друштвене последице које их прате, автономне механизме одржавања и више или мање успешне методе сузбијања. Такав је и криминалитет у Србији, био раније, а поgotovo овај данашњи који се разбуктао у ратним, а metastazирао у околностима постсоцијалистичке и послератне транзиције. У категорији општих услова који утичу на стање криминалитета у некој земљи правна култура је svakako оно што представља важну детерминанту, иако је njeno dejstvo по правилу посредно. У том smi-

\* редовни професор, milovanm@ius.bg.ac.rs

slu bi se mogla formulirati hipoteza da su stanje pravne kulture i stanje kriminaliteta u nekom društvu uvek u obrnutoj korelaciji, s tim što razvijena pravna kultura ne isključuje kriminalitet, čija raširenost, pak, predstavlja pouzdani pokazatelj ugroženosti i niskog nivoa pravne kulture.

Ako pođemo od stava da je kriminalitet dovoljno jasan pojam za njegovo sociološko razmatranje u odnosu na razne društvene činioce, preostaje obaveza da se ponudi preciznije pojmovno određenje pravne kulture kao kategorijalnog i determinističkog okvira za takvu analizu. Sintagma „**pravna kultura**“ često se koristi u sociološko-pravnim raspravama, ali je njeno značenje u različitim kontekstima veoma različito. Ona se ponekad svodi na „pravnu svest“, što je svakako preusko određenje, jer pored pravne svesti kao *racionalnog znanja o važećem pravu*, pravna kultura obuhvata još i moralnu savest, dobru volju (*bona fides*), korisne navike, zdrave običaje i uljudno ponašanje u pravnom saobraćaju (pravnim procesima i odnosima). Ako je pravna svest racionalan element pravne kulture, svi drugi nisu samo (a neki ni pretežno) racionalni.

Budući da ne postoji društvo koje bi bilo u svemu jedinstveno tako da u njemu nema različitih pojedinačnih i grupnih potreba i vrednosti, pa i suprotnih interesa – zbog kojih pravo kao sredstvo uređivanja međusobnih odnosa interesno suprotstavljenih aktera i postoji – to i kultura svakog društva uvek u sebi sadrži protivrečne elemente: pored dobrih i korisnih vrednosti, pravila i oblika delovanja i ponašanja, sadrži još i loše navike, štetne običaje, nemoralne i kriminalne postupke, patološke pojave. Pod kulturom se obično podrazumeva ono što se smatra vrednom ljudskom tvorevinom, ali pošto je svako ljudsko vrednovanje svega i svačega nužno subjektivno ne postoji ni pravna kultura koja bi bila vrednosno neutralna ili samo pozitivna. I pored toga, važeće (pozitivno) pravo, kao sistem formalno institucionalizovanih normi, uvek štiti one vrednosti koje su proklamovane ili nametnute kao društveno pozitivne – kakve god da su one stvarno i kako god ih različiti pojedinci i grupe ocenjivali. Zato svaka subkultura po pravilu odstupa, a kontrakultura marginalnih grupa se suprotstavlja preovlađujućoj pravnoj kulturi, između ostalog i tako što vrednosno podržava protivpravne norme, moralno devijantno i kriminalno ponašanje.

Polazeći od stava da su društvene vrednosti i s njima povezane norme idejno jezgro svake kulture, **pravna kultura** se shvata kao *skup onih vrednosti koje su kao svojevrsna pravna tradicija ukorenjene u normativnoj društvenoj svesti i ponašanju pojedinaca i grupa u nekom društvu*. Sociološka analiza može da pođe od ovog opšteg određenja, ali je nužno da se ono dalje operacionalizuje preko njegovih osnovnih strukturnih determinanti kao što su usvojene moralne vrednosti, vladajući pravni propisi, funkcionalni kapaciteti društvenih ustanova koje stvaraju i primenjuju pravo i pravne prakse u najširem smislu reči. Svaka od ovih determinanti pravne kulture, sama za sebe bi mogla da predstavlja veoma složen predmet sociološkog razmatranja. Njih možemo samo analitički odvajati jedne od drugih, a stvarno one su i ontološki i funkcionalno nerazdvojno povezane. Najdublji teorijsko-metodološki smisao sintagme „pravna kultura“ ogleda se baš u tome što ona omogućuje da se sintetički, u zajedničkom i uzajamnom sadejstvu, razmatraju usvojene moralne vrednosti, vladajući pravni propisi kao i ustanove i organizacije koje stvaraju i primenjuju pravo u nekom društvu. Tako shvaćena pravna kultura pojmovno je šira ne samo od pravne svesti nego i od pravnih vrednosti iako su i pravna svest i pravne vrednosti osnovni elementi pravne kulture.

Za sociološko-pravnu analizu pogodnije bi bilo nešto operacionalizovanije određenje **pravne kulture** kao *skupa kulturnih obrazaca ugrađenih u pravne propise, ustanove i organizacije koje stvaraju i primenjuju pravo i pravno uređuju najvažnije odnose u nekom društvu*. U tom smislu pravna kultura u sebe uključuje čitav niz strukturno povezanih elemenata koji u nekoj društvenoj zajednici funkcionišu kao više ili manje usklađena celina. Najvažniji njeni elementi (aspekti ili segmenti) su vrednosni, normativni i praktično-organizacioni. Sve društvene pojave, normalne i patološke, moralno poželjne i pravno prihvatljive, kao i one koje su moralno devijantne i pravno nelegalne, a u težim slučajevima i kriminalne, podležu kritičkoj proceni sa vrednosnog, normativnog i sa praktično-organizacionog stanovišta.

1. **Vrednosni** aspekt pravne kulture najuočljiviji je u onom njenom segmentu koji se označava sintagmom **pravne vrednosti**. One nisu ništa drugo nego *najopštije i najosnovnije vrednosti koje imaju konstitutivni značaj za neku društvenu zajednicu i kao takve zaslužuju da ih država svojim pisanim normama, svojom politikom, pa i represivnim aparatom štiti i promovise*. Kao i sve druge i pravne vrednosti su se istorijski menjale, a razlikuju se od jednog društva do drugog – po sastavu i po statusu unutar nekog šireg sistema vrednosti ili grupnih vrednosnih orijentacija.

Karakter svake pravne kulture u osnovi zavisi od hijerarhije osnovnih i univerzalnih ljudskih vrednosti koje se prevashodno štite pisanim propisima u nekom društvu, među kojima su najvažnije sledeće **pravne vrednosti**:

- *ljudski život i zdravlje* (fizički i duhovni integritet čoveka);
- *čast i dostojanstvo* ljudske ličnosti izraženi preko čovekovih sloboda i prava;
- *materijalna sigurnost* izražena preko sigurnosti stečene imovine i preko realnih prava na njeno sticanje, korišćenje i raspolaganje;
- *politička prava i slobode* (kako individualna tako i kolektivna);
- *socijalna pravda* koja se ogleda u relativno ravnomernoj raspodeli najosnovnijih (egzistencijalnih) društvenih dobara između pojedinaca i grupa koji žive u istoj zajednici i simetričnom odnosu različitih prava i obaveza među njima.

Navedene i njima srodne društvene vrednosti imaju različit status u srpskoj kulturnoj tradiciji i u savremenom srpskom društvu, a njihovo razmatranje u kontekstu pravne recepcije usložnjava se i zato što ni tradicija nije jedinstvena, a savremeno društvo u Srbiji je izrazito protivrečno. Elementarni oblici pravne svesti i pravne kulture neposredno su povezani sa religijom i drugim kolektivnim verovanjima. Tako se može i razumeti izjednačavanje reči „vera“ i „zakon“ u starijem srpskom govoru<sup>1</sup>.

Za jednu dublju analizu srpske pravne kulture neophodno bi bilo analitičko i kritičko razmatranje tradicionalnih normativnih obrazaca, pogotovo onih koji su povezani sa srpskom tradicijom pravoslavnog hrišćanstva i njegovih transformacija u novijoj istoriji. U istom smislu srpska pravna kultura je do nedavno bila pod neposrednim i snažnim uticajem jednog drugog oblika kolektivnog verovanja kakva je bila ateistička komunistička ideologija. Danas takav uticaj na našu pravnu kulturu ima ideolo-

1 Kad, recimo, Vuk Karadžić govori o „Srbima sva tri zakona“ on u stvari misli na Srbe pravoslavne, katoličke i muslimanske vere.

gija liberalizma, koja je ovde poprilično „iskošena“, odnosno iskrivljena i suštinski iskompromitovana dijaboličnom praksom „dvojnih merila“ koju velike zapadne sile primenjuju u aktuelnim odnosima sa Srbima i Srbijom, za razliku od odnosa sa drugim, nama susednim narodima i državama.

Sa druge strane, pak, za odnose pravne kulture i kriminaliteta važnije bi bilo razmatranje aktuelnih unutarnjih protivurečnosti u srpskom društvu koje na neposredniji način utiču, kako na pravnu kulturu tako i na stanje kriminaliteta. U tom smislu bi se mogla formulisati hipoteza da *stanje kriminaliteta i pravna kultura u savremenom srpskom društvu nisu međusobno neposredno uzročno-posledično povezani, već su posredno u korelaciji, zato što isti i srodni društveni činioci utiču i na krizu pravne kulture i na porast kriminaliteta.*

Neki od tih činilaca neposredno razaraju osnovni sistem vrednosti i podstiču devijantne vrednosne orijentacije većeg broja pojedinaca i različitih društvenih grupa i na taj način iznutra razjedaju ionako slabu pravnu kulturu u savremenom srpskom društvu. U jednom od ranijih radova (Mitrović, 2007) pokazano je da je kriminalitet u Srbiji u osnovi **sistemski**, da je kao takav pojačan kriminogenim činiocima koji su **tranzicijski**, a u uslovima građanskog rata, međunarodne blokade i sankcija kulminirao je kao **anomijski**. Neosporno je utvrđeno da postoji kumulativno dejstvo svih navedenih i drugih različitih činilaca izrazite kriminalizacije aktuelnog srpskog društva. Tako recimo, sistemske devijacije izviru iz „konstrukcijske greške“ globalnog srpskog društva, a ogledaju se u nesaglasnosti osnovnih ciljeva i glavnih načina i sredstva njihovog ostvarivanja u okviru institucionalnog sistema države Srbije. Tipični primeri su oni kada se nelegalni privatni interesi ostvaruju pomoću javnih institucija, ali i kada se javno proklamovani i društveno verifikovani ciljevi ostvaruju neformalnim aranžmanima javnih institucija sa problematičnim privatnim licima. Takve društvene (ne)prilike neposredno urušavaju tradicionalnu normativnu svest i potpuno onemogućuju regeneraciju modernije pravne kulture, otvarajući širom vrata za svakovrsni kriminalitet. Kulturni razvitak je moguć samo u uslovima dobrih kontinuiteta, što se još više odnosi na razvoj pravne kulture koji podrazumeva dugo trajanje osnovnih političkih institucija. Česti sistemski lomovi stvaraju opštu i pravnu nesigurnost u kojoj nije moguće održavanje postojeće pravne kulture, a pogotovo njeno podizanje i modernizovanje. Tako je pređašnji komunistički revolucionarni teror opasno relativizovao sve fundamentalne društvene i pravne vrednosti svojim grubim nasrtajima na imovinu, čast i dostojanstvo, na politička prava i slobode, pa i na živote svojih ideoloških protivnika, sve u ime demagoški proklamovane socijalne pravde. Time je socijalizam potpuno destruirao inače slabu građansku pravnu svest, koju je potpuno podredio svojoj ideološko-političkoj revolucionarnoj svesti. Opšta represija je smanjila konvencionalni kriminalitet, a pravnu kulturu potiskuje tzv. moralno-politička podobnost kao regulativ poželjnog ponašanja „radnih ljudi i građana“ u novostvorenom socijalističkom društvu.

Sa druge strane, onda kada pod suprotnim (antikomunističkim) ideološkim znamenjem dolazi do urušavanja socijalističkih političkih sistema, započinje restauracija privatne svojine, pravne države i liberalnih političkih prava, čime se otvaraju nove mogućnosti za jačanje moderne liberalne pravne kulture. Međutim, traumatičan sistemski lom, ponovo se pokazalo, manje je pogodovao razvoju moderne

pravne kulture, a više nekim novim oblicima kriminaliteta. Naličje naglog sloma socijalističkog sistema je tzv. **tranzicijski** kriminal, koji se najviše ogleda u masovnoj i krupnoj korupciji, kao i u oštrom društvenom raslojavanju gde se na vrhu izdvaja manjina prebogatih koji su nelegalno stekli bogatstvo, a na dno pada mnoštvo osiromašenih iz starih srednjih slojeva koji sa najnižim narodnim slojevima povećavaju masu besperspektivnih očajnika iz kojih se danas regrutuju najrazličitiji prestupnici i kriminalci. Tako se stvara stanje **tranzicijske anomalije** koju karakteriše masovna nezaposlenost i osiromašenje, ideološka pometenost i rastuće socijalno beznađe koje širom otvara vrata za sve konvencionalne vidove kriminala.

Uz tranzicijske korene globalne anomalije ratne okolnosti su još neposrednije uticale da se anomijski ambis produbi na svim prostorima na kojima je bilo rata, gde je svakoliko „cveće zla“ masovno procvetalo i skoro odmah počelo da daje i svoje otrovne plodove. Duboka i široka kriminalizacija društvenog života samo je jedan karakterističan fenomen koji je nakon poslednjeg rata nastupio i u Srbiji.

Zbog svega ovoga je danas u Srbiji snažno izraženo i široko rasprostranjeno, skoro **kolektivno osećanje velike socijalne nepravde**, koje u velikoj meri podriiva pravnu svest mase običnih građana o potrebi da oni poštuju zakone koje sasvim lagodno i potpuno neodgovorno krše oni koji su ih stvarali – kad god im je to u interesu. Pravni okvir procesa privatizacije omogućio je vlasnicima prljavog novca da se sami legalno obogate i da pritom unište kupljena preduzeća i egzistencijalno ugroze mase radnika. Za to ne može biti niko drugi odgovoran nego vlast koja je takve propise donosila, kao što je odgovorna što danas mnogi radnici ne primaju zarađene plate u privatizovanim preduzećima, a državni organi ne preduzimaju ništa da nove vlasnike prinude da poštuju potpisane ugovore. Ovo je traumatičan udar na pravnu kulturu, po negativnim posledicama možda i štetniji od ranijeg, koji je bio sa suprotnim ideološkim predznakom. Danas ugovori o radu ne obavezuju poslodavce da radnicima isplate zarađene plate, a bez poštovanja ovih i svih drugih ugovora nema pravne države, građanskog društva i liberalne pravne kulture. Takvoj pravnoj kulturi nije pogodovalo ni prethodno socijalno stanje, sasvim suprotno od današnjeg. Do nedavno, to je bilo stanje u kojem je status radnika u socijalističkim preduzećima bio nerealan i ideološki postuliran, tako što su zaposleni imali osiguranu platu bez obzira da li su je zaradili ili su proizvodili gubitke. To je više pogodovalo parazitskom i gubitničkom nego zdravom radnom mentalitetu koji jedino može biti osnova za prosperitetnu pravnu kulturu. Međutim, strukturna protivrečja socijalističkog sistema bitno se razlikuju od kriminalizovanog miljea postsocijalističke tranzicije, što je u odnosu na pravnu kulturu slično razlici između dejstva benignih i malignih tumora na oslabljeni organizam.

Zato je veliki rizik da kriminalni socijalni milje postsocijalističke tranzicije danas teško iskompromituje liberalne građanske vrednosti, sa sličnim lošim posledicama po pravnu kulturu kakve su nastupile odmah nakon socijalističkih revolucija kada su revolucionarnim terorom u ime „socijalne pravde“ ugrožene sve druge društvene vrednosti i ljudska prava. Ovog puta je tranzicijskim kriminalom ugrožena socijalna pravda, a moderna pravna kultura nije moguća bez čitave palete fundamentalnih ljudskih i društvenih vrednosti u kojoj socijalna pravda ima svoje značajno mesto. To što je socijalizam sistemski iskompromitovao ideološki postuliranu



„socijalnu pravdu“, ne daje pravo današnjim liberalima da socijalnu pravdu izbace iz vladajućeg vrednosnog sistema, jer to pogoduje postsocijalističkom kriminalu i kriminalcima, a teško ometa podizanje opšteg nivoa pravne kulture u današnjoj Srbiji.

Kao zaključak ovog razmatranja, nameće se (hipo)teza da razvoju pravne kulture ne odgovaraju nagli, oštri i nasilni (ni revolucionarni ni kontrarevolucionarni) sistemski lomovi, već dobro promišljene, socijalno uravnotežene i društveno odgovorne reforme – koje omogućuju da se i kriminalitet efikasnije sprečava i permanentnom socijalnom kontrolom lakše drži na podnošljivom nivou. Naglo i represivno „stezanje“ obično ne saseca kriminal nego ga goni da se seli iz jedne oblasti u drugu, da menja oblike ispoljavanja da bi sačuvao svoju devijantnu supstancu. Naglo popuštanje kontrole nad kriminalitetom u prelomnim trenucima, dovodi do njegovog masovnog razbuktavanja, posle kojeg je teško nad njim uspostaviti sistemsku kontrolu. Nasuprot tome, sistematskim podizanjem nivoa pravne kulture, na kriminalitet se deluje preventivno i pravovremeno. Taj metod socijalne kontrole je i najracionalniji, jer samo tako se kriminalci obeshrabruju da čine kriminalne radnje i društvu nanose štetu koja je obično nenadoknadiva.

2. *Normativni* aspekt pravne kulture ogleda se, pre svega, u kvalitetu (i kvantitetu) **pravnih propisa**, u njihovoj ontološkoj zasnovanosti i logičkoj konzistentnosti, u sistematičnosti i funkcionalnoj svrsishodnosti institucija koje se tim propisima konstituišu. Pravni propisi su najvažniji elemenat pravne kulture ne samo po tome što oni propisuju i nalažu zaštitu spontano usvojenih društvenih vrednosti, nego i zato što su to najefikasnija politička sredstva kojima se poželjne a neukorenjene društvene vrednosti mogu stvarati i podsticati. Na ove dve funkcije pravnih normi, da formalizuju najvrednije i već ustaljene odnose (običaje) i da promovišu i stvaraju nove, koji su racionalniji i bolji od postojećih, različito se gleda u okviru dve najpoznatije, najuticajnije, a često i međusobno suprotstavljene kulturno-pravne tradicije: *prirodno pravne* i *istorijsko pravne*.

*Prirodno pravna* tradicija se razvija na primeni u praksi opštih i univerzalnih pravnih načela ustanovljenih još na antičkoj (grčko-rimsko– vizantijskoj) i njima srodnoj racionalističkoj i prosvetiteljskoj zapadno-evropskoj kulturnoj tradiciji. Suština prirodnog prava ogleda se u nastojanju da se otkriju univerzalne pravne vrednosti koje su apsolutne, vanvremenske i vanprostorne, što znači da one stoje kao ideali iznad svakog konkretnog sistema pozitivnog prava koje je izraz zajedničkog društvenog života ljudi. Prirodnim pravom obično se bavi filozofija prava, a sociološki je moguće proučavati samo pozitivno pravo, pošto je ono rezultat društvenog delovanja i praktično utiče na njegovo regulisanje (uređivanje i usmeravanje). Prirodno pravo je stoga apstraktno i statično, a pozitivno pravo konkretno i dinamično. U okviru „škole prirodnog prava“ pravna praksa treba da sledi pravna načela, a ne obrnuto. Pravna praksa je „šarolika“, a pravna načela su opštija i zato su ona univerzalni elemenat pravne kulture. Dobra strana ovog pristupa je u tome što on univerzalizuje, međusobno približava, usklađuje i ujednačava posebne pravne prakse u raznim društvima i tako pogoduje stvaranju opštije, šire i univerzalnije pravne kulture. Slabost prirodno-pravnog pristupa je u tome što je često suviše apstraktan, kad ne uvažava konkretne društvene okolnosti i kulturne specifičnosti, pa prebrzo i spolja nameće

neodgovarajuće pravne standarde i tako više ometa nego što uređuje spontane društvene odnose. Kreativna primena prirodno pravnih načela je vrhunsko pravno umeće, koje se sastoji u nastojanju da se prema univerzalnijim kulturnim merilima unapredi neki poseban i nacionalno specifičan „dobar stari pravni red“, a da se pritom izbegne „nepotreban“ vrednosno-normativni nered.

*Istorijsko pravna* tradicija je u osnovi suprotstavljena prirodno pravnoj tradiciji, a u njoj pravna praksa ima najvažniji i konstitutivni značaj za pravo u celini. U anglosaksonskoj kulturnoj i pravnoj tradiciji pravo i nastaje tako što se određena pravna regulacija ustanovljava sudskim presedanima, prvim odlukama uglednih sudija koje postaju standardi za sve kasnije sudske odluke u sličnim situacijama i slučajevima. To je pravo koje se neposredno oslanja na pravne običaje i javni moral, a ne samo na pisane propise koje bi donosio neki državni („zakonodavni“) organ. Kod nas je još **Valtazar Bogišić** (1834–1908) u duhu ondašnjeg evropskog pravnog romantizma (sledeći u tome i Vuka Karadžića), smatrao da pisano pravo koje vlast nameće mimo i nasuprot pravnih običaja naroda (a u malim tradicionalnim društvima to se redovno događa), može da ima suprotne posledice od očekivanih i da stvara zbrku u društvenim odnosima, umesto da ih uređuje. U načelu taj stav je i danas prihvatljiv, sve dok se on ne pretvori u sredstvo zatvaranja jedne nacionalne pravne kulture u odnosu na razvijenije pravne tradicije i nove tendencije u pravnom razvoju.

*Srpska pravna kultura* je bila pod uticajem i jedne i druge velike pravne tradicije. U malom narodu je prirodno što su se one stalno međusobno preplitale, a povremeni primat je imala jedna u jednom vremenu, a druga u drugom vremenu i okolnostima. U vreme stvaranja srednjovekovne srpske države i primanja hrišćanstva vizantijsko-rimska tradicija potiskuje narodnu običajnost, koja ponovo oživljava u vekovima preživljavanja srpskog naroda pod turskom vlašću. Sasvim je razumljivo što nacionalno-oslobodilački romantizam u 19. veku glorifikuje srpsku običajnost koju ističe klasična nemačka (takođe romantičarska) istorijsko pravna škola. Veza sa školom prirodnog prava tada je ojačana preko rimsko-austrijskog građanskog i francuskog javnog prava. Najnovije prilagođavanje srpskog prava evropskoj pravnoj tradiciji novi je talas brisanja nekih lokalnih i nacionalnih pravnih specifičnosti – među kojima ima i onih koje bi vredelo sačuvati kao elemente nacionalnog kulturnog (pa i pravnog) identiteta – kao što je tradicija narodne samouprave, na primer.

U srednjovekovnom srpskom pravu, a naročito u vremenima turske vlasti, selo kao lokalna zajednica je imalo čitav niz kolektivnih odgovornosti za napade, pljačke, ubistva i sve druge neprijatnosti i štete koje bi oni koji kroz selo prolaze mogli imati. To je, sa jedne strane, uticalo da lokalna zajednica razvije mehanizme unutarne kontrole nad svojim članovima – što, inače, pogoduje razvijanju pravne kulture. Sa druge strane, interes da se izbegne kolektivna kazna i nadoknada štete, gonio je lokalni kolektivitet da prikriva kriminalne radnje i prestupnike od šireg društva i od državnih organa. To je u turskim vremenima dobijalo još i oreol moralnog patriotskog čina, jer je predstavljalo sabotažu tuđinske vlasti. Fenomen hajdučije je tipičan primer jednog kulturnog obrasca koji je stvoren u uslovima okupacije suštinski promenio svoj smisao u obnovljenoj srpskoj državi. Ono što je nekad bilo postalo simbol nepokornosti tuđinskoj vlasti, u novostvorenoj srpskoj državi pervertiralo je u

štetnu naviku koja ometa pravni poredak, ugrožava pravnu kulturu i tako olakšava vršenje kriminalnih radnji i skrivanje kriminalaca od državnih organa.

Kod nas je kasnije razaranje tradicionalnih zajednica i njihovih moralnih vrednosti, na primer, u uslovima nemačke okupacije ili revolucionarne socijalističke represije reprodukovalo obrazac „cinkarenja bližnjeg svoga“ – nemačkom *Gestapo*– u ili komunističkoj UDB-i, teško oštetilo ionako ugroženu građansku pravnu kulturu u socijalističkim vremenima. Suprotni su primeri društava koja nisu imala tako traumatična iskustva u kojima slobodni građani, lojalni svojoj državi, u svom ličnom, lokalnom i državnom interesu, podržavaju pravni poredak svoje države, samokontrolom i lokalnom kontrolom kriminalaca (Đ. Ignjatović, 2008. i 2009). To su primeri kako pravna kultura samosvesnih građana može neposredno da deluje na prevenciju nekih vidova lokalnog kriminaliteta. Dodatni uslov je da su državni organi efikasni i da oni sami nisu korumpirani, jer samosvesni građani mogu biti partneri u prevenciji kriminaliteta samo odgovornim državnim organima. Suprotan primer je ono što se kod nas često dešava, kada samosvesni građani ili revnosni policajci preduzmu ono što im građanski moral i(li) profesionalna dužnost nalažu, a korumpirani pravosudni organi ne samo što ponište njihov napor nego ih izlože surovoj osveti kriminalaca.

S obzirom na zatečene društvene (ne)prilike i krupne probleme s kojima se srpsko pravo suočava, ne samo u sferi kriminala i njegovog suzbijanja, nego i u svim drugim oblastima društvene regulacije, kao imperativ u kreiranju efikasnih pravnih propisa nameće se potreba da se onome što je najbolje u srpskoj pravnoj (i običajnoj) tradiciji priključe najvrednija iskustva drugih i pravno uređenijih društava. U tom smislu mogle bi se hipotetički formulirati neke sociološke pravilnosti koje bi valjalo imati na umu pri kreiranju i sprovođenju pravnih propisa:

- U načelu je poželjno biti (i ostati) podjednako otvoren prema prirodno-pravnoj i prema istorijsko-pravnoj kulturnoj tradiciji, gradeći tako svoju sopstvenu pravnu kulturu koja bi bila dovoljno podsticajna za moderni društveni razvoj i dovoljno široka osnova modernog kulturnog identiteta jednog malog evropskog naroda. Samo u takvom načelnom okviru mogu se operacionalizovati nešto konkretniji kriterijumi racionalnog kreiranja pravnih propisa.
- U tom smislu je, recimo, odgovarajući onaj propis koji je *realno odmeren*, kao norma koja nije previsoko (idealistički) podignuta da se ne može ostvariti, niti prenisoko postavljena da ne zahteva dodatni napor, ne podstiče nove akcije, niti usavršava postojeće obrasce društvenih odnosa i delovanja.
- Pisani propisi bi uvek morali da *vode računa o važećim nepisanim pravilima* (običaju i moralu), a po mogućstvu da se na neke od njih i neposredno oslone; tako se obezbeđuje normativna saglasnost u društvu koja šteti ljudsku energiju, čuva socijalni kapital i zato je funkcionalno važan imperativ efikasnih sistema.
- Pisani propisi moraju da budu *međusobno usaglašeni* tako da jedni drugima ne protivureče, niti da ostavljaju prevelike „rupe u zakonu“; bolje je za pravnu kulturu da neki potreban pravni propis ne postoji, nego da postoji propis koji ometa druge i stvara zbrku u pravnoj svesti.

- *Jezik* pisanih propisa mora da bude *jasan i precizan*, ali ne treba da bude toliko „birokratski“ da ga obični ljudi ne razumeju, pošto je najbolje i najefikasnije ono pravo koje građani lako shvataju i spontano usvajaju; to je pravo koje ima preventivni karakter, te je ono za društvo i njegovu pravnu kulturu najkorisnije.
- Dispozicije i sankcije treba da su međusobno *logički usaglašene* i usklađene sa usvojenim vrednostima i poželjnim ciljevima; sankcije ne smeju da budu ni preblage (kao da ne postoje) niti preoštre (da proizvode suvišnu represiju ili da podstiču korupciju u sistemu državnih organa i pravnih institucija).

U poslednje vreme zakonodavna aktivnost u Srbiji u velikoj meri je podređena tzv. procesima evropskih integracija, što kao politički imperativ nameće obavezu da se nacionalno pravo u relativno kratkim rokovima usaglasi ne samo sa međunarodnim pravom nego pre svega sa pravom Evropske unije. Takav spoljni pritisak na naše zakonodavne organe je u osnovi pozitivan, ali ga u realnim uslovima prati čitav niz negativnih posledica. Često se mehanički preuzimaju pojedini pravni transplantati koje bi trebalo prethodno prilagoditi našim okolnostima da bi mogli da budu funkcionalni. To je, inače, problem ne samo sa pravnim transplantima nego sa svim drugim propisima koji su više izraz političkog voluntarizma nego realnog sagledavanja njihovih regulativnih potencijala.

**3. Pravna praksa** je suštinski važan aspekt i najdelotvorniji činilac konkretnog tipa pravne kulture koja je sastavni deo pravnih odnosa u nekom društvu. Tu je reč o konkretnoj primeni prava od strane društvenih ustanova i organizacija koje stvaraju pravne norme i praktično obezbeđuju njihovo poštovanje u svakodnevnom društvenom životu.

Pravne ustanove ovde se shvataju u širem sociološkom smislu, kao jedna vrsta društvenih organizacija koje pravnim putem uređuju najvažnije društvene odnose, a ne kao „pravni instituti“ (kao skup normi koje uređuju jedan određeni društveni odnos). U tom smislu pravne ustanove i organizacije su najvidljivije društvene tvorevine pravne kulture, ali i najznačajniji činioци njenog stvaranja i razvijanja. U širem političkom smislu, pravnim ustanovama se mogu smatrati sve one društvene organizacije gde se pravo stvara, koristi i primenjuje (zakonodavne, izvršne, sudske) koje i posredno i neposredno stvaraju određeni društveno-politički ambijent za pravni život i pravnu kulturu jednog konkretnog globalnog društva. Na pravnu kulturu, ipak, najviše neposredno utiču ustanove i organizacije koje se sistematski bave formiranjem pravne svesti, stručnim obrazovanjem pravnika i pravnom praksom, a to su u prvom redu pravni fakulteti, sudovi, tužilaštvo i advokatura.

**Obrazovanje pravnika** oduvek je imalo prvorazredni značaj za racionalnu organizaciju nekog konkretnog društva koja podrazumeva ne samo uređeni sistem institucija koje efikasno regulišu društvene odnose nego i dovoljno elastičan i podsticajan normativni okvir stvarnog društvenog razvoja – ekonomskog, političkog i kulturnog. To se posebno odnosi na one čija su društva i države poput srpskog razoreni, institucije obesmišljene, a razvoj iznutra blokiran i zavisn od spoljnih činilaca koji kontrolišu sadašnjost, određuju budućnost, pa čak retroaktivno menjaju i prošlost koja im smeta u totalnoj kontroli tako zavisnih društava.

Savremeno srpsko društvo je prinuđeno da u hirovitim globalizacijskim talasima i na istorijski trusnom balkanskom tlu izgrađuje svoje društvene (ekonomske, političke i kulturne) institucije tako da one budu kompatibilne sa evropskim reformama i predstavljaju normativnu osnovu modernog razvoja, ali i da istovremeno štite državni suverenitet i integritet i doprinose očuvanju kulturnog identiteta. Normativno-tehnička kreacija takvih ustanova je izuzetno stručan i složen posao koji na kvalitetan način mogu da obave samo svestrano obrazovani pravnici. Takve pravnike moraju i mogu da obrazuju samo naši pravni fakulteti, jer njih ne možemo „uvoziti“ iz inostranstva kao što se mogu uvoziti ekonomisti, inženjeri, lekari, umetnici, sportisti i mnogi drugi. Čak ni sve učestalije „transplantacije“ evropskih normativa, koje se opravdavaju potrebom za ubrzavanjem evropskih integracija srpskog društva, ne mogu da budu uspešne bez solidno obrazovanih domaćih pravnikar koji u tom poslu umeju da „nađu tačnu meru“ i da vešto „prekroje evropsku pravnu uniformu“ tako da ona udobno „legne“ i našim klijentima.

Tekuće reforme pravnog obrazovanja u Srbiji, međutim, praćene su veoma protivrečnim tendencijama od kojih bi neke mogle u velikoj meri da iskompromituju čitav projekat modernizacije akademskog obrazovanja uopšte, a naročito obrazovanja naših pravnikar. Takva krajnje opasna tendencija povezana je sa osnivanjem enormno velikog broja pravnih fakulteta, naročito onih polulegalnih privatnih, koji drastično snižavaju obrazovne standarde u svakom pogledu. Ovog puta se ostavlja po strani možda i najznačajnije načelno pitanje da li je Srbiji, pored inače prevelikog broja državnih pravnih fakulteta i njihovih lokalnih odeljenja, bio potreban bilo koji privatni pravni fakultet, a pogotovo toliki njihov broj?<sup>2</sup>

Ono što je zasad sasvim izvesno to je činjenica da novoosnovani privatni pravni fakulteti nisu doveli do zdrave konkurencije znanja nego su uveliko podstakli neloyalnu komercijalnu konkurenciju koja često ide do granice latentnog kriminala. Zato je otvoreno pitanje kako i zašto je došlo do legalizacije takvog modela reforme obrazovanja na pravnim fakultetima u Srbiji? Odgovor na njega nije moguće dati pre nego što bi se kritičkom sociološkom analizom razotkrili dublji koreni političke i svake druge korupcije u Srbiji, s kojima su povezani korupcija u obrazovanju, a naročito korupcija u obrazovanju pravnikar, pa potom i korupcija u pravosuđu.<sup>3</sup>

Kad je reč o snižavanju obrazovnih standarda na našim pravnim fakultetima, pored onoga što se zbiva i na drugim visokoškolskim ustanovama, naročito je uočljivo svojevršno odstranjivanje društvene teorije iz nastavnih planova i programa. Ako se ovo stavi u kontekst istovremenog izbacivanja značajnih istorijskih činjenica iz obrazovanja naših pravnikar postaje jasno kako ova nova tendencija, sa jedne strane podstiče njihov „fah-idotizam“, a sa druge, onemogućuje dubinske uvide u suštinu tekućih društvenih procesa. Ovo, pored ostalog, sužava vidokrug, muti i skraćuje

2 Tačan broj privatnih pravnih fakulteta i njihovih isturenih odeljenja u Srbiji nigde nije evidentiran pošto neki od njih upisuju studente i pre nego što su za to dobili odgovarajuće dozvole, a neki nastavljaju rad iako nisu za to akreditovani.

3 Indikativna je personalna sprega između funkcionera u Ministarstvu prosvete koje odobrava otvaranje privatnih pravnih fakulteta, profesora optuženih za prodaju ispita i diploma na Pravnom fakultetu u Kragujevcu i funkcionera u najvišim institucijama srpskog pravosuđa (uključujući Republičko javno tužilaštvo i Ustavni sud Srbije).

perspektive i banalizuje reforme našeg obrazovanja uopšte i obrazovanja pravnika kao profesije sa posebno značajnom društvenom odgovornošću.

Neki od navedenih problema i protivrečnosti u obrazovanju naših pravnika povezani su sa širim društvenim procesima i sličnim tendencijama u razvijenijim društvima. Paradoksalno je to što ono što sebi u reformi pravnog (i svakog drugog) obrazovanja mogu da dozvole bogata i razvijena društva i pravno uređene države, to isto ne bi smeli bukvalno da kopiraju mali, siromašni i pravno zapušteni narodi kao što smo mi. Naši problemi su veći i teži nego oni u razvijenim zemljama, pa su nama, da bi mogli da ih rešavamo, danas i ubuduće potrebni bolji pravnici nego što su njihovi. Srpsko društvo se danas suočava sa svim klasičnim problemima pravno zapuštenog društva koje je ustavno problematično, sistemski neuređeno u svim važnim funkcionalnim područjima (nedovršena i protivrečna tranzicija u svojinskim odnosima, u ekonomiji, politici, pravosuđu, kulturi, medijskoj sferi, sportu i drugde). Dok smo još suočeni sa klasičnim oblicima kriminala (ubistva, krađe, otmice, razbojništva, trgovina ljudima i narkoticima, svi vidovi masovne korupcije) sustižu nas stari i novi oblici organizovanog kriminaliteta i jedne sasvim nove vrste tzv. kumpjuterskog („sajber“) kriminala (Mitrović, 2009a).

**Srpsko pravosuđe** je, prema svim anketama o raširenosti korupcije, pri vrhu korumpiranih institucija u Srbiji. Korupcija u pravosuđu je najmaligniji vid korupcije zato što bi nepristrasno i efikasno pravosuđe moralo da bude najsnažniji bedem pred svim vrstama kriminaliteta (*Korupcija u pravosuđu*, 2004; Vuković, 2003). Takvo patološko stanje u pravosuđu neposredno urušava pravnu kulturu u svakom društvu, pa je tako i kod nas. Mnogi nepovoljni činioци su se danas stekli oko srpskog pravosuđa i svi oni simultano deluju i ugrožavaju kičmeni stub našeg pravnog poretka i pravnu kulturu koja ga ispunjava i prati. Zna se, recimo, da je pravo ugroženo kad god bogati kriminalci mnogo bolje plaćaju svoje advokate nego što siromašna država može da plati svoje sudije. A poznato je da novac (kao i vlast) kvari ljude (a ne profesije), a naročito ih kvari veliki i prljav novac koji se kreće kanalima organizovanog kriminala. Otuda je razumljivo što sociološka istraživanja korupcije pokazuju da su kriminalizovani advokati prva karika u lancu korupcije u pravosuđu. U pravosuđu koje je zaraženo korupcijom najjednostavniji način da se izdejstvuje povoljna presuda je „preplaćivanje“ advokata koji će imati interes da deo svoga honorara iskoristi za „potplaćivanje“ i podmićivanje sudije. Ovaj kriminalni interesni aranžman je utoliko verovatniji ukoliko su kriminalci bogatiji, a sudije siromašnije – što je danas slučaj i kod nas.

**Politička korupcija**, sa jedne strane, pothranjuje sve druge vidove korupcije u srpskom društvu, a time i kriminalitet uopšte, a sa druge strane, slabi autoritet pravnog poretka i tako urušava pravnu kulturu. Danas se u novim globalističkim i geopolitičkim okolnostima ponovo potvrđuje staro istorijsko iskustvo da bez mudrog i odgovornog političkog vođstva, bez moderno orijentisane, patriotski motivisane i dobro organizovane i sposobne nacionalne elite, sam narod ima veoma male izgledе, ne samo da se razvija nego i da opstane u ovom i ovakvom okruženju u kojem se Srbi danas nalaze. Političke elite su odgovorne za sudbinu narodnih masa, širokih slojeva seljaka, radnika i drugih građana koji bi mogli pošteno da rade, da rađaju i odgajaju svoju decu i da slobodno žive u svojoj zemlji, a ne da služe drugima, da uzaludno ratuju

i da bežeći ispred moćnijih neprijatelja, negde u tuđini, skončavaju kao izbeglice. U egzistencijalno teškim okolnostima znatno se uvećava broj onih koji, ne pristajući na svoju tužnu sudbinu, „uzimaju zakon u svoje ruke“, i „zbog boljeg života“ pribegavaju nasilju i kriminalu. Njihove lažne nade podgrejavaju politički neodgovorna demagoška obećavanja „dobrog života“ svima onima koji se „pravilno politički opredele“, makar se bavili kriminalnim poslovima.<sup>4</sup>

Tako se pokazuje da politička neodgovornost smanjuje imunitet društva u odnosu na kriminalitet i tako posredno kriminalizuje i politiku. Neposredna kriminalizacija politike, pak, posledica je neprincipijelnih interesnih koalicija koje su osnovno svojstvo ne samo svih dosadašnjih vladajućih grupacija nego i glavna determinanta unutarnje organizacije, integracije i delovanja svih parlamentarnih stranaka u Srbiji. Sve ideološke, programske, organizacione i akcione razlike između stranaka suštinski su drugorazredne u odnosu na njihovu osnovnu sličnost: na interesnu konstituciju svih stranačkih organa, interesnu motivaciju stranačkih političkih akcija i preferiranje interesnih međustranačkih saveza čak i onda kad su ideološke i programske razlike stranaka izrazite. Ovo kao da potvrđuje raširenu ocenu običnih građana o našim političkim strankama kad kažu: „svi su oni isti“. Naravno da svi politički akteri nikad nisu isti, ali u navedenom su i suviše slični – toliko da od toga društvo kao celina ima ogromne štete, dok oni sami imaju nelegitimnu, nelegalnu i nezasluženo veliku korist. Zato je tendencija ka oligarhizovanju političkih stranaka u Srbiji izuzetno jaka i više nije samo latentna, jer stranke (a naročito vladajuće) svojim oligarhijskim karakterom obeležavaju sve javne institucije i kontaminiraju pravnu kulturu srpskog društva (Mitrović, 2009).

Tipičan primer oligarhijske logike vladanja je državni budžet koji se godinama troši skoro bez ikakve kontrole i bez usvajanja završnog računa. Računovodstveni propisi su takvi da omogućuju da se oskudna finansijska sredstva nenamenski troše. Skoro trećina državnog budžeta troši se bez šireg društvenog uvida, a kontrolu javne potrošnje onemogućuje nedostatak pouzdane pisane dokumentacije o načinu trošenja državnog novca. To je neosporno veliki nedostatak postojećih pravnih propisa, koji, savim je sigurno nije slučajan nego odgovara onima koji su ih doneli. Kako je legalizovano neodgovorno trošenje državnog novca, na sličan način su pravno legalizova-

4 Više je primera političko-interesne koalicije između vlasti i huligansko-navijačkih grupa u predratnim, ratnim i posleratnim okolnostima, i to ne samo u Srbiji (izraz „navijači“ je eufemizam za ove kriminalne grupe). Takvi navijači „Dinama“ su u Zagrebu i navijači „Hajduka“ u Splitu, kao najveći „hrvatski patrioti“, na utakmicama protiv „Zvezde“ i „Partizana“ prvi otvoreno najavili raspad Jugoslavije. Tada je „Zvezdine delije“ predvodio čuveni Arkan, čiji kriminalni patriotizam (ili patriotski kriminal) je nešto kasnije potvrđen. Iz sličnog kriminalnog socijalnog miljea regrutovane su sve paravojne grupe, Legijine „crvene beretke“ i razne druge polulegalne „specijalne jedinice“ kod nas i u okruženju. Sa njima su saradivale sve vlasti (i u Srbiji i u regionu, one ranije i ove kasnije). Iako i danas takve „navijače“ predvode dileri droge, razbojnici, siledžije (pa i ubice) zato što su oni ranije od političke vlasti korišćeni za razne prljave poslove, pravosuđni organi godinama ne procesuiraju krivične prijave protiv njih; a protiv onih koji su političarima direktno pomogli u preuzimanju vlasti nije bilo ni krivičnih prijava (kao za učesnike petooktobarskog paljenja i pljačke Narodne skupštine). Tako je očvrsla kontrakultura gradskih huligana-navijača koji srpskom pravosuđu danas otvoreno u lice bacaju rukavicu izazova, agresivno tražeći širom Srbije „pravdu za Uroša“ iako on, iz čiste obesti, samo slučajno i za malo nije usmrtio policajca. Narod bi rekao: „ko s' đavolom tikve sadi, o glavu mu se lupaju“.

ne i mnoge druge politički neodgovorne odluke. Izraženoj neodgovornosti doprinosi i činjenica da su tzv. nezavisna regulatorna tela, koja u modernim društvima imaju ulogu „četvrte grane vlasti“ (pored zakonodavne, izvršne i sudske), kod nas još uvek prazna forma, obična ikebana izvršne vlasti. Zato te društvene institucije kod nas nisu u pravom smislu ni „nezavisne“ ni „regulatorne“. Tako je institucija državnog revizora u Srbiji formirana kasnije od drugih evropskih zemalja, a potom prepuštena na milost i nemilost izvršne vlasti. Vlada koju državna revizija treba da kontroliše pozvana je da joj obezbedi uslove za obavljanje njene ustavne i zakonske uloge, tako da nije nimalo čudno što takvi uslovi još nisu stvoreni, niti će se to uskoro desiti<sup>5</sup>.

Za pravnu kulturu u jednom konkretnom društvu, dakle, izuzetno je važan kvalitet svake od navedenih pravnih organizacija i ustanova ponaosob, kako u pogledu njihove strukture (načina na koji su iznutra konstituisane i organizovane) tako i prema načinu kako one funkcionišu u odnosu na druge srodne elemente institucionalnog sistema. U tom smislu se uočavaju neke sociološke idealno-tipske pravilnosti o onome što u načelu doprinosi podizanju opšteg nivoa pravne kulture u svakom društvu:

- **Sistemska jedinstvo** svih ustanova i organizacija koje stvaraju i primenjuju pravo, koje se ostvaruje jedinstvenim (istim i zajedničkim) ciljevima, i međusobno koordiniranim ulogama. Za razvoj pravne kulture nije, na primer, dobro da se u skupštini odvija zakonodavna delatnost na jedan način, da se vlada ne ponaša u skladu sa usvojenim zakonima, da se na pravnom fakultetu uči kako bi pravo trebalo da se stvara i primenjuje, a da se u sudovima radi nešto drugo, u tužilaštvu treće, a u advokaturi četvrto. To ne znači da svaka od navedenih institucija i javnih uloga ne treba da ima svoju funkcionalnu (stručnu i etičku) specifičnost, ali znači da one moraju da imaju i neki „najmanji zajednički sadržalac“ koji omogućuje elementarnu (po mogućstvu što veću) stručnu i etičku saglasnost do koje je društvu kao celini veoma stalo.
- **Elastična organizacija** pravnih ustanova i organizacija poželjna je da bi one bile osetljivije na nove izazove, na konkretne promene u vrednosnim orijentacijama, na nove vidove kriminala, nove metode kažnjavanja i nove potrebe i interese društva. Krute i zatvorene pravne ustanove „gone vodu pravnog života na tok izvan korita“, ne omogućuju kontinuirane promene nego izazivaju zastoje u primeni prava posle kojih nastaju institucionalni lomovi i praznine.

5 Sličan je status državnog poverenika za informacije, zaštitnika prava građana (ombudsmana), antikorupcijskog saveta i sličnih tzv. nezavisnih tela i agencija. Ako poneko od njih odbije da bude puka transmisija nelegitimnih interesa vladajuće stranke, tada nailazi na nepremostive prepreke u javnom poslu koje su dovoljne da časne i odgovorne ljude prinude na demonstrativne ostavke (koje su, za pravo čudo, veoma retke, kao što je bio slučaj u Beogradu sa gradskim sekretarom za zdravlje). Ostavke nisu ponudili ni aktuelna ministarka pravde koja je uhvaćena u sukobu interesa, kad je kao član Republičke izborne komisije nezakonito uzimala enormno visoke novčane nadoknade, niti je to učinio ministar energetike koji je do skoro naplaćivao svoju nezakonitu funkciju člana upravnog odbora NIS-a. Nije teško zaključiti kako njihove postupke ocenjuju obični građani i zašto njihov primer pogubno utiče na pravnu kulturu srpskog društva.



- **Racionalna organizacija** pravnih ustanova omogućuje efikasno korišćenje stvarno raspoloživih kadrovskih potencijala, tehničkih i materijalnih mogućnosti konkretnog društva tako da se obezbeđuje pravovremena i kvalitetna (zakonita i pravedna) primena prava. Pravnu kulturu unapređuju samo one pravne procedure koje se u datim okolnostima mogu praktično primeniti, inače će se zbog potreba ubrzavanja postupka umnožavati „proceduralne prečice“ koje će izazivati nedoumice i nesporazume „učesnika u pravnom saobraćaju“. Stara izreka „pravda je spora, ali dostižna“, danas je više gorka racionalizacija neažurnosti srpskog pravosuđa nego što je poslednji argument za održavanje poverenja u pravo u savremenoj „nestrpljivoj“ kulturi. Današnja društvena dinamika, naime, nameće ocenu da je „zakasnela pravda u suštini nepravda“.
- **Modernu pravnu kulturu** u izvesnoj meri mogu da promovišu slobodni i samosvesni građani, ali je u tom pogledu presudan uticaj već modernizovanih i društveno odgovornih političkih i pravnih ustanova i organizacija: liberalne pravne države, modernizovanih pravnih fakulteta, sudova, tužilaštva, advokature, sredstava javne komunikacije. Takvu ulogu mogu da odigraju samo one ustanove čija je stručna (funkcionalna) autonomija nesporna, ali je pojačana i njihova javna kontrola i svekolika (a ne samo politička) društvena odgovornost.

Ako se *idealno-tipski* pristup pravnoj kulturi suoči sa onim koji bi se mogao označiti kao *kritičko-sociološki*, tada se u prvi plan ističu mnoge „specifičnosti“ u našoj pravnoj praksi kojih bi se trebalo što pre osloboditi. To su neki poprilično rašireni, a veoma loši i štetni (ne)pravni običaji koji neposredno ugrožavaju razvoj moderne srpske pravne kulture i pogoduju širenju kriminala, kao što su:

- politički običaj da se donose dobri zakoni kojih se niko ne pridržava;
- ukorenjena korupcija u pravosuđu i praksa da sudije često štite kriminalce;
- raširena praksa zloupotrebe pravne procedure, odlaganje sudskih procesa i presuda sve dok krivica ne zastari;
- običaj da se najzad donete sudske presude u praksi ne izvršavaju;
- običaj da svaka nova politička garnitura prema svojoj meri prekraja zakone, postavlja i razrešava sudije, jedne iznova kažnjava, a drugima oprašta zaslužene kazne.

U srpskoj političkoj i pravnoj istoriji često se dešavalo da smo od drugih preuzimali dobre zakone koji se kod nas nisu primenjivali ili smo nekritički preuzimali i loša rešenja koja nisu odgovarala našim prilikama. U tom smislu su bile različite posledice po srpsko društvo i njegovu pravnu kulturu srednjovekovne recepcije vizantijskog prava i kasnijeg uzimanja uzora iz francuskog javnog i austrijskog građanskog prava, od još kasnijeg kopiranja sovjetsko-boljševičkog pravnog sistema i pseudooriginalnog političkog eksperimentisanja sa socijalističkim i samoupravnim pravom. Tako je ukorenjena praksa da „pravni propisi idu drumom, a pravni život šumom“. To nije bilo ono uobičajeno razlikovanje normativnog i stvarnog, koje, inače nije nikakva naša specifičnost, niti je u dobro organizovanim društvima ikakav

stvarni problem – jer normativno je po svom ontološkom statusu uvek različito od stvarnog, pa tako treba i da bude.

Stvarni problem je, pak, bila **pravna demagogija**, činjenica da su dobri pravni propisi često korišćeni kao politička kamuflaža za politički neodgovornu, pa i pravno kriminalnu društvenu praksu. U takvim okolnostima javlja se jedan specifičan soj pravnih tehničara koji kastriraju proverene pravne institute tako što ih formalizuju na deklarativan način: zakon se formuliše kao ideološko „treba“ – bez jednostavne i precizne procedure, bez konkretnih obaveza i ovlašćenja i bez efektivnih sankcija. Takvi zakoni su praktično nesprovodivi, što i jeste latentna namera njihovih tvoraca. To je kod nas prvi put nagovestio, na sebi svojstven način, knjaz Miloš kad je izrazio očekivanje da se zakoni pišu tako da važe samo za njegove protivnike i za naše neprijatelje, a kulminiralo je u ideološkoj praksi socijalističkog (kako etatističkog tako i samoupravnog) prava. U socijalističkim sistemima pravo je često bilo ideološki ukras partijske politike, a sprovedeno je skoro uvek selektivno. Deklarativne formulacije zakona bile su pogodne i za jednu i za drugu potrebu.

Čini se da kampanjsko i ekspresno preuzimanje evropskog zakonodavstva u aktuelnoj parlamentarnoj praksi Srbije sa sobom nosi isti rizik da se ozbiljno pravo utopi u plitku ideološku močvaru – ovog puta liberalnu. Pravni transplantati koji se na takav način preuzimaju, bez homologizacije tkiva evropskih pravnih pelcera i balkanskog socijalnog stabla, ne mogu kod nas brzo oživeti, a neizvesno je i kakvi će im plodovi biti. U tom smislu bi se moglo zaključiti da je ozbiljna i odgovorna politika neophodan predušlov za moderno pravo, koje i u Srbiji danas može da nastane samo na politički i pravnički kreativan način, a ne ideološkom imitacijom niti pravno-tehničkim kopiranjem, ni najboljih uzora. Za našu pravnu kulturu (i ne samo za kulturu) može biti štetnije ako deklarativno usvajamo zakone koje nemamo nameru da sprovedimo ili za koje naš institucionalni sistem nema funkcionalnih kapaciteta, nego ako se to ne učini. Prirodnije bi bilo da se prvo pripremi zdrava domaća društvena podloga, pa tek potom da se na nju nakalemi dobar evropski pravni pelcer, umesto da se prebrzo i formalistički usvajaju pravila koja niko ne sprovodi. Ništa ne razara pravnu svest građana i pravnu kulturu uopšte, kao praksa donošenja zakona koji predstavljaju „mrtvo slovo na papiru“, kojih se niko ne pridržava i na koje se ne osvrću ni oni koji su ih doneli – čak ni onda kad bi se mogli primeniti makar na njihove protivnike. Shodno tome može se zaključiti da je neophodan predušlov da se pravna kultura u Srbiji suštinski modernizuje temeljna reforma političkih, pravosudnih i institucija za obrazovanje pravnika, te da za to nipošto nije dovoljna kampanjska transplantacija zakona Evropske unije, pogotovo onih koji se kod nas neće primenjivati.

Kao i svaka druga, i pravna kultura se razvija kontinuiranim i stalnim kultivisanjem (negovanjem) sve humanijih pravnih vrednosti, sve univerzalnijih pravnih normi, sve racionalnijih i sve efikasnijih pravnih institucija i sve pravednije i s načelima saglasne pravne prakse. Savremeni nivo pravne kulture podrazumeva takvu **pravnu** (i **pravničku**) **samosvest** koja prepoznaje i dobro razumeva suptilne veze između svakog prava i njegovog šireg društvenog konteksta. Moderna pravna samosvest omogućuje savremenim pravnicima (bilo da se oni bave pravnom teorijom ili primenom prava u praksi) da uspešno izbegavaju jednostranosti „pravničkog narcizma i volutarizma“, sa jedne strane, ali, sa druge strane, i tradicionalnu ulogu

„tehničkog servisa“ postojećoj vlasti – kakva god da je ona. To su dve najopasnije pravničke jednostranosti, Scila i Haribda svakog prava, od najstarijih vremena, pa dok ovakvog našeg ljudskog sveta i njegovog prava bude bilo. Najdublja pravna mudrost i vrhunska pravnička veština podrazumevaju svestranu pravnu i svaku drugu kulturu bez koje se ni u pravu (kao i u svakodnevnom životu) ne može iznaći prava mera između nužde i vrline, između onoga što jeste i onoga što bi trebalo da bude. Upravo o tome bi kod nas trebalo ponajviše da se vodi računa u pravničkom obražovanju i svim njegovim aktuelnim i budućim reformama.

## LITERATURA

- Aron, Rejmon (1997): *Demokratija i totalitarizam*, Knjižarnica Z. Stojanovića, Sremski Karlovci – Novi Sad.
- Basta, Danilo (1991): *Preobražaji ideje prava, Jedan vek pravne filozofije na Pravnom fakultetu u Beogradu (1841–1941)*, Pravni fakultet, Beograd.
- Bodrijar, Žan (1991): *Simulakrumi i simulacija*, Svetovi, Novi Sad.
- Bradar, Milan (2007): *Srpska tranziciona ilijada, Aporije demokratskog preobražaja Srbije u geopolitičkom kontekstu*, Stilos, Novi Sad.
- Hajek, Fridrih (2002): *Pravo, zakonodavstvo i sloboda*, Službeni list SRJ i CID, Beograd i Podgorica.
- Ignjatović, Đorđe (1998): *Organizovani kriminalitet*, Policijska akademija, Beograd.
- Ignjatović, Đorđe (2008): „Stanje kriminaliteta u SAD i njegova kontrola“, Zbornik *Uvod u pravo SAD* (ur. J. Čirić), Institut za uporedno pravo, Beograd.
- Ignjatović, Đorđe (2009): „Države sa niskom stopom kriminaliteta – primer Malte“, *Strani pravni život*, br. 3, s. 49–66.
- Korupcija u Srbiji* (2001): redaktori B. Begović, B. Mijatović, CLDS, Beograd.
- Korupcija na carini* (2002): redaktori B. Begović, B. Mijatović, CLDS, Beograd.
- Korupcija u pravosuđu* (2004): red. B. Begović, B. Mijatović, D. Hiber, CLDS, Beograd
- Kriza pravnog sistema* (1990): Zbornik radova (ur. V. Đukić). Beograd.
- Marković, Čedomir (1921): *Pravna svest*, Geca Kon, Beograd.
- Mitrović, Dragan (2009): *Država, pravo, pravda, pravnici*, Beograd
- Mitrović, Milovan (2004): „Vrednosno-normativni obrasci i društvene institucije“, *Sociološki godišnjak* (Pale), br. 1, s. 215–231.
- Mitrović, Milovan (2005): *Sociologija*, Pravni fakultet, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2007): *Uvod u sociologiju i sociologiju prava*, Pravni fakultet – Službeni glasnik, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2007): „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji“, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet, Beograd, s. 104–120.
- 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 (2009a): „Obrazovanje kao kulturni proces i obrazovanje pravnika u informatičkom društvu“, referat na Međunarodnoj konferenciji na temu *Obrazovanje i informacione tehnologije*, održanoj na Tari 25–27. septembra 2009. u organizaciji Centra za strateška istraživanja nacionalne bezbednosti (CESNA), Zbornik radova u štampi.
- Molnar, Aleksandar (1994): *Društvo i pravo*, knj. 1–2, *Visio mundi a.p.*, Novi Sad.
- Moralnost i društvena kriza* (1995): Zbornik radova (ur. S. Krnjajić), Institut za pedagoška istraživanja, Beograd,
- Mrvic, Nataša – Ćirić, Jovan (2004): *Sukob javnog i privatnog interesa u trouglu moći, novca i politike*, Vojnoizdavački zavod, Beograd.
- Ofe, Klaus (1999): *Modernost i država*, Filip Višnjić, Beograd.
- Pantić, Dragan (1990): *Promene vrednosnih orijentacija mladih u Srbiji*, Institut društvenih nauka, Beograd.
- Srbija krajem milenijuma: razaranje društva, promene i svakodnevni život* (2002): Zbornik radova (urednici S. Bolčić, A. Milić), ISI FF, Beograd.
- Srbija posle Miloševića* (2001): tematski broj *Srpske političke misli*, Beograd.
- Tadić, Ljubomir (2006): *Filozofija prava*, Beograd.
- Vasiljević, Mirko (2009): *Pravo, pravda, privreda*, Pravni fakultet, Beograd.
- Vodinelić, Vladan (1997): *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd
- Vuković, Slobodan (2003): *Korupcija i vladavina prava*, IDN, Beograd. *Društvena transformacija i strategije društvenih grupa: Svakodnevnica Srbije na početku trećeg milenijuma* (2004): (priredila A. Milić), ISI FF, Beograd.
- Zvekić, Uglješa (2001): *Žrtve kriminala u zemljama u tranziciji*, Viktimološko društvo Srbije – Prometej – IKSI, Beograd.

Milovan M. Mitrović

Faculty of Law, University of Belgrade

## LEGAL CULTURE AND CRIMINALITY IN SERBIA

### SUMMARY

In this essay the author analyzes in a sociological-hypothetical manner, social factors, which are determining legal culture and at the same time are influencing on a state of criminality in Serbia. Legal culture is being comprehended as a set of cultural patterns incorporated in legal regulations, institutions and organizations that are creating and applying law and legally regulating the most important relations in a society. Legal culture consists of legal consciousness, which is rational knowledge about positive law, but it also covers moral consciousness, good will (*bona fides*), useful customs and civil behavior in legal processes and relations.

The author emphasizes the hypotheses that the state of legal culture and criminality in a society are always inversely correlated. State of criminality and legal culture in modern Serbian society are indirectly correlated. The same or similar social factors are influencing on the crises of the legal culture as well as on the increase of criminality.

Legal culture and criminality in Serbia are being considered from three different aspects, which are referring on three kinds of determining factors: those are legal values, legal regulations, and legal practice. The author emphasizes the theses that the cultural development is possible only in cases of good continuities. Development of legal culture requires a long period of presence of basic political and legal institutions. Frequent system shocks in Serbia are creating legal uncertainty, which obstructs the development of legal culture. Historically speaking, legal culture in Serbia was endangered by various occupying regimes, frequent wars, socialist revolution, post-socialist transition, international sanctions, NATO aggression. Alongside these external factors, legal culture in Serbia is especially endangered by functional interlock and corruption of Serbian judicial system, which is linked with political corruption, and all other forms of criminality in post-war and post-socialist settings.

In conclusion, it is accented the need for substantial modernizing of legal culture. That's possible only with reforms of political, judicial and legal educational institutions, instead of unsystematic transplanting of European Union's laws, which won't be actually applied.

**Key words:** legal culture, legal consciousness, legal values, criminality, judicial corruption, post-socialist transition, legal transplant.

*Boris Begović\**

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

## EKONOMSKA TEORIJA GENERALNE PREVENCIJE: OSNOVNA PITANJA<sup>1</sup>

**Apstrakt:** Cilj rada je da metodologijom ekonomske nauke, a na osnovu dosadašnjih doprinosa u oblasti ekonomske teorije kriminala, razmotri osnovna teorijska pitanja generalne prevencije. Analiza je usredsređena na teorijska pitanja optimalnog nivoa generalne prevencije i optimalne kompozicije faktora generalne prevencije – zaprećene kazne i verovatnoće njene primene. Optimalni nivo generalne prevencije uvek je, usled postojanja njenih troškova, niži od maksimalnog. Budući da se razlikuju funkcije troškova verovatnoće primene kazne i troškova zaprećene kazne, tako da su veći troškovi povećanja verovatnoće primene kazne, optimalna kombinacija faktora generalne prevencije zasniva se na maksimalnom iznosu zaprećene novčane kazne. Novčana kazna je ekonomski najefikasnija vrsta kazne, budući da su njeni društveni troškovi zanemarljivi. Ta vrsta kazne predstavlja transfer blagostanja: umanjeње blagostanja kažnjenika kompenzovano je uvećanjem blagostanja korisnika budžetskih sredstava, odnosno poreskih obveznika. Maksimalan iznos novčane kazne je individualizovan i zavisi od ukupnog bogatstva prestupnika. Razmatranja pokazuju da postoje teorijska i praktična ograničenja u pogledu primene ovako definisane optimalne kazne. Stoga se i pristupa modifikaciji navedenog optimuma, imajući u vidu problem marginalne kazne, povezanost visine zaprećene kazne i verovatnoće njene primene, situaciju nedovoljnog iznosa bogatstva prestupnika u odnosu na težinu krivičnog dela koje je učinio, kao i napuštanje pretpostavke o neutralnosti pojedinaca ka riziku. Pokazalo se, ukoliko je koeficijent elastičnosti očekivane vrednosti kazne u odnosu na zaprećenu kaznu veći od jedinice i ukoliko potencijalni prestupnici imaju averziju prema riziku, da je optimalni iznos zaprećene kazne manji od maksimalnog.

**Ključne reči:** generalna prevencija, očekivana vrednost kazne, novčana kazna, rizik, transfer blagostanja.

### 1. UVOD

Ekonomska analiza kriminala poklanja veoma veliku pažnju generalnoj prevenciji. Gotovo da se može reći da je generalna prevencija jedini proizvod kaznenog sistema koji interesuje ekonomiste. To nikoga ne treba da čudi. Jednostavno objašnjenje ovakvog odnosa ekonomista prema generalnoj prevenciji leži u samoj

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

1 Zahvaljujem se Dragoru Hiberu, Đorđu Ignjatoviću i Mariji Karanikić na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.

osnovi modela racionalnog ponašanja potencijalnih prestupnika, odnosno uslova za činjenje krivičnog dela – uslova koji je još pre više od 40 godina postavio Gari Beker, začetnik ekonomske škole kriminologije /Becker, 1968/.<sup>2</sup>

Cilj ovog rada je da metodologijom ekonomske nauke, a na osnovu dosadašnjih doprinosa u oblasti ekonomske teorije kriminala, razmotri osnovna teorijska pitanja generalne prevencije.<sup>3</sup> Budući da je generalna prevencija osnovni predmet ovog rada, specijalnoj prevenciji pažnja će se posvetiti isključivo ukoliko se preklapa sa generalnom. Preostali motivi kažnjavanja prestupnika, onesposobljavanje (kao forma specijalne prevencije), resocijalizacija i retribucija, neće biti predmet ovog rada.<sup>4</sup> Shodno navedenom cilju, analiza će se usredsrediti na pitanja optimalne generalne prevencije, optimalne kompozicije faktora generalne prevencije, da bi se potom razmotrile modifikacije jednog i drugog optimuma. Sledi i kratak zaključak.

## 2. OPTIMALNA GENERALNA PREVENCIJA

Da bi se uopšte moglo postaviti pitanje optimalne generalne prevencije, potrebno je krenuti od analize ponašanja pojedinaca koje dovodi do činjenja krivičnog dela. Beckerov model kriminala je, kao što je već navedeno, u svojoj osnovi model racionalnog ponašanja potencijalnih prestupnika, koje zavisi od čitavog niza faktora, između kojih je i očekivana vrednost kazne – ključni parametar koji utiče na odluku pojedinca da li će da učini krivično delo ili ne. Što je očekivana vrednost kazne veća, manja je verovatnoća da će pojedinac učiniti krivično delo, snažnija je generalna prevencija, odnosno snažnije je odvracanje potencijalnog prestupnika od krivičnog dela.<sup>5</sup> U Bekerovom modelu, a i u većini modela koji su kasnije nastali, očekivana vrednost kazne je jednostavno, a na osnovu same matematičke (statističke) definicije očekivane vrednosti, proizvod zaprećene kazne i verovatnoće da će ta kazna biti primenjena na prestupnika, odnosno verovatnoća da će prestupnik biti otkriven, pravnosnažno osuđen, a kazna izvršena. Drugim rečima, ekonomski model kriminala usredsređen je na razmatranje situacije *ex ante*, pre nego što je krivično delo učinjeno, odnosno na racionalnu *ex ante* odluku pojedinca da se upusti u kriminal.

- 2 Umesto u rečniku krivičnog prava uobičajenog izraza „učinilac krivičnog dela“, u ovom tekstu će se, lapidarnosti radi, u istom značenju upotrebljavati reč „prestupnik“.
- 3 Postoje autori /Stojanović, 2007/ koji generalnu prevenciju dele na negativnu, koja se poistovećuje sa odvracanjem pojedinca 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 pojedinca od toga da učini krivično delo.
- 4 Shavell /2004/ je sačinio veoma jasan pregled društvenih ciljeva kažnjavanja prestupnika, odnosno motiva zakonodavca, ukazujući na postojanje izvesnog preklapanja, budući da jedna kazna može da zadovolji i više motiva: generalna prevencija, onesposobljavanje i retribucija, na primer.
- 5 Bekerov model je model racionalnog ponašanja pojedinca, a model deli ukupnu populaciju na dve grupe: oni koji krše zakon i oni koji ga poštuju. U slučaju onih koji su prekršili zakon generalna prevencija je bila nedovoljna i irelevantno je koliko je bila nedovoljna. To se isto odnosi na one koji nisu prekršili zakon. Na taj način se ovim modelom svi pojedinci „homogenizuju“ u samo dve grupe: jednu za koju nivo generalne prevencije nije bio dovoljan, pa su učinili krivično delo, i drugu za koju je taj nivo bio dovoljan.

Teorijski posmatrano, nivo generalne prevencije, odnosno iznos očekivane vrednosti kazne, može da bude takav da odvraća sve potencijalne prestupnike od činjenja bilo kog krivičnog dela, tako da bi, u takvim uslovima, kriminal bio iskorijen. Teorijski posmatrano, ovakva apsolutna generalna prevencija, odnosno dovoljno veliki iznos očekivane vrednosti kazne koji će obezbediti apsolutnu generalnu prevenciju, dostupna je svakom društvu. Stoga se postavlja pitanje da li je ona i poželjna, odnosno da li je optimalna sa stanovišta društva. Generalno posmatrano, postavlja se pitanje: koji je nivo generalne prevencije društveno optimalan? Pod optimalnim nivoom generalne prevencije podrazumeva se onaj njen nivo kojim se maksimizuje društveno blagostanje.

Da bi se došlo do odgovora na ovo pitanje, treba poći od činjenice da otkrivanje i kažnjavanje prestupnika ima svoju cenu. Njegovo otkrivanje i kažnjavanje (kako u smislu pravosnažne osude, tako i u smislu izvršenja kazne), generiše određene troškove, budući da se za izvršenje ovih poslova koriste realni resursi – kapital i radna snaga. Otkrivanje prestupnika pretpostavlja postojanje delotvorne policije, što znači dovoljno kapitala i radne snage alociranih u ovu delatnost, kako bi se ona delotvorno obavljala. Što je više resursa uloženo u policijsku službu, veća je *ceteris paribus* verovatnoća otkrivanja prestupnika, pa je stoga i veća verovatnoća njihovog kažnjavanja. Isto se odnosi na pravosuđe, koje treba da raspolaže sa dovoljno resursa (kapitala i radne snage, odnosno fizičkog i ljudskog kapitala) kako bi bilo delotvorno. Konačno, izvršenje određenih vrsta kazni takođe je vezano za neizbežne troškove. Na primer, izvršenje zatvorske kazne podrazumeva i kapital (zatvorska „postrojenja“) i radnu snagu (zatvorski čuvari). Svi ti resursi imaju svoje oportunitetne troškove, što znači da oni koji su angažovani na ovaj način mogu da se angažuju u nekim drugim delatnostima i da, na taj način, uvećavaju društveno blagostanje. Odatle i proizlaze troškovi generalne prevencije.<sup>6</sup>

Budući da usled vrednosti parametara funkcija troškova generalne prevencije, svaki iznos generalne prevencije koje je veći od nule generiše određeni iznos troškova,<sup>7</sup> izvesno je da može da se donese prvi zaključak ekonomske teorije generalne prevencije: optimalni nivo generalne prevencije niži je od njenog maksimalnog nivoa.<sup>8</sup> Obrazloženje ovog nalaza vrlo je jednostavno: čim postoje troškovi, optimalnost se zasniva na izjednačavanju graničnih veličina koje su veće od nule. Treba da se

6 Jedno od osnovnih načela ekonomske nauke je da su svi troškovi sa kojima se suočavaju privredni subjekti u osnovi oportunitetni troškovi, odnosno da su posledica učinjenog izbora. Više o karakteru troškova videti u: Nicholson /1996/.

7 Obrnuti nalaz ne važi. Naime, pri nultom nivou generalne prevencije, usled postojanja određenih fiksnih troškova, troškovi generalne prevencije mogu da budu veći od nule.

8 Ovaj i svi sledeći nalazi ekonomske teorije generalne prevencije dobijeni su na osnovu formalnog (matematičkog) modela koji se zasniva na funkciji društvenog blagostanja, odnosno traženju njene ekstremne vrednosti (maksimuma). Funkcija društvenog blagostanja zasnovana je na individualnom blagostanju, odnosno društveno blagostanje predstavlja sumu individualne korisnosti svih članova društva /Polinsky i Shavell, 2000/. Ovakav pristup znači i da je individualna korisnost prestupnika koja je prisvojena činjenjem krivičnog dela sadržana u društvenom blagostanju. Iako je bilo autora koji su osporavali ovakav pristup /Stigler, 1970 i Lewin i Turmbull, 1990/, u savremenoj ekonomskoj teoriji, odnosno u savremenoj ekonomskoj teoriji kriminala, u potpunosti je prihvaćena koncepcija koja u društveno blagostanje uključuje i ukupnu individualnu korisnost prestupnika, odnosno korisnost koja je posledica činjenja krivičnog dela.



izjednače granična društvena korisnost koja proizlazi iz dodatne jedinice generalne prevencije, odnosno posledičnog umanjenja nivoa kriminala, i granični troškovi, oni troškovi koji su potrebni da se obezbedi dodatna jedinica generalne prevencije, odnosno umanjenje nivoa kriminala. Razborito je pretpostaviti da je granična korisnost generalne prevencije uvek (pri svakom njenom nivou) opadajuća, dok su njeni granični troškovi rastući,<sup>9</sup> što omogućava da se u uvek dobije jednoznačno optimalno rešenje, tj. jednoznačni nivo optimalne generalne prevencije koji je neminovno niži od njegovog maksimalnog nivoa.

„Borba protiv kriminala po svaku cenu“ je možda atraktivan medijski slogan, pogodan za politički marketing, ali to svakako nije ono što je društveno optimalno, budući da optimalni nivo zavisi upravo od cene. To je sasvim jasno i političarima pri donošenju odluka u političkom procesu, onih odluka koje se donose bez prisustva medija, budući da su budžetski rashodi uvek ograničeni i svaki rashod ima alternativnu namenu. Ono što se uloži u jaču policiju ili efikasnije pravosuđe, na primer, dovodi do slabije zdravstvene zaštite ili do nižeg kvaliteta obrazovanja. Kao i svi drugi resursi, i oni koji si predmet budžetskog procesa imaju svoju alternativnu namenu, pa time i svoje oportunitetne troškove. Samim tim, postoji konkurencija za sredstva koja se raspodeljuju budžetom, pa je stoga svakom političaru jasno da borba protiv kriminala uvek ima svoju cenu. Ta cena je manja javna potrošnja u drugim oblastima u kojima država, odnosno javni sektor neposredno ili posredno, pruža usluge finansirane iz budžeta.

### 3. OPTIMALNA KOMPOZICIJA FAKTORA GENERALNE PREVENCIJE

Sama koncepcija optimalne generalne prevencije u dobroj meri se svodi na pitanje optimalnog nivoa sprovođenja zakona, budući da je malo verovatno da će optimalni nivo generalne prevencije da se postigne uz maksimalnu (jediničnu) verovatnoću primene kazne, tj. jediničnu verovatnoću otkrivanja prestupnika i njegovog kažnjavanja /Stigler, 1970/. Odatle sledi i zanimljivo pitanje: da li optimalni nivo generalne prevencije, odnosno optimalni nivo sprovođenja zakona, podrazumeva postojanje određenog nivoa kriminala? U slučaju pozitivnog odgovora, može se govoriti o optimalnom nivou kriminala koji je različit od nule – društveno je poželjno da postoji određeni nivo kriminala. Iako je teorijski moguće da optimalni nivo kriminala bude nulti nivo, odnosno da je optimalni nivo generalne prevencije apsolutna prevencija, to zavisi od parametara modela, mala je verovatnoća da će parametri modela uzimati one veličine koje će omogućiti takav ishod.<sup>10</sup> Kako

9 Pri visokom nivou generalne prevencije korisnost do koje dolazi usled dodatne jedinice te prevencije, odnosno posledičnog umanjenja kriminala, manja je nego pri niskim nivoima generalne prevencije, odnosno veoma rasprostranjenom kriminalu. Isto tako, pri niskim nivoima generalne prevencije, troškovi „proizvodnje“ njene dodatne jedinice manji su nego pri njenim visokim nivoima.

10 Potrebno je, pre svega, da u slučaju svih pojedinaca koji čine jedno društvo postoji dovoljno mala razlika između korisnosti, odnosno dohotka od bavljenja kriminalom i bavljenja delatnostima koje su u skladu sa zakonom.

navodi Garoupa /1997/, u velikoj većini ekonomskih modela optimalni nivo generalne prevencije ne eliminiše kriminal – postoji optimalni nivo kriminala koji je različit (veći) od nule.

No, pošto je teorijski jasno i jednoznačno definisan optimalni nivo generalne prevencije, otvara se pitanje optimalne kompozicije faktora generalne prevencije – to je ona kompozicija kojom se pri optimalnom nivou generalne prevencije maksimizuje društveno blagostanje /Polinsky i Shavell, 1979/. Naime, generalna prevencija zasniva se na očekivanoj vrednosti kazne, a ona se sastoji od dve komponente: verovatnoći njene primene i visini zaprećene (propisane) kazne. Promena i jedne i druge veličine dovodi do promene nivoa generalne prevencije. U uslovima u kojima se razlikuju funkcija troškova verovatnoće primene kazne i funkcija troškova izvršenja same kazne, otvara se pitanje optimalne kombinacije faktora. Optimalno rešenje zavisi od pretpostavki, odnosno parametara modela ponašanja pojedinaca. Izvorni Bekerov model zasniva se na dve pretpostavke relevantne za optimalnu kombinaciju faktora. Prva je da je kazna za krivično delo isključivo novčana kazna, koja predstavlja besplatan transfer dohotka, odnosno bogatstva od prestupnika ka budžetu – drugim rečima, troškovi tog transfera jednaki su nuli. Druga je da su ljudi neutralni prema riziku, odnosno da one koji razmatraju da li da učine krivično delo karakteriše konstantna granična korisnost novca.<sup>11</sup>

Prva pretpostavka o tome da je kazna za prestupnika isključivo novčana kazna zasniva se na nalazu o ekonomskoj superiornosti ove vrste kazne. Novčana kazna, u poređenju sa svim drugim vrstama kazne, najpogodnija je kazna sa stanovišta društvenog blagostanja. Naime, kazna po svojoj prirodi predstavlja prisilno umanjene nivoa korisnosti (ličnog blagostanja) kažnjenika. U slučaju novčane kazne, to umanjene se postiže oduzimanjem dohotka, odnosno bogatstva, što dovodi do umanjenja potrošnje, pa time i nivoa korisnosti. Taj dohodak, odnosno to blagostanje, nisu izgubljeni, već samo preraspodeljeni, pa se zato govori o transferu. Onoliko dohotka koliko je izgubio kažnjenik, dobili su korisnici budžetskih sredstava (u formi uvećane javne potrošnje) ili poreski obveznici (u formi umanjenog poreskog opterećenja). Shodno tome, društveni troškovi novčane kazne jednaki su jedino administrativnim troškovima, odnosno troškovima izvršenja ove kazne, što znači da su praktično jednaki nuli, odnosno zanemarljivi. Nasuprot tome, druge vrste kazne, poput zatvorske ili telesne, ne predstavljaju transfer, tako da umanjene korisnosti prestupnika usled njegovog zatvaranja nije praćeno uvećanjem korisnosti drugih pojedinaca.<sup>12</sup> Štaviše, izvršenje zatvorske kazne generiše velike troškove, počev od fiksnih troškova (troškova

11 Odnos pojedinca prema riziku definiše se na osnovu karaktera individualne funkcije korisnosti novca. Oni čije ponašanje karakteriše opadajuća granična korisnost novca posmatraju se kao pojedinci koji imaju averziju prema riziku. Nasuprot tome, oni čije ponašanje karakteriše konstantna korisnost novca posmatraju se kao pojedinci koji su neutralni prema riziku. Oni koji su neutralni prema riziku ne traže bilo kakvo osiguranje. Šire o odnosu prema riziku videti u: Nicholson /1996/.

12 Izuzetak od ovog nalaza može da bude uvećanje korisnosti koje proizlazi iz činjenice da je zatvaranje jednog prestupnika njega samog onemogućilo od činjenja krivičnih dela, barem onih čije su žrtve pojedinci koji su van zatvora, pa tako može da utiče na nivo njihove korisnosti. U ovom slučaju radi se o specijalnoj prevenciji, putem onemogućavanja, do koje dovodi zatvorska kazna. No, taj oblik specijalne prevencije deluje samo tokom izdržavanja kazne, a pokazalo se da u mno-

„kapaciteta“) do troškova koji rastu sa povećanjem broja zatvorenika. Shodno navedenom, nasuprot novčanoj kazni, postoje znatni društveni troškovi zatvorske kazne, kao i drugih nenovčanih, odnosno neimovinskih kazni – društveni troškovi tih kazni su daleko veći od odgovarajućih troškova novčane kazne.<sup>13</sup>

Na osnovu druge pretpostavke, sa stanovišta efekata faktora očekivane vrednosti kazne na generalnu prevenciju, u uslovima neutralnosti prema riziku, potpuno je svejedno da li se ona postiže, odnosno povećava uvećanjem verovatnoće ili uvećanjem zaprećene kazne.<sup>14</sup> Budući da su ukupni troškovi zaprećene kazne u modelu jednaki nuli, pa su stoga nuli jednaki i njeni granični troškovi, izvesno je da je sa stanovišta društva poželjno da se povećanje generalne prevencije postiže povećanjem zaprećene kazne, a ne povećanjem verovatnoće njene primene. Ravnotežni ishod ovog procesa je maksimalni iznos zaprećene (novčane) kazne. Time se dolazi do drugog nalaza ekonomske teorije generalne prevencije: optimalna je ona kombinacija faktora generalne prevencije koja se zasniva na maksimalnoj (novčanoj) kazni i onoj verovatnoći koja je, pri maksimalnoj kazni, potrebna da se postigne optimalni nivo generalne prevencije.<sup>15</sup>

Dokaz ovog nalaz je intuitivan, mada ga je Becker (1968) i formalno dokazao, a u nešto modifikovanom obliku i Garoupa (1997). Na ovaj nalaz se nadovezuju dve tzv. narodne teoreme. Prva je nalaz da povećanje iznosa maksimalne zaprećene kazne dovodi do umanjenja optimalne verovatnoće njenog izricanja. Time dolazi do rekompozicije generalne prevencije koja može da dovede do izmene njenog optimalnog nivoa. Druga teorema je nalaz da uvećanje maksimalne zaprećene kazne uvek dovodi do uvećanja očekivane vrednosti kazne, odnosno generalne prevencije. Ova dva nalaza se nazivaju narodnim teoremama, budući da su intuitivni i lako razumljivi. Da li su i tačni, drugo je pitanje, na koje ćemo se kasnije vratiti.

No, ovim se postavlja se pitanje kako definisati maksimalan iznos kazne. Budući da se u ovom razmatranju radi isključivo o novčanoj kazni, njen maksimalni iznos predstavlja ukupno bogatstvo prestupnika.<sup>16</sup> Ovaj nesporni nalaz ekonomske teorije generalne prevencije (pri datim pretpostavkama, odnosno parametrima modela) može da se razmotri, odnosno ospori sa nekoliko aspekata.<sup>17</sup> Prvi je da veoma često

gim zemljama postoji znatna sklonost ka recidivizmu, što znači da se, na dugi rok posmatrano, poništavaju povoljni efekti specijalne prevencije.

- 13 Više o ekonomskim odlikama različitih vrsti kazni videti u: Becker /1968/ i Shavell /2004/.
- 14 Kao što je Becker /1968/ pokazao, ukoliko pojedinac ima averziju prema riziku, jedinično povećanje verovatnoće primene kazne ima snažniji efekat na generalnu prevenciju nego jedinično povećanje zaprećene kazne. Drugim rečima, povećanje verovatnoće primene kazne je „produktivnije“ u odnosu na povećanje zaprećene kazne.
- 15 Radi jednostavnosti, pretpostavlja se da postoji sistem apsolutno određenih kazni, tj. da zakon propisuje samo jednu visinu novčane kazne za određeno krivično delo. Uvođenje sistema relativno određenih kazni u kome sud odmerava kaznu u okviru zakonom propisanog raspona ne menja ove teorijske nalaze, već samo bespotrebno komplikuje analizu.
- 16 Maksimalan iznos kazne se određuje prema ukupnom bogatstvu (imovini) osuđenog prestupnika, budući da prestupnik može svoje bogatstvo (fond) da pretvori u dohodak (tok) kako bi platio novčanu kaznu. Štaviše, oduzimanje imovine određene vrednosti, nezavisno od toga kako je stečena, u ekonomskom smislu *de facto* predstavljala novčanu kaznu.
- 17 U ovom radu se neće analizirati slučaj niske novčane kazne. Eksperimentom se pokazalo /Gneezy i Rustichin, 2000/ da novčana kazna koja predstavlja cenu kršenja pravila može da dovede ne do

društva, usled dominantnih društvenih, odnosno ustavnih normi, nisu spremna da prestupniku zaprete maksimalnom (novčanom) kaznom. Ljudska prava su univerzalna kategorija, važe za sve pojedince, pa su u to uključeni i prestupnici. Na primer, oduzimanje nečijeg celokupnog bogatstva u mnogim zemljama se ne bi smatralo primerenom kaznom sa tog aspekta, budući da otvara pitanje egzistencije, kako samog prestupnika, tako i njegove porodice.

Drugo, legitimna je i veoma rasprostranjena koncepcija pravičnosti da kazna treba da bude primerena krivičnom delu, odnosno da bude jednaka društvenoj šteti koja je nastala činjenjem tog krivičnog dela.<sup>18</sup> Kako navodi Becker /1968/, primena ove koncepcije zahtevala bi da verovatnoća primene kazne bude jednaka jedinici, a da zaprećena kazna bude jednaka društvenoj šteti (društvenim troškovima) koja je nastala na činjenjem krivičnog dela.<sup>19</sup> U takvim okolnostima, čak i ukoliko se traži ekvivalent očekivane vrednosti kazne, odnosno ekvivalent generalne prevencije, može, a slučaju mnogih krivičnih dela to je veoma verovatno, da se dogodi da je maksimalna kazna (ukupna vrednost imovine prestupnika) daleko veća od društvene štete koja je načinjena, pa se time radi o „preteranom“ nivou generalne prevencije.<sup>20</sup> Samim tim, određivanje zaprećene kazne na njen maksimalni nivo protivreči ovako formulisanom načelu pravičnosti.<sup>21</sup>

Treće, u mnogim zemljama zakonodavna vlast ne veruje u novčane kazne kao primarne kazne za krivična dela, pogotovo ona najteža, već dominira mišljenje da generalnoj prevenciji (odvracanje) treba dodati i specijalnu, u formi onesposoblja-

---

odvracanja, već do pospešivanja kršenja pravila. Eksperiment se zasnivao na naplaćivanju male kazne roditeljima koji po svoju decu dođu posle kraja radnog vremena vrtića. Uvođenje te kazne dovelo je povećanja kašnjenja u odnosu na prethodni aranžman u kome kašnjenje nije novčano kažnjavano. Autori su ponudili nekoliko teorijskih objašnjenja zabeleženog paradoksa, ali ni jedno o njih nije uverljivo, tako da se ne može osporiti teza o efektima novčane kazne na generalnu prevenciju, čak i mi njenom malom iznosu.

- 18 Iz ekonomskog ugla posmatrano, ovo načelo pravičnosti bi se moglo interpretirati na sledeći način. Budući da krivično delo generiše negativne eksterne efekte, društvena šteta je jednaka ukupnim društvenim troškovima, a novčana kazna treba da bude jednaka tim troškovima. Na ovaj način, pravična kazna *ipso facto* predstavlja porez u smislu Pigua. Drugim rečima, može se zaključiti da je ovako definisana pravična kazna istovremeno i ekonomski efikasna kazna, na isti onaj način na koji je ekonomski efikasan i porez u smislu Pigua /Stiglitz, 1986/. Stoga je uobičajeno /Polinsky i Shavell, 1984/ da se onaj nivo generalne prevencije, odnosno odvracanja kojim je očekivana vrednost kazne ispod društvene štete naziva „nedovoljnim“ (*underdeterrence*), dok se onaj koji je iznad društvene štete naziva „preteranim“ (*overdeterrence*).
- 19 Becker /1968/ navodi da primena ovakve koncepcije iz analize isključuje troškove kažnjavanja, odnosno troškove vezane za primenu i izvršenje kazne. Samim tim, relativizuje se prethodni nalaz o ekonomskoj efikasnosti načela pravičnosti. Da bi se postigla ekonomska efikasnost potrebno je da očekivana vrednost kazne odgovara iznosu društvene štete koji uključuje i troškove kažnjavanja, odnosno troškove vezane za primenu kazne.
- 20 Ovaj nalaz ne treba poistovećivati sa odnosom između kazne i individualne korisnosti prestupnika od bavljenja kriminalom. Naime, društveni troškovi su daleko veći od transfera bogatstva, odnosno blagostanja od žrtava ka prestupniku, pa stoga i od prirasta individualne korisnosti prestupnika od činjenja krivičnog dela. Upravo se u tome i krije osnova za posmatranje krivičnih dela kao dela „velike društvene opasnosti“.
- 21 Štaviše, u savremenim pravnim sistemima je uobičajeno da se iznos kazne propisuje opštom normom („za svako lice koje učini“), dok bi određivanje kazne prema bogatstvu prestupnika bila svojevrsna individualizacija kazne.

vanya, odnosno resocijalizacije prestupnika, što se, načelno posmatrano, postiže pre svega zatvaranjem prestupnika, a ne novčanom kaznom. Time se upravo taj prestupnik makar privremeno sprečava da čini nova krivična dela (bar prema onima koji nisu u zatvoru), a smatra se i da se javljaju neke mogućnosti za resocijalizaciju. To znači da se nekim drugim ciljevima kažnjavanja daje prednost u odnosu na generalnu prevenciju.<sup>22</sup> Samim tim, u stvarnosti politike kažnjavanja su takve da su veoma daleko od maksimalne (novčane) kazne, odnosno optimalne kompozicije faktora generalne prevencije koja se zasniva na maksimalnoj kazni.

Dosadašnja pitanja bila su vezana za način definisanja maksimalnog iznosa novčane kazne kao efikasne kazne, ali se može postaviti i pitanje društvene poželjnosti efikasne kazne definisane na ovakav način. Naime, korišćena definicija efikasnosti zasnovana je na maksimizaciji društvenog blagostanja, a ključna implicitna pretpostavka analize jeste da se država, odnosno oni koji u ime države donose odluke o kaznenoj politici, ponašaju ili bar treba da se ponašaju tako da im je cilj upravo i jedino maksimizacija društvenog blagostanja, odnosno zaštita javnog interesa. Drugim rečima, analiza se zasniva na pretpostavci o postojanju benevolentne države. Međutim, ponašanja mnogih vlada daju za pravo onima koji smatraju da je opravdano da se ta pretpostavka zameni onom o predatorskoj državi – državi koja se intenzivno uključila u traganje za rentom, pa je stoga cilj takve države maksimizacija budžetskih prihoda, bez obzira na to koje efekte ta maksimizacija ima.<sup>23</sup> U takvim uslovima novčana kazna, kao efikasna kazna, posebno je podložna predatorskoj zloupotrebi, budući da država ima motiv da očekivanu vrednost kazne postavi isuviše visoko, odnosno da dođe do nivoa generalne prevencije koji je viši od optimalnog, kako bi se maksimizovao budžetski prihod, odnosno maksimizovala renta koja se prisvaja /Garoupa i Klerman, 2002, Dittman, 2006 i D'Antoni i Galbiati, 2007/. Nasuprot tome, neefikasne kazne poput zatvorske, koje nemaju komponentu transfera, nisu podložne ovakvoj zloupotrebi. Preterano visoki nivo generalne prevencije zasnovane na zatvorskoj kazni samo će uvećati troškove izvršenja kazne, odnosno budžetske rashode u odnosu na optimalan nivo, bez ikakvog povećanja budžetskih prihoda, pa predatorska država nema motiv da uvodi ovakav nivo generalne prevencije.<sup>24</sup> Stoga se pokazalo /Friedman, 1999 i Wickelgren, 2003/ da je, u takvim uslovima, postojeća struktura primenjenih kazni iako neefikasna, društveno poželjnija nego ona koja bi bila ekonomski efikasna.<sup>25</sup>

22 Ovo ne znači da zatvorska kazna nema efekata na generalnu prevenciju. Ti efekti mogu da budu veoma snažni, jedino što se postavlja pitanje troškova generisanja tih efekata. Ovdje se radi samo o tome da novčana kazna nema efekata na sve vidove specijalne prevencije, odnosno da je neutralna u odnosu na onesposobljavanje i resocijalizaciju. Uvođenjem zakonske mogućnosti za oduzimanje imovine stečene (organizovanim) kriminalom (na primer, Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, Službeni glasnik RS 97/08), zakonodavna vlast pokazuje da smatra da zatvorska kazna ne generiše dovoljno snažnu generalnu prevenciju, a ni specijalnu prevenciju u vidu odvratanja, i da je treba pojačati, odnosno da treba umanjiti dohodak koji se stiče kriminalom. Zanimljivo je da se ni u ovom slučaju ne radi o maksimalnoj (novčanoj) kazni, budući da ona odgovara vrednosti celokupnog bogatstva prestupnika, a ne samo onom delu koji je stečen kriminalom.

23 Raspodela tako maksimizovanih budžetskih prihoda nije predmet ove analize.

24 Štaviše, kako su pokazali D'Antoni i Galbiati /2007/ upravo uvođenje ekonomski neefikasnih kazni (poput zatvorske) predstavlja verodostojan signal da se ne radi o predatorskoj državi.

25 Friedman /1999/ je ponudio turobnu sliku sveta sa efikasnim kaznama. Od svakog prestupnika prvo treba da se naplati novčana kazna u iznosu njegovog celokupnog bogatstva. Ukoliko to nije dovoljno prestupnik treba da se zatvori uz prinudnu rad, ukoliko je njegova produktivnost do-

Još jedan problem se javlja u pogledu nalaza o optimalnoj generalnoj prevenciji koja se zasniva na maksimalnoj zaprećenoj (novčanoj) kazni. Radi se o problemu marginalne kazne /Stigler, 1970/. Imajući u vidu da se krivična dela mogu rangirati po svojoj težini, odnosno po društvenoj šteti koju izazivaju, problem marginalne kazne svodi se na to da kazna za svako krivično delo treba da bude primerena, tj. proporcionalna težini tog krivičnog dela, odnosno društvenoj šteti koje je to krivično delo generisalo. Drugim rečima, sa povećanjem težine krivičnog dela, treba da raste i zaprećena kazna, što znači da marginalna kazna (povećanje kazne do kojeg dolazi sa jediničnim povećanjem težine krivičnog dela) treba da bude pozitivna i umerena, proporcionalna povećanju težine krivičnog dela, odnosno društvene štete do koje ono dovodi. To stvara dobre podsticaje onima koji čine krivična dela, kada se nalaze u dilemi koje od više krivičnih dela da učine. Prestupnici u takvim okolnostima mogu da imaju podsticaj da učine ono koje generiše najmanju društvenu štetu. Ukoliko je za sva krivična dela predviđena ista zaprećena kazna (maksimalna), onda će prestupnik, kojeg očekivana vrednost kazne nije odvrtila od činjenja krivičnog dela, imati podsticaj da učini teže krivično delo (ukoliko mu donosi veću očekivanu korisnost) ili će bar biti indiferentan prema krivičnim delima različite težine. To će, međutim, dovesti do umanjenja ukupnog broja učinjenih krivičnih dela, budući da za neka krivična dela generalna prevencija neće biti samo optimalna, nego će njen nivo biti preterano visok. Shodno tome, jedinstvena maksimalna zaprećena kazna može da, pri umanjenom broju krivičnih dela, dovede do pogoršavanja njihove strukture, odnosno do uvećanja ukupne štete (društvenih troškova). Društvo se nalazi pred izborom većeg broja lakših ili manjeg broja težih krivičnih dela.

Kako rešiti navedeni problem? Teorijski posmatrano, na prvi pogled je i dalje optimalna maksimalna kazna za sva krivična dela. Problem, međutim, leži u tome što se verovatnoće kažnjavanja prestupnika ne mogu diferencirati po krivičnim delima, kako bi se za svako krivično delo formulisala (njegova) optimalna očekivana vrednost kazne. Iako postoje indicije da se verovatnoće otkrivanja prestupnika razlikuju od jednog do drugog krivičnog dela, a može da se razlikuje i verovatnoća njegove pravosnažne osude, te razlike su objektivno uslovljene, tj. radi se o veličinama kojima se ne može upravljati. Stoga se zaključak svodi na teorijski nalaz da je makar jedna optimalna kazna maksimalna zaprećena kazna (za najteže krivično delo), dok se dopušta mogućnost da su ostale kazne niže od maksimalne i da treba da budu rastuće sa težinom krivičnog dela /Wilde, 1992/.

Sa stanovišta marginalne generalne prevencije, zanimljivo je i pitanje obaranja pravnog standarda dokaza potrebnih za izricanje osuđujuće presude. Na prvi pogled, obaranje tih standarda dovodi do povećanja verovatnoće pravosnažne osuđujuće presude, pa se time uvećava i očekivana vrednost kazne, odnosno i generalna prevencija. Međutim, kako je pokazao Ognedal /2005/, ovakav potez neminovno dovodi do poremećaja marginalne očekivane vrednosti kazne – uvećava se relativna

---

voljna da pokrije troškove njegovog zatočenja (granične i prosečne), a ukoliko ti troškovi nisu pokriveni, onda nad njim treba da se izvrši smrtna kazna, a njegovi organi upotrebe za transplantaciju. Svet koji nas okružuje se, očigledno, razlikuje od opisanog. Iako je autor kao osnovni cilj svog rada postavio objašnjenje zbog čega se naša realnost razlikuje od sveta efikasnih kazni koji je opisao, u tome nije uspeo. Naprotiv, objašnjenja koja je dao idu u prilog neizbežnosti sveta efikasnih kazni – onoga koji danas ne postoji.

očekivana vrednost kazne za lakša krivična dela u poređenju sa težim krivičnim delima. Naime, radi se o tome da teža krivična dela iza sebe ostavljaju više (u odnosu na lakša krivična dela) onih dokaza koji mogu da izdrže stroži pravni standard dokaza na sudu. Naime, podizanje pravnog standarda manje obara verovatnoću izricanja presude, pa time i primene kazne u slučaju težih krivičnih dela. Raste relativna verovatnoća primene kazne u slučaju težih krivičnih dela. Nasuprot tome, u slučaju obaranja pravnog standarda, raste relativna verovatnoća primene kazne u slučaju lakših krivičnih dela. Posledica toga je manje relativno odvracanje od težih krivičnih dela, što znači da se stvaraju podsticaji prestupnicima da, kada već krše zakon, čine teže krivično delo.

#### 4. MODIFIKACIJE OPTIMUMA

Sva dosadašnja razmatranja zasnivala su se na pretpostavci da iznos zaprećene kazne ne utiče na verovatnoću njenog izricanja, odnosno na verovatnoću pravosnažne osude. Ta pretpostavka teško da je održiva, budući da činjenice govore suprotno. Još je Becker /1968/ naglasio da uvećanje zaprećene kazne dovodi do umanjavanja verovatnoće da će ta kazna zaista da se i izrekne. Bez obzira na to da li odluku o tome donosi sudija ili porota, sa povećanjem iznosa zaprećene kazne povećava se i strah da ne dođe do greške I tipa (kažnjen nevin pojedinac) i to relativno više nego do greške II tipa (nekažnjen krivac). Kasniji radovi na tu temu /Adreoni, 1991 i Feess i Wohlschlegel, 2009/ modelski su pokazali kako uvećanje iznosa zaprećene kazne može da dovede do smanjenja odlučnosti, pa time i verovatnoće pravosudnih organa da izreknu tu kaznu. Takođe, strože zaprećene kazne dovode do strožeg pravnog standarda dokaza koji je potreban za izricanje kazne /Tabach, 2009 i Lando, 2009/, pa se i na taj način umanjuje verovatnoća izricanja zaprećene kazne. Shodno svemu navedenom, stroža zaprećena kazna može da dovede do umanjavanja nivoa generalne prevencije. Stoga je u analizu /Garoupta, 1997/ uvedena i elastičnost verovatnoće izricanja kazne, odnosno promena verovatnoće donošenja pravosnažne osuđujuće presude (pa time i kažnjavanja prestupnika) do koje dolazi sa jediničnom promenom zaprećene kazne. Osnovni nalaz u pogledu ove elastičnosti je da je maksimalna zaprećena kazna optimalna kazna ukoliko je pri tom njenom iznosu navedeni koeficijent elastičnosti manji od jedan.<sup>26</sup> Obrazloženje je jednostavno. Ukoliko je koeficijent elastičnosti verovatnoće izricanja kazne manji od jedan, to znači da je poslednje uvećanje iznosa zaprećene kazne dovelo do povećanja očekivane vrednosti kazne (usled povećanja iznosa zaprećene kazne) koji je veći od pada očekivane vrednosti kazne (usled umanjavanja verovatnoće izricanja kazne) do koje dolazi usled povećanja iznosa zaprećene kazne, što znači da je maksimalna kazna optimalna, budući da je zaprećena kazna čiji je iznos jedinično manji od maksimalne kazna koja obezbeđuje manju očekivanu vrednost kazne.<sup>27</sup>

26 Ova teorijska analiza se može dopuniti napuštanjem pretpostavke o postojanju sistema apsolutno određenih kazni i uvođenjem sistema relativno određenih kazni, koji se zasniva na sudskom odmeravanju kazne u okviru zakonski propisanog raspona. Cilj ovakve analize bi mogla da bude elastičnost verovatnoće izricanja kazne u odnosu na prosečnu vrednost izrečene kazne.

27 Potreban i dovoljan uslov za ovakvo tumačenje navedenog koeficijenta elastičnosti jeste pretpostavka da je taj koeficijent monotono rastući sa promenom iznosa zaprećene kazne. Ovakva pret-

No, postavlja se pitanje šta se sa optimalnom kaznom dešava ukoliko je nivo bogatstva prestupnika isuviše nizak, odnosno ukoliko je društvena šteta koju je prestupnik načinio isuviše velika u odnosu na optimalnu kaznu koja je definisana kao maksimalna i ograničena bogatstvom samog prestupnika. Drugim rečima, postoji opasnost nedovoljnog nivoa generalne prevencije koji se ostvaruje ovako definisanom optimalnom kaznom.<sup>28</sup> Tada se postavlja pitanje „dopune“ novčane kazne drugom vrstom kazne. Time se dolazi do sledećeg nalaza ekonomske teorije generalne prevencije. I dalje je maksimalna novčana kazna optimalna. Međutim, ovu kaznu treba, ukoliko je ona nedovoljna i ukoliko su marginalni troškovi zatvorske kazne dovoljno mali, dopuniti zatvorskom kaznom /Polinsky i Shavell, 1984/. Drugim rečima, optimalna kazna sastoji se iz dva dela. Prvi treba da bude novčana kazna u iznosu maksimalne kazne, tj. prestupnikovog bogatstva, a drugi, ukoliko je potreban, tj. ukoliko je prva isuviše niska, od zatvorske kazne.

Uvođenjem zatvorske kazne u analizu, prelazi se na teren kazni koje generišu društvene troškove. A zatvorska kazna je upravo takva – ona generiše znatne troškove. Ne radi se samo o direktnim troškovima podizanja, opremanja, održavanja i funkcionisanja zatvora, tj. oportunitetnim troškovima svih onih resursa koji su za to angažovani, već se radi i o oportunitetnim troškovima vremena onih koji su zatvoreni. Da su van zatvora, uz apsolutnu generalnu prevenciju, oni bi bili angažovani u delatnostima koje stvaraju vrednost, odnosno uvećavaju društveno blagostanje.<sup>29</sup> Konačno, umanjene korisnosti zatvorenika koje neminovno proizlazi iz same kazne nije u potpunosti kompenzovano transferom, odnosno uvećanjem korisnosti drugih pojedinaca koji čine društvo, onih koji nisu prestupnici.<sup>30</sup> Očigledno je da su društveni troškovi zatvaranja kao kazne veoma veliki. Razmatranje efekata

---

postavka je sasvim opravdana, budući da se navedeni efekti ne javljaju ili su vrlo slabi pri malim iznosima, odnosno niskim nivoima zaprećene kazne.

- 28 Ova opasnost je veoma realna. Velika većina prestupnika, onih koji čine krivična dela, ne spadaju u imućne ljude. Kako navodi Shavell /2004/, prema izveštaju Ministarstva pravde SAD, prosečni osuđenik-zatvorenik u poslednjoj deceniji prošlog veka bio je po svom dohotku na samom pragu siromaštva onako kako se prag siromaštva određuje u toj zemlji.
- 29 Zanimljivo je pitanje prinudnog rada u zatvorima, odnosno motiva zakonodavca za uvođenje te vrste (dodatne) kazne. Jedan mogući motiv zakonodavca je dalje pojačavanje kazne, odnosno umanjivanje nivoa korisnosti osuđenika. To se može proceniti na osnovu besmislenosti radnih zadataka koje su dobijali. Epizode poput zatočenja na Golom otoku pokazuju upravo ovakvu motivaciju. Na prvi pogled, kazneni sistem GULAG-a i prisilni rad zatočenika bio je motivisan pojačavanjem njihove kazne. Najnovija istraživanja na tu temu (Applebaum, 2003), međutim, pokazuju da je dobar deo motivacije pri osmišljavanju sistema GULGA-a bio zasnovan na želji da se obezbedi jeftina (praktično besplatna) radna snaga, naročito za velike infrastrukturne projekte poput Belomorskog kanala. Na sličan zaključak upućuju i epizode opisane u literaturi (Solženjicinov „Prvi krug“). Sve to navodi na to da je deo motivacije za uvođenje prinudnog rada bio vezan za rešavanje problema oportunitetnih troškova vremena zatvorenika. Naravno, prinudni rad je u svojoj osnovi robotski rad i takav aranžman ne nudi podsticaje za ekonomsku efikasnost angažovane radne snage.
- 30 Ne treba smetnuti sa uma da sama kazna dovodi do umanjenja ličnog blagostanja prestupnika (to joj je i svrha), pa time i *ceteris paribus* do smanjenja društvenog blagostanja, budući da se funkcija društvenog blagostanja zasniva isključivo na blagostanju pojedinaca kao argumentima. Zbog toga je, u cilju maksimizacije društvenog blagostanja potrebno da se obezbedi kompenzacija, odnosno transfer koji omogućava da se gubitak blagostanja prestupnika kompenzuje



korišćenja ovakve (skupe) kazne dovelo je do sledeća dva nalaza. Prvo, s obzirom na to da sa porastom zaprećene kazne, rastu i troškovi izvršenja kazne, budući da prestupnici provode više vremena u zatvoru, očigledno je da su marginalni troškovi izvršenja kazne pozitivni. Drugo, povećanje zaprećene (zatvorske) kazne dovodi do povećanja očekivane vrednosti kazne, što dovodi do povećanja stepena odvraćanja, pa se umanjuje broj prestupnika koji se kažnjava zatvorom. To dovodi do obaranja troškovi izvršenja kazne, odnosno javlja se granična društvena korisnost od uvećanja zaprećene kazne /Kaplow, 1990/. Efekat ova dva nalaza na optimalni iznos zaprećene kazne zavisi od veličine, odnosno funkcije marginalnih troškova i marginalne koristi zaprećene kazne.<sup>31</sup>

Dosadašnja analiza zasnivala se na pretpostavci da su svi pojedinci neutralni prema riziku. Ukoliko potencijalni prestupnici nisu neutralni prema riziku, nego imaju averziju prema riziku, u svoju racionalnu kalkulaciju na osnovu koje donose odluke uključuju i premiju na rizik. Time se modifikuju dosadašnji nalazi i postavlja se pitanje kako uvođenje premije na rizik utiče na optimalnu visinu kazne. Premija na rizik je onaj iznos dohotka (novca) koji su racionalni pojedinci spremni da plate kako bi se oslobodili rizika. Alternativno posmatrano, to je onaj iznos koji pojedinac traži da mu bude plaćen kako bi snosio rizik, odnosno kako bi iz bezrizične situacije prešao u rizičnu. Što je veći rizik, veća je *ceteris paribus* premija na rizik koja se plaća, odnosno koja se zahteva. Kada se ovaj nalaz primeni na osnovni uslov na osnovu koga se donose odluke o činjenju krivičnog dela, sledi da povećanje verovatnoće kažnjavanja prestupnika, tj. povećanje rizika prestupnika da će biti kažnjen, više uvećava generalnu prevenciju nego povećanje zaprećene kazne.<sup>32</sup> Naime, samo postojanje premije na rizik koja raste sa povećanjem verovatnoće izricanja presude dovodi do svojevrstne multiplikacije dejstva povećanja verovatnoće izricanja kazne. Iz drugog ugla posmatrano, sa stanovišta generalne prevencije, više se isplati uvećavati verovatnoću izricanja kazne, nego samu zaprećenu kaznu. Ovo je nalaz do koga je, drugim putem, došao još Becker /1968/. Na ovom nalazu zasniva se sledeći nalaz ekonomske teorije generalne prevencije: ukoliko pojedinci imaju averziju prema riziku, optimalni iznos zaprećene kazne može biti manji nego njen maksimalni iznos /Polinsky i Shavell, 1979/.

Obrazloženje ovog teorijskog nalaza je jednostavno: umanjeno optimalnog iznosa zaprećene kazne ispod maksimalnog može da kompenzuje postojanje „preterane“ generalne prevencije u poređenju sa situacijom u kojoj su pojedinci neutralni prema riziku, budući da sama averzija prema riziku vrši funkciju odvraćanja

31 Implicitna pretpostavka ove analize je da verovatnoća kažnjavanja prestupnika ne zavisi od iznosa zaprećene kazne. Ovim se olakšava analiza, a ukoliko je potrebno, ovi nalazi se lako mogu kombinovati sa prethodnim nalazom vezanim za koeficijent elastičnosti očekivane vrednosti kazne.

32 Povećanje verovatnoće otkrivanja prestupnika zavisi od čitavog niza činilaca. Pokazalo se da neke promene zakona koje su imale za cilj povećanje otkrivanja prestupnika, odnosno povećanje očekivane vrednosti kazne, pa time i generalne prevencije, daju suprotne rezultate. Na primer, kako navodi Iyengar /2009/, uvođenje zakonske obaveze hapšenje osumnjičenog za nasilje u porodici u mnogim saveznm državama SAD dovelo je do povećanja stope ubistava u porodici, što se može tumačiti obaranjem generalne prevencije i to na dva načina. Prvo, žrtve su, suočene sa neizbežnim hapšenjem, u manjoj meri nego ranije prijavljivale nasilje u porodici. Drugo, uhapšeni prestupnici su dobili motiv za osvetu koja se završavala i ubistvom.

od krivičnog dela. Drugim rečima, postojanje averzije prema riziku „radi“ u korist društva, budući da će manje resursa da se koristi za pružanje optimalne generalne prevencije, pa se time uvećava društveno blagostanje.<sup>33</sup>

Zanimljiva novina je i uvođenje proizvodne funkcije generalne prevencije /Henderson i Palmer, 2002/. Načelno posmatrano, ovakav pristup može da nam omogući bolje razumevanje načina na koji se uspostavlja generalna prevencija. Osnovni teorijski nalaz do koga su došli autori, međutim, nije previše intrigirajući: u uslovima u kojima troškovi nisu nulti, optimalno povećanje nivoa generalne prevencije zahteva uvećanje i verovatnoće primene kazne i zaprećene kazne. Zanimljivije su, međutim, mogućnosti koje leže pred ovakvim pristupom, naročito ukoliko se razmotre parametri ove proizvodne funkcije, kako bi se, na primer, dobio odgovor na pitanje da li je elastičnost supstitucije proizvodnih faktora jedinična, konstantna ili varijabilna. Načelno posmatrano, ovakav pristup nudi obilje mogućnost za bolje razumevanje procesa nastanka generalne prevencije, a vreme će pokazati da li će te mogućnosti biti iskorišćene i kakvi će rezultati dobiti.

## 5. ZAKLJUČAK

Prvi zaključak ekonomske teorije generalne prevencije glasi da je optimalni nivo generalne prevencije niži od njenog maksimalnog nivoa. Ovaj nalaz je posledica činjenice da resursi koji se koriste za stvaranje generalne prevencije imaju svoje oportunitetne troškove. Ukoliko su potencijalni prestupnici neutralni prema riziku i ukoliko je jedina kazna za krivična dela novčana kazna, ekonomska teorija generalne prevencije pokazala je da je maksimalna (zaprećena) kazna optimalna kazna. Ovo je posledica činjenice da su društveni troškovi aktivnosti koje uslovljavaju verovatnoću pravosnažne osuđujuće presude veći od nule, dok su društveni troškovi novčane kazne praktično jednaki nuli. Maksimalan iznos zaprećene novčane kazne jednak je bogatstvu prestupnika. Budući da je novčana kazna jedina ekonomski efikasna kazna, ukoliko je bogatstvo prestupnika isuviše malo u odnosu na društvenu štetu koja je nastala krivičnim delom koje je učinio, novčana kazna može da se dopuni kaznom zatvora, ukoliko su marginalni troškovi te kazne umereni.

Nalaz o maksimalnoj kazni kao optimalnoj važi ukoliko je pri maksimalnom iznosu kazne koeficijent elastičnosti očekivane vrednosti kazne u odnosu na zaprećenu kaznu manji od jedan. U suprotnom, optimalan iznos kazne je manji od maksimalnog. Takva situacija se javlja usled obaranja verovatnoće izricanja kazne do koje dolazi sa povećanjem njene vrednosti. Jedan od mehanizama ove veze jeste i stroži pravni standard dokaza do kojeg dolazi sa pooštavanjem zaprećene kazne.

Averzija prema riziku potencijalnih prestupnika udaljava optimalnu kaznu od maksimalne, budući da je relativna efikasnost odvratanja usled povećanja verovat-

33 Verovatno da je jedna od najznačajnijih komponenti verovatnoće kažnjavanja prestupnika verovatnoća otkrivanja prestupnika, a ta verovatnoća zavisi od količine resursa angažovanih u policiji i produktivnosti njihovog angažovanja. Lin /2009/ uverljivo objašnjava koji su to metodološki problemi doveli do toga da je malo empirijskih istraživanja potvrdilo ovu teorijsku nespornu tezu. Isti autor je pokazao da rešavanje tih problema omogućava empirijsku verifikaciju navedene teorijske hipoteze.

noće pravnosnažne osuđujuće presude veća od odgovarajuće efikasnosti povećanja kazne. Što je veća averzija prema riziku, veća je razlika između optimalne i maksimalne zaprećene kazne.

## LITERATURA

- Andreoni, J. /1991/: Reasonable Doubt and the Optimal Magnitude of Fines: Should the Penalty Fit the Crime, *RAND Journal of Economics*, Vol. 22
- Applebaum, A. /2003/: *GULAG: A History*, London: Allen Lane, The Penguin Press
- Becker, G. S. /1968/: Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76
- D'Antoni, M. i Galbiati, R. /2007/: A Signaling Theory of Nonmonetary Sanctions, *International Review of Law and Economics*, Vol. 27
- Dittmann, I. /2006/: The Optimal Use of Fines and Imprisonment if Government Don't Maximize Welfare, *Journal of Public Economic Theory*, Vol. 8
- Garoupa, N. /1997/: The Theory of Optimal Law Enforcement, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 11
- Garoupa, N. i Klerman, D. /2002/: Optimal Law Enforcement with a Rentseeking Government, *American Law and Economics Review*, Vol. 4
- Feess, E. i Wohlschlegel, A. /2009/: Why Higher Punishment May Reduce Deterrence, *Economics Letters*, Vol. 104
- Friedman, D. /1999/: Why not Hang Them All: The Virtues of Inefficient Punishment, *Journal of Political Economy*, Vol. 107
- Gneezy, U. i Rustichini, A. /2000/: A Fine is a Price, *Journal of Legal Studies*, Vol. 29
- Henderson, J. i Palmer, J. P. /2002/: Does More Deterrence Require More Punishment? or Should the Punishment Fit the Crime, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 13
- Iyenger, R. /2009/: Does the Certainty of Arrest Domesticate Domestic Violence? Evidence from Mandatory and Recommended Arrest Laws, *Journal of Public Economics*, Vol. 93
- Kaplow, L. /1990/: A Note on the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions, *Journal of Public Economics*, Vol. 42
- Lando, H. /2009/: Prevention of Crime and the Optimal Standard of Proof in Criminal Law, *Review of Law and Economics*, Vol. 5
- Lewin, J. L. i Trumbull, W. N. /1970/: The Social Value of Crime, *International Review of Law and Economics*, Vol. 10
- Lin, M. J. /2009/: More Police, Less Crime: Evidence from US State Data, *International Review of Law and Economics*, Vol. 29
- Nicholson, W. /1995/: *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*, Forth Worth and Orlando: The Dryden Press and Harcourt Brace & Company
- Ognedal, T. /2005/: Should the Standard of Proof be Lowered to Reduce Crime, *International Review of Law and Economics*, Vol. 25
- Polinsky, A. M. i Shavell, S. /1979/: The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines, *American Economic Review*, Vol. 69
- Polinsky, A. M. i Shavell, S. /1984/: The Optimal Use of Fines and Imprisonment, *Journal of Public Economics*, Vol. 24
- Polinsky, A. M. i Shavell, S. /2000/: The Economic Theory of Public Enforcement of Law, *Journal of Economic Literature*, Vol. 38

- Shavell, S. /2004/: *Foundations of the Economic Analysis of Law*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press
- Stigler, G. J. /1970/, The Optimum Enforcement of Law, *Journal of Political Economy*, Vol. 78
- Stojanović, Z. /2007/: *Krivično pravo: opšti deo*, XIV izdanje, Beograd: Pravna knjiga
- Tabbach, A. /2009/: Does a Rise in Maximal Fines Increase or Decrease the Optimal Level of Deterrence?, *Review of Law and Economics*, Vol. 5
- Wickelgren, A. L. /2003/: Justifying Imprisonment: On the Optimality of Excessively Costly Punishment, *American Law and Economics Review*, Vol. 5
- Wilde, L. L. /1992/: Criminal Choice, Nonmonetary Sanctions, and Marginal Deterrence: A Normative Analysis, *International Review of Law and Economics*, Vol. 12

*Boris Begović*

Faculty of Law, University Belgrade  
Center for Liberal-Democratic Studies

## ECONOMIC THEORY OF DETERRENCE: SOME BASIC ISSUES

### SUMMARY

The aim of the paper is to use economic methods and based on the contributions in the economic theory of crime consider some basic issues of the economic theory of deterrence (general prevention). The analysis is focused to the optimal level of deterrence and optimal composition of the deterrence factors. The optimal level of deterrence is always lower than maximum due to its costs. Due to the difference in costs function of the punishment itself and the probability of its enforcement, optimal composition of the deterrence factors is based on the maximum fine. The fine is economically the most efficient punishment since its social costs are negligible. The fine is a welfare transfer: decrease of the culprit welfare is compensated by the increase of welfare of users of the budgetary funds or/and tax payers. Maximum fine is individualized and it depends on the culprits' wealth. There are theoretical and practical obstacles to the enforcement of the maximum fine as the optimal one. Modification of that optimum is based on the consideration of the marginal punishment (fine), link between the magnitude of punishment and the probability of its enforcement, possibility that culprit's wealth is too small, as well as relaxing the assumption about risk neutrality. It was demonstrated that, if the elasticity coefficient of expected punishment to its magnitude is bigger than one and if the potential culprits are risk averse, the optimal fine is smaller than the maximum one.

**Key words:** deterrence, expected punishment, fine, risk, welfare transfer.

Dragan Simeunović\*

Fakultet političkih nauka, Univerzitet u Beogradu

## PROBLEMI POJMOVNOG ODREĐENJA „HOMEGROWN“ („DOMAĆEG“) TERORIZMA I NJEGOVE IDENTIFIKACIJE NA BALKANU

**Apstrakt:** U radu se analizira problem pojmovnog određenja „homegrown“ tj. „domaćeg“ terorizma. Ova vrsta terorizma je rezervisana, po savremenim studijama, isključivo za onu vrstu terorizma koja se bazira na radikalnoj interpretaciji islama. Međutim, epistemološki je neopravdano nazivati neki terorizam „domaćim“, a pri tome misliti samo na islamistički terorizam u svojoj sredini. Takođe, termin „homegrown“ terorizam se uglavnom koristi da bi se njime označio islamistički terorizam kao pretnja unutar zapadnih društava, mada se on sreće i u drugim sredinama, recimo na Balkanu. Sužavanje pojmovnog određenja „homegrown“ terorizma vodi stvaranju pomoćnih termina, odnosno sub-termina. Najčešći sub-termini su insajder i „grupa momaka“ (groups of guys). U daljem toku rada se kroz analizu terorističkih aktivnosti na Balkanu pokazuje problem identifikacije „homegrown“ tj. „domaćeg“ terorizma u različitim sredinama usled njegovih specifičnosti koje do sada nisu uzimane u obzir pri njegovom pojmovnom određenju.

**Ključne reči:** „homegrown“ terorizam, Balkan, nasilnička radikalizacija, islamistički terorizam, definicija terorizma.

### A) TERMIN „HOMEGROWN“ TERORIZAM I PROBLEMI POJMOVNOG ODREĐENJA

Termin „*homegrown*“ terorizam je postao vrlo frekventan izraz u poslednjih nekoliko godina, a kod nas se obično prevodi kao domaći terorizam ili se koristi u svom izvornom vidu kao *homegrown terrorism*.

U knjigama i člancima na engleskom i drugim stranim jezicima koje su posvećene ovoj vrsti terorizma autori, pogotovu oni iz različitih zemalja opisuju i određuju „*homegrown*“ terorizam na vrlo različite načine. Već to inicira naučnu diskusiju i rađa zahtev da i ta vrsta terorizma kao i terorizam uopšte mora biti preciznije definisan kako se bar u nauci ne bi događalo da se služimo istim terminom, a pri tome mislimo na različite stvari ili pojave.

Problemi koji bi se mogli odrediti kao ključni problemi pojmovnog određenja „*homegrown*“ terorizma su:

\* redovni profesor, dragan.simeunovic@fpn.bg.ac.rs

## 1. Problem mesta

Kao najzahtevniji, može se smatrati pristup koji insistira da se kao „*homegrown*“ terorizam može određivati samo onaj terorizam koji je *i planiran i počinjen u jednoj zemlji*. U rasprostranjene pristupe ovom problemu spada svakako i onaj po kome se „*homegrown*“ terorizam određuje prema zemlji u kojoj je planiran, nezavisno od toga u kojoj zemlji je izveden teroristički napad.<sup>1</sup> Holandija čak primenjuje izraz „*homegrown*“ terorizam već i ako su se osobe koje će postati teroristi *radikalizovale* na tlu Holandije, nezavisno od toga gde su planirale ili počinile teroristički akt.<sup>2</sup>

## 2. Problem aktera „*homegrown*“ terorizma. Ko su zapravo „*homegrown*“ teroristi?

Najčešće se oni identifikuju kao državljani ili stanovnici neke zemlje koji teže da terorističkim metodima prouzrokuju drugim državljanima ili stanovnicima te zemlje neko zlo ili da izazovu neku opasnost po njih „nezavisno od toga da li ih ugrožavaju kao posebne mete, poput holandskog reditelja van Goga (Theo Van Gogh), ili ih ubijaju nediskriminativno kao u slučaju terorističkih napada u Španiji i Velikoj Britaniji“.<sup>3</sup>

Primetno je da se pri određenju aktera ove vrste terorizma primenjuju različiti kriterijumi; od kriterija brojnosti do kriterijuma organizovanosti ili verske pripadnosti, a da je najčešća primena mešovitih kriterijuma, pri čemu se kriterijum pripadanja veroispovesti, konkretno islamu uzima kao nezaobilazan pri identifikaciji aktera „*homegrown*“ terorizma.

Kao najčešći akteri se spominju „vukovi-samotnjaci“ (lone wolf individuals), zatim grupe koje se samoregrutuju, samotreniraju i same sebi određuju cilj napada koji potom izvode bez ili sa vrlo malo sadejstva i komunikacije sa drugima, a naročito ne sa centrima moći „svetske terorističke zavere“, poput Al Kaide, i što se može označiti kao „samonikli terorizam“<sup>4</sup>, do onih grupa koje žive u drugim zemljama, ali su sprovele trening u zemljama u kojima Al Kaida ima uporišta svoje međunarodne mreže i održavaju veze sa njima, zaključno sve do „uspavanih ćelija“ Al Kaide koje je ona u okviru neke svoje srednjeročno ili dugoročno planirane akcije organizovala u nekoj zemlji sa namerom da ih aktivira tek u određeni čas.<sup>5</sup>

## 3. „Islamizacija“ termina

U skoro svim knjigama i člancima o „*homegrown*“ terorizmu, termin *homegrown* je rezervisan isključivo za onu vrstu terorizma koja se bazira na **radikalno**

1 Kimberley L. Thachuk, Marion E. „Spike“ Bowman, and Courtney Richardson: Homegrown Terrorism The Threat Within, Center for Technology and National Security Policy, National Defense University, May 2008, p. 3.

2 „Homegrown Terrorism and Radicalisation in the Netherlands: Experiences, Explanations and Approaches,” Testimony by Lidewijde Ongerling, Dutch Deputy National Coordinator for Counterterrorism to the U.S. Senate Homeland Security and Governmental Affairs Committee, June 27, 2007.

3 Kimberley L. a. o. , p. 1.

4 Vidi : Dragan Simeunović, *Terorizam*, Pravni fakultet, 2009, str. 219.

5 „Protecting America from Terrorist Attack,” Speech by FBI Director Robert Mueller at City Club of Cleveland, Friday, June 23, 2006.

**interpretaciji islama.** Neopravdano je nazivati neki terorizam „domaćim“, a pri tome misliti samo na islamistički terorizam u svojoj sredini. Svi autori redom izbegavaju da kao „homegrown“, odnosno kao „domaći“ terorizam označe etnoseparatistički ili ideološki terorizam u svojoj ili nekoj drugoj sredini, iako je on zapravo po mnogo čemu daleko više domaći od islamističkog terorizma. To se takođe ne čini ni u slučajevima kada terorističke napade izvode grupe koje se bore za zaštitu prava životinja ili životne sredine.<sup>6</sup> Uopšte, upotreba termina „homegrown“ terorizam ostavlja po strani celokupni teroristički spektar sem islamističkog varijeteta terorizma. Praktično, „homegrown“ terorizam znači **islamistički** „homegrown“ odnosno domaći terorizam.

#### 4. „Vesternizacija“ termina „homegrown“ terorizam

Termin „homegrown“ terorizam se uglavnom koristi da se njime označi islamistički terorizam kao pretnja **unutar zapadnih društava**. U svim dostupnim knjigama i člancima njime se obuhvataju samonikle ili uvezene forme radikalnog islama u neku zapadnu zemlju i državljani, odnosno stanovnici tih zemalja koji su prigrlili ideju islamističkog terorizma i spremni su da tu zemlju napadnu.<sup>7</sup> Međutim, čak i ako se prećutno prihvati da je „homegrown“ terorizam nešto što je islamistički terorizam na domaćem tlu, on nije samo tragična privilegija Zapadnih društava, već je prisutan, pa i rasprostranjen i u drugim sredinama, recimo na Balkanu.

#### 5. Sužavanje pojmovnog određenja „homegrown“ terorizma vodi stvaranju pomoćnih termina odnosno sub-termina

Sužavanje pojmovnog određenja „homegrown“ terorizma primenom metoda „islamizacije“ i „vesternizacije“ neminovno vodi stvaranju pomoćnih termina, odnosno sub-termina. Najčešći pomoćni, odnosno sub-termini su **insajder** i „**grupa momaka**“ (groups of guys).

Literatura o „homegrown“ terorizmu poznaje tri kategorije „homegrown“ aktera kao **insajdera**: 1) imigranti i posetioci, bilo da su legalni ili ilegalni, 2) druga ili treća generacija pripadnika muslimanske dijaspor, i 3) konverti, odnosno lica koja su iz hrišćanstva ili neke druge religije prešla u islam.<sup>8</sup> Zapravo, „homegrown“ uvek znači insajder.

Izraz „**grupa momaka**“ koji je odskora počelo da koristi rukovodstvo FBI, a koji je sada sve prisutniji u stručnoj literaturi je po svojoj prilici skovan da bi se izbegao izraz „homegrown“ koji uvek upućuje i na izvesna **pozitivna osećanja** rezervisana za pripadnike iste sredine. Ovaj izraz ne zamenjuje u potpunosti termin „homegrown“ terorizam i najviše se koristi u slučajevima kada je na delu samoorganizovanje radikalnih islamista, ili pak za grupe čiji su članovi putovali u određene sredine radi treninga i vratili se u zemlju boravka da bi počinili teroristički napad.

6 Kimberley, a.o. p. 1.

7 Term used by a senior FBI official cited in Raffi Khatchadourian, „Azzam the American,” *The New Yorker*, January 22, 2007.

8 Kimberley, a.o. p. 2.

## B) DEFINICIJA „HOMEGROWN“ TERORIZMA

Akademskih definicija „*homegrown*“ terorizma skoro da i nema. Autori akademskih tekstova o „*homegrown*“ terorizmu se ponašaju kao da je on definisana pojava, iako se zapravo radi o pojavi, tačnije o vrsti terorizma čije se pojmovno značenje, a time i određenje podrazumeva. Tome svakako doprinosi i šarenilo akademskih definicija terorizma kao fenomena uopšte.

Sa druge strane, pak, broj administrativnih definicija „*homegrown*“ terorizma nije mali, s obzirom na činjenicu da se o njemu počelo opširnije pisati i misliti tek posle terorističkog napada u Londonu.

Od svih njih nam se čini kao najkompletnija i za administrativne svrhe najupotrebljivija definicija u okviru „Akta o prevenciji nasilničke radikalizacije i *homegrown* terorizma“, referisanog na Komitetu za državnu bezbednost Senata SAD 24. oktobra 2007, po kojoj „*homegrown*“ terorizam znači „upotrebu, planiranje upotrebe ili pretnju upotrebom sile, odnosno nasiljem od strane grupe ili pojedinaca koji su rođeni ili odrasli u SAD, u njima bazirani ili koji prvenstveno u njima ili bilo kom njihovom posedu operišu da bi zastrašili ili prisilili vladu SAD, civilno stanovništvo SAD ili bilo koji njihov deo radi podrške za političke ili socijalne ciljeve“.<sup>9</sup>

Ova strukturno uzev vrlo dobra i relativno obuhvatno precizna administrativna definicija i pored njene namenjenosti američkom tlu može lako da bude adaptirana i korišćena i u nekom drugom miljeu.

Ona takođe podrazumeva povezanost „*homegrown*“ terorizma i nasilničke radikalizacije, odnosno povezanost „*homegrown*“ terorizma i različitih formi nasilja baziranih na nekoj ideologiji. Termin „nasilnička radikalizacija“ u američkom administrativnom vokabularu podrazumeva proces usvajanja i promovisanja sistema ekstremističkih uverenja u svrhe omogućavanja ideološki zasnovanog nasilja radi unapredjenja političke, religijske ili socijalne promene.

Činjenica je da je u SAD i u drugim zapadnim zemljama **internet** veoma doprineo uzletu i širenju „*homegrown*“ terorizma i nasilničke radikalizacije, mada je to slučaj i u drugim manje razvijenim sredinama, iako u manjoj meri i u kombinaciji sa drugim putevima svog širenja. Moć interneta je doprinela da građane SAD i drugih zemalja u kojima postoji „*homegrown*“ terorizam neprekidno zapljuskuje teroristička propaganda. Važno je pri tom to što, bar formalno, američka administracija ima stav da osobe koje naginju nasilničkoj radikalizaciji ili „*homegrown*“ terorizmu, odnosno ideološki zasnovanom nasilju mogu da pripadaju svim rasama, etnicitetima ili religijskim grupama.

## C) „HOMEGROWN“ ILI „DOMAĆI“ TERORIZAM NA BALKANU

Kad je reč o *homegrown* odnosno „domaćem“ terorizmu na tlu Evrope, poseban značaj se mora pridavati prostoru **Balkana**, pre svega nekim zemljama koje su nikle na prostoru bivše SFRJ. Razlog tome nije samo brojnost pripadnika muslimanske

9 The 'Violent Radicalization and Homegrown Terrorism Prevention Act of 2007' referred on October 24, 2007 to the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs in the Senate of the United States.



vere – državljana tih država, nego i ekspanzivno prisustvo pridošlica iz takozvanih „kritičnih“ islamskih zemalja. Nisu nebitni ni takozvani **istorijski razlozi**.

Seme **militantnog islama** je na Balkanu formalno zasejano još u vreme Kraljevine Jugoslavije, kada je 1939. osnovana organizacija **Mladi muslimani** po uzoru na istoimeni podmladak Muslimanske braće.

Svaki **nacionalistički pokret** je po pravilu povezan sa određenim religijskim opredeljenjem i lako može biti izvoriste ekstremnih **verskih** osećanja. Ređi je obrnut slučaj da ekstremni vernici postanu nacionalisti-ekstremisti. Njih već mnogo čvršće povezuje fanatična vera. Transformacija albanskih ekstremnih organizacija od nacionalizma ka verskom ekstremizmu, nije na **Kosovu** nova stvar, kao što nekim može da izgleda. Još u toku **Drugog svetskog rata** albanski nacionalistički pokret na Kosovu, utemeljen na programu takozvane Druge prizrenske lige, doživeo je snažan zaokret ka verskom fanatizmu.

Oko 12.000 albanskih nacionalista je prilikom pristupanja u redove nemačke divizije „**Skenderbeg**“ 1944. godine, na zahtev verskih lidera Druge prizrenske lige, polagalo zakletvu verskog sadržaja koristeći Kuran. Suština zakletve je obavezivanje na **džihad protiv nevernika**. Otuda ne čudi da je prva akcija divizije „Skenderbeg“ bila usmerena na **Jevreje** na Kosovu. Samo u Prištini je u **prvom napadu „Skenderbega“ ubijeno 281 Jevreja** kao najopasnijih nevernika. Potom je **zaklano 380 Srba u selu Vanica**, i takvi zločini **džihad-divizije „Skenderbeg“** su trajali sve do kraja Drugog svetskog rata. To nije bila samo borba albanskih nacionalista u korist Nemaca i Italijana kao što su to možda oni mislili, već i **verski rat**. Dokumenti potvrđuju da je čak i na kraju Drugog svetskog rata albanski lider **Sokolj Dobroši** ispred organizacije „**Bali kombetar**“ pozvao sve Albance na Kosovu na sveti rat **džihad**, a ne na nekakvu borbu za ciljeve nacizma ili fašizma. Zato je pogrešno pripadnike „Skenderbega“ nazivati samo fašistima. Učeni stalno militantnom islamu od svojih verskih vođa (**Džafer Deva, Ali – beg Draga, Vehbi Frašeri, Bajazit Boljetin, muftija El Hadž Emin Husein**), oni su zapravo bili **prvi mudžahedini na Balkanu** u 20. veku.

U vreme postojanja SFRJ, nastajale su i trajale razne **ekstremne emigrantske muslimanske organizacije** delujući najčešće u sprezi sa ustaškom emigracijom, ugrožavajući jugoslovenske građane i njihova materijalna dobra. U tome su se posebno isticala: **Hrvatski islamski centar, Udruženje bošnjaka, Udruženje bosansko-sandžačkih muslimana, Džamijat el Islam**, koje su tesno sarađivale sa **Hrvatskim narodnim vijećem**, a najveću podršku su imale od islamske terorističke organizacije **Muslimanska braća**.

Sve one su uzele vrlo aktivno učešće u građanskom ratu na tlu bivše SFRJ.

Iako su vlasti nekadašnje SFRJ itekako potpomagale ne samo arapske, već i afričke islamske pokrete u njihovoj, ne samo političkoj, nego i oružanoj „borbi protiv imperijalizma“, one zbog toga nisu od Zapada trpele neku veću štetu, ako se ne računava povremeni veći ili manji prekoračenje, uslovno rečeno, zatezanje odnosa. Razlog za to nije ležao ni u nerazumevanju događaja od strane Zapada, niti u bilo kakvoj njegovoj slabosti, već u snazi međunarodnog pozicioniranja tadašnje Jugoslavije. Štaviše, u najvećem broju slučajeva, ono što su za naše tadašnje vlasti bili borci za

slobodu, za Zapad su bili najokoreliji teroristi, uključujući tu i palestinski oslobodilački pokret sve zajedno sa **Jaserom Arafatom**. Tadašnje tesne veze Jugoslavije sa **nesvrstanim zemljama**, kojima je uostalom ona bila i lider, podrazumevale su ne samo intenzivne političke, već i ekonomske veze, kao i slobodan protok ljudi. Dok su u nesvrstane zemlje iz Jugoslavije uglavnom odlazili građevinski radnici i medicinsko osoblje na privremeni rad, iz nesvrstanih, mahom islamskih zemalja, u Jugoslaviju su stizali mladi ljudi željni školovanja. Danas se može konstatovati da je tlo Jugoslavije pri tom korišćeno i kao prolaz za teroriste iz nerazvijenog sveta, naprosto već iz razloga što je tada vladajuća ideologija u SFRJ to podrazumevala kao gest internacionalističke solidarnosti. Ipak, zahvaljujući sasvim dobrim relacijama i sa Zapadom, jugoslovenske vlasti nisu dozvoljavale da tlo SFRJ postane išta više sem prolazne, relativno kratkotrajno sigurne stanice za bliskoistočne i druge islamske „revolucionare“.

Izuzetak takve vrste se ipak dogodio kada je na tlu **Slovenije** 80-ih godina 20. veka stvorena **teroristička internacionala** koja je obuhvatala levičarske terorističke organizacije. Naizgled nepovezane dve vrste terorizma, islamistički i evropsko-levičarski, su tada i te kako imale veze. Pripadnici nemačke terorističke levice ponajviše, mada i italijanski i francuski „crveni teroristi“, obilato su koristili bliskoistočne logore za svoju obuku u rukovanju vatrenim oružjem i eksplozivom. Osim toga, u zemljama Magreba su organizovani razni simpozijumi za mlade na kojima su učestvovali ne samo levičarski ekstremisti, već i mladi teroristi, recimo iz redova ETA, što će se mnogo kasnije pokazati važnim kontaktom za ostvarivanje saradnje između Al Kaide i ETA u slučaju terorističkog napada u Madridu.

Jugoslavija naprosto u svemu tome sa stanovišta Zapada nije bila nevinna i to tačno u onoj meri u kojoj je, sa svoje strane, smatrala da na taj način doprinosi svetskom progresu.

Veliki savremeni **nacionalistički pokreti** na Balkanu koji se, za ostvarivanje svojih programskih političkih ciljeva u poslednjih dvadeset godina služe islamističkim terorizmom su **albanski i bošnjački**. Njihova sve dominantnija odlika je **hibridnost**. Ona u velikoj meri **otežava identifikaciju „homegrown“ terorizma** na Balkanu. Ta hibridnost se ispoljava u više dimenzija. Prvo, organizacije koje pripadaju tim pokretima su počele da se sem politikom bave i kriminalnim radnjama tog stepena da su vremenom postale važan sastavni deo ne samo sveta klasičnog terorizma, već i sveta **organizovanog kriminala**. Vreme terorizma koji se sprovodi samo radi političkih ideala je daleko iza nas. Razlozi za to su pretežno finansijske prirode budući da su prihodi od svakog spoja kriminala i politike, pa i terorizma kao izopačene i nelegalne, ali ipak politike, veoma veliki. Osim toga, akcije međunarodne zajednice na planu presecanja dotoka novca terorističkim organizacijama od strane raznih legalnih fondova i nevladinih dobrotvornih organizacija su prirodno uputile teroriste i ekstremiste na **manje legalne** izvore finansiranja. Kada novac ide iz poslova organizovanog kriminala u ruke terorista, izlišno je pričati o nekakvoj borbi protiv pranja novca. Da se podsetimo, pranje novca je pokušaj da se nezakonito stečeni novac legalizuje. Kada novac ide iz jedne ilegalne sfere u drugu, kao kada je reč o organizovanom kriminalu i terorizmu, legalizacija, pa ni pranje novca nisu uvek neophodni. Prljavo stečeni novac, obično u „kešu“, danas ide za prljave

političke aktivnosti kao što je terorizam, po principu – iz ruke u ruku. Takve tragove je **mного teže pratiti** nego recimo u slučaju nezakonitih finansijskih aktivnosti nevladinih organizacija ili pak velikih donacija. Ova dva sve bliže povezana sveta, svet terorizma i svet organizovanog kriminala vremenom su došli do logički ispravnog zaključka, koji glasi da je njihova saradnja sve efikasnija u meri u kojoj su bliži jedni drugima, a sledstveno tome da je ona najefikasnija ukoliko se stope u jedno telo. Otuda danas mnoge terorističke organizacije su zapravo ujedno i organizacije koje imaju razvijenu klasičnu kriminalnu delatnost i time i izvor sopstvenih prihoda. Međutim, iako time manje zavise od donatorske pomoći, one su zato sa druge strane upućene da se preko poslova kao što je šverc ljudi ili narkotika, približavaju zapravo sebi sličnim organizacijama.

Takve organizacije Bartoš Stanislavski (Bartosz Stanislawski) ispravno naziva **kriminalnim terorističkim organizacijama**, uz napomenu da takav naziv nimalo ne sadrži pejorativnost. Po nama, mnogo bolji izraz, koji se doduše još nije u potpunosti odomaćio, jeste **narko-terorizam**. On kao kovanica odlično ukazuje na hibridnost, ali tek delimično na sadržaj kriminalnih aktivnosti terorističkih organizacija, tačnije samo na najglavniju. Sličan proces transformacije na Balkanu, samo u obrnutom pravcu, doživljava i **svet organizovanog kriminala**. Ambiciozne kriminalne organizacije koje se bave poslovima kao što je šverc narkotika sve više su upućene i na politizaciju svoje delatnosti čime postepeno postaju i političke, a ne samo kriminalne organizacije. Recimo, albanski kriminalni lobiji sa Kosova koji su radili pretežno kurirske poslove rasturanja droge po Evropi i svetu, sa narastanjem svoje finansijske i organizacione moći, po prirodi stvari su težili i većem političkom uticaju kako bi razvili svoje poslove. To ih je odvelo u dva pravca. Jedan je približavanje koruptivnim političkim vrhovima Kosova, a drugi je direktan spoj sa islamističkim organizacijama na Bliskom Istoku koje su spojene sa trgovinom drogom. Ukoliko pripadnik albanske mafije hoće da nabavi povoljnije, kao i svaku drugu robu, drogu u Avganistanu, nailazi na pitanje „Da li si dobar vernik?“ koje u Evropi nije neophodno pri takvoj transakciji. Ukoliko neko jeste dobar vernik, cena droge za njega u Avganistanu, Pakistanu ili Turskoj je povoljnija. Tako, prividno ili stvarno, ekonomski motivisani kriminalci postaju deo sveta islamističkog ekstremizma. Braća po poslu postaju sve više braća po veri. To se uostalom, kako pokazuju podaci, i isplati. U novije vreme svedoci smo i takozvanih poslovnih brakova između kriminalnih porodica Albanaca sa Kosova i kriminalnih porodica iz Avganistana.

Iako je na Balkanu pojava islamističkog ekstremizma i terorizma bilo i ranije, to se ozbiljnije započelo internacionalizovati tek dolaskom **mudžahedina** iz islamskih država na prostor **Bosne i Hercegovine** početkom 90-ih godina. Tek tada su na Balkanu udareni ozbiljni temelji globalne mreže islamističkog terorizma, okrenutog tada samo protiv Srba i Hrvata, a u budućnosti verovatno daleko najviše protiv Zapada.

Sve važnije terorističke akcije počev od napada na Njujork i Vašington 11. septembra 2001, imaju vezu sa **Bosnom** i zadugo će još imati vezu sa njom. Uopšte uzev, odlika **bošnjačkog ekstremizma** je u tome da je on od početka mnogo **više bio verski nego nacionalistički**, samo se u vremenima koja su bila podobna za nacionalizam više predstavljao kao nacionalni fenomen. Razlog tome je što je ono seme ekstremizma koje je zasejano u BiH u toku rata i koje su hrišćanskom krvlju

obilato zalivali i strani i domaći mudžahedini, potom niklo u formi **džihadizma** čije je žilavo korenje duboko prodrlo u bosansko-hercegovačko tlo. Svako ima svoje vreme zabluda i pravo na njega. Kad su mudžahedini pohrlili u Bosnu i Hercegovinu da se bore na strani vojske islamističkog ekstremiste **Alije Izetbegovića**, možda se Amerikancima to nije dopalo. Ipak, zbog njihove poznate spoljnopolitičke pragmatičnosti, dugo, bolje rečeno predugo su tolerisali prisustvo islamskih bliskoistočnih fanatika na prostoru BiH koji su smatrali teritorijom pod svojom kontrolom. Mada se često pominju različite cifre mudžahedina koji su ratovali na tlu Bosne i Hercegovine, za verovati je da je kroz BiH u periodu od 1992–1995. godine **prodefilovalo od deset do dvanaest hiljada** muslimana iz stranih zemalja, te da je nekoliko hiljada od njih dobilo na tadašnjim legalnim (brak sa državljanom BiH, učešće u ratu u sastavu tadašnjih zvaničnih vojnih formacija BiH i sl.) ili na nelegalnim osnovama državljanstvo BiH, a da je realan broj onih koji su ostali iznosio oko **hiljadu i pet stotina**. Da ni to uopšte nije mali broj, na najgori mogući način potvrđuje teroristička akcija u Njujorku i Vašingtonu za koju sveukupno uzev nije trebalo više od par stotina ljudi, pri čemu je broj neposrednih izvršilaca na nivou od svega nekoliko desetina istih takvih fanatika, kakvi su se u stotinama ugnezdili na bošnjačkom krilu usred Evrope. Naprosto, Amerikanci su polazili od toga da su mudžahedini trenutno korisni u borbi protiv Srba kao što su nekad bili u Avganistanu protiv Rusa, i da će ih kasnije lako moći kontrolisati. Loša procena se sastojala upravo u tome. Za muslimanski živalj u Bosni i Hercegovini mudžahedini – pridošlice sa Bliskog Istoka su bili neka vrsta **heroja**, otprilike istih onakvih kakvi su za bosanske Srbe bili Rusi – dobrovoljci koji su se borili na njihovoj strani.

Brojni mudžahedini su ostali u BiH verujući da će zauvek biti dragi gosti. No, kako se politika Zapada u postdejtonskom periodu počela menjati, to je i tlo BiH postajalo sve više vruće za mudžahedine. Zapadne zemlje, a pre svega SAD, su sve otvorenije postavljale to pitanje pred bošnjačke političare, a naročito posle „11. septembra“. To je bio razlog zbog koga su mudžahedini polako počeli da napuštaju BiH. Izvestan broj se zaputio u Čečeniju, Irak ili Avganistan, nemali broj je vrlo lako otputovao na Zapad preko teritorije Hrvatske koja je u specijalnim odnosima sa BiH, i završio ko zna gde sve.

Državni vrh u Sarajevu priznaje da je na tlu BiH još uvek više stotina ekstremista iz takozvanih „kritičnih zemalja“, izražavajući i spremnost da svakog od njih isporuči ukoliko ih neka strana zemlja zatraži, dok inostrani izvori navode da je takvih oko hiljadu i po.

Ponajviše pod **američkim pritiskom**, 2002. godine pet mudžahedina je isporučeno zemljama Zapada. Kao najopasniji među njima sloveli su dvojica Egipćana, **Arman Ahmed al Huseini** zvani **Al Misri** i **Hasan Mahmud Saad al Šerif** zvani **Sakr**, koji su posle završenog rata u BiH izvršili napad na Luksor, egipatsko mondeno letovalište, a potom se mirno vratili u BiH, budući da su njeni državljani.

Obojica se smatraju ne samo pristalicama, nego i saradnicima **Osame Bin Ladena**. Uhapšeni su i isporučeni, jedan SR Nemačkoj, drugi Italiji, zbog ilegalne trgovine drogom i indikacija za terorizam. Sakr je bio za vreme rata u Bosni emir i imam jedinice islamskih fanatika koja se zvala „**El mudžahid**“. Međutim, kasnije se

zbog žestokih reakcija domaćeg bošnjačkog stanovništva odustalo od daljih postupaka isporučivanja islamističkih ekstremista kako se ne bi podgrevaio ekstremizam u BiH.

I oni koji su pre toga isporučeni na zahtev Amerikanaca isporučeni su pod uslovom da se ne isporučuju njihovim matičnim državama, već su upućeni u Gvanatanamo kao, bar u ovom slučaju, daleko bolje mesto.

Poveća grupa **mudžahedina** koja se nakon rata trajno nastanila u bivšem srpskom selu **Bočinja** u opštini Maglaj, i u kome je organizovala svoj život potpuno na šerijatski način, nije krila svoju **bliskost sa Osamom Bin Ladenom** ni posle rata. Vođa ove grupe, **Abu Hamza**, je prihvatio fatvu Bin Ladena iz 1998. godine koja poziva na ubijanje Amerikanaca i drugih „krstaša“. Fatva je, zahvaljući angažovanju mudžahedina, ali i arapskom novcu, prevedena na bošnjački jezik i distribuirana širom BiH. Teško da će se ikada moći utvrditi koliki je udeo Ladenovog finansiranja rata u BiH u okvirima sveukupnog iznosa od oko 5 milijardi dolara pomoći koje su islamske zemlje uputile Izetbegovićevoj strani, i za koje je sve namene dat taj novac; da li samo za tadašnji rat protiv Srba, ili i za neke kasnije akcije.

Iako je vremenom sve ozbiljnije pritiskao bosansko-hercegovačke vlasti po pitanju mudžahedina, Zapad je o tome nerado izveštavao u svojim medijima, na primer, kao u slučaju hapšenja bliskog Ladenovog saborca i novopečenog državljanina BiH, Tunižanina **Mehreza Audounija** u Turskoj zbog pokušaja političkog ubistva, čemu je prethodio pokušaj ubistva pape prilikom posete BiH, kada je pronađen eksploziv ispod jednog mosta na putu kojim se kretao papa. Taj pokušaj su bošnjački ekstremisti jednostavno pripisali srpskoj strani i takva vest je objavljena i u medijima.

Sporost vlade BiH u izvršavanju međunarodno preuzete obaveze da izvrši reviziju odluke o **nelegalnom** davanju oko **1500 pasoša mudžahedinima iz celog sveta** vidi se i iz podatka da je do 2007. **Komisija Saveta ministara BiH donela svega 347 rešenja o poništenju državljanstva**, čime je isti toliki broj mudžahedina izgubio pravo na bosanski pasoš. Nema dileme da su bosanske vlasti iskazivale samilost, pa čak i izvesnu solidarnost sa mudžahedinima koje treba proterati, recimo poput onih devet čija je imena obznanila vlada u Kairu na svojoj listi terorista. Bosanske vlasti su tvrdile da mudžahedine koje proteraju u matične zemlje poput Egipta, Jordana i Sirije čekaju nehumane kazne, a možda i smrt.

U toj situaciji teško da bi se mogao uskoro naći i najpoznatiji mudžahedin u BiH **Abu Hamza**, alias Ali Husein Imad koji je u slučaju svog proterivanja zapretio odmazdom. U međuvremenu, pristalice mudžahedina u BiH su formirali udruženje „**Ansarja**“ koje pruža pravnu pomoć ugroženim mudžahedinima. Takođe, kada je ušla u Avganistan, američka vojska je pronašla veliki broj bosansko-hercegovačkih pasoša kod talibana, kao i nepopunjene pasoše BiH u svrhu terorističkih akcija.

Hapšenje za delo terorizma Švedanina bošnjačkog porekla **Mirsada Bektaševića** (19), Turčina sa prebivalištem u Danskoj **Češura Abdulkadira** (23) i Bošnjaka iz Sarajeva **Bajre Ikanovića** (30) potvrđuje kao moguću **preorijentaciju** islamističkih ekstremista sa Balkana od klasičnog **ka samoubilačkom terorizmu**. Kod njih su prilikom hapšenja pronađeni: 40 kg eksploziva, samoubilački prsluci i njihova **oproštajna obraćanja Alahu** snimljena na video trakama. Zbog veze sa njima je

pohapšeno još 36 lica u nizu drugih država, počev od SAD do Kanade, Velike Britanije, Danske, Švedske, Trinidada i Bangladeša, koji su, zajedno sa uhapšenim u Bosni, **planirali terorističke samoubilačke napade širom sveta**. Sasvim u duhu najnovijeg terorističkog komunikacionog trenda svi uhapšeni su komunicirali isključivo preko interneta. Bektašević se u korespondenciji koristio imenom Maksimus, što je pseudonim osobe koja je održavala sajtove za potrebe **Abu Musaba al Zarkavija**. Optužene posebno teško terete snimci njihovih presretnutih razgovora. Finansijer Bektaševićeve terorističke grupe bio je **Abdul Basit**, poznat i kao Abu-Lifa, kog je danski sud u februaru 2007. osudio na sedam godina robije.

Činjenica da je oko 750 lica u BiH pod permanentnom prismotrom zapadnih obaveštajnih službi dovoljno govori o potencijalnoj opredeljenosti velikog broja lica u toj zemlji za islamistički terorizam.

Mreža radikalnih islamista u toj zemlji povremeno iznedri neku opasnost tek koliko da se vidi da je opasnost od nje ne samo dugotrajna, već i okrenuta prema raznovrsnim metama.

Primer iz **marta 2008.** kada su uhapšena petorica muslimana iz BiH koji su nameravali da vrše terorističke napade na **katoličke crkve i objekte EUFOR-a** eksplozivnim napravama ručne izrade, što je inače i teroristički trend jer se sada preko 90% eksplozija od Iraka do Šri Lanke izaziva upravo takvim sredstvima, potvrđuje tu tezu. Terorističku grupu su pored **Rijada Rustempašića**, koji je bio vođa grupe, sačinjavali još i **Muhamed Meco, Abdulah Handžić i Edis Velić**, sva četvorica **vahabiti iz Sarajeva**, dok je peti uhapšeni **Muhamed Ficer**, bio iz Bugojna. Prve mete ove grupe trebale su da budu katolička katedrala u Sarajevu i franjevački manastir u centralnoj Bosni u mestu Fojnica. Tokom rata u BiH Rustempašić je od 1992. do 1995. bio član mudžahedinske jedinice smeštene u centralnoj Bosni. Ova ozloglašena, više teroristička organizacija nego paravojna jedinica, bila je samo formalno pod jurisdikcijom bosanske vojske, jer je delovala krajnje autonomno i u pogledu izbora ciljeva, i u pogledu metoda svoga delovanja. Nju su uglavnom činili stranci islamisti iz različitih zemalja. Rustempašić je i verovatni izvršilac terorističkog akta miniranja katoličke crkve u selu Humci pored Bugojna u julu 1996. godine. Nakon toga je bio i hapšen od pripadnika SFOR-a 2004. zbog ilegalnog posedovanja oružja i aktivnosti koje su u vezi sa terorizmom. Kao nezaposlen živeo je od novca koji je dobijao od vahabita iz Austrije. Učestvovao je u sukobu između radikalnih i umerenih muslimana 2007. u Bosni na strani pokojnog samoproklamovanog **šeika Jusufa Barčića, lidera vahabija u Bosni**.

Internacionalna dimenzija bošnjačkog ekstremizma i terorizma vidljiva je i iz drugih podataka. Recimo, drugooptuženi član te grupe Edis Velić je proveo određeno vreme boreći se u Čečeniji na strani islamističkih terorista. Svi članovi grupe su bili aktivni u **uličnim protestima** koji su svojevremeno organizovani zbog pokušaja bosanskih vlasti da isporuče mudžahedine zemljama koje su ih tražile da im sude zbog različitih kriminalnih radnji uključujući i terorizam, kao i u protestima koji su organizovani zbog rata u Iraku i Avganistanu, i tom prilikom su Velić i Handžić spaljivali zastave SAD i EU. Međunarodne veze između Rustempašićeve grupe i islamističkih ekstremista u svetu su održavane i preko interneta, a i ličnim kontaktima, recimo kontaktima Rustempašića i Bektaševića koji je uhapšen nešto ranije.

U **avgustu 2008.** italijanska policija je uhapsila u Bolonji petoricu Severnoafrikanaca, tačnije četiri Tunžanina i jednog Marokanca koji su regrutovali islamističke ekstremiste za terorističke napade u Iraku i Avganistanu. Grupa je raspolagala značajnim finansijskim sredstvima i, kako je utvrđeno, slala je na desetine hiljada dolara u **Bosnu** radi organizacije **treninga za samoubilačke napade u Avganistanu i Iraku**. Zanimljivo je da im je iz Bosne stigla **ponuda** za organizaciju treninga za samoubilačke terorističke napade, kao i za logističku podršku u tim napadima. Prethodno su praćeni tri godine i utvrđeno je da su se **radikalizovali u toku boravka na Zapadu**, a svi su bili spremni i da se lično žrtvuju za džihad. **Ova grupa nije formalno pripadala nijednoj poznatoj terorističkoj organizaciji, ali je sebe smatrala bliskoj Al Kaidi**. Jedan od uhapšenih, a ujedno i vođa grupe, Tunžanin **Halil Jaraja** (Khalil Jarraya) je **veteran rata u Bosni 1992–1995**, a ostala četvorica su zapravo bili regrutovani za samoubilačke napade.

Kao što se vidi, posejano seme islamističkog zla na Balkanu, a posebno u BiH stalno rađa nove gorke plodove, pa i one u formi „homegrown“ terorizma. Hiljade mudžahedina koji su prošli kroz ratove na Balkanu su se razišli po svetu kao rakova deca da bi pomagali svojoj „muslimanskoj braći u nevolji“ na drugim mestima širom sveta. Njih nije lako ni locirati, ni identifikovati, jer se služe novim imenima i pseudonimima. Još je teži zadatak utvrditi koliko su oni svojom ubilačkom ideologijom zarazili ljudi u Bosni, na Kosovu, u Sandžaku, Albaniji i Makedoniji. To je ono što ne može nijedna obaveštajna služba na svetu da utvrdi sve dok se skrivena misao ekstremizma ne počne pretakati u praksu terorizma.

Istine radi, nisu svi stranci koji su učestvovali u borbama u BiH bili mudžahedini. **Motivi** za dolazak nekih od njih **nisu bili samo verske prirode**. Primera radi, među prvim strancima koji su stigli u BiH da bi se borili protiv Srba bili su **meštani turskog sela** Halibejli pored Izmira. To selo je davno naseljeno Bosancima, a nemali broj stanovnika sela ne samo da zna svoje poreklo, već neki među njima održavaju i veze sa rodbinom u BiH. Taj očigledno romantizovani pristup ratu u BiH ipak nije bio dominantna karakteristika organizovanog dolaska stranaca koji su iz Turske preko organizacije „Igase“, kao i iz drugih zemalja stizali u BiH da uzmu učešće u ratnim operacijama. Iako se iz navedenog primera vidi da verski fanatizam nije bio jedini motiv za učešće u ratu, on je ipak bio glavni motiv samoregrutovanja onih koji se nazivaju mudžahedinima.

Na tlu sadašnje **Srbije** uticaj islamskog fanatizma je preko **vahabita** najprisutniji u **Sandžaku**. **Vahabizam**<sup>10</sup> je islamski ekstremni pravac tumačenja Kurana zasnovan na učenju **Muhamed ibn Abdul Vahaba**. U Saudijskoj Arabiji vahabizam je državna religija, ali u drugim muslimanskim zemljama nije uhvatio korena. Praktično, postoji samo u tri oblasti na svetu od kojih je jedna i Balkan. U sukobu je sa tradicionalnim islamskim vernicima i oni su mu prva meta. U BiH vahabiti su svojom agresivnošću odbili brojne muslimanske vernike od sebe, ali Saudijska Arabija im šalje novac koji im omogućava da se održe. Ko pristupi vahabitima dobija mesečnu novčanu „platu“. Nadoknadu primaju i žene za nošenje feredža i prihvatanje drugih vahabitskih principa koji se tiču ženskog pola. Razlikuju se od tradicionalnih

10 Izrazi *vahabizam* i *vahabija* se koriste u srpskom književnom jeziku, dok izrazi *vehabizam* i *vehabija* pripadaju bošnjačkom jeziku.

muslimana po izgledu (briju glavu i nose duge brade) i odeći (kraće široke pantalone). Klanjaju se na hambelijski način. Obrezuju žene kako bi ih učinili smernim.

I pored očiglednog dugogodišnjeg postojanja vahabija na balkanskim, pa i prostorima Srbije, kod nas se sve do početka 2007. **negirala njihova prisutnost**. Tek kada su vahabije **od 2006.** počele da se **agresivno ponašaju** izazivajući česte **incidente**, obično u džamijama koje su pokušavali da preotmu vernicima Islamske verske zajednice na tlu Bosne ili u Sandžaku, napadajući pri tom imame i njihove pristalice, vahabizam je ozbiljno shvaćen kao **ekstremizam**.

Da je terorizam ništa drugo do realizovani ekstremizam, pokazaće i otkrivanje **kampa za oružanu obuku vahabita** u ataru sela Žabren na planini **Ninaja**, tačnije između Novog Pazara i Sjenice, u aprilu 2007. U sukobu sa policijom tada je poginuo vođa vahabitske terorističke grupe, a jedan vahabit je ranjen. Ta grupa je planirala terorističke napade na lokalne muslimanske sveštenike, škole i ambasade u Beogradu. Uhapšeni članovi te vahabitske grupe su osuđeni na dugogodišnje kazne zatvora.

Na tlu Srbije vahabita ima u Novom Pazaru, Sjenici, Tutinu, Prijepolju, Brodarevu, Priboju, a u Crnoj Gori u Bijelom Polju, Rožaju, Plavu i Gusinju.

Na **Kosovu i Metohiji**, albanska muslimanska grupacija, odnosno teroristi iz njenih redova, ni u vreme svoje terorističke kampanje, pa ni sada se ne oslanjaju onoliko koliko bi mogli na islamske zemlje, odnosno na njihove terorističke grupacije. Najverovatniji razlog za to je njihova procena da bi time izgubili naklonost SAD i uopšte zapadnih zemalja, do koje im je veoma stalo u njihovoj „borbi za nezavisnost“. Međutim, za procenu daljih događanja veoma je simptomatično to što se albanski separatistički pokret u svom finansiranju, a posebno u ilegalnom naoružavanju obilato služio trgovinom drogom i pri tome tesno saradivao sa islamistima bliskoistočnih i uopšte muslimanskih zemalja preko kojih ide **put droge**. Dozvole li to okolnosti, sigurno je da će ove ilegalne „ekonomske“ relacije lako prerasti u „političke“, naročito ukoliko albanski ekstremisti procene da im podrška Zapada više nije neophodna.

Dokaz za to je svojevremeno prisustvo izvesnog broja arapskih terorista, kao i Ladenovih ljudi ne samo u redovima saboraca Oslobođilačke vojske Kosova, već i u Makedoniji, a tokom niza godina i na tlu Albanije, i pored snažnog prisustva zapadnih obavestajnih službi na tlu Balkana.

Velika je verovatnoća da se Amerikancima osvetila ta vrsta pragmatičnosti u odnosu na islamistički terorizam. Dok su ga na Bliskom Istoku, pa iskreno govoreći i širom sveta žestoko suzbijale, SAD su prisustvo islamskih terorista na tlu Jugoiistočne Evrope tolerisale, premda ponekad imajući kasnije velike štete od toga, kao u slučaju prisustva mudžahedina na tlu Bosne i Hercegovine. Razlog tome je najverovatnije uverenje administracije SAD da je reč o minornim snagama islamskih fanatika koje su od koristi američkim saveznicima, a koje se zbog svoje relativne malobrojnosti lako daju kontrolisati. Pri tom je prenebregnuto jedno od zlatnih pravila borbe protiv terorizma – da se **terorizam koji se ne suzbija totalno, ako opstaje čak i u najmanjoj količini, munjevito umrežava i pogubno rasprostire poput kancerogene ćelije**.



Nije slučajno što je nakon Sarajeva **glavni vahabijски centar Balkana** postala **Kosovska Mitrovica**, a ne neko mesto u Sandžaku gde ih itekako ima.

Što se **OVK** i njene orijentacije tiče, nema sumnje da je ona kao etnoseparatistička organizacija sve vreme svoga postojanja imala i svoju autentičnu islamističku borju i uživala i podršku međunarodne islamističke terorističke mreže. O tome svedoče ponajbolje brojni albanski podaci, recimo izjava visokog funkcionera albanske obaveštajne službe **Fatosa Kljosija** koji je, potvrđujući podatak da je **Osama bin Laden posetio Albaniju 1994.** godine, ujedno i naveo da je bin Laden tada „oformio terorističku mrežu koja operiše iz Albanije, i da je Laden **regrutovao i borce za sukobe na Kosovu 1999. godine**“.

Malo se zna da je proislamističkoj orijentaciji OVK najviše doprineo **Islamistički oružani pokret** koji je na Narodnoj arapskoj islamskoj konferenciji (PAIS) 1995. u Kartumu napravio strategiju islamističkog terorizma na Balkanu. Za organizovanje Albanaca na Kosovu za **džihad** zadužen je tada islamistički centar u **Karačiju**. Takođe, ni **Iran** nije sedeo skrštenih ruku na Kosovu. Stvorena je jaka obaveštajna mreža, novac je OVK-u pristizao preko **humanitarnih organizacija**, ali i kroz legalne ekonomske kanale. Propagiran je iranski model države kao idealan i podsticano je otepljenje Kosova kao islamske teritorije. Sada ta proiranska obaveštajna mreža sa Kosova deluje prema zemljama u okruženju, i evropskim zemljama uopšte. Da su Albanci bili prijemčivi za islamističke uticaje vidi se iz mnogo detalja, pa i takvih da su se shodno svojim pravilnicima za ratovanje **svi članovi OVK morali moliti Alahu najmanje dva puta na dan po pola sata**. Da su **mudžahedini** postojali i postoje na Balkanu ne samo u BiH (o čemu se mnogo piše), već i na **Kosovu** (o čemu se ne piše) potvrđuje osnivanje jedinice mudžahedina **Abu Bekir Sadik**, 1998. godine u selu Donji Prekaz na Kosovu. Jedinicu je stvorio **Ekrem Avdija** alias Abu Suheik, a 70% njenog sastava su činili Albanci sa Kosova. Danas su mnogi detalji o kontaktima OVK sa vrhom Al Kaide, recimo sa braćom **Zavahiri** i njihovoj tesnoj saradnji javna stvar.

Koliko je **veza OVK i Al Kaide** bila čvrsta, iako skoro nevidljiva, pokazuje izjava neprikosnovenog albanskog kosovskog lidera **Ibrahima Rugove** od 25. septembra 2001. u kojoj priznaje da OVK krije međunarodne teroriste i njihove baze na Kosovu i da je OVK čak spremna da se uključi u međunarodnu terorističku borbu na strani **Al Kaide**. Rugova je nešto kasnije, tačnije 17. novembra 2001. godine potvrdio sve snažniju proislamističku orijentaciju OVK i ponovio da su „**teroristi Osame bin Ladena našli pribežište i dalje ga nalaze u našem regionu**“. Tom prilikom je obećao da će svoja saznanja izneti pred OUN i Evropskom komisijom što posle nije učinio.

Rugovu su na ovakva priznanja naterale brojne činjenice, poput recimo one da je u oktobru 2001. u Avganistanu pronađena dokumentacija o Albancu sa Kosova Damiru **Šabaniju**. On je svojom rukom popunio formular i napisao: „Zainteresovan sam za **samoubilačke** operacije. Imam borbeno iskustvo u **OVK** protiv srpskih i **američkih** snaga“. Da je Šabani bio obučavan još na Kosovu za samoubilačke operacije, vidi se iz njegovog navoda da je dovoljno **obučan za samoubilačke operacije**. Što se tiče „doprinosa“ tog kosovskog Albanca izboru ciljeva samoubilačkih akcija, on se vidi i iz njegovog predloga da se one ubuduće izvode i u **dečjim zabavnim**

**parkovima**, pre svega u **Diznilendu**. Sve u svemu, dovoljno argumenata da se može potvrditi islamistička dimenzija albanskog radikalizma kao složenog fenomena koji još nije dostigao svoj anti-zapadni vrhunac.

Proislamističke ekstremističke organizacije čije je prisustvo dokazano na Kosovu su: „**Abu Bekir Sadik**“ (Kosovska Mitrovica), **Alahova vojska (Prizren)** i „**Selafisti**“ (Prizren).

**Vahabiti** imaju specijalna besplatna obdaništa za albansku decu na Kosovu. Potvrđeno je i prisustvo **Hamasa** i **Hezbollaha** na Kosovu i konspirativni kontakt 52 lica sa tim dvema organizacijama.

**Baze** koje su nekada služile za **obuku** OVK su često bile i u funkciji obuke islamista.

Dok sa jedne strane vlasti Kosova pokušavaju da dokažu svoju lojalnost Zapadu time što su poslale 100 vojnika da se bore na Bliskom Istoku na strani Zapada, istovremeno se veliki broj **Albanaca – dobrovoljaca** sa Kosova i iz Makedonije i Albanije bori u **Iraku, Čečeniji i Avganistanu** na strani islamista. Kada ih zarobe, iračke vlasti ih prema svojim navodima obično puštaju jer ih smatraju bliskim Zapadu.

**Finansijeri** su različiti, ali ciljevi svih organizacija su isti. Tako na primer Saudijski komitet udružene pomoći za Čečeniju i Kosovo (SJRC) od početka finansira mudžahedinsku borbenu formaciju Abu Bekir Sadik i vahabite, dok sledbenike Hezbollaha finansira Iran. Okretanje albanskih ekstremista na Kosovu sve više ka islamizmu praćeno je i **kriminalnim samofinansiranjem**. Nekadašnji članovi OVK su danas glavni kriminalci u domenu trgovine ljudima, pre svega prostitutkama sa Istoka za potrebe oružanih snaga međunarodne zajednice smeštenih na Kosovu, ali njima snabdevaju i kriminalnu mrežu Evrope uopšte.

Na **Kosovu** i u **Makedoniji** odavno deluje kriminalna grupa koja zajedno sa bugarskim kriminalcima prebacuje čak i avganistanske talibane u Mađarsku, Slovačku i Češku.

Nekadašnjim teroristima je danas na Kosovu prećutno dozvoljno **uzgajanje kanabisa na velikim površinama**. Oni to rade u saradnji sa proizvođačima droge iz Avganistana i Pakistana. Ako je Avganistan danas zemlja maka, Kosovo je zemlja kanabisa. Ne samo zbog proizvodnje, već daleko više zbog trgovine ovom vrstom droge. No, Kosovo je danas jedno od najsiromašnijih područja u Evropi i droga donosi prosperitet. Tamo gde prolazi droga na Kosovu, vidljivi su znaci blagostanja stanovništva. Samo desetak kilometara dalje caruje beda. Procenjuje se da otprilike 30 „porodica“ sa ukupno 5.000 ljudi na Kosovu veoma značajno profitira od droge. Sve one su rodbinski povezane sa vrhovima političke vlasti na Kosovu. Sedam od tih porodica je tesno povezano sa islamističkom terorističkom mrežom na Bliskom Istoku, a sve imaju kontakte sa islamistima. To sve utiče da proislamističko raspoloženje bubri u iščekivanju da Kosovo postane stvarno nezavisno, što za albanske ekstremiste znači nezavisno i od Zapada, a ne samo od Srbije pa da se onda to raspoloženje ispolji svom žestinom.

Tradicionalan **šverc oružjem** na Kosovu danas je ogledalo simbiotičkog odnosa terorista i kriminalaca. **Kurdski teroristi** se sve više snabdevaju oružjem od kosovskih Albanaca, a oni od njih drogom. Nema sumnje da ih povezuje i **islam** kao garancija uzajamne solidarnosti.

Da veze Al Kaide sa Kosovom jačaju i da islamistički teroristi smatraju da su na Kosovu sigurni pokazuje i to što se Marokanac **Abdelmadžid Bušar**, koji je glavni osumnjičeni za teroristički napad u **Madridu**, bio zaputio 11. marta 2004. vozom iz Mađarske preko centralne Srbije ka Kosovu bez ikakvih ličnih dokumenata, ali ga je uhapsila srpska policija i potom ga je Srbija isporučila Španiji.

U želji da pokažu da je OVK nacionalistička, a ne islamistička teroristička organizacija, neki obaveštajni zapadni analitičari su preterivali, pa je ispadalo da su Albanci sa Kosova maltene ateisti, iako su u bivšoj Jugoslaviji **najžešći vernici** bili upravo oni. Vojska FNRJ je sa njima vodila rat do početka 50-ih zbog skidanja feredža i mnogoženstva i na kraju se to završilo kompromisom. Feredže su skinute, a bigamija je ostala. Ima li većeg dokaza kosovskih Albanaca o čvrstoj veri u islam od toga.

Primedbe da je broj Albanaca ekstremista i potencijalnih terorista mali i da je zato i potencijalna opasnost od njih mala se ne mogu uzeti u obzir kao validne, jer nijedna teroristička grupa nije mala pošto je dovoljan i vrlo mali broj terorista da napravi veliku štetu. Uz to, Albanci su vrlo povezani po plemenskoj i srodničkoj osnovi. Sve više im je meta Zapad, a Balkan im je samo baza odakle kreću u napade, iako će doći i dan kada će i po Kosovu albanski ekstremisti početi napadati sve što je Zapadno. Srbiju smatraju poraženom, ali to ne znači da će je poštediti u budućnosti. Kad je reč o ekstremizmu i terorizmu na Balkanu, Zapad mora da se suoči sa gorkom istinom – Albanci jesu miljenici Zapada kao što su bili juče i Bošnjaci, ali Zapadnjaci nisu miljenici Albanaca baš kao što više nisu miljenici Bošnjaka, niti će to ikada biti. Bar su na Bliskom istoku Amerikanci mogli naučiti da je **vera jača od osećanja zahvalnosti**.

Realno uzev, nisu, niti mogu biti svi muslimani na Balkanu fanatici. Ali, neki od njih to svakako jesu i Amerika će se kao i ostatak sveta kad-tad uveriti da je opasnost od njih veća nego od Arapa, iz prostog razloga sto se radi o belcima koji nisu sumnjivi na prvi pogled. Boja kože pak u islamu ne znači ništa. Oni su svi jedna nacija. Nije više tajna da je **bela Al Kaida** sve više prisutna ne u Evropi, nego u Americi.

**Albanci muslimani** su 2007. u SAD bili ključni akteri velike islamističke zavere i drastičnog primera „**samoniklog terorizma**“ („homegrown terrorism“), sa ciljem da ubijaju američke vojnike u vojnim bazama na tlu SAD, pre svega u bazi Fort Diks i činili su 2/3 članova uhapšene terorističke grupe.

Ova grupa radikalnih islamista iz Južnog Džersija koju su činili **kosovski Albanac Agron Abdulahu, makedonski Albanci braća Driton, Eljvir i Šain Duka, Turčin Serdar Tatar, legalno nastanjen u SAD i Mohamed Šnever, američki državljani rođen u Jordanu**, su tokom 2006/07 vršili pripreme za terorističke napade na **američke kasarne da bi ubili što više američkih vojnika**. Bili su spremni, kako su izjavili, da se „žrtvuju za Boga u ime džihada“. U tom cilju su uvežbavali gađanje iz vatrenog oružja u pustarama oblasti Pokono (Pocono Mountains) u Pensilvaniji. U ozbiljnoj policijskoj akciji praćenja ove grupe koja je trajala sedamnaest meseci, FBI je uspeo da ugradi dvojicu svojih tajnih saradnika u grupu, od kojih je jedan (zvani Besnik) bio bivši član OVK, pa je na osnovu prikupljenih čvrstih dokaza ova tero-

ristička grupa uhapšena početkom maja 2007, u momentu kada su uhapšeni pokušavali da nabave ručne bacače kako bi, predstavljajući se kao raznosiči pica, razneli vojnu bazu Fort Diks (Fort Dix). Snimci kojima raspolaže FBI nedvosmisleno potvrđuju da se radi o **radikalnim islamistima** koji su se nadahnjivali propagandnim materijalom Al Kaide i sebe doživljavali kao **ratnike džihada**. U njihovim računarima je pronađena ogromna količina islamističkih materijala, uključujući i Ladenove fatve u kojima se poziva na sveti rat. Mobilisani su za akciju putem interneta. Napad na bazu su uvežbavali vičući „Alahu ekber“ (Bog je veliki) i kličući džihadu. **Paradoksalno** je da su ovi ljudi kojima su SAD pružile ne samo novi dom, već i posao i sigurnost, pa i političku podršku njihovom narodu, iskazali krajnju nezahvalnost i mržnju prema Americi tako što su za prvu metu svog napada izabrali baš vojnu bazu Fort Diks u kojoj je 1999. **Hilari Clinton** u svojstvu supruge tadašnjeg predsednika SAD, lično dočekivala i pozdravljala na **hiljade albanskih izbeglica** koje bi potom tamo bile i smeštene. Osim toga, hteli su da ubiju i predsednika SAD **Džordža Buša** i u te svrhe je Eljvir Duka planirao atentat pomoću snajperske puške.

U materijalima tužilaštva su pohranjeni i iskazi uhapšenih iz kojih se vidi da je u pitanju bila ozbiljno planirana teroristička aktivnost. Dritan Duka je primera radi, hteo da se prijavi u američku vojsku kako bi došao u situaciju da „iznutra“ pobije što više američkih vojnika. Oružje je za grupu nabavljao Abdulahu, emigrant sa **Kosova** koji ih je obučavao u gađanju vatrenim oružjem. Materijali FBI pokazuju ne samo stepen mržnje koji je povezivao ovu grupu u ratnike džihada, već i stepen njihovog oduševljenja Ladenom, Al Kaidom i talibanima. Da su sebe smatrali ravnopravnim delom islamističke terorističke mreže, pokazuju snimci njihovih razgovora, kao kad na primer Dritan Duka kaže svom bratu „Talibani napreduju veličanstveno i ja ti sa zadovoljstvom donosim vesti da **mi dobijamo rat** (*podvukao D. S.*)“.

Koliki je bio njihov fanatizam vidi se i iz informacije tužilaštva da je kosovski Albanac Agron Abdulahu nakon hapšenja po svojoj ćeliji crtao kalašnjikove koji bljuju vatru na FBI, što se može oceniti kao ideološki nastavak borbe. Čak ni u zatvoru nisu prestali da vode džihad.

U prvoj polovini 2009. godine izrečene su dvojici članova te grupe **presude doživotnog zatvora**, dok se ostalima još sudi, čime je američka država pokazala da nema nikakve milosti prema onima koji je ugrožavaju.

U javnosti je pokušano da se ovaj slučaj dovede u vezu sa slučajem nasilja koji su u martu 2008. izvršila dvojica mlađih Albanaca (braća Imer i Nesret Gaši) zajedno sa Bošnjakom Arminom Puškarom. Ova dvojica albanskih mladića koji su kasnih 90-tih došli u SAD sa Kosova kao izbeglice, kao i njihov vršnjak iz BiH, su u Kentvudu, u Zapadnom Mičigenu, unesrećili jednu američku porodicu višestrukim i grupnim silovanjem njihove maloletne ćerke u njenom domu iskoristivši njeno poverenje.

Međutim, istraga nije ukazala na političke motive ovoga zločina. Jedina sličnost sa slučajem iz Džersija je to što su ti mladi muslimani takođe duboko povredili čast i sigurnost zemlje koja im je nesebično pružila trajno gostoprimstvo. Pokušaj povezivanja ovih slučajeva ukazuje na povišenu senzibilnost javnosti prema aktima nasilja koje čine muslimani, što takođe sa svoje strane nije dobro.

Interesantno je da su američki mediji sve vreme, i u slučaju uhapšenih terorista, i u slučaju silovatelja iste nazivali „licima iz bivše Jugoslavije“, a ne Albancima ili Bošnjacima što je inače običaj kad se piše o njima kao žrtvama. Time je naneta šteta svim građanima bivše Jugoslavije od Slovenaca, Hrvata do Makedonaca. Ono što počinioce delikata vezuje jeste i to da su svi muslimanske veroispovesti, a to takođe nije pominjano.

Na Kosovu imamo, kao i u Albaniji i u Makedoniji **obnovu religioznosti i versku netoleranciju**. U sve te tri sredine je za poslednjih petnaestak godina podignuto na stotine novih džamija i drugih sakralnih islamskih objekata. Ako se taj podatak dovede u vezu sa činjenicom da je u isto vreme na Kosovu i u Makedoniji srušeno, oštećeno i oskrnavljeno na stotine hrišćanskih verskih objekata i spomenika, iz toga sledi i zaključak da ta obnova religioznosti ima i svoju militantnu dimenziju i da ne predstavlja tek samo puko korišćenje prava na ispovedanje vere u građanskom društvu. Povratak svojim islamskim korenima jedan deo muslimanskog življa na Balkanu očigledno doživljava kao učešće u svojevršnom verskom ratu, tim pre što se radi o regionu u kome bi bilo korisno graditi i bolnice, škole i puteve, kao nešto što mu još uvek izrazito nedostaje. Ovde jeste reč o **nasilničkoj radikalizaciji**, ali ne toliko putem interneta, koliko klasičnim propagandnim metodima. Od nje do „homegrown“ terorizma uvek je samo jedan korak.

## D) ZAKLJUČAK

Nepreciznost i raznovrsnost u korišćenju termina „homegrown“ terorizam koja je dovela do niza problema u njegovom pojmovnom određenju, pogotovu u pogleda njegovog mesta i njegovih aktera, vezivanje tog termina isključivo za islamistički domaći terorizam i samo za Zapadne zemlje, neuzimanje u obzir iskustvo „homegrown“ terorizma iz drugih sredina, recimo Balkana učinilo je i izraz „homegrown“ terorizam i njegovu naučnu upotrebu relativno problematičnim. To je ujedno doprinelo i stvaranju i sve češćem korišćenju sub-termina kojima se nastojala nadoknadi ti njegova definiciona insuficijentnost.

Primer Balkana pokazuje da „homegrown“ terorizam ne samo da može postojati i u drugim sredinama, već da je on mnogo kompleksnija pojava nego što se na početku njegovog rađanja pretpostavljalo. Naime, njega specifične sredine kao što je Balkan generiraju kao specifičnu pojavu. To je sa jedne strane dodatni izazov za savesne istraživače fenomena terorizma, a sa druge strane to nesumnjivo otežava identifikaciju neke pojave kao „homegrown“ terorizma. Pored toga, na putu toj identifikaciji svakako stoje i ozbiljni politički razlozi.

## LITERATURA

1. Text of H. R. 1955 [110th]: *Violent Radicalization and Homegrown Terrorism Prevention Act of 2007*
2. TE-SAT 2009 EU TERRORISM SITUATION AND TREND REPORT
3. Kimberley L. Thachuk, Marion E. „Spike“ Bowman, and Courtney Richardson: *Homegrown Terrorism The Threat Within*, Center for Technology and National Security Policy, National Defense University, May 2008

4. Bartosz Stanislawski, *Flexible Intelligence Against Elusive Threats: Evolution of Transnational Criminal/Terrorist Organizations and the Rising Challenges to Intelligence Gathering*, ISA 46<sup>th</sup> A.C., March, 2005.
5. „*Homegrown Terrorism and Radicalisation in the Netherlands: Experiences, Explanations and Approaches*,“ Testimony by Lidewijde Ongerling, Dutch Deputy National Coordinator for Counterterrorism to the U.S. Senate Homeland Security and Governmental Affairs Committee, June 27, 2007.
6. Dragan Simeunović, *Terorizam*, Pravni fakultet, 2009, str. 219
7. „*Protecting America from Terrorist Attack*“, Speech by FBI Director Robert Mueller at City Club of Cleveland, Friday, June 23, 2006.
8. Raffi Khatchadourian, „*Azzam the American*“, *The New Yorker*, January 22, 2007.
9. Research report funded by the Danish Ministry of Justice By Tomas Precht, *Homegrown terrorism and Islamist radicalisation in Europe*, Denmark, 2007.
10. Joseph Lieberman, Chairman Susan Collins, *Violent Islamist Extremism, The Internet, and the Homegrown Terrorist Threat*, United States Senate Committee on Homeland Security and Governmental Affairs Majority, USA, 2008.

*Dragan Simeunović*

Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

## PROBLEMS OF DEFINING „HOMEGROWN“ TERRORISM AND HIS IDENTIFICATION IN THE BALKANS

### SUMMARY

The main idea of this paper is to show the problems of definition concerning homegrown terrorism. Usually, homegrown terrorism is connected with the promotion of violent radicalization and different forms of ideologically based violence. The term 'violent radicalization' means the process of adopting or promoting an extremist belief system for the purpose of facilitating ideologically based violence to advance political, religious, or social change. The Internet especially has aided in facilitating violent radicalization and the process of homegrown terrorism in the United States by providing access to broad and constant streams of terrorist-related propaganda to citizens of the United States. Individuals prone to violent radicalization, homegrown terrorism, and ideologically based violence span all races, ethnicities, and religious beliefs. Understanding the motivational factors that lead to violent radicalization and homegrown terrorism or other forms of ideologically based violence is a vital step towards eradicating these threats.

In books and articles focused on the problem of homegrown terrorism, authors from different countries mostly describe this kind of terrorism in very different ways. It produced the following definitional problems: the problem of place, the problem of actors of homegrown terrorism, and both – the „islamization“ and the „westernization“ of the term homegrown terrorism. Narrowing the meaning leads to the creation of sub-terms as well.

The USA and Europe give a lot of attention to Islamic terrorism because of everything that has recently happened. One of the specific characteristics of homegrown terrorism is the organization of small groups, consisting of only some few „domestic“ members. They are linked with the world of Islamic extremism only virtually, through video tapes and the Internet. But, there is homegrown terrorism in other regions as well, for example in the Balkans. The main characteristic of homegrown terrorism in the Balkans and in other nonwestern regions and countries is its specific low action profile and its strong connection with the world of organized crime.

**Key words:** „homegrown“ terrorism, Balkans, violent radicalization, islamistic terrorism, definition of terrorism.

*Dorđe M. Dorđević\**

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

## AKTUELNI PROBLEMI ODMERAVANJA KAZNE U NAŠEM KRIVIČNOM PRAVU

**Apstrakt:** Sistem kazni u našem krivičnom zakonodavstvu pretrpeo je značajne izmene donošenjem Krivičnog zakonika Srbije 2005. godine i njegovim izmenama i dopunama 2009. godine. Uvedene su nove kazne (rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole) i propisana nova pravila za njihovo odmeravanje kao i za odmeravanje postojećih vrsta kazni. Doneta su i nova rešenja po pitanju ublažavanja kazne i oslobođenja od kazne. Sve to otvorilo je nove, dodatne mogućnosti za odmeravanje kazne i njeno što bolje prilagođavanje učinjenom delu i njegovom učiniocu, ali stvorilo i nove probleme i nedoumice prilikom odmeravanja kazne. Stoga je neophodno njihovo što brže i adekvatnije rešavanje, ne samo kroz doslednu primenu novih propisa, već i kroz iznalazjenje novih, celishodnijih rešenja ovih pitanja prilikom eventualnih izmena i dopuna Krivičnog zakonika.

**Ključne reči:** krivični zakonik, nove kazne, odmeravanje kazne, ublažavanje kazne, oslobođenje od kazne.

1. Donošenjem Krivičnog zakonika iz 2005. godine i njegovim kasnijim izmenama i dopunama sistem kazni u našem krivičnom zakonodavstvu doživeo je značajne izmene, što je za posledicu imalo i mnoge promene u pravilima za njihovo odmeravanje. Pored toga, pojavili su se i neki problemi u vezi sa odmeravanjem novih kazni koji u odredbama Krivičnog zakonika nisu dobili odgovarajuća rešenja.

Sistem kazni je proširen tako što je pored dve kazne koje su i ranije postojale (kazna zatvora i novčana kazna), koje su doživele značajnije izmene u pogledu njihovih okvira, obogaćen sa još dve nove kazne, radom u javnom interesu i oduzimanjem vozačke dozvole. To je izazvalo i izmene odredaba o odmeravanju ranije postojećih kazni kao i potrebu da se predvide odredbe o odmeravanju novopropisanih kazni, što je odgovarajućim izmenama i dopunama odredaba o odmeravanju kazne delimično i učinjeno, ali su neka pitanja ostala bez odgovarajućeg rešenja.

2. Zakonik je zadržao kaznu zatvora kao jedinu kaznu lišenja slobode. Njeni okviri su promenjeni, tako da se ona može propisivati i izricati u rasponu od trideset dana do dvadeset godina, a za najteža krivična dela i najteže oblike teških krivičnih dela može se izreći i u rasponu od trideset do četrdeset godina, s tim da ovaj povišeni raspon kazne zatvora može biti propisan samo alternativno sa kaznom zatvora određenom u svom osnovnom zakonskom okviru (do dvadeset godina).

Osnovni okvir kazne zatvora sa maksimumom od dvadeset godina odgovara nekim našim ranijim rešenjima (KZ iz 1951), a viši je od rešenja po KZ SFRJ, KZ

\* redovni profesor, djordje.djordjevic@kpa.edu.rs



SRJ i OKZ Srbije koji je iznosio petnaest godina. Ovakav kazneni maksimum predviđen je i u većem broju krivičnih zakonika drugih zemalja, kao što je to, na primer, slučaj u KZ Austrije,<sup>1</sup> KZ Švajcarske,<sup>2</sup> KZ Danske,<sup>3</sup> KZ Grčke,<sup>4</sup> KZ Bugarske<sup>5</sup> i dr. Međutim, u nekim zemljama je taj maksimum niži, na primer, u KZ Nemačke (15 godina),<sup>6</sup> KZ Švedske (10 godina),<sup>7</sup> ali je u nekim zemljama i viši, na primer, u KZ Italije (24 godine),<sup>8</sup> KZ Francuske (30 godina),<sup>9</sup> KZ Rumunije (30 godina)<sup>10</sup> i dr, pri čemu neke od navedenih zemalja imaju i kaznu doživotnog lišenja slobode.

Povišena kazna zatvora od četrdeset godina ranije nije postojala, ali je uneta u KZ SRJ odnosno u OKZ Srbije posle ukidanja smrtne kazne u našem krivičnom zakonodavstvu i bila je fiksirana u trajanju od četrdeset godina.

Predviđanje povišenog kaznenog okvira ili fiksno povišene kazne kao zamene za smrtnu kaznu karakteristično je za krivične zakonike bivših jugoslovenskih republika. Inače, u uporednom krivičnom zakonodavstvu za najteža krivična dela predviđaju se četiri rešenja: smrtna kazna, doživotno lišenje slobode, povišena kazna lišenja slobode i kazna lišenja slobode do opšteg maksimuma te kazne.

Prema prvom, za takve slučajeve predviđena je smrtna kazna, kao što je to, na primer, u SAD,<sup>11</sup> Kini, Japanu, Indiji, kao i u izvesnom broju drugih zemalja.<sup>12</sup>

U nekim zemljama u kojima je smrtna kazna ukinuta za najteža krivična dela primenjuje se kazna doživotnog lišenja slobode, što je, na primer, predeviđeno u KZ Francuske,<sup>13</sup> KZ Nemačke,<sup>14</sup> KZ Ruske federacije,<sup>15</sup> KZ Italije,<sup>16</sup> KZ Austrije,<sup>17</sup> KZ Švajcarske,<sup>18</sup> KZ Švedske,<sup>19</sup> KZ Bugarske<sup>20</sup> i dr.

1 Foregger E, Serini E: Strafgesetzbuch StGB, IX Auflage, Wien, 1989, str. 24.

2 Schweizerisches Strafgesetzbuch, herausgegeben von der Bundeskanzlei, 1997, str. 8.

3 Langsted L. B, Garde P, Greve V: Criminal Law Denmark, Kopenhagen, 1998, str. 101.

4 Krivični zakonik Grčke, izd. Instituta za uporedno pravo, Beograd, 1957, str. 11.

5 Наказателен кодекс, Солотон, 1995, str. 18.

6 Straftgesetzbuch ... und weitere Vorschriften des Nebenstrafrechts, 30. Aufl, Beck C.H München, 1995, str. 85.

7 The Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990, str. 13.

8 Marino R, Gatti G: Codice penale et leggi complementari, Napoli, 1992, str. 54–55.

9 Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents” dirigé par J. C. Zylberstein, Paris, 1993, str. 202–203.

10 Codul penal si codul de procedura penala, Global print, Bucuresti, 1998, str. Str. 25.

11 smrtna kazna se primenjuje samo u nekim od država SAD

12 Lazarević M: Smrtna kazna u svetu i kod nas, "Politika", 5.1.2007, str. 5.

13 Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents” dirigé par J. C. Zylberstein, Paris, 1993, str. 202.

14 Straftgesetzbuch ... und weitere Vorschriften des Nebenstrafrechts, 30. Aufl, Beck C.H München, 1995, str. 23.

15 Скуратов Ю. И, Лебедев В. М: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации, Москва, 1996, str. 96–98.

16 Marino R, Gatti G: Codice penale et leggi complementari, Napoli, 1992, str. 54–55.

17 Foregger E, Serini E: Strafgesetzbuch StGB, IX Auflage, Wien, 1989, str. 24.

18 Schweizerisches Strafgesetzbuch, herausgegeben von der Bundeskanzlei, 1997, str. 8.

19 The Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990, str. 85.

20 Наказателен кодекс, Солотон, 1995, str. 18.

Neke države koje nemaju smrtnu kaznu, a isto tako ni kaznu lišenja slobode u doživotnom trajanju, imaju u svojim krivičnim zakonicima za najteža krivična dela predviđenu mogućnost primene povišenog opšteg maksimuma kazne lišenja slobode ili izricanja ove kazne u višem zakonom predviđenom trajanju. Takve mogućnosti predviđene su u KZ Španije,<sup>21</sup> KZ Portugalije,<sup>22</sup> KZ Danske,<sup>23</sup> KZ Mađarske,<sup>24</sup> KZ Norveške<sup>25</sup> i dr, kao i u većini krivičnih zakonika bivših jugoslovenskih republika. Takvu mogućnost predviđaju i krivični zakonici nekih zemalja koji za najteža krivična dela predviđaju i kaznu lišenja slobode u doživotnom trajanju, kao što je to, na primer, slučaj u KZ Ruske federacije,<sup>26</sup> KZ Mađarske,<sup>27</sup> i dr.

Najzad, u nekim zemljama koje nemaju ni smrtnu kaznu, ni doživotno lišenje slobode, ni povišeni opšti maksimum kazne lišenja slobode za najteža krivična dela, kazne se za ova dela izriču do redovnog opšteg maksimuma kazne lišenja slobode koji je predviđen u njihovim krivičnim zakonicima. To je, na primer, slučaj sa KZ Rumunije<sup>28</sup> i dr.

Cilj povišene kazne zatvora bio je da se kao zamena za smrtnu kaznu za najteža krivična dela predvidi neka druga teška kazna, a da se izbegne kazna lišenja slobode u doživotnom trajanju.

U pogledu odmeravanja kazne zatvora Krivični zakonik nije predvideo nikakva nova rešenja pa tako ostaje njeno odmeravanje na osnovu opštih pravila o odmeravanju kazne u našem krivičnom pravu tako da se ova kazna ima odmeravati u zakonom predviđenim okvirima, uzimajući u obzir sve u konkretnom slučaju postojeće olakšavajuće i otežavajuće okolnosti i imajući u vidu ostvarivanje svrhe kažnjavanja kao generalne i specijalne prevencije izražene u čl. 54. KZ. Međutim, ostala su otvorena dva pitanja: prvo, po kom kriterijumu će se sud odlučiti za izricanje kazne zatvora u redovnom okviru do dvadeset godina ili u posebnom, težem okviru od trideset do četrdeset godina, i drugo, zašto je kod ovako širokih mogućnosti odmeravanja kazne zatvora za najteže slučajeve izostavljen interval od dvadeset do trideset godina u kom se kazna zatvora ne može odmeriti.

Prvi problem, da li kaznu odmeriti do dvadeset godina ili između trideset i četrdeset godina, stvara teškoće u onim slučajevima kada su težina dela i opasnost učinoca takvi da ima razloga za opredeljenje suda za jednu ili drugu mogućnost, a sud mora da se opredeli za jedno od dva rešenja između kojih je razlika deset godina. Ovo utoliko pre što pri odluci za težu kaznu sud opet ima mogućnosti da na osnovu olakšavajućih i otežavajućih okolnosti odmeri manju ili veću kaznu u rasponu između trideset i četrdeset godina, dok u rasponu između dvadeset i trideset godina tu mogućnost nema.

21 Valle Muniz J. M, Morales Garcia O, Fernandes Palma R: *Codigo penal y Leyes Penales Especiales*, Editorial, 1997, str. 125.

22 *Codigo Penal*, 3. edicao, Coimbra Editora, 1997, str. 59.

23 Langsted L. B, Garde P, Greve V: *Criminal Law Denmark*, Kopenhagen, 1998, str. 101.

24 *Revue de droit Hongrois*, No. 1-2/1980, str. 34.

25 Walford R: *General Civil Penal Code*, Norwegian Ministry of Justice, Oslo, 1995, str. 4.

26 Скуратов Ю. И, Лебедев В. М: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации*, Москва, 1996, str. 96-98.

27 *Revue de droit Hongrois*, No. 1-2/1980, str. 34.

28 *Codul penal si codul de procedura penala*, Global print, Bucuresti, 1998

To otvara i drugo pitanje, zašto je kazna zatvora propisana u dva intervala između kojih postoji razmak od deset godina koji se ne može koristiti za utvrđivanje adekvatne kazne. Čini se da je bilo bolje predvideti jedan dovoljno širok okvir kazne zatvora, a odredbama posebnog dela krivičnog prava određivati do koje visine se može odmeriti za svako pojedino krivično delo i pod kojim uslovima. Druga mogućnost rešenja problema odmeravanja kazne zatvora za najteža krivična dela, ako se već htelo da to bude neki izuzetak od opšteg pravila, bila je da se kao redovni, opšti maksimum kazne zatvora odredi dvadeset godina, a da izuzetno, za najteža krivična dela i najteže oblike teških krivičnih dela, posebni maksimum bude četrdeset godina.

Usvajanjem jednog od navedenih rešenja omogućilo bi se da se kazna za najteže slučajeve učinjenih krivičnih dela adekvatno odmeri u širokom okviru koji bi davao najširu mogućnost za individualizaciju kazne imajući u vidu težinu konkretno učinjenog krivičnog dela kao i ličnost njegovog učinioca.

3. Krivični zakonik je zadržao novčanu kaznu koja, kao i ranije, može biti izrečena i kao glavna i kao sporedna kazna, ali je predvideo nova pravila o njenom odmeravanju, usvojivši pri tome i dva načina odmeravanja ove kazne.

Prvi predviđeni način odmeravanja, što bi trebalo shvatiti kao osnovni koji se po pravilu primenjuje, je odmeravanje novčane kazne u dnevnim iznosima. Ovaj način odmeravanja novčane kazne usvojen je u novijem krivičnom zakonodavstvu nekih država, kao što je to, na primer, slučaj u KZ Francuske,<sup>29</sup> KZ Nemačke,<sup>30</sup> KZ Austrije,<sup>31</sup> KZ Norveške,<sup>32</sup> KZ Slovenije,<sup>33</sup> KZ Hrvatske<sup>34</sup> i dr, dok neki krivični zakonici predviđaju ovakav način odmeravanja kazne ali i mogućnost da se ona u nekim slučajevima odmerava u fiksnom iznosu. Ovakva rešenja predviđena su, na primer, u KZ Švedske,<sup>35</sup> KZ Danske,<sup>36</sup> KZ Francuske,<sup>37</sup> kao i u KZ Crne Gore,<sup>38</sup> KZ Makedonije<sup>39</sup> i u svim krivičnim zakoncima u BiH (KZ BiH, KZ Republike Srpske, KZ FBiH i KZ Distrikta Brčko).<sup>40</sup>

Smisao ovakvog načina odmeravanja je da se visina odmerene novčane kazne prilagodi imovnom stanju osuđenog kako bi ta kazna podjednako pogađala različita osuđena lica srazmerno njegovim imovinskim mogućnostima za njeno plaćanje i

29 Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents” dirigé par J. C. Zylinderstein, Paris, 1993, str. 203.

30 Straftgesetzbuch ... und weitere Vorschriften des Nebenstrafrechts, 30. Aufl, Beck C.H München, 1995, str. 38.

31 Foregger E, Serini E: Straftgesetzbuch StGB, IX Auflage, Wien, 1989, str. 25.

32 Walford R: General Civil Penal Code, Norwegian Ministry of Justice, Oslo, 1995, str. 5.

33 Uradni list Republike Slovenije, br. 63/1994, str. 3458.

34 Narodne novine, br. 110/1997, str. 3467.

35 The Swedish Penal Code, National Council for Crime Prevention, Stockholm, 1990, str. 83–84.

36 Langsted L. B, Garde P, Greve V: Criminal Law Denmark, Kopenhagen, 1998, str. 101.

37 Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents” dirigé par J. C. Zylinderstein, Paris, 1993, str. 203.

38 Službeni list Republike Crne Gore, br. 70/2003, str. 4–5.

39 Службени весник на Република Македонија, br. 37/1996, str. 36.

40 Babić M, Marković I: Krivično pravo, opšti deo, Banja Luka, 2008, str. 397–400; Petrović D, Jovašević D: Krivično/kazneno pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2005, str. 299–303.

postigao isti učinak izrečene kazne za svakog osuđenog. Kod ovakvog odmeravanja novčane kazne, koje se inače u pogledu broja dana novčane kazne odmerava po opštim pravilima o odmeravanju kazne, razlika u pogledu njene ukupne visine (koja treba da je prilagođena imovnom stanju osuđenog lica), postiže se određivanjem novčane vrednosti jednog dana novčane kazne. Krivični zakonik predviđa da se vrednost jednog dana novčane kazne utvrđuje „tako što se razlika između prihoda i nužnih rashoda učinioca krivičnog dela u protekloj kalendarskoj godini podeli sa brojem dana u godini. Jedan dnevni iznos ne može biti manji od petsto dinara, niti veći od pedeset hiljada dinara.“ (član 49, stav 3. KZ). Međutim, „ukoliko se ne mogu pribaviti verodostojni podaci o prihodima i rashodima učinioca krivičnog dela, ili ukoliko on ne ostvaruje nikakav prihod, ali je vlasnik imovine ili nosilac imovinskih prava, sud će na osnovu raspoloživih podataka po slobodnoj proceni utvrditi visinu jednog dnevnog iznosa novčane kazne.“ (član 49, stav 5. KZ).

Kod ovakvog načina odmeravanja novčane kazne postavlja se pitanje, između ostalog, i šta se smatra „nužnim rashodom“ (na primer, otplata kredita u zavisnosti od toga zašta je kredit uzet, troškovi izdržavanja članova porodice ukoliko oni imaju svoje značajnije prihode, troškovi za godišnji odmor, ako se radi o skupim putovanjima i dr). Problem može da predstavlja i to što u slučaju kada se za učinioca kome se odmerava kazna ne mogu pribaviti verodostojni podaci o prihodima ili ako nema prihode, ali ima imovinu ili imovinska prava, sud može slobodno proceniti njegove imovinske mogućnosti. Međutim, ako učinilac ima prihode nije predviđena mogućnost da sud pored prihoda za određivanje vrednosti dana novčane kazne uzme u obzir, pored prihoda, i vrednost imovine kojom učinilac raspolaze.

Drugi način odmeravanja novčane kazne predviđen je „ako nije moguće utvrditi visinu dnevnog iznosa novčane kazne ni na osnovu slobodne procene suda (član 49. stav 5), ili bi pribavljanje takvih podataka znatno produžilo trajanje krivičnog postupka“, u kom slučaju će „sud izreći novčanu kaznu u određenom iznosu u okviru propisane najmanje i najveće mere novčane kazne“ (član 50, stav 1. KZ). To je odmeravanje kazne po oceni suda na osnovu opštih pravila o odmeravanju kazne u fiksnom iznosu, a u okvirima posebnog minimuma i maksimuma propisanog za konkretno krivično delo. Ovakav način odmeravanja novčane kazne postojao je do sada u našem krivičnom zakonodavstvu kao jedini. Čudno je, međutim, da je Krivični zakonik ipak prihvatio i ovakav način odmeravanja novčane kazne u navedenim slučajevima, ali je izostavio odredbu koja je ranije postojala da je sud pri ovakvom načinu odmeravanja novčane kazne dužan da uzme u obzir imovno stanje učinioca, što se sada u nedostatku izričite odredbe može samo pretpostaviti ili se može uzeti u obzir pri oceni ličnih prilika učinioca kao jedne od olakšavajućih i otežavajućih okolnosti pri odmeravanju kazne (član 54. KZ).

Predviđanje dva načina odmeravanja novčane kazne stvorilo je neke nove probleme kako u pogledu same sadržine ove kazne, tako i u pogledu njenog odmeravanja. Za samu sadržinu novčane kazne bitan je iznos u kome se ova kazna može izreći, ne samo za konkretno krivično delo (što može da zavisi od mnogih okolnosti), već i opšte pravilo o njenom minimumu i maksimumu, što treba da zavisi od kaznene politike zakonodavca, a ni u kom slučaju od načina odmeravanja ove

kazne. Međutim, zakonodavac je upravo u ovoj stvari usvojio zakonska rešenja koja nisu dovoljno razumljiva, pa ni opravdana. Naime, minimalni i maksimalni iznos novčane kazne (opšti minimum i maksimum) nisu isti ako se uzmu u obzir predviđena dva načina odmeravanja. Tako ako se novčana kazna odmerava na dane (po članu 49. KZ) njen najmanji iznos (10 dana po 500 dinara) može da iznosi 5.000 dinara, a najveći iznos (360 dana po 50.000 dinara) može da iznosi 18.000.000 dinara, a ako se novčana kazna izriče u fiksnom iznosu (po članu 50. KZ) njen minimum je 10.000 dinara, a maksimum je 1.000.000 dinara, a za krivična dela učinjena iz koristoljublja je 10.000.000 dinara. Na taj način i minimum i maksimum novčane kazne koju će sud izreći učiniocu može da zavisi i od toga da li je sud mogao da utvrdi prihode učinioca odnosno da odmeri novčanu kaznu na osnovu imovine ili bi pribavljanje potrebnih podataka znatno produžilo trajanje krivičnog postupka.

Problem može da predstavlja i to što pribavljanje svih relevantnih podataka o prihodima i rashodima učinioca najčešće predstavlja izvesno opterećenje za sud i produžava trajanje postupka, što može uticati na sud da se opredeli za drugi način odmeravanja novčane kazne koji treba da bude izuzetak, a ne pravilo.

4. Kazna rada u javnom interesu je nova kazna u našem krivičnom zakonodavstvu. Ona je poznata i u krivičnim zakonicima većeg broja zemalja, kao što je to slučaj u KZ Francuske,<sup>41</sup> KZ Ruske Federacije,<sup>42</sup> KZ Holandije,<sup>43</sup> KZ Norveške,<sup>44</sup> KZ Danske<sup>45</sup> i dr. Ova vrsta kazne predviđena je i u KZ Hrvatske,<sup>46</sup> KZ Bosne i Hercegovine, KZ Republike Srpske, KZ Federacije Bosne i Hercegovine, KZ Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine<sup>47</sup> i KZ Crne Gore.<sup>48</sup>

Ova kazna primenjuje se i kao glavna i kao sporedna kazna. Kao glavna kazna ona, prema svojoj koncepciji i uslovima za njeno izricanje, ima karakter zamene kazne zatvora, iako se prema formulaciji čl. 52. Zakonika ona pojavljuje i kao zamena za novčanu kaznu. Ova kazna najčešće nije u zakonu propisana ni za jedno određeno krivično delo, već se, prema opštim pravilima za njeno izricanje, može izreći umesto propisane kazne kod svih krivičnih dela kod kojih je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna. Zbog toga nisu propisani ni njeni posebni minimumi i maksimumi za pojedina krivična dela tako da se ona uvek odmerava u okviru njenog opšteg minimuma i maksimuma. Pri tome nije određena nikakva proporcija ove kazne koja će se izreći sa visinom propisane kazne zatvora (ili novčane kazne) za delo za koje se izriče. Ovakvo rešenje nije najsrećnije jer se pri njemu dopušta mogućnost da se kazna rada u javnom interesu odmerava u istim okviru-

41 Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents” dirigé par J. C. Zyliberstein, Paris, 1993, str. 203.

42 Скуратов Ю. И, Лебедев В. М: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации, Москва, 1996, str. 102–103.

43 Rayer L, Wadsworth S: The Dutch Penal Code, Littleton, Colorado, 1997, str. 38.

44 Walford R: General Civil Penal Code, Norwegian Ministry of Justice, Oslo, 1995, str. 5.

45 Langsted L. B, Garde P, Greve V: Criminal Law Denmark, Copenhagen, 1998, str. 99.

46 Narodne novine, br. 110/1997, str. 3467.

47 Službeni list Republike Crne Gore, br. 70/2003, str. 70.

48 Petrović D, Jovašević D: Krivično/kazneno pravo Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2005, str. 299.

ma opšteg zakonskog minimuma i maksimuma ove kazne kako za najlakša krivična dela (novčana kazna ili zatvor do šest meseci) tako i za najteža od krivičnih dela za koja se ova kazna može izreći (zatvor od šest meseci do tri godine). Ovo se teško može prihvatiti kao dobro rešenje, jer ne uzima u obzir težinu krivičnog dela koja se vidi iz propisane kazne za određeno delo, što nije u skladu sa osnovnim načelom da kazna treba da bude u srazmeri sa težinom krivičnog dela. To se samo donekle može popraviti primenom posebne odredbe o odmeravanju kazne rada u javnom interesu (čl. 52. st. 4) prema kojoj je pri odmeravanju ove kazne sud dužan da, imajući u vidu svrhu kažnjavanja, uzme „u obzir vrstu učinjenog krivičnog dela, ličnost učinioca, kao i njegovu spremnost da obavlja rad u javnom interesu.“ Zanimljivo je da prema ovoj odredbi, pri odmeravanju ove kazne sud uzima u obzir samo vrstu, a ne i težinu učinjenog krivičnog dela (što je možda redakcijski propust pri formulisanju ove odredbe). Razumljivo da pri odmeravanju ove kazne sud uzima u obzir i druge olakšavajuće i otežavajuće okolnosti (prema članu 54. Zakonika).

Slabost zakonskog rešenja koje se tiče uslova za izricanje ove kazne je i to što se kao kriterijum za mogućnost izricanja ove kazne uzima u zakonu propisana kazna za krivično delo (novčana kazna ili zatvor do tri godine), a ne odmerena kazna koju bi sud izrekao da se nije odlučio na zamenu kazne zatvora ili novčane kazne kaznom rada u javnom interesu i koju će izreći ako okrivljeni ne pristane na kaznu rada u javnom interesu, što mnogi krivični zakonici predviđaju kao uslov za primenu ove kazne. U tom smislu ova kazna se najčešće predviđa kao zamena za odmerenu kaznu zatvora, kao na primer, u KZ Norveške (§ 28),<sup>49</sup> KZ Holandije (čl. 22d)<sup>50</sup>, KZ Republike Srpske (čl. 34)<sup>51</sup> ili kao zamena za odmerenu kaznu zatvora ili novčanu kaznu, kao, na primer, u KZ Španije (čl. 88),<sup>52</sup> KZ Hrvatske (čl. 54)<sup>53</sup> i dr. Ovakvo rešenje je svakako mnogo bolje i pravičnije jer mogućnost primene kazne rada u javnom interesu zavisi od težine konkretno učinjenog krivičnog dela, a ne od apstraktno propisane kazne za određenu vrstu krivičnih dela u koju spada učinjeno delo koje u datoj situaciji može biti najlakši, ali i najteži mogući slučaj te vrste krivičnog dela. Pored toga rešenje predviđeno u Zakoniku slabo je i zbog toga što isključuje mogućnost primene kazne rada u javnom interesu i u najlakšim slučajevima krivičnih dela čiji je posebni zakonski maksimum preko tri godine zatvora, iako u konkretnom slučaju učinjeno delo predstavlja po svojoj konkretnoj težini sasvim lak slučaj. Štaviše u ovakvim slučajevima, prema Zakoniku, ne postoji mogućnost izricanja kazne rada u javnom interesu čak ni pri postojanju osnova za ublažavanje kazne (npr. dobrovoljni odustanak, pokušaj, izvršenje dela pod dejstvom kompulzivne sile ili pretnje ili u prekoračenju nužne odbrane i dr.).

Uvođenje kazne rada u javnom interesu kao zamene kazne zatvora, čime rad dobija karakter kazne, postavlja pitanje prihvatljivosti ovakvog kažnjavanja sa gledišta poštovanja ljudskih prava imajući u vidu naš Ustav kao i međunarodne konven-

49 Walford R: General Civil Penal Code, Norwegian Ministry of Justice, Oslo, 1995, str. 5.

50 Rayer L, Wadsworth S: op. cit. str. 52.

51 Babić M, Marković I: Krivično pravo, opšti deo, Banja Luka, 2008, str. 391.

52 Valle Muniz J. M, Morales Garcia O, Fernandes Palma R: op. cit. str. str. 124.

53 Narodne novine, br. 110/1997, str. 3468.

cije (Evropska konvencija o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda od 4. novembra 1950. i Međunarodna konvencija o zabrani prisilnog rada, br. 105. od 25. juna 1957. godine). Međutim, u vezi sa tim treba imati u vidu da svako kažnjavanje predstavlja i izvesno oduzimanje ili ograničavanje ljudskih prava (lična sloboda, sloboda kretanja i dr), a isto tako da i kazna zatvora sadrži obavezu rada za vreme njenog izvršenja,<sup>54</sup> te stoga ovo svakako ne predstavlja smetnju za uvođenje ove kazne u naš sistem krivičnih sankcija. Osim toga ovaj problem se rešava i time što se od osuđenika traži njegov dobrovoljni pristanak na ovu kaznu (član 52, stav 4, KZ). U tom smislu i KZ Norveške (§ 28)<sup>55</sup> i KZ Portugalije (čl. 58)<sup>56</sup> zahtevaju postojanje saglasnosti okrivljenog, KZ Francuske (čl. 131–3) predviđa da se rad u opštem interesu ne može izreći ako se okrivljeni tome protivi,<sup>57</sup> a KZ Holandije (čl. 22d) određuje da se ova kazna izriče na molbu okrivljenog.<sup>58</sup>

Zakonik je trajanje ove kazne odredio u okviru minimuma od šezdeset časova i maksimuma od trisetdeset časova, pri čemu su određeni i vremenski intervali u kojima se on mora izvršiti, tako da se on obavlja u trajanju od šezdeset časova mesečno, a u ukupnom vremenskom intervalu od najmanje mesec dana, a najviše šest meseci.

Odredbama Zakonika o trajanju i vremenu izvršavanja kazne rada u javnom interesu nije regulisano pitanje da li se obavljanje rada u javnom interesu usklađuje sa redovnim radnim obavezama koje osuđeni ima kako bi on za vreme izvršavanja ove kazne mogao nesmetano da obavlja svoje redovne dužnosti vezane za radni odnos na osnovu koga ostvaruje prihode za svoje izdržavanje i izdržavanje svoje porodice, što neki krivični zakonici predviđaju, kao na primer, KZ Francuske (131–8) koji određuje da osuđeni rad u opštem interesu obavlja uz svoj redovni posao,<sup>59</sup> dok KZ Ruske federacije (čl. 49) predviđa da se obavezni rad obavlja u slobodnom vremenu ili posle redovnog posla.<sup>60</sup> Ovo se pitanje može inače regulisati i odgovarajućim propisima koji se mogu doneti na osnovu Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (čl. 184).

Zakonik je kaznu rada u javnom interesu predvideo i kao sporednu kaznu, a i kao alternativu novčanoj kazni u slučaju kada osuđeni ovu kaznu ne plati u roku koji je određen presudom kojom mu je izrečena novčana kazna. Na taj način ona se pojavljuje i kao zamena kazni zatvora kojom se neplaćena novčana kazna zamenjuje, ali bi i u ovakvom slučaju bilo dosledno tražiti njegov pristanak, što u Zakoniku nije predviđeno.

U pogledu redovnog odmeravanja ove kazne Zakonik nije predvideo nikakva posebna pravila, tako da se i ova kazna odmerava prema opštim pravilima o odme-

54 Ignjatović Đ: Pravo izvršenja krivičnih sankcija, Beograd, 2006, str. 168; Milutinović M: Penologija, Beograd, 1977, str. 281. i sl; Atanacković D: Penologija, Beograd, 1988, str. 279;

55 Walford R: op. cit. str. 5.

56 Codigo penal, 3. edicao, Coimbra, Editora, str. 66

57 Nouveau Code pénal, Mode d'emploi, J. C. Zylberstein, str. 205.

58 Rayer L, Wadsworth S: op. cit. str. 52.

59 Nouveau Code pénal, Mode d'emploi, J. C. Zylberstein, str. 205.

60 Скуратов Ю. И, Лебедев В. М: op. cit. str. 102.

ravanju kazne iz člana 54. KZ. Ipak, čini se da bi kod ove kazne kod njenog odmeravanja u izvesnoj meri mogla da se uzme u obzir i vrsta rada koju će osuđenik biti dužan da obavlja, jer težina kazne sigurno zavisi i od te okolnosti.

5. Kazna oduzimanja vozačke dozvole je takođe nova kazna u Krivičnom zakoniku Republike Srbije koja do sada nije postojala u našem krivičnom zakonodavstvu. Ona, međutim, nije nepoznata u uporednom krivičnom pravu, jer je predviđaju neki savremeni krivični zakonici. Tako je, na primer, ova kazna predviđena u Krivičnom zakoniku Nemačke (čl. 44.),<sup>61</sup> Krivičnom zakoniku Francuske (čl. 131–6. t. 3. i 4, čl. 131–14. t.1. i čl. 131–16. t. 1),<sup>62</sup> Krivičnom zakoniku Španije (čl. 39. t. d, i čl. 47. t. 1),<sup>63</sup> Krivičnom zakoniku Portugalije (čl. 69.),<sup>64</sup> Krivičnom zakoniku Slovenije (čl. 39.)<sup>65</sup> i dr. U vezi sa tim treba imati u vidu da mnogi krivični zakonici predviđaju oduzimanje vozačke dozvole (odnosno zabranu upravljanja motornim vozilom) kao meru bezbednosti, dok neki (uz izvesne razlike u sadržini, uslovima za izricanje i trajanju) predviđaju oduzimanje vozačke dozvole (odnosno zabranu upravljanja motornim vozilom) i kao kaznu i kao meru bezbednosti (KZ Nemačke, KZ Slovenije), što je slučaj i u našem novom Krivičnom zakoniku.

Trajanje kazne oduzimanja vozačke dozvole prema Krivičnom zakoniku je od jedne do tri godine (mera bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom može trajati od tri meseca do pet godina). Iako ova kazna prema većini krivičnih zakonika koji je predviđaju ima znatno kraće trajanje (prema KZ Nemačke od 1 do 3 meseca,<sup>66</sup> prema KZ Portugalije od jednog meseca do jedne godine,<sup>67</sup> prema KZ Slovenije od tri meseca do tri godine<sup>68</sup>), rešenje predviđeno u Krivičnom zakoniku je prihvatljivo s obzirom da se ova kazna može izricati i kao glavna kazna za lakša krivična dela (do dve godine zatvora), u kom slučaju se ona pojavljuje i kao zamena za kaznu zatvora, zbog čega u ovakvim slučajevima njeno izricanje u sasvim kratkom trajanju ne bi imalo smisla.

Pri ovako određenom kaznenom okviru ove kazne Zakonik nije dao nikakve posebne odredbe o njenom odmeravanju, pa se ono ima vršiti prema opštim odredbama člana 54. KZ. Međutim, neka pitanja u vezi sa odmeravanjem ove kazne ostala su bez izričitog odgovora. Jedno od ovih pitanja je da li se ova kazna u propisanom zakonskom okviru može odmeravati na pune godine, mesece i na dane ili samo na godine i mesece. Nedostatak ovakve odredbe čini da je svaka od navedenih mogućnosti u skladu sa zakonom.

U vezi sa izvršavanjem ove kazne Krivični zakonik je predvideo da ako učinilac za vreme trajanja kazne upravlja motornim vozilom sud će ovu kaznu zameniti

- 61 Schönke A, Schröder H: Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1976, str. 508.
- 62 Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents” dirigé par J. C. Zyliberstein, Paris, 1993, str. 204, 207. i 208.
- 63 Valle Muniz J. M, Morales Garcia O, Fernandes Palma R: Código penal y Leyes Penales Especiales, Editorial, 1997, str. 127. i 129.
- 64 Código Penal, 3. edicao, Coimbra Editora, 1997, str. 72.
- 65 Uradni list Republike Slovenije, br. 63/1994, str. 3458.
- 66 Schönke A, Schröder H: op. cit, str. 511.
- 67 Código Penal, 3. edicao, Coimbra Editora, 1997, str. 72.
- 68 Uradni list Republike Slovenije, br. 63/1994, str. 3458.



kaznom zatvora tako što će jednu godinu oduzimanja vozačke dozvole zameniti za mesec dana kazne zatvora. Zakonik, međutim, nije ovom odredbom rešio da li će se pri ovoj zameni uzeti u obzir samo preostali, neizvršeni deo kazne oduzimanja vozačke dozvole ili će se cela izrečena kazna zameniti kaznom zatvora, što ostaje kao otvoreno pitanje, iako se iz zakonske formulacije „sud će kaznu oduzimanja vozačke dozvole zameniti...“ može izvesti zaključak da se u ovom slučaju radi o kazni koju je sud izrekao, a ne o njenom još neizvršenom delu.

U vezi sa zamenom kazne oduzimanja vozačke dozvole kaznom zatvora odredbama Krivičnog zakonika nije rešeno ni kako će se zamenjivati ova kazna ako nije izrečena na pune godine (odnosno ako neizvršeni deo ove kazne ne iznosi pune godine) jer Zakonik nije odredio ni kako se ova kazna izriče: na pune godine, na pune godine i mesece ili i na dane, zbog čega se može zaključiti da se ova kazna može izreći u svakom trajanju između jedne i tri godine. U tom slučaju bi bila moguća dva rešenja: da se svaka započeta godina kazne oduzimanja vozačke dozvole zamenjuje sa mesec dana zatvora ili da se pune godine zamene sa po mesec dana zatvora i višak preko pune godine zameni kaznom zatvora u trajanju koje bi se odredilo srazmerno, prema proporciji: jedna godina oduzimanja vozačke dozvole – mesec dana zatvora, što bi iznosilo određeni broj dana. Ovo drugo rešenje, iako složenije, očigledno je pravičnije, ali u svakom slučaju bilo bi dobro da se ovo pitanje zakonom precizno reši.

Krivični zakonik je predvideo da se kazna oduzimanja vozačke dozvole ne može izreći zajedno sa merom bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom. Ovakva odredba ostavlja pitanje koja će se od ove dve sankcije izreći u slučajevima kada postoje uslovi za izricanje i jedne i druge. Krivični zakonik u tom smislu nije ništa odredio, a iz same zakonske odredbe da se ove dve sankcije ne mogu zajednički izreći ne može se izvesti jasan zaključak o ovom pitanju. Čini se da bi u takvim slučajevima bilo prihvatljivije da sud izrekne zabranu upravljanja motornim vozilom kao meru bezbednosti, jer su uslovi za njeno izricanje uže određeni, a njeno izvršenje praktično u datom slučaju može delovati i na planu generalne prevencije, kao i zbog toga što se ova mera bezbednosti može izricati u dužem trajanju nego kazna oduzimanja vozačke dozvole. Ovo shvatanje prihvaćeno je i u našoj krivičnopravnoj teoriji.<sup>69</sup>

6. U pogledu odmeravanja kazni od posebnog je značaja institut ublažavanja kazne koji je prihvaćen u našem krivičnom zakonodavstvu, a koji je donošenjem Krivičnog zakonika i njegovim kasnijim izmenama i dopunama u izvesnoj meri promenjen. Krivični zakonik predviđa tri situacije u kojima je ublažavanje kazne moguće: 1) u slučajevima predviđenim zakonom, 2) u slučajevima kada postoji mogućnost oslobođenja od kazne, a do oslobođenja ne dođe, i 3) u slučajevima kada postoje naročito olakšavajuće okolnosti, a sud oceni da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. Sve ove mogućnosti su fakultativni osnov ublažavanja, a samo ublažavanje je ograničeno postavljenim određenim okvirima i načinima, s tim što je ublažavanje neograničeno u slučaju kada postoji mogućnost oslobođenja od kazne.

69 Stojanović Z: Komentar Krivičnog zakonika, Beograd. 2006. str. 199.

Nova rešenja u pogledu vrsta kazni kao i izvesni kriminalno-politički razlozi uslovlili su neke izmene u odredbama o ublažavanju kazni. U tom smislu novim zakonskim rešenjima uneti su neki novi okviri ili izmenjeni postojeći okviri za ublažavanje kazne. Međutim, predviđena su i neka sasvim nova rešenja.

Jedno od njih je unošenje u Krivični zakonik novih osnova za oslobođenje od kazne (poravnanje i stvarno kajanje), što proširuje mogućnost ublažavanja kazne u slučajevima kada se sud ne odluči da izrekne oslobođenje od kazne, ali oceni da se kazna može ublažiti. Ovo je svakako dobro rešenje, jer daje šire mogućnosti u pogledu odmeravanja adekvatne kazne u nekim slučajevima.

Drugu novinu predstavljaju odredbe po kojima se kazna ne može ublažiti za pojedina krivična dela. To su sledeća krivična dela odnosno pojedini njihovi oblici: otmica (čl. 134, st. 2. i 3), silovanje (čl. 178.), obljava nad nemoćnim licem (čl. 179), obljava sa detetom (čl. 180.), iznuda (čl. 214. st. 2. i 3), neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (čl. 246, st. 1 i 3.), nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (čl. 350, st. 3. i 4.) i trgovina ljudima (čl. 388.). Kazna se ne može ublažiti ni u slučaju specijalnog povrata, tj. ako je učinilac ranije već bio osuđivan za isto krivično delo.

Prvo od ovih rešenja otvara neka nova pitanja: 1) zašto se baš samo za ova krivična dela isključuje mogućnost ublažavanja kazne, a ne i za neka druga? To nisu ni najteža krivična dela u našem KZ, sigurno nisu ni najčešća, a ne pripadaju ni istoj grupi krivičnih dela, naprotiv, vrlo su raznorodna. Verovatno to nisu ni krivična dela kod kojih je najčešće dolazilo do ublažavanja kazni (neka od ovih dela su vrlo retka u praksi); 2) ako bi se iz određenih kriminalno-političkih razloga i moglo prihvatiti postrožavanje kazni za ova dela (mada je kod nekih od ovih dela izmenama KZ uglavnom došlo do povišavanja posebnih minimuma kazne), čini se da je bolje propisivanje strožijih (još strožijih, tamo gde su postroženi) kaznenih okvira za ova dela, a ne isključenje mogućnosti ublažavanja kazne u svim situacijama (smanjena uračunljivost, pokušaj, dobrovoljni odustanak i dr). Ako bi se i pored iznetog ipak ostalo pri isključenju ublažavanja kazne za ova dela čini se da bi ono pre bilo prihvatljivo za slučajeve ublažavanja zbog naročito olakšavajućih okolnosti (koje se u praksi često shvataju vrlo široko), ali ne i za slučajeve kada je u pitanju ublažavanje u zakonom izričito predviđenim slučajevima (smanjena uračunljivost, pokušaj, dobrovoljni odustanak i dr). Posebno je nelogično oduzimanje sudu mogućnosti da ublaži kaznu za neko od ovih krivičnih dela kada je u pitanju slučaj predviđen odredbom člana 56, tačka 2. KZ po kojoj sud može učiniocu ublažiti kaznu ako su ispunjeni uslovi za oslobođenje od kazne, a sud ga ne oslobodi. Po novom rešenju, u slučajevima ispunjenosti uslova za oslobođenje od kazne, kada je u pitanju neko od pomenutih krivičnih dela, sud učinioca može osloboditi od kazne, ali mu je ne može ublažiti, što je potpuno nelogično i neprihvatljivo. Može li se u ovakvim slučajevima dogoditi da sud, pošto ne može da izrekne ublaženu kaznu koja mu se čini adekvatnijom u konkretnom slučaju, izrekne oslobođenje od kazne, smatrajući to manjom greškom od izricanja neublažene kazne koja mu se čini prestrogom za konkretni slučaj?

Problem može da stvori i odredba o zabrani ublažavanja kazne učiniocima koji su već osuđivani za isto delo. Ovo rešenje ima izvesnog opravdanja jer se radi o

specijalnom povratu, ali bi u tom slučaju zabrana ublažavanja trebalo da postoji ne samo kod osude za isto, nego i za istovrsna ili druga srodna krivična dela. Po ovakvoj, sada važećoj, odredbi učiniocu koji je već osuđen za krivično delo krađe ne bi se mogla ublažiti kazna ako ponovo izvrši krađu, ali bi mogla ako izvrši tešku krađu, razbojništvo ili razbojničku krađu. Takođe, na primer, učiniocu krivičnog dela teške telesne povrede nije moguće ublažiti kaznu ako je već bio osuđen za tešku telesnu povredu, ali je moguće ako je bio osuđen za ubistvo. Ovakvo rešenje nije ni logično ni kriminalno politički opravdano.

7. Institut oslobođenja od kazne zadržan je u našem novom krivičnom zakonodavstvu kao još jedna od mogućnosti za rešavanje problema kažnjavanja u pojedinim slučajevima. Štaviše, primena oslobođenja od kazne proširena je predviđanjem još dva opšta zakonska osnova za oslobođenje od kazne. U pitanju su poravnanje učinioca sa oštećenim i stvarno kajanje kad učinilac, pre nego što sazna da je otkriven, otkloni posledice učinjenog krivičnog dela ili nadoknadi štetu prouzrokovanu krivičnim delom. Usvajanjem ovih novih rešenja proširene su i mogućnosti ublažavanja kazne jer se, kao što je već rečeno, a shodno članu 56. stav 2. KZ u slučajevima kad postoje uslovi za oslobođenje od kazne, a sud tu mogućnost ne iskoristi, kazna može neograničeno ublažiti.

Ipak čini se da bi odredbe o poravnanju kao osnovu za oslobođenje od kazne trebalo dopuniti utoliko što bi se omogućilo oslobođenje od kazne i u slučaju da je učinilac ponudio oštećenom korektne i odgovarajuće uslove poravnanja, a oštećeni to ne prihvati zbog očigledne neumerenosti u pogledu zahteva za otklanjanje posledice i naknade pričinjene štete. Naravno da bi učinilac u takvim slučajevima bio obavezan da osigura ispunjenje naknade koju je ponudio (na primer, deponovanjem odgovarajućeg iznosa naknade u sudu, nuđenjem uknjiženja odgovarajuće hipoteke na nepokretnoj imovini i dr).

8. Krivični zakonik je u osnovi zadržao sva dosadašnja zakonska rešenja o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju. Kazna zatvora u trajanju od 30 do 40 godina odmerena za neko od krivičnih dela u sticaju apsorbuje ostale pojedinačno utvrđene kazne, pojedinačno utvrđene kazne zatvora spajaju se u jedinstvenu kaznu zatvora po sistemu asperacije, s tim da tako odmerena kazna zatvora ne može preći opšti zakonski maksimum ove kazne (20 godina), a novčane kazne se po sistemu kumulacije sabiraju u jedinstvenu novčanu kaznu.<sup>70</sup> Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica iz 2005. godine kojim je sada regulisana primena krivičnih sankcija prema maloletnicima zadržao je ranije rešenje prema kome se kazna maloletničkog zatvora za krivična dela u sticaju odmerava neposredno za sva krivična dela bez prethodnog odmeravanja kazne za svako pojedinačno.<sup>71</sup>

Zadržavajući u osnovi dosadašnja zakonska rešenja o odmeravanju kazne za krivična dela u sticaju Krivični zakonik je ostao pri rešenjima koja su sa teorijskog gledišta sasvim prihvatljiva, a i koja su i do sada široko primenjivana u praksi naših

70 Z. Stojanović: Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006, 325. i sl.

71 D. Jovašević: Krivično pravo, opšti deo, Beograd, 2006, str. 321.

sudova. Ipak, nisu dati odgovori na neka pitanja koja se, s obzirom na izmenjen sistem kazni u novom Krivičnom zakoniku i izmene opštih zakonskih okvira pojedinih kazni, postavljaju, dok se u vezi sa nekim slučajevima za koja su data rešenja ipak pojavljuju izvesne dileme.

Kod odmeravanja kazne zatvora za krivična dela u sticaju dileme izaziva zakonsko rešenje po kome se kazna zatvora od 30 do 40 godina može izreći samo ako je učinjeno neko od krivičnih dela za koje je ta kazna propisana, a ne može se izreći ni za veliki broj učinjenih drugih teških dela koja posmatrana u njihovoj ukupnosti mogu da imaju mnogo veću težinu od jednog krivičnog dela teškog ubistva (na primer, za jedno krivično delo ubistva iz koristoljublja može se izreći 30 do 40 godina, a za jedno obično umišljajno ubistvo u sticaju sa velikim brojem razbojništava i razbojničkih krađa kvalifikovanih teškim telesnim povredama uz postojanje većeg broja drugih krivičnih dela jedinstvena kazna ne može biti veća od 20 godina, ili, kazna zatvora za ubistvo sa umišljajnim dovođenjem u opasnost još nekog lica može se izreći 30 do 40 godina, a ne može za umišljajno ubistvo u sticaju sa jednim ili više krivičnih dela izazivanja opšte opasnosti kod kojih je kao teža posledica nastupila smrt većeg broja lica).

U vezi sa ovom odredbom o odmeravanju kazne u trajanju od 30 do 40 godina za krivična dela u sticaju postavlja se i pitanje da li bi u slučaju kada je za najteže od dela u sticaju izrekao kaznu zatvora u trajanju od trideset ili više godina, ali manju od četrdeset, sud mogao uzimajući u obzir kazne utvrđene za ostala krivična dela da izrekne jedinstvenu kaznu u trajanju od četrdeset godina ili manju, ali veću od one utvrđene za najteže delo, a posebno ako bi za još neka od dela u sticaju utvrdio kaznu od trideset ili više godina. Ovo zato što se kazna zatvora u trajanju od četrdeset godina pojavljuje kao neka vrsta zakonskog maksimuma kazne zatvora.

Drugo pitanje koje bi se moglo postaviti u cilju uspostavljanja širih mogućnosti za primenu kazne zatvora za teška krivična dela u sticaju, a koje se inače postavlja u vezi sa opštım zakonskim maksimumom kazne zatvora od 20 godina i kaznom zatvora od 30 do 40 godina, jeste zašto se u propisivanju i odmeravanju kazne zatvora u Krivičnom zakoniku ne koristi interval između 20 i 30 godina iako bi njegovo korišćenje u mnogim slučajevima pružalo znatno bolje mogućnosti individualizacije kazne i njeno odmeravanje srazmerno težini učinjenih krivičnih dela i stepenu krivice učinioca. Zbog toga bi ubuduće, celishodnije rešenje u pogledu zakonskog maksimuma kazne zatvora moglo da bude da opšti zakonski maksimum kazne zatvora ostane 20 godina, a da za najteža krivična dela i sticaj teških krivičnih dela bude 40 godina. Ovakvo rešenje ne bi u stvari ništa bitno izmenilo u pogledu mogućeg maksimuma kazne zatvora, a otklonilo bi dileme suda da li izreći kaznu od 20 ili od 30 do 40 godina za teška krivična dela kod kojih ta mogućnost postoji.

Problem stvara i rešenje Krivičnog zakonika u pogledu odmeravanja novčane kazne za krivična dela u sticaju. Prema Krivičnom zakoniku novčana kazna za krivična dela u sticaju odmerava se po sistemu kumulacije utvrđenih novčanih kazni za pojedina krivična dela, pri čemu jedinstvena odmerena novčana kazna ne sme preći 18.000.000 dinara ako su pojedinačne novčane kazne utvrđene u dnevnim iznosima, a ako su pojedinačne novčane kazne utvrđene u određenom iznosu jedinstvena novčana kazna ne može biti viša od 1.000.000 dinara, odnosno 10.000.000 dinara

ako je jedno ili više krivičnih dela u sticaju učinjeno iz koristoljublja.<sup>72</sup> Različito određen opšti zakonski maksimum novčane kazne zavisno od toga da li se novčana kazna odmerava u dnevnim iznosima ili u određenim (fiksni) iznosima i inače nema dovoljno opravdanja, pa nema ni u slučaju odmeravanja novčane kazne za krivična dela u sticaju.

U pogledu kazne rada u javnom interesu Zakonik je u pogledu odmeravanja ove kazne za krivična dela u sticaju predvideo da se ona odmerava po sistemu kumulacije, s tim da jedinstvena kazna ne može biti veća od tri stotine šezdeset časova. Međutim, predviđene odredbe o odmeravanju ove kazne za krivična dela u sticaju odnose se samo na slučaj ako je sud za svako od krivičnih dela u sticaju utvrdio ovu kaznu, a nije dato rešenje o slučajevima kada je ona utvrđena samo za jedno ili samo za neka krivična dela, dok su za druga dela u sticaju utvrđene druge kazne. Zbog toga u praksi mogu nastati izvesni problemi, naročito ako su za ostala (ili za jedno) krivična dela utvrđene kazne zatvora. U takvim slučajevima postavlja se pitanje da li bi sud trebalo da izrekne samo kaznu zatvora, jer je rad u javnom interesu neka vrste zamene za kaznu zatvora, ili obe kazne zajedno, što je po zakonu inače moguće. Izricanje samo utvrđene kazne zatvora značilo bi zanemarivanje utvrđene kazne rada u javnom interesu i otvorilo pitanje kako u takvom slučaju uzeti u obzir utvrđenu kaznu rada u javnom interesu (da li bi se u izvesnoj proporciji zamenila kaznom zatvora pa onda izrekla jedinstvena kazna zatvora za sva dela u sticaju ili bi ona na neki drugi način mogla da utiče na visinu jedinstvene kazne zatvora). Ako bi se izrekle obe kazne (zatvor i rad u javnom interesu) kazna zatvora bi morala da bude glavna kazna, a rad u javnom interesu sporedna. Problem postoji i u pogledu izvršenja ovih kazni (koja bi se prvo izvršavala) što Krivičnim zakonikom nije regulisano. Jedno od mogućih rešenja bilo bi i propisivanje da ako sud za neko od krivičnih dela u sticaju utvrdi kaznu zatvora za ostala krivična dela ne može utvrđivati kaznu rada u javnom interesu.

Ako bi sud za pojedina krivična dela u sticaju utvrdio kaznu zatvora, kaznu rada u javnom interesu i novčanu kaznu, on bi za sticaj mogao izreći sve tri kazne, pri čemu bi kazna zatvora bila glavna, a druge dve bi bile sporedne, jer se one po zakonu kao takve mogu izreći. Međutim, ako bi sud za jedno od dela u sticaju izrekao rad u javnom interesu, a za drugo novčanu kaznu Zakonik nije predvideo koja bi se od pomenute dve kazne izrekla kao glavna, a koja kao sporedna, jer obe ove kazne prema Krivičnom zakoniku mogu biti izrečene i kao glavna i kao sporedna kazna.

Krivični zakonik je predvideo i kaznu oduzimanja vozačke dozvole kao novu vrstu kazne u našem krivičnom pravu. Ova kazna može se izreći i kao glavna (za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do dve godine) i kao sporedna kazna, a njeni opšti minimum i maksimum su jedna odnosno tri godine.<sup>73</sup> Ova kazna se svakako može izreći i za krivična dela u sticaju ako su ispunjeni opšti uslovi koji se traže za njeno izricanje. Međutim, Zakonik nije dao nikakve odredbe o odmeravanju ove kazne za krivična dela u sticaju što otvara više pitanja koja se o tome mogu pojaviti u praksi i za koja treba pronaći odgovarajuća rešenja.

72 I. Simić: Krivični zakonik sa kraćim komentarom, Beograd, 2005, str. 57–58.

73 M. Đorđević, Đ. Đorđević: Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava, Beograd, 2007, str. 101.

Prvo od ovih pitanja je svakako kako odmeriti jedinstvenu kaznu oduzimanja vozačke dozvole ako je sud za više krivičnih dela u sticaju pojedinačno utvrdio ovu kaznu. Čini se da bi najbolje rešenje bilo da se kod ove kazne kao i kod novčane kazne a i kazne rada u javnom interesu jedinstvena kazna utvrđuje po sistemu kumulacije, tj. sabiranjem pojedinačno utvrđenih kazni. Što se tiče maksimuma koji jedinstvena kazna kod ove vrste kazni ne bi smela da pređe on bi mogao biti tri godine koliko je i inače opšti maksimum ove kazne, a što bi odgovaralo i rešenjima koja su predviđena u pogledu svih drugih kazni koje postoje u našem Krivičnom zakoniku.

Ipak u vezi sa tim se pojavljuju i neka druga pitanja koja traže odgovarajuća rešenja koja u zakoniku nisu data. Pošto se ova kazna može izricati i kao glavna i kao sporedna kazna to njeno odmeravanje za krivična dela u sticaju zavisi i od toga. Tako ako bi sud ovu kaznu utvrdio kao sporednu za više od krivičnih dela u sticaju, te kazne bi po sistemu kumulacije trebalo da spoji u jednu sporednu kaznu (ne preko njenog opšteg maksimuma, tj. preko tri godine) i nju izreči uz odmerenu jedinstvenu glavnu kaznu. Ako sud ovu kaznu utvrdi za neko krivično delo kao glavnu, a za neko kao sporednu kaznu sud bi takođe obe kazne spojio u jedinstvenu kaznu oduzimanja vozačke dozvole i istu izrekao kao sporednu kaznu uz drugu glavnu kaznu utvrđenu za ostala krivična dela (za koja nije utvrđena kazna oduzimanja vozačke dozvole ili za koja je ova kazna utvrđena kao sporedna kazna, a druga kazna je izrečena kao glavna kazna). Ako je sud za jedno ili više krivičnih dela u sticaju utvrdio ovu kaznu kao glavnu, a za druga dela kaznu zatvora, kazna oduzimanja vozačke dozvole morala bi se izreči kao sporedna uz kaznu zatvora. Problem bi nastao ako bi sud za neka od dela u sticaju kao glavnu utvrdio novčanu kaznu ili kaznu rada u javnom interesu, a za neka oduzimanje vozačke dozvole, jer bi se moralo odrediti koju od ovih utvrđenih kazni izreči kao glavnu, a koju kao sporednu kaznu. Čini se prihvatljivijim da se prednost da novčanoj kazni da ona bude izrečena kao glavna kazna. Isti problem bi postojao i ako bi za pojedina krivična dela utvrdio sve tri pomenute kazne, jer sve tri mogu biti izrečene i kao glavna i kao sporedna kazna, a Zakonik nije odredio koju od njih bi u ovakvom slučaju trebalo izreči kao glavnu.

U vezi sa kaznom oduzimanja vozačke dozvole za krivična dela u sticaju može se pojaviti i problem ako sud za neko od krivičnih dela u sticaju utvrdi kaznu oduzimanja vozačke dozvole, a za drugo krivično delo odluči da bi trebalo izreči meru bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom, koju će od tih sankcija sud izreči, s obzirom da se prema izričitoj odredbi člana 53. stav 3. KZ kazna oduzimanja vozačke dozvole ne može izreči zajedno sa merom bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom. Pošto se teško može tumačiti da se ova odredba ne odnosi na slučajeve kada je u pitanju sticaj krivičnih dela, onda bi se moralo odrediti kojoj bi se od pomenute dve krivične sankcije dala prednost da samo ona bude izrečena. Čini se da bi opravdanije bilo dati prednost meri bezbednosti koja se može izreči u dužem trajanju (do pet godina) i koja se ne može zameniti drugom merom bezbednosti, nego kazni oduzimanja vozačke dozvole čije je maksimalno trajanje kraće (do tri godine) i umesto koje sud može izreči i neku drugu kaznu. Ipak nezgodno je kod ovog rešenja to što bi sud već utvrđenu kaznu (ali pre njenog izricanja) trebalo da zameni drugom kaznom koja se za to delo može izreči, zbog toga što je u odnosu na drugo krivično delo ocenio da treba izreči meru bezbednosti.

9. U Krivičnom zakoniku su u pogledu odmeravanja kazne osuđenom licu zadržane odredbe koje su o ovim pitanjima postojale u KZ SRJ i u OKZ Republike Srbije, ali se one odnose samo na kaznu zatvora i na novčanu kaznu. Međutim, izostale su odredbe koje bi se odnosile na kaznu rada u javnom interesu ili na kaznu oduzimanja vozačke dozvole. Stoga bi odgovarajuća rešenja trebalo uneti u Zakonik prilikom njegovih prvih narednih izmena i dopuna. U tom smislu moguća rešenja bi bila da se umesto ovih kazni osuđeno lice kazni disciplinski ili da sud izrekne kaznu rada u javnom interesu ili kaznu oduzimanja vozačke dozvole (ili obe kazne), s tim što bi se one izvršavale kada osuđeni završi izdržavanje kazne zatvora.

10. U Zakoniku su u izvesnoj meri dopunjene odredbe o uračunavanju pritvora i ranije kazne, ali je tim dopunama dato rešenje samo u pogledu uračunavanja pritvora i ranije kazne u kaznu rada u javnom interesu, ali nije ništa propisano u pogledu uračunavanja pritvora ili ranije kazne u kaznu oduzimanja vozačke dozvole ako za krivično delo koje je u pitanju sud utvrdi kaznu oduzimanja vozačke dozvole kao glavnu kaznu. Iako ovakva situacija retko može nastati ona ipak nije nemoguća, pa bi bilo pravično da se u ovakvim slučajevima vreme provedeno u pritvoru ili ranija kazna za isto delo na neki način uračuna u kaznu oduzimanja vozačke dozvole (makar samo za onoliko vremena za koliko je bio u pritvoru jer za to vreme nije mogao da koristi vozačku dozvolu).

11. Izmene sistema kazni i pravila o njihovom odmeravanju usvojenih donošenjem Krivičnog zakonika iz 2005. i njegovim kasnijim izmenama i dopunama stvorile su šire mogućnosti u pogledu odmeravanja kazni i pronalaženja adekvatne kazne u konkretnim slučajevima, što omogućava bolje ostvarivanje zadataka našeg krivičnog prava i krivičnog pravosuđa. Ipak, stoje i problemi koji su istaknuti u ovom radu za koje rešenja ne treba tražiti samo pri primeni Krivičnog zakonika u praksi, već ih treba i izričito rešiti mogućim izmenama i dopunama Krivičnog zakonika i time još više doprineti pravilnoj primeni zakonskih rešenja o odmeravanju propisanih kazni.

*Dorđe M. Dorđević*

Criminal Justice and Police Academy, Belgrade

## ACTUAL PROBLEMS OF SENTENCE DETERMINATION IN OUR CRIMINAL LAW

### SUMMARY

Penalty system in our criminal legislation has been severely changed with Criminal Code of 2005 and its changes in 2009. New penalties were introduced (community service and revocation of driver's license) along with new rules for determination of sentence. New solutions considering mitigation of penalty and remittance of punishment were also brought in. All these additions have opened new

possibilities for determination of sentence and its better adjustment to committed crime and its offender. However, some new problems occur on the process of determination of sentence. Therefore, it is necessary to find fast and proper solutions for these problems, not only through application of new rules but also through research of some future solutions that could be however found in next set of changes of Criminal code.

**Key words:** criminal code, new penalties, determination of sentence, mitigation of penalty, remittance of punishment.



Nataša Delić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## ZABRANA (ISKLJUČENJE) UBLAŽAVANJA KAZNE U ODREĐENIM SLUČAJEVIMA

**Apstrakt:** U ovom radu autor razmatra jedan broj značajnih pitanja vezanih za institut ublažavanja kazne. U datom kontekstu posebna pažnja je posvećena prikazu i analizi odredbe člana 14. Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika koji je donet 2009. godine u kojoj je predviđena zabrana ublažavanja kazne kod jednog broja krivičnih dela (osam krivičnih dela). Po mišljenju autora reč je o pravilu kojim zakonodavac pravno neosnovano i uz odsustvo jasno definisanih kriterijuma ograničava primenu ublažavanja kazne i isključuje primenu jednog broja opštih instituta krivičnog prava koji se s obzirom na njihovu prirodu mogu primenjivati u svim slučajevima kada su ispunjeni zakonom propisani uslovi. Osim toga, u istoj zakonskoj odredbi predviđena je i zabrana ublažavanja kazne u slučaju specijalnog povrata. Kritička analiza navedene zakonske odredbe potkrepljena je odgovarajućim teorijskim stavovima i sudskim odlukama. Na kraju rada data su zaključna razmatranja autora.

**Ključne reči:** krivične sankcije, kazne, ublažavanje kazne, oslobođenje od kazne.

### I

Pitanje sankcionisanja zasigurno spada u red najvažnijih pitanja krivičnog prava i kriminalne politike jer je po prirodi stvari neposredno povezano sa definisanjem osnovnih ciljeva krivičnog prava kao i sredstava kojima oni treba da se ostvare. Iako sistem sankcija u našem zakonodavstvu obuhvata četiri vrste krivičnih sankcija i to: kazne, mere bezbednosti, mere upozorenja i vaspitne mere, strukturalno i funkcionalno posmatrano reč je o dualističkom sistemu koji u osnovi počiva na kaznama i merama bezbednosti.

U datom kontekstu nesporno je da je kazna bila i ostala najvažnija krivična sankcija koja predstavlja zakonom predviđenu represivnu meru koja se u cilju suzbijanja kriminaliteta primenjuje prema učiniocu krivičnog dela na osnovu odluke suda nakon sprovedenog krivičnog postupka. Neophodna pretpostavka za primenu kazne jeste učinjeno krivično delo u objektivno – subjektivnom smislu odnosno ostvareno objektivno nepravo i krivica učinioca bez koje nema ni kažnjavanja.<sup>1</sup>

---

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

1 Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2009, 248. Otuda nije u pravu LJ. Lazarević kada navodi da je pretpostavka za izricanje kazne ne samo izvršeno krivično delo već i krivična odgovornost učinioca. LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2006, 158. Vidi. N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, 2009, 11–27.

Iako je kazna od svog nastanka do danas zadržala retributivnost kao jednu od svojih karakteristika ona je ipak u konstantnoj evoluciji koja se ogleda kako u promeni shvatanja šta je osnova njenog opravdanja i u čemu se sastoji njena svrha tako i u menjanju samih vrsta kazni i načina njihovog izvršenja. Duh kažnjavanja varira kroz vekove i uvek je u funkciji određenog vremena i sredine, vladajućih moralnih i idejnih shvatanja, dominirajuće filozofije i politike. Kazna je uvek u čitavoj svojoj istoriji u neraskidivoj vezi sa celokupnom socijalnom strukturom svakog društva i može se istorijski pratiti i razumeti samo ako se dovede u vezu sa državnim, filozofskim i pravnim sistemima svog vremena.

Ono što je posebno karakteristično za kaznu, a nije i za druge vrste krivičnih sankcija jeste da ona znači i socijalno-etički prekor koji društvo upućuje učiniocu krivičnog dela.<sup>2</sup> Osim toga, kazna je istovremeno i podsticaj i poziv svima da se ponašaju u skladu sa zahtevima društva. Međutim, jedino kaznu koja je određena uz uvažavanje principa pravednosti i principa srazmernosti učinilac krivičnog dela može prihvatiti kao opravdani socijalno-etički prekor. Drugim rečima, samo takva kazna može vaspitno uticati kako na samog učinioca krivičnog dela, tako i na druge građane da ne čine krivična dela iz čega nadalje proizlazi da je u savremenom društvu retributivna komponenta kazne sadržinski obogaćena kroz princip pravednosti i princip srazmernosti i isto tako neraskidivo povezana sa prevencijom.

## II

Krivični zakonik Srbije (KZS) kao način propisivanja kazni prihvata sistem relativno određenih kazni što znači da se za svako krivično delo propisuje kazna u određenim okvirima/rasponu, tj. određuje se njena donja i gornja granica, tzv. posebni minimum i posebni maksimum i ostavlja sudu da u tim zakonskim granicama odmeri kaznu. Ovaj sistem propisivanja kazni smatra se najsvrsishodnijim jer sudu daje mogućnost da u datom slučaju odmeri kaznu u skladu sa konkretnim okolnostima kao i sa principom zakonitosti. Prilikom relativnog propisivanja kazni zakonodavac pri određivanju donje i gornje granice kazne za pojedina krivična dela može da postupi na neki od sledećih načina: da propiše posebni minimum i posebni maksimum kazne; da propiše samo posebni maksimum kazne i u tom slučaju se kao donja granica primenjuje opšti zakonski minimum kazne; da propiše samo posebni minimum kazne što znači da će se kao gornja granica primenjivati opšti zakonski maksimum kazne i najzad, da u konkretnom slučaju uopšte ne propiše posebni maksimum i posebni minimum kazne već samo njenu vrstu, u kom slučaju bi se kazne odmeravala u granicama opšteg maksimuma i opšteg minimuma.

Osnovna karakteristika ovako postavljenog kaznenog sistema je da sud ima veoma široka ovlašćenja prilikom odmeravanja kazne što je posledica kako relativno široko postavljenih kaznenih okvira, tako i postojanja većeg broja opštih instituta čija primena sudu omogućava modifikovanje propisane kazne, a jedan od tih instituta je i ublažavanje kazne.

2 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2007, 173. i F. Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1980, 404.

Opravdanje za ovako široko postavljena ovlašćenja suda leži u činjenici da je to zasigurno najbolji način na koji se sudu daje mogućnost da kaznu odmeri uzevši u obzir sve okolnosti datog slučaja i da u konkretnom slučaju praktično realizuje zakonske postavke o svrsi kažnjavanja.

Sudsko odmeravanje kazne se po pravilu dovodi u vezu sa individualizacijom kazne. Kako navodi, Z. Stojanović, taj pojam se može shvatiti u širem i u užem smislu. U širem smislu predstavlja proces koji se odvija počev od izbora kazne pa do njenog izricanja, pa čak i u toku njenog izvršenja, što znači da obuhvata i odmeravanje kazne. U užem smislu individualizacija je jedan od principa na osnovu kojeg se vrši odmeravanje kazne, a koji pre svega, podrazumeva upoznavanje ličnosti učinioca i ovako shvaćena individualizacija kazne je danas s pravom kritikovana. Shodno navedenom, individualizacija kazne shvaćena u napred navedenom širem smislu je pojam koji je suvišan jer u suštini odgovara pojmu odmeravanja kazne.<sup>3</sup>

### III

Ublažavanje kazne je institut krivičnog prava koji, ukoliko su ispunjeni zakonom propisani uslovi, sudu daje mogućnost da u konkretnom slučaju odmeri kaznu ispod njene donje granice tj. ispod propisanog posebnog minimuma kazne ili (samo u jednom slučaju) mogućnost izricanja blaže vrste kazne. Postojanje ovog instituta je izraz potrebe da se zakonska, apstraktna kazna uskladi sa okolnostima konkretnog slučaja. Ublažavanje kazne po svojoj prirodi predstavlja izuzetak u odnosu na redovno odmeravanje kazne u granicama predviđenog minimuma i maksimuma i zato sudovi imaju obavezu da u presudi posebno obrazlože zašto je kazna ublažena.

Istorijski posmatrano u našem zakonodavstvu institut ublažavanja kazne je bio usvojen još u Zakonu o vrstama kazni od 14. avgusta 1946. godine. U članu 21. tog zakona bilo je propisano da sud pri odmeravanju kazne učiniocu krivičnog dela može odmeriti kaznu ispod najniže granice određene u zakonu, kada takvo odstupanje zahtevaju izuzetne okolnosti, s obzirom na stepen društvene opasnosti krivičnog dela i učinioca. U takvom slučaju kazna se prilikom odmeravanja mogla spustiti do najniže mere one vrste kazne koja je zakonom bila propisana za to krivično delo. Ovim zakonom nadalje je bilo propisano da je sud dužan da u slučaju primene ublažavanja kazne u presudi tačno navede okolnosti zbog kojih je kaznu ublažio. Dakle, u Zakonu o vrstama kazni institut ublažavanja kazne je bio predviđen kao opšti institut krivičnog prava jer je spomenutom odredbom generalno bila data mogućnost da se za svako krivično delo može primeniti i ublažavanje kazne. U skladu sa zakonskom odredbom sud je imao samo mogućnost da u konkretnom slučaju kaznu ublaži po meri, dok ublažavanje kazne po vrsti nije bilo dozvoljeno. Data odredba o ublažavanju kazne mogla je biti primenjena samo za krivična dela koja su bila regulisana zakonom tadašnje Jugoslavije, dok je za ostala krivična dela

3 Z. Stojanović, (2007), 200. LJ. Lazarević navodi da je individualizacija postupak izbora vrste i mere kazne za koju sud smatra da će se njenim izricanjem i izvršenjem najbolje ostvariti svrha kažnjavanja (LJ. Lazarević, /2006/, 186), a F. Bačić da individualizacija podrazumeva da se u zakonskim okvirima učiniocu izrekne takva kazna koja će, što je moguće više, biti prilagođena potrebama njegove resocijalizacije. F. Bačić. (1980), 430.

koja su bila predviđena u Krivičnom zakoniku Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine sud bio ovlašćen da izriče kazne pridržavajući se samo kaznenog sistema određenog Zakonom o vrstama kazni.

Krivični zakonik – opšti deo od 4. decembra 1947. godine je u članu 62. takođe predviđao ovlašćenje suda za ublažavanje kazne. Za razliku od Zakona o vrstama kazni ovom odredbom je ublažavanje kazne bilo mnogo šire definisano tako što je zakon predvideo da se kazna u konkretnom slučaju može ublažiti ne samo po meri, već i izricanjem blaže vrste kazne. Kao osnov za ublažavanje kazne zakon predviđa okolnosti da je učinilac vršio i da sada vrši korisnu društvenu delatnost, ili da se nalazi u teškim ličnim prilikama, ili da druge slične okolnosti pod kojima je delo učinjeno ukazuju na manju društvenu opasnost učinjenog krivičnog dela i učinioca. Kao što se vidi, za razliku od Zakona o vrstama kazni ovaj zakon je u većoj meri precizirao okolnosti na osnovu kojih sud ima mogućnost da primenjuje ublažavanje kazne. Istina, relevantne okolnosti nisu bile taksativno navedene, već je iz date odredbe proizlazilo da to moraju biti određene okolnosti koje ukazuju na manju društvenu opasnost učinjenog krivičnog dela i učinioca. I prema ovom zakonu sud je bio dužan da u presudi posebno i iscrpno izloži okolnosti zbog kojih je izrečena ublažena kazna.

Krivični zakonik donet 2. marta 1951. godine (čijim stupanjem na snagu je okončana izgradnja krivičnog zakonodavstva FNR Jugoslavije i shodno tome došlo do prestanka važenja Krivičnog zakonika – opšti deo iz 1947. godine kao i svih posebnih krivičnih zakona kojima su bile regulisane pojedine grupe krivičnih dela) je u članu 42. sadržao odredbu o osnovima za ublažavanje kazne, a u članu 43. određivao način tj. granice ublažavanja kazne. U zakonu je bilo propisano da je ublažavanje kazne moguće u dva slučaja i to: prvi, kada zakon propisuje da se učinilac krivičnog dela može blaže kazniti i drugi, u slučaju kada sud nađe da postoje takve olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. Dakle, i u ovom zakonu je ublažavanje kazne bilo predviđeno kao opšti institut krivičnog prava s obzirom na to da je ta mogućnost postojala za svako krivično delo bez izuzetka. Za razliku od Krivičnog zakonika – opšti deo koji nije pravio razliku u načinu ublažavanja kazne s obzirom na to kako je kazna određena za konkretno krivično delo u zakonu, ovaj zakon je suzio obim ublažavanja tako što je odredbom člana 43. bilo predviđeno da se kazna koja je propisana za konkretno krivično delo sa naznačanjem najmanje mere određene vrste kazne, primenom ublažavanja može ublažiti/spustiti do najmanje mere te vrste kazne, a u drugim slučajevima ublažavanje se moglo vršiti izricanjem blaže vrste kazne od one koja je propisana za dato delo. Pored ovog ograničenog ublažavanja kazne, Krivični zakonik je poznavao i neograničeno ublažavanje kazne, i to samo u jednom slučaju. Naime, u skladu sa odredbom člana 17. sud je bio ovlašćen da u slučaju nepodobnog pokušaja krivičnog dela učiniocu ublaži kaznu i pri tome nije bio vezan ni za vrstu, kao ni za meru kazne koja je propisana za to krivično delo. Taj član Krivičnog zakonika bio je izmenjen Novelom iz 1959. godine tako što je za nepodoban pokušaj bila predviđena mogućnost oslobođenja od kazne, odnosno u skladu sa odredbom člana 44. stav 2. sud je u tom slučaju imao i mogućnost da kaznu neograničeno ublaži.

Krivični zakon SFRJ koji je stupio na snagu 1. jula 1977. godine je ublažavanje kazne regulisao odredbama sadržanim u članovima 42. i 43. i prema ovom zakonu ublažavanje kazne, po meri i po vrsti, predstavlja opšti institut krivičnog prava koji se uz postojanje određenih okolnosti tj. opštih osnova za ublažavanje kazne može primeniti u slučaju izvršenja bilo kog krivičnog dela. Osim navedenih slučajeva u kojima zakon izričito propisuje da se učinilac može blaže kazniti, sud je u skladu sa zakonom imao mogućnost da ublaži kaznu i onda kada utvrdi da postoje osobito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja. Najzad, zakon je mogućnost ublažavanja kazne posebno predvideo i kod nekih krivičnih dela i u tim slučajevima je do ublažavanja moglo doći samo ako u konkretnom slučaju postoji okolnost koju zakon izričito određuje. I prema ovom zakonu ublažavanje kazne je uvek fakultativno. Najzad, shodno zakonskoj odredbi kazna se takođe mogla ublažiti, i to neograničeno, i u slučaju postojanja nekog od osnova za oslobođenje od kazne.

Na isti način ublažavanje kazne je bilo regulisano i u Krivičnom zakonu SRJ iz 1992. godine, kao i u Osnovnom krivičnom zakonu iz 2003. godine, što znači da je ublažavanje kazne bilo predviđeno kao opšti institut, da je zakonodavac predviđao mogućnost ublažavanja kazne po meri i po vrsti i da je ublažavanje kazne bilo ograničeno, izuzev u slučaju kada se kazna ublažava po nekom od osnova za oslobođenje od kazne.

#### IV

Odredbom člana 56. Krivičnog zakonika Srbije (KZS) je propisano da sud može učiniocu krivičnog dela izreći kaznu ispod granice propisane zakonom ili blažu vrstu kazne kad: 1) zakon predviđa da se kazna može ublažiti; 2) zakon predviđa da se učinilac može osloboditi od kazne, a sud ga ne oslobodi od kazne; 3) utvrdi da postoje naročito<sup>4</sup> olakšavajuće<sup>5</sup> okolnosti i oceni da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.

4 Kao što se može videti izraz „osobito“ zamenjen je izrazom „naročito“. U opštem delu zakona ova promena je izvršena i kod instituta prekoračenja granica krajnje nužde (član 20. stav 2. KZS) gde je u prethodnom zakonu na mestu sadašnjeg „naročito“ takođe stajalo „osobito“. U posebnom delu ovaj izraz se pominje kod pojedinih krivičnih dela kada je u pitanju oblik krivičnog dela kvalifikovan težom posledicom. Iako zakonodavac kod najvećeg broja zakonskih inkriminacija težu posledicu propisuje koristeći formulaciju „druge teške posledice“ kao npr. kod krivičnih dela protivpravnog lišenja slobode (član 132. stav 3. KZS) i otmice (član 134. stav 119. KZS), kod tri krivična dela, a to su: iznuđivanje iskaza (član 136. stav 2. KZS), omogućavanje uživanja opojnih droga (član 247. stav 2. KZS) i davanje lažnog iskaza (član 335. stav 4. KZS) zakon predviđa nastupanje „naročito teške posledice“, pri čemu je kod krivičnih dela iznuđivanje iskaza i davanje lažnog iskaza ranije stajalo „osobito“. Shodno rečenom, možemo da vidimo da sada i u opštem i posebnom delu zakona u svim slučajevima stoji izraz „naročito“. Ovde nije suvišno napomenuti i to da izrazi „naročito“ i „osobito“ predstavljaju sinonime, a da isto značenje takođe imaju i sledeći izrazi: mnogo, veoma, osetno, dosta, izraženo, jako, u velikoj meri i silno. Cit. prema: Pavle Ćosić i saradnici, *Rečnik sinonima*, Beograd, 2008, 331.

5 Interesantno je primetiti da i pored toga što zakonodavac nigde ne predviđa „osobito otežavajuće okolnosti“ u našoj sudskoj praksi ipak ima presuda u kojima se i one spominju. Tako recimo, Okružni sud u Valjevu u svojim presudama K-47/97 od 8. decembra 1997. godine, K-37/97 od 3. oktobra

Prema nekim autorima, iz date zakonske odredbe proizlazi da bi se ovde u jednom uslovnom smislu moglo govoriti o tzv. zakonskom i tzv. sudskom ublažavanju kazne. Zakonsko ublažavanje (tač. 1. i 2) postoji u onim slučajevima kada se kazna ublažava prilikom postojanja nekog od opštih osnova za ublažavanje ili oslobođenje od kazne i tada je sud u većoj meri vezan zakonom nego u slučaju sudskog ublažavanja (tačka 3) kada ublažavanje kazne u mnogo većoj meri zavisi od procene suda (što naravno ne znači da tada sud uopšte nije vezan zakonom).<sup>6</sup>

Zakonski osnovi za ublažavanje kazne propisani su u opštem delu zakona. Svi osnovi za ublažavanje kazne su po svojoj prirodi fakultativnog karaktera, tj. prilikom odmeravanja kazne sud praktično ima dve mogućnosti: da kaznu odmeri u granicama propisanim zakonom, u okviru predviđenog minimuma i maksimuma kazne ili da kaznu ublaži, odnosno odmeri ispod posebnog minimuma kazne ili izrekne blažu vrstu kazne.

Opšti osnovi za ublažavanje kazne su sledeći krivičnopravni instituti: prekoračenje granica nužne odbrane (član 19. stav 3. KZS), prekoračenje granica krajnje nužde (član 20. stav 3. KZS), izazivanje opasnosti iz nehata kod krajnje nužde (član 20. stav 3. KZS), kompulzivna sila i pretnja (član 21. stav 2. KZS), bitno smanjena uračunljivost (član 23. stav 2. KZS), otklonjiva pravna zabluda (član 29. stav 3. KZS), pokušaj (član 30. KZS), pomaganje (član 35. KZS) i odsustvo ličnog odnosa, svojstva ili okolnosti kod podstrekača ili pomagača (član 36. stav 4. KZS).

U posebnom delu zakona, kod pojedinih krivičnih dela sada ni u jednom slučaju nije propisana mogućnost ublažavanja kazne. Naime, do donošenja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2009. godine (ZID KZ) („Službeni glasnik RS“, br. 72/2009) ova mogućnost je postojala samo u jednom slučaju i to kod krivičnog dela samovoljnog odsustvovanja i bekstva iz Vojske Srbije (član 399. KZS). Mogućnost ublažavanja kazne bila je predviđena za učinioca krivičnog dela koji se dobrovoljno javi nadležnom državnom organu radi vršenja vojne službe. Međutim, odredbom člana 180. ZID KZ ukinuta je mogućnost ublažavanja kod ovog krivičnog dela i propisana mogućnost oslobođenja od kazne.

Zakonski osnovi za oslobođenje od kazne koji istovremeno predstavljaju i fakultativne osnove za neogranično ublažavanje kazne propisani su kako u opštem delu zakona, tako i u posebnom delu kod pojedinih krivičnih dela.

U opštem delu KZS propisani su sledeći krivičnopravni instituti koji predstavljaju osnove za oslobođenje od kazne i istovremeno osnove za ublažavanje kazne. To su: prekoračenje granica nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom (član 19. stav 3. KZS), prekoračenje granica krajnje nužde učinjeno pod naročito olakšavajućim okolnostima (član 20. stav 3. KZS), nepodoban pokušaj (član 31. KZS), dobrovoljni odustanak (član 32. stav 1. KZS), i dobrovoljno sprečavanje izvršenja krivičnog dela (član 32. stav 3. KZS).

U posebnom delu fakultativni osnovi za oslobođenje od kazne kao i ublažavanje kazne predviđeni su kod većeg broja krivičnih dela kao npr. kod krivičnog dela

1997. godine i K-27/97 od 23. oktobra 1997. godine konstatuje da „drugih posebno otežavajućih okolnosti u datom slučaju nije bilo...“ Odluke su odabrane metodom slučajnog uzorka.

6 Z. Stojanović, (2007), 210 i F. Bačić, (1980), 438.

neovlašćenog držanja opojnih droga (član 246a stav 2 KZS) može se osloboditi od kazne učinilac krivičnog dela koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu. Zatim, kod krivičnog dela udruživanje radi protivustavne delatnosti (član 319. KZS) može se osloboditi od kazne pripadnik grupe ili organizovane kriminalne grupe koji je otkrije pre nego što je u njenom sastavu ili za nju učinio neko krivično delo (član 133. stav 4. ZID KZ). Kod krivičnog dela davanja lažnog iskaza (član 335. stav 5. KZS) može se osloboditi učinilac koji dobrovoljno opozove lažan iskaz pre nego što se donese konačna odluka. Kod krivičnog dela udruživanje radi vršenja krivičnih dela (član 346. KZS) može se osloboditi od kazne organizator grupe ili organizovane kriminalne grupe koji otkrivanjem grupe ili organizovane kriminalne grupe ili na drugi način spreči izvršenje krivičnih dela radi čijeg vršenja je grupa ili organizovana kriminalna grupa organizovana (član 152. stav 6. ZID KZ) i drugih krivičnih dela.

Pored navedenih opštih osnova za oslobođenje od kazne u članu 58. stav 2. KZS predviđen je jedan specifičan osnov za oslobođenje od kazne koji se može primeniti u slučaju krivičnog dela učinjenog iz nehata kad posledice dela tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja.<sup>7</sup>

Najzad, KZS u opštem delu predviđa i još dva (nova), uslovno rečeno, posebna osnova za oslobođenje od kazne, to su: prvi, stvarno kajanje (58. stav 3. KZS / član 12. ZID KZ/) – primenjuje se kod krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina, ako posle izvršenog krivičnog dela, a pre nego što je saznao da je otkriven, učinilac otkloni posledice dela ili nadoknadi štetu prouzrokovanu krivičnim delom. I drugi, poravnanje učinioca i oštećenog (član 59. KZS) – primenjuje se kod krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna ako je učinilac na osnovu postignutog sporazuma sa oštećenim ispunio sve obaveze iz tog sporazuma.<sup>8</sup>

Osim toga, učiniocu krivičnog dela sud kaznu može ublažiti i ukoliko su ispunjena dva uslova: prvi, da postoje dve ili više naročito olakšavajuće okolnosti i

7 „Kada je okrivljena upravljajući svojim putničkim vozilom dovela u opasnost telo ljudi iz nehata, pa su njena majka i sestričina zadobile lake telesne povrede, ispunjeni su uslovi za oslobađanje od kazne ako posledice tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja. Pri tome nije neophodno da te povrede po svojoj prirodi budu toliko teške da pogađaju i nanose patnju ličnosti okrivljene. Imajući u vidu sredinu u kojoj se ova nezgoda desila i jake porodične veze, ne može se prihvatiti da i ovakve posledice koje su nastale kod majke i sestričine okrivljene nju lično ne pogađaju. Isto tako, imajući u vidu i godine starosti oštećene ne može se prihvatiti da njena ćerka koja je u konkretnom slučaju optužena ne pati zbog takvih povreda i ne oseća krivicu zbog toga što je te povrede zadobila njena majka, koja je najbliži srodnik u prvom stepenu srodstva, a takođe i povrede koje su nastale kod njene sestričine“. Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž-1327/99 od 4. avgusta 1999. godine. Cit. prema: I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga*, Beograd, 2000, 36–37. (Takođe i presude istog suda Kž- 1726/96 od 18. decembra 1996. godine i Kž-73/97 od 18. marta 1997. godine. Cit. prema: I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd, 1998, 44). „Kada sud utvrdi za krivična dela učinjena iz nehata da posledica dela teško pogađa učinioca, ali ne toliko teško da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja, takvu okolnost može ceniti kao olakšavajuću okolnost.“ Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž-269/02 od 19. marta 2002. godine. Cit. prema: I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd, 2004, 39.

8 Vidi više o tome: N. Delić, „Poravnanje učinioca i oštećenog kao osnov za oslobođenje od kazne“, u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005, 289–303.

drugi, da sud oceni da se i ublaženom kaznom u konkretnom slučaju može postići svrha kažnjavanja. U pitanju je generalno ovlašćenje koje sud može da iskoristi u svakom slučaju kada smatra da su ispunjeni napred navedeni zakonski uslovi.

Granice ublažavanja kazne propisane su zakonom (član 57. KZS i član 11. ZID KZ) što znači da će u slučaju kada postoje uslovi za ublažavanje sud ublažiti kaznu u skladu sa sledećim pravilima: *ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisan zatvor u trajanju od deset ili više godina, kazna se može ublažiti do sedam godina zatvora; ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisan zatvor u trajanju od pet ili više godina, kazna se može ublažiti do tri godine zatvora; ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisan zatvor u trajanju do tri godine, kazna se može ublažiti do jedne godine zatvora; ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisan zatvor u trajanju od dve godine, kazna se može ublažiti do šest meseci zatvora; ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisan zatvor od jedne godine, kazna se može ublažiti do tri meseca zatvora; ako je za krivično delo kao najmanja mera kazne propisan zatvor ispod jedne godine, kazna se može ublažiti do trideset dana zatvora; ako je za krivično delo propisana kazna zatvora bez naznačenja najmanje mere, umesto zatvora može se izreći novčana kazna ili rad u javnom interesu; ako je za krivično delo propisana novčana kazna sa naznačenjem najmanje mere, kazna se može ublažiti do deset dnevnih iznosa odnosno do deset hiljada dinara.*

Do donošenja ZID KZ ublažavanje kazne je bilo moguće u svakom slučaju kada su ispunjeni zakonom propisani uslovi. Međutim, odredbom člana 11. stav 2. ovog zakona propisano je da se kazna ne može ublažiti za sledeća krivična dela:

- otmica (član 134. st. 2. i 3. KZS) – kada se radi ostvarenja cilja otmice preti ubistvom ili teškom telesnom povredom otetom licu, predviđena kazna je zatvor od tri do dvanaest godina (stav 2) i ako je oteto lice zadržano duže od deset dana ili je prema njemu postupano na svirep način ili mu je teško narušeno zdravlje ili su nastupile druge teške posledice ili ako je osnovni oblik krivičnog dela učinjen prema maloletnom licu, predviđena kazna je zatvor od tri do petnaest godina (stav 3);<sup>9</sup>
- silovanje (član 178. KZS);<sup>10</sup>

9 Član 134. KZS sada glasi: (Stav 1) Ko silom, pretnjom ili obmanom ili na neki drugi način odvede ili zadrži neko lice u nameri da od njega ili drugog lica iznudi novac ili kakvu drugu imovinsku korist ili da njega ili koga drugog prinudi da nešto učini, ne učini ili trpi, kazniće se zatvorom od *dve* do deset godina. (St. 2. i 3 /kao u osnovnom tekstu/). (Stav 4) Ako je usled dela iz st. 1. do 3. ovog člana nastupila smrt otetog lica ili je delo izvršeno od strane *grupe*, učinilac će se kazniti zatvorom od pet do osamnaest godina. (Stav 5) *Ako je delo iz st. 1. do 3. ovog člana izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje pet godina* (član 33. ZID KZ).

10 Član 178. KZS sada glasi: (Stav 1) Ko prinudi drugog na obljubu ili sa njom izjednačen čin upotrebom sile ili pretnjom da će neposredno napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica, kazniće se zatvorom od *tri do dvanaest* godina. (Stav 2) Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno pretnjom da će se za to ili njemu blisko lice otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu ili pretnjom drugim teškim zlom, učinilac će se kazniti zatvorom od *dve do deset godina*. (Stav 3) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila teška telesna povreda lica prema kome je delo izvršeno ili ako je delo izvršeno od strane više lica ili na naročito svirep ili naročito ponižavajući



- obljuba nad nemoćnim licem (član 179. KZS);<sup>11</sup>
- obljuba sa detetom (član 180. KZS);<sup>12</sup>
- iznuda (član 214. st. 2. i 3. KZS) – kada je delom iz stava 1. ovog člana pribavljena imovinska korist u iznosu koji prelazi četrstopešdeset hiljada dinara, predviđena kazna je zatvor od dve do dvanaest godina (stav 2) i ako je pribavljena imovinska korist u iznosu koji prelazi milion i petsto hiljada dinara, predviđena kazna je zatvor od *tri* do dvanaest godina (stav 3 /član 74. ZID KZ/);<sup>13</sup>
- neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st. 1. i 3. KZS) – ko neovlašćeno proizvodi, prerađuje, prodaje i nudi na prodaju ili ko radi prodaje kupuje, drži ili prenosi ili ko posreduje u prodaji ili kupovini ili na drugi način neovlašćeno stavlja u promet supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge, predviđena kazna je zatvor od *tri* do dvanaest godina (stav 1) i *ako je delo iz stava 1. ovog člana izvršeno od strane grupe, ili je učinilac ovog dela organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika, predviđena kazna je zatvor od pet do petnaest godina* (stav 3 /član 95. ZID KZ/);<sup>14</sup>

način ili prema maloletniku ili je delo imalo za posledicu trudnoću, učinilac će se kazniti zatvorom od *pet* do petnaest godina. (Stav 4) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila smrt lica prema kojem je delo izvršeno ili je delo učinjeno prema detetu, učinilac će se kazniti zatvorom *najmanje deset godina* (član 47. ZID KZ).

- 11 Član 179. KZS sada glasi: (Stav 1) Ko nad drugim izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin iskoristivši duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj, drugu duševnu poremećenost, nemoć ili kakvo drugo stanje tog lica usled kojeg ono nije sposobno za otpor, kazniće se zatvorom od *dve* do deset godina. (Stav 2) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila teška telesna povreda lica prema kome je delo izvršeno ili ako je delo izvršeno od strane više lica ili na naročito svirep ili naročito ponižavajući način ili prema maloletniku ili je delo imalo za posledicu trudnoću, učinilac će se kazniti zatvorom od *pet do petnaest godina*. (Stav 3) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. ovog člana nastupila smrt lica prema kojem je delo izvršeno ili je delo učinjeno prema detetu, učinilac će se kazniti zatvorom *najmanje deset godina* (član 48. ZID KZ).
- 12 Član 180. KZS sada glasi: (Stav 1) Ko izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin sa detetom, kazniće se zatvorom od *tri do dvanaest godina*. (Stav 2) Ako je usled dela iz stava 1. ovog člana nastupila teška telesna povreda deteta prema kome je delo izvršeno ili je delo izvršeno od strane više lica ili je delo imalo za posledicu trudnoću, učinilac će se kazniti zatvorom od *pet do petnaest godina*. (Stav 3) Ako je usled dela iz st. 1. i 2. nastupila smrt deteta, učinilac će se kazniti zatvorom *najmanje deset godina* (član 48. ZID KZ). (Stav 4) Neće se kazniti za delo iz stava 1. ovog člana učinilac ako između njega i deteta ne postoji značajnija razlika u njihovoj duševnoj i telesnoj zrelosti.
- 13 Član 214. KZS sada glasi: (Stav 1) Ko u nameri da sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist, silom ili pretnjom prinudi drugog da nešto učini ili ne učini na štetu svoje ili tuđe imovine, kazniće se zatvorom od jedne do osam godina. (St. 2. i 3 /kao u osnovnom tekstu/). (Stav 4) Ko se bavi vršenjem dela iz st. 1. do 3. ovog člana ili je delo izvršeno od strane *grupe*, kazniće se zatvorom od *pet do petnaest godina*. (Stav 5) *Ako je delo iz st. 1. do 3. ovog člana izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od najmanje pet godina* (član 74. ZID KZ).
- 14 Član 246. KZS sada glasi: (Stav 1 /kao u osnovnom tekstu/). (Stav 2) *Ko neovlašćeno uzgaja mak ili psihoaktivnu konoplju ili druge biljke iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina*. (Stav 3 /kao u osnovnom tekstu/). (Stav 4) *Ako je delo iz stava 1. ovog člana izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će*

- nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (član 350. st. 3. i 4. KZS) – kada je delo iz stava 2. ovog člana učinjeno od strane grupe, zloupotrebom službenog položaja, ili na način kojim se ugrožava život ili zdravlje lica čiji se nedozvoljeni prelaz granice Srbije, boravak ili tranzit omogućava ili je krijumčaren veći broj lica, predviđena kazna je zatvor od jedne do deset godina (stav 3) i *ako je delo iz stava 2. ovog člana učinjeno od strane organizovane kriminalne grupe, predviđena kazna je zatvor od tri do dvanaest godina* (stav 4 /član 155. ZID KZ/)<sup>15</sup> i
- trgovina ljudima (član 388. KZS).<sup>16</sup>

Osim kod navedenih krivičnih dela propisano je da se izuzetno od opšteg pravila ne može ublažiti kazna učinocu krivičnog dela koji je ranije osuđivan za isto krivično delo, drugim rečima, ublažavanje kazne je isključeno u slučaju specijalnog povrata.<sup>17</sup>

*se kazniti zatvorom najmanje deset godina.* (Stav 5) Učinioc delo iz st. 1. do 4. ovog člana koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu može se osloboditi od kazne (član 95. ZID KZ).

- 15 Član 350. KZS sada glasi: (Stav 1) Ko bez propisane dozvole pređe ili pokuša da pređe granicu Srbije, naoružan ili upotrebom nasilja, kazniće se zatvorom do jedne godine. (Stav 2) Ko u nameri da sebi ili drugom pribavi kakvu korist, omogućava drugom nedozvoljeni prelaz granice Srbije ili nedozvoljeni boravak ili tranzit kroz Srbiju, licu koje nije državljanin Srbije, kazniće se zatvorom *od šest meseci do pet godina.* (St. 3. i 4. /kao u osnovnom tekstu/). (Stav 5) Sredstva namenjena ili upotrebljena za izvršenje dela iz st. 1. do 3. ovog člana oduzeće se (član 155. ZID KZ).
- 16 Član 388. KZS sada glasi: (Stav 1) Ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem mita ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima, kazniće se zatvorom *od tri do dvanaest godina.* (Stav 2) Za delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prema maloletnom licu učinilac će se kazniti kaznom propisanom za to delo i kada nije upotrebio silu, pretnju ili neki drugi od navedenih načina izvršenja. (Stav 3) Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prema maloletnom licu, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje *pet godina.* (Stav 4) Ako je usled dela iz st. 1. i 3. ovog člana nastupila teška telesna povreda nekog lica, učinilac će se kazniti zatvorom *od pet do petnaest godina.* (Stav 5) Ako je usled dela iz st. 1. i 3. ovog člana nastupila smrt jednog ili više lica, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina. (Stav 6) Ko se bavi vršenjem krivičnog dela iz st. 1. do 3. ovog člana ili je delo izvršeno od strane grupe, kazniće se zatvorom najmanje pet godina. (Stav 7) *Ako je delo iz st. 1. do 3. izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe, učinilac će se kazniti zatvorom najmanje deset godina.* (Stav 8) *Ko zna ili je mogao znati da je lice žrtva trgovine ljudima, pa iskoristi njen položaj ili drugome omogućiti iskorišćavanje njenog položaja radi eksploatacije predviđene stavom 1. ovog člana, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.* (Stav 9) *Ako je delo iz stava 8. ovog člana učinjeno prema licu za koje je učinilac znao ili je mogao znati da je maloletno, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina (kao što se vidi, kod oba oblika krivičnog dela iz st. 8. i 9. zakonodavac pored odgovornosti za umišljaj propisuje i odgovornost za nehat pri čemu za njegovo postojanje /pogrešno/ predviđa ispunjenost samo subjektivnog uslova – mogao – i stoga dato rešenje nije u skladu sa zakonskim pojmom nesvesnog nehata prema kome je neophodno da je učinilac ne samo mogao, nego i bio dužan – objektivni uslov – da zna da je lice žrtva trgovine ljudima, odnosno da je lice maloletno).* (Stav 10) *Pristanak lica na eksploataciju ili na uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa iz stava 1. ovog člana ne utiče na postojanje krivičnog dela iz st. 1, 2. i 6. ovog člana* (član 173. ZID KZ).
- 17 Ovo je prvi put da naš zakonodavac posebno izdvaja specijalni povrat i daje mu odgovarajući krivičnopravni značaj. Kako navodi F. Bačić, kriminološka nauka smatra da specijalne povratni-

Najzad, datom odredbom zakonodavac predviđa da kada je sud ovlašćen da učinioca krivičnog dela oslobodi od kazne može mu kaznu ublažiti, bez ograničenja propisanih u st. 1. do 3. ovog člana.

Dakle, u slučaju ublažavanja po nekom od osnova za oslobođenje sud nije vezan propisanim granicama ublažavanja kazne i takođe mogućnost ublažavanja nije isključena u odnosu na napred navedena krivična dela, kao ni u slučaju specijalnog povrata.

## V

Prethodno rečeno upućuje na zaključak da isključenje mogućnosti ublažavanja kazne u odnosu na pojedina krivična dela dovodi do toga da zakonodavac datim pravilom dezavuiše ublažavanje kazne kao i određeni broj opštih instituta krivičnog prava, što je u evidentnoj suprotnosti sa njihovom pravnom prirodom jer je suština opštih instituta u tome da se primenjuju uvek kada su ispunjeni zakonski uslovi, nezavisno od toga koje krivično delo je u pitanju.

Tako se datom odredbom u potpunosti marginalizuje značaj prekoračenja granica nužne odbrane i krajnje nužde. Takođe, zanemaruje se krivičnopravni značaj kompulzivne sile i pretnje, bitno smanjene uračunljivosti i otklonjive pravne zablude. I najzad, briše se razlika između pokušanog i dovršenog krivičnog dela i između pojedinih oblika saučesništva i zapostavlja značaj ličnog svojstva kod podstrekača i pomagača.

Kada je u pitanju povrat, onda treba reći da u skladu sa odredbom člana 55. KZS on predstavlja fakultativnu otežavajuću okolnost<sup>18</sup> koja prilikom odmeravanja kazne u granicama propisanim zakonom može uticati da odmerena kazna bude bliže propisanom maksimumu kazne. Propisivanje povrata kao fakultativne otežavajuće okolnosti, koja s obzirom na svoju prirodu ima poseban značaj u odnosu na druge otežavajuće okolnosti iz člana 54. KZS, svoje opravdanje ima u tome što učinilac iz osuda za prethodno učinjena krivična dela nije izvukao nikakvu pouku, što po pravilu ukazuje na povećan stepen krivice<sup>19</sup> koji zaslužuje i odgovarajući socijalno-etički prekor.<sup>20</sup>

ke karakteriše intenzivna zločinačka volja, a generalne povratnike, ekstenzivna zločinačka volja. Kod prvih postoji stečena sklonost da vrše ista krivična dela, oni su specijalisti koji poseduju visoku kriminalnu tehniku i to ih sa aspekta pravnog poretka čini opasnim u većoj meri. Generalni povratnici predstavljaju delinkvente koji su spremni na činjenje različitih krivičnih dela i kod kojih ništa nije izvesno. S obzirom na sve ovo, ne može se unapred odrediti koja bi kategorija učinilaca, specijalni ili generalni povratnici, bila opasnija. F. Bačić, (1980), 443.

18 Stoga je teško objasniti zašto u presudi Opštinskog suda u Sremskoj Mitrovici K-74/09 od 11. juna 2009. godine stoji da "to što je okrivljeni ranije već dva puta osuđivan zbog krivičnog dela neovlašćene proizvodnje, držanja i stavljanja u promet opojnih droga sud nije cenio kao "osobito otežavajuću okolnost" koja bi uticala da kazna bude strožija imajući u vidu da je okrivljeni bio dugogodišnji ovisnik o heroinu i da je ovo krivično delo učinio u stanju bitno smanjene uračunljivosti". Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

19 Ta ideja odgovara koncepcijama klasične i neoklasične škole krivičnog prava i ona ni danas nije izgubila svoj značaj jer se i dalje smatra da se veći stepen krivice učinioca ogleda u tome što je istrajao u nameri da vrši krivična dela i da on i posle osude i izdržane kazne za ranije delo ponovo vrši krivično delo, te da mu se može prebaciti da je ranija osuda ostala bez dejstva, tj. da ga nije odvratila od novog krivičnog dela, a što sveukupno posmatrano govori o većem stepenu krivice i osnovanosti odgovarajućeg socijalno-etičkog prekora. F. Bačić, (1980), 444.

20 U tom smislu i Okružni sud u Valjevu u svojoj presudi K-55/97 od 23. februara 1998. godine navodi "da je utvrđujući kaznu optuženom sud imao u vidu sve okolnosti koje su od utica-

U članu 55. KZS predviđen je tzv. običan povrat<sup>21</sup> i zakonodavac pri tome ne daje neku opštu definiciju povrata već samo ukazuje na elemente koje sud treba da ima u vidu pri oceni značaja povrata, pri čemu se pojam povrata uzima u širem smislu tj. kao svako ponovno izvršenje krivičnog dela od strane lica koje je već osuđeno. Prema tome, jedini obligatorni uslov za postojanje povrata jeste ranija osuđivanost za neko krivično delo. Zakonik pri tome navodi elemente koje sud treba da ceni da bi došao do zaključka koji značaj povratu treba dati prilikom odmeravanja kazne. U tom smislu zakonodavac posebno navodi težinu ranije učinjenog krivičnog dela, istovrsnost krivičnog dela tj. ranije učinjenog i novog, da li su u pitanju srodna krivična dela, dakle, ukazivanje na specijalni povrat. Isto tako sud je dužan da ceni i istovrsnost pobuda iz kojih su ranije i novo krivično delo učinjeni. Od značaja je ne samo srodnost krivičnih dela, već i srodnost ili istovrsnost pobuda iz kojih su učinjena srodna ili različita krivična dela. Takođe sud ceni i okolnosti pod kojima su dela učinjena kao i koliko je vremena proteklo od ranije osude, odnosno izrečene, oprostene ili zastarele kazne, oslobođenja od kazne, od proteka roka za opzivanje ranije uslovne osude ili izrečene sudske opomene.

Nadalje treba reći da je u našoj sudskoj praksi ublažavanje kazne najčešće u slučaju postojanja naročito olakšavajućih okolnosti, a razlog tome sigurno je i okolnost što se opšti instituti koji predstavljaju fakultativne osnove za ublažavanje kazne u praksi retko pojavljuju. No, i pored toga, ovde i dalje postoje određene dileme.

Jedna od dilema je kada se smatra da olakšavajuće okolnosti predstavljaju naročito olakšavajuće okolnosti?

Čini se da je odgovor na dato pitanje sasvim jasan i da se naročito olakšavajuće okolnosti razlikuju od „običnih“ olakšavajućih okolnosti prevashodno po svom intenzitetu te da su to one okolnosti koje delo čine lakšim, koje su po svojoj prirodi takve da u znatnoj meri umanjuju značaj ostvarenog neprava i stepen krivice, tako da se može doći do zaključka da je u zakonu predviđena kazna u konkretnom slučaju prestroga.

Druga dilema je da li je moguće ublažavanje kazne i onda kada u konkretnom slučaju postoji samo jedna naročito olakšavajuća okolnost?

Ovde se do odgovora može doći najpre jezičkim tumačenjem jer zakonodavac u datoj zakonskoj normi koristi plural „okolnosti“<sup>22</sup>. Osim toga, da je u pitanju (jed-

---

ja na kaznu, pa je od otežavajućih okolnosti sud optuženom uzeo u obzir raniju osuđivanost po obe pravnosnažne presude, prema podacima iz kaznene evidencije, a drugih otežavajućih i olakšavajućih okolnosti nije našao“. Takođe i presuda Prvog Opštinskog suda u Beogradu K I-273 od 23. decembra 2008. godine u kojoj se navodi sledeće: „Odlučujući o vrsti i visini krivične sankcije koju će u konkretnom slučaju izreći, sud je cenio sve okolnosti iz člana 54. KZS koje utiču da kazna bude teža ili blaža, pa je od olakšavajućih okolnosti cenio činjenicu da je okrivljena priznala izvršenje krivičnih dela, te da ima izuzetno tešku porodičnu situaciju i loše zdravstveno stanje, dok je kao otežavajuću okolnost cenio činjenicu da je okrivljena višestruki povratnik za isto krivično delo“. Odluke su odabrane metodom slučajnog uzorka.

21 U njegovoj osnovi leži tzv. klasični – objektivni pojam povrata koji karakteriše ponovno pojavljivanje pred sudom istog učinioca zbog novog krivičnog dela. Pored objektivnog, postoje još i objektivno-subjektivni pojam, koji pored ponovnog vršenja krivičnog dela od strane istog učinioca postavlja još i jedan subjektivni uslov, sklonost učinioca da vrši krivična dela i treći, subjektivni pojam povrata (veoma retko prihvaćen), koji težiše povrata stavlja samo na subjektivnu opasnost učinioca.

22 Uprkos tome Okružni sud u Beogradu u svojoj presudi K-1710/98 od 8. decembra 1998. godine navodi „da je prvostepeni sud prilikom odlučivanja o kazni optuženog, pravilno utvrdio i ocenio

na) okolnost koja svojim prisustvom krivično delo čini kvalitativno lakšim, onda bi ta okolnost imala značaj privilegijuće okolnosti koja predstavlja dopunsko obeležje bića krivičnog dela.<sup>23</sup>

Najzad, sporno je i da li je dozvoljeno ublažavanje kazne u slučaju kada pored naročito olakšavajućih okolnosti postoji i neka otežavajuća okolnost?<sup>24</sup>

Po tom pitanju osnovan je stav da postojanje neke otežavajuće okolnosti u načelu ne isključuje mogućnost ublažavanja kazne i da to zavisi od toga o kakvim otežavajućim okolnostima se radi i u kakvom su odnosu prema naročito olakšavajućim okolnostima, a posebno od toga kakav značaj imaju za ostvarenost uslova da se i ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja.<sup>25</sup>

Shodno iznetom, moglo bi se zaključiti da je zakonodavac prilikom propisivanja odredbe da se kazna ne može ublažiti učiniocu krivičnog dela koji je ranije

---

kao osobito olakšavajuću okolnost da je samoinicijativno priznao izvršenje krivičnog dela i na taj način je otkriven kao izvršilac, jer oštećeni krađu na svoju štetu nije ni prijavio, pa je prvostepeni sud za to delo optuženom ublažio kaznu". Cit. prema: I. Simić, (2000), 35.

23 "Pri odmeravanju kazne ne mogu se uzeti u obzir i one okolnosti koje su element bića krivičnog dela ili su kvalifikatorne okolnosti ili su po svojoj prirodi učinjenog dela u njemu sadržane." Presuda Saveznog suda Kzz-12/33 od 16 februara 2000. godine. Cit. prema: *Ibid.*, 29.

24 Tako u presudi Opštinskog suda u Rumi K-656/07 od 5. juna 2009. godine stoji "prilikom odlučivanja o krivičnoj sankciji prema okrivljenoj, sud je cenio sve okolnosti koje utiču da kazna bude stroža ili blaža. Na strani okrivljene od olakšavajućih okolnosti sud je cenio da je majka maloletnog deteta, da je priznala sa kim i na koji način je izvršila krivično delo, da do sada nije osuđivana, a otežavajućih okolnosti nije našao. Ceneći napred navedene olakšavajuće okolnosti, pojedinačno i u međusobnoj vezi kao osobito olakšavajuće okolnosti, sud je okrivljenoj ublažio kaznu". U istom smislu je i presuda Okružnog suda u Sremskoj Mitrovici K-85/03 od 2. juna 2006. godine u kojoj se kaže "da je prilikom odlučivanja o vrsti i visini krivične sankcije sud cenio sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća u smislu člana 54. KZS pa je od olakšavajućih okolnosti kod okrivljenog našao i uzeo u obzir njegovu neosuđivanost, što govori da je imao besprekoran raniji život u društvu, njegove porodične prilike da je oženjen i otac četvoro dece, da je bez imovine, cenio je njegovo slabije materijalno stanje, da je izbeglo lice, da je jedini hranilac porodice, takođe kao olakšavajuću okolnost sud je cenio i to da postoji doprinos na strani oštećene nastanku saobraćajne nezgode jer kao učesnik u saobraćaju prilikom kretanja na biciklu nije bila propisno osvetljena, dok otežavajuće okolnosti ovaj sud nije našao". Takođe i Vrhovni sud Srbije u svojoj presudi Kž I-678/00 od 19. juna 2001. godine navodi sledeće: "ocenivši odluku o kazni iz prvostepene presude pravilnom i osnovanom, Vrhovni sud prihvata ocenu olakšavajućih okolnosti na strani optuženog, a posebno okolnost da je supruga optuženog poginula u saobraćajnoj nesreći u kojoj je i sin optuženog teško povređen. Poseban značaj ima i evidentan doprinos oštećenog nastanku saobraćajne nesreće, a koje okolnosti zbirno znače osobito olakšavajuće okolnosti i osnov za ublažavanje kazne", a u presudi Kž I-941/99 od 6. decembra 2000. godine "pri odmeravanju kazne sud je svim napred navedenim okolnostima dao odgovarajući značaj koji one imaju kod odmeravanja kazne. Olakšavajućim okolnostima dat je atribut "osobito olakšavajuće" pa je optuženom u skladu sa zakonskom mogućnošću kazna ublažena". Odluke su odabrane metodom slučajnog uzorka.

25 Z. Stojanović, (2007), 212. i F. Bačić, (1980), 438. "Okolnost da je okrivljeni priznao izvršenje krivičnog dela ne može se oceniti kao osobito olakšavajuća okolnost kada je okrivljeni najpre negirao izvršenje krivičnog dela za koje je oglašen krivim, potom menjao iskaz tokom postupka, jer i iz drugih dokaza je utvrđeno da je okrivljeni učinio krivično delo". Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž-276/04 od 12. februara 2004. godine. "Okolnost da je okrivljeni osuđivan 38 puta i pored priznatih olakšavajućih okolnosti, ne dozvoljava ublažavanje kazne". Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž-1885/04 od 15. jula 2004. godine. Cit. prema: I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnog prava materije, šesta knjiga*, Beograd, 2005, 31.

osuđivan za isto krivično delo, pre svega imao u vidu situacije u kojima se specijalni povrat kao otežavajuća okolnost javlja pored naročito olakšavajućih okolnosti i kada po mišljenju zakonodavca ublažavanje kazne ne bi bilo opravdano bez obzira na značaj prisutnih naročito olakšavajućih okolnosti.<sup>26</sup>

## VI

Nakon svega napred navedenog čini se da se u kontekstu veoma složene problematike vezane za odmeravanje, odnosno ublažavanje kazne kao jedno<sup>27</sup> od markantnijih izdvaja pitanje opravdanosti zabrane ublažavanja kazne u određenim

- 26 Po pitanju krivičnogopravnog značaja povrata uglavnom postoje sledeća rešenja: po prvom, povrat ima značaj prilikom odmeravanja kazne, i to ili kao otežavajuća okolnost (KZS) ili kao pooštravajuća okolnost (obligatorna /Krivični zakonik Italije iz 1930. godine/ ili fakultativna / Osnovni krivični zakon SRJ iz 2003. godine/); po drugom, u slučaju povrata izriče se kazna i odgovarajuća mera bezbednosti koja se sastoji u ograničenju slobode kretanja (kumulaciju kazne i „preventive detention“ uvela je Engleska 1908. godine) i po trećem, u slučaju povrata izriče se samo određena mera bezbednosti. Ovaj treći sistem ima dve varijante, prvu, kada sud ima mogućnost izbora između kazne i mere bezbednosti (Krivični zakonik Švajcarske iz 1937. godine) i drugu, kada sud, ukoliko su ispunjeni zakonom propisani uslovi, može da izrekne samo meru bezbednosti (Krivični zakonik Švedske iz 1962. godine).
- 27 Smatramo da nije suvišno ukoliko se ovde bar osvrnemo i na još jednu ništa manje značajnu novinu u vezi odmeravanja kazne koju uvodi ZID KZ. Naime, odredbom člana 14. je predviđeno da se za produženo krivično delo može izreći teža kazna od propisane. Izrečena kazna ne sme preći dvostruku meru propisane kazne, niti deset godina zatvora. Izuzetno, ako se za neko krivično delo koje ulazi u sastav produženog krivičnog dela može izreći kazna zatvora od trideset do četrdeset godina, ne može se izreći kazna veća od četrdeset godina. Jednom rečju, datom odredbom zakonodavac propisuje da produženo krivično delo predstavlja fakultativnu pooštravajuću okolnost. U sadašnjem zakonu to je jedina predviđena fakultativna pooštravajuća okolnost, a ranije je isto rešenje postojalo u slučaju višestrukog povrata. Inače, među prvim autorima koji se zalagao za mogućnost pooštavanja kazne kod produženog krivičnog dela bio je F. Bačić. (Vidi: F. Bačić, „Moj alternativni nacrt općeg dijela Krivičnog zakonika Republike Hrvatske“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, 1996/1, 139). U domaćoj stručnoj literaturi datu ideju je afirmisao Z. Stojanović (Vidi: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, Beograd, 1999, 82). U našem pozitivnom zakonodavstvu produženo krivično delo je prvi put bilo propisano kao fakultativna pooštravajuća okolnost u članu 11. Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela koji je donet 2008. godine („Službeni glasnik RS“, br. 97/2008), i u kome stoji da se „odgovornom licu za produženo krivično delo može pooštriti kazna (novčana kazna) do dvostrukog iznosa propisanog u članu 14. ovog zakona“. Nadalje, moglo bi se reći da propisivanje određene fakultativne pooštravajuće okolnosti praktično znači ukidanje posebnog maksimuma kazne, pa se postavlja pitanje opravdanosti datog rešenja najpre sa aspekta načela zakonitosti. Dovodi se takođe u sumnju i njegova svrsishodnost s obzirom na to da ni ranije kada je višestruki povrat imao isti krivičnogopravni značaj naša sudska praksa nije pribegavala pooštavanju kazne. Možda se kod produženog krivičnog dela moglo razmišljati i na neki od sledećih načina. Naime, ako je sada već isključena mogućnost ublažavanja kazne kod pojedinih krivičnih dela onda bi se recimo na isti način moglo postupiti i kod produženog krivičnog dela tj. isključiti mogućnost njegove primene u određenim slučajevima kao npr. kod najtežih krivičnih dela protiv ličnih dobara. Ukoliko bi se, što je po našem mišljenju sasvim opravdano, odustalo od zakonskog ograničavanja primene opštih instituta, onda bi bilo bolje za produženo krivično delo propisati restriktivnije uslove za njegovu primenu – prihvatanjem jedne varijante modifikovane objektivno-subjektivne teorije koju predlaže Z. Stojanović. Vidi: Z. Stojanović, (2009), 217.

slučajevima. Drugim rečima, nameće se pitanje da li je data zakonska formulacija realno utemeljena?

Naše mišljenje je da je prilikom izmena, o kojima je prethodno bilo više reči, intencija zakonodavca nesumnjivo bila da doprinese kreiranju strožije kaznene politike sudova (što i nije ništa novo) i u toj nameri je, u odnosu na ranije izmene, otišao i jedan korak dalje. Naime, do sada je zakonodavac težeći ostvarivanju navedenog cilja svoje intervencije po pravilu ograničavao na posebni deo zakona u tom smislu što je (kao i ovoga puta) pre svega podizao posebne minimume i posebne maksimume kod jednog broja krivičnih dela (i pri tome u nemalom broju slučajeva u okviru pojedinih grupa krivičnih dela narušavao celovitost propisanog kaznenog sistema zasnovanog na apstraktnim modelima datih ponašanja), dok se ovog puta izmene odnose ne samo na posebni već i na opšti deo zakona, odnosno na opšte institute krivičnog prava.

Ne možemo, a da date izmene u opštem delu zakona ne dovedemo u sumnju.

Evo zašto.

Kao što je poznato zakonodavac kaznenu politiku u pogledu izbora i odmeravanja kazni za pojedina krivična dela izražava propisivanjem kazne za svako krivično delo. Iz razloga što pri tome zakonodavac krivična dela sagledava apstraktno, otuda i njegova kaznena politika u odnosu na pojedina krivična dela predstavlja izraz apstraktne ocene opasnosti pojedinih ponašanja. Takav sistem nadalje vodi ka tome da sudu ostaje da kaznu konkretizuje u svakom pojedinom slučaju. Izbor vrste kazne je po pravilu izraz kaznene politike zakonodavca, dok u pogledu mere kazne zakon prepušta veće mogućnosti sudu zadovoljavajući se samo propisivanjem kaznenih okvira kroz koje izražava svoju kaznenu politiku u odnosu na pojedina krivična dela. Pri tome, kao što je napred i bilo reči, zakonodavac može da odredi uže ili šire raspone/okvire kazni zavisno od procene koji raspon kazne odgovara mogućim pojavnim oblicima pojedinog krivičnog dela. U nekim slučajevima je nužno da raspon kazne bude veliki jer je priroda pojedinih krivičnih dela takva da delo može da se javlja u sasvim lakim i sasvim teškim oblicima. Ukoliko u takvim slučajevima pak, zakonodavac ne smatra opravdanim da kaznenu politiku prepusti sudovima već ima nameru da je određenije usmerava, onda po pravilu pribegava propisivanju lakših i težih oblika jednog krivičnog dela. Zakonodavac kaznenu politiku sudova, takođe usmerava i kroz postupak odmeravanja kazni i to propisivanjem načina odmeravanja kazni tj. ukazivanjem sudu o kojim okolnostima treba da vodi računa prilikom odmeravanja kazni propisujući olakšavajuće i otežavajuće okolnosti odnosno uslove i načine ublažavanja i oslobođenja od kazne.

Propisivanjem posebnih zakonskih mogućnosti kod odmeravanja kazne zakonodavac sudu praktično stavlja na raspolaganje odgovarajuće zakonske instrumente pomoću kojih sud u postupku odmeravanja kazne može da donese odluku koja predstavlja iskorak u odnosu na redovno odmeravanje u granicama posebnog minimuma i maksimuma. Ublažavanje kazne kao i drugi instituti koji se odnose na ove posebne mogućnosti prilikom kažnjavanja imaju pri tome jasno profilisane krimi-

nalnopolitičke ciljeve, što uz okolnost da je njihova primena fakultativnog karaktera zahteva od suda analitičan i odgovoran pristup u rešavanju svakog pojedinačnog slučaja. U takvom jednom kreativnom postupku jasno je da zakonodavac ne bi trebalo da sud sputava krutim rešenjima već suprotno tome, da mu obezbedi pravom definisan prostor u čijim okvirima bi došlo do realizacije ove nesumnjivo najvažnije sudske uloge.

U datom kontekstu, ublažavanje kazne je jedan od veoma značajnih zakonom predviđenih korektiva neophodnih s obzirom na opštost zakonske norme u kojoj je raspon kazne za određena krivična dela propisan na osnovu tipičnih slučajeva u kojima se jedno delo ispoljava u praksi. Taj sukob između formalnog i materijalnog ne može uvek da se razreši na nivou zakona zbog njegove opštosti i apstrakcije, te se sudu pruža kao jedna od mogućnosti da ublažavanjem kazne izbegne preteranu i kriminalnopolitički neopravdanu represivnost u konkretnim slučajevima.<sup>28</sup>

U ovako postavljenom sistemu propisivanja i odmeravanja kazni nužno je da sud ima određenu slobodu koja pretpostavlja relativno široka zakonska ovlašćenja. Međutim, pri tome se ne sme gubiti iz vida da je, nezavisno od toga koliko su ovlašćenja suda zakonom široko postavljena, odmeravanje kazne uvek akt primene prava, rešavanje jednog pravnog pitanja, pravno vezana ocena koja podleže i kontroli suda više instance. Shodno tome, akt sudske ocene nikad nije, niti može biti akt slobodne i diskrecione ocene, već primarno akt pravno vezane ocene.

Međutim, nepodeljeno je mišljenje da je za savremenu praksu naših sudova karakteristično veoma široko primenjivanje instituta ublažavanja kazne. Osim toga, statistike pokazuju i da sudovi u najvećem broju slučajeva izriču kazne na nivou ili bliže posebnom minimumu propisane kazne (zanemaruje se pri tome činjenica da se većina krivičnih dela u praksi uglavnom pojavljuje u svojim lakšim, a ređe u težim ili najtežim oblicima). Sve to nadalje dovodi do (po našem mišljenju površnog) zaključka da je kaznena politika naših sudova izuzetno blaga (i stoga i neefikasna) i da bi u cilju uspešnije borbe protiv kriminaliteta trebalo intervenirati pre svega na zakonskom planu.<sup>29</sup>

Pri tome se pak, gubi iz vida veoma važna okolnost, a to je da u savremenom društvu probleme koji nastaju u oblasti odmeravanja kazni nikako ne bi trebalo rešavati ograničavanjem ovlašćenja suda već fiksiranjem niza načelnih postavki koje bi obezbedile legalitet u ovoj oblasti.

Drugim rečima, prilikom traženja adekvatnog rešenja ne bi trebalo zanemariti činjenicu da ublažavanje kazne poseban značaj ima najpre u onim sistemima koji se odlikuju visokim i strogim kaznama propisanim za pojedina krivična dela. Naime, ako je kod velikog broja krivičnih dela propisan neopravdano visok minimum i maksimum kazne, koji ne odgovara apstraktnom modelu datog dela, a samim tim ni njegovim konkretnim pojavnim oblicima, onda to stvara određene probleme u

28 Vidi: LJ. Radulović, *Kriminalna politika, politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd, 1999, 98.

29 Vidi: N. Mrvić-Petrović/Đ. Đorđević, *Moć i nemoć kazne*, Beograd, 1998, 85–86. i J. Ćirić/Đ. Đorđević/R. Sepi, *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Beograd, 2006, 169–171.



praksi jer se minimalno propisana kazna u konkretnom slučaju pojavljuje kao neopravdano stroga, pa sud u određenim slučajevima „izlaz“ traži i u „iskonstruisanom“ ublažavanju kazne.

Shodno rečenom, trebalo bi najpre propisane okvire/raspone kazni kod većeg broja krivičnih dela učiniti realnijim, imajući u vidu raznovrsnost oblika u kojima se ta dela javljaju kao i dosadašnju politiku kažnjavanja. Na taj način sud bi imao relativno jasnu orijentaciju o težini datog krivičnog dela i mogućnost da odmeri kaznu koja odgovara okolnostima konkretnog slučaja. Odnosno, u takvoj situaciji sud bi se za ublažavanje kazne odlučio samo onda kada je to opravdano tj. kada s obzirom na sve okolnosti datog slučaja dođe do zaključka da će se i ublaženom kaznom postići svrha kažnjavanja.<sup>30</sup>

Sve u svemu, jasno je da oblast odmeravanja, odnosno ublažavanja kazni po svojoj prirodi nije pogodna za fiksno zakonsko regulisanje i stoga bilo kakva ograničenja u pogledu primene pojedinih instituta ovde ne mogu biti opravdana, niti svrsishodna. U pitanju je takva oblast primene krivičnog prava u kojoj bi u najvećoj mogućoj meri trebalo da dođe do izražaja kreativna uloga suda, koja se na pravi način može ostvariti jedino ukoliko zakonodavac za pojedina krivična dela propiše adekvatne modifikacije, odnosno dovoljan broj težih i lakših oblika i pri tome uz jasno definisanu svrhu kažnjavanja formuliše samo opšta pravila o odmeravanju, odnosno ublažavanju kazne.<sup>31</sup>

Najzad, dolazimo i do još jednog veoma važnog (možda i ključnog) momenta, a to je da opisani sistem može uspešno da funkcioniše jedino ukoliko je odmeravanje kazne rezultat racionalnog procesa odlučivanja od strane suda – sudije koji na prvom mestu uvažava zakon i zakonske kriterijume i koji poznaje suštinu i duh krivičnog prava koje u praksi oživljava i istovremeno poštuje i ceni ljudsku ličnost i dostojanstvo uz visoko izraženu svest o tome da obavljajući sudijsku funkciju obavlja funkciju koja je od neprocenjivog značaja za društvo i pojedinca. Na taj način, „držeci se principa legaliteta pozitivnog prava, sudija putem interpretacije zakona, postaje akter dosuđene pravičnosti kao izraza univerzalne pravde i stožerne vrline čoveka i njegovih asocijacija. U krugu svoje oficijelne vokacije i na polju svoje dužnosti i savesti, sudija se izjašnjava o životima, svekolikim slobodama i njihovim granicama, pravima i dužnostima celine kodeksa ljudskih prava, putem onih sudijskih reči koje moraju nositi težinu prevladavanja vremena“.<sup>32</sup> I stoga, „više nego drugi, sudija svojom stručnošću, savesnošću i mudrošću primenjuje pravo, tako, da njegova reč, poput svete reči, ostaje da preživi vreme“.<sup>33</sup> Sigurno je da velika ovlašćenja koja sudija pri tome ima, nameću i velike obaveze kojima treba da odgovori, a zaštita mora da bude adekvatno edukovan i profesionalno osposobljen. U tome se, između ostalog, ogleda težina ovog poziva, ali se na tome zasniva i stvara ugled koji ova profesija uživa u društvu.<sup>34</sup>

30 Vidi: Z. Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad, 1991, 74–75.

31 Vidi: F. Bačić, (1980), 428–430.

32 S. Perović, *Ljudska prava i sudijska nezavisnost*, Beograd, 1988, 142–143.

33 S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 1997, 140.

34 LJ. Radulović, (1999), 136.

## LITERATURA

- F. Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1980
- F. Bačić, „Moj alternativni nacrt općeg dijela Krivičnog zakonika Republike Hrvatske“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, 1996/1
- J. Ćirić/Đ. Đorđević/R. Sepi, *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Beograd, 2006
- Pavle Ćosić i saradnici, *Rečnik sinonima*, Beograd, 2008
- N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, 2009
- N. Delić, „Poravnanje učinioaca i oštećenog kao osnov za oslobođenje od kazne“, u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005
- LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2006
- N. Mrvić-Petrović/Đ. Đorđević, *Moć i nemoć kazne*, Beograd, 1998
- S. Perović, *Besede sa Kopaonika*, Beograd, 1997
- S. Perović, *Ljudska prava i sudijska nezavisnost*, Beograd, 1988
- LJ. Radulović, *Kriminalna politika, politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd, 1999
- I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd, 1998
- I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga*, Beograd, 2000
- I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd, 2004
- I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga*, Beograd, 2005
- Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, Beograd, 1999
- Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2007
- Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd, 2009

Nataša Delić

Faculty of Law, University of Belgrade

## EXCLUSION OF MITIGATION OF PUNISHMENT IN CERTAIN CASES

### SUMMARY

In this paper, the author discusses a number of important issues related to the institute of mitigation of punishment. In that context, special attention was paid to demonstration and analysis of the provisions of article 14 of the Law on Amendments to the Criminal Code of the Republic of Serbia, that was adopted in 2009 and which contains the anticipated ban of mitigation of punishment for a number of criminal offences (eight criminal offences). According to the author, by this rule the legislator limits the mitigation of punishment arbitrarily and without clearly defined criteria, and excludes the application of a number of general institutions of criminal law. In addition to that, the same article contains a prohibition of mitigation of

punishment in the case of special refund. Critical analysis of legal provisions was supported by corresponding theoretical opinions and judicial decisions. At the end of the work, the author briefly specifies the conclusions which he gained during the analysis of particular aspects of this extremely complex topic.

**Key words:** criminal sanction, punishment, mitigation of punishment, exoneration of punishment.

Goran P. Ilić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## MARGINALIJE UZ ZAKON O ODGOVORNOSTI PRAVNIH LICA ZA KRIVIČNA DELA

Apstrakt: Iako je proteklo skoro dve godine od kada je Republika Srbija zakonski uredila materiju odgovornosti pravnih lica za krivična dela, u praksi do sada nije bilo slučajeva primene tih zakonskih odredaba. Razlozi za to su brojni, a jedan od njih su svakako i nova normativna rešenja koja optiku krivičnog prava, tradicionalno usmerenu ka individualnoj subjektivnoj odgovornosti fizičkog lica kao učinioca krivičnog dela, pomeraju ka pravnom licu i specifičnostima koje proizilaze iz toga. Zbog toga je u ovom radu učinjen osvrt na neke od novih pravnih ustanova, i to pre svega one iz oblasti materijalnog krivičnog prava.

Razmotren je, najpre, krug krivičnih dela za koja može odgovarati pravno lice, a zatim i pravna lica o čijoj se odgovornosti može raspravljati u krivičnom postupku. Pažnja je potom usmerena na tumačenje značenja dva osnovna subjekta krivičnog dela – na odgovorno lice i pravno lice. Iako se pomenuta lica uobičajeno pojavljuju kao „izvorni“ i „izvedeni“ učinilac krivičnog dela, postoje situacije u kojima se samo jedan od njih može izvesti pred lice pravde. Na kraju rada su analizirane specifičnosti u vezi sa krivičnim sankcijama koje se mogu izreći pravnom licu, pri čemu je posebna pažnja posvećena „smrtnoj kazni“ tj. prestanku pravnog lica.

Ključne reči: pravno lice, odgovorno lice, krivično delo, krivične sankcije.

### I

U uporednom pravu postoje dva sistema pomoću kojih se određuju krivična dela za koja mogu da odgovoraju pravna lica. Prvi je sistem generalne klauzule koji predviđa odgovornost pravnih lica za sva krivična dela koja mu, s obzirom na njihovu prirodu ili vrstu propisane sankcije, mogu biti stavljena na teret. Drugi sistem podrazumeva taksativno nabrojanje krivičnih dela za koja može odgovarati pravno lice.<sup>1</sup> Od prigovora koji se upućuju sistemu generalne klauzule trebalo bi pomenuti onaj po kojem takvo rešenje, iako nesumnjivo praktičnije, izaziva određenu pravnu nesigurnost.<sup>2</sup> Kudikamo brojnije primedbe se iznose na sistem taksativnog nabrajanja krivičnih dela. Svakako najvažnija se odnosi na nedoslednost zakonodavca u izboru krivičnih dela za koja može odgovarati pravno lice. Iako se to najčešće čini vođenjem računa da li krivično delo može da bude izvršeno u ime, za račun ili u ko-

\* vanredni profesor, sudija Ustavnog suda Republike Srbije, gilic@ius.bg.ac.rs

1 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2 édition, Dalloz, Paris, 2002, 361.

2 D. Derenčinović, *Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela: s uvodnim napomenama, komentarskim bilješkama, pojmovnim kazalom i prilogima*, NOCCI d.o.o., Zagreb, 2003, 45.

rist pravnog lica,<sup>3</sup> događa se, na šta je ukazivano u italijanskoj doktrini,<sup>4</sup> da koncept odgovornosti pravnih lica nije primer krivičnim delima u odnosu na koja se ova odgovornost može utvrđivati. O nedostacima ovog modela rečito svedoče iskustva zemalja koje su ga izvorno prihvatile, da bi ga kasnije zamenile sistemom generalne klauzule. Tako se u francuskom pravu od 31. decembra 2005. godine, umesto načela specijaliteta (*le principe de spécialité*) koje se zasniva na taksativnom navođenju krivičnih dela, primenjuje odredba koja dozvoljava progon pravnih lica za sva krivična dela, izuzev onih iz oblasti štampe i audiovizuelnih komunikacija.<sup>5</sup>

Naš zakonodavac se opredelio za sistem generalne klauzule, tako da je u članu 2 Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela<sup>6</sup> (u daljem tekstu: ZOPLKD) propisano da pravna lica mogu odgovarati za krivična dela iz posebnog dela Krivičnog zakonika i drugih zakona, ako su ispunjeni zakonom propisani uslovi za odgovornost pravnog lica. Prvi deo navedene zakonske odredbe je načelnog karaktera i predstavlja osnov za odgovornost pravnog lica za bilo koje krivično delo propisano u Krivičnom zakoniku ili sporednom krivičnom zakonodavstvu. Međutim, završni deo člana 2 ZOPLKD je od ključnog značaja za mogućnost „pripisivanja“ određenog krivičnog dela pravnom licu, jer su u pitanju posebni uslovi, sadržani u članu 6 ZOPLKD, koji su neophodni za primenu zakonskih odredaba o odgovornosti pravnog lica za krivična dela.

Pored kruga krivičnih dela, zakonodavac je odredio i subjekte kojima se može staviti na teret krivično delo. Reč je o pravnom licu i odgovornom licu. Kada se radi o pravnom licu, do primene zakonskih odredaba može da dođe samo u odnosu na organizacije koje imaju status pravnog lica. Na takav zaključak upućuje naziv Zakona, kao i član 1 ZOPLKD koji kao predmet zakonskog regulisanja predviđa uslove odgovornosti pravnih lica za krivična dela, krivične sankcije koje im se mogu izreći i pravila postupka u kojem se odlučuje o njihovoj odgovornosti. Odredba člana 5 tačka 1 ZOPLKD ne daje autonomni pojam pravnog lica, već upućuje na domaće propise koji određuju koja organizacija se smatra pravnim licem.

Da bi određena organizacija stekla status pravnog lica potrebno je da ispuni sledeće kumulativno postavljene uslove: a) da je pravno urediva, b) da je pravno dopustiva i v) da joj pravni poredak prizna mogućnost da stiče prava i preuzima obaveze.<sup>7</sup> Ovaj poslednji uslov se određuje kao pravna sposobnost organizacije i predstavlja kriterijum razlikovanja pravnog lica od organizacije koje nema pravni status. Svoj pravni subjektivitet, sačinjen od pravne, poslovne i deliktne sposobnosti, pravno lice stiče priznanjem od strane države. Organizacije koje nemaju pravnu sposobnost, poput ortakluka ili tajnog društva, ne mogu da odgovaraju za krivična dela, jer nemaju svojstvo pravnog lica.<sup>8</sup>

3 I. Bele, M. Deisinger, V. Balažić, *Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPO-KD) s komentarjem*, Gospodarski vestnik, Ljubljana, 2000, 65.

4 J. Baucells Lladós, C. Mauro, *Vers l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales en droit espagnol*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 4, Paris, 2009, 826.

5 M. E. Cartier, *Kaznenopravna odgovornost pravnih osoba u francuskom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 12, br. 2, Zagreb, 2005, 285, 286.

6 Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela („Službeni glasnik RS“, broj 97/2008).

7 O. Stanković, V. V. Vodinić, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd, 2004, 71, 72, 91.

8 Kod nas se pravna lica mogu razvrstati na nekoliko načina: 1) prema strukturi – udruženja ili ustanove, 2) prema cilju i vrsti delatnosti – komercijalna ili nekomercijalna i 3) prema tipu svojine

Za krivično delo može da odgovara i strani pravni subjekt pod uslovom da se po pravu Republike Srbije smatra pravnim licem (član 5 tačka 1 ZOPLKD). Državna pripadnost pravnog lica se određuje na osnovu sedišta pravnog lica. Pod sedištem se podrazumeva mesto gde se nalazi središte delatnosti i upravljanja organizacije, a u slučaju sumnje, mesto gde se nalazi rukovodstvo organizacije.<sup>9</sup> Kada je reč o privrednim društvima, u našem pravu je prihvaćen koncept tzv. stvarnog sedišta privrednog društva i to u varijanti mesta uprave. Drugim rečima, sedište društva je mesto iz koga se upravlja poslovima društva, pa se ono može registrovati u jednoj zemlji samo ako u njoj ima sedište glavne uprave.<sup>10</sup>

U skladu sa tim se zakonske odredbe o odgovornosti pravnih lica za krivična dela mogu primeniti na stranu organizaciju koja prema našem pravu ispunjava uslove za sticanje statusa pravnog lica, bez obzira da li takav status ima i u svojoj matičnoj državi. Primer za to je ortačko društvo kojem pravni subjektivitet ne priznaju nemačko i englesko pravo, dok prema našem pravu ono stiče pravni subjektivitet od momenta registracije osnivačkog akta.<sup>11</sup> Ovakav ekstenzivni pristup objašnjava se potrebom da kriminalne aktivnosti pravnih lica budu inkriminisane i u slučaju kada ona nemaju pravni subjektivitet prema stranom pravu. Pored toga, za primenu zakonskih odredaba nebitno je da li strano pravno lice ima ogranak na teritoriji Republike Srbije, jer je reč o kriminalnoj delatnosti.<sup>12</sup>

Pod odgovornim licem se smatra fizičko lice kome je pravno ili faktički poveren određeni krug poslova u pravnom licu, kao i lice koje je ovlašćeno, odnosno za koje se može smatrati da je ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica (član 5 tačka 2 ZOPLKD). Ovo rešenje se oslanja na odredbu člana 112 stav 5 Krivičnog zakonika<sup>13</sup> (u daljem tekstu: KZ) koja odgovorno lice određuje kao fizičko lice kojem je, s obzirom na njegovu funkciju, uložena sredstva ili na osnovu ovlašćenja, poveren određeni krug poslova u upravljanju imovinom, proizvodnji ili drugoj delatnosti ili u vršenju nadzora nad njima ili mu je faktički poveren određeni krug poslova. Bez obzira na sličnosti, trebalo bi voditi računa da odgovorno lice iz člana 112 stav 5 KZ može da učini samo ona krivična dela u čijem zakonskom opisu je to izričito navedeno (na primer, nepreduzimanje mera zaštite životne sredine – član 261 KZ ili izazivanje opšte opasnosti – član 278 stav 2 KZ). Na drugoj strani, odgovorno lice iz člana 5 tačka 2 ZOPLKD može da učini bilo koje krivično delo za koje pravno lice može da odgovara, pod uslovima predviđenim ovim zakonom.<sup>14</sup> U pitanju su dakle dva pojma odgovornog lica koja se razlikuju po sadržini i obimu, pa bi zato svojstvo

– jednosvojinska ili mešovita. Podelu pravnih lica na javnopravna i privatnopravna, prihvaćenu u francuskom i nemačkom pravu, naše pravo na poznaje. *Ibid.*, 77, 85.

9 *Ibid.*, 90.

10 M. S. Vasiljević, *Kompanijsko pravo Pravo privrednih društava Srbije i EU*, Treće izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2007, 112.

11 *Ibid.*, 164.

12 Z. Đurđević, *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*, Narodne novine, Zagreb, 2005, 29, 30.

13 Krivični zakonik („Službeni glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 (ispr.), 107/2005 (ispr.), 72/2009 i 111/2009).

14 Z. Đurđević, *op. cit.*, 43.

odgovornog lica trebalo određivati uzimanjem u obzir zakonskih odredaba.<sup>15</sup> Saglasno članu 5 tačka 2 ZOPLKD, fizičko lice ima status odgovornog lica ako mu je a) poveren određeni krug poslova u pravnom licu ili je b) ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica. Slično kao i u članu 112 stav 5 KZ, za određivanje pojma odgovornog lica trebalo bi koristiti kriterijum samostalnosti u obavljanju određenih poslova,<sup>16</sup> čemu bi trebalo pridodati i kriterijum vrste poslova koje odgovorno lice obavlja.

Svakako je manji broj odgovornih lica koja su ovlašćena da postupaju u ime pravnog lica. Reč je o licima koja obavljaju rukovodeće poslove u pravnom licu, što se utvrđuje na osnovu zakonske regulative, akta o imenovanju i izbora na određenu funkciju.<sup>17</sup> To lice najčešće i ne obavlja neposredno neki posao, već ga organizuje, odlučuje kome će ga poveriti, naređuje drugima što da rade i daje im za to potrebna uputstva i nadzire kako obavljaju povereni posao.<sup>18</sup> Pored lica ovlašćenog da postupa u ime pravnog lica, zakonodavac pominje i lice za koje se može smatrati da postupa u ime pravnog lica (član 5 tačka 2 *in fine* ZOPLKD). Reč je o pretpostavljenom ovlašćenju koje se javlja kada treće lice, navedeno ponašanjem pravnog lica, osnovano smatra da odgovorno lice ima ovlašćenje da postupa u ime pravnog lica, iako ga u stvari nema.<sup>19</sup> Prema mišljenju pojedinih autora ova situacija je slična netklonjivoj stvarnoj zabludi.<sup>20</sup>

Status odgovornog lica ima i fizičko lice kome je pravno ili faktički poveren određeni krug poslova u pravnom licu. Reč je o *questio facti* koje se ocenjuje u svakom konkretnom slučaju, pri čemu se uzimaju u obzir unutrašnji propisi pravnog lica i, naročito, činjenica da su im odgovorna lica koja su ovlašćena da postupaju u ime pravnog lica poverila određene poslove. Osnov za poveravanje može da bude pravni posao, ali i faktička okolnost da je neko obavio određeni posao. To će biti kako u slučaju kada se nekom licu koje je zaposleno u pravnom licu povere, bez odgovarajućeg pravnog osnova, poslovi za koje ono nije nadležno, tako i kada se nekom drugom fizičkom licu koje nema status zaposlenog povere određeni poslovi, a pri tom se ne radi o ugovornom odnosu.<sup>21</sup>

S obzirom da je pojam odgovornog lica zasnovao na pretpostavljenom ovlašćenju za postupanje u ime pravnog lica, kao i na činjenici pravnog ili faktičkog poveravanja određenog kruga poslova u pravnom licu, zakonodavac je značajno proširio osnov odgovornosti pravnih lica za krivična dela.<sup>22</sup> Zbog toga bi prilikom utvrđivanja da li su ispunjeni uslovi za odgovornost pravnog lica posebnu pažnju trebalo obratiti na član 6 ZOPLKD koji predstavlja *sedes materiae* za odgovornost pravnih lica.

15 LJ. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela*, Štamparija „Obod“ ad Cetinje, Cetinje, 2007, 22, 23.

16 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2006, 310.

17 Z. Đurđević, *op. cit.*, 44.

18 J. Barbić, *Osobe koje vode poslove kao odgovorne osobe i određenje predstavnika pravne osobe po Zakonu o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 10, br. 2, Zagreb, 2003, 783.

19 Z. Stojanović, R. Shine, *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela*, Ministarstvo pravde Republike Crne Gore, Podgorica, 2007, 53, 54.

20 LJ. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *op. cit.*, 22.

21 Z. Stojanović, *op. cit.*, 311.

22 Z. Đurđević, *op. cit.*, 45.

## II

Naš zakonodavac je isključio mogućnost da Republika Srbija odgovora za krivična dela (član 3 stav 1 ZOPLKD). Ovo zakonsko rešenje se temelji na činjenici da je država jedino pravno lice koje pravni subjektivitet stiže sistemom autopriznanja, odnosno samim organizovanjem.<sup>23</sup> To je posledica državnog suvereniteta koji se ogleda i u činjenici da *ius puniendi* pripada isključivo državi, pa je njena odgovornost za krivična dela načelno neprihvatljiva. Suprotno rešenje bi bilo protivno načelu podele vlasti, usled čega, prema shvatanju koje je holandski Vrhovni sud izneo u slučaju *Volkel*, državni sudovi nisu nadležni da razmatraju pitanje osnovanosti krivične optužbe protiv države.<sup>24</sup> Međutim, ovakav stav ne isključuje građansko-pravnu odgovornost države (na primer, za učinjenu štetu).

U našem pravu su od odgovornosti izuzete i autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave, odnosno državni organi i organi autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave (član 3 stav 1 *in fine* ZOPLKD). *Ratio legis* navedene odredbe je u osnovi isti kao i kod isključenja države od odgovornosti za krivična dela. Postoji, ipak, određena razlika između te dve situacije, tako da u uporednom pravu ima primera da jedinice regionalne autonomije i lokalne samouprave odgovaraju za krivična dela koja nisu učinjena u vršenju javnih ovlašćenja. Ovakav pristup je usvojen u francuskom i hrvatskom pravu, a zasniva se na razlikovanju poslova *iure imperii* koji se sastoje u vršenju javnih ovlašćenja i poslova *iure gestionis* koji se obavljaju u privredno-poslovnoj oblasti ili u vezi sa određenim delatnostima u vezi sa funkcionisanjem pravnog lica. Prema praksi francuskih sudova,<sup>25</sup> odgovornost bi mogla da nastane za krivična dela učinjena u oblasti distribucije energije, gradskog grejanja, školskih kantina, skupljanja kućnog otpada, transporta, zelenih površina, bazena i t. sl., a bila bi isključena za krivična dela učinjena pri vođenju ličnih podataka, organizaciji izbora, utvrđivanju krivičnih dela, nadzoru nad javnim saobraćajnicama, izdavanju građevinskih dozvola, organizaciji školskih slobodnih aktivnosti i školskog privoza itd. Izloženo rešenje ima svoje kriminalno-političko opravdanje, ali se naš zakonodavac, rukovođen principom pretežnosti, opredelio da generalno izuzme od odgovornosti regionalne autonomije i lokalne zajednice, što predstavlja stanovište koje je usvojeno i u crnogorskom pravu.<sup>26</sup>

Razlikovanje poslova *iure imperii* i poslova *iure gestionis* je od značaja za odgovornost pravnih lica koja istovremeno vrše obe vrste poslova. Naime, pomenuta pravna lica ne mogu da odgovaraju za krivično delo učinjeno u vršenju javnih ovlašćenja, pod uslovom da su im ta ovlašćenja zakonom poverena (član 3 stav 2 ZOPLKD). Da bi u ovom slučaju došlo do isključenja odgovornosti pravnog lica neophodno je da budu kumulativno ispunjena dva uslova: 1) da mu zakonom bude povereno javno ovlašćenje i 2) da krivično delo bude učinjeno u vršenju javnih ovlašćenja.

23 O. Stanković, V. V. Vodinelić, *op. cit.*, 92.

24 D. Derenčinović, *op. cit.*, 56.

25 M. E. Cartier, *op. cit.*, 283.

26 Z. Stojanović, R. Shine, *op. cit.*, 46.



U slučaju isključenja odgovornosti pravnog lica na osnovu člana 3 ZOPLKD, fizičko lice koje je učinilo krivično delo odgovara ako su ispunjeni uslovi koje predviđa Krivični zakonik. Slično rešenje postoji i u materiji privrednih prestupa.<sup>27</sup>

Jedno od pitanja koje bi trebalo razmotriti u vezi sa odgovornošću pravnog lica za krivična dela odnosi se na mogućnost izricanja krivične sankcije pravnom sledbeniku pravnog lica. Reč je o odstupanju od klasičnih ustanova krivičnog prava, a to se objašnjava potrebom da se pravno lice spreči da prestankom ili promenom pravne forme izbegne odgovornost za krivično delo.

Iako se ne spori kriminalno-politička opravdanost takvog rešenja, u literaturi su podeljena mišljenja u vezi sa usklađenošću ovog rešenja sa pravnom prirodom i svrhom kazne kao krivične sankcije. Kritičari smatraju da su krivične sankcije, a naročito kazna, vezana za učinioca krivičnog dela i kao takve neprenosive. Primenjena krivične sankcije prema novonastalom subjektu ugrožava načelo pravednosti u kažnjavanju. Ovakvim rešenjem dolaze prvenstveno do izražaja standardi građanskog i trgovinskog prava, a oni se, zbog različitog standarda dužne pažnje i različitih posledica do kojih njegova povreda dovodi, ne mogu primenjivati u krivičnom pravu.<sup>28</sup>

Nasuprot tome, postoji mišljenje da je reč o logičnom i celishodnom rešenju, jer sledbenik pravnog lica preuzima ne samo prava i imovinu ugašenog pravnog lica, već i njegove obaveze.<sup>29</sup> Između fizičkih i pravnih lica postoji suštinska razlika, pošto je krivica fizičkog lica lična i neprenosiva, dok je odgovornost pravnog lica zasnovana na krivici fizičkog lica. Kazne koje se izriču pravnim licima pogađaju njihovu imovinu, pa se krivična odgovornost i kazna mogu preneti na drugo pravno lice koje je preuzelo njegovu imovinu.<sup>30</sup>

Naš zakonodavac je u skladu sa drugim stanovištem predvideo mogućnost da se novčana kazna, mera bezbednosti i mera oduzimanja imovinske koristi mogu izreći odnosno izvršiti prema pravnom licu koje je pravni sledbenik pravnog lica koje je prestalo da postoji (član 8 st. 1 i 2 ZOPLKD). Sa tim u vezi, treba reći da u zavisnosti od načina na koji je pravno lice nastalo, do njegovog prestanka može da dođe na osnovu propisa, akta državnog organa, ostvarenja cilja zbog kojeg je osnovano, odluke njegovih članova, smanjenja broja članova ispod propisanog broja, nestanka imovine, stečaja ili likvidacije.<sup>31</sup> Prestanak o kojem govore odredbe st. 1 i 2 člana 8 ZOPLKD odnosi se na slučaj univerzalne sukcesije kada na mesto pravnog lica koje je prestalo da postoji dolazi univerzalni pravni sledbenik. Zakonodavac pri tom pravi razliku između dve procesne situacije, od kojih se prva odnosi na prestanak do kojeg je došlo pre okončanja krivičnog postupka (član 8 stav 1 ZOPLKD), dok je druga vezana za prestanak pravnog lica nakon pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka (član 8 stav 2 ZOPLKD).

27 M. Grubač, O. Perić, S. Pihler, *Osnovi prava o privrednim prestupima*, Privredna štampa, Beograd, 1982, 88, 89.

28 D. Derenčinović, *op. cit.*, 58, 59; Z. Stojanović, R. Shine, *op. cit.*, 74, 75.

29 Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *op. cit.*, 29.

30 Z. Đurđević, *op. cit.*, 62, 63.

31 *Ibid.*, 59.

Jedno od pitanja u vezi sa prestankom pravnog lica pre okončanja krivičnog postupka (član 8 stav 1 ZOPLKD) odnosi se na vremenski period u kojem se ova odredba primenjuje. Početni trenutak njene primene bi trebalo vezati za vreme kada je učinjeno krivično delo.<sup>32</sup> Na drugoj strani, izraz okončanje krivičnog postupka bi trebalo sagledati u svetlu stava 2 ovog člana koji govori o prestanku pravnog lica nakon pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka. *Argumentum a contrario* se može zaključiti da je stavom 1 člana 8 ZOPLKD uređeno pitanje prestanka pravnog lica do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka.

Određenu nedoumicu mogla bi da izazove zakonska formulacija koja predviđa da sud može da izrekne novčanu kaznu, meru bezbednosti i oduzimanje imovinske koristi pravnom sledbeniku. Sličnom rešenju koje postoji u hrvatskom pravu se prigovara da nije reč o mogućnosti, već o obavezi suda da opštem pravnom sledbeniku izrekne krivičnu sankciju i meru oduzimanja imovinske koristi kada je utvrđeno da su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi.<sup>33</sup> Ova primedba je donekle ublažena time što je u našem pravu donošenje odluke o krivičnoj sankciji ili meri uslovljeno prethodno utvrđenom odgovornošću pravnog lica koje je prestalo da postoji (član 8 stav 1 *in fine* ZOPLKD).

Dilema bi mogla da nastane i u vezi sa pitanjem da li se u slučaju iz stava 1 ovog člana odgovornim proglašava pravno lice koje je prestalo da postoji ili njegov pravni sledbenik. Postoji mišljenje da bi stav 1 člana 8 ZOPLKD trebalo primenjivati samo ako je pravno lice prestalo da postoji u toku postupka, što znači da je postupak pokrenut protiv njega, a nastavljen protiv pravnog sledbenika.<sup>34</sup> Ovo shvatanje neopravdano sužava vremenski period koji pokriva član 8 stav 1 ZOPLKD, pa bi zato, ako je do prestanka pravnog lica došlo nakon izvršenja krivičnog dela ili u toku krivičnog postupka, postupak trebalo pokrenuti, voditi i okončati protiv univerzalnog pravnog sledbenika.<sup>35</sup>

U stavu 3 člana 8 ZOPLKD uređena je situacija u kojoj pravno lice nakon izvršenja krivičnog dela promeni pravnu formu u kojoj posluje. S obzirom da zakonska odredba govori o formi u kojoj pravno lice posluje, može se postaviti pitanje njenog domašaja. Iako će ona biti primenjivana prvenstveno prema privrednim društvima, ne sme se isključiti mogućnost njene primene i na svaku drugu organizaciju koja ima svojstvo pravnog lica.

Kada je reč o privrednim društvima, pod promenom pravne forme se podrazumeva pretvaranje iz neke postojeće pravne forme u novu zakonom utvrđenu formu privrednog društva, uz zadržavanje pravnog subjektiviteta. Najradikalnije promene pravne forme dovode do promene prirode pravne ličnosti, nešto ograničenijeg dometa su transformacije građanskog društva u privredno društvo, a najčešće su transformacije jedne forme privrednog društva u drugu formu.<sup>36</sup> U ovim slučajevima ne dolazi do prestanka pravnog lica, jer ono nastavlja da deluje u drugom obliku, pa se zato njegova odgovornost za krivično delo raspravlja pod uslovima iz člana 6 ZOPLKD.

32 *Ibid.*, 61.

33 *Ibidem*

34 Z. Stojanović, R. Shine, *op. cit.*, 75.

35 U tom smislu i: Z. Đurđević, *op. cit.*, 131.

36 M. S. Vasiljević, *op. cit.*, 563.

## III

Preporuka N° R(88) 18 Komiteta ministara Saveta Evrope od 20. oktobra 1988. godine o odgovornosti pravnih lica za krivična dela<sup>37</sup> insistira da države predvide krivične sankcije i mere koje će biti prilagođene pravnim licima. Ovaj zahtev je poznat kao načelo specijaliteta, a njegovo postojanje se opravdava brojnim argumentima.<sup>38</sup> S obzirom da pravna lica predstavljaju tela koja se odlikuju promenljivim karakterom (na primer, članovi pravnog lica mogu da budu zamenjeni, organizacija promenjena), jasno je da pojedine ustanove krivičnog prava, kao što su povrat, oslobođenje od kazne i t. sl., ne mogu da budu na isti način primenjene kao prema fizičkim licima. Krivične sankcije ne bi smele da sputavaju pravna lica u obavljanju korisnih ciljeva zbog kojih su osnovana, a istovremeno bi trebalo da spreče fizička lica da nastave da vrše društveno štetne aktivnosti i odgovorno telo da izvlači korist iz tih krivičnih dela.

U teoriji postoji određeno neslaganje u vezi sa opštom svrhom krivičnih sankcija i njihovom primenom prema pravnim licima. Izneto je mišljenje da opšte odredbe iz KZ mogu da posluže kao pomoćno sredstvo za odmeravanje kazne. Retribucija nema značajniju ulogu pri sankcionisanju pravnih lica, već je svrha propisivanja i primene krivičnih sankcija isključivo preventivna, a u meri u kojoj je to moguće i reparativna odnosno restitutivna.<sup>39</sup> Na drugoj strani, postoji shvatanje da je opšta svrha krivičnih sankcija ista i prema pravnim licima: suzbijanje krivičnih dela, što se postiže generalnom i specijalnom prevencijom. Svrha sankcija se pri tom ne može ostvariti direktnim uticajem na pravno lice, već uticajem na njegove organe i članove.<sup>40</sup>

Zakonodavac je predvideo da se pravnom licu za krivično delo mogu izreći kazna, uslovna osuda i mere bezbednosti (član 12 ZOPLKD). Reč je u osnovi o dualističkom sistemu krivičnih sankcija, od kojih su kazne utemeljene na krivici odgovornog lica u pravnom licu, a mere bezbednosti na opasnosti pravnog lica. Uslovna osuda kao mera upozorenja ne predstavlja treću kategoriju krivičnih sankcija, jer je alternativa kazni i teško je zamisliva bez njenog postojanja.<sup>41</sup>

Kazna prestanka pravnog lica je najteža krivična sankcija koja se može izreći pravnom licu, jer nakon njenog izvršenja pravno lice prestaje da postoji. U literaturi se ova kazna obično označava kao „smrt“ pravnog lica,<sup>42</sup> iako po svojim posledicama ona nije istovetna smrtnoj kazni koja se izriče fizičkom licu.<sup>43</sup> Prestanak pravnog lica može se izreći samo kao glavna kazna (član 13 stav 2 ZOPLKD), a njeno izricanje nije vezano za težinu krivičnog dela, već za okolnost da je delatnost

37 Recommendation N° R(88) 18 concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities.

38 S. Gerroms, *La responsabilité pénale de la personne morale: une étude comparative*, Revue internationale de droit comparé, n° 2, Paris, 1996, 566, 567.

39 D. Derenčinović, *op. cit.*, 60.

40 Z. Stojanović, R. Shine, *op. cit.*, 82, 83.

41 Z. Stojanović, *op. cit.*, 32.

42 Z. Đurđević, *op. cit.*, 75; LJ. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *op. cit.*, 57.

43 Z. Stojanović, R. Shine, *op. cit.*, 85.

pravnog lica u celini ili znatnoj meri bila u funkciji vršenja krivičnih dela (član 18 stav 1 *in fine* ZOPLKD).

Zahtev da delatnost pravnog lica bude u celini ili u znatnoj meri u funkciji vršenja krivičnih dela jeste osnovna pretpostavka za izricanje kazne prestanka pravnog lica. Donekle je sporno kako bi trebalo razumeti pojam delatnost pravnog lica. Pojedini autori izjednačavaju delatnost pravnog lica sa njegovim poslovanjem i smatraju da između krivičnog dela i poslovanja pravnog lica mora da postoji uzročna veza.<sup>44</sup> Ovo gledište se ne bi moglo prihvatiti, jer poslovanje pravnog lica ima uže značenje od delatnosti o kojoj govori član 18 stav 1 ZOPLKD.

Obim poslovne sposobnosti pravnog lica određen je obimom njegove pravne sposobnosti: pravno lice može preduzimati pravne poslove radi sticanja, prenošenja, izmene i gašenja samo onih prava i obaveza koje može imati. Postoje opšta ili specijalna pravna sposobnost, pri čemu pravno lice sa opštom pravnom sposobnošću ima sva imovinska prava i obaveze (koja po prirodi stvari može da ima), dok mu specijalna pravna sposobnost daje samo ona prava i obaveze koja su mu neophodni za ostvarivanje cilja i obavljanje delatnosti.<sup>45</sup> Izjednačavanje delatnosti pravnog lica sa njegovim poslovanjem, na čemu insistira pomenuto stanovište, imalo bi za posledicu da krivično delo koje je izvršeno van delokruga prava i obaveza kojima raspolaže pravno lice sa specijalnom pravnom sposobnošću, ne bi predstavljalo osnov za izricanje kazne prestanka pravnog lica. Protiv izloženog shvatanja govori i član 24 ZOPLKD koji uređuje meru bezbednosti zabrane obavljanja određenih *registrovanih* delatnosti ili poslova.

Pojmom delatnosti pravnog lica trebalo bi zato obuhvatiti kako poslovanje pravnog lica,<sup>46</sup> tako i aktivnosti izvan delokruga njegovih prava i obaveza koje su u funkciji vršenja krivičnih dela.<sup>47</sup> Jednom reči, reč je o slučajevima u kojima pravno lice služi kao sredstvo ili kao paravan za vršenje krivičnih dela.<sup>48</sup>

Potrebno je da delatnost pravnog lica bude u celini ili u znatnoj meri u funkciji obavljanja kriminalnih aktivnosti. Delatnost koja je u celini usmerena na vršenje krivičnih dela predstavlja neophodan uslov kriminalne delatnosti. Pored toga, mogućnost izricanja kazne prestanka pravnog lica postoji i ako je delatnost pravnog lica u znatnoj meri u funkciji vršenja krivičnih dela, što je *questio facti* koje bi trebalo procenjivati prema okolnostima datog slučaja.

Ako se ima u vidu da delatnost pravnog lica treba da bude u funkciji vršenja krivičnih dela, može se postaviti pitanje koliko je dela potrebno da bi došlo u obzir

44 LJ. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, *op. cit.*, 58.

45 O. Stanković, V. V. Vodinić, *op. cit.*, 95, 96.

46 Na primer, uklanjanje otpada koje klanovi Kamore obavljaju preko svojih firmi registrovanih za taj biznis. R. Savijano, *Gomora Putovanje kroz ekonomsku imperiju i san o dominaciji Kamore*, 3. izdanje, Geopoetika, Beograd, 2009, 298, 299.

47 To je bio slučaj sa perionicama rublja koje su u vreme prohibicije u SAD služile za pranje novca stečenog krijumčarenjem, proizvodnjom i prodajom alkoholnih pića, prostitucijom i ilegalnim kladenjem. B. Banović, *Pranje novca*, in G. P. Ilić (priredio), *Korupcija – osnovni pojmovi i mehanizmi za borbu*, Edicija Crimen 03, Beograd, 2007, 108.

48 I. Bele, M. Deisinger, V. Balažić, *op. cit.*, 54; Z. Đurđević, *op. cit.*, 75.

izricanje kazne prestanka pravnog lica. Slična formulacija postoji u članu 112 stav 22 KZ koja govori o grupi lica povezanih za vršenje krivičnih dela. S obzirom da ova zakonska odredba koristi množinu, u literaturi se ističe da ne bi bilo dovoljno da se lica povežu da učine samo jedno krivično delo.<sup>49</sup> Na sličan način bi trebalo razumeti i odredbu člana 18 stav 1 ZOPLKD koja govori o vršenju krivičnih dela. Dovoljno bi bilo da je učinjeno i jedno krivično delo, ako sud zaključi da je delatnost pravnog lica u celini ili u znatnoj meri u funkciji vršenja krivičnih dela. Češći će ipak biti slučaj da sud takav zaključak izvede na osnovu činjenice da je pravno lice izvršilo više krivičnih dela.

Po pravnosnažnosti presude kojom je izrečena kazna prestanka pravnog lica dolazi do njenog izvršenja (član 18 stav 2 ZOPLKD). U zavisnosti o kojem pravnom licu je reč, sprovodi se postupak likvidacije, stečaja ili prestanka na drugi način. Pravno lice prestaje da postoji u trenutku brisanja iz registra koji se vodi kod nadležnog organa (član 18 stav 3 ZOPLKD). Izvršenje kazne prestanka pravnog lica zastareva u roku od osam godina od osude na ovu kaznu (član 33 stav 1 tačka 2 ZOPLKD). U uporednom pravu postoje i drugačija rešenja, pa tako u hrvatskom pravu kazna ukidanja pravne osobe ne zastareva, jer bi, prema shvatanju doktrine, to bilo protivno prirodi ove kazne.<sup>50</sup> *Ratio* nezastarivosti je u tome da se kazna izriče zločinačkim organizacijama ili grupama kojima je glavna delatnost vršenje krivičnih dela, pa njihovo postojanje ne može postati legalno ili prihvatljivo.<sup>51</sup>

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

## MARGINALIA ALONG WITH CRIMINAL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES ACT

### SUMMARY

Although, almost two years passed by since Republic of Serbia has statutory regulated the matter of criminal liability of legal entities, in practice until now there haven't been cases in which these rules were applied. There are a lot of reasons for that, and one of them are certainly new normative solutions which criminal law optics, traditionally directed to individual subjectively liability of person as crime offender, displacing to legal entities and specific qualities which are the result of that. Because of that, in this work the retrospect is done on some new legal institutions, and before all those from the field of material criminal law.

It is examined, in the first place, circle of crimes for which legal entity can be responsible, and after that legal entities which liability can be discussed in criminal

49 Z. Stojanović, *op. cit.*, 314.

50 D. Derenčinović, *op. cit.*, 73.

51 Z. Đurđević, *op. cit.*, 82.

proceeding. Attention is then directed to interpretation of meanings of two basic crime subjects – responsible person and legal entity. Although these mentioned subjects usually appears as „original“ and „derived“ crime offender, there are situations in which only one of them could be brought out in the face of justice. At the end of work specific qualities in connection with criminal sanctions which can be declared to legal entity are analyzed, by which special attention is dedicated to „capital punishment“ that is liquidation of legal entity.

**Key words:** legal entity, responsible person, crime, criminal sanctions.

Milan Žarković\*

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

## KRIVIČNOPRAVNA PREVENCIJA TRGOVINE LJUDIMA U ZAKONODAVSTU REPUBLIKE SRBIJE

**Apstrakt:** Trgovina ljudima, kao i drugi složeni društveni fenomeni, ima brojne uzroke i manifestuje se u različitim oblicima. Brojnost i destruktivnost ograničenja, povreda i lišavanja, koja čine bitnu komponentu zločinačkog delovanja trgovaca ljudima, kao i činjenica da se sudbinom ljudi, njihovim dostojanstvom, telom i životom trguje promišljeno, beskrupulozno, svirepo, brutalno i, najčešće, organizovano, traže adekvatan odgovor zajednice. Uz preduzimanje mera šire društvene prevencije usmerene na otklanjanje uzorka i uslova asocijalnog, antisocijalnog, pa i kriminalnog ponašanja, odgovor zajednice i dalje podrazumeva mere retributivnog karaktera. Definisane zone kažnjivosti i propisivanje kazni za konkretne oblike kriminalnog ponašanja, uključujući i trgovinu ljudima, iako ograničenog domašaja i sekundarno u odnosu na prevenciju, u praktičnom realizovanju ciljeva kriminalne politike predstavlja nezamenjiv instrument i još uvek ima primaran značaj. Zaštitna funkcija krivičnog prava ostvaruje se, kako kroz generalnu, tako i kroz specijalnu prevenciju, a pozitivni efekti propisivanja sankcija za dela kojima se ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom uslovljeni su, ne samo njihovom njihovom strogošću, već i efikasnošću otkrivanja, gonjenja i kažnjavanja delinkvenata. Kroz ovu prizmu treba sagledavati i odgovor krivičnog zakonodavstva Republike Srbije na zločin trgovine ljudima i njegove domete na planu prevencije. Nema sumnje, iako je učinjeno mnogo, i dalje se prepoznaje potreba i mogućnost unapređenja. U radu su predstavljene osnovne odrednice aktuelne situacije i preporuke i smernice za njeno unapređenje.

**Glavne reči:** trgovina ljudima, prevencija, krivično zakonodavstvo.

### UVODNA RAZMATRANJA

Trgovina ljudima je zločin protiv čovečnosti. Ona se tako označava i tretira u pojedinim međunarodnim dokumentima,<sup>1</sup> od strane pojedinih teoretičara i praktičara. U važećim krivičnopравnim propisima Republike Srbije, trgovina ljudima je,

---

\* vanredni profesor, milan.zarkovic@kpa.edu.rs

1 To je učinjeno i u Rimskom statutu Međunarodnog krivičnog suda. Sud je nadležan za vođenje krivičnog postupka povodom najtežih krivičnih dela, koja su za takva proglašena od strane celokupne međunarodne zajednice. Među ovim delima su i krivična dela označena kao "zločini protiv čovečnosti". Pod napadom koji se smatra zločinom ove vrste podrazumeva se i vršenje pojedinačnih ili svih ovlašćenja koja proističu iz prava svojine nad nekim licem, a koja obuhvataju i vršenje ovih ovlašćenja u trgovini licima, posebno ženama i decom. U naš pravni sistem Rimski

kao krivično delo, svrstana među dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Potvrda o tome kako međunarodna zajednica tretira trgovinu ljudima može se naći u Konvenciji Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i u Dopunskom protokolu za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, naročito ženama i decom, ali i u drugim relevantnim pravnim dokumentima. Efikasno suprotstavljanje kriminalu uopšte, pa i njegovim savremenim oblicima, među kojima zločin trgovine ljudima zaslužuje značajnu pažnju, podrazumeva iznalaženje i primenu raznovrsnih mera koje se, samo uslovno, i više u smislu jedne teoretske analize, mogu podeliti na one kojima se oživotvoravaju nastojanja zajednice da „ante delictum“ reaguje i predupredi kriminalni akt (preventivne), a ukoliko u tome ne uspe, da „post delictum“ reaguje preko pravosudnih organa i kroz primenu krivičnih ili drugih sankcija na konkretno kriminalno ponašanje, pa i na kriminal kao masovnu pojavu (represivne).

Kada se govori o prevenciji kriminala ističe se da se ona sprovodi kroz tri nivoa: primarni (za cilj ima smanjenje svih prepoznatih faktora na nivou porodice, zajednice, institucija koji doprinose razvoju kriminala, a sprovodi se kroz obrazovni i informativni sistem, kulturne institucije, pomoć i rad sa porodicama, institucijama socijalne zaštite, nevladinim sektorom, posebno organizacijama mladih i drugo); sekundarni (sprovodi se kroz konkretne programe iz pojedinih oblasti usmerene na pojave, grupe i pojedince pod većim rizikom za razvoj kriminalnog delovanja); i tercijarni (usmeren je na delovanje u situacijama kada se kriminal već pojavio, kao i na sprečavanje povratništva i vršenja teških krivičnih dela).<sup>2</sup>

Nema spora oko toga da krivičnopravna prinuda ne treba da bude osnovni vid i da nije najefikasniji način borbe protiv kriminaliteta. Ipak, iako sekundaran u odnosu na prevenciju, retributivni pristup, koji podrazumeva primenu mera krivičnopravne prinude, uključujući i kazne, je primaran u praktičnom realizovanju ciljeva kriminalne politike.<sup>3</sup> Istovremeno, iako prevencija predstavlja osnovnu svrhu (kao opštu, tako i posebnu) krivičnopravnog sankcionisanja, dometi prevencije propisivanjem, izricanjem i izvršenjem krivičnih sankcija nužno su ograničeni.<sup>4</sup> S druge strane, koliko god je oslanjanje samo na krivičnopravne mere nemoćno da na duži rok reši pitanje kriminaliteta, toliko je i društvena prevencija, u savremenim društvenim uslovima, nedovoljno uspešna da bi upotreba represije bila nepotrebna.<sup>5</sup>

statut Međunarodnog krivičnog suda, uveden je 2001 godine. Službeni list SRJ, međunarodni ugovori, br. 5/2001

- 2 *Polazni okvir Nacionalne strategije prevencije kriminala*, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 9.
- 3 Pritom, iako iole objektivan pristup ne može da negira nužnost, pa čak i društvenu opravdanost primene mera krivičnopravne prinude, ne može se isključiti ni mogućnost da je u određenim društvima primarni značaj primene krivičnopravne prinude izraz i uverenja da je to upravo najefikasniji i najcelishodniji način suprotstavljanja ovoj društvenoj pojavi. Lazarević Lj., *Krivično zakonodavstvo kao osnova za konstituisanje politike suzbijanja kriminaliteta*, Strategija državnog reagovanja protiv kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2003. str. 218.
- 4 šire: Soković S., *Krivične sankcije i redukcija kriminaliteta – očekivanja i realni dokumenti*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2007, vol. 45, br. 2, str. 43–54.
- 5 šire: Jašović Ž., *Prevencija – osnovno područje suprotstavljanja kriminalitetu*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1999, vol. 37, br. 1, str. 27–44.



Iz nužnosti i opravdanosti primene krivičnopravne prinude proizlazi i veliki značaj krivičnog zakonodavstva (kako materijalnog, tako i procesnog i prava o izvršenju krivičnih sankcija) u politici suzbijanja kriminaliteta. Pritom, krivično zakonodavstvo mora biti, u sva tri svoja aspekta (normativni, aplikativni, organi preko kojih se ostvaruje) izgrađivano u skladu sa realnim i racionalnim društvenim potrebama u suzbijanju kriminaliteta.<sup>6</sup>

## KRIVIČNOPRAVNE NORME I SUPROTSTAVLJANJE KRIMINALU

Krivično pravo je, za razliku od prevencije,<sup>7</sup> kao široko postavljene, planske, vrlo diferencirane aktivnosti usmerene na veoma različite faktore kriminalnog i asocijalnog ponašanja,<sup>8</sup> selektivno i usmereno na one aktivnosti kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. Čitavo dosadašnje iskustvo čovečanstva i mnogobrojna istraživanja vršena u svetu, nesumnjivo ukazuju da primena mera krivičnopravne prinude, dakle, krivično zakonodavstvo, nije "čarobni štapić" kojim će se raspršiti kriminalitet. Ono je samo jedna nužna i manje efikasna komponenta politike suzbijanja kriminaliteta koja ima svoje opravdanje samo u kontekstu mera generalne i specijalne prevencije.<sup>9</sup> Pritom, samo utemeljena i realna očekivanja mogu dati relevantan odgovor na pitanje koliko krivičnopravni sistem sankcionisanja doprinosi uspešnoj borbi protiv kriminaliteta.<sup>10</sup>

Polazeći od opšte svrhe krivičnih sankcija (suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom – član 4. stav 2), u važećem Krivičnom zakoniku Republike Srbije<sup>11</sup> precizira se da je svrha kažnjavanja: sprečavanje učinioaca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela; uticanje na druge da ne čine krivična dela; izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona (član 42. KZ RS).<sup>12</sup> Ovim se, očigledno, uvažava preventivna funkcija krivičnog prava i njeno oživotvorenje kroz razvijanje društvene odgovornosti i discipline građana.

6 Lazarević Lj., *ibid*, str. 221.

7 U aktu o formiranju Evropske mreže za prevenciju kriminala (European Crime Prevention Network – EUCPN), pod prevencijom se podrazumevaju „mere kojima se smanjuje ili na drugi način doprinosi kvantitativnom i kvalitativnom smanjenju kriminala i osećanja nesigurnosti kod građana, bilo kroz direktno odvracanje od kriminalnih aktivnosti ili kroz politiku i intervencije osmišljene u cilju smanjenja potencijala za kriminal i faktora kriminala.” *Council Decision of 28 May 2001 setting up a European Crime Prevention Network*, član 1. st. 3. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0427: EN>.

8 Preventivne mere zato ne bi trebalo da se odnose samo na kriminal u doslovnom smislu, nego bi trebalo da obuhvate i „asocijalno ponašanje” koje može predstavljati „predfazu” krivičnih dela. *Polazni okvir Nacionalne strategije prevencije kriminala*, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2009, str. 1.

9 Lazarević Lj., *ibid*, str. 222.

10 Soković S., *Krivične sankcije i redukcija kriminaliteta – očekivanja i realni dokumenti*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2007, vol. 45, br. 2, str. 43–54.

11 Službeni glasnik br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr. i 72/2009.

12 Da bi kazne mogle da ostvare zakonom predviđenu svrhu, u svakom konkretnom slučaju krivično odgovornom učiniocu krivičnog dela treba izreći onu vrstu i meru kazne koja odgovara

Krivičnopravna prevencija (koju treba razlikovati od profilakse) ima dva oblika: opštu ili generalnu prevenciju, kojom se utiče na druge da ne vrše zabranjena dela i posebnu ili specijalnu prevenciju, kojom se (u istom cilju) deluje na osuđeno lice.<sup>13</sup> Generalno, vaspitno-opominjuća funkcija ostvaruje se ne samo propisivanjem, već i izricanjem i izvršenjem kazni za učinjeno krivično delo, to jest postojanjem krivičnih zakona, postojanjem organizacije za gonjenje delinkvenata i za njihovo sudjenje, izricanje kazni i njihovo izvršenje.<sup>14</sup> Iako je stav da krivično pravo u celini ima ograničene mogućnosti u pogledu suzbijanja kriminaliteta odavno prihvaćen, nije teško doći do zaključka da se društvo i danas, i u doglednoj budućnosti mora oslanjati na krivično pravo (iako se to deklarativno negira), kao glavno, a ponekad i kao jedino sredstvo za suzbijanje kriminaliteta.<sup>15</sup> Sa ovim u vezi treba imati na umu i činjenicu da su, uprkos raznolikim ocenama naučnog statusa teorija racionalnog izbora i zastrašivanja, one značajno uticale, i da i dalje utiču na strategiju kontrole kriminaliteta.<sup>16</sup>

Mada ograničenih efekata, kako u pogledu negativnog, tako i pozitivnog aspekta, zaštitna funkcija krivičnog prava ostvaruje se, pre svega, kroz generalnu prevenciju.<sup>17</sup> Pozitivni efekti propisivanja sankcija za dela kojima se ugrožavaju vrednosti zaštićenih krivičnim zakonodavstvom uslovljeni su, ne samo njihovom strogošću, već i efikasnošću otkrivanja, gonjenja i kažnjavanja delinkvenata. Ovo posebno dobija na značaju kad se radi o odvrćanju od izvršenja krivičnih dela osoba sklonih nasilju i bezobzirnim postupcima prema drugim ljudima.

Kada je reč o specijalnoj prevenciji, ona za cilj ima resocijalizaciju delinkventa, odnosno transformaciju njegovog ponašanja. Da bi proklamovano zaista i bilo, nužno je da se prilikom izbora vrste i mere kazni za konkretno krivično delo, uvažavaju i njene etičke dimenzije i vrednosti. To stoga, što samo kaznu vezanu za pravdu i pravednost, čovek može primiti kao opravdani društveni prekor za učinjeno delo, i samo u tim uslovima moguće je ostvarivanje socijalne funkcije kazne na društvenom i individualnom nivou, tj. samo takva kazna može vaspitno delovati na samog učinioca i na druge građane da ne čine krivična dela.<sup>18</sup>

Uz krivično materijalno, i krivično procesno zakonodavstvo je ne samo nezaobilazan, već i izuzetno značajan instrument suprotstavljanja kriminalitetu. I u teoriji

društvenoj opasnosti učinjenog dela kao i ličnosti njegovog učinioca. Jovašević D., *Odmeravanje kazne u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004, vol. 31, br. 1–3, str. 5–30.

13 Ignjatović Đ., *Kriminologija*, Beograd, 2007, str. 193.

14 Sam učinak generalne prevencije putem kazne ostvaruje se na više načina. Građani se uzdržavaju da čine krivična dela zbog straha od kazne, ali i zbog efikasnosti poretka i kazne kao teške prinudne mere i difamantnog akta. Ilić D., *Smrtna kazna i prevencija*, [www.sirius.rs/clanci/dragan\\_ilic/smrtna.html](http://www.sirius.rs/clanci/dragan_ilic/smrtna.html) Postavljeno na Sajt 16.12.2001.

15 Stojanović Z., *Krivično zakonodavstvo i teški oblici kriminaliteta*, Teški oblici kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2004, str. 35.

16 Simeunović – Patić B., *Stevanović Z., Savremene kriminološke koncepcije i njihov praktični značaj za kontrolu kriminaliteta*, Beograd, 2007, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2007, str. 397.

17 šire: Stojanović Z., *Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1994, vol. 42, br. 1–2, str. 220–229.

18 Ilić D., *ibidem*.

i u praksi nesporna je kako njihova funkcionalna povezanost, tako i činjenica da od kvaliteta zakonske norme, njene adekvatne primene i stepena zloupotrebe prava, u ne malom, zavisi i stepen uticaja ovog zakonodavstva na uspešnost ostvarivanja ciljeva kriminalne politike uopšte.<sup>19</sup> Ovakva kauzalna povezanost između krivično-procesnog zakonodavstva i kriminalne politike posebno dolazi do izražaja kod teških oblika kriminaliteta. Ovo iz razloga što je upravo kod ovih oblika kriminaliteta nesporna nužnost, neophodnost i opravdanost što efikasnije primene mera krivične prinude. Ovde, kao i uopšte, samo efikasna primena mera krivične prinude je instrument uspešnog suprotstavljanja kriminalitetu i kao takva odgovara ciljevima i generalne i specijalne prevencije.<sup>20</sup>

## KRIVIČNOPRAVNO DELO TRGOVINE LJUDIMA U ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRBIJE I PREVENTIVNI ASPEKTI NJEGOVOG NORMIRANJA

Među deliktima organizovanog kriminala, zločin trgovine ljudima izdvaja se ne samo po visini ostvarene nelegalne dobiti, već i kao drastičan oblik kršenja ljudskih prava. Njegova priroda, mnoštvo i složenost uzroka, faktora i okolnosti koje mu pogoduju, raznolikost pojava oblika, nedovoljan stepen svesti o postojanju problema, uz neprimerene i nedovoljno usklađene krivične i druge relevantne propise,<sup>21</sup> uslovljavaju nedovoljnu efikasnost konvencionalnih mera sprečavanja i suzbijanja.<sup>22</sup> Istovremeno, već je svima jasno da suprotstavljanje najopasnijim vidovima kriminaliteta, nije više pitanje koje se tiče samo pojedinačne države.<sup>23</sup>

Saglasno rečenom, u nastojanjima da izmeni surovu realnost raznovrsne eksploatacije i porobljavanja ljudi, šira društvena zajednica, uključujući i međunarodne institucije, sve češće i organizovanije inicira, osmišljava, pokreće i sprovodi različite aktivnosti i mere usmerene ka sprečavanju i suzbijanju trgovine ljudima. Koliki se značaj pridaje potrebi iznalaženja efikasnih mehanizama sprečavanja ovog krivičnog

19 Dobro je poznato i nesporno da preventivna funkcija zakonske norme nije toliko u njenoj strogosti, koliko u neminovnosti njene primene na svako lice u slučajevima kada su ispunjeni za to propisani zakonski uslovi. Bejatović S., *Krivičnoprocesno zakonodavstvo kao instrument suprotstavljanja kriminalitetu*, Teški oblici kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2004, str. 45.

20 Nasuprot, neefikasna primena mera krivične prinude suprotna je ciljevima i generalne i specijalne prevencije, i kao takva ohrabruje potencijalne izvršioci krivičnih dela i izaziva, sasvim opravdano, i nezadovoljstvo javnosti. Bejatović S., *ibid*, str. 45 i 46.

21 Neprimerena pravna regulativa uzrokuje i uzrokuje, ne samo smanjenu efikasnost u sprečavanju i suzbijanju zločina trgovine ljudima, već će, u uslovima nerazumevanja ukupne situacije njegovog odvijanja, doprineti novom kršenju ljudskih prava žrtava. *Regionalna norma za obuku policije u suzbijanju trgovine ljudima u jugoistočnoj Evropi*, International Centre for Migration Policy Development, Vienna, 2003, str. 35.

22 Širok spektar uzroka i uslova nastanka i razvoja trgovine ljudima i njihova multimanifestnost, nužno zahtevaju korišćenje različitih mera prevencije. Šire: Mijalković S., *Suprotstavljanje trgovini ljudima i krijumčarenju migranata*, Beograd, 2009, str. 283–337.

23 Ignjatović Đ., *Suzbijanje najtežih oblika kriminala u uslovima tranzicije i nesigurnosti*, Teški oblici kriminala, Beograd, 2004, str. 27.

dela, a u cilju sprečavanja sistematskog kršenja elementarnih ljudskih prava i sloboda, pružanja pomoći i zaštite žrtvama trgovine, ali i otkrivanju i kažnjavanju njegovih izvršilaca, vidljivo je i po brojnim propisima koji treba to da omoguće. Tako je npr. i u članu 11. Konvencije UN protiv transnacionalnog organiziranog kriminala (u daljem tekstu Konvencija UN)<sup>24</sup> istaknuto da će svaka država potpisnica za izvršenje krivičnog dela utvrđenog čl. 5, 6, 8. i 23. ove Konvencije predvideti sankcije koje će uzeti u obzir težinu dela. Država potpisnica trudiće se da obezbedi da se diskreciona pravna ovlašćenja predviđena domaćim zakonima (a koja se odnose na gonjenje lica za krivična dela obuhvaćena ovom Konvencijom), vrše tako da se postigne što viši stepen efikasnosti primene zakonskih mera u odnosu na takva dela. Posebno je naglašeno da će se pritom voditi računa o potrebi da se spreči činjenje pomenutih krivičnih dela.<sup>25</sup>

Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima (u daljem tekstu Konvencija SE), takođe naglašava da će svaka članica doneti zakonodavne ili druge mere koje su potrebne da se obezbedi da se krivična dela iz članova 18. do 21. kažnjavaju sankcijama koje su efikasne, srazmerne i koje odvrćaju od vršenja krivičnog dela.<sup>26</sup>

Gledano u kontekstu obaveza preuzetih potpisivanjem, a potom i ratifikacijom pomenutih međunarodnih dokumenata, ne čudi to što su i u domaćem krivičnom zakonodavstvu sve zastupljenije dopune i izmene propisa kojima se, pored ostalog, nastoje ostvariti preduslovi sveobuhvatnijeg i efikasnijeg suprotstavljanja trgovini ljudima. Nema sumnje da oni podrazumevaju i propisivanje sankcija primerenijih težini izvršenog krivičnog dela. Kao i za druge teške oblike kriminaliteta, značajno je da prilikom definisanja krivičnog dela trgovine ljudima svi njegovi javni oblici budu identifikovani i obuhvaćeni bićem dela, uz što veću diferencijaciju i propisivanja kvalifikovanih oblika.<sup>27</sup>

Geneza inkriminacije uvedene u nacionalno zakonodavstvo Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog Zakona Republike Srbije iz 2003. godine,<sup>28</sup> vezuje se za potpisivanje i ratifikaciju Protokola UN za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje

24 U nacionalno zakonodavstvo uvedena je 2001. godine Zakonom o potvrđivanju Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Dopunskih protokola, od 22.6.2001. Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori, br. 6/2001.

25 Analiza različitih oblika trgovine ljudima i brojnih osobenosti prisutnih u fazi pronalaženja potencijalnih žrtava, odnosno onih koje prate njihovo transportovanje, smeštaj i eksploataciju, ukazuje na potrebu, nužnost i celishodnost preventivnog postupanja policijskih službenika i primenu proaktivnih metoda rada. Drugim rečima, policijski službenici ne smeju čekati i otkrivanje zločina trgovine ljudima prepustiti sticaju okolnosti i slučaju. Jedini pravi odgovor je sistematsko prikupljanje operativnih informacija koje će omogućiti kako otkrivanje izvršenog krivičnog dela, njegovih izvršilaca i žrtava, tako i blagovremeno presecanje planirane kriminalne aktivnosti i spasavanje potencijalnih žrtava.

26 Konvencija je usvojena u Varšavi 16.V. 2005, a u naš pravni sistem uvedena 18.03.2009. Službeni glasnik, br. 19/2009.

27 To znači, da samo zakonodavac može odlučiti da neku tipičnu otežavajuću okolnost, zbog koje delo uvek u konkretnom slučaju dobija teži vid, podigne na rang obeležja bića krivičnog dela, tj. da joj dâ karakter kvalifikatorne okolnosti. Stojanović Z., *Krivično zakonodavstvo i teški oblici kriminaliteta*, Teški oblici kriminalna, Beograd, 2004, str. 37.

28 Službeni glasnik RS, br. 39/2003.

trgovine ljudima, naročito ženama i decom (dopunjujući Konvencije UN protiv međunarodnog organizovanog kriminala – poznatiji kao „Palermo Protokol“), kao i uvažavanje preporuka sadržanih u odredbama Preporuka principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima, Visokog komesarijata Ujedinjenih nacija za ljudska prava.<sup>29</sup>

Članom 111b. KZ RS, stavom 1. predviđena je odgovornost za onoga ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti ili teških prilika drugoga: vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u predaji ili prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju sticanja neke koristi, eksploatacije njegovog rada, vršenja kriminalne delatnosti, prostitucije ili prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, radi oduzimanja dela tela za presađivanje ili radi korišćenja u oružanim sukobima. Za navedena ponašanja zakonodavac je predvideo kaznu zatvora od jedne do deset godina. Ista kazna propisana je i u stavu 4, za delo iz stava 1. koje je učinjeno prema licu koje nije navršilo 14 godina, i kada učinilac nije upotrebio silu, pretnju ili neki od drugih navedenih načina izvršenja.

Stav 2. predviđa veći broj alternativno datih kvalifikatornih okolnosti, kao i strožije kažnjavanje (zatvorom najmanje tri godine), ako je delo iz stava 1. člana učinjeno prema više lica, otmicom, prilikom vršenja službene dužnosti, u okviru kriminalne organizacije, na naročito svirep ili na naročito ponižavajući način ili je nastupila teška telesna povreda.

Najteži oblik, koji predviđa i mogućnost najstrožeg kažnjavanja učinioca (zatvorom od najmanje pet godina), vezuje se za slučajeve u kojima je delo iz stava 1. učinjeno prema maloletnom licu, odnosno one u kojima je nastupila smrt oštećenog lica.<sup>30</sup>

Kao aktivni subjekt međunarodnih odnosa, u nastojanju da praksu postupanja u suprotstavljanju zločinu trgovine ljudima učini što efikasnijim i uskladi postupanje nadležnih nacionalnih institucija (državnih i nedržavnih) sa naporima koji se po tom pitanju ulažu na međunarodnom planu, naša država je u preciziranju elemenata krivičnog dela trgovine ljudima, kao polazišnu osnovu imala, i umnogome preslikala odredbe sadržane u „Palermo Protokolu“. Uprkos tome, biće krivičnog dela trgovine ljudima definisano članom 111b Krivičnog zakona Republike Srbije sadrži i takve elemente koji ukazuju na nedovoljno razumevanje suštine ovog zločina,<sup>31</sup>

29 U okviru četvrte smernice, naglašeno je da države treba da razmotre menjanje ili usvajanje nacionalnog zakonodavstva u skladu sa međunarodnim standardima, da se krivično delo trgovine ljudima jasno definiše, da se daju detaljna uputstva o raznovrsnim kažnjivim elementima u nacionalnom zakonu, kao i da sve radnje sadržane u definicijama trgovine ljudima, kao što su dužničko ropstvo, prisilni rad, ili prisilna prostitucija treba da budu krivično gonjene. *Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima*, Ujedinjene nacije, Visoki komesarijat za ljudska prava 2002, str. 13.

30 S pravom se zapaža i ističe nedoslednost kod propisivanja sankcija za teži oblik koji se vezuje za smrt žrtve. To stoga što je krivično delo trgovine ljudima po svojim obeležjima slično otmici, a kod nje je za slučaj da je oteto lice izgubilo život propisana kazna zatvora od najmanje dvanaest godina, a predviđena je i mogućnost izricanja kazne zatvora od četrdeset godina. Lazarević LJ, *ibid.* str. 226.

31 I u Strategiji borbe protiv trgovine ljudima u Republici Srbiji koju je Vlada Republike Srbije donela 7. decembra 2006. godine, naglašeno je da je član 111b KZ RS konzumirao ne samo slučajeve trgovine ljudima, već i njihovo krijumčarenje.

to jest, na nedovoljno precizno definisanje položaja i situacije žrtve i njeno razlikovanje u odnosu na ilegalne migrante.<sup>32</sup> S druge strane, kaznena politika za krivično delo trgovine ljudima je, uz nekoliko izuzetaka, prilično blaga. U toku 2005. godine završeno je nekoliko većih sudskih postupaka, ali su, nažalost, glavni organizatori ovog „biznisa“ u Srbiji (ali i u regionu) još uvek na slobodi i/ili u bekstvu. Uz to, žrtve trgovine ljudima se suočavaju sa sporošću sudova u građanskim postupcima za naknadu štete.<sup>33</sup>

Uočena odstupanja od principa proklamovanih međunarodnim konvencijama bila su povod drugačijeg normativnog određenja bića krivičnog dela trgovine ljudima u Krivičnom zakoniku Republike Srbije,<sup>34</sup> a delom i propisivanja strožijih sankcija.<sup>35</sup> U okviru Glave 34, kojom su obuhvaćena krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, u članu 388, koji predviđa krivično delo trgovine ljudima, predviđena je odgovornost za onoga ko silom ili pretnjom, dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi, zloupotrebom ovlašćenja, poverenja, odnosa zavisnosti, teških prilika drugog, zadržavanjem ličnih isprava ili davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, vrbuje, prevozi, prebacuje, predaje, prodaje, kupuje, posreduje u prodaji, sakriva ili drži drugo lice, a u cilju eksploatacije njegovog rada, prinudnog rada, vršenja krivičnih dela, prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije, prosjačenja, upotrebe u pornografske svrhe, uspostavljanja ropskog ili njemu sličnog odnosa, radi oduzimanja organa ili dela tela ili radi korišćenja u oružanim sukobima. Za ovaj, osnovni, oblik dela propisana je kazna zatvora od dve do deset godina.

Zakonodavno rešenje koje je u pogledu lica mlađih od 14 godina (dece) sadržao član 111b. stav 4. KZ RS, Krivični zakonik proširio je (u skladu sa odredbama „Palermo protokola“) na maloletna lica (lica mlađa od 18 godina).<sup>36</sup> Saglasno tome, članom 388. u stavu 2. propisano je da će se kaznom propisanom za delo iz stava 1. ovog člana koje je učinjeno prema maloletnom licu učinilac kazniti i kada nije upotrebio silu, pretnju ili neki drugi od navedenih načina izvršenja. Za slučaj u kom

32 Šire: Žarković M., *Zločin trgovine ljudima u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije*, Stanje kriminaliteta i pravna sredstva reagovanja, Beograd, 2007, str. 242 do 254

33 Astra, *Dvogodišnji izveštaj 2006/2007*, str. 8. Slične ocene sadržane su i u izveštaju Državnog sekretarijata Sjedinjenih Američkih Država o trgovini ljudima za 2005. godinu (*Trafficking in Persons Report*, United States Department of State) koji se odnosi na Republiku Srbiju. U njemu se navodi da su nezadovoljavajuće presude u predmetima trgovine ljudima, neefikasnost pravosuđa i neodgovarajuća zaštita žrtava otežavali napore koji su činjeni protiv trgovine ljudima. Ukupno gledajući, sudstvo nije postupalo u predmetima trgovine ljudima sa ozbiljnošću koju takvi predmeti zaslužuju, a u nekim slučajevima nije pokazano ni dovoljno razumevanja za žrtve trgovine ljudima.

34 „Službeni glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005.

35 U osvrtnu na izmene u krivičnom zakonodavstvu iz 2005. godine ističe se i to da je karakteristično da su kazne povećavane i kod nekih krivičnih dela kod kojih je to bilo učinjeno ranijim izmenama. Sa ovim u vezi, postavlja se i pitanje da li to znači da je došlo do povećanja ovih krivičnih dela uprkos pooštavanju propisane kazne, što bi značilo da to nije imalo uticaja na vršenje ovih dela, ili je, pak, reč o uverenju zakonodavca da ranije propisane kazne, koje su, inače, veoma stroge, ne odgovaraju društvenoj opasnosti ovih dela, pa ih treba pooštriti. Lazarević LJ., *ibid*, 225.

36 Detetom se smatra lice koje nije navršilo četrnaest godina. Maloletnikom se smatra lice koje je navršilo četrnaest godina, a nije navršilo osamnaest godina. Maloletnim licem smatra se lice koje nije navršilo osamnaest godina – čl. 112. KZ RS.

je pri izvršenju dela prema maloletnom licu učinilac upotrebio silu, pretnju ili neki drugi od navedenih načina izvršenja, zakonodavac je propisao posebni minimum zaprećene kazne od tri godine zatvora.<sup>37</sup> Kvalifikovani oblik krivičnog dela trgovine ljudima, predviđen u stavu 4. vezuje se za one situacije dela iz st. 1. i 3. u kojima je nastupila teška telesna povreda nekog lica (učinilac će se kazniti zatvorom od tri do petnaest godina). Ako je usled dela iz st. 1. i 3. ovog člana nastupila smrt jednog ili više lica, učinilac će se kazniti zatvorom od najmanje deset godina (stav 5.) Kazna zatvora od najmanje pet godina propisana je za slučaj da se učinilac bavi vršenjem krivičnog dela iz st. 1. do 3, odnosno da je delo izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe.<sup>38</sup>

Članom 389. Krivičnog zakonika Republike Srbije, kao posebno krivično delo izdvojena je trgovina decom radi usvojenja. U okviru ovog propisa predviđena je odgovornost: za onoga ko oduzme lice koje nije navršilo četrnaest godina radi njegovog usvojenja protivno važećim propisima, za onoga ko usvoji takvo lice ili posreduje u takvom usvojenju ili ko u tom cilju kupi, proda ili preda drugom lice koje nije navršilo četrnaest godina ili ga prevozi, obezbeđuje mu smeštaj ili ga prikriva. Za ovo krivično delo propisana je kazna zatvora od jedne do pet godina. Za kvalifikovani oblik krivičnog dela iz člana 389. (ko se bavi vršenjem delatnosti iz stava 1. ovog člana ili je delo izvršeno na organizovan način od strane više lica), stavom 2. predviđena je kazna zatvora od najmanje tri godine.<sup>39</sup>

Rešenost državnih organa Republike Srbije da se što efikasnije suprotstavi zločinu trgovine ljudima manifestovana je na normativnom planu i u okviru izmena Krivičnog zakonika koje je Narodna Skupština Republike Srbije usvojila 31.08.2009.<sup>40</sup>

37 I u odredbi člana 111b i čl. 388, sadržano je isto rešenje u pogledu maksimuma sankcije za ovaj oblik krivičnog dela trgovine ljudima (opšti maksimum kazne zatvora). Gledano kroz prizmu važećih propisa, to je za član 111b petnaest godina (prema KZ SRJ važećem na teritoriji Republike Srbije 2003. godine), odnosno dvadeset godina za ovaj posebni oblik dela predviđen u čl. 388 (prema Krivičnom zakoniku Republike Srbije).

38 Uz izmene u delu koji se tiče propisivanja kazni za izvršena dela, zakonodavac je bitno drugačije postavio i kvalifikatorne okolnosti dela trgovine ljudima (izostavio je one koje se odnose na krivična dela učinjena prema više lica, otmicom, prilikom vršenja službene dužnosti, u okviru kriminalne organizacije, na naročito svirep ili na naročito ponižavajući način), ali i snizio posebni minimum propisan za slučaj da je delo iz stava 1. izvršeno nad maloletnim licem (sa pet na tri godine zatvora).

39 U Izveštaju o trgovini ljudima za 2007. godinu, Državni sekretarijat SAD ocenjuje da vlada Srbije ne ispunjava u potpunosti minimalne standarde za iskorenjivanje trgovine ljudima, ali preduzima značajne napore u tom pravcu. U tom kontekstu navodi se da je vlada usvojila sveobuhvatnu nacionalnu strategiju, ojačala preventivne mere i nastavila da sprovodi obuku na nacionalnom i na lokalnom nivou, ali da bi trebalo da bude oštra u krivičnom gonjenju počinilaca i obezbedi da im bude izrečena zatvorska kazna u skladu sa gnusnom prirodom počinjenog krivičnog dela. Drugim rečima, Vlada Srbije je nastavila sa naporima da aktivno istraži slučajeve trgovine ljudima tokom prošle godine, iako su kazne koje su dosuđivane za ovo krivično delo i dalje niske.

40 Službeni glasnik br. 72/2009. Izmene Krivičnog zakonika Republike Srbije su od suštinske važnosti, pre svega za kaznenu politiku, jer je dosadašnjom analizom utvrđeno da je ona izuzetno blaga i da ne obavlja svoju najvažniju funkciju, a to je generalna prevencija. Iz izjave državnog sekretara Ministarstva pravde Slobodana Homena date Tanjugu 29. juni 2009. I pogled sa strane, rezultirao je sličnim konstatacijama. Kazne u Srbiji su i dalje blage u mnogim slučajevima, i ne služe odvratanju trgovaca od vršenja ove aktivnosti. Srbiji se, pored ostalog, preporučuje usva-

Gledano sa aspekta krivično– pravne prevencije zločina trgovine ljudima, posebno su značajne izmene nacionalnog krivičnog zakonodavstva u pogledu odgovornosti onoga ko zna ili je mogao znati da je lice žrtva trgovine ljudima, pa iskoristi njen položaj ili drugome omogući iskorišćavanje njenog položaja radi eksploatacije predviđene stavom 1. člana 388. Izvršilac ovog oblika zločina trgovine ljudima kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina (čl. 388. st. 8.) Ako je delo iz stava 8. ovog člana učinjeno prema licu za koje je učinilac znao ili je mogao znati da je maloletno, učinilac će se kazniti kaznom zatvora od jedne do osam godina (čl. 388. st. 9.).<sup>41</sup>

Efikasnijem progonu trgovaca ljudima, a time i prevenciji zločina trgovine ljudima doprineće i odredba sadržana u stavu 10. člana 388, koja propisuje da pristanak lica na eksploataciju ili na uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa iz stava 1. ovog člana ne utiče na postojanje krivičnog dela iz st. 1, 2. i 6. ovog člana.

Istovremeno, izmenama iz 2009. povećani su i posebni minimum (sa dve na tri godine zatvora) i posebni maksimum (sa deset na dvanaest godina zatvora) za osnovni oblik krivičnog dela trgovine ljudima iz člana 388. st. 1. Uz zadržavanje apsolutnog maksimuma, posebni minimum povećan je sa tri na pet godina za slučaj da je osnovni oblik dela izvršen prema maloletnom licu (čl. 388. st. 3). Iako je povećao posebni minimum, sa tri na pet godina, za slučaj da je usled dela iz čl. 388. st. 1 i st. 3. nastupila teška telesna povreda, zakonodavac je propustio priliku da otkloni nelogičnost koja se ogleda u definisanju posebnog maksimuma na nivou od petnaest godina i za slučaj da je delo izvršeno prema maloletnom licu (to stoga što za slučaj da je osnovni oblik dela izvršen prema maloletnom licu zakonodavac uopšte nije limitirao posebni maksimum, već je prihvatio opšti maksimum od dvadeset godina). Nadalje, sankcija od najmanje pet godina predviđena u članu 388. st. 6 za slučaj da je delo izvršeno od strane organizovane grupe, izmenama KZ iz 2009. godine predviđena je za slučaj da je delo izvršeno od strane grupe, dok je za slučaj da je u pitanju organizovana kriminalna grupa najmanja propisana kazna povećana na nivo od deset godina.<sup>42</sup>

janje izmena i dopuna Krivičnog zakonika, kako bi se povećale minimalne kazne za trgovinu ljudima, ali i poboljšanje preventivnih napora (uključujući i one kojima će se smanjiti potražnja za komercijalnim seksualnim uslugama). *Izveštaj Državnog sekretarijata SAD o trgovini ljudima za 2008. god.*

41. Ovim izmenama izašlo se u susret i obavezi sadržanoj u članu 19. Konvencije SE, kojom je predviđena kriminalizacija korišćenja usluga žrtve. Nema sumnje da će se ovim uticati i na obeshrabrivanje tražnje koja podstiče sve oblike eksploatacije ljudi, a posebno žena i dece, i dovodi do trgovine ljudima (čl. 16. Konvencije SE).
42. Ovim je, iako ne u potpunosti, uvažena obaveza sadržana u članu 24 Konvencije SE, kojim je predviđeno da će svaka članica obezbediti da se sledeće okolnosti smatraju otežavajućim okolnostima prilikom određivanja kazne za: krivična dela kojima se namerno ili zbog teškog nemara ugrožava život žrtve; krivična dela protiv deteta; krivična dela koja je izvršio državni funkcioner u vršenju svojih dužnosti; krivična dela izvršena u okviru zločinačke organizacije. Smernice ove vrste sadržane su i u Preporukama principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima, Visokog komesarijata Ujedinjenih nacija za ljudska prava: „Gde je to moguće, legislativa treba da predvidi dodatne kazne za lica proglašena krivim za trgovinu ljudima u otežanim okolnostima uključujući dela trgovine decom ili dela koja su počinili državni službenici ili bili u njima saučesnici”. (Smernica 4: Obezbeđenje adekvatnog pravnog okvira).



Odredbe član 388. st 8. i 9. koje predviđaju odgovornost za „korisnike usluga“ žrtava trgovine ljudima s razlogom se mogu prihvatiti kao značajan iskorak u podizanju nivoa efikasnosti normativnog odgovora na zločin trgovine ljudima. Ipak, iako nema sumnje da će se ovim uticati i na obeshrabrivanje tražnje, koja podstiče sve oblike eksploatacije ljudi, postavlja se pitanje da li je ovom prilikom moglo da se učini i nešto više. Najpre, možda je trebalo napraviti razliku u pogledu visine propisane kazne za slučaj da je učinilac znao da je reč o žrtvi trgovine ljudima i to zloupotrebio i iskoristio takav njen položaj (ili drugome omogućio da to uradi), od slučaj kada to nije znao, a mogao je znati.

Ovu logiku zakonodavac je sledio kod brojnih krivičnih dela kod kojih je, kao uslov postojanja dela i odgovornosti učinioaca, predvideo i to da je učinilac znao,<sup>43</sup> odnosno da je mogao (ali i bio dužan) da zna izvesnu okolnost. Istovremeno, i po pravilu, zakonodavac ovo razlikovanje korisiti prilikom diferenciranja dva oblika istog krivičnog dela, (težeg – kada je učinilac „znao“ i lakšeg – kada je „mogao i bio dužan da zna“).<sup>44</sup> Kod pojedinih krivičnih dela radi diferencijacije koristi se i formulacija zna/znao za teži oblik (za koji je zaprećena i teža kazna), dok se kod lakšeg oblika predviđa da je delo učinjeno iz nehata (tada se propisuje i blaža kazna).<sup>45</sup> Samo izuzetno, tačnije samo u kod krivičnog dela prikrivanja iz čl. 221. st. 3 zakonodavac u slučaju alternativno postavljenih uslova ove vrste predviđa istu sankciju,<sup>46</sup> odnosno pravnu posledicu (kod krivičnog dela krijumčarenje iz čl. 230 st. 4. – prevozno ili drugo sredstvo čija su tajna ili skrovita mesta iskorišćena za prenos robe koja je predmet dela iz stava 1. ovog člana ili koje je namenjeno za izvršenje tih krivičnih dela oduzeće se ako je vlasnik ili korisnik vozila to znao ili je mogao i bio dužan da zna, itd).

Čini se da je unapređenje normativnog odgovora moguće, pa i nužno, kod pojedinih oblika eksploatacije žrtava trgovine ljudima, posebno onih koji se vezuju za eksploataciju kroz prinudnu prostituciju. Ovo posebno za slučaj da je navodni „korisnik usluga“ u stvari učinilac krivičnog dela koji je znao da je lice žrtva trgovine ljudima, pa je nad njom izvršio obljubu ili sa njom izjednačen čin.

U vezi sa ovim, korisno bi bilo osvrnuti se na argumenatciju koja se iznosi povodom propisivanja različitih kazni za krivična dela silovanja i obljuje nad nemoćnim licem. Kritici su podvrgnuta zakonska rešenja prisutna u odredbama koje su

43 Kod pojedinih krivičnih dela izričito se traži da je učinilac nešto znao, te i nema krivičnog dela u slučaju ako učinilac nije znao, ali je npr. mogao znati ili mogao i bio dužan da zna (npr. kod krivičnih dela dvobračnost iz čl. 187. st. 2; izdavanje čeka i korišćenje platnih kartica bez pokrića iz čl. 228; falsifikovanje novca iz čl. 223. st. 4; protivzakonito omogućavanje vršenja određenih poziva, funkcija, dužnosti, poslova i delatnosti iz čl. 341; neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga iz čl. 246 st. 6).

44 Primera radi, to je uradio kod: krivičnog dela prikrivanja iz čl. 221 st. 1 (ko stvar za koju zna da je pribavljena krivičnim delom ili ono što je za nju dobijeno (...) pribavlja kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine) i dela iz st. 2. (...), a mogao je i bio dužan da zna da je stvar pribavljena krivičnim delom, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine).

45 Npr. kod krivičnih dela: prenošenje infekcije HIV virusom iz čl. 250; nesavesno vršenje nadzora nad javnim saobraćajem iz čl. 295; odavanje državne tajne iz čl. 316 itd.

46 Ko zahteva naknadu za povratak stvari za koje zna ili je mogao ili bio dužan da zna da su pribavljene krivičnim delom (...), kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do dve godine.

bile na snazi 2005. godine, a koja nisu uvažavala potrebu posebne pravne zaštite posebno ranjivih lica. Naime, u članu 178. KZ RS određeno je biće krivičnog dela silovanja, a u sledećem, 179. članu, određeno je biće krivičnog dela obljuje nad nemoćnim licem. Dva krivična dela se ne razlikuju po radnji izvršenja dela, već pre svega po ličnim svojstvima oštećenih. Tako, oba člana navode istu radnju izvršenja dela, i to „obljebu ili sa njom izjednačen čin“, ali propisuju različite kazne za učinioca. Ukoliko je, na primer, reč o osnovnom obliku silovanja, zaprećena je zatvorska kazna od dve do deset godina (nakon izmena iz 2009. od tri do dvanaest godina), a ako je u pitanju obljuje nad duševno obolelim licem, licem sa zaostalim duševnim razvojem, licem sa duševnim poremećajima, kao i nemoćnim licem, odnosno licem koje zbog svog stanja nije sposobno za otpor – zaprećena je niža zatvorska kazna, od jedne do deset godina (nakon izmena iz 2009. od dve do deset godina). Slično tome, ako je usled obljuje ili sa njom izjednačenim činom nastupila teška telesna povreda nemoćnog lica ili ako je delo izvršeno od strane više lica ili na naročito svirep ili ponižavajući način ili je učinjeno prema nemoćnom licu koje je maloletno ili je za posledicu imalo trudnoću nemoćnog lica, odredbama važećim do izmena iz 2009, zaprećena je kazna od dve do dvanaest godina zatvora. Ukoliko je delo izvršeno nad licem koje nije nemoćno, a praćeno je istim kvalifikatornim okolnostima, zaprećena je kazna od tri do petnaest godina zatvora.<sup>47</sup> Nakon izmena iz 2009. i za krivično delo obljuje nad nemoćnim licem i za silovanje, ukoliko ih prate iste kvalifikatorne okolnosti zaprećena je ista kazna – od pet do petnaest godina zatvora.

Nema dileme da su iznete opaske i kritike vrlo razložne. Sa tim u vezi, postavlja se i pitanje zašto se u povoljniji položaj dovodi učinilac krivičnog dela koji zna da je neka osoba žrtva trgovine ljudima (to je postala, kako to zakonodavac kaže, nakon upotrebe sile, pretnje (...) – realno, to znači nakon zloupotreba poverenja, prevara, pretnji, otmica, fizičkog kažnjavanja i torture, prinudnog konzumiranja alkohola i psihoaktivnih supstanci i sl.), pa takav njen položaj zloupotrebi ili omogući drugome da to uradi. Žrtva je, u najmanju ruku nemoćno lice pa bi i sankcije za tobožnje „korisnike usluga“ žrtva trgovine ljudima koje su gurnute u prinudnu prostituciju, morale, u najmanju ruku, biti identične onima koje su zaprećene za delo obljuje nad nemoćnim licem.

Kada je reč o krivičnom delu trgovine decom radi usvojenja, izmene uvedene u krivično zakonodavstvo 2009. godine, ogledaju se u proširenju zaštite na lica starosti do šesnaest godina (u do tada važećim propisima ovu vrstu zaštite imale su samo osobe starosti do četrnaest godina). Odredbe koje su izraz pooštavanja kaznene reakcije vezuju se za slučaj da je krivično delo izvršeno od strane organizovane grupe. Umesto kaznom od najmanje tri godine, izvršilac ovog oblika će se kazniti zatvorom od najmanje pet godina (čl. 389. st. 3). Strože kažnjavanje (kaznom zatvora od najmanje tri godine), izmenama je uvedeno za slučaj da je delo izvršeno od strane grupe (čl. 389. st. 2).

47 Zakonodavac, tako, stoji na stanovištu da su krivična dela izvršena obljubom nad nemoćnim licima manje društveno opasna od istih takvih dela izvršenih nad drugim licima. Takvom diskriminatorskom kaznenom politikom izražava se nedvosmislen stav zakonodavca da su lična dobra nemoćnih lica, pre svega njihov fizički integritet i dostojanstvo ličnosti, manje važna, te saglasno tome, i slabije zaštićena od ličnih dobara drugih lica. *Prevenција i zaštita od nasilja u porodici*, izveštaj, grupa autora, Praxis, Beograd, oktobar 2008. str. 40.

Može se reći da su rešenja prisutna u važećem domaćem zakonodavstvu u pogledu krivičnog dela trgovine ljudima u saglasju sa preporučenim principima o istraživanju i krivičnom gonjenju zločina trgovine ljudima. Sadržaju izmena prisutnih u novim inkriminacijama, nesumnjivo su doprinele i aktivnosti sprovedene u skladu sa stavom kojim se naglašava da uspešne i realne strategije suprotstavljanja kriminalitetu moraju da budu zasnovane na tačnim i aktuelnim informacijama, iskustvima i analizi. Isto se može zaključiti i u pogledu sankcija.<sup>48</sup> Ipak, iako poznaje srazmerno veće kazne za lica proglašena krivim za trgovinu ljudima u otežanim okolnostima, uključujući i dela trgovine decom, aktuelno krivično zakonodavstvo i dalje ne predviđa strože sankcije za one oblike krivičnih dela trgovine ljudima u kojima se kao učinioci pojavljuju službena lica.<sup>49</sup>

Koliki značaj se u domaćem zakonodavstvu pridaje iznalaženju rešenja za adekvatnije kažnjavanje izvršilaca krivičnih dela uopšte, pa i onih koji su izvršili krivično delo trgovine ljudima, vidljivo je i u izmenama odredbi o granicama ublažavanja kazne zatvora. Pre svega, zakonodavac je uveo novo ograničenje ukoliko je za krivično delo, kao najmanja mera kazne, propisan zatvor u trajanju od deset ili više godina. U tom slučaju kazna se može ublažiti samo do sedam godina zatvora (čl. 57. st. 1. tač. 1). I u ovako pooštrenim uslovima za ublažavanje kazne, zakonodavac je isključio mogućnost ublažavanja kazne za slučaj brojnih krivičnih dela, pa i za slučaj izvršenja krivičnog dela trgovine ljudima (čl. 57. st. 2.).

U funkciji povećanja efikasnosti mera koje nadležni državni organi Republike Srbije preduzimaju na planu sprečavanja i suzbijanja trgovine ljudima su i brojne odredbe sadržane u Zakoniku o krivičnom postupku,<sup>50</sup> Zakonu o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku<sup>51</sup> Zakonu o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela.<sup>52</sup>

Tako je u okviru glave XXIXa koja sadrži posebne odredbe o postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela, u druga izuzetno teška krivična dela, i ako nisu rezultat delovanja organizovane kri-

48 Hteli mi to ili ne, priznali ili ne, danas su oči javnosti, kad je u pitanju stanje kriminaliteta u našoj zemlji, često uperene u krivično zakonodavstvo. Ono se ocenjuje kao suviše blago i stimulatívno za potencijalne delinkvente i zahteva se i oštija politika kažnjavanja. Ono što, međutim, predstavlja skoro nerešiv problem, je određivanje prave mere u odnosu na to kakve su realne mogućnosti krivičnog zakonodavstva u ostvarenju njegove protektivne funkcije. Sa ovim u vezi valja istaći da je velika zabluda, a i veliki kriminalno-politički promašaj, kada se problem kriminaliteta nastoji rešiti jačanjem represije i izmenama krivičnog zakonodavstva u tom smislu. Lazarević LJ, *ibid.* str. 221.

49 U mnogim slučajevima pojedinci oklevaju da prijave trgovce ljudima jer nemaju poverenja u policiju i sudski sistem. Ovi problemi se komplikuju kada su službenici organa za sprovođenje zakona involvirani ili saučesnici u trgovini ljudima. *Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima*, Ujedinjene nacije, Visoki komesarijat za ljudska prava 2002, str. 14. Upravo iz tih razloga, gde je to moguće, legislativa treba da predvidi dodatne kazne za lica proglašena krivim za trgovinu ljudima u otežanim okolnostima, uključujući dela trgovine decom, ali i dela koja su učinili državni službenici. *Ibid.* str. 13.

50 Službeni list SRJ, br. 70/2001 i 68/2002 i Službeni glasnik RS, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. zakon, 49/2007, 20/2009 – dr. zakon i 72/2009.

51 Službeni glasnik RS, br. 85/2005.

52 Službeni glasnik RS, br. 97/2008.

minalne grupe, spadaju i krivična dela: trgovina ljudima (član 388. st. 1. do 6, 8. i 9. Krivičnog zakonika), i trgovina maloletnim licima radi usvojenja (član 389. st. 1. i 2. Krivičnog zakonika) – čl 504a st. 6 ZKP. Kao mere organa gonjenja za otkrivanje i dokazivanje svih krivičnih dela iz člana 504a ovog zakonika navedene su: nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora ili komunikacije (čl. 504e, 504ž i 504z); pružanje simulovanih poslovnih usluga i pružanje simulovanih pravnih poslova (čl. 504i, 504j i 504k); kontrolisana isporuka (čl 504l); automatsko računarsko pretraživanje ličnih i drugih sa njima povezanih podataka (čl. 504lj). Kao posebne mere organa gonjenja za otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela iz člana 504a stav 3. (samo za organizovani kriminal) predviđene su prikriveni islednik (čl. 504m, 504n i 504nj); svedok saradnik (čl. 504o, 504p, 504r, 504s, 504t i 504ć). Efikasnosti postupaka koji se vode za krivična dela trgovine ljudima umnogome će doprineti odredbe koje regulišu postupak izvođenja dokaza ispitivanjem svedoka (zaštićenih svedoka).<sup>53</sup>

Zakonom o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku uređeni su uslovi i postupak za pružanje zaštite i pomoći učesnicima u krivičnom postupku i njima bliskim licima, koji su, usled davanja iskaza ili obaveštenja značajnih za dokazivanje u krivičnom postupku, izloženi opasnosti po život, zdravlje, fizički integritet, slobodu ili imovinu, a bez tog iskaza ili obaveštenja bilo bi znatno otežano ili nemoguće dokazivanje u krivičnim postupcima za krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije, protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, kao i za krivična dela organizovanog kriminala (čl. 1 i čl. 5). Izmenama iz 2005. godine krivično delo trgovine ljudima svrstano je među krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (do tada je bilo u grupi krivičnih dela protiv dostojanstva ličnosti i morala). Uz to, ovo delo neretko ima odlike organizovanog kriminala

Kako je već istaknuto, uvažavanje preporuka i smernica koje treba da unaprede efikasnost suprotstavljanja zločinu trgovine ljudima, podrazumeva i takvu zakonodavnu aktivnost koja će omogućiti zamrzavanje i konfiskovanje imovine pojedinaca i pravnih lica uključenih u trgovinu ljudima (konfiskovanu imovinu, koliko god je to moguće, treba koristiti za podršku i kompenzaciju žrtvama trgovine ljudima).<sup>54</sup> U Zakonu o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, u članu 2 istaknuto je da se odredbe ovog zakona primenjuju za krivična dela: organizovanog kriminala, ali i za brojna druga krivična dela, pa i krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (uključujući i trgovinu ljudima iz čl.

53 Kada postoje okolnosti koje ukazuju da bi svedoku ili njemu bliskim licima javnim svedočenjem bili ugroženi život, telo, zdravlje, sloboda ili imovina većeg obima, a naročito kada se radi o krivičnim delima organizovanog kriminala, korupcije i drugim izuzetno teškim krivičnim delima, sud može rešenjem odobriti da se svedoku obezbede mere posebne zaštite (zaštićeni svedok). Mere posebne zaštite svedoka obuhvataju ispitivanje svedoka pod uslovima i na način koji obezbeđuju da se ne otkrije njegova istovetnost i mere fizičkog obezbeđenja svedoka u toku postupka (član 109a ZKP). Pritom, ispitivanje zaštićenog svedoka može se obaviti na jedan ili više sledećih načina: isključenjem javnosti sa glavnog pretresa, prikrivanjem izgleda svedoka i svedočenjem iz posebne prostorije uz promenu glasa i lika svedoka posredstvom tehničkih uređaja za prenos zvuka i slike (čl. 109v ZKP).

54 *Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima*, Ujedinjene nacije, Visoki komesarijat za ljudska prava 2002, str. 7.

388 i trgovinu decom – maloletnicima radi usvojenja iz čl. 389 Krivičnog zakonika ukoliko imovinska korist pribavljena krivičnim delom, odnosno vrednost predmeta krivičnog dela prelazi iznos od milion i petsto hiljada dinara).

## PODACI O OBIMU I STRUKTURI TRGOVINE LJUDIMA NA TERITORIJI REPUBLIKE SRBIJE

Jedan od ključnih preduslova za kreiranje odgovarajuće politike suprotstavljanja trgovini ljudima i za iznalaženje optimalnih odgovora na nju je i dolaženje do saznanja o obimu, strukturi i karakteristikama ovog oblika kriminala, na određenom području i u određenom vremenskom periodu.<sup>55</sup> Uz to, sve češće se ističe i potreba da se u izgradnji strategije suprotstavljanja trgovini ljudima, pažnja posveti unapređenju sadejstva subjekata nosilaca tih aktivnosti i fleksibilnosti koja mora da prati one promene u trendovima vršenja ovog zločina čije je postojanje utvrđeno na osnovu validnih pokazatelja,<sup>56</sup> ali i analizi zakonodavstva i sudske prakse u vezi sa svim oblicima trgovine ljudima.

Sagledavanje situacije i trendova zločina trgovine ljudima na teritoriji Republike Srbije otežano je i zbog različitih polaznih osnova postupanja u pojedinačnim situacijama onih nacionalnih institucija koje su uključene u proces prevencije i suzbijanja zločina trgovine ljudima, identifikacije njegovih žrtava i njihovo osnaživanje kroz pružanje pomoći i zaštite, a čiji izveštaji o ovom zločinu su korišćeni. Uz to, od strane ovih institucija korišćene su i različite metodologije prikupljanja, obrade i klasifikovanja podataka o trgovini ljudima, njenim izvršiocima i žrtvama. U nekima se polazi od podvodljivosti konkretnih ponašanja pojedinaca i grupa pod važeće propise nacionalnog krivičnog zakonodavstva, koji su se od uvođenja krivičnog dela trgovine ljudima menjali u dva navrata – 2005. i 2009. god., druge su uvažavale kriterijume koji su, kao ključni za prepoznavanje zločina trgovine ljudima dati u međunarodnim propisima, a potom ih i primenjivali samo na osobe koje su kontaktirale i kojima je bila neophodna pomoć i zaštita. Treće su, uz žrtve koje su već uključene u lanac trgovine ljudima, razlikovale i potencijalne žrtve.<sup>57</sup>

Rezultat različitih metodoloških pristupa vidljiv je u pogledu brojnih okolnosti, pa tako i u podacima o broju identifikovanih žrtava trgovine ljudima. Upravo stoga, kao i zbog činjenice da uz otkrivene slučajeve zločina trgovine ljudima nesumnjivo postoje i brojni drugi, moguće je govoriti samo o nekim opštim odlikama situacije i

55 Čopić S., Nikolić-Ristanović V, *Mehanizam praćenja trgovine ljudima u Srbiji*, Zbornik „Praćenje fenomena trgovine ljudima – Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Srbija“, IOM, Beograd, 2006. str. 67.

56 Interview with Barbara Limanowska on Prevention Activities, September 2005. [humantrafficking.org](http://humantrafficking.org)

57 Tako su npr. podaci o broju lica uključenih u izvršenje krivičnog dela trgovine ljudima predstavljeni samo u izveštajima Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije. U značajnom broju otkrivenih slučajeva postojali su dokazi o umešanosti većeg lica u trgovanje ljudima, ali je zbog činjenice da su ti učinioci svoje kriminalne radnje (vrbovanje, tranzit ili eksploatacija) vršili na teritoriji drugih država, kao i zbog ograničene mogućnosti utvrđivanja identifikacionih podataka tih lica, izostalo njihovo obuhvatanje krivičnim prijavama podnetim nadležnim tužilaštvima na teritoriji Republike Srbije.

trendova manifestovanja zločina trgovine ljudima na teritoriji Republike Srbije, kao zemlji porekla, tranzita i destinacije žrtava trgovine ljudima.

Kao konstanta koja se provlači kroz izveštaje svih institucija čiji su izvori korišćeni, može se izdvojiti stalno povećanje zastupljenosti domaćih državljanke/državljanina među žrtvama trgovine ljudima identifikovanim na teritoriji Republike Srbije u periodu 2002–2009. godina. Primera radi, iako se ističe da je odnos broja domaćih i stranih državljanke/a, posmatrano na godišnjem nivou, značajno varirao u poslednjih sedam godina, on se od zastupljenosti od oko 30% iz perioda devedesetih godina, povećao do proseka od 72% za period 2002–2009. god. Prema podacima ASTRE za 2007. godinu zastupljenost državljanke/a Srbije u ukupnom broju identifikovanih žrtava dostigla je 88%. U istoj godini sve maloletne žrtve (njih 10) potiču sa teritorije Republike Srbije. Prema podacima Službe za koordinaciju zaštite žrtava trgovine ljudima u 2008. godini, od ukupno 55 identifikovanih žrtava, njih 49 (89%) bile su državljani Srbije. U 2009. godini, među 127 žrtava, njih 114 (90%) imalo je državljanstvo Srbije.<sup>58</sup> Prema podacima MUP RS za 2008. godinu, od 55 identifikovanih žrtava njih 48 (87%) imalo je državljanstvo Srbije. U 2009. od 85 žrtava, njih 79 (93%) imale su domaće državljanstvo.

Kao nepromenjena konstanta, prepoznatljiva u svim izveštajima, je i značajno veća zastupljenost osoba ženskog pola među žrtvama trgovine ljudima identifikovanim na teritoriji Republike Srbije. Prema podacima ASTRE u 2002. i 2003. godini žrtve su bile samo osobe ženskog pola, dok je u periodu 2004–2005. god. zastupljenost osoba ženskog pola bila na nivou od 91.8%. U periodu 2006–2007. god., prema podacima ASTRE zastupljenost osoba ženskog pola bila je na nivou od 88.4%. Prema podacima Službe za koordinaciju zaštite žrtava trgovine ljudima ona se kretala na nivou od 92.6%, a prema podacima Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije 50% (odstupanje vidljivo u podacima MUP vezuje se za činjenicu da su tokom 2007. god. 62 muškarca prepoznata kao žrtve trgovine ljudima sa ciljem radne eksploatacije). Prema podacima Službe za koordinaciju zaštite žrtava trgovine ljudima u 2008. godini, od ukupno 55 identifikovanih žrtava, njih 48 (87%) bile su osobe ženskog pola. U 2009. godini, među 127 žrtava, njih 104 (82%) bile su osobe ženskog pola. Prema podacima MUP RS za 2008. godinu, od 55 identifikovanih žrtava, njih 46 (84%) bile su osobe ženskog pola. U 2009. od 85 žrtava, njih 79 (77%) bile su osobe ženskog pola.

Inače, najzastupljeniji oblik eksploatacije žrtava je kroz seksualnu eksploataciju, a sve češće se beleže i slučajevi radne eksploatacije, kao i eksploatacije žrtava u cilju prinudnog prosjačenja. Prema podacima Službe za koordinaciju zaštite žrtava trgovine ljudima u 2008. godini, od ukupno 55 identifikovanih žrtava, njih 22 (40%) bile su izložene seksualnoj eksploataciji, 5 (9%) radnoj, 5 (9%) kroz prosjačenje, 3 (5%) kroz prinudni brak, 1 kroz prinudu na vršenje krivičnih dela. Zabeležen je i 1 pokušaj trgovine radi usvojenja. U 2009. godini, među 127 žrtava, njih 66 (51%) bile

58 U postupku identifikacije Služba za koordinaciju zaštite žrtava trgovine prepoznaje i među polaznim podacima u svojim izveštajima iskazuje podatke o potencijalnim žrtvama trgovine ljudima (od strane trgovaca bile su uvučene u proces trgovine ljudima, a nameravana eksploatacija nije vršena). Tako je za 2008. godine među 55 identifikovanih, bilo 18 osoba koje su identifikovane kao potencijalne žrtve. U 2009., među 127 identifikovanih, bile je i 20 potencijalnih žrtava.

su izložene seksualnoj eksploataciji, 16 (12.6%) radnoj, 14 (11%) kroz prosjačenje, 6 (4.1%) kroz prinudni brak, 2 kroz prinudu na vršenje krivičnih dela. Zabeležen je i 1 pokušaj usvojenja. Prema podacima MUP-a, u 2009. godini, od 85 žrtava, njih 53 (62 %) je seksualno eksploatisano (27 maloletnih i 26 punoletnih osoba ženskog pola). Radno je eksploatisano njih 12 (14%), i to 4 maloletna i 3 punoletna lica muškog pola i 1 maloletno i 4 punoletna lica ženskog pola. Radi vršenja krivičnog dela eksploatisana su tri lica (2 maloletna i 1 punoletno lice muškog pola). Kroz prosjačene eksploatisano je 14 žrtava (16%), i to 9 maloletnih lica muškog pola, 4 maloletne i 1 punoletna osoba ženskog pola. Prinudno je udato 6 osoba ženskog pola (2 maloletne i 4 punoletne). U jednom slučaju žrtva je eksploatisana i seksualno i radno, a u drugom i seksualno i radno i radi prinudnog braka.

Istovremeno, kao konstanta koja odlikuje najveći broj godišnjih izveštaja iz posmatranog perioda, može se izdvojiti i povećanje zastupljenosti maloletnih žrtava trgovine ljudima. Prema podacima ASTRE, od 314 ukupno identifikovanih žrtava – u 39.8% slučajeva (125) se radilo o maloletnim licima žrtvama trgovine (u 2002–2003. god. ta zastupljenost je oko 10%, za period 2004–2005. god. zastupljenost je znatno veća – 44%, naročito je visoka u 2004. god. – 63,07%, u 2006. god. – 47.7%, u 2007. god. – 40%, u 2008. god. – 50%, u 2009. god. – 34%). Slične podatke o povećanom udelu maloletnih žrtava trgovine ljudima sadrže i izveštaji drugih institucija. Prema podacima Službe za koordinaciju zaštite žrtava trgovine ljudima u 2008. godini, od ukupno 55 identifikovanih žrtava, njih 30 (54%) bilo je maloletno. U 2009. godini, među 127 žrtava, maloletno je bilo njih 59 (47%). Prema podacima iz izveštaja MUP Republika Srbije zastupljenost maloletnih žrtava trgovine ljudima u periodu 2004–2005. god. je 51.7%, a u 2006–2007. god. 36.4%. Prema podacima za 2008. godinu, od 55 identifikovanih žrtava njih 12 (22%) su bile deca, a 15 (27%) žrtava bilo je maloletno. Od ukupno 27 (49%) žrtava koje su bile mlađe od osamnaest godina njih 18 je ženskog pola, a 9 muškog. U 2009. od 85 žrtava, njih 15 (18%) bilo je mlađe od četrnaest godina, a 33 (38%) je bilo maloletno, tj. ukupno 48 (56%) žrtava je bilo mlađe od osamnaest godina (33 ženskog pola i 15 muškog).

Kao najranjivije kategorije lica prepoznaju se maloletna lica i žene mlađe životne dobi, a među njima deca ulice i deca iz domova za nezbrinutu decu ili iz specijalizovanih institucija (zabeleženo je i prisilno odvođenje žrtava iz doma za decu ili iz institucije za osobe sa psihički izmenjenim ponašanjem). Usled nepostojanja adekvatnog sistema socijalne pomoći i podrške ovim vulnerabilnim grupama nije retkost da ove osobe, pošto jedanput izađu iz lanca trgovine ljudima, ponovo postanu žrtve. Uz navedeno, evidentno je i povećanje broja žrtava dece iz romske populacije koja se eksploatišu kroz prisilna prosjačenja, a koja su dodatno izložena seksualnoj eksploataciji i zlostavljanju.

Uprkos različitostima oblika trgovine ljudima i specifičnostima uloga izvršilaca, može se reći da među trgovcima ljudima preovlađuju osobe koje odlikuje racionalni pristup zločinu i radnjama koje preduzimaju (procenjuju rizik, troškove i korist) i koje ne prezaju da zarad lične koristi svesno unište život drugog čoveka. Odlikuju ih lukavstvo, prepredenost, podmuklost, veština lažnog samoprikazivanja i manipulisanja drugima (njihovim osećanjima i očekivanjima), samoživost, istrajnost i neosetljivost na bol i patnje drugih, usmerenost na trenutno zadovoljenje vlastitih

potreba, fleksibilnost u uspostavljanju kontrole, dominaciji i eksploataisanju, odsustvo empatičkog razumevanja žrtve (sa odličnim predviđanjem njenog ponašanja), agresivnost, bezobzirnost, svirepost, surovost, okrutnost i spremnost na primenu pretnji, ucena, odmazdi, nasilja, podmićivanje i korupciju.<sup>59</sup> Uz različitosti situacija i uloga trgovaca ljudima u zločinu, kod svakog pojedinca prisutne su različite kombinacije navedenih i drugih odlika ličnosti.

Angažujući se na sprečavanju i suzbijanju trgovine ljudima Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije je tokom 2008. godine podnelo 32 krivične prijave. Tim prijava obuhvaćen je 81 izvršilac, i to 78 domaćih državljanina i 3 državljana Bosne i Hercegovine. U 2009. godini policijski službenici MUP RS podneli su 51 krivičnu prijavu. Ovim prijavama obuhvaćeno je 94 lica, od kojih je njih 91 imalo domaće državljanstvo, (71 muškarac i 20 žena), dvoje su bili državljani Makedonije (jedan muškarac i jedna žena), a jedan izvršilac je imao državljanstvo Turske.

## ZAVRŠNA RAZMATRANJA

U najvećem broju međunarodnih dokumenata o sprečavanju i suzbijanju trgovine ljudima, pa i u Konvenciji Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i Dopunskom protokolu za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudima, naročito ženama i decom se naglašava obaveza svake države potpisnice da za izvršenje tim dokumentima predviđenih krivičnih dela predvidi sankcije koje će uzeti u obzir težinu dela. Nema sumnje, trgovina ljudima je izuzetno težak zločin kojim se na najgrublji način poništavaju osnovne vrednosti, pa i život čoveka. Uz brojne, pa i ovu konstantu, zločin trgovine ljudima neprestano dobija nove forme, a modifikovani i sasvim novi načini realizacije delinkventske taktike se pojavljuju iz dana u dan. Saglasno rečenom, ne čudi to što i domaće zakonodavstvo pokazuje značajniju dinamiku promena i dogradnje propisa koji borbu protiv trgovine ljudima treba da učine sveobuhvatnom i efikasnom, a sankcije primerenije težini izvršenog krivičnog dela i posledicama koje ovaj zločin ima za žrtvu, njenu porodicu i društvo u celini. Krivičnopravna prinuda nije i ne može da bude osnovni vid i najefikasniji način suprotstavljanja trgovini ljudima. Istovremeno, iako je na nivou nacionalnog zakonodavstva, a na planu krivičnopravne prevencije učinjeno mnogo, unapređenja su i dalje potrebna i moguća, i to kako u kontekstu mera generalne, tako i na planu specijalne prevencije. Gledano šire, ovo posebno dobija na značaju kad se radi o prevenciji kroz odvratanje od izvršenja krivičnih dela osoba sklonih nasilju i bezobzirnim postupcima prema drugim ljudima, a takva je situacija najvećeg broja trgovaca ljudima. Polazeći od toga da se sankcionisanjem krivičnopravno normiranog ponašanja može delovati samo u ograničenoj meri i samo na neke učinioce i samo u odnosu na određene faktore kriminalnog ponašanja,<sup>60</sup> ne sme se izgubiti iz vida ni činjenica da zločin trgovine ljudima odlikuje kriminalna

59 Njihovo nasilje je nezaustavljivo, svrhovito i bez emocija. Kao socijalni predatori oni su u neprestanom i nemilosrdnom lovu na plen u kome je sve dozvoljeno. Radulović D., *Psihologija kriminala psihopatija i prestupništvo*, Beograd, 2006, str. 310, 313 i 323.

60 Soković S., *Krivične sankcije i redukcija kriminaliteta – očekivanja i realni dokumenti*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2007, vol. 45, br. 2, str. 43–54.



namera usmerena ka sticanju materijalne koristi i da će u uslovima neefikasnosti državnih organa, a to znači i propisivanja i odmeravanja blagih kazni, za trgovce ljudima zločin i dalje biti visoko profitabilna i nisko rizična kriminalna delatnost. Naravno, nema dileme da su pozitivni efekti propisivanja sankcija za dela kojima se ugrožavaju vrednosti zaštićenih krivičnim zakonodavstvom uslovljeni, ne samo njihovom strogošću, već i efikasnošću otkrivanja, gonjenja i kažnjavanja delinkvenata. Vreme će pokazati u kojoj meri će se nastojanja zakonodavca i njegova očekivanja u pogledu odvratanja od izvršenja krivičnog dela trgovine ljudima u svim njegovim oblicima, a posebno onima koji uzrokuju posebno teške posledice, zaista i ostvariti.

## LITERATURA

1. *Dvogodišnji izveštaj 2006/2007*. ASTRA
2. Bejatović S., *Krivičnoprocesno zakonodavstvo kao instrument suprotstavljanja kriminalitetu*, Teški oblici kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2004.
3. Council Decision of 28 May 2001 setting up a European crime prevention network <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0427>: EN
4. Čopić S., Nikolić-Ristanović V., *Mehanizam praćenja trgovine ljudima u Srbiji*, Zbornik „Praćenje fenomena trgovine ljudima – Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Srbija“, IOM, Beograd, 2006.
5. Ignjatović Đ., *Suzbijanje najtežih oblika kriminala u uslovima tranzicije i nesigurnosti*, Teški oblici kriminala, Beograd, 2004.
6. Ignjatović Đ., *Kriminologija*, Beograd, 2007.
7. Ilić D., *Smrtna kazna i prevencija*, [www.sirius.rs/clanci/dragan\\_ilic/smrtna.html](http://www.sirius.rs/clanci/dragan_ilic/smrtna.html) Postavljeno na Sajt 16.12.2001.
8. Jašović Ž., *Prevencija – osnovno područje suprotstavljanja kriminalitetu*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1999, vol. 37, br. 1.
9. Jovašević D., *Odmeravanje kazne u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2004, vol. 31, br. 1–3.
10. Lazarević Lj., *Krivično zakonodavstvo kao osnova za konstituisanje politike suzbijanja kriminaliteta*, Strategija državnog reagovanja protiv kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2003.
11. Mijalković S., *Suprotstavljanje trgovini ljudima i krijumčarenju migranata*, Beograd, 2009.
12. *Polazni okvir Nacionalne strategije prevencije kriminala*, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2009.
13. *Preporuke principa i smernica o ljudskim pravima i trgovini ljudima*, Ujedinjene nacije Visoki komesarijat za ljudska prava 2002.
14. *Prevencija i zaštita od nasilja u porodici*, izveštaj, grupa autora, Praxis, Beograd, 2008.
15. Radulović D., *Psihologija kriminala psihopatija i prestupništvo*, Beograd, 2006.
16. *Regionalna norma za obuku policije u suzbijanju trgovine ljudima u jugoistočnoj Evropi*, International Centre for Migration Policy Development, Vienna, 2003.
17. Simeunović – Patić B., Stevanović Z., *Savremene kriminološke koncepcije i njihov praktični značaj za kontrolu kriminaliteta*, Beograd, 2007, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2007.

18. Soković S., *Krivične sankcije i redukcija kriminaliteta – očekivanja i realni dokumenti*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2007, vol. 45, br. 2.
19. Stojanović Z., Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1994, vol. 42, br. 1–2.
20. Stojanović Z., *Krivično zakonodavstvo i teški oblici kriminaliteta*, Teški oblici kriminala, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2004.
21. *Trafficking in Persons Report*, United States Department of State, 2005, 2007. i 2008.
22. Žarković M., *Zločin trgovine ljudima u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije*, Stanje kriminaliteta i pravna sredstva reagovanja, Beograd, 2007.

*Milan Žarković*

Criminal Justice and Police Academy, Belgrade

## CRIMINAL JUSTICE PREVENTION OF HUMAN TRAFFICKING IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

**Summary:** Numerosity and destructiveness of limitations, injuries and deprivations, which are important components of criminal activities of human traffickers, as well as the fact that human faith, dignity, body and life are being trafficked cruelly, brutally and in an organized manner, require adequate response of a society. Among other things, society's response implies prosecution and punishment of a criminal. In most international instruments on preventing and combating human trafficking, the emphasize is put on the obligation of each State Party to envisage penalties for the commission of criminal offences specified therein, which penalties should take into account the gravity of the offence and which will be effective, proportionate and, very importantly, discourage future offenders. At a normative level, Serbia's commitment to effectively combat human trafficking is manifested, inter alia, in the 2009 amendments to the Criminal Code of Serbia (Official Gazette RS, no. 72/2009). Viewed from the aspect of criminal justice prevention of trafficking in persons, especially significant are changes in the national criminal legislation pertaining to the accountability of anyone who knows or who could have known that some person is a victim of trafficking, and use, or make it possible for another to use, such person's position for exploitation stipulated in Article 388 Paragraph 1. The perpetrator of this type of crime of human trafficking shall be punished by imprisonment from six months to five years. If the offence was committed against a person for whom the perpetrator knew or could have known that he/she was a minor, the perpetrator shall be punished by imprisonment for a term of one to eight years. Although there is no doubt that the introduction of criminal responsibility of those who use the services of trafficked persons will to a certain extent discourage the demand, which generates all forms of exploitation of people, the question arises whether more could have been done this time. Maybe the legislator could

have differentiate, in terms of penalty, between whether the perpetrator knew that the person in question is a trafficked person or he/she could have known, but did not actually know. The improvement of a normative response is inevitable in case that the alleged „client“ knew that the person in question is a victim of trafficking, but nevertheless had sexual intercourse or an equal act with her. The victim is at least a „helpless person“, hence the penalty for alleged clients should be not less than the one prescribed for sexual intercourse with a helpless person (one – to ten-year imprisonment for the basic form, i.e. 2 to 12 years for qualified form which is envisaged, inter alia, for cases where the offence is committed against a juvenile). The provision stating that person's consent to exploitation or to the establishment of a slavery-like or similar relationship has no bearing on the existence of the offence would certainly contribute to the effective prevention of human trafficking. Amendments increasing both special minimum (from two to three year imprisonment) and special maximum (from 10 – to 12-year imprisonment) for the basic form of the trafficking offence are also in the function of criminal justice prevention. Special minimum was increased from three to five years in case that the main form of trafficking offence is committed against a juvenile. The penalty of not less than five years in prison, which in the previous law was envisaged for the situation where the offence was committed against an organized group, is after the latest amendments to the Criminal Code reserved for the trafficking offence committed by a group, whereby, in case of offence committed by the organized group, minimum penalty is set at ten-year imprisonment. As far as trafficking in children for adoption is concerned, according to Article 389, protection is extended to cover the persons up to the age of 16 (as compared to 14 years of age according to the Criminal Code prior to the latest amendments). In the event that the offence is committed by an organized group, minimum penalty is set at not less than five years in prison, while if it is committed by the organized group, minimum penalty is increased from minimum three to minimum ten years in prison. Although present penalties for persons found guilty of human trafficking with the presence of numerous aggravating circumstances are proportionally stricter, Serbian criminal legislation does not envisage stricter penalties for the trafficking offence if committed by public servants. The amendments to the Criminal Code which excluded the possibility to lessen the penalty for many offences, including human trafficking, should also be observed in the light of criminal justice prevention. Numerous provisions contained in the **Criminal Procedure Code**, the **Law on the Protection Programme for Participants in Criminal Proceedings** and the **Law on Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime** are also aimed at improving the efficiency of measures taken by the authorities of the Republic of Serbia to combat human trafficking.

**Key words:** trafficking in human beings, prevention, criminal law.

Igor Vuković\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## KRIVIČNOPRAVNI PROBLEMI PRENOŠENJA HIV-a

**Apstrakt:** Za razliku od drugih zakonodavstava, što na ponašanja koja prenose ili dovode u opasnost od prenošenja virusa HIV-a primenjuju postojeća opšta krivična dela, Srbija je usvojila posebnu krivičnopravnu odredbu koja zabranjuje i kažnjava prenošenje HIV-a. Prema srpskom pravu (§ 250 srpskog Krivičnog zakonika) kažnjivo je već svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV-om. U radu se ispituju različiti argumenti koji se tiču ove problematike, a naročito korišćenje sredstava zaštite, značaj testiranja na HIV i pristanak pasivnog subjekta na rizik. Naročita pažnja posvećena je materiji razgraničenja umišljaja i nehata.

**Ključne reči:** prenošenje HIV-a, testiranje na HIV, pristanak povređenog, dolus eventualis, nehat.

Sida (akronim od francuskog naziva za sindrom stečenog imunološkog deficita, fr. Syndrome d'immunodéficience acquise) je bolest što predstavlja krajnji stadijum infekcije virusom HIV-a (virus stečenog nedostatka imuniteta, skraćeno od engleskog naziva „human immunodeficiency virus“). Imuni sistem delovanjem virusa postepeno slabi i na koncu potpuno prestaje da funkcioniše, čime ljudski organizam gubi sposobnost da se odbrani od bilo koje bolesti ili infekcije. Važno je uočiti da infekcija virusom HIV-a ne znači istovremeno i oboljevanje od side. HIV pozitivna osoba je zaražena virusom, dok je kod osobe obolele od side ovaj virus dospelo do faze posle koje nastupa smrt. Progresija bolesti od infekcije HIV-om do oboljevanja od side i nastupanja smrti zavisi od toga da li se primenjuje odgovarajuća terapija, ali i od same individue. Sida se može dobiti već posle nekoliko nedelja od infekcije, ali i nakon dvadeset godina. Ipak, prosečno vreme oboljevanja iznosi između 9 i 10 godina, nakon čega smrt prosečno nastupa između 6 i 19 meseci.<sup>1</sup>

Radnja osnovnog oblika krivičnog dela iz § 250 Krivičnog zakonika<sup>2</sup> jeste dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom. Tri su osnovna načina prenošenja HIV infekcije: seksualnim putem, preko krvi i njenih produkata, kao i sa majke na dete. Najčešće se infekcija stiče putem **seksualnog odnosa**, tačnije kada zaražena telesna tečnost jednog partnera (krv, sperma, presemena tečnost ili vaginalni sekret) dođe u kontakt sa genitalnom, oralnom ili rektalnom sluzokožom drugog. Verovatnoća prenošenja HIV-a zavisi od toga da li se radi o aktivnom ili pasivnom, odnosno vaginalnom, analnom ili oralnom odnosu. Tako je relativni rizik zaraze

\* docent, igorvu@ius.bg.ac.rs

1 M. Zwahlen, M. Egger, „Progression and mortality of untreated HIV-positive individuals living in resource-limited settings“, *извештај UNAIDS-a*, Bern 2006, 5.

2 Ako u daljem tekstu nije naveden pravni propis, reč je o odredbi Krivičnog zakonika Srbije.

HIV-om na 20.000 slučajeva izloženosti izvoru zaraze (tzv. prevalencija HIV-a) sledeći: insertivna felacija – 1 (0,005%), receptivna felacija – 2 (0,01%), insertivni vaginalni odnos – 10 (0,05%), insertivni analni odnos – 13 (0,065%), receptivni vaginalni odnos – 20 (0,1%) i receptivni analni odnos – 100 (0,5%).<sup>3</sup> Dosledna upotreba kondoma od lateksa<sup>4</sup> smanjuje rizik prenošenja HIV-a za još dvadeset puta.<sup>5</sup> Drugi načini dovođenja u opasnost od infekcije imaju danas manji praktični značaj. Načelno, svaki kontakt sa krvlju ili proizvodom krvi predstavlja rizik od prenošenja, bilo preko otvorene rane, intravenskog uzimanja droge zajedničkim špricom, tetovaže, pirsinga, skarifikacije ili nečeg sličnog, što treba imati u vidu prilikom tumačenja radnje „dovođenja u opasnost od infekcije“ u smislu § 250 st. 1. Prenošnje infekcije putem transfuzije krvi ili sa majke na dete, naročito u toku porođaja,<sup>6</sup> potencijalno pre predstavlja rezultat nepažnje medicinskog radnika i time radnju „svesnog nepridržavanja propisa i mera koji se odnose na sprečavanje širenja HIV infekcije“ sa nehatnim prenošenjem infekcije na drugoga (§ 250 st. 2), nego radnju osnovnog oblika iz § 250 st. 1. Ipak, i u sličnim konstelacijama zamisliv je umišljaj.

Ako krivičnopravne norme štite najviša dobra od povreda i ugrožavanja, to nikako ne znači da je svako ugrožavanje ovih vrednosti krivičnim pravom kažnjivo. Niz ljudskih delatnosti podrazumeva izvesnu opasnost. I pored ogromnih ulaganja i izuzetnog tehnološkog napretka, saobraćaj, aktivnost različitih industrijskih postrojenja ili obavljanje hirurških zahvata, primera radi, povezani su sa rizicima na koje društvo pristaje, jer se bez njihovog obavljanja ne bi mogao zamisliti savremeni život. Ako je, dakle, obavljanje ovih opasnih delatnosti imperativ, krivično pravo to mora da uvaži i da granice **dozvoljenog rizika** u izvesnom stepenu koriguje. Utoliko je jedno ponašanje koje se kreće u okvirima standarda brižljivog postupanja<sup>7</sup> – socijalno adekvatno i pravom dopušteno, čak i kada se tumačenjem krivičnopravne odredbe može podvesti pod zakonski opis određenog krivičnog dela.<sup>8</sup> Ovakav slobodan prostor postoji i u sferi ljudskog delovanja što nosi rizike za čovekovo zdravlje. Lice obolelo od gripa nije pravno obavezno da izbegava kontakte sa drugim ljudima,<sup>9</sup> iako to za njih predstavlja izvestan rizik, samo zato što se bolest prenosi disanjem i kijanjem. Ako se narušavanje zdravlja i desi, to moramo vrednovati kao običan peh, a ne kao protivpravno delo prenosioca.<sup>10</sup>

Granice dozvoljenog rizika imaju naročito značenje kod onih zakonskih opisa koji predstavljaju delikte ugrožavanja, kakvo je i krivično delo iz § 250. Naime, kako

3 Vid. detaljnije B. Varghese *et al.*, „Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission. Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use“, *Sexually Transmitted Diseases* 1/2002, 39 i dalje.

4 Samo kondomi od lateksa ili poliuretana predstavljaju zaštitu od prenošenja HIV-a.

5 Varghese *et al.*, 40.

6 Rizici prenošenja HIV-a tokom trudnoće ili putem dojenja nešto su niži.

7 Detaljnije vid. I. Vuković, „Struktura nehatnog krivičnog dela“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/2008, 249 i dalje.

8 Tada se krivičnopravna zabrana ugrožavanja objekta zaštite može tumačiti i kao naredba da se rizici što ishode iz ponašanja drže u granicama minimuma.

9 Slično R. D. Herzberg, „Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?“, *Neue juristische Wochenschrift* 24/1987, 1462. Kriterijum je normativan. Nije odlučno da li je bolesnik zarazu drugih mogao izbeći, već da li morao da se potruži da bi se izbegla infekcija (*ibid.*).

10 *Ibid.*

smo već pomenuli, radnja osnovnog oblika iz st. 1 predstavlja „svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“. Kako neophodan stepen opasnosti nije opredeljen, s jedne strane, postavlja se pitanje domašaja korišćenja izvesnih sredstava zaštite što umanjuju opasnost prenošenja infekcije na drugoga. Kako na drugoj strani mora biti reč o „svesnom dovođenju drugog u opasnost“, od značaja je i pitanje da li je i pod kojim uslovima dopušteno upustiti se u odnose bez zaštite i u situaciji kada prenosilac, iako pouzdano ne zna da je zaražen HIV-om, u određenom stepenu u to sumnja.

## KORIŠĆENJE SREDSTAVA ZAŠTITE I RIZIK PRENOŠENJA

Korišćenje kondoma tokom seksualnog odnosa ili drugih sredstava zaštite (upotreba hirurških rukavica tokom porođaja, operativnog zahvata ili stomatološkog pregleda, primena propisanih procedura postupanja sa zaraženom krvlju<sup>11</sup>, higijensko postupanje prilikom pružanja usluga higijenske nege i ulepšavanja lica i tela, kao i nemedicinskih estetskih intervencija kojima se narušava integritet kože<sup>12</sup>) ne pruža apsolutnu zaštitu od prenošenja virusa HIV-a, ali ovaj rizik višestruko umanjuje, i to u stepenu koji pravni poredak smatra prihvatljivim. Zbog očekivane stigmatizacije, društvo ne traži od zaraženog da javno prizna od čega boluje. Istovremeno, od njega se ne može zahtevati ni da se ne upušta u odnose koji u izvesnoj meri povišavaju rizik prenošenja na druge.<sup>13</sup> To se ne odnosi samo na one telesne kontakte koji ne nose nikakvu opasnost od prenosa, kakvi su npr. poljupci, rukovanja, korišćenje istog toaleta, ili kašljanje i kijanje<sup>14</sup> – već i na naučno verifikovane načine prenošenja, kakav je seksualni odnos. Drugojačije rešenje bilo bi kriminalno-politički neodrživo, jer bi podrazumevalo doživotno uzdržavanje HIV-pozitivnog od seksualnog kontakta. Istovremeno, time se podupire prevencija HIV-a, jer se podstiče spremnost na upotrebu prezervativa. Ako ne bi bilo razlike u pogledu kažnjivosti seksualnog akta sa ili bez korišćenja kondoma, zaštita od bolesti svela bi se na lični oprez i staranje o sopstvenom zdravlju.

Razume se, pred nosioca virusa su ipak postavljeni određeni uslovi. Lice obolelo od zarazne bolesti, odnosno nosilac uzročnika zarazne bolesti dužno je da se pridržava određenih mera i uputstava zdravstvene ustanove, odnosno naloga doktora medicine, naročito u pogledu sprečavanja širenja zarazne bolesti (§ 37 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti). Te mere i uputstva se pre svega odnose na upotrebu sredstava zaštite koja se zvanično preporučuju od strane državnih or-

11 Vid. Pravilnik o uslovima za prikupljanje, obradu i preradu ljudske krvi, njenih sastojaka i derivata („Službeni list SRJ“, br. 36/94).

12 Vid. § 34 Zakona o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti.

13 Ovo je danas opšte prihvaćeno. Vid. npr. Herzberg (1987a), 1462; C. Knauer, „AIDS und HIV – Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 9/1998, 439; K.-L. Kunz, „Aids und Strafrecht. Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1/1990, 50.

14 Virus HIV-a se nalazi u malim koncentracijama i u pljuvački, suzama ili urinu, ali nisu zabeleženi slučajevi infekcije ovim putem, tako da je potencijalni rizik prenošenja zanemarljiv.

gana.<sup>15</sup> Najveći praktični značaj u tom pogledu, kako smo već konstatovali, ima *coitus condomatus*. Ako se preporučena sredstva zaštite koriste, ili se pak uviđa da takvo sredstvo koristi partner, zaraženi sme da se upusti u seksualni odnos, koji tada neće predstavljati „svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“ u smislu § 250 st. 1.<sup>16</sup> Štaviše, ako se zaraženi pridržava utvrđenih smernica u pogledu umanjenja rizika, on ne mora svog partnera ni da obavesti o svom zdravstvenom stanju, čak i kada pretpostavlja da bi slična informacija ovoga možda odvratila od seksualnog kontakta, jer bi rizik smatrao nepodnošljivo visokim.

Osim kriminalno-političkih razloga, siguran seksualni odnos i objektivno umanjuje opasnost i svodi je na statističku grešku.<sup>17</sup> To je uostalom i ključni razlog njegovog nekažnjavanja.<sup>18</sup> Granice dozvoljenog rizika utvrđuje objektivno poredak, a ne svaki čovek pojedinačno. Bilo bi krajnje protivrečno kada bi država izvesno ponašanje što umanjuje rizik (kakvo je korišćenje kondoma tokom odnosa) u svojim kampanjama prevencije HIV-a preporučivala – a isto ponašanje istovremeno smatrala protivpravnim i kažnjavala.<sup>19</sup> To međutim važi samo ukoliko se zaraženi **u potpunosti** pridržava utvrđenog standarda ponašanja. Tu svakako ne spada korišćenje kondoma samo tokom dela odnosa, višestruka upotreba istog kondoma, ili pak njegovo nekorišćenje uz *coitus interruptus*.<sup>20</sup> Dakle, pred zaraženim stoji ili uzdržavanje od seksualnog kontakta ili upuštanje u seksualni odnos uz pridržavanje utvrđenih procedura zaštite. Svaka od ovih opcija jednako isključuje njegovu krivičnu odgovornost prema § 250.

## RIZIK PRENOŠENJA BEZ POZITIVNOG SEROLOŠKOG TESTA

Drugi problem koji dotiče pitanje granica dozvoljenog rizika tiče se slobode upuštanja u seksualni odnos bez zaštite u situaciji kada postoji sumnja o zaraženosti HIV-om. Kada ni jedan ni drugi partner nemaju nikakvo saznanje o bolesti, mogućnost infekcije predstavlja **opšti životni rizik** što isključuje svaku krivičnu odgovornost. Nesporno je, na drugoj strani, da lice čiji je rezultat, potvrđen kliničkim i laboratorijskim testovima za dokazivanje infekcije HIV-om, pozitivan<sup>21</sup>

15 Kod nas odgovarajuće smernice, iako nedovoljne, sadrži Nacionalna strategija za borbu protiv HIV/AIDS-a Ministarstva zdravlja Republike Srbije iz 2005.

16 Slično je i u austrijskom pravu (C. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien 2006<sup>7</sup>, 12).

17 Već smo pokazali da se rizik prenošenja u tom slučaju približava nultoj vrednosti.

18 Tako Knauer, 441.

19 M. Bruns, „Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention“, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 3/1989, 199.

20 Knauer, 442; Kunz, 51.

21 Kako period od infekcije do trenutka kada se u organizmu razvije prisustvo antitela koja savremeni serološki testovi mogu da registruju prosečno iznosi mesec i po dana, to je vrlo moguće da i lica koja imaju negativan serološki nalaz prenesu virus HIV-a (W. H. Holland, „HIV/AIDS and the Criminal Law“, *Criminal Law Quarterly* 1994, 282–283). To treba naročito imati u vidu kod lica koja imaju česte odnose sa velikim brojem partnera (milje porno-industrije ili prostitucije). Negativan test samo pokazuje da nisu registrovana antitela na HIV, a ne da lice HIV-om nije zaraženo.

– ne sme da se upusti u odnos bez zaštite, jer u suprotnom „svesno dovodi drugog u opasnost od infekcije HIV virusom“. Ipak, između ove dve krajnosti nalaze se brojne sporne situacije. Tako, ako određeno lice vodi promiskuitetan život sa velikim brojem partnera, ili čak zbog narkomanije, prostitucije ili homoseksualnosti pripada određenoj rizičnoj grupi<sup>22</sup> – nužno se nameće pitanje da li ovde granice dozvoljenog rizika treba postaviti nešto niže.

Prema jednom shvatanju,<sup>23</sup> granice dozvoljenog rizika treba vezati isključivo za **seropozitivan test**. U prilog ovoga govori više argumenata. Najpre, stepen sumnje u inficiranost zavisno od okolnosti može biti različit, ali ne daje dovoljan osnov za krivičnopravnu odgovornost. Samo ono lice koje zna da je zaraženo može imati svest o tome da druge dovodi u opasnost od prenošenja HIV-a. Sve manje od toga jeste samo viši ili niži stepen sumnje, koji može imati izvestan dokazni značaj samo u kontekstu drugih činjenica koje govore o zaraženosti,<sup>24</sup> ali što ne predstavlja dovoljno prezican kriterijum. Van tih retkih situacija, krivičnopravna reakcija bila bi ne samo neopravdana, već i nepoželjna. Svako ko je ikada imao seksualni odnos bez zaštite sa licem čiji status u pogledu bolesti nije bio nesporan, bio bi potencijalni okrivljeni. Da li je jedan vanbračni „izlet“ dovoljan da pod pretnjom krivične odgovornosti obaveže supruga da ubuduće u odnosima sa svojom ženom koristi kondom, ili zubara da tokom zahvata ubuduće uvek koristi zaštitne rukavice?<sup>25</sup> Eventualno prenošenje infekcije na suprugu, bez njenog saznanja o muževljevoj nevernosti, bilo bi bez sumnje etički vrednovano krajnje negativno, ali to ipak nije dovoljno i za krivičnu osudu. Činjenica da se radi o homoseksualnoj preljubi ili o odnosu sa hemofilicarem svakako povišava verovatnoću da je preljubnik tom prilikom zaražen, ali ovo kvantifikovanje opasnosti nije dovoljno za zaključak da ovo lice zna da boluje od HIV-a.

Prema drugom shvatanju,<sup>26</sup> zabrana ugrožavanja života i zdravlja drugih podrazumeva takođe i zabranu upuštanja u seksualni odnos bez zaštite, ako lice zbog pripadnosti rizičnoj grupi ili promiskuitetnog seksualnog života, ima naročit razlog da **posumnja u sopstvenu zaraženost**. Da li se zaista homoseksualni heroinski zavisnik, koji uz to i često menja partnere, još uvek kreće u granicama dozvoljenog rizika, slobodan da seksualno opšti bez zaštite? Ukoliko granicu dozvoljenog rizika označava isključivo serološki test, onda krivičnopravna zaštita ni ne može efektivno da deluje. Ako smo već konstatovali da interesi integracije obolelog i njegove destigmatizacije isključuju njegovu obavezu da druge informiše o svojoj bolesti pre upuštanja u zaštićeni seksualni odnos, pomeranje uz to i granice

22 Prema pomenutoj Nacionalnoj strategiji, grupacije posebno osetljive na HIV infekciju su: intravenski korisnici droga, lica koja se bave prostitucijom i njihovi klijenti, kao i muškarci koji imaju seksualne odnose s muškarcima. U širem smislu, Strategija tu svrstava i druge društvene grupe (npr. osobe na izdržavanju kazne lišenja slobode, seksualne partnere HIV pozitivnih, sezone radnike, profesionalne vozače kamiona, primaocce produkata krvi).

23 Bruns (1989), 200; u švajcarskoj literaturi Kunz, 52.

24 Primera radi, osim što je pripadnik rizične grupe koja se svakodnevno intravenski drogira deleći špric, lice u pitanju pokazuje simptome ne samo HIV-a, već i side.

25 Kunz, 52. Slično M. Wait, „Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: *R v Dica*“, *The Modern Law Review* 2005, 131.

26 Npr. Herzberg (1987a), 1462.



dozvoljenog rizika u situaciji kada postoji visok stepen svesti o izloženosti infekciji – krajnje bi relativizovalo granice krivičnopravne zaštite. Reklo bi se da u prilog tome ide i jezičko tumačenje norme, s obzirom da srpski zakonodavac ne govori o svesti o inficiranosti HIV-om, već o svesti da se drugi dovodi u opasnost od prenošenja HIV-a. Ni kriminalno-politički ishod suprotnog rešenja nije zanemarljiv. Ono bi delovalo destimulativno na spremnost takvog lica da definitivno razreši svoju sumnju testiranjem. Time bismo došli u paradoksalnu situaciju. Ne samo da potencijalno zaraženi treba da pobedi psihološku barijeru zbog ogromnog straha od seropozitivnog ishoda testa, već bi ga takvo saznanje u budućnosti potencijalno izložilo krivičnoj odgovornosti.<sup>27</sup>

**Prednost** zaslužuje prvo rešenje. Osnovni oblik govori o „svesnom dovođenju drugog u opasnost“. Svesno ugrožavanje drugog je prema našem mišljenju po pravilu moguće ako lice u pitanju odista zna da je inficirano. Ovo saznanje najčešće proishodi iz odgovarajućeg pozitivnog serološkog testa. Vezivanje granica dozvoljenog rizika za procenu opasnosti od strane samog prenosioca, predstavlja neprihvatljivu subjektivizaciju kriterijuma. Ovo tim pre što je naš zakonodavac inkriminisao već ugrožavanje drugog, a ne tek prenošenje bolesti. Ako se granice krivičnopravne zaštite postave tako široko, zaključivanje da krivičnu odgovornost zasniva i obična pretpostavka o inficiranosti, ličila bi na svojevrstu odgovornost za nehatno ugrožavanje, što u obliku iz st. 1 ne stoji. Ali, zakonodavac nije inkriminisao samo dovođenje u opasnost, već i prenošenje HIV-a, gde postoji i nehatni oblik (st. 5). Dakle, ako se radi o pripadniku odgovarajuće rizične grupe kod kojeg su se razvili simptomi poodmaklog HIV-a odnosno side, i čiji je partner npr. već oboleo, njegovo neodgovorno netestiranje neće predstavljati alibi za eventualno prenošenje zaraze trećem licu, jer će sud redovno zaključiti postojanje nesvesnog nehata.

## OBAVEŠTAVANJE PASIVNOG SUBJEKTA I NJEGOV PRISTANAK

Iako to ne proizlazi neposredno iz zakona,<sup>28</sup> svako lice zaraženo HIV-om trebalo bi da **upozna** potencijalnog partnera sa svojom infekcijom i rizicima kojima ga izlaže,<sup>29</sup> ali samo ukoliko namerava da se sa partnerom upusti u seksualni odnos bez upotrebe kondoma. Dakle, ova informacija može da izostane, ali je zaraženi onda u obavezi da koristi kondom ili da zahteva od partnera da ga koristi. Ako tako ne postupi, zaraženi se izlaže krivičnopravnoj odgovornosti. Ovaj tipičan scenario u kojem inficirani ne obaveštava drugog o HIV-u, naročito je prisutan

27 Slično Holland, 287.

28 Zakon o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti („Službeni glasnik RS“, br. 125/2004) govori samo o obaveznom prijavljivanju prisustva antitela na HIV od strane zdravstvenih ustanova (§ 14), a ne samih zaraženih. Vid. takođe odgovarajuće odredbe Pravilnika o prijavljivanju zaraznih bolesti i drugih slučajeva utvrđenih Zakonom o zaštiti stanovništva od zaraznih bolesti („Službeni glasnik RS“, br. 98/2005).

29 W. Bottke, „Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung“, u: *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden 1988, 206; M. Bruns, „AIDS, Prostitution und das Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 12/1987, 694.

u miljeu prostitucije.<sup>30</sup> Postavlja se, međutim, pitanje da li saglasnost žrtve, npr. supružnika zaraženog ili korisnika usluga prostitutke, da seksualno opšti bez zaštite, uopšte može da isključi krivičnu odgovornost inficiranog. U delu literature, ova problematika se razmatra u okviru dejstava **pristanka** povređenog kao osnova isključenja protivpravnosti. Tako je i u našoj teoriji,<sup>31</sup> gde bi od značaja bila uporediva razmatranja o pristanku povređenog na nanošenje telesne povrede. Drugo pak shvatanje<sup>32</sup> nalazi da se ovde radi o granicama odgovornog samougrožavanja kao poziciji objektivnog uračunavanja. Temeljnije upoznavanje sa dejstvima ovog razlikovanja<sup>33</sup> prevazilazi okvire ovog rada, tako da ga nećemo bliže izlagati, već ćemo se kretati unutar terminologije koju poznaju naša teorija i praksa. U svakom slučaju, možemo razlikovati nekoliko konstelacija.<sup>34</sup>

U **prvoj** situaciji, dva zaražena partnera se svesno upuštaju u polni odnos bez upotrebe kondoma, znajući da je i drugi partner inficiran. Kako opis oblikâ iz § 250 podrazumeva prenošenje bolesti ili bar dovodenje u opasnost, posledica ne može biti ostvarena ako su oboje već inficirani virusom. Ipak, ostaje otvoreno da li se može raditi o teškoj telesnoj povredi, s obzirom da se u medicinskoj literaturi pominje tzv. superinfekcija HIV-om, kao stanje u kojem se na lice koje je već inficirano prenosi novi soj virusa, što može da uzrokuje rapidnu progresuju bolesti ili otpornost na izvesne lekove.<sup>35</sup> Ako se takav izuzetan slučaj i desi, u zavisnosti od okolnosti, delo bi načelno moglo da se kvalifikuje kao obična (§ 121 st. 1) ili kao naročito teška telesna povreda (§ 121 st. 2). Ipak, smatramo da bi u sličnom raspletu krivičnu odgovornost trebalo isključiti, i to ne samo zbog činjenice da su se oba zaražena partnera svesno upustila u takav rizik. Kažnjavanje niti odgovara stepenu opasnosti (ona se meri promilima), niti je kriminalno-politički opravdano sankcionisati eventualno pogoršanje zdravstvenog stanja, kada se time ne stvara nova opasnost za zdravlje trećih lica.

Od većeg praktičnog značaja je **druga** situacija, u kojoj je samo jedan partner inficiran HIV-om, što međutim i drugi zna, ali se svejedno upušta u rizični seksualni odnos ili zajedničko korišćenje nesterilizovanog šprica. Ovde bi prema većinskom shvatanju<sup>36</sup> koje srećemo u stranoj teoriji – odgovorno samougrožavanje pasivnog subjekta trebalo da potisne krivičnu odgovornost prenosioca virusa. S obzirom da kauzalni proces u celosti zavisi od dispozicije volje žrtve, čak ni negativno vrednovana subjektivna strana prenosioca (npr. njegova namera da partnera zarazi), ne bi onda bila krivičnopravno relevantna. Dakle, svako obaveštavanje partnera o infekciji isključilo bi krivičnu odgovornost. Ovo shvatanje **nije prihvatljivo** prema

30 B.-D. Meier, „Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 5/1989, 208. U odnosu dva stalna partnera, priroda odnosa uslovljava češće obaveštanje o bolesti.

31 Vid. npr. A. Stajić, u: N. Srzentić et. al.: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986, 155.

32 Bruns (1987a), 694; Kunz, 53; Meier, 218 i dalje.

33 Vid npr. Bottke, 183 i dalje; C. Prittwitz, „Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?“, *Neue juristische Wochenschrift* 46/1988, 2942 i dalje.

34 Ostaćemo na primeru polnog odnosa, iako slične situacije možemo zamisliti i kod zajedničkog intravenskog uživanja droge ili krvnog „bratimljenja“.

35 Vid. detaljnije D. Smith, D. Richman, S. Little, „HIV Superinfection“, *The Journal of Infectious Diseases* 3/2005, 438 i dalje.

36 Tako npr. Bottke, 186; Kunz, 55.

srpskom krivičnom pravu. U srpskom pravu sloboda raspolaganja pasivnog subjekta ograničena je u pogledu najvrednijih dobara. To se ne odnosi samo na isključenje raspolaganja sopstvenim životom (kao u situaciji inkriminisanog navođenja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu – § 119), već i na situacije pristanka na povređivanje, u zavisnosti od toga da li je „saglasnost na povređivanje u suprotnosti sa društvenim interesima i etičkim principima našeg... društva“.<sup>37</sup> Tako, ako je cilj povređivanja ostvarivanje nezakonitih prava ili naknada iz zdravstvenog ili penzijskog osiguranja (vid. § 168) ili npr. izbegavanje služenja vojnog roka (vid. § 397) – nikakav pristanak na povređivanje ne bi mogao da isključi protivpravnost. Ali, ako je svrha društveno korisna, čak i ako je motiv negativno vrednovan, protivpravnost i društvena opasnost bili bi isključeni. U osnovnom obliku se međutim i ne radi o povređivanju tela (narušavanju zdravlja), već samo o njegovom **ugrožavanju**,<sup>38</sup> praćenim uz to vrlo niskom verovatnoćom da će do narušavanja zdravlja uopšte doći. Načelno, mogli bismo prihvatiti da konkretno ugrožavanje, o kojem se u ovom obliku radi, može biti opravdano slobodom odlučivanja pasivnog subjekta, da je u pitanju delikt protiv života i tela. Međutim, ovde je grupni objekt zaštite **zdravlje ljudi**. Da li dakle pojedinac uopšte može raspolagati sopstvenim zdravljem tako što će svojom voljom isključiti delikt upravljen protiv javnog zdravlja, čak i ako se radi isključivo o konkretnoj opasnosti?

Pojedini autori, koristeći metod teleološke redukcije, nalaze da je tako nešto moguće. Ako je za ostvarenje bića dela dovoljno prenošenje virusa samo na jednu osobu, opasnost po javno zdravlje iz takvog čina moguća je samo ukoliko lice ne zna da je nosilac virusa. Samo tada ono predstavlja svojevrsnu tempiranu bombu, jer ugroženost drugih zavisi od spleta neizvesnih okolnosti (njegovog promiskuiteta ili protoka vremena kada znaci bolesti postanu dovoljno uočljivi). U suprotnom, ako lice poznaje rizike prenošenja, onda ono u izvesnom smislu može da kontroliše infekciju trećih od njega kao potencijalnog prenosioca. Radnja prvog prenosioca tada ne bi ni predstavljala opasnost za neodređeni broj trećih lica.<sup>39</sup> Ovaj argument ne stoji. Pristajanje jednog lica da bude zaraženo ne stoji ni u kakvoj korelaciji sa rizikom da i treći budu zaraženi. Reč je o običnoj pretpostavci, koja ne samo da se tiče nečeg budućeg, već u celosti zavisi od savesti i „dobre volje“ novozaraženog da će se strogo držati mera zaštite. Takvo nagađanje ne može da zameni činjenicu da narodno zdravlje nije individualno pravno dobro.<sup>40</sup>

Ako je došlo do prenošenja HIV-a, reč je o narušenju zdravlja koje se prema ranije iznetim kriterijumima takođe ne može opravdati pristankom povređenog.<sup>41</sup> Cilj pristanka nije društveno koristan (seksualno zadovoljstvo), tim pre što na

37 Stajić, 156.

38 Da se ovde u osnovi ne radi o pristanku na povređivanje, već o pristanku na opasnost od povređivanja primećuje i Hercberg (Hercberg (1987a), 1462). Pojedine odluke anglosaksonskih sudova prave razliku da li se radi o namernom prenošenju HIV-a, kada je pristanak povređenog potpuno irelevantan, ili običnom svesnom ugrožavanju drugog, kada je odbrana što počiva na pristanku pasivnog subjekta dostupna okrivljenom (vid. Weait, 125).

39 Tako Kunz, 55.

40 Slično shvatanje dominira i u austrijskoj teoriji (vid. npr. K.-P. Bittmann, „Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 16/1987, 489).

41 Aktuelan je i argument da će lica zaražena HIV-om u velikom procentu i umreti, kada bi se moglo uzeti da je reč o svojevrsnom pristanku na samoubistvo, a ne samo pristanku na povređivanje.

raspolaganju stoji lako dostupno sredstvo zaštite. Stoga, činjenica da partner pristaje na odnos bez zaštite ne isključuje krivičnu odgovornost, ali može predstavljati olakšavajuću okolnost na planu odmeravanja kazne.

Krivičnopravno je nesporna **treća** konstelacija u kojoj samo jedan partner zna da je zaražen virusom HIV-a. To je upravo onaj slučaj koji pokriva § 250 st. 1. Ovde učinilac drugog „svesno dovodi u opasnost od infekcije HIV virusom“. Reč je o **konkretnoj opasnosti** prenošenja zaraze na koju pasivni subjekt ne pristaje, te ne može biti govora ni o kakvom odgovornom samougrožavanju. Kako se radi o ugrožavanju drugog, učinilac odgovara za § 250 st. 1. Ako pak dođe i do prenošenja zaraze, učinilac će odgovarati samo za dovršeno ili pokušano delo iz st. 3, u zavisnosti od toga kako je rešen problem uzročnosti.

Najzad, **poslednja** mogućnost pokriva situaciju u kojoj pasivni subjekt samo sumnja da je njegov partner zaražen HIV-om, najčešće zbog toga što ima saznanje da ovaj pripada odgovarajućoj rizičnoj grupi.<sup>42</sup> Rešenje je jednostavno kada se radi o obliku iz st. 3. Manja ili veća verovatnoća da je partner zaražen ne može da prebaci sav rizik sa onoga ko zna za sopstvenu bolest, i o tome čuti, na žrtvu koja u to samo sumnja, čak i ako žrtva sama pripada rizičnoj grupi.<sup>43</sup> Saznanje o bolesti koje ima prenosilac i saznanje o njegovoj pripadnosti rizičnoj grupi koju ima partner – nikako se ne mogu izjednačiti. Utoliko krivičnu odgovornost prenosioca za delo iz st. 3 ne isključuje sumnja partnera u pogledu slike njegovog zdravlja. Kod osnovnog oblika je sporno to što se radi o delu konkretne opasnosti. Kako konkretna opasnost (opasnost od infekcije) predstavlja samo verovatnoću nastupanja povrede (u ovom slučaju samog prenošenja infekcije), deluje interesantna pomisao da saglašavanje žrtve sa verovatnoćom da je seksualni partner zaražen HIV-om istovremeno znači i njeno saglašavanje sa konkretnom opasnošću u koju stupa. Ipak, kako smo već pokazali, i ovde moramo isključiti pristanak povređenog, s obzirom da je grupni objekt zaštite zdravlje ljudi.

Ako smo zaključili da pristanak zaraženog ne isključuje krivičnu odgovornost prenosioca, to ipak ne znači da obaveštavanju o bolesti odričemo svaki krivičnopravni značaj. Naprotiv, ako informacija o bolesti izostane, a okrivljeni je u vreme seksualnog akta znao za svoju bolest, sud će bez sumnje zaključiti da postoji protivdužnosno ponašanje dovoljno da zasnuje odgovornost za nehat. Kako je pak srpski zakonodavac umišljajno ugrožavanje iz st. 1 preveo na svesno ugrožavanje pasivnog subjekta, proširivši time ovaj oblik i na svesni nehat – neobaveštanje ima značajan dokazni potencijal ne samo za nehatni oblik iz st. 5, već i za delikt ugrožavanja iz st. 1 člana 250 Krivičnog zakonika.

## PROBLEMATIKA POKUŠAJA

Utvrđivanje da je određeno lice prenelo virus HIV-a nije jednostavno. Pretpostavka uzročne veze jeste dokaz da je oštećeni u periodu između navodnog prenošenja zaraze i krivičnog postupka polno opštio samo sa okrivljenim. Možda

42 Takođe je, kao i u prethodnim slučajevima, reč o seksualnom kontaktu bez zaštite.

43 Ovaj pasivni subjekt je možda nemaran i nepromišljen, ali ni njegovom nemaru ne možemo odreći krivičnopravnu zaštitu, ako partner zna da je zaražen HIV-om.

je, međutim, žrtva inficirana HIV-om i ranije – pre spornog koitusa.<sup>44</sup> Problem predstavlja i dugačak period inkubacije kod HIV-a. Mogu proći i godine a da oštećeni uopšte ne zna da je zaražen. Štaviše, ako u datom periodu on slobodno seksualno opšti, dolazi u poziciju da i on sam druge zarazi. To dalje usložnjava utvrđivanje primarnog prenošenja, jer se stvara svojevrsan krug više zaraženih lica, gde je teško rekonstruisati smer kretanja zaraze.<sup>45</sup> Ako se pak žele identifikovati seksualni kontakti zaraženog, otvara se problem i na planu zadiranja u slobode i prava, jer se dolazi u opasnost da privatnost u sferi seksualnih odnosa bude narušena.<sup>46</sup>

Pored protoka vremena, problem predstavlja i milje u kojem se kreću potencijalni prenosioci. Ako oštećeni pripada kakvoj rizičnoj grupi,<sup>47</sup> dokazivanje je još zamršenije. Tako, ako je oštećeni polno opštio sa licem koje se prostituiše, sudija verovatno neće poverovati njegovom iskazu kojim tvrdi da je, primera radi, u poslednje pola godine imao seksualni kontakt isključivo sa okrivljenim.<sup>48</sup> Pošto se sa dovoljnom sigurnošću ne može isključiti, da je oštećeni tokom perioda inkubacije polno opštio i sa drugim licima,<sup>49</sup> odnosno od koga je, kojom radnjom i u kojem trenutku do prenošenja virusa uopšte došlo – uzročna veza po pravilu će se negirati.

Ako nije moguće utvrditi da je okrivljeni preneo na drugog infekciju HIV-om, mora se prema pravilu *in dubio pro reo* isključiti kauzalnost,<sup>50</sup> te na raspolaganju ostaje odgovornost za pokušaj. Takav ishod, međutim, saodređuje kriminalnu zonu, s obzirom da se za pokušano delo iz nehata<sup>51</sup> (§ 250 st. 5), nezavisno od propisane kazne ne odgovara. Kako je direktan umišljaj, osim u slučajevima dokazivog namernog inficiranja,<sup>52</sup> vrlo redak, pitanje kriminalne zone neposredno je uslovljeno obuhvatom eventualnog umišljaja.

## PROBLEMATIKA UMIŠLJAJA

Poslednjih godina, problematika prenošenja virusa HIV-a živo je uticala na oživljavanje diskusije o granicama umišljaja i nehata. Štaviše, može se uočiti da stavovi zauzeti po ovom konkretnom pitanju redefinišu teorijska shvatanja koja su u

44 Bottke, 180.

45 Ako se zna ko je prvi inficiran, danas je moguće upoređivanjem sojeva virusa isključiti da je virus prenet od određenog lica. Pozitivan dokaz, međutim, teže je izvesti, jer neposredno nakon infekcije, zbog terapija i različitih imunih sistema, dolazi do sve izraženijeg odstupanja koje se sa protekom vremena dalje uvećava (upor. F. Beglinger, u: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger *et al.*, *Strafrecht II. Basler Kommentar*, Basel 2007<sup>2</sup>, 1413).

46 To primećuje Holland, 287, 301.

47 Prema Gradskom zavodu za javno zdravlje Beograda najveći procenat inficiranih HIV-om i dalje pripada homoseksualnoj populaciji. Kada je reč o novoregistrovanim infekcijama, u 2008. godini od 64 novoinficiranih na teritoriji grada – 39 su homoseksualna odnosno biseksualna lica (vid. Statistički prikaz Gradskog zavoda za javno zdravlje Beograda za 2008. godinu).

48 Bruns (1987a), 694.

49 Ostaje takođe otvoreno da li je do prenošenja možda došlo i putem krvnog kontakta (npr. neke otrebotine ili povrede).

50 Meier, 209.

51 Vid. I. Vuković, *Pokušaj krivičnoga dela*, neobjavljena doktorska disertacija, Beograd 2008, 37 i dalje.

52 U uporednoj sudskoj praksi postoje slučajevi da zaraženi ne krije da je stupao u seksualne odnose sa većim brojem lica kako bi na njih preneo virus.

ovoj materiji važila decenijama. Osobenost prenošenja HIV-a tiče se korelacije neznatne verovatnoće da se jednim seksualnim odnosom prenese zaraza i zaključka o krivici. Već smo pokazali da i najrizičnije (analno) polno opštenje pokazuje verovatnoću prenošenja virusa od samo 0,5%. Polazeći od te okolnosti, deluje krajnje utemeljena eventualna odbrana okrivljenog „da jeste praktikovao seksualni odnos bez odgovarajuće zaštite, ali da se nadao da će sve proći dobro i da neće doći do infekcije“. Nije li neznatna verovatnoća po sebi dovoljan oslonac za zaključak o „olakom držanju da do dela neće doći ili da će to moći da spreči“ – dakle svesnom nehatu? Pitanje dakle nije usko ograničeno na problematiku prenošenja HIV-a, pa čak ni na isključivo razgraničenje prema eventualnom umišljaju. Možemo tako zamisliti učinioca koji iz velike udaljenosti i u uslovima loše vidljivosti puca na pokretan cilj čiju smrt želi, jer je za to dobio novac, dakle poziciju koja se bez izuzetka tumači kao direktan umišljaj, iako je takođe reč o neznatnoj verovatnoći da će učinilac u svome naumu i uspeti.

Rešenje na planu krivice otežava i visoka smrtnost lica obolelih od side. Ako je rizik infekcije u situaciji jednokratnog seksualnog kontakta neznatan, verovatnoća smrtnog ishoda ako do infekcije ipak dođe – izuzetno je visoka.<sup>53</sup> Pošto infekcija dostiže vrhunac u nastupanju side, čiji je ishod redovno smrtonosan, onda bi umišljaj da se prenosi infekcija, uz anticipiranje smrtonosnog ishoda, lako mogao da se razume kao umišljaj da se drugi lišava života.<sup>54</sup> Zbog osobenosti problematike umišljaja prenošenja HIV-a, analiziraćemo pojedine aspekte ove diskusije.

Prema članu 25, krivično delo je učinjeno sa umišljajem kada je učinilac bio svestan svog dela i hteo njegovo izvršenje (direktan umišljaj) ili kada je bio svestan da može učiniti delo pa je na to pristao (eventualni umišljaj). Vezu između učiniočevog ponašanja i pristajanja na posledicu treba da vaspostavi formula koju je osmislio nemački krivičar Rajnhard Frank /Reinhard Frank/. Ova formula, koja je prodrla u većinu evropskih prava i koju primenjuje i naša sudska praksa, počiva na zamišljanju kako bi se učinilac ponašao da je bilo izvesno da će posledica da nastupi. Dođe li se do zaključka da bi učinilac i uz takvo saznanje opet postupao, umišljaj i volja bili bi potvrđeni; dođe li se do zaključka da bi učinilac radnju tada propustio – umišljaj bi se imao negirati (tzv. prva Frankova formula). Drugačije rečeno, kaže li kao rezultat promišljanja učinilac sebi: „Bilo ovako ili drugačije, nastane li ovo ili štogod drugo – ja u svakom slučaju postupam, njegova krivica je umišljajna... Kaže li učinilac međutim sebi: ‘Da znam da to tako treba da bude ili da se desi, propustio bih svoju radnju’ – tada ne postoji *dolus eventualis*, i može najviše biti govora o nehatu“<sup>55</sup> (tzv. **druga Frankova formula**).

53 B. Schünemann, „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, *Juristische Rundschau* 3/1989, 93. Šineman ovaj argument navodi kako bi pobio uobičajeno tvrđenje u nemačkoj sudskoj praksi kod prenošenja HIV-a: „umišljaj povređivanja – da, umišljaj lišenja života – ne“.

54 W. Frisch, „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?“, *Juristische Schulung* 5/1990, 367; A. Wisuschil, „Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierten“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/1998, 62.

55 R. Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1908<sup>5-7</sup>, 132.

Ako teoriju pristanka primenimo na naše krivično delo prenošenja na drugog infekcije HIV-a, uočićemo da na planu **svesti** – predviđanja mogućeg prenošenja bolesti – nema nepoznanica. Česte kampanje koje su upravljene na prevenciju side, uslovile su da su danas tipični načini prenošenja opšte poznati. Dakle, ako lice zna za svoju bolest i ipak se svesno upusti u seksualni odnos bez odgovarajuće zaštite, svest o mogućnosti prenošenja kao element zakonske definicije eventualnog umišljaja po pravilu će postojati. Teškoće nastaju sa utvrđivanjem elementa volje. Naime, osnovni prigovor teoriji pristanka, kao kriterijumu razrešenja razgraničenja umišljaja i nehata, tiče se u neku ruku fiktivnog uspostavljanja odnosa učinioaca prema delu. Njena praktična primenjivost ograničena je samo na one situacije kada okolnosti pružaju dovoljan oslonac za zaključak, kako bi se to učinilac zaista ponašao da predviđa nastupanje posledice kao sigurno. Katkada će, međutim, okolnosti pokazivati da učinilac zasigurno ne bi preduzeo radnju da je znao da će posledica nastupiti, a gde pravni osećaj pokazuje da ipak treba zaključiti eventualni umišljaj. Primer za to predstavljaju situacije u kojima je nastupanje posledice očevidno protivrečno učiničevom cilju,<sup>56</sup> ali i slučajevi prenošenja HIV-a, gde mnoge okolnosti – od emocionalnog naboja, intimnosti seksualnog čina, česte bliskosti partnera i tsl. – upućuju da je prenosiocu infekcija drugog zapravo nepoželjna. Učinilac hoće seksualni odnos (bilo zbog seksualnog uzbuđenja, bilo zbog finansijskih razloga kod prostitucije), ali se slično neželjenoj trudnoći, i ovde nada pozitivnom ishodu odnosa bez zaštite, umirujući svoju savest „kako će sve dobro proći“ i psihološki potiskujući<sup>57</sup> spoznate rizike.

56 Tako se u često navođenom Lacmanovom primeru (vid. W. Lacmann, „Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes“, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 1911, 109) učinilac opkladio da će na vašarskom strelištu pogoditi staklenu kuglu koja se nalazi u ruci zaposlene devojke. Ako pogodi devojku, učinilac planira da pušku baci i da se izgubi u masi. Ovde učinilac svakako ne bi pucao da zna da će pogoditi, iako se slični slučajevi visokog hazarda redovno podvode pod eventualni umišljaj (tipičan primer predstavlja švajcarska legenda o Viljemu Telu, koji je gađao jabuku na glavi svoga sina, koju npr. F. Bačić, *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb 1986<sup>3</sup>, 271 – navodi kao pokazni primer eventualnog umišljaja). Ako se Frankova formula strogo primeni, ovde se mora zaključiti da učinilac neće nastupanje posledice. Svako učiniočevo unutrašnje saglašavanje kao psihološka činjenica moralo bi se odbaciti.

57 A. Kreuzer, „Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/1988, 798. U nemačkoj teoriji danas dominira shvatanje koje razlikovanje između umišljaja i nehata rešava prema tome da li se opasnost ostvarenja dela shvata **ozbiljno** ili se u izvesnom smislu „**potiskuje**“ (Meier, 214). Ovde je, slično teoriji pristanka, takođe odlučan unutrašnji učiniočev stav. Kako je predviđanje opasnosti odlika i eventualnog umišljaja i svesnog nehata, neophodno je postaviti graničnik na unutrašnjem planu. Naročita pažnja posvećuje se fenomenu samougrožavanja, koje se psihološki objašnjava time što učinilac kod svesnog nehata opasnost po sebe i druge istina spoznaje, ali je u odlučnom momentu iz svoje svesti potiskuje i ipak preduzima radnju. Međutim, ovaj kriterijum pokazuje se kao nepodoban u situacijama kada učinilac postupa suprotno od očekivanog: u uslovima neznatne opasnosti što se uzima za ozbiljno, ili izuzetne opasnosti ostvarenja dela koja se potiskuje. Teško je objasniti da učinilac, kojem je velika opasnost ispred očiju, ali koju nerazumno potiskuje, zaslužuje manji prekor od onoga koji je procenjuje valjano (s pravom I. Puppe, u: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen *et al.*, *Strafgesetzbuch. Band I*, Baden-Baden 2005<sup>2</sup>, 494). Osim toga, i ovde se radi o čisto unutrašnjem učiniočevom odnosu prema nastupanju posledice, koji je u osnovi nedostupan pouzdanom utvrđivanju.

Ako zaključimo da bi prema teoriji pristanka većina zamislivih situacija prenošenja HIV-a bila svrstana u sferu (svesnog) nehata, golo propisivanje nehatnog oblika ne bi se pokazalo kao dovoljan kriminalno-politički mehanizam za suzbijanje infekcije. Već konstatovane poteškoće u utvrđivanju uzročne veze prenošenja virusa od strane konkretnog lica, koje za ishod imaju odgovornost samo za pokušaj, suzile bi krivičnopravnu reakciju samo na one slučajeve u kojima je žrtva imala seksualne odnose samo sa jednom zaraženom osobom (ako je to uopšte i dokazivo). Dakle, ili će u situacijama prenošenja virusa HIV-a, slično uočenoj nepodobnosti kriterijuma teorije pristanka u saobraćaju,<sup>58</sup> razgraničenje „pristajanja“ i „olakog držanja“ u praktičnoj primeni biti ekstenzivno protumačeno, ili će sam zakon pokušati da krivicu uredi prema drugojačijem modelu.

Prvi izlaz podrazumeva napuštanje **psihološko-deskriptivnog** razumevanja volje, koje dominira u srpskoj teoriji i praksi. Takvo određenje volje zahteva da se onaj koji štogod „voli“, prema ovom hotećem pozitivno odnosi – njegovo ostvarenje želi. Kako krivično delo jeste akt čoveka u spoljnom svetu, onaj koji hoće štogod da ostvari, preduzima radnju koja je na ostvarenje željenog upravljena. Utoliko je voljan najpre onaj ljudski čin koji je usmeren na ostvarenje kakvog cilja, koji ovom cilju teži, koji je finalan. Ako je dakle čovek naumio da ubije ljubavnika svoje supruge, radi kojeg cilja on na ljubavnika puca – naum učiniočev koji je bio i osnovni pokretač njegovog dela bio je, rekli bismo, voljan – nameran. Nije, međutim, umišljaj što se razume kao htenje čega, kao gola psihološka datost, svodiv samo na namerno postupanje. Ono nameravano (krajnji cilj) može biti samo konac jednog složenijeg procesa prouzrokovanja, gde je do konačnog ostvarenja nauma bilo nužno preduzeti čitav niz raznovrsnih akata (međuciljeva), prema kojima se učinilac takođe psihički odnosi. „Većitom studentu“ koji je svestan da svojim radom ne može stići do fakultetske diplome, davanje mita možda predstavlja nužan ishod promišljanja o željenom. On se teško može braniti time kako „nije hteo da učini poklon“ službenom licu. Ipak, svođenje umišljaja na htenje nailazi ovde na značajne probleme, i pokazuje da umišljaj ne mora uvek biti htenje dela. Umišljajni učinilac ostvarenje međucilja može i da ne želi. Ako u našem ranijem primeru zamenimo uloge učinioca i žrtve, i zamislimo očajnog ljubavnika, kojem svaka pomisao na dragu u zagrljaju njenog muža predstavlja nepodnošljivi teret, možemo pretpostaviti da će on pre potezanja oružja na supruga verovatno iscrpeti sve zamislive mogućnosti. Njemu je osnovni cilj, možda ostvariv i razvodom ili nekim sličnim raspletom – zajednički život sa ljubavnicom. Svi mogući putevi do ovog krajnjeg cilja nisu jednako poželjni. Ako se on ipak odvaži da podigne ruku na suparnika, htenje suparnikove smrti kao psihološka činjenica obična je fikcija. Proračunat čovek uvažice i rizik da njegova zavera bude otkrivena i da umesto vremena provedenog sa ljubljenom sleduje vremenska kazna zatvora. On takav ishod svakako ne želi. Utoliko se teško može tvrditi da on i smrt suparnika pozitivno vrednuje. Ovde se njegovo htenje zaključuje u jednom **normativnom** smislu, u smislu njegovog **opredeljivanja za posledicu**<sup>59</sup>. To je još očiglednije u situacijama kada se

58 Tu dominira kriterijum bezobzirnosti.

59 Slično Puppe, 486.



direktni umišljaj izvodi iz visokog stepena svesti o izvesnom nastupanju kakve uzgredne, sporedne<sup>60</sup> posledice. Onaj koji postavlja eksplozivnu napravu u vazduhoplov hoteci da liši života određenog političara, zna da drugačiji ishod nije moguć ni u pogledu posade i drugih putnika u vazduhoplovu. Da li on želi i pozitivno vrednuje i njihovu smrt – potpuno je nevažno. Preduzimanje radnje i pored predstave o takvom izvesnom ishodu, govori nam da je učinilac hteo i njihovu smrt.

Upravo ove situacije direktnog umišljaja pokazuju osnovnu slabost psihološki-deskriptivno shvaćene volje. U najvećem broju konstelacija koje se danas razumeju kao umišljajna dela, volja shvaćena kao psihološka činjenica jednostavno ne postoji. Samo u onim primerima u kojima se radi o finalno upravljanim aktima – postojalo bi istinsko htenje posledice. Ostale situacije direktnog umišljaja zahtevaju normativno shvaćenu volju, inače se zaključak o nepostojanju umišljaja ne bi mogao izbeći. Još komplikovanije je fikcijom volje obuhvatiti ono što se danas razume kao eventualni umišljaj. Stoga je ovde neophodno pronaći kakav **suogat volje**<sup>61</sup>, koji će zameniti istinsko htenje dela. Ako se već ne može neposredno reći da učinilac hoće posledicu, potrebno je zaključiti njegovo **unutrašnje sleganje** sa mogućnošću njenog nastupanja. Ono se pronalazi u opisima kakvi su: „saglašavanje sa posledicom“, „računanje sa njenim nastupanjem“, „pristajanje“ na nju, njeno „odobravanje“ ili „prihvatanje“. O takvom jednom „pristajanju na delo“ govori i srpska odredba o umišljaju. Ovo unutrašnje saglašavanje učinioca sa sopstvenim delom i njegovim posledicama može se takođe razumeti dvoznačno: kao nešto željeno, ali i kao prekor zbog neuzdržavanja od dela i pored spoznatih efekata. Drugim rečima, pristajanje na delo kao unutrašnji učiniočev stav, kao svojevrsno zamišljeno mahanje glavom na pomisao o mogućim posledicama, ili bar kao sleganje ramenima, u smislu nezainteresovanosti za takav mogući ishod, u svom značajnom delu ne može se shvatiti drugojačije negoli normativno. Deskriptivno saglašavanje sa posledicom jeste izvesna mogućnost, ali se dovođenje u vezu sa umišljajem ravnodušnosti<sup>62</sup> ili čak unutrašnjeg neslaganja sa posledicom – može objasniti isključivo putem prekora zbog odlučivanja na delo. Osim toga, unutrašnji učiniočev odnos prema nastupanju posledice, potpuno je nedostupan pouzdanom utvrđivanju. Stoga ne iznenađuje što ovaj nedostatak svih shvatanja što osnov razlikovanja vide u unutrašnjem učiniočevom uverenju, problematiku razgraničenja sve više prebacuje u svet procesnog.

Volju, dakle, treba razumeti **psihološki-normativno**.<sup>63</sup> Tada subjektivna strana i prosečnog prenosioca HIV-a postaje nešto jasnija. Lice koje ne praktikuje „siguran seks“, koje dakle iako svesno da je zaraženo ne koristi odgovarajuću zaštitu – infici-

60 Specifična razlika ove kategorije direktnog umišljaja prepoznaje se upravo u tome što se ovde ne radi o krajnjem cilju ili međucilju, već isključivo o sporednim posledicama (K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002<sup>4</sup>, 97).

61 Puppe, 487.

62 Prema teoriji koju je zastupao Engiš /Engisch/ učinilac kod umišljaja povredu pravnog dobra ili želi ili je prema povredi ravnodušan. Engiš je ravnodušnost razumeo kao konkretnu psihičku činjenicu, koja u deskriptivnom smislu označava da se učinilac uopšte i ne trudi da vrednuje kakvo činjenično stanje. Pozitivno utvrđivanje ravnodušnosti on predlaže samo ukoliko verovatnoća ostvarenja bića nije visoka (tada umišljaj) ili neznatna (tada nehat), već pripada svojevrsnoj srednjoj zoni.

63 Tako i Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2009<sup>16</sup>, 150.

ranje partnera prepušta golom slučaju. Da bi učinilac „olako držao da do posledice neće doći ili da će je moći sprečiti“, mora postojati odgovarajući činjenični supstrat koji će podupreti takvo pouzdanje u nenastupanje posledice. Ovo hazardiranje, svojevrstan „ruski rulet“, mora se dakle normativno izraziti kao „pristajanje“ na prenošenje zaraze, čak i kada bi na osnovu pojedinih okolnosti bili uvereni da je učiniocu takva posledica nepoželjna.<sup>64</sup> Normativno protumačeno „pristajanje“ u stvari podrazumeva zaključak suda da se učinilac saglasio sa svojim delom i njegovim ishodima. Prepuštanje ishoda zakonima slučajnosti praćeno visokim stepenom rizika upravo upućuje na pristajanje u normativnom smislu. Kod prenošenja HIV-a, međutim, činjenični supstrat za zaključak o nehatu dominira. Kako je rizik prenošenja neznatan, prigovor okrivljenog da se nadao da će nepoželjan ishod izostati deluje krajnje utemeljeno.<sup>65</sup> O nekom visokom riziku i hazardu ipak nema govora. Dakle, ni modifikovano psihološko-normativno tumačenje pristajanja, za koje nalazimo da treba da zameni čisto psihološko razumevanje pristanka u našoj praksi, ne predstavlja siguran putokaz za rešavanje vinsti kod situacija prenošenja HIV-a. Da li pouzdaniji oslonac možemo naći u drugim teorijskim shvatanjima?

Već psihološko-normativno razumevanje umišljaja predstavlja približavanje klasičnim pristupima što naglasak stavljaju na element svesti,<sup>66</sup> u izvesnoj meri zanemarujući voluntativni aspekt. Prema **teoriji verovatnoće** između umišljaja i nehata i nema suštinske razlike; ona je samo gradualna. O granici odlučuje stepen ugrožavanja zaštićenog pravnog dobra, prema predstavi učinioca.<sup>67</sup> Ovo shvatanje u celosti zanemaruje voljnu stranu eventualnog umišljaja. Kako prekor umišljaja tako i prekor nehata zasniva činjenica da se učinilac i pored predviđanja opasnosti nije uzdržao od ponašanja. Kako raste opasnost koju učinilac svesno pokreće, tako bi rastao i prekor koji njegovo ponašanje zaslužuje. Samo se postavlja pitanje na kom stepenu svest o ugrožavanju koja zasniva nehat prerasta u svest o ugrožavanju što zasniva umišljaj. Problemi primene ovog shvatanja na situacije prenošenja HIV-a više su nego očigledni. I da možemo da postavimo kakvu primenjivu granicu prema izloženom kriterijumu,<sup>68</sup> već smo konstatovali da je rizik inficiranja HIV-om, naročito kada se radi o samo jednom odnosu bez zaštite, vrlo nizak. Ako bismo se dosledno držali kriterijuma, predstava o niskom stepenu ugrožavanja mogla bi u potpunosti da potre voljni element čak i ako je naš prenosilac hteo nastupanje posledice. U suprotnom, ako bismo uzeli da namerno ostvarenje bića mora da zasnuje umišljaj, iako je verovatnoća nastupanja posledice zanemarljiva, više se i ne bismo nalazili na terenu kriterijuma verovatnoće. Stoga teorija verovatnoće ne zadovolja-

64 Slično Bruns (1987a), 693.

65 Bottke, 189; Bruns (1989), 200; Frisch, 367.

66 To primećuje i Šineman, uočavajući u tome primese teorija verovatnoće i ravnodušnosti (Schünemann, 93).

67 Tako je npr. u švajcarskoj praksi, vid. Kunz, 62.

68 Ova teorija barata samo neodređenim merilima kakvi su „visoka verovatnoća“, „neznatna šansa“ i tsl., bez istinskog potencijala da kriterijum bude upotrebljiv u praksi. Pokušaji da se umišljaj smisljeno veže za izvesne kvote verovatnoće, ili bar za zaključak da je kod eventualnog umišljaja nastupanje posledice verovatnije nego njeno izostajanje (tako u srpskoj teoriji npr. Đ. Lazin, „Razgraničenje svesnog nehata od eventualnog umišljaja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/1977, 396 i dalje) – ne mogu se označiti uspelim.

va. Pokušaj da se neznatna šansa prenošenja jednokratnim seksualnim činom uveća svojevrsnim „sabiranjem rizika“<sup>69</sup> – okolnošću da se u životu eventualno radi o većem broju seksualnih odnosa bez zaštite između dva partnera – ne može da ispravi temeljnu nedorečenost kriterijuma.

Prema **teoriji mogućnosti** eventualni umišljaj se potvrđuje čim je učinilac spoznao konkretnu mogućnost povrede pravnog dobra i ipak preduzeo radnju krivičnoga dela. Ovde svest o mogućnosti u potpunosti zamenjuje voljnu dimenziju umišljaja, istina po cenu negiranja svesnog nehata. Jer, ako svest o mogućnosti prenošenja virusa podrazumeva umišljaj, onda je nehat moguć samo vidu nepostojanja svesti, dakle nesvesnog nehata. Reklo bi se da je ovim putem išao **srpski zakonodavac**, kada je u pitanju prenošenje HIV-a. On ovde umišljaj i nehat razdvaja isključivo preko intelektualnog elementa – svesti odnosno znanja.<sup>70</sup> Umišljajni oblik iz st. 3, što govori o učiniocu koji „znajući da je zaražen HIV virusom“ tu infekciju „svesno prenese na drugog“, predstavlja upravo ozakonjenje osnovne potke teorije mogućnosti. Istovremeno, proširivanjem umišljajnog oblika na svesni nehat, zona nehatnog oblika iz st. 5 nužno se svodi samo na nesvesni nehat. Možemo konstatovati da ovo rešenje vešto izbegava probleme razgraničenja koje, kako smo videli, teorija ne može lako da reši. Ako postoji svest o zaraženosti, postojaće umišljajni oblik. Ako se učinilac još nije testirao, ali sumnja u zaraženost zbog pripadnosti rizičnoj grupi, postojaće nehatni oblik. Da bi se, međutim, stekla potpunija slika o našem zakonskom rešenju, treba pokazati kojim putem su išla druga zakonodavstva.

## UPOREDNOPRAVNA REŠENJA

U većini evropskih država nije propisano posebno krivično delo prenošenja virusa HIV-a,<sup>71</sup> kako je to učinio srpski zakonodavac. To je specifična razlika srpskog rešenja. U **Nemačkoj** se ovi slučajevi uglavnom razmatraju u kontekstu krivičnih dela protiv života i tela, upravo, izuzetno preko običnog ili teškog ubistva (§§ 211, 212) odnosno češće oblikā telesnog povređivanja (§§ 223, 224). Kvalifikovanje prenošenja virusa HIV-a preko navedenih opisa,<sup>72</sup> kako se bez izuzetka primećuje u nemačkoj teoriji, pokazuje brojne nedostatke, na koje smo delom već ukazali. Najjednostavnije je infekciju HIV-om smatrati pogoršanjem zdravstvenog stanja u smislu telesne povrede. Ipak, i u ovoj najmanje spornoj konstelaciji, zbog problema dokazivanja uzročnosti, u praksi se najčešće odgovora samo za pokušaj, što pak

69 Tako Kunz, 64.

70 Vid. detaljnije I. Vuković, „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminalite-ta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*. 3. deo, 2009, 249.

71 Slično je i u anglosaksonskom pravu (pojedininim saveznm državama SAD, Kanadi i Velikoj Britaniji, vid. Holland, 291, 310, 313).

72 Prema jednom mišljenju (A. Wisuschil, „Aids und Unkontrollierbarkeit des Tatmittels bei § 330a StGB“, *Medizinrecht* 6/2006, 342), seksualni odnos HIV pozitivnog moguće je podvesti pod krivično delo teškog ugrožavanja oslobađanjem otrova (§ 330a nemačkog KZ-a), koje se nalazi u glavi čiji je grupni objekt zaštite životna sredina. Problem sličnog tumačenja ne predstavlja samo to što se prenošenjem virusa HIV-a ne napada životna sredina, već i činjenica da se zaražena telesna tečnost ni uz najekstenzivnije tumačenje ne može podvesti pod otrov koji se oslobađanjem više ne može kontrolisati.

zahteva bar eventualni umišljaj. Kako je isti teško dokazati, zadržavanje kriminalne zone moguće je postići samo širenjem granica eventualnog umišljaja na uštrb svesnog nehata, dakle jednim temeljnim zahvatom u složena pitanja razgraničenja samog umišljaja i nehata. Stoga ne iznenađuju ukazivanja da se prenošenje HIV-a može adekvatno rešiti prvenstveno putem odgovarajućeg delikta ugrožavanja.<sup>73</sup>

**Švajcarsko** krivično pravo poznaje krivično delo (§ 231) slično našem prenošenju zarazne bolesti iz § 249, koje ostvaruje onaj što umišljajno ili nehatno (lakši oblik) prenese opasnu zaraznu bolest. Reč je o posledičnom delu, što prema sudskoj praksi obuhvata ne samo prenošenje side, već i prenošenje HIV infekcije. Nešto širi obuhvat slične inkriminacije poznaje **austrijsko** pravo, koje prenošenje HIV-a smatra deliktom opšte opasnosti. Za razliku od švajcarskog posledičnog zakonskog opisa, što zahteva stvarno prenošenje HIV infekcije na zdravog, austrijsko zakonodavstvo se zadovoljava umišljajnim ili nehatnim apstraktnim ugrožavanjem drugoga (§§ 178, 179). Dovoljno je da je radnja podobna da prouzrokuje opasnost prenošenja zarazne bolesti među ljudima; niti je neophodno da je do prenošenja zaista i došlo, niti se traži konkretna opasnost da se zaraza prenese.<sup>74</sup> Time se izbegavaju problemi dokazivanja uzročne veze (da je konkretna HIV infekcija prouzrokovana od strane određene HIV pozitivne osobe), ali se i proširuje opseg inkriminacije, naročito zbog nehatnog oblika. Nehatno inkriminisanje dela apstraktne opasnosti podrazumevalo bi krivičnu odgovornost HIV-pozitivnog koji nije znao da je zaražen, ali koji je imao razloga da u to posumnja i da proveri da li je nosilac virusa.<sup>75</sup> Takav povod bi mogao biti rizičan odnos sa prostitutkom ili pripadnikom druge rizične grupe ili primera radi deljenje zajedničke igle. Štaviše, u austrijskoj nauci dominira shvatanje da zbog apstraktne opasnosti dela kažnjivost zasniva i ljubljenje otvorenim ustima,<sup>76</sup> pa čak i upotreba prezervativa, jer se ne može isključiti mogućnost da dođe do pucanja ili greške u proizvodnji.<sup>77</sup> Ovako široku kriminalnu zonu ne smatramo opravdanom.

## OBLICI KRIVIČNOG DELA IZ § 250

Kako smo već ukazali na osnovne krivičnopravne probleme koji se tiču prenošenja HIV-a, u narednim izlaganjima osvrnućemo sa samo na pojedine konkretne aspekte rešenja iz § 250 Krivičnog zakonika Srbije.

### *Svesno dovođenje drugog u opasnost od infekcije (§ 250 st. 1)*

Analiza krivičnopravnih problema do kojih može doći u situacijama prenošenja HIV-a pokazala je da njihovo rešavanje preko posledičnih krivičnih dela povrede u ovoj materiji nije dovoljno, bilo zbog teškoće dokazivanja uzročne veze, bilo zbog teškoća u utvrđivanju umišljaja. Zato je **dogmatski** ispravan put kojim je išao naš zakonodavac, inkriminišući u osnovnom obliku svesno dovođenje drugog u opa-

73 Herzberg (1987a), 1463; Wisuschil (1998), 63. Za kanadsko pravo izričito Holland, 314–315.

74 Bertel, Schwaighofer, 12; Bittmann, 488.

75 Tako Bertel, Schwaighofer, 12; Bittmann, 489.

76 Tako Bittmann, 488.

77 C. Mayerhofer, u: F. Höpfel, E. Ratz *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2007, 39.

snost od infekcije (§ 250 st. 1). Inkriminisanje delikta ugrožavanja opravdano je i **kriminalno-politički**. Onaj ko svesno izlaže drugog riziku od prenošenja zaslužuje kažnjavanje. Ako na izvestan broj zaraženih „očajnika“, koji smatraju da više nemaju šta da izgube, slična odredba i ne može preventivno da utiče, na najveći broj običnih nosilaca virusa svest o zaraženosti delovaće na promenu navika u sferi seksualnog ponašanja kako bi se primenom sredstava zaštite izbeglo dalje širenje zaraze.

Naučno potvrđeni načini prenošenja virusa HIV-a od značaja su za preciziranje radnji kojima se drugi dovodi u opasnost od infekcije. Reč je, dakle, pre svega o vaginalnom, analnom ili oralnom<sup>78</sup> **koitusu** bez korišćenja kondoma. Upotreba kondoma predstavlja socijalno-adekvatno ponašanje što rizik prenošenja drži u granicama dozvoljenog. Milovanje i **dodirivanje** polnog organa partnera ne predstavljaju radnju dovođenja drugog u opasnost od infekcije. To nije ni uobičajeno pozdravljanje poljupcima, **ljubljenje** zatvorenim ustima, ali ni ljubljenje otvorenim ustima, što podrazumeva dodirivanje jezika i razmenu pljuvačke.<sup>79</sup> U pljuvački i suzama virus se nalazi u suviše maloj količini da bi se mogao preneti, dok ga u znoju uopšte i nema, tako da kontakt sa ovim telesnim tečnostima nije krivičnopravno relevantan. Ipak, zbog povišenog rizika krvne transmisije, **ujedanje** predstavlja podobnu radnju dela, iako do sada nisu zabeleženi slučajevi prenošenja HIV-a ovim putem, čak i kada je dolazilo do oštećenja kože.<sup>80</sup> Kako virus ne živi dugo u spoljnoj sredini, treba isključiti i one radnje što podrazumevaju kontakt sa zaraženim u domaćinstvu ili radnom okruženju. To se međutim ne odnosi i na one kontakte koji nose nepotreban rizik od krvne transmisije, kakvi su korišćenje zajedničke četkice za zube ili brijaća.

Nije od značaja da li se u opasnost dovodi partner (bračni ili vanbračni) ili lice sa kojim se ne živi u sličnoj zajednici. Potencijalna opasnost daljeg prenošenja virusa postoji i kada se radi o **monogamnoj** vezi, jer se ne može isključiti da još neinficirani partner u budućnosti neće stupiti u seksualne odnose sa trećim licima. Čak i kada bi partner bio istrajan u vernosti, ostaje mogućnost da se zaraza dalje prenese npr. tokom eventualnog kasnijeg porođaja ili nekog drugog verifikovanog načina prenošenja.

Na planu krivice, svesno dovođenje drugog u opasnost podrazumeva one stepene krivice što sadrže element svesti, dakle direktni i eventualni umišljaj kao i svesni nehat. Ne radi se dakle o umišljajnom ili nehatnom obliku u uobičajenom smislu reči, već o subjektivnom obeležju **sui generis**. Istovremeno, dovoljno je da svest obuhvati dovođenje drugog u opasnost, tako da na planu dokazivanja neće postojati poteškoće u pogledu utvrđivanja subjektivnog sadržaja,<sup>81</sup> jer se nesmotrenost i nepažnja (dovoljni za svesni nehat) mogu zaključiti već iz saznanja o bolesti i nekorišćenja preporučenih sredstava zaštite. Utoliko će utvrdivo umišljajno

78 Isto važi ne samo za felaciju (lat. *fellatio*), već i za kunilingus (lat. *cunnilingus*), s obzirom da se ne mogu isključiti rane u ustima ili tragovi krvi u vaginalnom sekretu. Razlikovanje kažnjivosti prema tome da li se radi o aktivnom ili pasivnom oralnom odnosu, prisutno u austrijskoj teoriji, smatramo neopravdanim.

79 Zanimljiv rizik od prenošenja postoji, ali samo ako je oštećena sluzokoža usta.

80 Tako Holland, 285.

81 To primećuje i Holland, 304.

dovođenje drugog u opasnost, koje srećom nije imalo za ishod i prenošenje bolesti, imati karakter otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanja kazne (stepen krivice – § 54 st. 1). Ipak, umišljajno dovođenje drugog u opasnost otvara problem odnosa ovog oblika i umišljajnog prenošenja HIV-a iz st. 3, s obzirom da je **pokušaj** dela iz st. 3 kažnjiv.<sup>82</sup> Ako je moguće dokazati umišljaj ne samo u pogledu ugrožavanja drugog, već i u pogledu prenošenja virusa, radnju učinioca treba kvalifikovati kao pokušaj dela iz st. 3. To će redovno biti situacije kada zaraženi ide za tim da zarazi što veći broj lica.

### *Prenošenje HIV-a nepridržavanjem propisa i mera (§ 250 st. 2)*

*Ratio* propisivanja nehatnog oblika iz st. 2 jeste razlikovanje prenošenja infekcije nepažnjom samog prenosioca (st. 5), od svesnog nepridržavanja propisa i mera koji se odnose na sprečavanje širenja HIV-a, što je za posledicu imalo prenošenje infekcije na drugoga. Dakle, ovde se ne radi o nehatu samog nosioca zaraze, već o **nečinjenju** lica koje, iako nije zaraženo, u okviru svojih dužnosti ne preduzima mere upravljene na sprečavanje širenja HIV-a.<sup>83</sup> Imajući u vidu redovne načine prenošenja, ova odredba pokriva pre svega krivičnu odgovornost zdravstvenih radnika u postupku kontrole postupaka prikupljanja, obrade i prerade ljudske krvi, njenih sastojaka i derivata.<sup>84</sup> Takođe, delo se može ostvariti i nehigijenskim postupanjem prilikom pružanja usluga higijenske nege i ulepšavanja lica i tela (kozmetičari, frizeri, berberi), medicinskih intervencija (hirurzi, lekari, stomatolozi) odnosno nemedicinskih estetskih intervencija kojima se narušava integritet kože (akupunktura, tetovaža, pirsing, bušenje usiju).<sup>85</sup>

Iako način podvajanja radnje (nepridržavanja propisa i mera) i ishoda (prenošenja infekcije) formulacijom uzročne veze („i time dovede“) nalikuje tipičnom oblikovanju objektivnog uslova inkriminacije, prenošenje infekcije ne predstavlja objektivni uslov već posledicu dela, koju mora da obuhvati nehat učinioca. Radnja nepridržavanja propisa i mera mora biti u uzročnoj vezi sa nastupanjem posledice prema uobičajenim pravilima, dakle biti *condicio sine qua non* prenošenja infekcije.

Kazna propisana za ovaj oblik (od jedne do pet godina) značajno je viša od nehatnog oblika iz st. 5 (do tri godine). To ima svoje opravdanje, ne samo zato što je reč o protivdužnosnom postupanju odgovornog lica, već i s obzirom na različito rešenje na planu sticaja ako posledica pogađa više lica. Naime, ako jedan prenosilac

82 Vid. § 30 st. 1.

83 Iako i kod osnovnog oblika i radnje „svesnog dovođenja drugog u opasnost od infekcije“ gramatičkim tumačenjem može da se zaključi da njegov učinilac može da bude svako lice, a ne samo nosilac zaraze (tako LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2006, 660; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006, 582), smatramo da tumačeno ciljno – razlikovanje oblika iz st. 1 i 2 govori u prilog tome da je učinilac oblika iz st. 1 sam zaraženi, a oblika iz st. 2 drugo lice. U suprotnom, ne bi bilo moguće smisljeno razlikovati st. 2 i st. 5.

84 Vid. ranije pomenuti pravilnik istog naziva.

85 Instrumenti koji narušavaju integritet kože (igle za tatu ili akupunkturu, pištolji za bušenje usiju) moraju da budu korišćeni jednokratno ili da budu očišćeni i na odgovarajući način sterilizovani. Isto važi i za instrumente što nužno ne narušavaju integritet kože, ali gde može doći do kontakta sa zaraženom krvlju (npr. brijači).

virusa (npr. prostitutka) svesno prenese na više lica virus HIV-a (st. 5) – odgovaraće za realni sticaj onoliko krivičnih dela koliko ima posledica (prenošenjā ili u slučaju oblika kvalifikovanog smrću – smrti). Ako se, međutim, radi o obliku iz st. 2, te npr. zaposleni u transfuziji svojom nepažnjom ne primeni odgovarajuće mere postupanja sa zaraženom krvju, usled čega veći broj primaoca produkata krvi (npr. hemofiličara) bude zaražen – postojaće samo jedno krivično dela iz st. 2.<sup>86</sup>

Treba primetiti da delo iz st. 2 nema teži oblik kvalifikovan smrću, kao što je učinjeno kod umišljajnog (st. 4) i nehatnog (st. 5) prenošenja infekcije na drugog. U pitanju je **propust** zakonodavca. S jedne strane, krivična odgovornost učinioca prema st. 2 nije limitirana bolešću, kako je to slučaj kod ostalih oblika ovog dela. Dok prenosilac HIV-a koji je i sam zaražen najčešće neće ni biti u prilici da odgovara za smrt pasivnog subjekta, jer će zbog razvoja sopstvene bolesti njegova smrt nastupiti pre smrti žrtve kao kvalifikovane posledice – ovde takvog ograničenja nema. S druge strane, iako je u savremenom svetu, gde se svaka jedinica krvi testira na HIV, ovaj vid prenošenja sve ređi – njegove posledice su neuporedivo teže, jer je ishod često infekcija većeg broja lica.<sup>87</sup>

### *Umišljajno (§ 250 st. 3) ili nehatno (st. 5) prenošenje HIV-a na drugog*

Biće ovog oblika inkriminiše „svesno prenošenje na drugog infekcije HIV-a“. Reč je o posebnom obliku telesnog povređivanja, u vidu teškog narušenja zdravlja. Prodiranjem virusa u ljudski organizam, imuni sistem postaje neotporan, dok istovremeno zaraženi i sam postaje infektivan.<sup>88</sup> Učinilac neće istovremeno odgovarati i za tešku telesnu povredu iz § 121, već će postojati prividni idealni sticaj po osnovu **specijalnosti**.

Dovoljno je da je infekcija prenetā samo na jedno lice. Kako vidimo, opis ne zahteva tek prenošenje side kao poslednjeg stadijuma HIV-a sa smrtnim ishodom. To niti proishodi iz jezičkog tumačenja, niti bi takav ishod bio kriminalno-politički poželjan, s obzirom da opasnost po zdravlje ljudi uzrokuje već prenošenje HIV-a. Dovoljno je dakle prenošenje već tzv. primarne infekcije (prvi stadijum virusa). Inače, ovaj stadijum najčešće nije praćen odgovarajućim simptomima (ili su oni slični gripu), tako da zaraženi, osim ukoliko nije svesno bio izložen kontaktu visokog rizika, najčešće i nema predstavu da je zaražen.<sup>89</sup> Štaviše, ako se u ovoj početnoj fazi koja traje nekoliko nedelja uradi test na antitela na HIV, on može biti i lažno negativan. Zaraza se po pravilu otkriva tek u kasnijim stadijumima,<sup>90</sup> tako

86 Razume se, broj zaraženih utiće na odmeravanje kazne.

87 Dovoljno je pomenuti poznati slučaj inficiranja više od 400 dece u Libiji 1998. godine, za šta je na smrt osuđeno pet bugarskih medicinskih sestara i jedan palestinski doktor. Iako je smrtna kazna kasnije zamenjena doživotnim zatvorom, nakon sporazuma sa Evropskom unijom, Libija je dozvolila da se ova kazna izvrši u Bugarskoj. Nakon što je šestoro osuđenih sletelo u Sofiju, bugarski predsednik ih je pomilovao.

88 Slično Holland, 302.

89 Kako mora biti govora o „svesnom prenošenju“ infekcije, tek zaraženo lice neće često moći dalje da prenese infekciju u ovom ranom stadijumu, i da za to krivičnopravno odgovara.

90 Drugi, asimptomatski stadijum bolesti traje prosečno desetak godina. Iako ni ovaj period ne karakterišu tipični simptomi (moguće je oticanje limfnih čvorova), bolest se kao i u prvom sta-

da je redovan izvestan protok vremena od infekcije do saznanja o bolesti, u kojem su moguća dalja prenošenja zaraze na treća lica.

Direktan umišljaj (samo u obliku svesti o mogućem, a ne i u obliku svesti o izvesnosti) i namerno postupanje su zamislivi, naročito ako je reč o učiniocu kod kojeg dominira motiv da inficira druge („ako ja imam sidu, treba i drugi da je imaju“)<sup>91</sup>.

Ako se u vršenju razbojništva preti špricom sa (stvarno ili navodno) zaraženom krvlju HIV-virusom, osnovni oblik iz st. 1 će biti konzumiran prinudom, pa će učinilac odgovarati samo za razbojništvo. Ako špric bude i upotrebljen, učinilac će odgovarati samo za teži oblik razbojništva iz § 206 st. 2.

Osim samog prenošenja virusa, druga posledica ne mora da nastupi. Eventualno pogoršanje stanja psihičkog zdravlja pasivnog subjekta zbog saznanja o zarazi može predstavljati otežavajuću okolnost. Isto važi i za druge posledice koje se tiču različitih negativnih efekata na život žrtve (problemi u radnom okruženju, seksualni život itd.).

Kako je reč o posledičnom opisu, za dovršenje dela je neophodno utvrditi da je uzrok prenošenja HIV-a delo okrivljenog. Dokaz uzročne veze nije jednostavno izvesti. Kako pozitivan test ne daje nikakve informacije o onome ko je infekciju preneo, uzročnost je moguće dokazati samo u slučajevima u kojima je postojao kontakt sa jednim prenosiocem virusa. Zbog toga, veći praktični značaj ima odgovornost za pokušaj dela iz stava 3.<sup>92</sup>

### *Prenošenje infekcije HIV kvalifikovano smrću (§ 250 st. 4)*

Do odgovornosti za najteži oblik (§ 250 st. 4), kada je „usled dela iz stava 3. ovog člana nastupila smrt zaraženog lica“, neće doći često, bilo zato što zbog dugog perioda latencije smrt zaraženog još uvek nije nastupila, bilo zato što je prenosilac već preminuo od bolesti. Reč je o tipičnoj konstrukciji krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom, na koju se odnosi § 27. Dakle, između prenošenja virusa i smrti mora da postoji uzročna veza, dok u odnosu na smrt mora biti utvrđen nehat učinioca, čime se isključuje primena § 118 za nehatno lišenje života.<sup>93</sup> Ako u datom

---

dijumu može preneti na drugog. To što ozbiljni simptomi nastupaju tek u trećem stadijumu bolesti, nije od značaja za ostvarenje bića dela. Naposletku, objektivno biće ovog oblika može biti ostvareno i u poodmaklom četvrtom stadijumu, kada nastupa sida. Razume se, lice obolelo od side ne prenosi na drugog neposredno sidu, već virus HIV-a, koji će se kod novoobolelog dalje individualno kretati kroz iste stadijume.

91 Bittmann, 490.

92 Zbog propisane kazne (od dve do dvanaest godina), ovaj pokušaj bio bi kažnjiv (vid. § 30 st. 1).

93 Herceberg prihvata samo krivičnu odgovornost za povređivanje, a isključuje odgovornost za smrtni ishod, ukazujući ne nepostojanje veze objektivnog uračunavanja između radnje učinioca i nastupele smrti od side. Kao što se mora odrediti pravno relevantan rizik nastupanja smrti ako se neprijatelju u nadi njegove smrti od srčanog udara saopšti vest o lažnoj nesreći, tako prema Hercebergu objektivno uračunavanje treba ograničiti na prenošenje virusa (Herzberg (1987a), 1465; uporedivi primeri vid. R. D. Herzberg, „Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV“, u: *AIDS und Strafrecht*, Berlin 1996, 65). Ovaj argument ovde nije dovoljan jer bi time isključili svaku objektivnu vezu između radnje i smrti, pa i kada se radi



slučaju učinilac postupi sa umišljajem, onda bi u obzir došla odgovornost kako za ubistvo<sup>94</sup> tako i za prenošenje infekcije HIV-a.<sup>95</sup> Ova mogućnost je dogmatski krajnje sporna, ali je moramo načelno prihvatiti, kada je zakonodavac već propisao ovaj kvalifikovani oblik. Ipak, češći će biti nehat učinioca u pogledu nastupanja smrti. Zaraza HIV-om nema nužno za ishod smrt. Do četvrtog stadijuma razvoja HIV-a može, ali i ne mora doći. Ako pak infekcija u stadijum side i napreduje, ovaj period – kako smo već ukazali – može trajati i više decenija. Utoliko okrivljenom stoji na raspolaganju argument očekivanja da će u datom periodu lek biti otkriven.<sup>96</sup> Zaključak o nehatu u pogledu nastupanja smrti, u smislu zakonske definicije „olakog držanja da do toga neće doći ili da će to moći sprečiti“ (§ 26), deluje iz ove perspektive sasvim zasnovan.

## LITERATURA

- Bačić F., *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb 1986.
- Beglinger F., u: Niggli M. A., Wiprächtiger H. et al., *Strafrecht II. Basler Kommentar*, Basel 2007.
- Bertel C., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II*, Wien 2006.
- Bittmann K.-P., „Strafrechtliche Probleme im Zusammenhang mit AIDS“, *Österreichische Juristen-Zeitung* 16/1987.
- Bottke W., „Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung“, u: *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden 1988.
- Bruns M., „AIDS, Prostitution und das Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 12/1987.
- Bruns M., „Nochmals: Aids und Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 37/1987.
- Bruns M., „Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention“, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 3/1989.
- Frank R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen 1908.
- Frisch W., „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?“, *Juristische Schulung* 5/1990.
- Herzberg R. D., „Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?“, *Neue juristische Wochenschrift* 24/1987.
- Herzberg R. D., „Die strafrechtliche Haftung für die Infizierung oder Gefährdung durch HIV“, u: *AIDS und Strafrecht*, Berlin 1996.
- Holland W. H., „HIV/AIDS and the Criminal Law“, *Criminal Law Quarterly* 1994.
- Knauer C., „AIDS und HIV – Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 9/1998.

---

o krivičnom delu kvalifikovanom težom posledicom, što nismo u mogućnosti zbog zakonskog rešenja. Interesantan je i pokušaj Šlehofera da objektivnu vezu odrekne uvođenjem novog kriterijuma objektivnog uračunavanja – vremenskog uračunavanja (vid. H. Schlehofer, „Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten“, *Neue juristische Wochenschrift* 33/1989, 2025). Kako smrt od side nastupa protekom više godina, prognoza njenog nastupanja u dalekoj budućnosti leži prema ovom autoru izvan granica vremenskog uračunavanja.

94 Od okolnosti bi zavisilo da li bi se radilo o običnom ili teškom ubistvu.

95 Sticaj ne bi bio prividan, s obzirom da delo iz st. 250 napada i zdravlje ljudi, a ne samo život pasivnog subjekta.

96 Tako M. Bruns, „Nochmals: Aids und Strafrecht“, *Neue juristische Wochenschrift* 37/1987, 2282.

- Kreuzer A., „Aids und Strafrecht. Kriminologische Anmerkungen zur strafrechtlichen und kriminalpolitischen Diskussion“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/1988.
- Kunz K.-L., „Aids und Strafrecht. Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1/1990.
- Kühl K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2002.
- Lacmann W., „Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1911.
- Lazarević LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2006.
- Lazin Đ., „Razgraničenje svesnog nehata od eventualnog umišljaja“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3/1977.
- Mayerhofer C., u: Höpfel F., Ratz E. et al., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2007.
- Meier B.-D., „Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 5/1989.
- Prittwitz C., „Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?“, *Neue juristische Wochenschrift* 46/1988.
- Puppe I., u: Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.-U. et al., *Strafgesetzbuch. Band I*, Baden-Baden 2005.
- Schlehofer H., „Risikoversatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten“, *Neue juristische Wochenschrift* 33/1989.
- Schünemann B., „Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?“, *Juristische Rundschau* 3/1989.
- Smith D., Richman D., Little S., „HIV Superinfection“, *The Journal of Infectious Diseases* 3/2005.
- Srzić N. et al.: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2006.
- Stojanović Z., *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2009.
- Varghese B. et al., „Reducing the Risk of Sexual HIV Transmission. Quantifying the Per-Act Risk for HIV on the Basis of Choice of Partner, Sex Act, and Condom Use“, *Sexually Transmitted Diseases* 1/2002.
- Vuković I., *Pokušaj krivičnoga dela*, neobjavljena doktorska disertacija, Beograd 2008.
- Vuković I., „Struktura nehatnog krivičnog dela“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 3–4/2008.
- Vuković I., „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima“, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. 3. deo*, 2009.
- Weait M., „Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: *R v Dica*“, *The Modern Law Review* 2005.
- Wisuschil A., „Ungeschützter Sexualverkehr eines HIV-Infizierten“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2/1998.
- Zwahlen M., Egger M., „Progression and mortality of untreated HIV-positive individuals living in resource-limited settings“, *извештај UNAIDS-a*, Bern 2006.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

## ISSUES OF CRIMINAL TRANSMISSION OF HIV

### SUMMARY

Unlike many other countries, which apply existing criminal law offences to conduct that transmits HIV or risks transmission, Serbia enacted legislation that specifically prohibits and penalizes transmission of HIV as an offence against public health. Under Serbian law (according to Art. 250 of the Serbian Criminal Code), a person who knowingly endangers another person with infection by HIV virus may be guilty of a crime. The first issue this article addresses comes from the fact that this crime involves sexual act as an activity to which the participants are usually consenting. The author holds the position that a person engaging in sex does not need to know the seropositive status of the sexual partner, i. e. that the infected person does not have the obligation to disclose it's HIV infection. However, if the infected person does not reveal it's HIV-positive status, it should take some precautions to reduce the risk of transmission, usually by practicing safer sex. Only by such responsible act, infected person could avoid criminal liability. On the other hand, in contrast to other European penal codes, Serbian Criminal Code criminalizes not only the awareness of the risk of transmission (punished by imprisonment up to two years), but also the very transmission of HIV infection to another person, knowingly (punished by imprisonment of two to twelve years) or by (unconscious) negligence (punished by imprisonment up to three years). Such distinction raises questions on the matter of differentiation of the endangerment and attempted transmission, as well as the requisite mental culpability. Resolving these problems demands taking into account two important facts: low risk of HIV transmission through unprotected (vaginal, oral or anal) sex on one side and high mortality followed by long progression of the disease after the infection on the other side. The author studies different theories on distinguishing between *dolus eventualis* and conscious negligence (with an emphasis on the theory of acceptance of the consequences as the theory adopted by Serbian courts) and their applicability on transmission of HIV. The paper puts current criminal code provisions under analysis, emphasizing issues of attempted transmission and distinction between intended and negligent crime.

**Key words:** transmission of HIV, HIV testing, consensual conduct, *dolus eventualis*, negligence.

Miodrag Majić\*  
Apelacioni sud, Beograd

## ODUZIMANJE IMOVINE PROISTEKLE IZ KRIVIČNOG DELA

**Apstrakt:** Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela izazvao je pažnju koja, kada je reč o zakonskim projektima, skoro nije zabeležena u domaćoj javnosti. Interesovanje pravnika ali i laika je razumljivo, imajući u vidu da Zakon u domaći pravni poredak unosi značajan broj novina, koje se prvenstveno ogledaju u olakšanom postupku oduzimanja imovine stečene kriminalom. Međutim, stavovi povodom Zakona se u toj meri razlikuju da se Zakon, predstavlja i kao jedno od najznačajnijih sredstava u borbi države sa organizovanim kriminalom ali i kao instrument kojim se narušavaju temelji domaćeg pravnog poretka. Ipak, čini se da kontroverze i ekstremne stavove u značajnoj meri podstiče i nedovoljno poznavanje i razumevanje onoga što se, u zavisnosti od ugla posmatranja, želi promovisati, odnosno osporiti.

U radu su, nakon predstavljanja uporednih rešenja, međunarodnih konvencija i odluka Evropskog suda za ljudska prava u ovoj oblasti, posebno analizirana dva pitanja o kojima je u prethodnom periodu, kada je reč o zakonskim rešenjima, bilo najviše nedoumica. Reč je o teretu dokazivanja u postupku oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela kao i o pravnoj prirodi ovog instituta.

**Ključne reči:** zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, uporedna rešenja, teret dokazivanja.

### 1. UVODNE NAPOMENE

Odavno u domaćoj stručnoj pravničkoj ali i opštoj javnosti jednom pitanju nije pridavana tolika pažnja kao što je to slučaj sa oduzimanjem imovine proistekle iz krivičnog dela. Od 23. oktobra 2008. godine kada je u Narodnoj skupštini izglasan Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela (u daljem tekstu Zakon),<sup>1</sup> a naročito od kada su na osnovu Zakona pokrenuti prvi postupci, ne prestaju polemike o njegovoj opravdanosti, pa čak i njegovoj ustavnosti. Stavovi povodom Zakona se u toj meri razlikuju da se Zakon predstavlja i kao jedno od najznačajnijih sredstava u borbi države sa organizovanim kriminalom ali i kao instrument kojim se omogućava prodor totalitarnih tendencija u krivično pravo,<sup>2</sup> i kojim se krše osnovna ljudska prava.

\* sudija, apelacionisud.bgd@bg.ap.sud.rs

1 Primena Zakona je odložena do 1. marta 2009. godine.

2 Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, petnaesto izmenjeno izdanje, Pravna knjiga, Beograd 2009, 328.

Ovakve kontroverze ipak nisu nerazumljive. Zakon u domaći pravni poredak uvodi jedan broj do sada nepoznatih rešenja. Pitanje oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom tretira se na značajno drugačiji način nego što je to do sada bio slučaj, a mnoga od prihvaćenih rešenja nalaze se u nužnoj tenziji sa onima na koje su generacije pravnika – krivičara navikle. U ovakvim uslovima, oni koji podržavaju nova zakonska rešenja skloni su da u ovima vide revolucionarno, gotovo svemoguće oružje u borbi sa izvršiocima najtežih krivičnih dela, dok protivnici Zakona u novom i nedovoljno poznatom, vide opasnost po domaći pravni poredak. Čini se pak da kao i obično, i u slučaju Zakona, ekstremni stavovi potiču od nedovoljnog poznavanja i razumevanja onoga što se u zavisnosti od ugla posmatranja želi promovisati odnosno osporiti.

U narednim redovima, pokušaćemo da u kraćim crtama ukažemo na međunarodni okvir u regulisanju ove materije ali i da osvetlimo pojedina sporna pitanja u samom Zakonu. Nadamo se da će ova diskusija doprineti otklanjanju makar nekih od nedoumica koje u ovom trenutku u pogledu Zakona i njegove primene postoje.

## 2. ODUZIMANJE IMOVINE I MEĐUNARODNI PRAVNI OKVIR

### 2.1. Uporedna rešenja

Shvatanje da u savremenim uslovima borbe sa organizovanim kriminalom, akcenat treba staviti, ne samo na kažnjavanje, već pre svega na zadobijanje kontrole nad profitom koji se ostvaruje putem kriminalne aktivnosti, nije novo.<sup>3</sup> Kao jedan od ideologa drugačijeg pristupa često se pominje italijanski sudija Đovani Falcone koji je strukturu zločinačke organizacije upoređivao sa strukturom kriminalnog preduzeća. Smatrao je da konvencionalni pristup u borbi protiv mafije, sam po sebi nije dovoljan i da će, ukoliko struktura udruženja nastavi da stvara bogatstva, mafija uvek moći da obnavlja članove i vođstvo. Kao jedini sveobuhvatano efikasan način u tom smislu, ističe se ograničavanje osnovnog pokretača svih kriminalnih organizacija – kapitala koji je proistekao iz nedozvoljenih aktivnosti.<sup>4</sup>

Sagledavajući značaj koji imovina ima za generisanje daljih kriminalnih aktivnosti, jedan broj država uveo je u svoje pravne sisteme posebne mehanizme za oduzimanje kriminalno stečene imovine. Osnovne karakteristike ovih posebnih mehanizama predstavljaju olakšano dokazivanje činjenice da je reč o imovini kriminalnog porekla kao i mogućnost da se u dokazni postupak u tu svrhu, uvedu određene pravne pretpostavke.

Specifičnosti *common law* pravnog sistema i ovde su uticale na to da zemlje anglosaksonske pravne tradicije, među prvima razviju različite i veoma efikasne mehanizme oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, te da u ovoj oblasti postanu uzor mnogim pravnim sistemima na Kontinentu.

3 Vid. C. Van Den Wyngaert, *Les systèmes pénaux face à l' épreuve du crime organize*, Revue Internationale De Droit Pénal, 1er et 2e semesters, Ramonville 1999, 36–132, in D. Fontanaud, *Criminalité organisée*, Problèmes politiques et sociaux, No 874–875, Paris 2002.

4 Vid. B. Nikolić, „Oduzimanje imovine stečene kriminalom“, u: G. Ilić *et al.*, *Komentar zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*, OEBS, Beograd 2009, 5.

Tako primera radi u Sjedinjenim Američkim Državama, postoji nekoliko različitih modela oduzimanja kriminalne imovine koji se po više osnova razlikuju od redovnog postupka. Kada je reč o oduzimanju imovine u krivičnom postupku, za razliku od dokazivanja krivice gde se koristi standard dokazanosti „van razumne sumnje“ (*beyond a reasonable doubt*), za dokazivanje kriminalnog porekla imovine dovoljna je takozvana „pretežnost dokaza“ (*preponderance of evidence*).<sup>5</sup> Reč je o značajno nižem dokaznom standardu gde će se, saglasno pravilu koji se koristi u civilnom postupku, smatrati da je tvrdnja o nezakonitom poreklu imovine za sud prihvatljiva ukoliko je verovatnija od tvrdnje o njenom zakonitom poreklu. Međutim, *common law* pravni poreci su, kada je reč o oduzimanju imovine stečene kriminalom, razvili i mehanizme koji nisu nužno povezani sa krivičnim postupkom i njegovim ishodom. Tako u SAD,<sup>6</sup> Kanadi,<sup>7</sup> Australiji,<sup>8</sup> Engleskoj<sup>9</sup> i Irskoj,<sup>10</sup> značajna sredstva bivaju oduzeta u posebnoj vrsti civilnog postupka, na osnovu tužbe koja je usmerena, ne prema određenom licu, već prema stvari čije se kriminalno poreklo predpostavlja. Reč je o posebnoj vrsti postupka *in rem* čija efikasnost se uočava naročito u slučajevima u kojima je sporno vlasništvo nad određenom imovinom čije je poreklo sumnjivo, imajući u vidu da u postupku „prema stvari“ vlasnika imovine nije ni nužno utvrditi.

Ipak, možda najefikasniji model oduzimanja imovine čije kriminalno poreklo se predpostavlja predstavlja takozvano upravno oduzimanje imovine stečene kriminalom. Reč je o mogućnosti koja je takođe najpre razvijena u pravnom sistemu SAD, gde pojedine državne agencije kao što su Federalni istražni biro, Uprava za borbu protiv droga, Poreska uprava ili Uprava za imigraciju i carine imaju mogućnost da u okviru postupka koji je u njihovim nadležnostima oduzmu imovinu do određene vrednosti.<sup>11</sup> Ovakav model najčešće se koristi u slučajevima u kojima određeno lice negira vlasništvo nad imovinom pretpostavljenog kriminalnog porekla koja je kod njega pronađena. U takvim slučajevima imovinu zadržava agencija ostavljajući određeni period vlasniku da se javi i zatraži njen povratak. Ukoliko u ostavljenom periodu ne dođe do zahteva za povraćajem imovine, što se kod imovine spornog porekla često događa, imovina prelazi u vlasništvo države.

Međutim, posebni postupci za oduzimanje imovine pretpostavljenog kriminalnog porekla, nisu osobenost isključivo zemalja anglosaksonske pravne tradicije. Značajan broj kontinentalnih pravnih sistema, takođe je razvio mehanizme koji se u poređenju sa redovnim postupcima, odlikuju pojednostavljenom procedurom kada je reč o oduzimanju imovine koja se može dovesti u vezu sa kriminalnim aktivnostima.

5 J. Spencer, *La mise en scène*, in M. Delmas-Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, Thémis Droit Privé, PUF, Paris 1995, 521.

6 Vid. *Civil Asset Forfeiture Reform Act (2000)*.

7 U Kanadi tužbu *in rem* poznaju pravni sistemi u Ontariju, Kvebeku, Britanskoj Kolumbiji i Manitobi.

8 Vid. *Proceeds of Crime Act (2002)*.

9 Vid. *Proceeds of Crime Act (2002)*.

10 Vid. *Proceeds of Crime Act (1996)*.

11 Tako primera radi u postupku naplate poreza moguće je oduzeti imovinu vrednosti do 100.000 američkih dolara, dok je u okviru borbe protiv pranja novca ovaj iznos limitiran na 500.000 američkih dolara dok iznos novčanih sredstava nije ograničen.

Tako je u Italiji na primer, poseban postupak oduzimanja imovine predviđen kada je reč o optuženju za pripadnost organizovanoj kriminalnoj organizaciji i organizaciji mafijaškog tipa ali i krivična dela kao što su korupcija, utaja, pronevera, robovlasništvo, iznuda, trgovina ljudima, otmica, zelenaštvo, pranje novca, prikrivanje i trgovina drogom.<sup>12</sup> U ovim slučajevima predviđen je postupak konfiskacije imovine osuđenog ukoliko je ova u nesrazmeri sa njegovim prihodima koji su prijavljeni i koji su stečeni na zakonit način.

Sličan mehanizam postoji i u Belgijskom zakonodavstvu. I ovde nesrazmera između privremenog ili stalnog uvećanja imovine do kojeg je došlo u periodu od pet godina pre podizanja optužnice za neko od taksativno označenih krivičnih dela i zakonitih prihoda osuđenog, dovodi do mogućnosti njene konfiskacije.<sup>13</sup>

Petogodišnji period pre podizanja optužnice za dela kao što su terorizam, trgovina drogom, korupcija, pranje novca i organizovani kriminal, od značaja je i kod oduzimanja imovine u Portugalu. Ukoliko dođe do osude za neko od navedenih dela, pretpostavlja se na osnovu zakona, da razlika između stvarne i zakonito stečene imovine osuđenog ima kriminalno poreklo. Osuđenom je omogućeno da ovu pretpostavku obara ali ako u tome ne uspe, ovakva imovina će biti oduzeta.<sup>14</sup> U Nemačkom zakonodavstvu, osuda za krivična dela organizovanog kriminala takođe aktivira pretpostavku da je određena imovinska korist stečena vršenjem protivpravnih dela, bez obzira što nije moguće dokazati postojanje pojedinih krivičnih dela iz kojih ta dobra potiču,<sup>15</sup> dok je u austrijskom pravnom sistemu dovoljno da tužilac dokaže povezanost sticanja određene imovine sa učinjenim krivičnim delom.<sup>16</sup>

Na posletku, treba istaći da određeni oblik upravnog oduzimanja imovine postoji i u Francuskoj. Međutim, za razliku od modela koji je u primeni u SAD, upravni organi utvrđivanju imovine koju poseduje osuđeni pristupaju nakon što krivični postupak bude okončan osuđujućom presudom. Ukoliko zakonito stečeni prihodi osuđenog ne opravdavaju njegovu imovinu, dolazi do njene konfiskacije.<sup>17</sup>

## 2.2. Relevantne međunarodne konvencije

Razumevanje mehanizama koji se u savremenom krivičnom pravu koriste kada je reč o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, pretpostavlja poznavanje osnovnih međunarodnih instrumenata u ovoj oblasti. U tom smislu, na ovom mestu, predstavimo u najkraćim crtama pravni okvir koji pružaju najznačajnije međunarodne konvencije koje govore o dobiti stečenoj kriminalom.

Zajedničko za većinu ovih instrumenata je to da u oblasti oduzimanja imovine kriminalnog porekla uvode određene novine i mogućnosti koje u ranijem perio-

12 Vid. B. Nikolić, 19.

13 Vid. član 43 quarter Belgijskog krivičnog zakonika.

14 B. Nikolić, 21.

15 E. Ivičević Karas, „Kaznenopravno oduzimanje nezakonito stečene imovine“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 14. br. 2, Zagreb 2007, 689. nav. prema G. P. Ilić, „Osnovne odredbe“, u: G. Ilić et al., *Komentar zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*, OEBS, Beograd 2009, 43.

16 G. P. Ilić, „Osnovne odredbe“, 43.

17 Vid. J. Pradel. *Droit pénal comparé*, 2e édition, Dalloz, Paris 2002, 653–654.

du nisu bile karakteristične za krivično pravo. U ove, između ostalih spadaju – slabljenje pretpostavke nevinosti, drugačija distribucija tereta dokazivanja, mogućnost uvođenja određenih pravnih pretpostavki i omogućavanje korišćenja specijalnih istražnih tehnika.

Tako je primera radi, Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala usvojenom u Palermu od 12. do 15. decembra 2000. godine (Palermo konvencija) i Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv korupcije usvojenom u Njujorku 31. oktobra 2003. godine (Njujorška konvencija iz 2003. godine), predviđena mogućnost prebacivanja tereta dokazivanja na učinioca krivičnog dela u pogledu imovine za koju se pretpostavlja da je proistekla iz krivičnog dela. U ovakvim slučajevima, saglasno konvencijama, od učinioca se može zahtevati da dokaže zakonitost porekla pretpostavljene kriminalne dobiti ili druge imovine koja podleže konfiskaciji u meri u kojoj je takav zahtev saglasan načelima domaćeg prava i prirodi postupka.<sup>18</sup>

Drugačija preraspodela tereta dokazivanja pominje se i u Strategiji Evropske Unije za prevenciju i kontrolu organizovanog kriminala na početku novog milenijuma od 3. maja 2000. godine.<sup>19</sup> Ovde se između ostalog navodi da se od lica osuđenog za teško krivično delo može zahtevati da dokaže da je u posed sporne imovine došao na zakonit način.<sup>20</sup>

Pored tereta dokazivanja, od značaja za definisanje međunarodnog pravnog okvira kada je reč o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela su i odredbe međunarodnih konvencija koje se tiču pojma imovine koja podleže konfiskaciji. Tako se međunarodnim instrumentima predviđa da pored imovine koja je direktno ostvarena izvršenjem krivičnog dela, u nezakonito pribavljena sredstva koja podležu konfiskaciji spadaju i ona koja indirektno proističu iz kriminalne aktivnosti.<sup>21</sup> Pri tome, pod imovinom se podrazumevaju dobra svake vrste, kako materijalna tako i nematerijalna, pokretna ili nepokretna, procenjiva ili neprocenjiva, kao i pravni dokument ili instrument kojima se dokazuju pravo ili interes u odnosu na takvo dobro.<sup>22</sup> Konfiskaciji podleže i kriminalna dobit pretvorena delimično ili u celini u neku drugu imovinu,<sup>23</sup> ali i prihodi ili druge koristi proistekli iz kriminalne dobiti.<sup>24</sup>

Značaj koji se u međunarodnim instrumentima pridaje postupku oduzimanja nelegalno stečene imovine moguće je uočiti i na osnovu istražnih mehanizama koji su stavljeni na raspolaganje državnim organima kada je reč o otkrivanju sumnjivih

18 Član 12. stav 7. Palermo konvencije i član 31. stav 8. Njujorške konvencije.

19 The prevention and control of organized crime: a European Union strategy for the beginning of the new millennium (OJ EC, C 124 Volume 43, 3 May 2000.).

20 Bid. B. Nikolić, 11.

21 Vid. član 1a Konvencije o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom sačinjenu 8. novembra 1990. godine u Strazburu (Strazburška konvencija), član 1. tačka 3 Međunarodne konvencije o suzbijanju finansiranja terorizma usvojenu 9. decembra 1999. godine u Njujorku (Njujorška konvencija iz 1999. godine), član 2 tačka d Njujorške konvencije iz 2003. godine i član 2 tačka e Palermo konvencije.

22 Član 2 d Palermo konvencije, član 1 tačka b Strazburške konvencije i član 2 tačka g Njujorške konvencije iz 2003. godine.

23 Član 12. stav 3 Palermo konvencije i član 31 stav 4. Njujorške konvencije iz 2003. godine.

24 Član 12. stav 5 Palermo konvencije i član 31 stav 6. Njujorške konvencije iz 2003. godine.



sredstava. Tako su, primera radi, Strazburškom konvencijom istražnim organima data posebna ovlašćenja kada je reč o sprovođenju bankarskih istraga, vršenju pretresa ili zaplene, pri čemu je omogućena i upotreba prikriivenih islednika. U otkrivanju kriminalnih sredstava i njihovom oduzimanju, države su obavezane na međusobnu saradnju i pružanje pravne pomoći.<sup>25</sup>

### 2.3. Odluke Evropskog suda u Strazburu

Kontroverzna priroda posebnih postupaka za oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela, u prethodnom periodu nužno je dovela i do angažovanja Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u oceni njihove opravdanosti. Međutim, kontroverze nisu mimoišle ni sam Evropski sud imajući u vidu da je u nekoliko njegovih odluka koje se tiču pitanja oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, ipak moguće uočiti različita stanovišta u pogledu pojedinih pitanja u ovoj oblasti.

Tako je primera radi u slučaju *Phillips*<sup>26</sup> Sud raspravljao o opravdanosti primene zakonske pretpostavke od strane engleskog suda, saglasno kojoj je sva imovina koju optuženi za trgovinu drogom poseduje u trenutku osude ili je stekao u periodu od šest godina pre pokretanja krivičnog postupka, u vezi sa trgovinom narkoticima. Raspravljajući u suštini pitanje postojanja prava na pravično suđenje u konkretnom slučaju, Sud je opravdao postupak pred engleskim sudom, smatrajući da se osnovna garancija nalazila u činjenici da je okrivljeni imao mogućnost da pobija spornu zakonsku pretpostavku, dokazujući da je imovinu stekao na drugi način, a ne trgovinom narkoticima. Pri tome, Sud je istakao da primena sporne zakonske pretpostavke nije bila u funkciji osude optuženog za krivično delo, već je omogućila nacionalnom sudu samo da utvrdi iznos koji će biti predmet konfiskacije.

Međutim, za razliku od slučaja *Phillips*, u slučaju *Welch*<sup>27</sup> Sud nije bio u toj meri blagonaklon prema odluci engleskog suda. Razmatrajući pravnu prirodu oduzimanja imovine stečene kriminalom, a samim tim i mogućnost njene retroaktivne primene, Sud je zaključio da konfiskacija saglasno engleskom pravu u konkretnom slučaju ima određena obeležja koja ukazuju na njenu kaznenu prirodu. Donoseći ovakav zaključak, Sud je prvenstveno imao u vidu zakonsku pretpostavku prema kojoj je sva imovina koju je optuženi stekao u periodu od šest godina pre podizanja optužnice kriminalnog porekla, osim ukoliko ne dokaže suprotno. Na ovakav zaključak po stanovištu Suda u slučaju *Welch* upućuje i činjenica da konfiskacijom nije obuhvaćena samo nezakonito stečena imovina, već su konfiskovana i sredstva korišćena u trgovini drogom.

Ipak, nešto drugačiji stav po ovom pitanju zauzet je u slučaju *M. protiv Italije*. Ovde je zaključeno da je pre zauzimanja stava u pogledu problema retroaktivnosti, neophodno utvrditi da li je u konkretnom slučaju reč o meri preventivnog ili kaznenog karaktera.<sup>28</sup> Sud je u ovom predmetu odlučivao povodom odluke Upravnog suda,

25 Član 7. stav 1 Strazburške konvencije i član 46. stav 3. tačka (i) i (j) Njujorške konvencije iz 2003. godine.

26 ESLJP, *Phillips protiv Ujedinjenog kraljevstva*, 5. jul 2001. godine.

27 ESLJP, *Welch protiv Ujedinjenog kraljevstva*, 9. februar 1995.

28 K. Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare*, Knjiga 1, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007, 203.

koji je, nezavisno od krivičnog postupka koji je vođen, odredio konfiskaciju imovine u odnosu na lice koje je osumnjičeno za pripadništvo organizovanoj kriminalnoj grupi. Zaključak Suda u slučaju *M. protiv Italije* je da je ipak ovde bilo reči o oduzimanju imovine preventivnog karaktera, imajući u vidu da je reč o oduzimanju izvora prihoda sa ciljem sprečavanja njihovog daljeg korišćenja u kriminalnoj organizaciji.

### 3. KONTROVERZE DOMAĆEG ZAKONA

Detaljnije predstavljanje rešenja predviđenih u Zakonu o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, prevazišlo bi ciljeve i predviđeni obim ovoga rada. Smatramo da takva analiza ne bi bila neophodna ni zbog toga što su osnovna zakonska rešenja u više navrata, već predstavljena u domaćoj literaturi i na stručnim skupovima. Umesto toga, mišljenja smo da je potrebno ukratko se osvrnuti na dva pitanja, koja su u prethodnom periodu izazvala možda najviše kontroverzi ali i nedoumica. Na prvom mestu to je pitanje tereta dokazivanja, odnosno tvrdnje da Zakon *onus probandi* prebacuje sa tužioca na vlasnika imovine. Sa druge strane, tu je i problem pravne prirode instituta oduzimanja imovine kako je ovaj postavljen u Zakonu, i sa tim povezano pitanje retroaktivne primene Zakona. U narednim redovima, pokušaćemo da u kratkim crtama izvršimo analizu relevantnih zakonskih odredbi.

#### 3.1. Teret dokazivanja

Među kritičarima zakonskih rešenja, često se može čuti tvrdnja da je Zakonom, suprotno osnovnim postulatima domaćeg krivičnog postupka, teret dokazivanja činjenice da je određena imovina proistekla iz krivičnog dela, prebačen sa tužioca na lice koje je vlasnik sporne imovine. Ostavljajući po strani moguću polemiku sa zastupnicima stava da domaći, mešoviti tip krivične procedure zaista predstavlja model kod kojeg je na tužiocu puni teret dokazivanja, na ovom mestu želeli bismo da analiziramo opravdanost tvrdnje prema kojoj Zakon odgovornost za utvrđivanje zakonitosti imovine prenosi na vlasnika.

Poseban značaj za razumevanje ovog problema imaju odredbe Zakona kojima se reguliše postupak trajnog oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela (čl. 24–36). Potrebno je najpre imati u vidu da je Zakonom predviđeno da se zahtev za trajno oduzimanje imovine može podneti tek nakon stupanja optužnice na pravnu snagu. Na ovaj način zakonodavac je momenat pokretanja postupka koji dovodi do definitivnog regulisanja statusa imovine odložio do nastupanja procesnog trenutka koji u većoj meri (stupanje optužnice na pravnu snagu) garantuje da se ovakvi postupci neće pokretati u ranijim procesnim fazama u kojima je osnovanost sumnje u postojanje krivičnog dela i izvršioca niža.

Sam model dokazivanja, najjasnije je moguće predstaviti pozivanjem na odredbe o toku dokaznog postupka na glavnom ročištu povodom zahteva za oduzimanje imovine, imajući u vidu da se sa razlogom može očekivati da će to biti najčešći način na koji će se o ovom pitanju odlučivati.<sup>29</sup>

29 Izuzetak od ovog postupka zakonodavac je predvideo u članu 29. Naime, ukoliko uredno pozvani vlasnik ne dođe na glavni pretres ili se ne izjasni o zahtevu ili se izjasni da ne osporava zahtev,

Zakonodavac je u ovoj fazi postupka načinio suštinski zaokret u odnosu na dosadašnja rešenja. Naime, saglasno postojećem krivičnom zakonodavstvu, od lica koje je osuđeno za određeno krivično delo mogla je biti oduzeta samo imovinska korist pribavljena konkretnim krivičnim delom za koje je ovo lice osuđeno. Pored toga, Krivični zakonik omogućava i oduzimanje imovinske koristi prenesene na drugo lice bez naknade i uz naknadu koja očigledno ne odgovara stvarnoj vrednosti, kao i imovinske koristi inicijalno pribavljene za drugog (videti član 92 KZ). Međutim, bez obzira na to da li se imovinska korist oduzima od učinioca ili od lica na koje je on korist preneo, prema ranijem srpskom krivičnom zakonodavstvu, mogla je biti oduzeta samo ona imovina koja je pribavljena konkretnim krivičnim delom za koje je učinilac osuđen.

Problematičnost ovakvog rešenja veoma brzo je uočena u praksi. Pored toga što je često bilo veoma teško utvrditi iznos imovinske koristi koja je konkretnim delom pribavljena, u značajnom broju slučajeva bilo je evidentno da izvršiocima najtežih krivičnih dela ovakvo zakonsko rešenje izrazito pogoduje. Ovo je bilo naročito izraženo u slučajevima kada je reč o izvršiocima kod kojih je bilo očigledno da su značajan deo imovine stekli upravo izvršenjem istovrsnih ili sličnih krivičnih dela, poput trgovine drogom, ili oružjem, primanjem mita ili zloupotrebom službenog položaja. U takvim situacijama, zakonsko rešenje prema kojem bi jednom dileru drogom ili oružjem na primer, bilo moguće oduzeti isključivo imovinsku korist pribavljenu jednom transakcijom koja je bila predmet konkretnog krivičnog postupka, iako su državni organi prikupili podatke o tome da ovaj poseduje znatnu imovinu koja se ne može opravdati bilo kakvim drugim zakonitim prihodima, delovalo je u potpunosti neprimereno.

Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, po ugledu na slična uporedna rešenja, predviđa suštinski drugačije rešenje u tom pogledu. U potpunosti se odustaje od ideje da je dozvoljeno oduzeti samo konkretnim delom pribavljenu imovinsku korist, tako da kroz postupak provere prolazi praktično celokupna imovina lica koje je osuđeno za neko od krivičnih dela predviđenih članom 2 Zakona,<sup>30</sup> kao i njegovog pravnog sledbenika, lica na koja je imovina prenet, te svedoka saradnika.

odluka o zahtevu će biti doneta u presudi. Samo u ovim slučajevima, potreba za održavanjem posebnog ročišta neće postojati. Ipak, čini se da će ovakavi slučajevi biti retki u praksi, tako da će po pravilu odluka o zahtevu biti donošena na glavnom ročištu.

- 30 U članu 2 Zakona predviđeno je da se zakonske odredbe primenjuju za krivična dela: organizovanog kriminala; prikazivanje pornografskog materijala i iskorišćavanje dece za pornografiju (član 185. st. 2. i 3. Krivičnog zakonika); protiv privrede (član 223. stav 3, član 224. stav 2, član 225. stav 3, član 226. stav 2, član 229. st. 2. i 3, član 230. stav 2. i član 231. stav 2. Krivičnog zakonika); neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st. 1. i 2. Krivičnog zakonika); protiv javnog reda i mira (član 348. stav 3. i član 350. st. 2. i 3. Krivičnog zakonika); protiv službene dužnosti (član 359. stav 3, član 363. stav 3, član 364. stav 3, član 366. stav 5, član 367. st. 1. do 3, 5. i 6. i član 368. st. 1. do 3. i 5. Krivičnog zakonika); protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (član 372. stav 1, član 377, član 378. stav 3, član 379. stav 3, čl. 388. do 390. i član 393. Krivičnog zakonika). Za krivična dela iz člana 185. st. 2. i 3, člana 230. stav 2, člana 348. stav 3, člana 350. st. 2. i 3, člana 366. stav 5, člana 367. st. 1. do 3, 5. i 6, člana 368. st. 1. do 3. i 5, člana 372. stav 1, člana 377, člana 378. stav 3, čl. 388. do 390. i člana 393. Krivičnog zakonika odredbe ovog zakona primenjuju se ako imovinska korist

Glavno ročište zamišljeno je kao kontradiktorna faza postupka. U tom smislu, predviđeno je da ročište počinje iznošenjem sadržine zahteva javnog tužioca, koji je i inicirao postupak oduzimanja imovine.

Kada je reč o zahtevu usmerenom prema imovini osuđenog lica, odnosno svedoka saradnika, zadatak javnog tužioca iscrpljuje se predočavanjem dokaza u pogledu tri osnovne okolnosti. Javni tužilac je najpre dužan da iznese dokaze o tome da osuđeni ili svedok saradnik poseduju određenu imovinu. Jedan od osnovnih zadataka finansijske istrage upravo je obezbeđivanje dokaza u tom smislu. Potrebno je predočiti sudu dokaze o celokupnoj imovini ovih lica. Međutim, imajući u vidu odredbu člana 15 stav 1 Zakona, intencija zakonodavca je da se postupak ipak usmeri na znatnu imovinu, odnosno da se, imajući u vidu složenost i troškove postupka, izbegne raspravljanje o imovini čija vrednost ne opravdava troškove i složenost ovog postupka.

Sledeća okolnost koju javni tužilac dokazuje, tiče se zakonitih prihoda osuđenog ili svedoka saradnika. Pod pojmom zakonitih prihoda treba najpre podrazumevati dozvoljenu, na zakonu zasnovanu delatnost, koja služi kao izvor prihoda nekog lica, u pogledu koje se izmiruju na zakonu zasnovane obaveze. Tako, na primer, u obzir neće biti uzete delatnosti poput neovlašćene i neregistrovane trgovine ili proizvodnje, bez obzira na pretpostavljenu količinu prihoda koja se na ovaj način ostvaruje (trgovina „na crno“, neovlašćeno bavljenje ugostiteljstvom i slično). Međutim, sa druge strane, ovaj pojam ne bi trebalo isključivo povezivati sa redovnim plaćanjem dažbina. Činjenica da osuđeni ili svedok saradnik za određeni period nisu platili poresku obavezu na primer, neće sama po sebi uticati na to da njihova delatnost u tom periodu bude cenjena kao nezakonita, ukoliko je ova uredno registrovana i ukoliko su ranije poreske obaveze izmirivane. Jednom rečju, javni tužilac dužan je da sudu predoči zakonite prihode ovih lica, odnosno isključivo prihode koji proističu iz registrovanih, na zakonu zasnovanih delatnosti, u pogledu kojih ova lica izmiruju ili su obavezana na izmirivanje na zakonu zasnovanih obaveza. Pored prihoda od delatnosti, ovde svakako treba uključiti i prihodovanje koje je ostvarano drugim zakonitim pravnim poslovima, kao što su pokloni, dobici od igrara na sreću, nasleđa i slično.

Poslednji, treći element u pogledu kojeg postoji obaveza dokazivanja na strani javnog tužioca, tiče se postojanja očigledne nesrazmere između prethodna dva elementa – imovine i zakonitih prihoda. Javni tužilac je dužan da sudu predoči dokaze o tome da navedenu imovinu osuđeni ili svedok saradnik nisu mogli steći baveći se poslovima i stižući prihode koji spadaju u kategoriju zvanično prijavljenih i na zakonu zasnovanih. Suštinski, ovde je reč o matematičko-ekonomskoj analizi. Naime, javni tužilac će biti u obavezi da suprotstavi okvirne zakonite prihode u određenom vremenskom periodu i vrednost imovine koju je u tom istom periodu stekao osuđeni ili svedok saradnik. Ovakvo suprotstavljanje ima za cilj ukazivanje na očiglednu nesrazmeru ovih vrednosti. U tom smislu, potrebno je posebno istaći da neće svaka nesrazmera biti dovoljna da ukaže na to da je reč o imovini proistekloj iz krivičnog

---

pribavljena krivičnim delom, odnosno vrednost predmeta krivičnog dela prelazi iznos od milion i petsto hiljada dinara.

dela, imajući u vidu da Zakon koristi termin očigledne nesrazmere. Reč je o izrazitoj disproporciji koja je, ne samo za ekonomske stručnjake već za najveći broj građana lako uočljiva. Ovde svakako spadaju slučajevi koji se često sreću kako u praksi sudova, tako i u svakodnevnom životu, gde lica bez zaposlenja ili sa zaposlenjima sa kojima se ostvaruju skromna primanja, poseduju izuzetno vrednu imovinu. Međutim, definisanje očigledne nesrazmere je svakako faktičko i biće dodatno određivano kroz praksu sudova u ovim slučajevima.

Tek iznošenje dokaza o imovini, zakonitim prihodima i očiglednoj nesrazmeri između ovih vrednosti, uz postojanje pravnosnažne osuđujuće presude, dovodi do oborive pretpostavke da osuđeni ili svedok saradnik poseduju imovinu proisteklu iz krivičnog dela. Naime, nakon iznošenja dokaza od strane javnog tužioca u pogledu navedenih okolnosti, osuđeni, odnosno svedok saradnik i njegov punomoćnik dobijaju priliku da ovu pretpostavku obaraju izjašnjavajući se o ovim dokazima i da, osporavajući navode javnog tužioca, iznose svoje dokaze. Tendencija redefinisanja tradicionalnih principa dokazivanja u ovoj oblasti uočljiva je u velikom broju savremenih uporednih zakonodavstava. U tom smislu, neke evropske zemlje, kao Švajcarska, Italija i Irska, među prvima su prihvatile i u svoje zakonodavstvo unele mehanizme koji aktiviraju pretpostavku o kriminalnom poreklu imovine, prvenstveno kada je reč o članstvu u kriminalnoj organizaciji (videti, npr. član 59 No. 3 Švajc. kriv. zak). Austrijsko zakonodavstvo poznaje slična rešenja, s tim što se umesto obrtanja tereta dokazivanja, ovde govori o obrnutom teretu prezentovanja činjenica (član 44 Aus. kriv. zak), dok u Velikoj Britaniji, kada je reč o trgovini narkoticima, postoji zakonska pretpostavka o nelegalnosti imovine stečene u prethodnom šestogodišnjem periodu (Art. 2 (3) Drugt Traff. Off. Act). Francuski zakonodavac je otišao i korak dalje. Kada je reč o trgovini narkoticima, propust da se obelodani poreklo imovine ne samo da dovodi do njenog oduzimanja već predstavlja i posebno krivično delo (čl. 222–239 Franc. kriv. zak).

Domaći zakonodavac, kao što je navedeno, opredelio se za rešenje saglasno kojem pretpostavka o postojanju imovine proistekle iz krivičnog dela može biti oborena od strane vlasnika. Osporavanje navoda javnog tužioca može se odnositi na bilo koji od pomenuta tri aspekta. U tom smislu, osuđeni i svedok saradnik mogu najpre osporavati da su vlasnici određene imovine kako to ističe javni tužilac, navodeći da su ovu otuđili, da se ova samo faktički nalazi u njihovom pritežanju te da nikada nisu ni bili u posedu ili vlasništvu.

Nakon toga, ova lica mogu isticati da pored prihoda navedenih od strane javnog tužioca ostvaruju ili su ostvarivala i neke druge zakonite prihode ili da su prihodi koji su navedeni, viši od onih koje je označio javni tužilac. U tom smislu, mogu tvrditi da su imovinu o kojoj je reč stekli nekim drugim legalnim poslom, ali i da su ovu stekli nasleđem, poklonom i slično, kao i da su njihova primanja koja su registrovana i koja su od strane javnog tužioca pomenuta, viša nego što je prikazano. Pri tome, s obzirom na karakter postupka, treba imati u vidu da su osuđeni ili svedok saradnik kod ovakvog dokazivanja dužni ne samo da označe lica od kojih su, primera radi, dobili poklon te da njegovim iskazom pred sudom to potvrde već i da dokažu sudu da je pre činjenja poklona upravo poklonodavac bio vlasnik poklonjene imovine.

Na kraju, osporavanje navoda javnog tužioca može biti usmereno i prema tvrdnji da postoji očigledna nesrazmera između imovine i zakonitih prihoda, isticanjem dokaza koji govore u prilog činjenici da nesrazmera, i ako postoji, nije u toj meri izražena.

Treba imati u vidu i to da Zakon pored oduzimanja imovine od okrivljenog i trećeg lica, predviđa i mogućnost da imovina koja potiče iz krivičnog dela bude oduzeta i od drugih lica na koja je ona prešla bilo pravnim poslovima *inter vivos* bilo *mortis causa*. U tom smislu, predviđena su posebna pravila dokazivanja kada je reč o postupku oduzimanja imovine koja se nalazi u vlasništvu pravnog sledbenika ili trećeg lica.

Tako je, kada je reč o pravnom sledbeniku,<sup>31</sup> predviđeno da javni tužilac iznosi dokaze u pogledu činjenice da je pravni sledbenik nasledio imovinu proisteklu iz krivičnog dela. U tom smislu, javni tužilac, kada je u pitanju pravni sledbenik, najpre mora da pruži dokaze koji ukazuju da je imovina lica koje je ovaj nasledio (osuđeni, svedok saradnik, ostavilac), bila u očiglednoj nesrazmeri sa njegovim zakonito stečenim приходima, a tek nakon toga da pređe na dokazivanje činjenice da je pravni sledbenik ovakvu imovinu nasledio. Naime, iako zakonodavac ovo izričito ne navodi, smatramo da ovakvo shvatanje nesumnjivo proizlazi kako iz ove, tako i iz ostalih odredbi kojima se reguliše smisao i postupak oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela. Neophodno je utvrditi u svakom slučaju, bez obzira na to od koga se na kraju konkretno imovina oduzima, da li je ona proistekla iz krivičnog dela ili nije. Ovako nešto, imajući u vidu odredbu člana 3 tačka 2 Zakona, može se utvrditi isključivo ispitivanjem imovine okrivljenog, svedoka saradnika ili ostavioca, kao originalnih vlasnika, i njenim upoređivanjem sa zakonitim приходima ovih lica. U tom smislu, imovina koja se oduzima nužno u „prvom koraku“ mora biti povezana sa ovim licima koja su neposredno povezana sa krivičnim delom, što se pojavljuje kao nužan preduslov daljeg pravnog „praćenja“ ove imovine i njenog konačnog oduzimanja.

Kada je reč o zahtevu usmerenom prema imovini prenetoj na treće lice, predviđeno je da javni tužilac dodatno dokazuje dve okolnosti. Prva je da je ova imovina prenet na fizičko ili pravno lice bez naknade ili uz naknadu koja očigledno ne odgovara njenoj stvarnoj vrednosti. Reč je najpre o imovini koja je poklonjena ali i o imovini koja je samo fiktivno prodana ili razmenjena imajući u vidu da za nju nije pružena realna, tržišna naknada, što predstavlja faktičko pitanje koje se mora utvrđivati u svakom konkretnom slučaju. Pored toga, javni tužilac je dužan da dokaže i dodatnu okolnost, da je imovina na ovakav način prenet upravo u cilju osujećenja njenog oduzimanja. Reč je o najčešćim slučajevima u praksi, u kojima stvarni vlasnici imovine pribavljene krivičnim delom ovu, u cilju uklanjanja tragova o njenom poreklu, prenose poklonom ili različitim fiktivnim pravnim poslovima na svoje srodnike ili prijatelje. U tom smislu, zadatak javnog tužioca je da sudu predoči dokaze iz kojih

31 Pod pojmom pravnog sledbenika zakonodavac podrazumeva naslednika osuđenog, svedoka saradnika, ostavioca ili njihove naslednike. Pod pojmom ostavioca podrazumeva se lice protiv koga usled smrti krivični postupak nije pokrenut ili je obustavljen, a u krivičnom postupku koji se vodi protiv drugih lica je utvrđeno da je zajedno sa tim licima učinilo krivično delo iz člana 2 Zakona (Vid. čl. 3 tač. 4 i 5 Zakona).

proizlazi da je imovina o kojoj je reč prenet na ova lica ne samo bez naknade ili uz naknadu koja ne odgovara stvarnoj vrednosti već i da je to učinjeno u cilju skrivanja njenog porekla, odnosno sa krajnjim ciljem osujećenja njenog oduzimanja.

Kada je reč o krugu potencijalnih prenosilaca imovine na treće lica pod navedenim uslovima, onda se tu svakako pojavljuje krug originalnih vlasnika imovine kriminalnog porekla. Reč je o okrivljenom, svedoku saradniku, ili ostaviocu. Međutim, potpuno je prihvatljivo među potencijalne prenosiocce svrstati i pravne sledbenike, imajući u vidu da je, sve do konačnog oduzimanja imovine, moguće da ova bude prenošena pod navedenim uslovima na treća lica u cilju osujećenja oduzimanja. Uostalom, ovakvo shvatanje potvrđuje i definicija trećeg lica data u članu 3 tačka 6 Zakona, gde se pod ovim licem podrazumeva fizičko ili pravno lice na koje je prenet imovina proistekla iz krivičnog dela, bez obzira na to ko je konkretno ovu imovinu u poslednjem koraku preneo. Kao i kada je reč o oduzimanju imovine od pravnog sledbenika, i ovde je prethodno od strane javnog tužioca potrebno dokazati sve okolnosti koje se traže na strani prenosioca (očigledna nesrazmera imovine i zakonitih prihoda), a ako je reč o pravnom sledbeniku kao prenosiocu, potrebno je dokazati i činjenicu da je ovaj nasledio imovinu od osuđenog, svedoka saradnika, ili ostavioca. I ovde su ove okolnosti nužni preduslovi, pa se dokazivanje činjenice da je imovina prenet bez naknade ili uz neodgovarajuću naknadu, te da je to učinjeno u cilju osujećenja oduzimanja, pojavljuje kao dodatni uslov.

Specifičnost položaja pravnih sledbenika i trećih lica, ogleda se i u tome što je njima kao i njihovim punomoćnicima omogućeno osporavanje zahteva javnog tužioca, ne samo u pogledu okolnosti koje se tiču načina njihovog sticanja sporne imovine već i svih onih okolnosti koje se nalaze na strani njihovih pravnih prethodnika. Tako, na primer, pravni sledbenik osuđenog lica može osporavati ne samo tvrdnju da je nasledio spornu imovinu već i to da je vlasnik ove imovine bio osuđeni, da su njegovi zakoniti prihodi obuhvatali samo ono što je naveo javni tužilac, kao i da je postojala očigledna nesrazmera između ovih prihoda i imovine osuđenog.

Treće lica takođe nije ograničeno samo na osporavanje tvrdnje da je postalo vlasnik sporne imovine bez naknade, po očigledno neodgovarajućoj naknadi i u cilju osujećenja oduzimanja. Pored toga, ono takođe može pobijati tvrdnje javnog tužioca vezane za nesrazmeru između zakonitih prihoda i imovine njegovog prethodnika. Krug činjenica koje je moguće osporavati od strane pravnih sledbenika, trećih lica i njihovih punomoćnika dodatno se širi ukoliko je u „lancu“ prenošenja imovine učestvovalo više lica. Tako, na primer, moguće je da je imovina proistekla iz krivičnog dela najpre nasledivanjem prešla sa ostavioca na pravnog sledbenika, a nakon toga nekoliko puta prenošena na različita treća lica pod uslovima predviđenim zakonom. Poslednje lice u nizu prema kojem bi zahtev bio usmeren bilo bi u mogućnosti da ovaj pobija osporavanjem svih onih okolnosti koje bi mogli da osporavaju svi njegovi pravni prethodnici kada bi zahtev za oduzimanje imovine bio uperen direktno protiv njih.

Na osnovu prikazanog modela, čini se da se ipak sa sigurnošću može opovrgnuti tvrdnja kritičara Zakona, prema kojoj je reč o postupku u kojem je teret dokazivanja prebačen sa tužioca na vlasnika imovine. Naime, bez obzira na to da li

je zahtev tužioca usmeren prema imovini okrivljenog, svedoka saradnika, pravnog sledbenika ili trećeg lica, uvek se najpre od javnog tužioca zahteva da dokaže određene okolnosti. Tek kada javni tužilac to učini aktivira se određena pravna pretpostavka koja je oboriva. Naime, vlasnik od tog trenutka ima mogućnost prezentovanja svojih dokaza. Ukoliko, ubedljivošću sopstvenih, uspe da ospori dokaze javnog tužioca, vlasnik će bez obzira na činjenicu postojanja pravnosnažne presude za neko od dela iz kataloga, zadržati imovinu.

Zbog svega navedenog smatramo da je u slučaju rešenja koje prihvata domaći zakonodavac, opravdano govoriti, ne o prebačenom, već o podeljenom teretu dokazivanja. Naime, kada je reč o utvrđivanju činjenice nezakonitog porekla određene imovine, teret dokazivanja je podeljen između javnog tužioca koji u tom pogledu ima inicijalne dužnosti i vlasnika imovine koji ima reaktivnu ulogu.

### 3.2. Pravna priroda

Drugo pitanje povodom kojeg su od donošenja Zakona prisutna različita mišljenja, tiče se pravne prirode oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela. Kritičari Zakona naime, tvrde da je reč o specifičnoj vrsti krivične sankcije, te da je stoga nedozvoljena retroaktivna primena ovog instituta.

Pobornici teorije o punitivnoj prirodi ovog instituta, potvrdu svojih stavova pronalaze u određenim odredbama međunarodnih konvencija u ovoj oblasti kao i u pojedinim odlukama Evropskog suda za ljudska prava, koje o ovom pitanju govore.

Naime, određeni međunarodni dokumenti, poput Strazburške i Varšavske konvencije, prilikom definisanja instituta, ostavljaju mogućnost njegovog određivanja kao kazne ili mere koju izriče sud po sprovedenom postupku u vezi sa jednim ili više krivičnih dela, kojom se pravnosnažno oduzima imovina.<sup>32</sup> Reč je o razumljivom pristupu, imajući u vidu da međunarodni dokumenti ovoga tipa, ostavljaju najširi mogući okvir za pravno definisanje instituta koji su njime predviđeni, kako bi omogućili različitim pravnim sistemima da ove odrede u zavisnosti od lokalnih sistemskih specifičnosti.

Ipak, oni koji u mehanizmu oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela vide poseban vid krivične sankcije, najčešće se pozivaju na odluku Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Welch*, o kojoj je ranije već bilo reči. Naime, kao što je istaknuto, Sud je u ovom slučaju poredio institute kazne i oduzimanja imovinske koristi, uzimajući u obzir nekoliko kriterijuma. Tako je Sud između ostalog cenio da li je mera izrečena nakon utvrđivanja krivice za određeno krivično delo, prirodu i svrhu konkretne mere, kvalifikaciju mere saglasno domaćem zakonodavstvu, postupke u kojima je mera izrečena kao i težinu mere.<sup>33</sup> Nakon ovakve analize, Sud je zaključio da je u slučaju *Welch* konfiskacija imovine posedovala određena obležja koja ukazuju na njenu kaznenu prirodu.<sup>34</sup>

32 Čl. 1. d Strazburške i 1. g Varšavske konvencije.

33 Vid. više G. Ilić, *et al.*, *Komentar zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*, Beograd 2009, 57.

34 *Welch* protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 9. februar 1995, par. 27, 28, 35.



Smatramo ipak, da za tvrdnje o kaznenoj prirodi oduzimanja imovinske koristi proistekle iz krivičnog dela, barem kada je reč o rešenju prihvaćenom u domaćem Zakonu, nema dovoljno osnova. Osnovnu razliku između ova dva instituta nije teško ustanoviti ukoliko se poznaju procesni i materijalni uslovi koji dovode do njihove primene.

Kada je reč o izricanju kazne, kao i određivanju njene mere u svakom konkretnom slučaju, sud u obzir uzima nekoliko okolnosti. Prvi i osnovni uslov je utvrđivanje postojanja krivice, imajući u vidu da je kaznu dozvoljeno izreći samo učiniocu koji je kriv za određeno krivično delo (*nulla poena sine culpa*).<sup>35</sup> Nakon toga, izričući kaznu, sud najpre mora uzeti u obzir opštu svrhu propisivanja i izricanja krivičnih sankcija koja je u Krivičnom zakoniku definisana kroz suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom.<sup>36</sup> Potrebno je takođe imati u vidu i posebnu svrhu kazne kojom se želi postići sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ova ne čini, uticanje na druge da ne čine krivična dela kao i izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona.<sup>37</sup> Na posletku, izričući kaznu, sud je u obavezi da ovu odmeri u granicama koje su zakonom propisane za to delo i uzimajući u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti.<sup>38</sup>

Kada je reč o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, situacija je značajno drugačija. Kod svakog od pomenutih elemenata, uočljive su značajne razlike dva instituta.

Najveća sličnost, može se uočiti kada je reč o krivici kao nužnom uslovu. Naime, kao i kada je reč o kazni, i kod mere oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom, krivica je najčešći uslov bez kojega ne može doći do oduzimanja imovine. Ovo je uvek slučaj kada je reč o licu osuđenom za neko od krivičnih dela predviđenih članom 2. Zakona.

Međutim, za razliku od postupka kažnjavanja u domaćem zakonodavstvu, mera oduzimanja imovine može se izreći i prema čitavom nizu lica koja, ne samo da nisu oglašena krivim, već protiv njih ne mora ni biti vođen krivični postupak. Reč je naime o licima koje Zakon označava kategorijama pravnog sledbenika, trećeg lica i u pojedinim slučajevima svedoka saradnika, o kojima je bilo više reči u okviru prethodnih izlaganja. Naime, za razliku od kazne, gde osnov primene instituta proističe iz shvatanja o subjektivizaciji krivice i sankcionisanja, kod oduzimanja imovine osnov primene mere nalazi se u uverenju da niko ne može zadržati ono što je inicijalno pribavljeno krivičnim delom. Drugim rečima, dok je kazna institut koji prati izvršioca krivičnog dela, mera oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela je institut koji „prati“ nezakonito stečenu imovinu, bez obzira na to kod koga se ova u trenutku oduzimanja nalazi.

Na osnovu prethodno rečenog, moguće je uočiti i dalju razliku između kazne i mere oduzimanja imovine. Naime, jednu od osnovnih karakteristika kazne čini di-

35 Član 2. KZRS.

36 Član 4. stav 2. KZRS.

37 Član 42. KZRS.

38 Član 54. stav 1. i 2. KZRS.

hotomija njenog karaktera. Kao što je poznato, kazna sadrži kako preventivnu tako i represivnu prirodu. Iako se ne može osporiti preventivna uloga mere oduzimanja imovine, imajući u vidu da ona doprinosi ostvarivanju zaštitne funkcije krivičnog prava, ne može se prihvatiti teza o represivnoj ulozi, imajući u vidu da bi se ovakvo shvatanje suprotstavljalo onom prema kojem iz ne-prava ne može proisteci bilo koje pravo.<sup>39</sup> Drugim rečima, ukoliko prihvatimo da oduzimanje imovine pribavljene krivičnim delom ima i represivnu komponentu, prihvatamo neprihvatljivo – mogućnost da se krivičnim delom stiču dobra zaštićena zakonom.

Nadalje, razlike između kazne i mere oduzimanja imovine, moguće je uočiti i povodom okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom njihovog izricanja. Za razliku od kazne, kod mere oduzimanja imovine sud ni u jednom trenutku ne uzima u obzir okolnosti poput stepena krivične odgovornosti, pobuda iz kojih je delo učinjeno, imovinskih prilika učinioaca, jačine ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra i slično. Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, koje su kod kazne nužan element odluke, kod oduzimanja imovine pribavljene krivičnim delom, predstavljaju potpuno irelevantnu komponentu. Na isti način, visina koristi koja se oduzima ne zavisi od prethodno zadatih okvira, kao što je to slučaj sa kaznom i njenim granicama postavljenim u okvire opšteg i posebnog minimuma i maksimuma.

Nasuprot ovim determinantama, oduzimanje imovinske koristi zavisice isključivo od obima imovine koji se nalazi u znatnoj nesrazmeri sa zakonitim приходима lica u odnosu na koje se sprovodi ovakav postupak. Drugim rečima, za razliku od kazne, bez obzira na krivicu, stepen odgovornosti, pobude, imovinsko stanje učinioaca i slično, do oduzimanja imovine nikada neće doći ukoliko se tokom postupka pokaže da je prevashodni deo imovine vlasnika „pokriven“ njegovim zakonitim приходима.

Ovakve razlike opravdavaju stav pojedinih autora da oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela, ima više sličnosti sa merom oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom, odnosno da je ovde reč o meri *sui generis*.<sup>40</sup> Pa ipak, smatramo da je pravnu prirodu ovog instituta opravdano posmatrati i iz još jednog, drugačijeg ugla.

Naime, nakon analize svih različitosti koje karakterišu, kako institute oduzimanja imovine i kazne, tako i ovaj institut u poređenju sa drugim institutima krivičnog materijalnog i procesnog prava, smatramo da najviše opravdanja ima ukoliko se odredbe o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela, posmatraju kao odredbe kojima se uspostavljaju posebna procesna pravila o dokazivanju.

O čemu je zapravo reč? Često se u razmatranju pravne prirode ovog instituta, prenebregava činjenica da savremena procesna prava neretko predviđaju posebna pravila dokazivanja određenih činjenica. Ovo je naročito karakteristično za korups građanskog prava, ali, nasuprot onome što se često pretpostavlja, nije u potpunosti nepoznato ni kada je o krivičnom pravu reč. Tako na primer, i krivično pravo podrazumeva da određene činjenice, poput krivičnog dela izvršenog od strane sudije,

39 Vid. G. Ilić, 57–58.

40 Iznoseći ovakvo shvatanje Ilić navodi kako se i kod oduzimanja imovinske koristi i kod oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela sud rukovodi *neto načelom*, pod kojim se podrazumeva oduzimanje isključivo čiste dobiti koju je učinilac ostvario, čime se potvrđuje nepunitivni karakter ovih mera. Kod oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, *neto načelo* ogledalo bi se u oduzimanju samo one imovine koja premašuje zakonite prihode vlasnika. Vid. G. Ilić, 59–60.

koje može biti razlog za ponavljanje postupka, moraju u prvom redu biti dokazivane pravnosnažnom osuđujućom presudom.<sup>41</sup>

Pored toga, prenebregava se činjenica da savremena procesna prava poznaju i čitav niz takozvanih *pravni pretpostavki*. I ovde su daleko češći primeri koje srećemo u okvirima građanskog postupka, poput pravila u ostavinskom postupku o komorijentima i *nasciturus* – u, ili u bračnom i porodičnom pravu, pravila o licu koje se smatra ocem deteta. U svim ovim slučajevima, zakon predviđa da će se pri postojanju određenih činjenica, neke druge činjenice pretpostavljati, te da će ovakva pretpostavka biti oboriva ili neoboriva. Međutim, često se zaboravlja da određeni korpus pretpostavki postoji i u krivičnom postupku. Dovoljno je pomenuti pretpostavku nevinosti okrivljenog, pretpostavku neistinitosti difamantne tvrdnje ili pretpostavku o istini sadržanoj u pravnosnažnoj sudskoj presudi.

Ukoliko se sve navedeno ima u vidu, može se sa puno osnova izvesti zaključak, saglasno kojem pravila kojima se reguliše oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela, u suštini predstavljaju posebna pravila o dokazivanju činjenice o kriminalnom poreklu određene imovine. Još preciznije, smatramo da je ovde u prvom redu reč o posebnim pravilima dokazivanja činjenice saglasno kojoj je određena imovina pribavljena krivičnim delom, kao što i sam naziv ovog instituta sugeriše.

Drugim rečima, čitav postupak o kojem je reč, usmeren je na dokazivanje činjenice kriminalnog porekla određene imovine od strane tužioca. Kao što je u prethodnim izlaganjima detaljnije prikazano, tužilac najpre, uz postojanje krivice za određeno krivično delo iz kataloga, dokazuje određene činjenice (postojanje imovine, zakonitih prihoda vlasnika i nesrazmere prihoda i imovine). U trenutku kada su ove činjenice od strane tužioca dokazane, dolazi do stvaranja oborive pretpostavke, prema kojoj imovina vlasnika ili njen deo koji su u znatnoj nesrazmeri sa njegovim zakonitim приходima, predstavljaju imovinu kriminalnog porekla. Međutim, od tog trenutka, vlasnik ovakve imovine ima mogućnost obaranja uspostavljene pretpostavke, na jedan od ranije izloženih načina. Najčešći način, biće upravo onaj kod kojeg će vlasnik sudu dostavljati dokaze o svojim zakonitim приходima koji opravdavaju imovinu određene vrednosti. Ukoliko u obaranju ove pretpostavke ne uspe, baš kao i kada je reč o pravilu o neistinitosti tvrdnje kod klevete, pretpostavka će postati, u sudskom postupku dokazana činjenica.

Ovakvo posmatranje instituta oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela, za koje na osnovu svega navedenog smatramo da ima najviše osnova, otklonilo bi brojne dileme koje se trenutno javljaju u stručnoj javnosti. Svakako i onu o nedozvoljenoj retroaktivnosti Zakona, imajući u vidu da procesna pravila ne podležu ovom principu, koji je karakterističan prvenstveno za materijalne propise, u prvom redu one kojima se definišu krivična dela i krivične sankcije.

#### 4. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Razumevanje određenog instituta i sagledavanje njegovih realnih domašaja, podrazumevaju, sa jedne strane, pravilno tumačenje zakonskih odredbi pomoću kojih je ovaj definisan, i sa druge strane, dovoljnu vremensku distancu sa koje se mogu sagledati sve prednosti i mane njegove implementacije. Kada je reč o sagleda-

41 Vid. čl. 407. st. 2. ZKP-a

vanju realnih dometa novih zakonskih rešenja kojima se reguliše oduzimanje imovinske koristi proistekle iz krivičnog dela, čini se da obe pretpostavke nedostaju. Naime, neretko su, kako oni koji nova rešenja podržavaju, tako i oni koji ih kritikuju, zaključke donosili nedovoljno razumevajući odredbe Zakona kojima je institut oduzimanja imovinske koristi proistekle iz krivičnog dela uveden u domaće zakonodavstvo. Tako je, kako je u radu istaknuto, i u jednom delu stručne javnosti, usled nedovoljno preciznog, pa i nedovoljno stručnog izražavanja, stvorena nejasna predstava o pojedinim zakonskim rešenjima, poput onih kojima se reguliše teret dokazivanja ili pravna priroda oduzimanja imovine.

Još je očigledniji nedostatak vremenske distance neophodne za realnu ocenu svakog zakonskog projekta, a naročito onog kojim se uvode, u toj meri značajne novine u jedan pravni sistem. Ishitrene ocene, u kojima je sa jedne strane Zakon predstavlja kao „čarobno“ sredstvo koje će zadati konačan udarac kriminalu, a sa druge strane, kao instrument koji narušava temeljne vrednosti domaćeg pravnog poretka, samo unose dodatnu zabunu. Ovakvi, radikalni stavovi, bez obzira da li afirmativnog ili kritičkog karaktera, posledica su nedostatka stvarnog iskustva u primeni zakonskih rešenja. Tek nakon određenog vremena pravilne primene instituta koji unosi puno toga novog u domaći pravni poredak, biće moguće oceniti da li su opravdana očekivanja sa kojim je ovaj zakon donet. Početni rezultati u njegovoj primeni, bez obzira na opravdane kritike pojedinih rešenja, ipak pružaju razloge za optimizam.

*Miodrag Majić*

Court of Appeal, Belgrade

## CONFISCATION OF CRIMINAL ASSETS

### SUMMARY

The Law on Criminal Assets Confiscation has attracted unparalleled domestic public attention when it comes to legal projects. Interest of lawyers as well as of non-professionals is understandable, bearing in mind that the Law has introduced into the domestic legal system a significant number of novelties, reflected above all in a facilitated procedure for confiscation of criminal assets. Nevertheless, the positions on the Law differ to such extent that the Law has been described both as one of the most significant tools in the state's fight against organized crime and as an instrument damaging foundations of the domestic legal system. However, it seems that the controversies and extreme positions have been substantially influenced by insufficient knowledge about and understanding of what is promoted or challenged, depending on the respective standpoint.

This paper, after presentation of comparative solutions, the international conventions and the decisions of the European Court of Human Rights in this area, specially analyzes two issues which in the previous period caused most confusion in respect of legal solutions. They are the burden of proof in the procedure of criminal assets confiscation and the legal nature of such institute.

**Key words:** law on criminal assets confiscation, comparative solutions, burden of proof.

Vanja Bajović\*

Faculty of Law, University of Belgrade

## THERAPEUTIC JURISPRUDENCE AND PROBLEM-SOLVING COURTS

**Abstract:** There is temptation to talk of paradigms shifts in criminal justice. In recent years, therapeutic jurisprudence and problem-solving courts have been identified as ideas that have affected the conceptualization and operation of common-law system. Its basic premises about treatment instead of punishment reminds on the assumptions of positivist school of criminology, a social movement developed in the continental Europe during the 1800s and early 1900s, meritorious for promotion of security measure as a special type of criminal sanction in civil law system. The ideas are the same, but approaches of two opposing systems are different. The purpose of this paper is to explore these different approaches, analyzing therapeutic jurisprudence, problem solving courts and security measures. Basic assumptions of therapeutic justice and development of this concept are analyzed in the first part of the research. Second part deals with problem solving courts, its emergence, reasons of establishment and procedure in front of them, while the last part is dedicated to medical security measures, their regulation in civil law systems and different approaches of regular and problem solving courts in dealing with the offenders that need medical treatment.

**Key words:** therapeutic jurisprudence, problem-solving courts, security measures.

### 1. THERAPEUTIC JURISPRUDENCE

In recent years, the word „therapeutic“ become cultural ethos and moral understanding of western culture.<sup>1</sup> There is more and more talk about psychotherapy, beauty therapy, retail therapy, and all others „therapies“ striving to improve the quality of the life. Everything what is „therapy“ and „therapeutic“ become popular in western political and cultural mindsets, lifestyles and everyday experience. In such circumstances, emergence of therapeutic jurisprudence (TJ) has not been surprising.

This concept has been developed in the United States in the late 1980s, as response to general concern over the protection of the personal rights of mental health patients.<sup>2</sup> Starting in the area of mental health law, TJ shortly after expanded to the criminal law, family law, juvenile law, medical law, disability law and legal profession.

---

\* asistent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 J. Nolan J. & Furedi F. (2002), Drug control and the ascendancy of Britain's therapeutic Culture, in J. Nolan (Eds.), *Drug Courts in Theory and Practice*, New York: Aldine De Gruyter, 1998., pp. 215– 233

2 The term “therapeutic jurisprudence” was first used by Professor David Wexler in 1987 who is together with Bruce Winick, meritorious the most for development of this concept.

Therapeutic Jurisprudence focuses on the law's impact on emotional life and psychological well-being of individuals, analyzing the consequences that law, legal procedures and legal actors could have.

According to one definition, TJ is „the study of the effects of law and the legal system on the behavior, emotions, and mental health of people: a multidisciplinary examination of how law and mental health interact“.<sup>3</sup> In another view, TJ is „the use of social science to study the extent to which a legal rule or practice promotes the psychological and physical well-being of the people it affects.“<sup>4</sup>

Its main purpose is to humanize the law and put the focuses on human, emotional and psychological side of law and the legal process.

Traditional normative approach is criticized for being „formalistic“ and „mechanical“, focused only on the correct application of the legal norms, while the consequences of legal decision are not so relevant. Perceived like that, the law and legal system can only regulate social relations threatening with punishment for this one who do not respect the norms. In the lens of therapeutic jurisprudence, the law is not only „the regulator of social relations“ but the tool for their improvement. Therefore, this concept is primary focused on the consequences that legal norms and their enforcement have to the individuals, analyzing the role of law as a therapeutic agent. It suggests that society should utilize the theories, philosophies, and findings of various disciplines and fields of study to „help the development of the law.“<sup>5</sup> Fundamentally, therapeutic jurisprudence focuses on the „socio-psychological ways“<sup>6</sup> in which laws and legal processes affect individuals and society.

According to proponents of this concept, the court process and legal actors will invariably affect how individuals comply with court's decisions. There is belief, for example, that the way a judge behaves at a sentencing hearing can influence how an individual complies with conditions of probation. As stated by Wexler, „if a judge is not entirely clear in formulating a condition of probation, someone may not comply with the probationary terms because he or she never quite understood what it is that he or she was told to do or not to do. How a judge behaves at a hearing can affect whether someone complies.“<sup>7</sup> Individuals are more likely to accept their sentence, and there is a greater likelihood for treatment success, if they are given the feeling that the judge has taken seriously and carefully what they have to say and that they are treated fairly. Even though judge may strongly disapprove of individual's conduct, in the dialogue with offender he/she has to be supportive, empathetic, and good listener. These are highly sensitive conversations and offenders will be less

3 Garner B. (Ed.) *Black's Law Dictionary*, 7th edition, West Group, St. Paul, Minn., 2009.

4 Slobogin C., *Therapeutic Jurisprudence: Five Dilemmas to Ponder*, 1 *Psychology, Public Policy & Law*, pp. 193–196., 1995.

5 Bruce J. Winick, *The Jurisprudence of Therapeutic Jurisprudence*, 3 *Psychology, Public Policy & Law*, pp. 184–201, 1997.

6 David B. Wexler, *Some Thoughts and Observations on the Teaching of Therapeutic Jurisprudence*, 35 *Revista De Derecho Puerto-riqueno*, pp. 273–277, 1996.

7 Wexler D., *Therapeutic Jurisprudence: An Overview*, International Network on Therapeutic Jurisprudence, 2003. (Online) Available: <http://www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/>

likely to recognize their problems and resolve to deal with them effectively if they perceive the judge to be cold, insensitive or judgmental...<sup>8</sup>

Psychological approach to the law has the priority over traditional, normative approach. Underlying principles of psychology are used to determine ways in which the law can enhance the well-being of individuals.<sup>9</sup> The focus of TJ is mostly on benefiting the life of the individual, rather than on moral obligations towards the others. Therapeutic model start to be an alternative to the punitive process, intending to humanize the law and focusing on its human, emotional and psychological side.

In common-law countries, theoretical concept of TJ found its practical application thorough launching of problem-solving courts, specialized for certain crimes or certain offenders.<sup>10</sup> The first such court, specialized for drug-addicted offenders, was established in Miami, Florida, in 1989. Since than, problem solving courts have expanded rapidly across the United States, and today there are more than 2,500 drug-treatment courts (DTC), community courts, domestic violence courts and mental health courts. Consequently, they started to be very popular alternative to classical criminal courts and procedure not only in the US, but also in England and Wales, Australia and Canada.

## 2. PROBLEM-SOLVING COURTS

Problem solving courts have developed in response to the realization that a „one size fits all“ approach to criminal justice does not work as was expected. The traditional criminal justice cannot effectively handle the complexity of certain human and social problems, what is proved by the high rate of recidivism. It become clear that imprisonment is not a solution for prevention of further criminal behavior of perpetrators who commit the crime because of drug-addiction, mental illness and similar causes.

Social and historical factors that contributed to the development of PSC are:

- a) Rising caseloads
- b) Rise in incarceration populations

---

8 Winick, B. *Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Courts*, Fordham Urban Law Journal 3: 1055–1090, 2003, pp. 5–6.

9 For instance, some researches showed that if individuals suffering from health and social problems are treated with dignity and respect at court hearings, they will experience greater satisfaction and will be more willing to accept the outcomes of court proceedings. See: Birgden, A. and T. Ward, *Pragmatic Psychology Through A Therapeutic Jurisprudence Lens: Psycho-legal Soft Spots in the Criminal Justice System*, Psychology, Public Policy and Law 9 (3/4), 2003., pp. 342

10 “There is a clear symbiotic relationship between problem-solving courts [specifically drug courts] and therapeutic jurisprudence. Problem- solving courts are some kind of laboratories for therapeutic jurisprudence, considering that therapeutic jurisprudence is especially interested in *which* legal arrangements lead to successful therapeutic outcomes and *why*”. See: B. Winick and D. Wexler, “Therapeutic jurisprudence as an underlying framework”, in B. Winick and D. Wexler (Eds), *Judging in a Therapeutic Key: therapeutic jurisprudence and the courts*, Durham: Carolina Academic Press, 2003., pp. 105–6.

- c) Changes among the social and community institutions (including families and churches) that have traditionally addressed social and health problems
- d) The struggles of government (legislative and executive) in dealing with these problems
- e) Trends emphasizing accountability of public institutions and technological innovations
- f) Advances of therapeutic interventions
- g) Shifts in public policies and priorities—for example, the influence of the feminist movement has increased awareness about domestic violence;<sup>11</sup>

One particular reason for development drug-treatment court (DTC) movement was increasingly severe „war on drugs“ crime policies enacted in the 1980s in the United States. Such policy resulted in high recidivism rate and explosion of drug-related cases that flooded the courts.<sup>12</sup> „Zero tolerance“ policy of many U.S. jurisdictions meant that possession of even a relatively small quantity of drugs resulted in mandatory minimum sentences.<sup>13</sup> In New York State, for example, possession of half a gram of cocaine or 16 ounces of marijuana requires a minimum sentence of 1–3 years. The „Drug War“, resulted in a 56% increase in drug arrests between 1985 and 1991.<sup>14</sup> However, the practice showed that increased penalties and imprisonment as such, were not an effective solution, as they ignored the fact that addiction cannot be eliminated without effective treatment. „Putting more and more offenders on probation just perpetuates the problem. The same people are picked up again and again until they end up in the state penitentiary and take up space that should be used for violent offenders.“<sup>15</sup> It became obvious that incarceration alone cannot break the cycle of drugs and crime. Statistic showed that at least half of drug offenders sentenced to probation are rearrested within three years, again for the drug offence. Therefore, the needs of changing approach to drug addicted offenders became obvious, and the first special drug-treatment court was established in 1989. Since then drug courts have expanded rapidly across the United States. According to the National Association of Drug Court Professionals, there are currently 1,200 drug courts in the United States. These courts have enrolled more than 300,000 people in their drug treatment programs.<sup>16</sup> DTCs view drug offenders through a different lens than the traditional courts. Traditional criminal justice views drug abuse as a willful choice made by an offender capable of choosing between right and

- 11 Berman G and Feinblatt J., „Problem-Solving Courts: A Brief Primer.“ In Wexler, D. B. and Winnick B. J. (Eds.), *Judging in a Therapeutic Key: Therapeutic Jurisprudence and the Courts.*, Carolina Academic Press: Durham, NC, 2003
- 12 Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice, Pub. No. NJC-144531
- 13 Paul Bentley, *Canada's First Drug Treatment Court*, 31 C.R. (5<sup>th</sup>) 257, 2000., pp 271
- 14 Bureau of Justice Assistance, U.S. Dep't of Justice, Pub. No. NJC-144531
- 15 Schwartz J. & Schwartz L., *The Drug Court: A New Strategy for Drug Use Prevention*, 25 *Obstetrics & Gynecology Clinics of North America* 255., 1998.
- 16 National Association of Drug Court Professionals, online: < <http://www.nadcp.org/whatis>>, last accessed February 04, 2004.



wrong. Therefore, the crime committed because of drug addiction is still a crime, and the offender is culpable for it. Contrary to that, DTCs treats drug abuse from a therapeutic, medical perspective, as a „bio-psychosocial disease.“<sup>17</sup> The Drug Courts were a new approach to dealing with offenders in an attempt to reduce drug related crime by *addressing its underlying causes*.

After good results of DTC, similar courts were founded for another crimes or perpetrators– community courts, domestic violence courts and mental health courts<sup>18</sup>.

Procedure before PSC differs from traditional criminal procedure, having in mind that it was designed not to adjudicate or punish offender, but to address underlying causes of criminal behavior. It is not possible to talk about unique procedure before PSC, bearing in mind that it is adjusted to particular type of crimes and offenders. Therefore, procedure before mental health courts differs from procedure before drug-treatment or domestic violence courts. But some of the main principles of Therapeutic Jurisprudence used in the all PSC are:

- integration of treatment services with judicial case processing
- ongoing judicial intervention
- close monitoring of and immediate response to behavior
- multidisciplinary involvement
- collaboration with community-based and governmental organizations<sup>19</sup>

For the purpose of this paper in the following chapter is analyzed the procedure before the drug-treatment courts, as an illustrative example of the differences noted above.

### 3. DRUG-TREATMENT COURTS' (DTC) PROCEDURE

DTC procedure is short and informal, primarily designed not to punish offenders, but to cure their addictive behavior. After medical expertise, the prosecutor decides about pre-adjudication diversion into treatment, determining defendants appropriate for that. During the „screening process“ the prosecutor, together with defense council, checks the defendant's criminal history and personal characteristics. The defendants who have a criminal record of violent crimes, or pose a safety risk for the community, cannot be included into the program. Shortly after arrestment, the perpetrator is brought before the judge. Participation in DTC is voluntary. Defendant must agree to receive treatment, plead guilty and give up his

17 The term „bio-psychosocial“ indicates belief that „biological, psychological, and social factors are deeply woven into the development of addiction.“ See: Center for Substance Abuse Treatment, U.S. Dep't of Health and Human Services, Treatment Improvement Protocol Series No. 23, Treatment Drug Courts: Integrating Substance Abuse Treatment with Legal Case Processing 1, 1996.

18 The first mental health court in the U.S. opened in June 1997 in Broward County, Florida. More about PSC on: <http://www.ncjrs.gov/html/bja/monitor/welcome.html>

19 Winick, B., *Therapeutic Jurisprudence and Problem Solving Courts*, Fordham Urban Law Journal 3: 1055–1090, 2003

constitutional right to trial. This initial hearing before the judge lasts only several minutes. In contrast to the traditional criminal procedure, the issue of guilt, in the context of therapeutic jurisprudence, is meaningless. Of greater importance is the therapeutically correct view that one recognizes and confesses one's addiction.<sup>20</sup> The focus is actually on the process of the treatment that starts after that.

The treatment could last five years, but in practice is usually finished after 18 months, and mostly depends on individual progress of the addicted person. Generally, the treatment involves three to four phases that include detoxification, stabilization, aftercare, and/or educational counseling. Detoxification means „drug-cleaning“ and elimination of psychological addiction. The offender is required to submit frequent, sometimes even daily, urine or blood samples. The results go directly to the DTC judge, either by reports from the treatment provider or on-the-spot testing. Treatment provider follows the progress and suggests transition to the next stage, but final decision is on the judge. Stabilization means individual and group psychological and medical counseling that usually last for a few months, but sometimes even more than one year, depending on individual progress of participant. The third and fourth stages (aftercare and educational counseling) are interconnected and based on training and preparing the client to the certain vocations or jobs and life on the freedom. During the whole procedure, the offender makes weekly or bi-weekly mandatory appearances before the judge and gives urine or blood samples to the control. If the defendant „breaks the deal“ by taking a drug, committing a new crime, or not showing before the judge, the prosecutor continues regular criminal procedure, that was hold in abeyance. Otherwise, upon completion of the treatment, the charges held in abeyance will be dismissed. The process is officially ended by the special hearing, so-called „graduation ceremony“, where the judge brings special decision, some kind of certificate about „successful completion of the program“.

Differences between classical and PSC criminal procedure are illustrated in the next table:

TRADITIONAL PROCES	PSC PROCESS
Dispute resolution	Problem-solving dispute avoidance
Legal outcome	Therapeutic outcome
Adversarial process	Collaborative process
Case- oriented	People oriented
Right-based	Interests or needs based
Emphasis placed on adjudication	Emphasis placed on post-adjudication and alternate dispute resolution
Interpretation and application of law	Interpretation and application of social science
Judge as arbiter	Judge as coach
Backward looking	Forward looking
Precedent-based	Planning-based

20 The drug court demands a therapeutically revised form of confession: 'I am sick instead of I am guilty'. Guilt, in the context of therapeutic jurisprudence, is meaningless. See: J. Nolan Jr, *Reinventing Justice: the American drug court movement*, Princeton: Princeton University Press, 2001. pp 123–126.

Few participants and stakeholders	Wide range of participants and stakeholders
Individualistic	Interdependent
Legalistic	Common-sensual
Formal	Informal
Efficient	Effective

Source: Warren, Roger K., „Reengineering the Court Process“, Madison, WI

Therapeutic Jurisprudence and PSC transformed the roles of procedural actors. The people that enter DTC are no longer the accused or the defendant, but client or participant, who needs a help and therapy instead of punishment. A DTC requires a special collaborative effort among judges, prosecutors, defense attorneys and treatment providers. This team-based approach has resulted in the creation of new roles of traditional judicial players. The judge is viewed as the leader of the team. In traditional criminal procedure, the activities of judge are finished with adjudication and verdict. Therapeutic jurisprudence implies the judge as an active controller of the whole treatment procedure. He supervises the treatment thorough weekly meetings with the addicted person and medical stuff. Instead of being only an independent and objective arbiter, he/she became „confessor, task master, cheerleader, and mentor.“ DTC required from the judges to develop new expertise, in order to understand the addiction and drug abuse behavior patterns. During the all treatment process, he/she plays an active role, monitoring compliance, rewarding progress and sanctioning misconducts. The prosecutor and defense attorney are not opposing parties, but members of the team with the same goal– healing of the defendant. The DTC prosecutor main role is to initially check which candidate is appropriate for the program. He/she has to ensure that the offender does not have a history of violence and will not pose a safety risk during the treatment program. During the screening process, defense counsel reviews the defendant's criminal history with the prosecutor and evaluates whether or not the defendant meet treatment program requirements. Defense counsel ensures that the defendant understands the nature of his/her legal rights, the requirements of the program, and the possible legal consequences if fails to complete them. In DTC procedure treatment providers have much bigger role than in classical criminal procedure. They are mainly responsible for the treatment process itself and keep the court informed about the progress of each participant.<sup>21</sup>

#### 4. THERAPEUTIC JURISPRUDENCE IN CIVIL-LAW COUNTRIES

In the last year concept of TJ got growing popularity in common law countries. Despite the fact that this concept is not limited only to criminal law but on the other legal areas as well, its basic presumptions in the area of criminal justice significantly reminds on the ideas of Italian positivist school of criminology, a social movement

21 More about that: Drug Courts Program Office, U.S. Dep't of Justice, *Defining Drug Courts: The Key Components* 6, 1997, available at: <http://www.ncjrs.gov/html/bja/monitor/welcome.html>

developed in the continental Europe during the 1800s and early 1900s.<sup>22</sup> Even at that time, this school promoted a medical model (crime as sickness), advocated rehabilitation of offenders and idea that criminals should be treated, not punished. One of the merits of this movement was promotion of special type of criminal sanctions, so-called security measures, that exists in civil law countries for more than one century. In contrast to the punishment that is focused on deterrence and general prevention, the purpose of security measures is special prevention and rehabilitation<sup>23</sup>.

According to Serbian Criminal Code the purpose of security measures is to eliminate the causes that determine criminal behavior (art. 78). Medical measures are mandatory psychiatric treatment (in or out of a medical institution), mandatory drug-treatment and mandatory alcoholic-treatment. Mandatory psychiatric treatment in medical institution could be pronounced to the perpetrator who commits a crime in the state of mental incapacity or substantially impaired mental capacity if, according to the severity of the crime and mental disturbance, there is a serious danger of committing a more serious crime, and treatment in medical institution is necessary for elimination such danger. (Art. 81 CC). The public prosecutor submits to the court a motion for imposition of this measure. The judge decides about the measures after the trial, and independently decides about imposition of psychiatric treatment in or out of the medical institution, regardless of prosecutors' proposal. The measures is on indeterminate time, last as long as the need for treatment, but the court reviews *ex officio*, every nine months, whether the need for treatment in medical institution still exists. (Art. 505–510 CPC) Mandatory drug-treatment could be pronounced to an offender who committed a crime because of drug-addiction, and there is a serious danger that s/he might continue with criminal behavior due to this addiction. Drug-treatment is executed in a penitentiary institution or appropriate medical or other specialized institution and lasts as long as the need for treatment, but not longer than three years. (Art. 83 CC). Mandatory medical treatment of an alcoholic addicted is separate measure, regulated by the special article (Art. 84 of CC), on the same way like the treatment of drug addicted, except the fact that the treatment can not last longer than imprisonment, or in the case of another sentence, not longer than 2 years. (Art. 84 of CC).

Long-standing existence of the security measures in civil-law countries run to conclusion that concept of Therapeutic Jurisprudence (even without such name) is applied in continental Europe as well. However, while common-law world is very enthusiastic about TJ and PSC, in the Europe is some kind of disappointment in security measures and their results. Consequently, this raise the question of differences between American therapeutic justice and problem solving courts and European security measures.

First of law, concept of therapeutic justice is not limited to criminal law, it only one of the areas of its application. Its focus is on the therapeutic consequences that law, legal actors and legal decisions could have on the individuals and society in general, not only to the condemned persons that need rehabilitation or correction.

22 More about this school: Ignjatovic Đ, *Kriminologija*, Sedmo izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2006., str. 158–174.

23 More detailed in: Stojanović Z., *Krivično pravo-opšti deo*, XI izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2005., str. 308–312

In the area of criminal law, TJ found its practical application thorough problem solving courts specialized for certain crimes or certain offenders. As it was explained above, there are drug-treatment courts, mental-health courts, family violence courts etc., established with the purpose to implement different approach toward defendants who commits a crime because of drug addiction, mental illness etc. The purpose of security measures is the same – elimination of the causes that determine criminal behavior, thorough the treatment of the offenders. Civil law countries do not know special „problem-solving courts“ for imposition of such measures, but they are passed in a regular criminal procedure, by regular courts. The crucial difference is not the way of imposition of the measure (by the special court or in the regular criminal procedure), but the way of their implementation. In Serbian law, judicial job is finished by the pronouncement of the measure, and the treatment is in the hands of medical professionals. Therapeutic justice, contrary to that, promotes the idea of judicial activity during all treatment. He/she supervises the treatment, has periodical (weekly or biweekly) meetings with addicted person, has good cooperation with medical stuff and treatment providers that keep him/her informed about the progress of the patient. During the treatment process, he/she plays an active role, monitoring compliance, rewarding progress and sanctioning misconducts. In the focus of TJ and PSC procedure is not the judge's role to adjudicate the case, but his/her role to follow and control the treatment. For the judge, the case is not finished with adjudication, but with the successful completion of the treatment. In contrast to that, the court does not have such controlling role during the implementation of medical security measures. Truly, it has the duty to „punish“ non-compliance with the conditions of the measure, but the word is only about routine, formal control supervised not only by the same judge. In Serbian Law, for example, in certain circumstances (if the person does not follow the treatment, if the treatment does not show results, etc.) the court can transform security measures of the psychiatric, drug or alcoholic treatment at the liberty in the compulsory treatment in medical institution. The court also periodically, ex officio controls the measure of psychiatric treatment in medical institution passed on indeterminate time, in order to check if the need for treatment still exists. However, these decisions passed during the treatment are not brought by the same judge who determine the security measure, but by the judicial council from the art. 24 par. 6 of CPC.

In the both systems the treatment is, with exception of mental incapacity, conditioned by the guilt. Security measure of the mandatory drug-treatment for example, could be passed after the trial (main hearing), as additional sanction to the punishment to the offender who was found guilty in regular criminal procedure. Procedure before DTC excludes trial, but implies defendants' guilty plea. Such plea does not result in a punishment, but in a treatment adjusted to every individual defendant. During the treatment, the charge is hold in abeyance. If the defendant „breaks the deal“ by taking a drugs, committing a new crime, or not showing before the judge, the prosecutor proceed with regular criminal procedure that continues with sentencing hearing before the judge. As defendant plead guilty earlier (it was condition for the drug-treatment), there is no need for trial, and the task of the judge is just to pass the sentence. In this „procedural“ sense, drug-treatment proce-

ture in the US has more similarities with conditional disposal of criminal prosecution (art. 236 of Serbian CPC), than with security measure.

Security measures are type of criminal sanctions, determined by the verdict, mostly in addition to the punishment, in regular criminal procedure. Thus, failure in the treatment cannot result in more severe punishment, but only in treatment's modification (transformation of the treatment at the liberty to the treatment in medical institution). Except of the psychiatric treatment in medical institution that is not time-limited, the other measures can not last more than three (psychiatric treatment at the liberty or drug treatment) or two years (alcoholic treatment), regardless on the results of treatment. In any case, the other pronounced punishment (imprisonment, fine, etc...) will also be executed in addition to the treatment. In PSCs, practical results of the treatment have much higher importance, bearing in mind that duration of the treatment and punishment depends on them. The treatment can not last more than 5 years but its concrete duration and the movement from one stage to another, depends on the individual progress of each participant, what judge decide in every single case. If the treatment gave results, the case is finished; otherwise, it's proceeding with the sentencing.

In the end, concept of Therapeutic Jurisprudence resulted in establishment of special, problem solving courts, specialized for certain offenders. Security measures are passed by the regular court, as result of regular criminal procedure.

## CONCLUSION

The concept of therapeutic jurisprudence has been developed in the late 1980s, promoting an idea of therapeutic consequences that law should have on individuals and society. It found its practical application thorough establishment of Problem-solving courts, specialized to certain crimes or offenders. They originated in the United States, with the establishment of the Florida Drug Court in 1989. Since then, many other problem-solving courts, including drug courts, mental health courts and family violence courts, have been flourished throughout common-law countries. Basic conceptual premise of these courts is that traditional criminal procedure cannot effectively handle the complexity of creation human and social problems, if fail to deal with fundamental cases almost guarantees re-offending. Hence, the aim of these courts is to address the „underlying cause“ of the offending behavior, by fashioning sentences that involve linking offenders to various services, such as drug treatment or mental health services. Other problem-solving courts include collaboration with social services, assessment of offenders' needs by caseworkers, a less adversarial courtroom and increased interaction between judges and offenders. In addition to these 'altruistic' reasons like 'improving the wellbeing of individuals', PSC had more pragmatic background – they enabled more effective procedure, faster and cheaper disposition of the case based on guilty-plea and good alternative for the problem of rising caseload and overcrowded prisons. However, good practical results of such approach raised common-law enthusiasm about therapeutic jurisprudence and problem solving courts.

Security measures, regulated in the Criminal Codes of the European countries for a century, are based on the same foundation– to eliminate the causes that determine criminal behavior, but such long-standing implementation only provoked skepticism in their results. It is not surprising that same concepts and ideas could have different consequences depending on their practical application. Common-law approach of therapeutic justice and problem-solving courts is based on constant cooperation between judge, prosecutor, defense council and treatment providers and constant and regular judicial– control over the defendant’s treatment and progress. Instead of focusing on the process of adjudication and punishment, the focus is on the procedure of treatment. The question is if such active role of the judge during the treatment is appropriate for judicial function. The opponents would say that the role of judges is not to cure, but to arbitrate, adjudicate and punish. On the other hand, the criminal law has protective function; its purpose is to protect society and its values from the acts that threaten and harms public safety and welfare, while criminal procedure is designed to enforce such protection. This logically raises the question if passing the verdict and the sentence by the judge is enough to provide such protection. In contrast to the regular procedure where judge’s decision only states the break of legal norm having the passive reflection to the future, problem-solving courts’ decisions are orientated *pro futuro*, aiming not to punish but to correct and prevent future breaking of the norms. While the regular criminal procedure looks backward, trying to conclude „what was happened“ problem solving procedure looks forward, trying to prevent future criminal behavior by the common efforts of the all procedural actors–the judge, the prosecutor, the defense counsel and treatment providers. Formal separation of the duty among procedural actors is less importunate than common aspiration toward the same aim– protection of the society and its basic values thorough reduction of criminal behavior.

Vanja Bajović

Pravni Fakultet, Univerzitet u Beogradu

## TERAPEUTSKA JURISPRUDENCIJA I SPECIJALIZACIJA SUDOVA

### REZIME

Koncept terapeutske jurisprudencije razvijen je u SAD-u krajem osamdesetih godina prošlog veka u cilju ispitivanja emotivnih i psiholoških posledica koje primena pravnih normi ostavlja na pojedince i društvo u celini. Pristalice ovog koncepta kritikuju klasičan normativni pristup zbog preteranog formalizma i insistiranja jedino na pravilnom tumačenju i primeni pravnih normi, insistirajući na sociološko-psihološkom tumačenju prema kome pravo ne treba da bude samo „regulator društvenih odnosa“ već i sredstvo za njihovo popravljanje. Prvi deo rada bavi se analizom ovog koncepta. Ideje terapeutske jurisprudencije našle su svoju praktičnu primenu kroz osnivanje posebnih sudova, specijalizovanih za određene učinioce ili

određena krivična dela, tzv sudovi za rešavanje problema (*problem-solving courts*). Prvi takav sud, specijalizovan za učinioce krivičnih dela usled zavisnosti od korišćenja opojnih droga, osnovan je na Floridi 1989 godine, a kasnije su slični sudovi osnovani i za nasilje u porodici, osobe sa mentalnim poremećajima i za lakša krivična dela. Imajući u vidu stopu recidivizma, ustanovljeno je da klasičan krivični postupak i izvršenje kazne ne daje zadovoljavajuće rezultate kod pojedinih izvršilaca, te im se pokušalo pristupiti na drugačiji „terapeutski“ način, koji akcenat stavlja na lečenje i iskorenjivanje uzroka koji dovode do kriminalnog ponašanja. Pored ovih „altruističkih“ motiva, u pozadini osnivanja ovih sudova nalaze se i pragmatični razlozi – sve veći broj krivičnih predmeta kao i prebukiranost američkih zatvora počeli su da dovode u pitanje efikasnost pravosuđa, te se osnivanje posebnih sudova i lečenje umesto kažnjavanja pokazalo kao dobra alternativa. Postupak pred ovim sudovima kao i uloga krivičnoprocesnih subjekata inspirisani su idejama terapeutske jurisprudencije i u velikoj meri se razlikuju od klasičnog krivičnog postupka. Kao ilustrativan primer u radu je analiziran postupak pred sudom za učinioce krivičnih dela izvršenih usled zavisnosti od upotrebe opojnih droga. Nakon lišenja slobode i medicinskog veštačenja tužilac inicijalno procenjuje koji su učinioци „pogodni“ za uključivanje u program, na osnovu izvoda iz kaznene evidencije i ličnih karakteristika okrivljenog. Ova faza traje svega nekoliko dana a zatim se zakazuje saslušanje pred sudijom. Samo „suđenje“ traje svega nekoliko minuta, okrivljeni priznaje krivicu te nema potrebe za saslušanjem svedoka i izvođenjem drugih dokaza. Sudija ne izriče sankciju već u saradnji sa lekarima određuje odgovarajući tretman za učinioца, koji se ne naziva okrivljeni, već „klijent“, „pacijent“ ili „učesnik u programu“. Akcenat je naime na postupku lečenja koji sledi nakon toga a u koji je, pored medicinskog osoblja aktivno uključen i sud. Okrivljeni je dužan da se svakodnevno testira na opojne droge, analize se šalju sudiji koji prati tok lečenja i periodično se sastaje sa okrivljenim kako bi pratio njegov napredak. Ova mera se izriče na neodređeno vreme, može trajati najduže pet godina, a konkretno trajanje zavisi od potreba i progressa svakog pojedinačnog pacijenta-okrivljenog. Ako se lečenje pokaže uspešnim postupak je završen, dok u suprotnom sledi izricanje kazne na osnovu priznanja krivice koje je okrivljeni dao kao preduslov uključivanja u program.

Ideje terapeutske jurisprudencije popularne poslednjih par decenija u državama anglosaksonskog pravnog područja, u velikoj meri podsećaju na ideje italijanske pozitivne škole, razvijane u kontinentalnom pravu krajem devetnaestog veka, koja je isticala biološke i psihološke uzroke kriminalnog ponašanja, insistirajući na njihovom lečenju. Decenijsko postojanje mera bezbednosti u državama kontinentalne Evrope navodi na zaključak da su ovde neke ideje terapeutske jurisprudencije zaživele mnogo ranije, čak i bez tog naziva. Ciljevi mera bezbednosti su sepecijalno preventivni i resocijalizacioni, okrenuti lečenju i popravljanju. Međutim, dok je anglosaksonski svet prilično entuzijastičan idejama terapeutske jurisprudencije i zadovoljan rezultatima specijalizovanih sudova, dugogodišnja primena mera bezbednosti medicinskog karaktera u našem pravu dovela je do izvesnog skepticizma u njihove mogućnosti, te se po logici stvari nameće pitanje u čemu je problem. Poslednji deo rada bavi se ovim pitanjima.

**Ključne reči:** terapeutska jurisprudencija, specijalizovani sudovi, mere bezbednosti medicinskog karaktera.



Ivan Đokić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## MINIMA NON CURAT PRAETOR Institut iz čl. 18 Krivičnog zakonika

**Apstrakt:** Ustanova iz čl. 18 KZ predstavlja materijalnopравни instrument za rešavanje problema bagatelnog (sitnog) kriminaliteta. S obzirom na to da je institut neznatne društvene opasnosti, koji je poznavalo naše ranije krivično zakonodavstvo, svojim nedovoljno preciznim obličjem stvarao interpretacijske poteškoće teorijskom ali i praktičnom pristupu, nova odredba kojom je oblikovan institut dela malog značaja može se oceniti kao pozitivan napredak u smislu jasnijeg određivanja uslova za primenu ove pravne ustanove. Najvažniju novinu svakako predstavlja izričito ograničavanje primene pravne figure dela malog značaja samo na kategoriju relativno lakših krivičnih dela. Međutim, i dalje je otvoreno pitanje pravne prirode ovog instituta, tj. njegovog mesta u opštem pojmu krivičnog dela.

**Ključne reči:** bagatelni kriminalitet, neznatna društvena opasnost, delo malog značaja, protivpravnost.

### UVOD

*Pošto je pravni poredak u isti mah poredak mira, nje-  
mu se u ponekoj bagatelnoj stvari najbolje služi kad se,  
radi „dragog mira“, odustane i od „dobrog prava.“*

Gustav Radbruch (Gustav Radbruch)

Zamisao po kojoj krivičnoppravna intervencija treba da povuče svoje mehanizme u odnosu na bagatelna, zanemarljiva ostvarenja bića krivičnog dela prvi put je u modernom smislu (iako je još u rimskom pravu bio poznat princip *minima non curat praetor*) normativno realizovana u sovjetskom krivičnom zakonodavstvu. Smisao ideje oslikava se u stavu da ponašanja koja se samo formalno mogu podvesti pod zakonski opis, ali koja suštinski ne sadrže neophodan kriminalni sadržaj ne zaslužuju da se smatraju krivičnim delima. Polazište ovakvog koncepta predstavljalo je prihvatanje učenja o društvenoj opasnosti kao centralnom elementu svakog krivičnog dela. Razlikovanjem opšte društvene opasnosti, kao manifestacije negativnog supstrata dela kao takvog, koja je predmet ocene zakonodavca u procesu oblikovanja krivičnoppravne zaštite i posebne društvene opasnosti, koju ispoljava konkretno delo u svom ostvarenju, bilo je omogućeno da se otkloni primena krivičnog prava u situacijama kada je kvantitet nepravda i krivice preduzete radnje bitno zaostajao za tipičnim slučajevima. Drugim rečima, ukazivanje na sadržinsku stranu krivič-

---

\* asistent, [djokic@ius.bg.ac.rs](mailto:djokic@ius.bg.ac.rs)

nog dela kao društvene i pravne pojave za nužnu posledicu je imalo formulisanje instituta neznatne društvene opasnosti, koja je, sprečavanjem da u kažnjivu zonu zakorače lica koja su sasvim neznatno povredila krivičnopravnu zabranu određenog ponašanja, označavala materijalnu negaciju krivičnog dela. Na taj način je u okviru materijalnog krivičnog prava postavljen kriterijum za selekciju krivičnopravno relevantnih ponašanja. Iako ova problematika ne spada u red najvažnijih pitanja materijalnog krivičnog prava, tj. delo malog značaja nije institut bez koga se ne može zamisliti jedan krivičnopравни sistem, što uostalom potvrđuje i okolnost da mnoge zemlje uopšte ne poznaju ovu pravnu figuru,<sup>1</sup> ipak se radi o jednoj interesantnoj ustanovi koja zaslužuje pažnju stručne javnosti. Značaj ove pravne figure proizlazi iz činjenice da se njome otvara pitanje granice kriminalnog kod pojedinih dela čije se nepravo kvantitativno može izraziti u širokom rasponu, iako je to jedno od pitanja na koje je jako teško unapred dati konkretan odgovor, tj. nije lako postaviti čvrste kriterijume i odrediti liniju koja razdvaja društveno prihvatljivo ponašanje od onog koje svojim negativnim sadržajem i intenzitetom neprava zaslužuje da se nađe u oblasti kriminalne zone.

Iz sovjetskog prava ustanova neznatne društvene opasnosti je kasnije preuzeta u krivično zakonodavstvo gotovo svih tadašnjih socijalističkih zemalja. Sledeći sovjetski uzor i bivša Jugoslavija je nakon Drugog svetskog rata u svoje krivično pravo integrisala ovaj institut. Rešenje iz Krivičnog zakonika – Opšti deo (1947) po kome nije krivično delo ono delo koje, iako sadrži obeležja krivičnog dela, predstavlja neznatnu društvenu opasnost zbog malog značaja i zbog odsustva ili neznatnosti štetnih posledica, važno je gotovo nepromenjeno više od pola veka. Iako bi se neprecizno formulisanje uslova od strane zakonodavca moglo i pozitivno oceniti, jer na taj način do izražaja dolazi stvaralačka uloga organa primene prava, ipak je ta okolnost predstavljala osnovnu slabost ove pravne figure. Neuvažavanje svih aspekata načela zakonitosti (*lex certa*) omogućilo je i neprincipijelno pozivanje na institut neznatne društvene opasnosti, što je vodilo neujednačenom postupanju krivičnih sudova. Pravnu sigurnost je možda u još većoj meri ugrožavala uzdržanost zakonodavca da primenu ovog instituta ograniči na dela određene težine. Formalna mogućnost isključenja i relativno težih krivičnih dela svakako nije u duhu prirode ove ustanove, čiji je opravdani cilj eliminisanje iz kruga krivičnih dela samo onih ponašanja koja su i apstraktno ocenjena lakšim.

## DELO MALOG ZNAČAJA U KRIVIČNOM ZAKONIKU

Iako je deo sudske prakse pokušavao da određenim kriterijumima postavi čvršći oslonac za primenu instituta neznatne društvene opasnosti, u tim nastojanjima se nije daleko otišlo, te se jedino ispravno rešenje moglo videti u zakonskom preoblikovanju ovog instituta. Novi Krivični zakonik je napuštanjem formalno – materijalne definicije opšteg pojma krivičnog dela, po uzoru na neka strana zakonodav-

1 Većina stranih krivičnih zakonodavstava, pre svega zapadnoevropskih, pitanje selekcije u oblasti bagatelnog kriminaliteta rešava kroz krivičnu proceduru, predviđanjem ustanove oportuniteta krivičnog gonjenja. Tipičan primer u tom pogledu je nemačko krivično zakonodavstvo. Vid. § 153 StPO.

stva (pre svega ranije austrijsko), zamenio ustanovu neznatne društvene opasnosti novim institutom iz čl. 18 pod nazivom – *delo malog značaja*. Osnovna osobenost novog rešenja ogleda se u preciznijem određivanju uslova za primenu ovog instituta, što je po intenciji zakonodavca trebalo da vodi daljem jačanju načela zakonitosti. Ipak, i pored razlike u koncepcijskom određivanju ovog instituta prema ustanovi neznatne društvene opasnosti, može se uočiti da je i on zasnovan na istoj ideji. Cilj instituta dela malog značaja jeste da isključi primenu krivičnog prava u odnosu na slučajeve u kojima su ispunjena sva obeležja nekog krivičnog dela, ali se radi o tako beznačajnom delu da primena krivičnih sankcija očigledno nema svrhe.<sup>2</sup> Naime, moguće je da kakav činjenični opis u potpunosti odgovara dispoziciji neke krivičnopravne norme kojom je inkriminisano određeno ponašanje, tj. da ispunjava sva obeležja bića krivičnog dela, ali da realni značaj preduzete radnje ukazuje na zanemarljiv kriminalni sadržaj dela koji zbog toga ne zaslužuje osudu i primenu krivične sankcije. Nepostojanje adekvatnog, socijalno–etički negativno obojenog kriminalnog sadržaja u takvim slučajevima opravdava isključenje krivičnog dela. Uprkos svoj brižljivosti prilikom formulisanja bića krivičnog dela ne može se izbeći da u izuzetnim slučajevima ono bude formalno ispunjeno ali da smisao zaprećenja kazne ne bude ostvaren.<sup>3</sup> U pozadini instituta dela malog značaja, dakle, stoji ideja da primenu krivičnog prava treba ograničiti na relevantna ostvarenja zakonskog bića, tj. na situacije u kojima je objekt zaštite u toj meri ugrožen ili povređen da je neophodno primeniti krivičnopravnu prinudu. U suprotnom, nedostatak minimalnog kriminalnog naboja delu oduzima karakter krivičnog dela. Takva je zamisao normativno izražena u čl. 18 KZ shodno kome: *Nije krivično delo ono delo koje, iako sadrži obeležja krivičnog dela, predstavlja delo malog značaja* (st. 1). *Delo je malog značaja ako je stepen krivice učinioca nizak, ako su štetne posledice odsutne ili neznatne i ako opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije* (st. 2). U st. 3 istog člana predviđeno je da se navedene odredbe mogu primeniti na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna.<sup>4</sup>

2 Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 2009, str. 141.

3 M. Burgstaller, „Österreichische Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie – Strafflosigkeit in besonders leichten Fällen, aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen und wegen Geringfügigkeit der Rechtsverletzung nach der Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches 1971“, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 4/1973, str. 94. „Potreba za jednim ovakvim institutom može se pravdati time što zakonodavac ne može uvek da na nivou bića krivičnog dela izvrši selekciju u odnosu na bagatelna ponašanja, ponašanja koja ne povređuju ili ugrožavaju zaštitni objekt u meri koja opravdava krivičnopravnu reakciju.“ Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 85. Nasuprot, postoje sistemi koji polaze od stava da bez obzira na to kakav zanemarljiv značaj ima određeno delo i kakva je njegova posledica slovo zakona treba dosledno poštovati. Krivično nepravo ostaje nepravo, ostaje zabranjeno bez obzira na konkretan oblik ispoljavanja. Zakonska zabrana ne treba da trpi nikakav izuzetak, jer to slabi načelo zakonitosti i omogućava arbitrnost u primeni. Ovo stanovište prihvata anglosaksonska praksa koja obiluje primerima osuda za bagatelna dela (krađa starih i bezvrednih stvari) na blage kazne (jedan peni), čiji se smisao sastoji u simboličkom zadovoljenju načela pravednosti. Vid. V. Kambovski, *Kazneno pravo, opšti del*, Skopje, 2006, str. 368.

4 Institut istog naziva, na nešto drugačiji način, bio je formulisan i u radnom tekstu Predloga KZ SRJ u čl. 11 koji je glasio: *Nije krivično delo ono delo koje, iako sadrži obeležja krivičnog dela, predstavlja delo malog značaja* (st. 1). *Pri oceni da li je delo malog značaja uzeće se u obzir priroda i težina dela, okolnosti pod kojima je učinjeno, pobude iz kojih je učinjeno, stepen krivične odgovornosti učinioca, odsutnost ili neznatnost štetnih posledica i druge okolnosti koje ukazuju na mali*

Pritom se ne pravi nikakva razlika među krivičnim delima u pogledu toga da li se krivično gonjenje preduzima po privatnoj tužbi, predlogu oštećenog ili je gonjenje u isključivoj nadležnosti javnog tužioca.<sup>5</sup>

Kao što se može videti iz dikcije čl. 18 KZ materijalni uslovi za primenu instituta dela malog značaja odnose se na dosta širok krug okolnosti koje su po svojoj prirodi objektivno–subjektivnog karaktera: 1) nizak stepen krivice učinioca, 2) odsutnost ili neznatnost štetnih posledica i 3) nepostojanje potrebe krivičnog sankcionisanja. Ovi uslovi moraju kumulativno biti ispunjeni.<sup>6</sup>

Utvrđivanje ispunjenosti navedenih uslova metodološki sledi tek nakon što je konstatovano da određeno ponašanje ispunjava biće kakvog krivičnog dela i da je zadovoljen formalni uslov koji se tiče propisane kazne. Drugim rečima, neophodna pretpostavka za primenu instituta iz čl. 18 KZ je ostvarenost zakonskog opisa neke inkriminacije. Samo ukoliko činjenično stanje konkretnog događaja odgovara nepravu tipiziranom u normi iz oblasti posebnog dela krivičnog prava, može se preći na ocenu značaja samog ponašanja.

### a) nizak stepen krivice

Delo malog značaja predstavlja kategoriju objektivno–subjektivnog karaktera. Ocena da je neko ponašanje beznačajno i da isključenje primene krivičnog prava u takvom slučaju ne ugrožava ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava temelji se na slabije izraženom intenzitetu neprava i krivice. Nizak stepen krivice, kao su-

*značaj dela* (st. 2). Vid. Z. Stojanović, „Pojam i osnovi isključenja krivičnog dela“, u: *Mogući pravci razvoja jugoslovenskog kaznenog zakonodavstva i njihove osnovne karakteristike*, Beograd, 1999, str. 37. Ovo rešenje je uticalo na crnogorskog zakonodavca koji je odredbu čl. 9 KZ oblikovao po uzoru na čl. 11 Predloga KZ SRJ. Ustanovu dela malog značaja poznaju i krivična zakonodavstva: Azerbejdžana (čl. 14 st. 2 KZ), Bugarske (čl. 9 st. 2 KZ), Gruzije (čl. 7 st. 2 KZ), Jermenije (čl. 18 st. 2 KZ), Kazahstana (čl. 9 st. 2 KZ), Makedonije (čl. 8 KZ), Moldavije (čl. 14 st. 2 KZ), Poljske (čl. 1 st. 2 KZ), Rumunije (čl. 19 st. 1 KZ), Rusije (čl. 14 st. 2 KZ), Ukrajine (čl. 11 st. 2 KZ), Hrvatske (čl. 28 KZ), Češke (čl. 3 st. 2 KZ). KZ Bosne i Hercegovine ne predviđa institut dela malog značaja ali zakoni Republike Srpske (čl. 7 st. 2 KZ), Federacije Bosne i Hercegovine (čl. 25 KZ) i Brčko Distrikta (čl. 25 KZ) poznaju ovu pravnu figuru.

5 U ranijem austrijskom krivičnom zakonodavstvu primena instituta iz § 42 StGB (*Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*) bila je ograničena samo na krivična dela za koja se gonjenje preduzima po službenoj dužnosti.

6 „Da bi jedno delo moglo biti delo malog značaja, neophodno je ispunjenje sva tri uslova, pa ako presuda ne sadrži da svrha kažnjavanja ne zahteva izricanje krivične sankcije to predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka. Prvostepeni sud u obrazloženju pobijane presude zaključuje da delo okrivljenog koje mu se optužnim aktom nadležnog tužioca stavlja na teret nije krivično delo neovlašćenog držanja opojnih droga, jer u smislu člana 18 KZ predstavlja delo malog značaja, imajući pri tome u vidu vrstu i količinu opojne droge koju je okrivljeni držao – 0,38 grama marihuane, da su izostale štetne posledice i da je stepen krivice okrivljenog nizak, jer je on priznao izvršenje dela izražavajući kajanje a celu situaciju objašnjava prisustvom muzičkoj manifestaciji gde se nalazilo puno mladih ljudi. Po nalaženju Vrhovnog suda razlozi koje prvostepeni sud daje za ovakav zaključak nisu dovoljni, jer prvostepeni sud ne daje razloge za svoj zaključak da u konkretnom slučaju opšta svrha kažnjavanja ne zahteva izricanje krivične sankcije okrivljenom, što je jedan od tri kumulativna uslova čije je prisustvo neophodno utvrditi da bi se mogao primeniti institut dela malog značaja.“ Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 693/06 od 26. aprila 2006. god. Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Osmo knjiga*, Beograd, 2008, str. 19–20.

bjektivni uslov za primenu čl. 18 KZ, ukazuje da je sa aspekta unutrašnjeg odnosa učinioca prema delu i težini prekora koji mu se zbog toga što se odlučio za nepravu može uputiti, zanemarljiv stepen njegovog protivpravnog raspoloženja, zbog čega primena krivičnopravne prinude nema realno opravdanje. Ovaj uslov treba tumačiti po analogiji sa ocenom stepena krivice prilikom odmeravanja kazne,<sup>7</sup> dakle, u jednom širem kontekstu, uzimajući u obzir sve relevantne subjektivne okolnosti, a ne samo one koje se neposredno odnose na elemente u strukturi krivice. Metodološki posmatrano, misaoni put utvrđivanja stepena krivice treba da započne analizom kvaliteta i načina ispoljavanja njenih konstitutivnih elemenata da bi prešao na ocenu ostalih subjektivnih (pa čak i objektivnih) okolnosti koje nesumnjivo mogu uticati na stepen kriminalne volje učinioca. Iako uračunljivost i svest o protivpravnosti mogu biti različito kvantitativno ispoljeni, mogućnost u pogledu ocene stepena manifestovanja ovih elemenata je donekle ograničena. Ta je mogućnost u većoj meri izražena kod umišljaja i nehata. Osim toga što je najpre važno utvrditi oblik krivice koji postoji u konkretnom slučaju, jer je to od značaja i za samo postojanje dela, dalje treba odrediti stepen umišljaja ili nehata. No, osim subjektivnih čak i neke objektivne okolnosti mogu imati značaja za stepenovanje krivice, pre svega u vrednosnom smislu, kroz negativni sud o preduzetoj radnji.<sup>8</sup> Čini se da je i intencija zakonodavca bila da ovaj uslov postavi fleksibilnije i šire,<sup>9</sup> te da je osim

7 Vid. N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, 2009, str. 38.

8 Npr. držanje učinioca nakon izvršenog dela, iako to nije nesporno, koje se sastoji u materijalnom/moralnom namirenju oštećenog, može uticati na jačinu prekora koji zaslužuje ostvareno nepravu. Takođe, činjenica da učinilac ponavlja vršenje dela ukazuje na pojačan stepen krivice, a teško da bi u tom slučaju bili ispunjeni i drugi uslovi za delo malog značaja („Okrivljeni je izvršio krivično delo omogućavanje uživanja opojnih droga tako što je svedoku dao dve tablete rivotrila koje je ovaj na licu mesta popio. Neosnovani su navodi u žalbi branioca okrivljenog da ima mesta primeni čl. 18 KZ s obzirom na to da se radi o maloj količini opojne droge. Pošto je okrivljeni ostvario i obeležja krivičnog dela neovlašćena proizvodnja, držanje i stavljanje u promet opojnih droga jer je drugookrivljenom neovlašćeno prodao 75 kapsula trodona, pa stepen krivice okrivljenog nije nizak, a nisu ispunjeni ni ostali uslovi iz čl. 18 KZ.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 475/08 od 14. aprila 2008. god. Navedeno prema: *Izbor sudske prakse, naučni, stručni i informativni časopis*, Beograd, 10/2008, str. 39). Ipak, ne treba *a priori* isključiti mogućnost primene instituta dela malog značaja u slučaju sticaja krivičnih dela kao i kod konstrukcije produženog krivičnog dela, jer je za svaki konkretan slučaj merodavna priroda i karakter okolnosti što prate delo, mada će takva mogućnost verovatno biti veoma mala. Po Kambovskom, kontinuirano preduzimanje dela koje bi pojedinačno u svakom konkretnom slučaju predstavljalo delo malog značaja ne može se ukupno posmatrano smatrati beznačajnim. Vid. V. Kambovski, *nav. delo*, str. 367. I neke druge okolnosti (način izvršenja, upotrebljena sredstva, doprinos oštećenog sopstvenoj viktimizaciji, pristanak povređenog i sl.) mogu biti indicija o slabijem intenzitetu unutrašnjeg protivpravnog raspoloženja učinioca, i kao takve manje prekorkljive.

9 U tom smislu i Čejović tvrdi da će ovaj uslov biti ispunjen u slučaju kada sve okolnosti pod kojima je krivično delo izvršeno, a koje se pre svega tiču samog učinioca, ukazuju da je kod njega u vreme izvršenja krivičnog dela postojao nizak stepen krivice, odnosno vinosti. Vid. B. Čejović, *Krivično pravo*, Beograd, 2007, str. 113. Tako i Pihler kada konstatuje da ovaj uslov, i pored toga što je načelno problematičan, više podseća na procesnopravni pojam celishodnosti, oportuniteta krivičnog gonjenja nego na materijalnopravni pojam. Vid. S. Pihler, „Novele opštih ustanova u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 3/2005, str. 48–49. Obrisi takvog shvatanja prisutni su i u sudskoj praksi. Presudom Okružnog suda u Subotici Kž. 509/07 od 25. januara 2008. god. potvrđena je presuda prvostepenog suda kojom je okrivljeni oslobođen od optužbe za krivično delo sitne krađe uz sledeće obrazloženje:

psiholoških elemenata krivice potrebno voditi računa, podjednako ili čak i u pretežnijoj meri, i o njenoj normativnoj dimenziji. U suprotnom, ako bi se ovaj uslov vezao samo za strukturalne elemente krivice,<sup>10</sup> bilo bi jako teško doći do zaključka da u konkretnom slučaju postoji nizak stepen krivice.<sup>11</sup> Ako se pak prednost da normativnom shvatanju ovaj uslov poprima jedno drugačije obličje. U tom slučaju presudna je jačina prekora koja se može uputiti učiniocu zbog učinjenog dela i njegovog odnosa prema njemu, odnosno tu je važno u kojoj meri se njegovo ponašanje ocenjuje i vrednuje kao negativno. To vrednovanje i jačina prekora zavise i od drugih subjektivnih okolnosti (posredno i od objektivnih), a ne samo od onih koji kao konstitutivni ulaze u krivicu.<sup>12</sup> Drugim rečima, važno je na osnovu svih relevantnih okolnosti, polazeći od onih koje čine psihološki sadržaj krivice, doći do zaključka o stepenu nevrednosti učiniočevog ponašanja. Tako shvaćen, ovaj uslov dobija svoj puni smisao i bio bi ispunjen ako težina prekora koja prati učiniočevo odlučivanje za nepravo bitno zaostaje za uobičajenim stepenom osude u redovnim situacijama.

Pravilno je prvostepeni sud ocenio da se radi o delu malog značaja, navodeći razloge koji su valjani i potpuni. Posebno se ukazuje da se stepenovanje krivice može vršiti i u okviru pojedinog oblika krivice (umišljaj i nehat). *Imajući u vidu teške materijalne prilike okrivljenog, te činjenicu da je od meštana saznao za mogućnost da se sa parcele gde je skinut kukuruz ostaci sakupljaju, povodeći se za ostalim ljudima koji su na isti način sakupljali kukuruz* (kurziv I. Đ.), dolazi se do zaključka da je stepen krivice okrivljenog nizak. Takođe, prvostepeni sud je pravilno zaključio da se u konkretnom slučaju radi o neznatnim posledicama s obzirom na ukupnu vrednost kukuruza koji je oduzet, pritom imajući u vidu da je sakupljanje kukuruza izvršeno u toku decembra, tako da je kukuruz bio izložen vremenskim nepogodama što je od uticaja na njegov kvalitet. Navedeno prema: *Izbor sudske prakse, naučni, stručni i informativni časopis*, Beograd, 9/2008, str. 39.

10 Vid. čl. 22 KZ.

11 Zanimarivanjem normativnog aspekta krivice pojedini autori dolaze do sličnog stava. Mrvić-Petrović smatra da nizak stepen krivice može postojati samo kod nehatnih krivičnih dela, nikako kod umišljajnih. Međutim, očigledna je neprihvatljivost ovakvog stava, posebno ako se posmatraju neki školski primeri dela malog značaja koji su nespojivi sa nehatnom krivicom (krađa primera radi jedne bombe ili cigarete), kao i dosadašnja praksa u odnosu na ovaj institut. Vid. N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo. Opšti i posebni deo*, Beograd, 2007, str. 77. Po Lazareviću, sporno je da li se kod krivičnih dela izvršenih sa umišljajem uopšte može govoriti o niskom stepenu krivice, kad su kod učinioca postojali i svest i volja u odnosu na izvršeno delo, te bi proizlazilo da se ovaj osnov (delo malog značaja) može primeniti samo kod dela učinjenih iz nehata. Na kraju ipak izražava svoju uverenost da zakonodavac nije imao nameru da isključi primenu dela malog značaja kod dela izvršenih sa umišljajem, ali je po njemu sam uslov loše postavljen. Vid. Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 47. I u delu sudske prakse se još uvek mogu sresti odluke u kojima je prisutno shvatanje da se krivica, tj. njeni oblici, ispoljavaju isključivo kroz psihološke kategorije. Verovatno da tome doprinosi (bar kada je o umišljaju reč) i odredba čl. 25 KZ shodno kojoj je umišljaj određen na osnovu psiholoških elemenata – svesti i volje. U presudi Vrhovnog suda Srbije Kž. 106/07 od 24. aprila 2007. god. između ostalog stoji: Vinstost je psihičko saglašavanje učinioca sa radnjom dela i određeni psihički odnos učinioca prema posledici dela, a sastoji se od svesnog i voljnog elementa koji mogu biti različitog stepena. Da bi utvrdio da li je optuženi izvršio krivično delo i koje, sud u svakom konkretnom slučaju mora da utvrdi kvalitet i kvantitet njegovog psihičkog odnosa prema radnji i posledici dela. Navedeno prema: *Izbor sudske prakse, naučni, stručni i informativni časopis*, Beograd, 1/2009, str. 35. Iako je psihološki supstrat osnov za sud o krivici, ne može se negirati značaj normativnog elementa bez koga se ne bi mogao shvatiti smisao prekora koji se upućuje učiniocu krivičnog dela.

12 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 204–205.

Potrebno je da je jačina prekora koja se u konkretnom slučaju može učiniocu uputiti znatno ispod one koja se upućuje u jednom tipičnom, prosečnom slučaju.<sup>13</sup>

### b) štetne posledice

Drugi uslov za primenu instituta dela malog značaja postavljen je alternativno i preuzet je u neizmenjenom obliku iz ustanove neznatne društvene opasnosti: *štetne posledice moraju biti odsutne ili neznatne*. Za njegovo utvrđivanje u prvom planu je škodljivi učinak ostvarenog neprava, tj. ne radi se o posledici koja predstavlja obeležje bića krivičnog dela, čiju ostvarenost treba prethodno konstatovati da bi se uopšte govorilo o dovršenom delu. U pitanju je ocena štetnog efekta učinjenog dela u odnosu na zaštićeno dobro i pasivnog subjekta.<sup>14</sup> To jasno proizlazi iz dikcije zakonske norme koja spominje *štetne posledice*. U pogledu posledice koja je deo zakonskog opisa krivičnog dela ponekad se i ne može govoriti o njenoj neznatnosti, ona ili postoji ili ne postoji, što je relevantno za ostvarenost bića krivičnog dela, tako da se štetnom može smatrati isključivo posledica u širem smislu, tj. negativni efekat radnje na zaštićenom dobru.<sup>15</sup> Ako bi se uzelo da se ovaj uslov odnosi na posledicu u užem smislu onda bi to značilo da je u slučaju pokušaja krivičnog dela on uvek ispunjen, što naravno ne mora da znači, jer i nedovršeno (nekompletno) delo može proizvesti neke štetne posledice po pasivnog subjekta i zaštićeno dobro. Zanimljivo je da se ovakvom stavu priklanjaju i oni autori koji negiraju podelu na materijalna i formalna krivična dela, i po kojima svako krivično delo ima posledicu u svom biću koja se sastoji u povredi ili ugrožavanju nekog dobra.<sup>16</sup> Suprotno rešenje bi

- 13 *Isto*, str. 86. Učiničeva krivica je nezatna ako sve okolnosti ukazuju da ne vrednost radnje i krivice u znatnoj meri odstupaju od ne vrednosti radnje i krivice u tipičnim primerima istovrsnih krivičnih dela. U obzir se uzimaju sve relevantne okolnosti pod kojima je delo učinjeno kao i subjektivna svojstva samog učinioca. Vid. A. Karakaš, *Bagatelno (kaznivo) dejanje, de minimis lex non curat?*, Ljubljana, 1999, str. 83–84.
- 14 „Štetnost posledice ne treba tražiti u okviru bića krivičnog dela, već u nekim daljim posledicama koje izvršenje dela u društvu izaziva. Te dalje posledice jesu posledice koje nastupaju na zaštitnom objektu krivičnog dela.“ D. Atanacković, *Kriterijumi odmeravanja kazne*, Beograd, 1975, str. 27. Ne vrednost posledice dela se ne odnosi samo na ocenu posledice dela već na ukupnost učiničevog štetnog prouzrokovanja po društvo. Vid. H. V. Schroll, „Zum Anwendungsbereich des § 42 StGB im Straßenverkehr“, *Österreichische Juristen-Zeitung*, 2/1987, str. 42.
- 15 „Naime, da bi se uopšte govorilo o izvršenom krivičnom delu, mora da postoji njegova posledica; ako ovdje nema posledice koja je obeležje krivičnog dela, onda je iluzorno govoriti o delu malog značaja kao osnovu koji isključuje postojanje krivičnog dela, jer krivično delo prethodno ne postoji. Ovdje se znači ima u vidu neka druga posledica – posledica u odnosu na zaštitni objekt krivičnog dela.“ B. Čejović, *nav. delo*, str. 114. Ovom zaključivanju se ipak može dodati da odsustvo posledice koja predstavlja obeležje bića krivičnog dela ne znači uvek i nepostojanje krivičnog dela, već samo ukoliko nisu ispunjeni uslovi za postojanje i kažnjivost pokušaja.
- 16 „Ovde je, međutim, reč o štetnoj posledici, tj. ne o svakoj posledici nego o onoj koja predstavlja neku štetu.“ N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 2000, str. 140. Na sličan zaključak upućuje i stav ispoljen u rešenju Okružnog suda u Beogradu Kž. 1633/05 od 30. juna 2005. god. prema kome se ne može raditi o delu malog značaja kada investitor započne izgradnju stambene zgrade gabarita 13,4 x 12 metara, jer se ne može govoriti o odsutnosti štetnih posledica s obzirom na učestalost i brojnost vršenja ovih krivičnih dela. Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Sedma knjiga*, Beograd, 2006, str. 210–211.

impliciralo ograničenje primene instituta dela malog značaja samo ili isključivo na situacije pokušaja i delatnosnih krivičnih dela,<sup>17</sup> što svakako nije bila namera zakonodavca. Zato treba uzeti da se ovaj zakonski uslov koji predstavlja jedan *questio facti* može utvrđivati kako kod delatnosnih, tako i kod posledičnih krivičnih dela. U odnosu na materijalna krivična dela odsutnost ili neznatnost štetnih posledica moguće je ceniti ne samo kod krivičnih dela ugrožavanja, gde po pravilu izostaje štetna posledica,<sup>18</sup> već i kod krivičnih dela povrede, kod kojih dolazi do uništenja ili oštećenja objekta radnje. Treba ipak istaći da posledica na objektu radnje ili vrednovanje samog objekta radnje može u velikoj meri uticati na proces utvrđivanja štetnih posledica na objektu zaštite.<sup>19</sup> Držanje npr. samo jedne tablete koja predstavlja

- 
- 17 Okolnost da delatnosna (formalna) krivična dela ne sadrže posledicu kao obeležje svoga bića, te je samim dovršenjem radnje izvršenja krivično delo ostvareno, ne negira postojanje štetnih posledica u smislu uslova iz čl. 18 KZ; npr. krivično delo davanja lažnog iskaza može dovesti do ozbiljnih štetnih posledica, slično i krivično delo lažnog prijavljivanja, ili silovanja (iako u odnosu na ovo krivično delo ne postoji mogućnost primene instituta dela malog značaja).
- 18 To pre svega važi za krivična dela sa apstraktnom opasnošću kao posledicom; npr. bavljenje bez odgovarajuće stručne spreme lečenjem bioenergijom po pravilu predstavlja neškodljivu radnju; ili proizvodnjom i stavljanjem u promet škodljivih proizvoda dolazi do udaljene opasnosti po zdravlje ljudi, ali sve do nastupanja neke teže posledice ne postoji štetna posledica u smislu uslova iz čl. 18 KZ. To, međutim, ne znači da kod ovih krivičnih dela uvek izostaje kakva šteta (na njeno postojanje kod npr. krivičnog dela iz čl. 258 KZ može ukazivati to što učinilac radnju izvršenja preuzima upotrebom kakve škodljive materije), naročito ako se ovaj uslov shvati u jednom širem smislu. Osim toga, eventualno šira primena instituta dela malog značaja u odnosu na ovu kategoriju krivičnih dela mogla bi dovesti do njihove faktičke dekriminalizacije, što se ne bi moglo prihvatiti, jer je rizik od ugrožavanja radnje koja je tipično opasna bio i osnovni motiv za zakonodavca da takvo ponašanje inkriminiše, pomeranjem krivičnopravne zaštite ispred neposrednog ugrožavanja zaštićenog dobra. Tim pre, kod krivičnih dela sa konkretnom opasnošću ne znači da uvek izostaju štetne posledice, iako se u našoj literaturi može sresti shvatanje da je kod krivičnih dela ugrožavanja ovaj zakonski uslov ispunjen po kakvom automatizmu, prostim konstatovanjem da se posledica dela ne sastoji u povredi zaštićenog dobra. Npr. ako neko požarom dovede u opasnost život ili telo ljudi, moglo bi se tvrditi da u odnosu na posledicu krivičnog dela izazivanja opšte opasnosti ne postoje štetne posledice, ali time nije isključeno da je usled požara izostala kakva šteta (izgoreo deo stana, uništena neka stvar i sl.) ili kod krivičnog dela ugrožavanje javnog saobraćaja gde se zbog nastupanja objektivnog uslova inkriminacije (laka telesna povreda ili imovinska šteta koja prelazi 200.000 dinara) po pravilu ne može govoriti o odsutnosti štetnih posledica. Međutim, nije nužno da dela sa konkretnom opasnošću i pored ostvarenja posledice koja čini deo zakonskog opisa povuku i nastupanje kakve štetne posledice; npr. lice odgovorno za rukovođenje gradnjom, koje pri izvođenju radova ne postupi po propisima ili opštepriznatim tehničkim pravilima i time izazove opasnost za život ili telo ljudi ili za imovinu većeg obima ostvaruje biće krivičnog dela iz čl. 281 KZ, ali to ne mora da znači da je nastupila i određena štetna posledica.
- 19 Vid. M. Kanevčev, *Institutot na neznačitelната opštestvena opasnost vo teorijata i praktikata*, Skopje, 1984, str. 102. U tom smislu i presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2088/06 od 6. septembra 2006. god. „Pravilno je prvostepeni sud okrivljenog oslobodio od optužbe, našavši da su u konkretnom slučaju ispunjeni uslovi za primenu instituta dela malog značaja, imajući u vidu da je stepen krivice učinioca nizak, jer su okrivljeni oduzeli granje i ostale ogranke sa prethodno posećenih stabala, što svakako predstavljaju okolnosti koje ukazuju na nizak stepen krivice okrivljenih, te da su štetne posledice neznatne, tim pre što se ni predstavnik oštećenog Javnog preduzeća Srbija šume nije mogao izjasniti o visini štete, kao i da opšta svrha kažnjavanja ne zahteva izricanje krivičnih sankcija u konkretnom slučaju.“ Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Osmo knjiga*, str. 21–22. Rešenjem Drugog



opojnu drogu može ukazivati na odsustvo štetnih posledica po zdravlje učinioca ili pak na neznatnost takvih posledica;<sup>20</sup> sasvim mala ogrebotina na telu pasivnog subjekta znači da nisu nastupile nikakve štetne posledice po njegov život ili telesni integritet ili da su takve posledice neznatne; zanemarljivo oštećenje tuđe stvari može imati za posledicu nepostojanje štete u odnosu na imovinu vlasnika ili njenu neznatnu prirodu; neovlašćena razmena malog iznosa strane valute ne ugrožava devizni sistem zemlje<sup>21</sup> i sl.<sup>22</sup> Naročit problem vezan za ovaj zakonski uslov instituta dela malog značaja je pitanje da li se okolnosti nastale nakon izvršenja dela kojima se otklanja štetno dejstvo ostvarenog neprava mogu smatrati relevantnim za procenu njegove ispunjenosti. Da li npr. vraćanje oduzete stvari ili naknada štete mogu da se uzmu u obzir na ovom mestu i da se smatra da je ispunjen uslov koji se odnosi na zanemarljiv karakter štetnih posledica? U dosadašnjoj teoriji i praksi nije postojala saglasnost u pogledu ovog pitanja. Po jednom shvatanju, na postojanje krivičnog dela mogu uticati samo one okolnosti koje su bile prisutne u vreme izvršenja dela, dok se naknadno otpadanje posledice, kao rezultat učiničevog angažovanja, može vrednovati jedino prilikom odmeravanja kazne u okviru okolnosti – držanje učinioca posle učinjenog dela. Po drugom shvatanju, pravnodogmatsko čistunstvo koje sobom nosi prethodno rešenje mora ustupiti mesto kriminalnopolitičkoj potrebi pravičnijeg pristupa celokupnoj kriminalnoj situaciji. U tom smislu i otklanjanje posledice od strane učinioca nakon formalnog dovršenja krivičnog dela može predstavljati relevantnu okolnost u kontekstu ovog zakonskog uslova. Iako to nije sasvim jasno iz perspektive rešenja koje nudi čl. 18 KZ,<sup>23</sup> mogli bi se naći određeni argumenti u prilog ovom shvatanju. Naime, pošto Zakonik govori o odsutnosti, tj. neznatnosti štetnih posledica, nije isključeno da i sprečavanje nastupanja kakve štete nakon što je biće dela formalno ostvareno može značiti ispunjenje ovog uslova. Ponašanje učinioca kojim ispoljava stvarno kajanje zbog učinjenog dela zaslužuje da

---

opštinskog suda u Beogradu K. 1168/08 od 23. septembra 2008. god. odbijen je optužni predlog javnog tužioca podnesen za krivično delo uništenje i oštećenje tuđe stvari, jer je okrivljeni razbio izlog prodavnice i naneo štetu pravnom licu u iznosu od 1.962,34 dinara. Međutim, navedenu odluku, koja je motivisana pre svega visinom prouzrokovane štete, ne prati adekvatno obrazloženje, već samo konstatacija da se radi o delu malog značaja u skladu sa odredbama čl. 18 KZ.

- 20 Količina od 0,06 grama heroina koja je oduzeta od okrivljenog predstavlja neznatnu količinu opojne droge, daleko ispod uobičajene doze za jednokratnu upotrebu, što znači da je u pitanju radnja koja predstavlja neznatnu društvenu opasnost. Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. II 622/04 od 11. maja 2004. god. Količina od 0,98 grama opojne droge marihuane koju je okrivljeni neovlašćeno držao predstavlja neznatnu društvenu opasnost. Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. II 1722/04 od 27. januara 2005. god.
- 21 Učinilac je prodao 20 evra fizičkom licu bez ovlašćenja Narodne banke što predstavlja delo malog značaja, jer je posledica neznatna u odnosu na devizni sistem zemlje. Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 2415/03 od 27. avgusta 2003. god. Razmenom 10 evra za dinarsku protivvrednost učinilac je ostvario obeležja krivičnog dela iz čl. 50 Zakona o deviznom poslovanju ali delo u konkretnom slučaju predstavlja neznatnu društvenu opasnost, zbog malog značaja i zbog neznatnosti štetnih posledica. Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 3250/04 od 24. decembra 2004. god.
- 22 Naravno, u odnosu na neka dela, nad svih zbog njihove prirode i objekta zaštite, čak i zanemarljiva posledica na objektu radnje, uprkos ispunjenosti formalnog uslova koji se odnosi na propisanu kaznu, teško može voditi primeni instituta dela malog značaja.
- 23 Naš zakonodavac nije izričito proširio ovaj uslov i na slučaj stvarnog kajanja kao što je to bilo predviđeno u ranijem austrijskom zakonodavstvu od novele iz 1987. god.

mu se kroz prizmu uslova za primenu dela malog značaja prizna dejstvo relevantne okolnosti.<sup>24</sup> Iako se u izvesnom smislu na taj način čini izuzetak od pravila da samo u trenutku izvršenja dela postojeće okolnosti grade osnov za sud o postojanju dela, uvažavanje nastojanja učinioca da sanira negativni rezultat ostvarenog dela u kontekstu primene instituta dela malog značaja izgleda kriminalnopolitički prihvatljivije. Ova bi okolnost u svetlu odredaba čl. 18 KZ dobila tako jedno povratno dejstvo na ocenu postojanja kriminalnog ponašanja.

### c) nepotrebnost krivičnog sankcionisanja

Najzad, primena čl. 18 KZ zahteva ispunjenost još jednog uslova: *da sa aspekta opšte svrhe krivičnih sankcija nije neophodno izricanje krivične sankcije*. S obzirom na prilično uopštenu formulaciju, navedeni uslov će u velikoj meri zavisiti od procene suda i slike konkretnog slučaja. Opšta svrha krivičnih sankcija određena je kao suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom (čl. 4 st. 2 KZ). Drugim rečima, opšta svrha krivičnih sankcija jeste ostvarivanje zaštitne funkcije krivičnog prava, tj. ona se poklapa sa osnovnim ciljem krivičnog prava u celini, a to je da se putem generalne i specijalne prevencije suzbijaju dela koja predstavljaju napad na dobra koja uživaju zaštitu krivičnog prava.<sup>25</sup> Prema tome, ovaj uslov će biti ispunjen kada iz perspektive politike suzbijanja kriminaliteta nije nužno primeniti kaznu ili drugu krivičnu sankciju, što znači da se radi o delu koje samo formalno ispunjava obeležja bića nekog krivičnog dela, ali suštinski ne poseduje potrebnu dozu kriminalnog supstrata koja bi opravdavala postojanje nepravda. Prilikom procene ispravnosti primene instituta dela malog značaja iz ovog ugla treba voditi računa ne samo da u odnosu na konkretnog učinioca nije potrebno primeniti krivičnopravnu prinudu, već da se na taj način ne ugrozi i eventualno oslabi generalno preventivno dejstvo krivičnog zakona.<sup>26</sup> Moglo bi se reći da će zaključak o nepotrebnosti krivičnog sankcionisanja biti zasnovan na prethodnom utvrđenju da intenzitet kriminalne energije, ispoljen kroz neznatnost krivice i štetnih posledica, bitno zaostaje za tipičnim slučajevima ostvarenja zakonskog bića. No, to ne znači da će konstatovanje niskog stepena krivice i nepravda mehanički voditi sudu o odsustvu opravdanosti primene krivičnopravne prinude. Postojanje i ovog uslova se mora utvrditi, iako će se takva ocena znatno oslanjati na sadržinu konkretne manifestacije prethodnih uslova. Krug relevantnih okolnosti koje dolaze u obzir da budu predmet razmatranja na ovom nivou zavisi i od toga kojim će se okolnostima priznati dejstvo na ranijim stepenima odlučivanja. Ukoliko se npr. otklanjanje posledice dela ne bi vrednovalo u okviru uslova koji se odnosi na škodljiv efekat preduzete radnje, moglo bi se smatrati važnom činjenicom koja ukazuje na nepotrebnost izricanja krivične sankcije. Nema sumnje da je zakonodavac formulacijom ovog uslova omogućio sudu da u sferu relevantnih okolnosti uvrsti i one koje

24 Takvom rešenju se ne bi protivilo obličje instituta stvarnog kajanja iz čl. 58 st. 3 KZ.

25 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 34. Pored toga što određuje opštu svrhu krivičnih sankcija, KZ i kod svake pojedine vrste krivičnih sankcija, osim kod vaspitnih mera (vid. čl. 10 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica), određuje i njihovu posebnu svrhu (vid. čl. 42, 64 i 78 KZ).

26 *Isto*, str. 86.

se neposredno ne mogu podvesti pod strukturu opšteg pojma krivičnog dela. U tom smislu ovaj uslov pre podseća na krivičnoprocesno načelo oportuniteta krivičnog gonjenja nego na materijalnu pretpostavku pravne figure dela malog značaja.<sup>27</sup> Ipak, možda se delimično odstupanje od zahteva, što proizlazi iz načela zakonitosti, za što je moguće većom preciznošću i određenošću krivične norme, kao i odstupanje od pravila da na postojanje krivičnog dela uticaj mogu imati samo one okolnosti koje se odnose na neki element u njegovoj strukturi, može pravdati prirodom problematike bagatelnog delikta koja nužno zahteva jedan širi prilaz i razmatranje celokupne situacije. Nesumnjiva kriminalnopolitička prihvatljivost instituta dela malog značaja u senku stavlja njegovu pravnodogmatsku nesavršenost.

#### *d) formalni uslov – propisana kazna*

Najvažniju novinu rešenja iz čl. 18 KZ ipak predstavlja uslov formalne prirode, prema kome delo malog značaja može biti samo ono delo koje pripada krugu uslovno rečeno lakših krivičnih dela. Isprva je ovaj institut bilo moguće primeniti samo u odnosu na dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna. Takvo jedno ograničenje bilo je u duhu ideje na kojoj počiva pravna figura dela malog značaja, jer izričito ograničavanje primene instituta dela malog značaja samo na dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna, ne znači samo jačanje načela zakonitosti, već i svođenje primene ovog instituta samo u onoj oblasti gde mu ima mesta. Samo ona krivična dela koja su in abstracto od strane zakonodavca procenjena kao lakša krivična dela, mogu u konkretnom slučaju dobiti vid bagatelnog, sa krivičnopravnog aspekta, zanemarljivog ponašanja iako ispunjavaju sva bitna obeležja krivičnog dela.<sup>28</sup> Međutim, izmenama materijalnog krivičnog zakonodavstva iz septembra 2009. god. mogućnost primene instituta dela malog značaja proširena je na krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna.<sup>29</sup> Iako u KZ postoji blizu 470 oblika pojedinih krivičnih dela koja ispunjavaju ovaj formalni uslov za primenu instituta dela malog značaja, realan broj krivičnih dela koja se suštinski mogu smatrati bagatelnim je znatno manji. Osim onih krivičnih dela kod kojih se i najblaže ostvaren stepen nepravda ne može spustiti do nivoa malog značaja, postoje i krivična dela koja se apstraktno ne smatraju težim deliktima, ali u odnosu na koja se, zbog njihove prirode i objekta zaštite, primena instituta dela malog značaja može zamisliti sasvim izuzetno.<sup>30</sup> U

27 Pihler postavlja pitanje da li je u pojam krivičnog dela moguće uvoditi svrhu krivične sankcije, jer ako svrha krivičnih sankcija može biti uslov za nepostojanje krivičnog dela, tada je ona na neki način i uslov za postojanje krivičnog dela, tj. svrha sankcije je u pojmu krivičnog dela. Vid. S. Pihler, *nav. delo*, str. 49.

28 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 85.

29 Ovakvo rešenje pomalo zbunjuje, s obzirom na činjenicu da je zakonodavac novelom KZ jasno izrazio nameru zaoštavanja kaznene represije na normativnom planu, pre svega značajnim pooštavanjem kaznenih raspona kod pojedinih krivičnih dela. U atmosferi pojačane zakonske represivnosti, odredba koja formalno dozvoljava isključenje i onih dela koja se teško mogu smatrati bagatelnim izgleda kao svojevrsni apsurd koji oslikava nekonzistentnost pristupa samog zakonodavca.

30 Prema delu sudske prakse, pojedina krivična dela se ne mogu smatrati delom malog značaja pre svega zbog osobenosti zaštitnog objekta. Tako prema odluci Okružnog suda u Beogradu Kž. 942/06 od 11. aprila 2006. god. ne može se prihvatiti da je 10 snimljenih primeraka nosilaca

tom svetlu i proširivanje mogućnosti upotrebe instituta iz čl. 18 KZ na dela za koja je propisana kazna do pet godina zatvora, i pored načelne prihvatljivosti zakonskih rešenja kojima se teži ublažiti krivičnopravna represija, teško da se može pozitivno oceniti. Ne samo što je mali broj krivičnih dela koja su zaprećena tako strogom kaznom a čije se nepravo u svom konkretnom manifestovanju može sniziti do stepena koji se smatra zanemarljivim,<sup>31</sup> već se na taj način ugrožava interes pravne sigurnosti i pruža mogućnost za neprimerenu upotrebu ustanove dela malog značaja. Kao što je već istaknuto, smisao ovog instituta je da isključi primenu krivičnog prava u odnosu na situacije koje po jednoj razumnoj oceni ne zaslužuju prekor. Formalna mogućnost podvođenja kakvog ponašanja pod zakonski opis nekog krivičnog dela ne znači uvek da učinilac ozbiljno zakoračuje na kriminalni put. Bez adekvatnog intenziteta povrede ili ugrožavanja zaštićenog dobra formalna ostvarenost zakonskog bića ne predstavlja dovoljan uslov za aktiviranje mehanizma krivičnopravne prinude. Međutim, u odnosu na inkriminacije zaprećene strožom kaznom samo izuzetno može postojati zanemarljiv kriminalni sadržaj koji opravdava isključenje krivičnog dela. Naime, bez obzira što se primenom instituta dela malog značaja ostvaruje korisna funkcija – rasterećenje pravosudnih organa u sferi sitnog kriminaliteta (i što se učinioci takvih dela ne smatraju delinkventima), postoji bojazan da se neadekvatnim pozivanjem na ovaj institut ugrozi pre svega pozitivna strana generalne prevencije, koja građane treba da motiviše na legalno ponašanje. S druge strane, iako se može tvrditi da eventualno neujednačeno postupanje sudova, pa čak i mogućnost arbitrerne primene ustanove iz čl. 18 KZ, može oslabiti poverenje građana u pravni sistem, stoji i tvrdnja da je to više argument protiv zloupotrebe ove pravne figure, koji ne bi mogao ozbiljnije da uzdrma njenu legitimnost. Istina je da se svaka ustanova može ispravno upotrebiti kao što se može i zloupotrebiti njena primena, međutim, i izražavanje sumnje u pravilnost rada pravosudnih organa koja nema oslonac u isku-

video zapisa sa snimljenim filmovima delo malog značaja s obzirom na prirodu krivičnog dela neovlašćeno iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta srodnog prava i objekta krivičnopravne zaštite. Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Osmo knjiga*, str. 128. Presudom Vrhovnog suda Srbije Kž. 772/06 od 30. maja 2006. god. odbijena je primena dela malog značaja u odnosu na krivično delo nedozvoljeno držanje oružja i eksplozivnih materija, jer u konkretnom slučaju treba imati u vidu društvenu vrednost zaštićenog objekta, javni red i bezbednost ljudi i imovine, pa delo kojim se isti napada, odnosno ugrožava, ne može biti malog značaja te je izricanje krivične sankcije za takvo delo nužno radi suzbijanja takvih delatnosti. Navedeno prema: *Izbor sudske prakse, naučni, stručni i informativni časopis*, Beograd, 2/2007, str. 36. Prema odluci istog suda Kž. 587/06 od 29. marta 2006. god. ne dolazi u obzir primena neznatne društvene opasnosti ako se kao predmet radnje pojavljuje opojna droga. U obrazloženju pored ostalog stoji: Zloupotreba opojnih droga ima višestruke štetne posledice jer uzimanje ovih sredstava deluje razorno na zdravlje ljudi, što dovodi do zdravstvenih i socijalnih problema a s obzirom da se kod lica koja su zavisna od opojnih droga ispoljava neodoljiva želja da se do nje dođe, što je čest uzrok vršenja drugih krivičnih dela, nikako se ne može govoriti o neznatnoj društvenoj opasnosti ako se radi o krivičnom delu čiji je objekat radnje opojna droga. Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Osmo knjiga*, str. 178–180.

- 31 Zaista su retka dela koja su zaprećena kaznom zatvora do pet godina a kod kojih se nepravo može smatrati bagatelnim. Kao primer se može navesti krivično delo pronevere (npr. službenik prisvoji parče hartije koje mu je povereno da napiše privatno pismo), kao i krivično delo iz čl. 57 Zakona o deviznom poslovanju (*Službeni glasnik*, br. 62/2006) tj. neovlašćena kupoprodaja strane valute (npr. neko svom prijatelju razmeni 10 evra).

stvu čini se neprihvatljivim. S obzirom na to da je loša strana ove ustanove u tome što se sudskom odlukom oslobađa svake odgovornosti lice koje se svesno i voljno suprotstavilo važnim društvenim i pravnim normama, njenu primenu treba afirmirati sasvim izuzetno,<sup>32</sup> tj. ograničiti je samo na najblaže realizacije najlakših krivičnih dela, odnosno slučajeve gde je to ceneći realni značaj dela sasvim opravdano, jer bi upućivanje društvene osude i primena krivične sankcije značila stigmatizaciju učinioca koja bi donela više štete njemu samom od pozitivnog efekta i koristi koju bi društvo ostvarilo čvrstim pozivanjem na načelo zakonitosti. Odavno je poznato da suviše stroga i dosledna primena prava može voditi odmetanju od ideje pravde kojoj, barem u idealističkom smislu, čitavo pravo treba da služi. *Summum ius summa iniuria*. U odnosu na granične slučajeve koji ipak zahtevaju upućivanje socijalno-etičkog prekora može se reagovati drugim krivičnopravnim instrumentima, pre svega sudskom opomenom, uslovnom osudom, pa čak i kaznama kao što su rad u javnom interesu ili novčana kazna.<sup>33</sup> Dakle, i pored svoje legitimne usmerenosti na ograničavanje krivičnopravne intervencije samo na ponašanja u kojima je sadržana znatna količina kriminalne energije, institut dela malog značaja treba koristiti krajnje oprezno i u situacijama koje ni zakonodavac ne bi inkriminisao da je za to imao nomotehničkih mogućnosti.<sup>34</sup>

- 
- 32 Vid. F. Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1986, str. 200. U tom smislu ovaj autor konstatuje da iz primene ove ustanove kao da se rađa pravilo – možeš npr. nekažnjeno ukrasti, ali pazi da to bude sasvim mala krađa.
- 33 Za krivična dela koja se gone *ex officio*, javni tužilac može, ukoliko smatra da nisu ispunjeni svi uslovi iz čl. 18 KZ, a ne postoji dovoljno izražen javni interes (preciziran kroz odredbe procesnog karaktera) za preduzimanje gonjenja, postupiti po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja i tako sprečiti raspravnost. Vid. čl. 236 i 237 ZKP.
- 34 Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, str. 141. Primena instituta dela malog značaja najčešće može doći u obzir kod imovinskih krivičnih dela (npr. krađa ili utaja stvari male vrednosti, oduzimanje, uništenje i oštećenje tuđe stvari, kao i prikrivanje ako se radi o objektu radnje male vrednosti; u odnosu na lakši slučaj razbojništva (čl. 206, st. 4 KZ) mišljenja su podeljena; po jednom stavu sud se može pozvati na institut dela malog značaja („Ne čini krivično delo učinilac koji je u oštećenog uperio dečji pištolj i prinudio ga da mu da malo hleba i slanine.“ Presuda Vrhovnog suda Hrvatske I Kž. 938/85; Navedeno prema: D. Korošec, M. Ambrož, Lj. Bavcon, K. Filipčić, *Majhen pomen dejanja kot institut materialnoga kazenskoga prava*, Ljubljana, 2004, str. 64), dok pojedini autori smatraju da upotreba prinude kako bi se stvar oduzela, bez obzira na njenu vrednost, isključuje mogućnost nepostojanja dela (Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, str. 141; V. Kambovski, *nav. delo*, str. 367)). Osim toga, delom malog značaja mogu se smatrati i neki blaži oblici prinude, sasvim kratko i neznatno oduzimanje ili ograničavanje slobode kretanja kod krivičnog dela protivpravno lišenje slobode, zanemarljivi slučajevi krivičnog dela povreda tajnosti pisma i drugih pošiljki, neki blaži oblici samovlasnog pribavljanja svog ili tuđeg prava (Okrivljena je samovlasno pribavila pravo raspolaganja za koje smatra da joj pripada na ranije nacionalizovanom lokalnu, koji je u vlasništvu JP Poslovni Prostor Voždovac, na taj način što je, nakon saznanja da se pokušava trgovina oko tog lokala, i činjenicu da je u lokal prethodno upala grupa maloletnika, zbog čega je morala da traži intervenciju policije, zamenila bravu – cilindar na ulaznim vratima lokala, montirala rešetke na prozore i unela stvari u isti. Sud je našao da radnja okrivljene sadrži obeležja krivičnog dela samovlašća, ali da u konkretnom slučaju ova radnja predstavlja neznatnu društvenu opasnost zbog malog značaja i zbog odsutnosti štetnih posledica, jer je nesporno utvrđeno da je lokal vraćen u posed oštećenom, koji nije iskazao interesovanje za ovaj krivični postupak, niti je precizirao koje je to štetne posledice pretrpeo. Mali značaj dela sud je cenio kako prema kazni zaprećenoj za ovo krivično delo, tako i prema vremenu u kom je okrivljena preduzela radnju izvršenja, tj. da je radnju preduzela u takvoj društvenoj situaciji kada

e) *pravna priroda instituta iz čl. 18 KZ*

Svakako najznačajniju pravnodogmatsku karakteristiku instituta iz čl. 18 KZ predstavlja pitanje njegove osobene pravne prirode. To je jedno veoma složeno pitanje na koje je jako teško dati zadovoljavajući odgovor.<sup>35</sup> S obzirom na to da se zakonodavac direktno ne izjašnjava koji element opšteg pojma krivičnog dela nedostaje pod uslovima iz čl. 18 KZ, to je ovo pitanje na normativnoj ravni ostalo otvoreno i preneseno u nadležnost teorije, koja je zasigurno najpozvanija da na njega odgovori. Iako stranu teoriju krivičnog prava odlikuje postojanje velikog broja različitih shvatanja u pogledu dejstva i pravne prirode ove pravne figure,<sup>36</sup> u našoj nauci se to pitanje nalazi na margini razmatranja ove problematike. Osim nepodeljenog stava da delo malog značaja predstavlja osnov isključenja krivičnog dela, što je zaključak koji svoje ishodište nalazi u pozitivnopravnoj zakonskoj normi, srpsku krivičnopravnu misao karakteriše odsustvo ozbiljnije teorijske analize mesta instituta dela malog značaja u strukturi opšteg pojma krivičnog dela. Tumačenje navedenog problema od strane naše krivičnopravne nauke kreće se u granicama jednodušno prihvaćenog okvira shodno kome institut dela malog značaja označava normativni izraz zahteva da krivično delo za svoje postojanje, osim formalne ostvarenosti zakonske dispozicije, treba da poseduje i odgovarajući kriminalni naboj, tj. da predstavlja ozbiljan napad na kakvo pravom zaštićeno dobro. Drugim rečima, prema vladajućem shvatanju, prirodno mesto ove pravne ustanove treba tražiti na nivou elementa protivpravnosti, i to njegove materijalne strane.<sup>37</sup> Međutim, zastupanje ovakve koncepcije za posledicu ima napuštanje strogo formalnog shvatanja pojma krivičnog dela. Ukoliko se pođe od stava da delo malog značaja označava materijalnu negaciju protivpravnosti, teško se može otkloniti zaključak da se na taj način prećutno i okolnim putem kategorija društvene opasnosti ponovo uvodi u pojam krivičnog dela. Zaista, ako se postavi pitanje zašto ponašanje koje ispunjava uslove iz čl. 18 KZ ne predstavlja krivično delo, suštinski jedini ispravan odgovor glasi: *Zato što je nezatno društveno opasno!* Otuda izgleda da je delo

---

zakonodavna vlast stalno najavljuje donošenje zakona o denacionalizaciji. Presuda Petog opštinskog suda u Beogradu K. 957/05 od 21. decembra 2006. god.) i sl. U svakom slučaju, veoma je mali broj krivičnih dela kod kojih je, zbog minimalnog kriminalnog intenziteta konkretnog realizovanja, i prosečnom građaninu očigledna nepotrebnost krivičnog sankcionisanja.

- 35 Pojedini autori su, imajući pred očima upravo probleme teorijske prirode koje institut dela malog značaja proizvodi, ustvrdili da je pitanje bagatelnog kriminaliteta sve samo ne bagatelno. Vid. V. Kambovski, *nav. delo*, str. 367.
- 36 Npr. u ranijoj austrijskoj nauci paleta pokušaja sistematizacije ustanove iz § 42 StGB išla je od negativnog obeležja bića krivičnog dela, korektiva bića, stvarnog osnova isključenja kažnjivosti, ličnog osnova isključenja kažnjivosti, pa sve do pravne figure *sui generis* i obične norme odmeravanja kazne. Vid. H. V. Schroll, *nav. delo*, str. 41.
- 37 Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, str. 140; N. Delić, *nav. delo*, str. 37–38; I. Vuković, „Važne novine u određenju opšteg pojma krivičnog dela u Predlogu Krivičnog zakonika Srbije – zakonska definicija kao osnov pokušaja formulisanja jednog didaktički-praktično primenljivog modela“, u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Budva, 2005, str. 108; Lj. Lazarević, *nav. delo*, str. 47; B. Čejović, *nav. delo*, str. 112–113; N. Peković, „Opšti pojam krivičnog dela u novom Krivičnom zakoniku i sudska praksa“, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, Beograd, 3/2007, str. 113; D. Drakić, „Društvena opasnost učinioca i krivično pravo“, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 3/2007, str. 311.

malog značaja samo pravni sinonim neznatne društvene opasnosti, i pored toga što je zakonodavac, polazeći od činjenice da formalno definisanje opšteg pojma krivičnog dela obezbeđuje veće garantije za poštovanje načela zakonitosti, eliminisao element društvene opasnosti iz njegove strukture. Slika je samo zamenila okvir, iza maske dela malog značaja krije se lice neznatne društvene opasnosti. Drugim rečima, iako je institut iz čl. 18 KZ drugačije postavljen u odnosu na pravnu figuru iz čl. 8 st. 2 OKZ, osnovano se može tvrditi da se, osim preimenovanja ustanove i bližeg određenja neophodnih uslova, suštinski nije mnogo toga promenilo. Prevashodni razlog zašto se delo malog značaja ne smatra krivičnim delom leži u nedovoljno ispoljenom stepenu društvene opasnosti (štetnosti) takvog dela. Iako se izostavljanje društvene opasnosti iz pozitivne norme (čl. 14 KZ) može pravdati nastojanjem da se osnaži pravna sigurnost, traganje za rešenjem problema pravne prirode dela malog značaja na terenu materijalne protivpravnosti, u kontekstu praktične primene krivičnog prava, nužno zahvata u sadržinsku stranu neprava. Pa ipak, iako se na taj način čini ustupak materijalnom shvatanju opšteg pojma krivičnog dela, što se načelno može oceniti neprihvatljivim, čini se da je, s obzirom na postojeće zakonsko rešenje u pogledu krivičnogopravnog dejstva instituta dela malog značaja, ovakav pristup jedini u stanju da pomiri napetost u relaciji ovog instituta sa konstitutivnim elementima pojma krivičnog dela. Ipak, ako se pažljivije pristupi navedenoj problematici otkriće se i slabosti takvog rešenja. Naime, iz perspektive redosleda elemenata opšteg pojma krivičnog dela i logike njihovog međusobnog odnosa takvo rešenje se čini nekonzistentnim. Tesna uslovljenost elemenata pojma krivičnog dela upućuje na metodološki važan postupak postupnog ispitivanja navedenih pretpostavki. Ostvarenost kakvog prethodnog elementa u strukturi pojma krivičnog dela omogućava da se pređe na utvrđivanje kasnijeg elementa. Radnja prethodi predviđenosti dela u zakonu; ovaj drugi element je uslov za ocenu protivpravnosti; a čitavo nepravo logički predstavlja temelj za sud o krivici. Obrnuti smer utvrđivanja se teorijski ni praktično ne može verifikovati. Drugim rečima, objektivni elementi neprava formiraju osnov za ocenu krivice, tj. nedostatak neprava onemogućava ispitivanje subjektivnog elementa. Objektivni elementi mogu postojati bez krivice, ali nikako obrnuto: nema krivice ukoliko nisu ostvareni objektivni elementi.<sup>38</sup> U tom kontekstu, osnovna prepreka da se delo malog značaja smatra osnovom isključenja protivpravnosti odnosi se na subjektivni uslov – *stepen krivice*. Postojanje krivice, ma i neznatnog stepena, pravnodogmatski znači potvrdu postojanja krivičnog dela u svom totalitetu, tako da subjektivne okolnosti (pre svega stepen krivice) ne mogu uticati na isključenje protivpravnosti.<sup>39</sup> Otuda se, s obzirom na zakonske uslove, teško može objasniti opredeljenje za shvatanje po kome delo malog značaja ne predstavlja protivpravno delo. Logički je neodrživa misao po kojoj postojanje krivice određenog stepena može voditi isključenju protivpravnosti. Uostalom, ostvarenost jednog elementa ne može biti uslov za isključenje nekog drugog elementa, naročito ne onog koji predstavlja pretpostavku za njegovo ispitivanje. Pravno teorijski, takav stav se ne može argumentovano braniti.

38 Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, str. 103. Vid. F. Bačić, *nav. delo*, str. 231; I. Vuković, *nav. delo*, str. 97.

39 Vid. D. Korošec, M. Ambrož, Lj. Bavcon, K. Filipčić, *nav. delo*, str. 104–105.

Rešenje bi se možda moglo videti u preoblikovanju ovog instituta, tj. promeni njegovog dejstva – umesto da isključuje postojanje krivičnog dela, delo malog značaja bi moglo predstavljati osnov za oslobođenje od kazne.<sup>40</sup> Na taj bi način bila otklonjena napetost koja postoji u pogledu odnosa uslova za primenu ovog instituta i njegovog pravnog dejstva. Sve navedene zakonske pretpostavke bi se pravnodogmatski savršeno uklopile u rešenje koje bi dozvoljavalo odustanak od kazne. Zakonici pojedinih zemalja su u rešavanju pitanja nekažnjavanja za bagatelno delo krenuli upravo navedenim putem. Tako KZ Finske sadrži rešenje prema kome sud može osloboditi od kazne učinioca kada se delo, posmatrano u celini, s obzirom na svoju štetnost i stepen krivice učinioca smatra delom malog značaja (3. glava, § 5, stav 3). KZ Portugala omogućava sudu da učiniocu delo upiše u krivicu bez izricanja kazne ako se radi o lakšem krivičnom delu (za koje je propisan zatvor do 6 meseci ili samo novčana kazna koja ne prelazi 120 dnevnih iznosa) i ukoliko je stepen nepravda i krivice neznatan, učinilac je nadoknadio štetu i ako takva odluka nije u suprotnosti sa razlozima specijalne i generalne prevencije (čl. 74).<sup>41</sup> Međutim, i pored toga što se na ovaj način postiže teorijski prihvatljivije rešenje, kriminalnopolitički posmatrano stvari stoje drugačije. Oslobođenje od kazne podrazumeva osuđujuću presudu, tj. učinilac se smatra krivim za ostvareno nepravdo, a sve to zahteva raspravnost i formalno vođenje postupka, pa u takvom slučaju javni tužilac ne bi mogao odbacivanjem krivične prijave zbog malog značaja dela već u fazi pretkrivičnog postupka da realizuje zahtev za obezbeđenjem procesne ekonomije. Osim toga, u kaznenoj evidenciji bi se našla i imena onih lica koja su svojim ponašanjem samo formalno povredila interese pravnog poretka.<sup>42</sup> Izlaz iz kruga pokušaja dogmatskog

- 40 U austrijskoj literaturi ovakav stav je zastupao Mos (Moos). Po njemu se problematika instituta iz § 42 ne odnosi na strukturu krivičnog dela, već spada u oblast odmeravanja kazne, gde je uostalom i zakonodavac uvrstio. Vid. R. Moos, „Die mangelnde Strafwürdigkeit bei Bagatelldelikten nach § 42 österr. StGB“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1/1985, str. 164–165. Suprotno shvatanje je zastupao Novakowski (Nowakowski). „Jedno čisto rešenje moglo bi da bude – oslobođenje od kazne – iz ideje § 42 mogao bi se izvesti i takav jedan zaključak. Izraz 'delo nedostojno kažnjavanja' (*Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat*) mogao bi se razumeti upravo kao suvišnost pravnih posledica kazne i moglo bi se reći da delo ostaje netaknuto, tj. ne bi se diralo u postojanje krivičnog dela. Ipak, takva jedna osuđujuća presuda kojom bi se učinilac oslobodio od kazne nije neophodna.“ F. Nowakowski, „Die Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1/1980, str. 286–287.
- 41 KZ Mađarske u § 28 predviđa nekažnjivost neznatno društveno opasno delo (vid. i § 36 KZ). Međutim, za razliku od ranijeg zakonodavstva (Vid. M. Fabjančić, „Teoretični temelji neznatne društvene nevarnosti in prikaz tujih zakonodaj“, *Pravnik, revija za pravno teoriju in praksu*, Ljubljana, 8–10/1985, str. 360–361.), jasno je da ova odredba nema dejstvo oslobođenja od kazne, pošto zakonodavac isti izraz („nije kažnjivo“) koristi i kod neuračunljivosti, nužne odbrane, krajnje nužde i drugih instituta koji tradicionalno predstavljaju osnove isključenja krivičnog dela (uostalom zakonodavac je kažnjivost izričito uneo u zakonsku definiciju krivičnog dela smatrajući je zasebnim elementom tog pojma; Vid. § 10 KZ).
- 42 Naravno, u kontekstu postojećeg rešenja, nije isključeno da sud odbije primenu dela malog značaja i da učinioca oslobodi od kazne, pod uslovom da postoji neki od osnova predviđen u opštem ili posebnom delu, ukoliko smatra da konkretno delo ipak zaslužuje osudu. Nema sumnje da se neki školski primeri instituta iz čl. 18 KZ (npr. krađa jedne cigarete, lomljenje tuđe grafitne olovke i sl.) neće ni pojaviti u pravosudnoj praksi, ali moguće je postojanje slučajeva kod kojih odsustvo kriminalnog sadržaja nije i na prvi pogled vidljivo, i da je stoga opravdano umesto negiranja samog krivičnog dela primeniti neki drugi adekvatniji instrument koji krivičnom sudiji stoji na raspolaganju.



svrstavanja instituta dela malog značaja mogao bi se tražiti i u zagovaranju stava koji je najčešće zastupan u stranoj literaturi i shodno kome ova ustanova predstavlja osnov isključenja kažnjivosti, kao dopunskog, dodatnog elementa pojma krivičnog dela.<sup>43</sup> Time se ne bi diralo u postojanje redovnih elemenata u strukturi krivičnog dela kao skrivljenog neprava, već bi otpadanjem kažnjivosti u normativnom smislu bilo isključeno kriminalno ponašanje.

Najzad, nemogućnost da se na pitanje mesta instituta dela malog značaja u konstrukciji pojma krivičnog dela pruži zadovoljavajući odgovor uticala je u nekim zakonodavstvima na napuštanje materijalnopravne obrade ovog instituta i njegovog prebacivanja u krivični postupak.<sup>44</sup> Odstupanje od bitnih postulata vezanih za strukturu pojma krivičnog dela koje razumevanje instituta dela malog značaja kao materijalne negacije krivičnopravne protivpravnosti sa sobom nosi, može uticati da i takvo jedno premeštanje ovog instituta na drugo područje unutar kaznenog prava,

43 To je bilo većinsko shvatanje u austrijskoj nauci krivičnog prava. Vid. A. Karakaš, *nav. delo*, str. 90. Osim toga što je pitanje pravne prirode instituta iz § 42 austrijskog StGB bilo sporno, jedan slučaj iz sudske prakse otvorio je i pitanje da li procesna ekonomija kao nesporna svrha ovog instituta ima prednost u odnosu na fundamentalni imperativ krivičnog postupka za utvrđivanjem istine. Naime, odlukom prvostepenog suda primenom § 42 u skladu sa § 451 stav 2 StPO obustavljen je postupak pokrenut protiv austrijskog državljanina Gustava Adolfa koji je bio optužen za nanošenje lake telesne povrede. Nezadovoljan odlukom jer je tvrdio da delo uopšte nije učinio, optuženi je uložio žalbu drugostepenom sudu. Nakon što je žalba odbijena, on se predstavkom obratio Evropskom sudu za ljudska prava, tvrdeći da je Okružni sud povredio čl. 6 st. 1, 2 i 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer mu nije bila pružena mogućnost da dokaže da delo nije učinio. Nasuprot tome Republika Austrija je istakla argumente koje je upotrebio austrijski Vrhovni sud i prema kojima primena § 42 ne ide na štetu okrivljenog, te ne zahteva potvrdu objektivnih i subjektivnih elemenata krivičnog dela, jer bi to bilo u nesaglasju sa osnovnom svrhom ovog paragrafa koji obezbeđuje procesnu ekonomiju. Ocena ispunjenosti uslova iz § 42 prema ovom stavu nije metodološki i suštinski identična utvrđivanju da je učinilac delo zaista učinio i da je za njega kriv. Drugim rečima, primena § 42 ne podrazumeva utvrđivanje već samo opis sumnje. Vid. O. Triffterer, „Sind § 42 StGB und seine Ausformung im Prozeßrecht mit Art 6 EMRK vereinbar?“ (1. Teil), *Österreichische Juristen-Zeitung*, 23/1982, str. 629. Evropska komisija za ljudska prava je smatrala da je povređen čl. 6 st. 2 Konvencije ali da nisu povređeni stavovi 1 i 3. Konačno, Sud je odlučio da u pomenutom slučaju nije bilo povrede odredaba čl. 6 Konvencije. Činjenica da je odluka donesena tesnom većinom glasova (4:3) ipak je na neki način ostavila spornim teorijsko pitanje da li je obličje § 42 u skladu sa pretpostavkom nevinosti i pravom na pošteno suđenje. Vid. *Case of Adolf v. Austria*, Application no. 8269/78, Judgment, 26. march 1982. Dostupno na: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

44 To je slučaj sa austrijskim krivičnim zakonodavstvom koje je od 1974. god. poznavalo institut dela malog značaja ali je reformom iz 2007. god. brisan § 42 StGB, te je ovo pitanje preseljeno u oblast krivičnog procesnog prava (§ 191 StPO pod gotovo identičnim uslovima koji su bili predviđeni u ranijem § 42 StGB dozvoljava mogućnost državnom tužiocu da odustane od krivičnog gonjenja u odnosu na bagatelna dela; takva je mogućnost, pod istim pretpostavkama, ostavljena i sudu koji do završetka glavnog pretresa može obustaviti postupak). Nedugo zatim, slovenački zakonodavac je postupio na sličan način. Reformom materije krivičnog prava iz 2008. god. slovenačko krivično zakonodavstvo je napustilo regulisanje instituta dela malog značaja (*dejanje majhnega pomena*) u materijalnom krivičnom pravu. Zakonodavac je u novoj kodifikaciji izostavio odredbu čl. 14 ranijeg zakona kojom je bila regulisana ova ustanova ali je istu problematiku preselio u polje krivičnog procesnog prava. Izmenama Zakona o krivičnom postupku predviđeno je delo malog značaja kao razlog za donošenje oslobađajuće presude. Pritom je pojam ovog instituta određen na isti način kao u ranijem zakonodavstvu (praktično je prepisana odredba ranijeg čl. 14 KZ o uslovima za postojanje ovog instituta).

*de lege ferenda*, bude sasvim prihvatljivo i za naše krivično pravo, iako je normativno prisustvo ove figure u oblasti materijalnog krivičnog prava, odnosno postojeće obličje ove ustanove zbog svoje kriminalnopolitički posmatrano nesporne dimenzije u stanju da nadvlada pravnodogmatsku nesavršenost.

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

## MINIMA NON CURAT PRAETOR

### SUMMARY

In accordance to adopted formal notion of criminal offence, the Criminal Code of Serbia, instead of institute of insignificant social danger, prescribes an act of minor significance as a legal ground for justification. Article 18 paragraph 1 of the Criminal Code states that an act which, although containing the elements of a criminal offence defined by law, is an act of minor significance, shall not be considered as the criminal offence. Paragraph 2 of this article states that an act is an act of minor significance if the degree of culpability of the perpetrator is minor, if there is absence or insignificance of detrimental consequences and if the general purpose of criminal sanctions does not require imposing of criminal sanction. Certainly, the most important characteristic of article 18, in comparison to former Serbian legislation, is paragraph 3, which states that the provisions of paragraph 1 and 2 of this article can be applied to criminal offences punishable by imprisonment up to 5 years or by fine. The author first explains the purpose of the institute from article 18. Consideration of each condition relevant for its appliance follows. At the end of this work different opinions on legal nature of this institute are been given.

**Key words:** insignificant social danger, act of minor significance, unlawfulness.

Natalija Lukić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## DEFINISANJE KORPORACIJSKOG KRIMINALITETA

**Apstrakt:** Cilj ovog rada je kriminološko određivanje pojma korporacijskog kriminaliteta. Nesagledive posledice po zdravlje i život ljudi, imovinu kao i životnu sredinu koje prouzrokuje ovaj tip kriminaliteta ukazuju na potrebu njegovog preciznog definisanja. Značaj takvih ponašanja uticao je i na našeg zakonodavca koji je nedavno usvojio rešenje po kome i pravna lica odgovaraju za krivična dela. U radu su analizirana ključna obeležja neophodna za definisanje korporacijskog kriminaliteta uz uzimanje u obzir krivičnopravnog i kriminološkog aspekta.

**Ključne reči:** korporacije, kriminalitet, krivična odgovornost pravnih lica, kriminalitet belog okovratnika.

### UVOD

Korporacijski kriminalitet predstavlja podvrstu kriminaliteta belog okovratnika a kriminolozi počinju da ga proučavaju pre više od jednog veka. Ukazivanje na posledice kršenja propisa od strane kompanija, koje po razmerama i težini daleko prevazilaze štetnost drugih oblika kriminaliteta, dovelo je i do usvajanja krivične odgovornosti pravnih lica u zakonima mnogih država. Postoji više razloga koji nameću potrebu određivanja pojma korporacijskog kriminaliteta i njegovog razumevanja. Prvo, u uslovima globalizacije koja podrazumeva i stvaranje multinacionalnih kompanija, rastu mogućnosti kršenja pravnih propisa i povećanja stope ovog oblika kriminaliteta. Drugo, kriminolozi su u poređenju sa klasičnim kriminalitetom (nasilnički i imovinski pri čemu su izvršiocima pre svega fizička lica), mnogo manje pažnje posvećivali kriminalnom delovanju kompanija. To je i uticalo na usvajanje gledišta po kojima takvo ponašanje ne može biti okarakterisano kao kriminalno već pre kao nepoštovanje poslovne prakse i propisa. Uz nezainteresovanost medija, slučajeve u kojima kršenje propisa nije dovelo do smrti ili povreda ljudi ili se radilo o nehatnom postupanju kompanijskog vrha, mišljenja po kojima su najopasniji kriminalci ubice i razbojnici ostala su dominantna. Definisanje i razumevanje korporacijskog kriminaliteta je važno i zbog određivanja najadekvatnijih mera u cilju njegovog suzbijanja.

### KRIMINALITET BELOG OKOVRATNIKA

Sve do kraja XIX veka interesovanje kriminologa bilo je orijentisano ka objašnjenju i razumevanju klasičnog kriminaliteta. Na opasnost od krivičnih dela koja

\* saradnik u nastavi, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

vrše lica na visokim društvenim položajima prvi su ukazali Bonger a potom i Ross<sup>1</sup>. Ipak, sveobuhvatnu studiju o kriminalitetu lica iz visokih društvenih slojeva dao je sredinom XX veka Edwin Sutherland. Ovaj autor je definisanjem kriminaliteta belog okovratnika srušio jednu od velikih zabluda koja je do tada vladala u kriminološkim koncepcijama, a to je da su izvršioi imovinskih krivičnih dela pre svega pripadnici nižih i siromašnih društvenih slojeva. Sutherland definiše kriminalitet belog okovratnika kao kršenje krivičnih ali i drugih pravnih normi od strane lica na visokim društvenim položajima koja ta dela vrše u okviru svojih profesija<sup>2</sup>. Pored uzimanja u obzir socijalnih obeležja učinioca, što je kasnije od mnogih autora bilo kritikovano, Sutherland pod kriminalitet belog okovratnika podvodi i ponašanja koja nisu sankcionisana krivičnim već upravnim i građanskim pravom. Ovde bi trebalo napomenuti da je Sutherland smatrao da se u kriminalnim statistikama u najvećem broju slučajeva kao izvršioi krivičnih dela pojavljuju siromašni i ljudi iz nižih slojeva zbog moći i uticaja koji bogati imaju, ne samo u pogledu nevođenja krivičnih postupaka protiv njih, već i u pogledu kreiranja krivičnog zakonodavstva. Krivično pravo u tom periodu nije obuhvatalo neka ponašanja koja su danas u većini krivičnih zakonodavstava predviđena kao dela protiv privrednog poslovanja, što je po Sutherland-u posledica uticaja viših društvenih slojeva. Time se može objasniti njegovo šire gledište ove vrste kriminaliteta koje prevazilazi okvire krivičnog zakona. Ovakvo shvatanje je, između ostalih, kritikovao Paul Tappan koji smatra da je neadekvatno označavati kao kriminalitet one postupke koji nisu krivičnopravno sankcionisani a kriminalcima ljude koji nisu izvršili krivično delo<sup>3</sup>. Druga vrsta kritike Sutherland-ovog gledišta odnosila se na socijalno obeležje prekršioca zakona kao bitan element u definisanju kriminaliteta belog okovratnika. Neki autori smatraju da je uzimanje u obzir socijalnih obeležja naročito sporno sa aspekta pravne sigurnosti. Primer za to može biti uvođenje pojma kriminaliteta belog okovratnika u zakone, što je u SAD-u već učinjeno<sup>4</sup>, a što u primeni zakonskih odredbi dovodi do problema jer ne postoji saglasnost oko definicije ove vrste kriminaliteta kao ni usvojeni precizni kriterijumi za određivanje da li jedno lice pripada višem društvenom sloju. Izbegavajući uključivanje socijalnog obeležja, kriminalitet belog okovratnika se definiše kao kršenje pravnih normi u okviru legitimnih profesija<sup>5</sup>. Ovakvom definicijom se ipak gubi suštinska odlika kriminaliteta belog okovratnika koja podrazumeva zloupotrebu poverenja od strane lica na visokim društvenim položajima

- 1 Na početku XX veka Ros upozorava na kriminalnu delatnost vlasnika velikih kompanija kao i direktora, koji eksploatišu i manipulišu ljudima u cilju ostvarivanja profita, pri čemu uživaju ugled i poštovanje u zajednici.-navedeno prema: Ross E., *Sin and society: An Analysis of Latter-Day Iniquity*, Boston, 1907., str. 48-49.
- 2 Simpson S., Benson M., *White collar crime, An opportunity perspective*, New York, 2009., str. 5-6.
- 3 *The Sage dictionary of Criminology*, McLaughlin E., Muncie J. (ur.), London, 2001., str. 320.
- 4 Pored zakona nekoliko američkih država u koje je uveden pojam kriminaliteta belog okovratnika, 2002. godine, posle ilegalnog poslovanja kompanija kao što su WorldCome i Enron , donet je Sarbanes-Oxley zakon sa ciljem suzbijanja sličnih ponašanja kompanija i pojedinaca. U glavi IX ovog zakona, koja nosi naziv "Kriminalitet belog okovratnika-pojačane sankcije", zakonodavac za određena krivična dela ovih lica predviđa strože kazne u odnosu na one zaprećene u krivičnom zakonu SAD-a. Navedeno prema: Green S., *The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory, Buffalo Criminal Law review*, Volume 8, Number 1 April 2004, University of California, USA., str. 22.
- 5 Simpson S., Benson M., *White collar crime...* op. cit., str. 15.

u okviru kojih krše pravne norme. Po navedenoj definiciji, nema razlike između pronevere koju na radnom mestu i okviru legitimne profesije učini automehaničar i pronevere direktora u kompaniji. Isto tako, ova definicija bi obuhvatala krivična dela, ili kršenje drugih pravnih normi, od strane npr. policijskih službenika, taksista i sl. što svakako nije prihvatljivo kada se definiše kriminalitet belog okovratnika.

## KORPORACIJSKI KRIMINALITET

Kada je definisao kriminalitet belog okovratnika, Sutherland je razlikovao kršenje pravnih propisa od strane fizičkih lica i kompanija sa druge strane. Da bi izbegli definiciju koja uključuje socijalna obeležja učinioca, Clinard i Quinny su predložili da se termin kriminalitet belog okovratnika zameni sa dva nova. Prvi je korporacijski kriminalitet pod kojim se podrazumeva kršenje pravnih normi od strane pravnih lica odnosno fizičkih lica u korist kompanije. Drugi je kriminalitet profesija koji se odnosi na kršenje pravnih propisa od strane fizičkih lica u okviru njihovih legitimnih profesija i zarad lične koristi. Iako su ovi autori pod kriminalitetom profesija podrazumevali određena dela kao što je pronevera, prevara potrošača, povreda propisa o radu, neplaćanje poreza<sup>6</sup> ostaje napred navedeni prigovor zbog neuzimanja u obzir socijalnih obeležja prestupnika.

Dileme koje se javljaju u definisanju kriminaliteta belog okovratnika postoje i kod preciziranja pojma korporacijskog kriminaliteta. Autori poput Reis-a i Bederma-a smatraju da pod kriminalitet korporacija treba podvesti kršenje pravnih normi uz zloupotrebu pozicije moći, uticaja ili poverenja u ekonomskoj organizaciji zarad ostvarivanja ličnog ili cilja kompanije<sup>7</sup>. Ova definicija uzima kao bitan element položaj i odgovornost fizičkih lica koja krše norme u svom ili interesu kompanije dok zanemaruje vrstu propisa koje se krše. Sa druge strane, autori poput John Braithwait-a smatraju da položaj zaposlenog koji prekrši neku pravnu normu u interesu kompanije nije relevantan za pripisivanje odgovornosti pravnom licu<sup>8</sup>.

Na osnovu navedenog, može se zaključiti da u kriminološkom definisanju korporacijskog kriminaliteta postoje dva ključna pitanja. Prvo se odnosi na krug ponašanja koji treba da bude obuhvaćen ovim kriminalitetom a drugo na karakteristike lica koja za račun korporacije krše zakon. U analiziranju ova dva pitanja biće uzeta u obzir i zakonska rešenja krivične odgovornosti pravnih lica, kako u uporednom zakonodavstvu tako i prema našem Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (u daljem tekstu ZOPL).

## KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT

Većina pravnih sistema evropsko-kontinentalnog i anglosaksonskog područja prihvata krivičnu odgovornost pravnih lica. Modeli te odgovornosti su različiti ali je među njima moguće izdvojiti tri podele. Prvo, odgovornost pravnih lica može biti

6 Green S., *The Concept of White Collar...* op. cit., str. 9.

7 Simpson S., Benson M., *White collar crime...* op.cit. str. 25.

8 Simpson S., *Corporate crime, law and social control*, Cambridge, 2002., str 7.

izvedena ili autonomna. Izvedena krivična odgovornost podrazumeva postojanje krivičnog dela koje vrši zaposleni u pravnom licu i koje je osnov krivične odgovornosti pravnog lica. Veza između pravnog i fizičkog lica se ogleda u činjenici da fizičko lice postupa u okviru svojih ovlašćenja i za račun pravnog lica<sup>9</sup>. Autonomna ili originarna odgovornost se zasniva na ponašanju samog pravnog lica. To može biti odgovornost zbog slabe organizacije pravnog lica ili odgovornost zbog propusta pravnog lica u vršenju nadzora<sup>10</sup>. Usvajanje ovakvog modela krivične odgovornosti pravnog lica je motivisano pre svega kriminalno-političkim razlozima. U zemljama EU je retko prihvaćeno jer odstupa od načela individualne subjektivne odgovornosti koje je svojstveno krivičnom pravu evropskih država. Drugo, odgovornost pravnog lica može biti subjektivna ili objektivna u zavisnosti od toga da li se zahteva krivica izvršioca ili ne. Izvedena odgovornost je po pravilu subjektivna ali je moguće i drugo rešenje kada pravno lice odgovara bez obzira na postojanje krivice fizičkog lica. Autonomna odgovornost takođe može biti objektivna i subjektivna. U ovom drugom slučaju krivicu predstavlja kriminalni duh, odnosno kriminalna subkultura kompanije<sup>11</sup>. I na kraju, odgovornost pravnih lica može biti supsidijarna i kumulativna. Osnov razlikovanja je u tome da li za krivično delo odgovara samo fizičko ili pravno lice ili za jedno krivično delo odgovaraju i fizičko i pravno lice.

ZOPL predviđa izvedenu, subjektivnu i kumulativnu odgovornost. U članu 6 predviđeno je da će pravno lice biti krivično odgovorno za delo koje u okviru svojih poslova odnosno ovlašćenja učini odgovorno lice u nameri da za pravno lice ostvari korist. Odgovornost postoji i ako je zbog nepostojanja nadzora ili kontrole od strane odgovornog lica omogućeno izvršenje krivičnog dela u korist pravnog lica od strane fizičkog lica koje deluje pod nadzorom i kontrolom odgovornog lica<sup>12</sup>. U zakonu je određen i pojam odgovornog lica. To je fizičko lice kome je pravno ili faktički poveren određeni krug poslova u pravnom licu, kao i lice koje je ovlašćeno, odnosno za koje se može smatrati da je ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica<sup>13</sup>. Nije potrebno da krivično delo bude dovršeno već će odgovornost pravnog lica postojati i u slučaju kašnjenog pokušaja. Namera pribavljanja koristi za pravno lice se vezuje za ovlašćenja odnosno poslove odgovornog lica a ne isključivo za krivično delo. U suprotnom bi odgovornost pravnog lica bila sužena. Treba ipak napomenuti da mora postojati bliska veza između ovlašćenja odgovornog lica i krivičnog dela koje iz njih proističe<sup>14</sup>. ZOPL u članu 35 predviđa mogućnost vođenja krivičnog po-

9 Postoje dve doktrine kojima se opravdava pripisivanje odgovornosti fizičkog lica pravnom licu. Prva je teorija identifikacije koja je nastala u Engleskoj i po kojoj se rukovodioci u kompanijama identifikuju sa pravnim licem i njihova krivica pripisuje pravnom licu. Druga je vikarijska ili doktrina *respondeat superior* koja je razvijena u SAD-u i koja proširuje odgovornost pravnih lica za krivična dela svih zaposlenih u korist pravnog lica. Navedeno prema: Đurđević Z., Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 10, broj 2/2003, str. 719–770.

10 *Ibidem*.

11 Takvo rešenje postoji u Australiji.

12 *Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*, čl. 6, Službeni glasnik RS, 97/2008.

13 Čl. 5 tač.2 ZOPL.

14 Više o tome: Stojanović Z., Shine R., Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, Podgorica, 2007, str. 60.

stupka prema pravnom licu u slučaju da ne postoji mogućnost pokretanja ili daljeg vođenja krivičnog postupka protiv određenog fizičkog lica. Na taj način je zakonodavac omogućio postojanje krivične odgovornosti pravnih lica i kada, iz procesnih razloga, za izvršeno krivično delo ne odgovara fizičko lice.

## KRUG PONAŠANJA KOJA TREBA OBUHVATITI KORPORACIJSKIM KRIMINALITETOM

U našem pravu je do nedavno nedozvoljeno ponašanje pravnih lica bilo sankcionisano kaznenim pravom, tj. pravom privrednih prestupa i prekršaja pri čemu su te odredbe i dalje na snazi. Sa donošenjem ZOPL-a, pravno lice može, pod određenim uslovima, biti odgovorno za bilo koje krivično delo koje poznaje naše osnovno i sporedno krivično zakonodavstvo. Kako se, sa druge strane, pod kriminalitetom kao pojmom podrazumeva ukupnost krivičnih dela učinjenih na jednoj teritoriji i određenom vremenskom periodu trebalo bi i korporacijski kriminalitet ograničiti na onaj krug ponašanja za koje je zakonodavac smatrao da treba da budu krivično sankcionisana. Ovo je naročito važno kada su u pitanju krivična dela protiv privrede koja po svojoj prirodi predstavljaju dela *mala prohibita* i kod kojih najpre može doći do izražaja ograničenost krivičnog prava kao sredstva u suzbijanju kriminaliteta. Norme koje nisu *mala in se*, po svojoj prirodi nemaju karakter moralnih normi već pre tehničkih a takva krivična dela su često, zbog njihove promenljivosti, nepoznata građanima. Tako je npr. ranije postojalo krivično delo zloupotrebe privilegovanih informacija u članu 244. Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata koje je ukinuto novim Krivičnim zakonikom. Imajući u vidu da se kod dela *mala prohibita* javlja problem u pogledu opravdanosti tih inkriminacija, kriminalitet korporacija ne treba proširivati i na ponašanja koja su sankcionisana kao prekršaj, privredni prestup ili delikt u građanskom pravu a naročito imajući u vidu da KZ sadrži veliki broj krivičnih dela u glavi „*Dela protiv privrede*“. Čak je novim izmenama pomenutog zakona uvedena još jedna inkriminacija u ovu oblast<sup>15</sup> čime je nastavljen trend povećanja krivične represije uz paradoksalno shvatanje o ograničenosti krivičnog prava kao sredstva u suzbijanju kriminaliteta<sup>16</sup>. Stoga je, čini se, nestao razlog koji je isticao Sutherland u prilog širem definisanju, jer ona ponašanja kompanija koja su u to vreme bila van krivičnog prava, sada čine njegov sastavni deo. Još jedan argument u prilog neobuhvatanja i drugih pravnih propisa navodi Tappan, koji kritikujući Sutherland-a, sa pravom ukazuje da je neopravdano ljude koji nisu izvršioi krivičnih dela etiketirati kao kriminalce a kršenje propisa o poslovanju kriminalitetom. Na isti način Tomašić ističe da treba praviti razliku između kršenja krivičnih i ostalih pravnih propisa od strane korporacija i da se samo prvo postupanje može podvesti pod korporacijski kriminalitet<sup>17</sup>.

15 Čl. 229a KZ, Službeni glasnik RS 72/09.

16 Stojanović Z., Krivično pravo i drugi oblici reakcije na društveno opasna ponašanja, *Naša zakonitost*, br. 8, Zagreb 1985., str. 936.

17 Tomasic R., *Corporate crime.. op. cit.*, str. 256.

## LICA KOJA VRŠE KRIVIČNA DELA U KORIST KOMPANIJE

U kriminološkim definicijama korporacijskog kriminaliteta najčešće nije precizirano ko su lica koja za račun kompanije vrše krivična dela. Kako je napred navedeno autori imaju dva pristupa. Jedan uključuje socijalna obeležja fizičkih lica, drugi ne. Sanders u tom smislu zauzima stav kako korporacije treba smatrati odgovornim u slučajevima kršenja propisa od strane njihovih elita jer su one te koje donose odluke a ne ostali zaposleni koji ih samo sprovode<sup>18</sup>. Po drugačijim mišljenjima odgovorno lice je npr. direktor, rukovodilac, menadžer kao i svaki drugi zaposleni u pravnom licu<sup>19</sup>. U skladu sa napred navedenom teorijom o autonomnoj subjektivnoj odgovornosti pravnih lica za krivična dela, neki kriminolozi smatraju da kriminalitet korporacija postoji nezavisno od fizičkih lica koja postupaju za njen račun već se odgovornost kompanija bazira na sopstvenoj krivici. Tako npr. Yeager, na osnovu sprovedenog istraživanja, ukazuje da se korporacijski kriminalitet ne može objasniti isključivo teorijom pritiska, po kojoj do kršenja propisa od strane kompanija dolazi pre svega iz ekonomskih razloga i zarad sticanja profita. U obzir treba uzeti korporacijsku subkulturu koja često dozvoljava ili tretira kao poželjno nekonformističko ponašanje. Istraživanje je pokazalo da veliki broj kršenja propisa predstavlja rutinu ili se barem uklapa u atmosferu u kompaniji a takvo ponašanje se smatra prihvatljivim i uobičajenim. Prilikom socijalizacije zaposlenih u ovu subkulturu, usvajaju se ciljevi kompanije kao legitimni a kršenje propisa, koje se koristi kao sredstvo u ostvarivanju istih, se relativizuje i usvaja kao neophodno. Ako za ostvarenje cilja postoje dva sredstva, npr. otpuštanje radnika ili falsifikovanje profita u bilansnim knjigama, menadžeri se odlučuju za drugo rešenje jer takvo postupanje neće biti okarakterisano kao nemoralno a prouzrokuje manju štetu<sup>20</sup>. Na sličan način koriste se i druge tehnike neutralizacije o kojima je govorio Matza<sup>21</sup>. Objasnjenje korporacijskog kriminaliteta uzimanjem u obzir korporacijske subkulture daje i S. Simpson. Po ovoj autorki obrasci ponašanja u korporacijskim subkulturama utiču na donošenje odluka i socijalizaciju menadžera i zaposlenih koji uče i prihvataju kao dozvoljena i poželjna određena legalna i ilegalna ponašanja zarad ostvarivanja definisanih ciljeva kompanije<sup>22</sup>.

Što se tiče pravnog aspekta, ZOPL definiše pojam odgovornog lica na širok način što ostavlja mogućnost interpretacije po kojoj odgovorno lice može biti svaki zaposleni a dovoljno je da za korist pravnog lica učini krivično delo u okviru poslova koji su mu pravno ili faktički povereni. Ovakvo rešenje je prihvaćeno u pravu

18 Sanders J, Hamilton L. i drugi, Distributing responsibility for wrongdoing inside corporate hierarchies: Public judgments in three societies, -u: Simpson S, Gibbs C (ur.), *Corporate crime*, Hampshire, 2007., str. 247–287.

19 *Ibidem*.

20 Yeager P, Understanding Corporate Lawbreaking: From profit seeking to Law finding-u: H. N. Pontell, G. Geis, *International Handbook of white-collar and corporate crime*, New York, 2007., str. 25–49.

21 U pitanju su takve tehnike kojima izvršilac krivičnog dela nalazi opravdanje za svoje delo, npr. poricanje postojanje žrtve, poricanje štete, osuda onih koji osuđuju i sl.

22 Simpson S., *Corporate crime, law and social control...op. cit.*, str. 7.



američkih država ali se u poslednje vreme javljaju mišljenja po kojima bi trebalo suziti pojam odgovornog lica. On bi u tom smislu trebao da se odnosi samo na ona fizička lica koja na osnovu svojih ovlašćenja predstavljaju volju pravnog lica (direktori, rukovodioci) dok bi za krivična dela ostalih zaposlenih pravno lice odgovaralo ako je postojalo naređenje ili izričito odnosno prećutno odobrenje nadređenih u pravnom licu<sup>23</sup>. Razlog za preispitivanje postojećeg rešenja ogleda se u rezultatima nekih istraživanja koja pokazuju da široko krivično pravno reagovanje ne utiče na redukovanje korporacijskog kriminaliteta. Krivični zakonik definiše pojam odgovornog lica na precizniji način<sup>24</sup>. S obzirom na tu odredbu KZ-a, čini se da drugačije određenje pojma odgovornog lica u ZOPL-u pokazuje intenciju zakonodavca da omogući krivičnu odgovornost pravnih lica u širem obimu<sup>25</sup>. Stoga bi pojam odgovornog lica u ZOPL-u u praksi trebalo ograničiti na ona fizička lica koja zaista predstavljaju volju pravnog lica a to su najčešće direktor, članovi upravnog i nadzornog odbora. Pored ovog formalnog kriterijuma, sud bi u svakom konkretnom slučaju trebao faktički da proceni da li je u pitanju odgovorno lice uzimajući u obzir kriterijume poput stvarnog doprinosa u izvršenju krivičnog dela, konkretna ovlašćenja u kompaniji, uticaj na donošenje odluka i sl. U slučaju da je krivično delo rezultat delovanja drugih zaposlenih, ZOPL predviđa zasnivanje odgovornosti pravnog lica ako je zbog nepostojanja nadzora ili kontrole od strane odgovornog lica omogućeno izvršenje krivičnog dela u korist pravnog lica od strane fizičkog lica koje deluje pod nadzorom i kontrolom odgovornog lica. Pored ove odredbe, koja omogućava krivično gonjenje pravnih lica u širokom obimu, u članu 7 ZOPL-a predviđeno je vođenje krivičnog postupka prema pravnom licu i kada je postupak prema odgovornom licu obustavljen. Ima mišljenja da bi krivični postupak mogao da se vodi samo protiv

- 23 Tako npr. Hefendehl zastupa stav o užem definisanju odgovornog lica a na osnovu rešenja koje predviđa Model Penal Code, zakon saveznog karaktera. Države nisu u obavezi već mogu optirati da li će usvojiti ovakvo rešenje ili predvideti da pravno lice odgovara za krivično delo bilo kog zaposlenog. Za sada je veći broj onih država koje usvajaju drugo navedeno rešenje. Više o tome: Hefendehl R., *Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems*, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4:283. U svrhu preciziranja odgovornosti pravnih lica u SAD-u su doneta pravila Organizational Guidelines u kojima postoje kriterijumi odmeravanja krivice pravnog lica. Stepenovanje je određeno parametrima poput: učestvovanje kompanijskog vrha u kriminalnoj delatnosti, ranije ponašanje i osuđivanost, postupanje po izvršenom delu i slično. Više o tome u: Laufer W., *Corporate bodies and guilty minds : the failure of corporate criminal liability*, Chicago, 2006., str. 57.
- 24 Pojam odgovornog lica obuhvata vlasnika preduzeća ili drugog subjekta privrednog poslovanja ili lica koje u preduzeću, ustanovi ili drugom subjektu kojem je, s obzirom na njegovu funkciju, uložena sredstva ili na osnovu ovlašćenja, poveren određeni krug poslova u upravljanju imovinom, proizvodnji ili drugoj delatnosti ili u vršenju nadzora nad njima ili mu je faktički povereno obavljanje pojedinih poslova-čl. 112, st. 5.
- 25 Takvo rešenje ne odstupa mnogo od definisanja pojma odgovornog lica u Zakonu o privrednim prestupima po kome je odgovorno ono lice kome je poveren određen krug poslova u oblasti finansijskog ili privrednog poslovanja (čl. 8, st. 1). Po ovom zakonu pravno lice je odgovorno za privredni prestup ne samo ako je on učinjen od strane odgovornog lica već i od organa upravljanja ili drugog lica koje je imalo ovlašćenje da postupa u ime pravnog lica (čl. 9). Iako privredni prestupi predstavljaju vrstu kaznenih delikata, oni su po kvalitetu drugačiji od krivičnih dela i u tom smislu lakši oblik povrede dobara koja se štite i krivičnim pravom što bi trebalo da ima uticaja prilikom regulisanja odgovornosti pravnih lica za krivična dela.

pravnog lica u slučaju da je odgovorno lice nepoznato ali samo kada se radi o težim krivičnim delima kada bi takvo postupanje bilo kriminalno-politički opravdano<sup>26</sup>.

## ZAKLJUČAK

Na osnovu svega što je napred navedeno korporacijski kriminalitet bi se mogao kriminološki definisati na sledeći način: „Oblik imovinskog kriminaliteta koga čine krivična dela predviđena u krivičnom zakonodavstvu, izvršena od strane lica na visokim položajima u okviru korporacija i za njen račun“. Pod korporacijski kriminalitet bi trebalo podvesti isključivo krivična dela a ne druga kažnjiva ponašanja. U suprotnom bi bio veoma proširen pojam korporacijskog kriminaliteta a takođe bi bilo neopravdano lica koja izvrše prekršaj ili privredni prestup osloviti kao kriminalce. Uzimanje u obzir karakteristika lica koja vrše krivična dela predstavlja bitno obeležje ove vrste kriminaliteta. Razlozi za uvođenje krivične odgovornosti pravnih lica su posledice pre svega teških krivičnih dela protiv zdravlja ljudi, životne sredine i dela protiv privrednog poslovanja. Ta krivična dela nisu bila izvršena od strane bilo kojih zaposlenih lica već pre svega od strane korporacijskog „vrha“ što ide u prilog definisanju ove vrste kriminaliteta uz uzimanje u obzir položaja izvršilaca.

## LITERATURA

- Bajović V., Pravno lice kao okrivljeni u krivičnom postupku, *Pravo i privreda*, broj 4–6, 2010.
- Durđević Z., Kaznena odgovornost i kazneni postupak prema pravnim osobama u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 10, broj 2/2003.
- Green S., The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory, *Buffalo Criminal Law Review*, Volume 8, Number 1 April 2004, University of California, USA.
- Hefendhel R., Corporate Criminal Liability: Model Penal Code Section 2.07 and the Development in Western Legal Systems, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4:283.
- Ignjatović Đ., Određenje kriminaliteta belog okovratnika, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–3, Beograd, 1996.
- Ignjatović Đ., *Kriminologija*, Beograd 2009.
- Kramer R., Michalowski R., Kauzlarich D., The origins and development of the concept and theory of state-corporate crime, *Crime & Delinquency*, Vol. 48, No. 2, 2002.
- Laufer W., *Corporate bodies and guilty minds: the failure of corporate criminal liability*, Chicago, 2006.
- McLaughlin E., Muncie J. (ur.), *The Sage dictionary of Criminology*, London, 2001.
- Ross E., *Sin and society: An Analysis of Latter-Day Iniquity*, Boston, 1907
- Sanders J, Hamilton L. i drugi, Distributing responsibility for wrongdoing inside corporate hierarchies: Public judgments in three societies,-u: Simpson S, Gibbs C (ur.), *Corporate crime*, Hampshire, 2007.
- Simpson S., *Corporate crime, law and social control*, Cambridge, 2002.
- Simpson S., Benson M., *White collar crime, An opportunity perspective*, New York, 2009.

26 Više o tome: Bajović V., Pravno lice kao okrivljeni u krivičnom postupku, *Pravo i privreda*, broj 4–6, 2010., str. 488–503.

- Stojanović Z., Krivično pravo i drugi oblici reakcije na društveno opasna ponašanja, *Naša zakonitost*, br. 8, Zagreb 1985.
- Stojanović Z., Shine R., Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična djela, Podgorica, 2007.
- Tomasic R., Corporate crim –u: Chappell D., Wilson P. (ur.), *The Australian Criminal Justice System-The Mid 1990s*, Sydney 1994.
- Yeager P., Understanding Corporate Lawbreaking: From profit seeking to Law finding-u: H. N. Pontell, G. Geis, *International Handbook of white-collar and corporate crime*, New York, 2007.

Natalija Lukić

Faculty of Law, University of Belgrade

## DEFINING CORPORATE CRIME

### SUMMARY

Corporate crime is a part of white collar crime, defined by E. Satherlend in the middle of XX century. There are many reasons for defining corporate crime. Beside great damages caused by this type of crime, it is important to point out that corporate crime doesn't represent the infringement of business policy or civil law rules. On the contrary, it is a serious crime. Realizing that fact, many countries have decided to adopt the solution by which the legal persons are responsible for criminal acts.

Criminologists have different attitudes about crucial questions in defining white collar crime. One of them refers to circle of unlawful behaviours which should be a part of this crime, and another to question of social characteristics of offenders. To avoid this, R. Quinney suggests to divide white collar crime into corporate and crime of professions. From that moment, criminologists define corporate crime together with white collar crime or as a separate type. Considering the wide range of criminological theoretical approaches, it is notable that two controversial questions in defining white collar crime are of the same importance for definition of corporate crime. In this paper author indicates that it is inappropriate to subsume under the corporate crime acts punishable by law of torts or civil law. In Serbian criminal law exists a large number of criminal acts against human health, environment and business operations. Also, hyper criminalization and retributive approach have not been proved as appropriate ways in reducing this type of crime. Social characteristics are important in defining this crime. Opposite approach does not provide difference between criminal acts committed by employees, who just carry out orders of their superiors, and on the other hand criminal acts committed by managers and directors who represent will of the legal entity.

Corporate crime should be defined in the following way: „Type of property crime consisted of criminal acts which are committed by persons on high positions within and on behalf of the corporation“.

**Key words:** corporations, crime, criminal liability of legal persons, white collar crime.

## KRIVIČNI POSTUPAK U SVETLU PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

**Apstrakt:** Baveći se problemom trajanja krivičnog postupka u Republici Srbiji, pokušali smo da fokus njegovog sagledavanja pomerimo na pitanje prava na suđenje u razumnom roku. Počev od traganja za što preciznijim određenjem samog pojma, nastojali smo da uočimo ključne probleme koji prouzrokuju predugo trajanje krivičnih postupaka kod nas, ali i da skrenemo pažnju na mehanizme koji pomažu da se ovaj problem, ako ne reši, a ono bar ublaži. Najzad, završni deo rada, posvećen je zaštiti koja stoji na raspolaganju licu koje smatra da mu je pravo na suđenje u razumnom roku povređeno, kako pred domaćim sudovima, tako i pred međunarodnim institucijama.

**Ključne reči:** krivični postupak, suđenje u razumnom roku.

### 1. UVOD

„Kazna je utoliko pravednija i korisnija što je hitnija, što je brže nastupila po učinjenom delu. Kažem pravednija jer je tada krivac pošteđen okrutnih i nepotrebnih muka koje se povećavaju u meri u kojoj su njegova mašta i osećanje nemoći izraženiji. (...) Postupak se ima završiti u što kraćem vremenu. Ima li okrutnijeg suprotstavljanja od sudara sudijine ravnodušnosti i okrivljenikovih strepnji?“<sup>1</sup>

Svedoci smo činjenice da već godinama ne jenjava aktuelnost pitanja vezanih za predugo trajanje krivičnih postupaka kod nas. Traganje za uzrocima ovog problema često se završava kao stihijska i višednevna medijska hajka, usmerena ka nosiocima sudijske i tužilačke funkcije. O predugom trajanju krivičnog postupka obično se govori samo u svetlu neažurnosti i neefikasnosti pravosuđa koje prouzrokuje dodatne troškove za državu i pogoduje kriminalcima, dok se potpuno zanemaruje pretpostavka nevinosti i jedno od osnovnih prava okrivljenog – pravo da mu bude suđeno u razumnom roku. Upravo zbog toga, smatramo opravdanim da polazna tačka svake rasprave na temu trajanja krivičnog postupka, i ujedno ideal kome se teži, mora biti pravo na suđenje u razumnom roku. Ako krenemo od ovako definisanog polazišta nužno se nameće potreba za pronalaženjem onih mehanizama kojima raspolaže krivično procesno pravo Srbije, a koji kao osnovnu ili jednu od funkcija, imaju upravo pojednostavljenje i ubrzanje krivične procedure. Istovremeno, analizom pojedinih faza postupka, moguće je identifikovati kritične tačke koje otežavaju

\* saradnik u nastavi, milica.kolakovic@ius.bg.ac.rs

1 Ovako, Cesare Beccaria u *O zločinama i kaznama* /Ignjatović, 2006:61/.

ili onemogućavaju poštovanje prava na suđenje u razumnom roku i prouzrokuju neprimereno dugo trajanje postupaka.

## 2. POJAM, IZVORI I SADRŽINA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Pravo na suđenje u razumnom roku evoluiralo je zajedno sa pravom na pravično suđenje, čiji je element. Ova evolucija, transformisala je princip pravičnog suđenja iz skupine heterogenih definicija koje su se najčešće zasnivale na jednakosti oružja (*equality of arms*) i razumnom trajanju postupka, u jedan od elementarnih pravnih standarda na kojima su zasnovani temelji savremenih krivičnih procedura.<sup>2</sup> Njegova sadržina, danas je definisana u čitavom nizu najznačajnijih međunarodnih dokumenata, od kojih treba izdvojiti: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. (član 14 stav 3c), Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama iz 1950, Dodatni protokol uz konvenciju zaključen 1952. i Statut Haškog tribunala za bivšu Jugoslaviju iz 1993. godine (član 21 stav 4).<sup>3</sup> Dalja konkretizacija prava na suđenje u razumnom roku postignuta je i kroz Smernice Evropske komisije za efikasnost pravosuđa (*The European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ*), sadržane u Okvirnom programu formulisanom u Strazburu 2004, a „koje treba da doprinesu ostvarivanju ideje o procesuiranju svakog predmeta u optimalnom i doglednom roku.“ /Žarković, M. & Oparica, M, 2006:161/. Od izuzetnog značaja je i Praksa Suda za ljudska prava u Strazburu i Komiteta za ljudska prava Ujedinjenih nacija.

Evropska konvencija pojam prava na suđenje u razumnom roku daje kroz određenje prava na pravično suđenje, pa tako član 6, stav 1 glasi: „Svako tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona.“

Bejatović /2002:24/ pravo na suđenje u razumnom roku naziva kvantitativnom komponentom efikasnosti krivičnog postupka, dok kao kvalitativnu komponentu postupka ističe zakonitost vođenja postupka i donošenje zakonite odluke. Isti autor ističe neophodnost usklađivanja kvalitativne i kvantitativne komponente, navodeći da se „efikasnim krivičnim postupkom može smatrati samo onaj postupak u kojem je u realno kratkom vremenskom intervalu od njegovog pokretanja pa do njegovog okončanja, uz poštovanje zakonitosti njegovog vođenja, donesena pravilna i zakoni-

2 Smatramo ispravnim shvatanje pojma međunarodno pravnog standarda koje daje Beljanski /2001: 10/, kao „ono što pripada pravu ex aequo et bono, što se u svom elementarnom pravnom obliku ustalilo, bilo kao ideja, bilo kao pravna činjenica; što jeste ili što bi moglo predstavljati univerzalni minimum nekog pravnog pravila, nezavisno od toga da li je sastavni deo pozitivnog unutrašnjeg ili međunarodnog prava.“ On međunarodno pravni standard kvalifikuje kao rezultat napredovanja relacijske norme do načela. Slično se o ovom pitanju izjašnjava i Dimitrijević /1985:42/, objašnjavajući da međunarodno pravni standardi izrastaju iz pravila utvrđenih međunarodnim dokumentom „ponavljanjem u mnogim drugim sličnim aktima univerzalne, regionalne i nacionalne prirode.“

3 Ističući da su slobode i prava zajemčeni pomenutim međunarodnim dokumentima postali opšteprihvaćeni, Grubač /1998: 20/ napominje da je njihov karakter još uvek daleko od apsolutnog.

ta pravnosnažna sudska odluka.“ /2002:26/ Slično se izjašnjava i Carić /2007:12/, navodeći da pravo na suđenje u razumnom roku ima subjektivnu komponentu, koja se ogleda u interesima lica prema kome se postupak vodi, i objektivnu, koja se odnosi na interes pravne sigurnosti i vladavine prava uopšte. Beljanski /2001:116/ pravo na suđenje u razumnom roku smatra zaštitom okrivljenog od mogućnosti da se dugo trajanje sudske postupka i njegovo nepotrebno odugovlačenje, sa svim negativnim posledicama u koje svakako treba uvrstiti psihički pritisak izazvan neizvesnošću, ugrožavanje porodičnih i materijalnih prilika, degradaciju socijalnog statusa i moralnog integriteta, samo po sebi pretvori u svojevrsnu kaznu.

Koji bismo rok, u kome bi trebalo da se okonča sudski postupak, mogli smatrati razumnim? Milutinović /2007/ navodi da vreme koje se smatra razumnim, predstavlja vreme u kome treba putem sudske odluke da bude okončana nesigurnost u kojoj se građanin nalazi u pogledu svog građanskopravnog položaja ili zbog krivične optužbe protiv njega. Iako izražava suštinu ovog prava, pomenuta odrednica nije od velikog praktičnog značaja.

Kroz praksu Evropskog suda se iskristalisalo nekoliko bitnih činilaca za određenje pojma razumnog roka, među kojima su složenost predmeta, ponašanje podnosioca predstavke, kao i ponašanje sudskih organa države. /Mol & Harbi, 2007:44/ Za preciznije određenje ovog pojma, ipak je neophodno odgovoriti na nekoliko ključnih pitanja:

Najpre, kako tumačiti pojam krivične optužbe (krivične stvari)? Carić /2007:78/ objašnjava da se u praksi suda pojam krivične stvari tumači u skladu sa klasifikacijom norme kojom je regulisano inkriminisano delo u nacionalnom zakonodavstvu, kao i prirodno inkriminisanog dela, te vrstom i težinom sankcije.

Drugo pitanje na koje treba odgovoriti je – koje momente treba smatrati trenutcima početka (*dies a quo*) i završetka (*dies ad quem*) krivičnog postupka? Dok je druga vremenska odrednica nesporna, i vezuje se za trenutak pravnosnažnosti sudske odluke kojom se postupak okončava, pitanje početka krivičnog postupka nije sasvim nesporno. Škulić /2009: 317/ ističe da je sva shvatanja o ovom pitanju moguće podeliti u dve osnovne grupe; prvu čine autori koji početkom postupka smatraju momenat izražavanja određenog stava suda u odnosu na optužbu (što je dominantno stanovište), i drugu, koja ovaj momenat vezuje za načelo akuzatornosti, te početak krivičnog postupka vidi već u samom podnošenju odgovarajućeg optužnog akta.

Sledeće, ne manje važno pitanje, tiče se važenja prava na suđenje u razumnom roku u pretkrivičnom postupku. Uprkos činjenici da se u strogo formalnom smislu ovde ne govori o krivičnom postupku, shvatanje da princip suđenja u razumnom roku važi i u ovoj fazi,<sup>4</sup> zastupljeno je u Opštem komentaru člana 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, usvojenog od strane Komiteta za ljudska prava UN 1984. i praksi Evropskog suda.

4 Ovo je u osnovi posledica materijalnog shvatanja pojma optužbe koji usvaja Evropski sud za ljudska prava (reč je o službenom saopštenju da je učinjeno određeno krivično delo (ESLjP, 27. II 1980, *Deweer protiv Belgije*, serija A, n° 35, § 42; 10. XII 1982, *Foti protiv Italije*, serija A, n° 56 i 69, § 52).

Najzad, pozivajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava, Ilić /2004: 383/ ističe da u smislu člana 6 Evropske konvencije, i postupak izvršenja sudskih odluka treba smatrati sastavnim delom procesa, mada još uvek nema odluka koje bi ovo stanovište potkrepile.

### 3. PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU U NAŠEM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU – KRITIČNE TAČKE I MEHANIZMI KOJI POTPOMAŽU NJEGOVU REALIZACIJU

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama predviđa za države potpisnice i određene obaveze, koje bi se načelno mogle podeliti u tri osnovne grupe, od kojih se prva tiče donošenja adekvatne pravne regulative koja treba da omogući realizaciju i zaštitu prava zajemčenih konvencijom, druga se odnosi na segment organizacije pravosuđa, a treća na mogućnost realizacije prava u praksi. / Ilić, G & Hadžiomerović, O: 2004: 399/

#### 3.1. *Procesno zakonodavstvo i trajanje krivičnog postupka*

U uporednom pravu se mogu uočiti dva pristupa unošenju odredbe o pravu na suđenje u razumnom roku u krivično procesno zakonodavstvo. Prvi pristup se sastoji u propisivanju ovog prava putem generalne klauzule, dok drugi metod predstavlja ograničavanje trajanja pojedinih faza postupka. Neretko se ova dva principa kombinuju, tako što se najpre jednom opštom odredbom ustanovi pravo na suđenje u razumnom roku, kao jedan od osnovnih postulata na kome se zasniva čitav postupak, da bi, potom, trajanje samo pojedinih procesnih radnji ili faza postupka, bilo ograničeno posebnim rokovima.<sup>5</sup> Sličan pristup postoji i u važećem Zakoniku o krivičnom postupku koji u članu 4 stav 3 predviđa pravo okrivljenog „da u najkraćem mogućem roku bude izveden pred sud i da mu bude suđeno nepristrasno, pravično i u razumnom roku,“ a potom ovo pravo konkretizuje u nizu procesnih situacija.

S obzirom na to da Ustav Republike Srbije (član 16, stav 2) propisuje da su i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo domaćeg pravnog poretka, kao i da se kao takvi neposredno primenjuju (član 18), pravo na suđenje u razumnom roku bi građanima bilo priznato i bez posebne zakonske regulative.

5 Zahtev za brzim suđenjem (*Speedy trial*) se u američkom pravu izvodi iz VI Ustavnog amandmana koji garantuje pravo optuženog na brzo i javno suđenje, i prakse Vrhovnog suda SAD koji je postavio nekoliko kumulativnih kriterijuma za ocenu da li je suđenje brzo. Reč je o dužini trajanja postupka, razlozima njegovog trajanja, da li je odbrana pretrpela štetu usled toga i da li se odbrana i kada pozvala na pravo na brzo suđenje. Pored toga, na federalnom nivou je 1974. godine donet Zakon o brzom suđenju (*Federal Speedy trial Act*) koji je predvideo da podizanje optužbe (*indictment* ili *information*) pred sudom mora da usledi u roku od trideset dana nakon što je osumnjičeni lišen slobode, dok postupak u kojem se utvrđuje krivica optuženog mora da bude održan u roku od sedamdeset dana od podizanja optužbe ili prvog pojavljivanja (*first appearance*) / <http://www.law.cornell.edu/>.

Pre nego se osvrnemo na pojedine „kritične tačke“ i pojedinačne mehanizme koji mogu uticati na trajanje krivičnog postupka, neophodno je pomenuti i uticaj, na ovo pitanje, poštovanja osnovnih načela na kojima se temelji krivična procedura. Ovde prvenstveno mislimo na načelo istine. Član 17 ZKP predviđa sledeće: „Sud i državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku dužni su da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke.“<sup>6</sup>

U vezi sa tim je i načelo *in dubio pro reo* koje podrazumeva da „presudu ili rešenje koje odgovara presudi sud može zasnovati samo na činjenicama u čiju je izvesnost potpuno uveren.“ /član 18, stav 1 ZKP/ Zahtevi temeljitog ispitivanja činjeničnog stanja koji proističu iz ova dva načela, od velikog su uticaja na trajanje krivičnog postupka.

Na produženo trajanje krivičnog postupka utiče i poštovanje načela neposrednosti, koje zahteva ponovno izvođenje dokaza u slučaju promene u sastavu veća usled odlaganja glavnog pretresa. Izvesnu korekciju predstavlja mogućnost čitanja zapisnika o već sprovedenim dokaznim radnjama, kao zamena njihovom ponovnom sprovođenju, predviđena u članu 309 ZKP.

U publikaciji Vrhovnog suda Srbije, koja je na temu trajanja krivičnog postupka, štampana 1976. godine, skreće se pažnja na malo razmatrani aspekt principa višestepenosti. Nesporno je da višestepenost u odlučivanju utiče na produženo trajanje krivičnog postupka, bez obzira što predstavlja drugo lice prava na pravni lek i kao takva je u interesu lica protiv koga se postupak vodi. Ipak, ono na šta se u ovoj publikaciji stavlja akcenat je produženo trajanje prvostepenog postupka, usled nastojanja sudija da, bespotrebno nagomilavanjem dokaza, ojačaju „poziciju“ svoje odluke pred drugostepenim sudom. /str. 17/

Suprotno dejstvo od gore pojašnjenih načela ima princip procesne ekonomije, koji treba shvatiti kao permanentni apel na procesne subjekte da tokom čitavog postupka vode računa o utrošku vremena i sredstava.

Kada su u pitanju pojedinačne „kritične tačke“ koje utiču na trajanje krivičnog postupka, ali i situacije u kojima ZKP predviđa mehanizme koji služe ubrzanju krivične procedure, pre svega treba istaći uticaj instruktivnih rokova za preduzimanje pojedinih procesnih radnji. Posebno problematično je pitanje trajanja istrage. Član 258 ZKP predviđa da istraga treba da se okonča u roku od šest meseci. Kako je ovaj rok instruktivnog karaktera, te njegovim nepoštovanjem samo nastupa obaveza za postupajućeg istražnog sudiju da obavesti predsednika suda o razlozima nepoštovanja roka. Ovakvo rešenje teško da može uticati na ubrzanje istrage i njeno okončanje u zakonom predviđenom roku.

Nasuprot problemima koje stvaraju instruktivni rokovi, ZKP u čitavom nizu procesnih situacija predviđa mehanizme koji imaju za cilj da održe dinamiku postupka. Ovo se posebno odnosi na hitnost postupanja ukoliko se okrivljeni nalazi u pritvoru (član 141 stav 2)<sup>7</sup>, na određivanje roka u naredbi u kome veštak treba da

6 Međutim, Damaška /2007:3–14/ upozorava na opasnosti koje sa sobom nosi, sve prisutnija tendencija preuzimanja rešenja iz anglo-američkog prava u evropsko-kontinentalni pravni sistem u oblasti stranačkih funkcija. On negativno ocenjuje oduzimanje uloge utvrđivanja činjenica sudiji, uz istovremeno očekivanje od njega da zadrži odgovornost za presudu.

7 Opravdano se postavlja pitanje domašaja ove odredbe u situaciji kada u našem krivičnom postupku više ne postoji ograničenje trajanja pritvora nakon podizanja optužnice.



dâ svoj nalaz i mišljenje, zatim odredbi po kojoj će sud odlučiti o imovinskopравnom zahtevu samo ukoliko se time ne bi znatno odugovlačio krivični postupak, potom kroz sankcionisanje neodazivanja pojedinih procesnih subjekata na uredno dostavljene sudske pozive, propisivanje relativno kratkih rokova za preduzimanje procesnih radnji u postupku po pravnim lekovima, itd.

### 3.2. Posebni mehanizmi koji potpomažu realizaciju prava na suđenje u razumnom roku

Kapaciteti primene pojednostavljenih formi krivičnog postupka prepoznati su u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu tek kada je njihova masovna primena počela da daje izvanredne rezultate u uporednom pravu. Njihovi brojni modaliteti imaju jedinstven cilj – da se poveća efikasnost krivičnog postupka, rastereti krivično pravosuđe i istovremeno, zaštite sva ona prava koja okrivljenom pripadaju u redovnom postupku. Osim predviđanja posebnih pojednostavljenih formi krivičnog postupka (skraćeni postupak, postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa, postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije), isti efekti se mogu postići i širom primenom načela oportuniteta krivičnog gonjenja, kao i putem novine u našem krivičnom procesnom pravu – sporazuma o priznanju krivice (*plea bargain*). Istovremeno, ne treba zanemariti faktor složenosti krivične stvari koja je predmet postupka, tako da ni očekivanja po pitanju trajanja postupka i dometa primene gore pomenutih instrumenata koji doprinose njegovoj efikasnosti, ne mogu uvek biti ista.

**Primena načela oportuniteta** – Preporuka br. P (87) 18 Komiteta ministara iz 1987. godine (*Recommendation N° R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States concerning the Simplification of Criminal Justice*) za pojednostavljenje krivične pravde i Preporuka (2000) 19 u vezi sa ulogom javnog gonjenja u krivičnom pravosudnom sistemu sadrže parametre koji mogu sprečiti arbitrarnost u primeni načela oportuniteta krivičnog gonjenja, a Preporuka R (87) 18 između ostalog, razloge primene oportuniteta krivičnog gonjenja vidi i u mogućnosti država da „smanje pritisak na sudski aparat, izbegnu započinjanje krivičnih postupaka u slučajevima koji nisu od javnog interesa, obezbede odgovarajući i brzi način rešavanja manjih prestupa, u svetlu konkretnih okolnosti svakog pojedinačnog slučaja i to kako u interesu optuženog, tako i u interesu žrtve, kao i da omoguće optimalno korišćenje sudskih resursa.“ /Kiurski, 2006:73/

Mogućnosti za postupanje po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja u našem krivičnom postupku ponovo su proširene poslednjim izmenama ZKP-a, pa tako javni tužilac ima mogućnost postupanja po ovom principu<sup>8</sup> kada se radi o krivičnim delima za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina<sup>9</sup> – u formi uslovljenog oportuniteta, kao i bezuslovnog, u slučaju stvarnog kajanja učinioca koji je otklonio štetne posledice dela.<sup>10</sup> Značajnu novinu predstavlja zakonska obaveza

8 Kako u formi odbacivanja krivične prijave, tako i u formi odustanka od krivičnog gonjenja.

9 Kada su u pitanju dela za koja je predviđena novčana ili kazna zatvora do tri godine, javni tužilac može postupiti po načelu oportuniteta i bez odobrenja suda, doka mu je takvo odobrenja potrebno kada su u pitanju dela za koja je propisana kazna zatvora preko tri, a do pet godina.

10 Ova mogućnost postoji ako se radi o krivičnim delima za koja je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.

javnog tužioca da preispita mogućnosti za odlaganje krivičnog gonjenja, ukoliko se krivična prijava odnosi na delo za koje propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.

**Sporazum o priznanju krivice (plea bargain)** – Institut sporazuma o priznanju krivice potpuna je novina u našem krivičnom postupku. ZKP predviđa mogućnost ubrzanog okončanja postupka putem sklapanja sporazuma, čija se sadržina unosi u optužni akt, po kome se potom odmah donosi presuda. Bitno je napomenuti da se u sporazumu okrivljeni odriče prava na žalbu, što dodatno garantuje brzo okončanje postupka. Sudeći po iskustvima u onim pravnim sistemima u kojima se primenjuje već duže vreme<sup>11</sup>, opravdano bi se moglo očekivati da zajedno da postupanjem po oportunitetu krivičnog gonjenja, u budućnosti predstavlja okosnicu borbe za okončanje krivičnih postupaka u razumnom roku.

**Skraćeni postupak** – Iako skraćeni postupak u našem krivičnom procesnom pravu postoji već decenijama, poslednjim izmenama ZKP iz 2009. godine, značajno je prošireno područje njegove primene. Naime, umesto ranijeg rešenja koje je predviđalo vođenje skraćenog postupka kada su u pitanju krivična dela za koja je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a samo uz ispunjenje posebnih uslova, i za krivična dela za koja je predviđena kazna zatvora do pet godina. Odredbom člana 433 ZKP, primena skraćenog postupka omogućena je bezuslovno kada su u pitanju krivična dela za koja je kao glavna kazna propisana novčana kazna ili zatvor do pet godina. Mogli bismo očekivati da će proširenje domena primene skraćenog postupka uticati na prosek trajanja krivičnih postupaka kod nas. Koje su to specifičnosti skraćenog postupka koje utiču na njegovu efikasnost?

Najpre, za slučaj da je krivičnu prijavu podneo oštećeni, a javni tužilac u roku od mesec dana ne ispolji određenu procesnu inicijativu (ćutanje javnog tužioca), oštećeni može preuzeti krivično gonjenje. Potom, u skraćenom postupku, i pored mogućnosti da budu sprovedene pojedine istražne radnje, nema istrage kao faze krivičnog postupka. Sledeća specifičnost se odnosi na kraći rok za zakazivanje glavnog pretresa koji iznosi mesec dana od prijema optužnog predloga kao i mogućnost javnog tužioca da u optužnom predlogu inicira donošenje sudske odluke u postupku za izricanje sankcija bez glavnog pretresa. Na efikasnost skraćenog postupka utiču i mogućnost za održavanje glavnog pretresa bez prisustva stranaka i kraći rok za žalbu koji iznosi osam dana.

**Postupak za kažnjavanje pre glavnog pretresa** – Ovaj modalitet pojednostavljenog krivičnog postupka unet je u naše krivično procesno pravo Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine. Ova forma postupka omogućava da za lakša krivična dela,<sup>12</sup> postupak bude okončan i bez održavanja glavnog pretresa, ne di-

11 U Engleskoj i Velsu u 2005. godini optuženi koji se izjasni krivim u proseku je čekao na suđenje 12 nedelja, dok je optuženom koji se izjasni da nije kriv suđenje počinjalo u proseku za 21 nedelju. Izjašnjavanjem o krivici (*guilty pleas*) u 2005. godini pred krunskim sudom (*Crown Court*) okončano je preko 60% predmeta. Pored toga, u istoj godini je u Engleskoj i Velsu suđenje optuženom koji se izjasnio kao kriv trajalo u proseku 1,3 sata, dok je u slučaju izjašnjavanja da nije kriv prosečna dužina glavnog pretresa bila 9,8 sati. / <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm67/6799/6799.pdf> /.

12 Krivična dela za koja se može izreći novčana kazna, čl. 449 ZKP.

rajući u pravo okrivljenog da ulaganjem prigovora obaveže sud da zakaže i održi glavni pretres. Bejatović /2003:35/ ipak skreće pažnju na činjenicu, da primeni ovog postupka, iako to nije striktno zakonski formulisan uslov, ima mesta samo ukoliko na saslušanju okrivljeni ne negira izvršenje krivičnog dela.

**Postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije** – Proširenje primene skraćenog krivičnog postupka na dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do 5 godina, obesmyslilo je primenu i samo postojanje postupka za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije. S obzirom na to da je primena ovog postupka bila predviđena za krivična dela za koja su predviđene iste sankcije kao što je to, nakon zakonskih promena, slučaj sa skraćenim postupkom, postavlja se pitanje – ima li mesta ovom postupku u našem krivičnom procesnom pravu sada? Odgovor bi trebalo da bude negativan, jer se postupci za dela kod kojih bi po ZKP kažnjavanje od strane istražnog sudije bilo moguće, sada vode po pravilima skraćenog postupka, te nije najjasnije kako je zamišljena dalja egzistencija i primena postupka za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije.

**Pravo na suđenje u razumnom roku u postupku prema maloletnicima** – Princip suđenja u razumnom roku predviđen je nizom najznačajnijih međunarodnih dokumenata koji se bave zaštitom prava maloletnika, pa ga tako sadrže: Standardna minimalna pravila za maloletničko pravosuđe iz 1985. (Pekińska pravila), Pravila o zaštiti maloletnika lišenih slobode iz 1990, Smernice UN za prevenciju maloletničke delikvencije iz 1990. (Rijadske smernice), Deklaracija i Konvencija o pravima deteta iz 1989. godine.

Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica sadrži odredbe o hitnosti postupka prema maloletnicima (član 56), a čitav postupak je koncipiran tako da se, svuda gde je to moguće, dobije na efikasnosti, a da se to ne odrazi negativno na interese maloletnika prema kome se postupak vodi, jer se „brzina ne sme pretvoriti u brzopletost“ /Škulić, 2009:464/. Zahtevi za hitnošću postupka prema maloletnicima dodatno su ojačani činjenicom da je položaj maloletnika u krivičnom postupku povoljniji nego kada se radi o punoletnom licu koje je okrivljeno. Osim toga motiv su i šire mogućnosti da se, za slučaj da bude izrečena sankcija, pozitivno utiče na maloletnika u značajnijoj meri, ukoliko do samog izricanja sankcije i početka njenog izvršenja dođe u što kraćem roku po izvršenju dela.

### 3.3. Uticaj koncepcije sudskog sistema na efikasnost krivičnog postupka

Ilić /2004:410/ faktore koji utiču na trajanje krivičnog postupka deli na one koji se nalaze van suda i one koji su neposredno vezani za sud. Dok prve vezuje za rad drugih državnih organa, druge deli u dve grupe, koje označava kao grupu subjektivnih (sudijski kadar) i grupu objektivnih faktora (kvalitet zakona, uslovi rada, itd).<sup>13</sup>

13 Kao što Damaška sjajno primećuje, u korak sa uvođenjem novih procesnih ustanova bi morala da ide i odgovarajuća organizacija pravosuđa, jer bi se u protivnom pravni sistem našao u poziciji orkestra koji bi na starim instrumentima trebalo da izvodi muziku sa nove partiture. / Damaška, 2006:5/

Ovaj autor posebno skreće pažnju na nesavesnost sudija kao faktor odugovlačenja krivičnog postupka.

Princip koji je temelj svakog dobro organizovanog pravosudnog sistema, jeste sudska nezavisnost, koja se najčešće definiše kao potčinjenost sudstva samo Ustavu i zakonu. Ilić /2004: 403/ uslove za realizaciju nezavisnosti vidi kako u zakonskim okvirima, tako i u društvenim okolnostima i samoj ličnosti sudije. Iako Zakon o sudijama već u članu 1 definiše ovaj princip, svedoci smo burne reakcije javnosti na postupak reizbora sudija koji je upravo u toku. Osnovna argumentacija protivnika ovog procesa zasniva se na tvrdnji da reizbor predstavlja atak upravo na princip nezavisnosti sudstva.

Nasuprot tome, jedno od primarnih očekivanja, istaknutih u toku aktuelne reorganizacije pravosuđa, odnosi se na povećanje efikasnosti ovog sistema i pored smanjenog broja sudija. Jedna od promena koja bi mogla uticati na to je uvođenje apelacionih sudova koji treba da preuzmu „teret“ drugostepenog odlučivanja koji su u velikoj meri snosili okružni sudovi i samim tim bili preopterećeni postupanjem na dva koloseka (prvostepenom u težim, i drugostepenim u lakšim stvarima). Nardljanski /2006:144/ ocenjuje da bi se samim tim moglo opravdano očekivati da će okružni (nakon reforme viši) sudovi sada imati ažurniji i kvalitetniji pristup radu na prvostepenim krivičnim predmetima što je opravdano s obzirom na njihovu zahtevnost i društvenu opasnost.

Isti autor /2006:145/ kao bitan faktor za povećanje efikasnosti krivičnog pravosuđa navodi i specijalizaciju za pojedine oblike kriminala. Ovaj vid organizacije krivičnog sudstva obezbeđuje da u karakterističnim oblastima postupaju sudije i tužiocima koji poseduju specifična znanja, pa tako specijalizacija krivičnog pravosuđa kod nas postoji u oblasti postupanja u predmetima koji se odnose na krivična dela organizovanog kriminala, ratne zločine i kriminal maloletnika.

Najzad, i efekti dobro organizovanog pravosuđa mogu biti osujećeni ponašanjem nosilaca sudijske i tužilačke funkcije. Mnogobrojni autori upravo u zloupotrebi prava od strane ovih subjekata vide jednu od najvećih opasnosti koja vodi nepotrebnom odugovlačenju krivičnih postupaka i povredi prava na suđenje u razumnom roku

### 3.4. *Doprinos lica koje se poziva na povredu prava*

Cesare Beccaria (cit. prema /Ignjatović, 2007: 63/) opominje na neophodnost usklađenosti između poštovanja načela kontradiktornosti i prava na suđenje u razumnom roku, sledećim rečima: „Kada su prikupljeni dokazi i kada se može osnovano zaključiti da je zločin izvršen, treba okrivljenom ostaviti potrebno vreme i odgovarajuća sredstva da bi se mogao braniti. Ali to vreme mora biti dosta kratko da se ne bi dovela u pitanje hitnost kazne (...). Izgleda da se osećaj prividne čovečnosti kosi sa ovakvom kratkoćom vremena. Te uzdržanosti neće biti ako se ima na umu da bi bojazan da zbog mogućnosti da se osudi nevin čovek trebalo da zavisi, u prvom redu, od toga kako je to pitanje regulisano u zakonu. Zakoni moraju tačno odrediti kako vreme koje je potrebno za odbranu okrivljenog, tako i ono koje je potrebno za dokazivanje (njegove) krivice. Kada bi o tome odlučivao sudija, on bi postao zakonodavac.“

Ovo nas navodi na razmišljanje o pitanju doprinosa lica koje se tvrdi da mu je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku, trajanju krivičnog postupka. Nesporno je da, u odnosu na okrivljenog, u krivičnom postupku važi privilegija nesamooptuživanja (*nemo debet prodere se ipsum*).<sup>14</sup> Ono što je sporno jesu nje-ne granice, odnosno koje su to radnje koje korišćenje ove privilegije pretvaraju u zloupotrebu prava i opstrukciju krivičnog postupka.<sup>15</sup> Analizirajući pitanje uloge okrivljenog u poštovanju prava na suđenje u razumnom roku, a osvrćući se na stav koji iznosi Heine, Beljanski /2001:117/ ističe da, ukoliko se trajanje krivičnog postupka može pripisati ponašanju okrivljenog i procesnim zloupotrebama kojima je pribegavala odbrana, tada se okrivljeni, po pravilu, ne može sa uspehom pozivati na povredu člana 6, stav 1 Evropske konvencije. U neizvinjavajuće opstrukcije ubrajaju se bespotrebni podnesci, odbijanje okrivljenog da odabere advokata, ili neopravdani izostanci sa suđenja. Budući da okrivljeni nije dužan da saraduje sa sudom, način odbrane ili druga vrsta opstrukcija, koje sud može u skladu sa zakonom blagovremeno i efikasno da osujetiti, nisu razlozi dužeg trajanja postupka koji se mogu pripisati krivici okrivljenog.

#### 4. ZAŠTITA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Carić /2007:31/ sisteme ubrzanja krivičnog postupka, a samim tim i zaštite prava na suđenje u razumnom roku deli na preventivni, kompenzatorni i kombinovani. Prvi sistem<sup>16</sup> podrazumeva postojanje pravnog sredstva na nivou nacionalnog zakonodavstva koje za ima za cilj ubrzanje postupka. Kompenzatorni sistem<sup>17</sup> se, kako i sam naziv kaže, zasniva na uklanjanju posledica povrede prava, odnosno na novčanoj naknadi koja pripada licu čije je pravo povređeno. Najzad, kombinovani sistem<sup>18</sup> podrazumeva i postojanje pravnog sredstva za ubrzanje postupka i mogućnosti novčane kompenzacije zbog povrede prava. U uvodnom delu već smo pomenuli da je od velikog značaja za preciznije definisanje pojma prava na suđenje u razumnom roku bila praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu kao i Komiteta za ljudska prava UN. Obračanje lica čije je pravo povređeno ovim institucijama nije retka pojava. Oko 60% svih predmeta pred Evropskim sudom odnosi se upravo na utvrđivanje povrede ovog prava (Carić /2007:14/). Međutim, da bi lice moglo da se obrati ovoj instituciji, potrebno je da su prethodno iscrpljena sva prava sredstva u unutrašnjem pravnom poretku.

14 Interesantno je da se ESLJP ne protivi mogućnosti da sud izvede nepovoljan zaključak po optuženog koji je koristio pravo na ćutanje (ESLJP, 8. II 1996, *Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).

15 Pokušavajući da odgovori na ovo pitanje, Asworth /2002:16–21/ analizira praksu Evropskog suda i dolazi do zaključka da se pravo na nesamooptuživanje proteže na pravo na odbranu ćutanjem, kao i pravo na uskraćivanje predaje pisanih dokumenta. Međutim, ovo pravo se ne proteže na *body samples* – odnosno uzorke biološkog materijala za analizu, kao i primerak potpisa okrivljenog za potrebe poređenja.

16 Ovaj sistem je zastupljen u Austriji i Portugalu.

17 Ovaj sistem su prihvatile Italija i Francuska.

18 Zastupljen u Sloveniji, Hrvatskoj, Češkoj, Slovačkoj, Poljskoj i Španiji.

U vezi sa ovim uslovom, posebno je značajan institut ustavne žalbe, predviđen članom 170 Ustava i članom 82. stav 2 Zakona o ustavnom sudu. Članom 90 ovog zakona, predviđeno je da lice o čijoj je ustavnoj žalbi pozitivno odlučeno, ima pravo da se obrati Komisiji za naknadu štete radi postizanja sporazuma o visini naknade. Ukoliko Komisija ne donese odluku o zakonu u roku od 30 dana ili donese negativnu odluku, lice čije je pravo povređeno, ima pravo da pred nadležnim sudom pokrene postupak za naknadu štete.

Ukoliko su ipak ispunjeni svi uslovi da se lice čije je pravo povređeno obrati Evropskom sudu, ovaj organ može, pored konstatovanja da postoji povreda prava na suđenje u razumnom roku, dosuditi i novčanu naknadu. Objašnjavajući mehanizam odlučivanja Strazburškog suda, Carić /2007:100/ navodi da se ova naknada može zahtevati bilo u podnesku u kome se podnosilac obratio sudu iznoseći činjenično stanje, bilo u zasebnom podnesku koji se dostavlja sudu, najkasnije dva meseca nakon donošenja odluke kojom je utvrđena povreda Konvencije. Treba imati na umu da se ovde može raditi i o zahtevu koji se podnosi jer lice smatra da mu pred domaćim sudom nije dodeljena pravična naknada.<sup>19</sup> Isti autor skreće pažnju na činjenicu da sud uglavnom naknadu dosuđuje kao satisfakciju za nematerijalnu štetu prouzrokovanu predugim trajanjem krivičnog postupka, dok se ređe odlučuje da dodeli naknadu materijalne štete.

Postavlja se, najzad, i pitanje garancija da će lice čije je pravo povređeno zaista i dobiti naknadu koja mu po sudskoj odluci i pripada. Ovo pitanje je regulisano članom 46 stav 1 Evropske konvencije koji kaže da „visoke strane ugovornice preuzimaju obavezu da se povinuju pravnosnažnoj presudi Suda u svakom predmetu u kome su stranke.“

## 5. ZAVRŠNE NAPOMENE

Poslednjih nekoliko godina, neosporno postoji napredak na polju svesti o važnosti prava okrivljenog da odluka o krivičnoj optužbi protiv njega bude doneta u razumnom roku. Svakako jedan od najvažnijih koraka na tom polju postignut je ratifikacijom Evropske konvencije, kao i podizanjem ratifikovanih međunarodnih dokumenata na rang izvora koji se mogu neposredno primeniti. Podjednako značajno je i uvođenje instituta ustavne žalbe. Međutim, ono što i pored navedenog zabrinjava, jeste da su podaci o trajanju krivičnih postupaka i dalje alarmantni, što ukazuje na to da je pravo na suđenje u razumnom roku, u našem pravnom sistemu, još uvek, u velikoj meri, samo deklarativnog karaktera. Uzimajući u obzir aktuelnu reformu pravosuđa, širenje primene različitih modaliteta pojednostavljenih krivičnih postupaka koji imaju za cilj povećanje njegove efikasnosti, kao i konstantan pritisak kako stručne tako i opšte javnosti, opravdano se može očekivati da će na ovom polju tek biti ostvaren značajniji napredak.

<sup>19</sup> Član 41 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

## LITERATURA

- Asworth, A. (2002). *Human rights, serious crime and criminal procedure*. London: Sweet & Maxwell.
- Bejatović, S. (1999–2000). Mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka. (D. Stojanović, Ur.) *Srbija i evropsko pravo, IV*, 103–115.
- Bejatović, S. (1998). Ograničenja osnovnih sloboda i prava čoveka usled potreba krivičnog postupka. (D. Stojanović, Ur.) *Srbija i evropsko pravo, II*, 19–38.
- Bejatović, S. (2003). Pojednostavljeni krivični postupci i tendencije državnog reagovanja na kriminal. (S. Bejatović, Ur.) *Slobode i prava čoveka i građanina u konceptu novog zakonodavstva Republike Srbije, II*, 29–43.
- Bejatović, S. (2002). Trajanje krivičnog postupka i njegov uticaj na prevenciju kriminaliteta. (S. Bejatović, Ur.) *Slobode i prava čoveka i građanina u konceptu novog zakonodavstva Republike Srbije, I*, 24–41.
- Beljanski, S. (1992). *Jugoslovenski krivični postupak i međunarodni pravni standardi*. Novi Sad.
- Beljanski, S. (2001). *Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.
- Carić, S. (2008). *Pravo na suđenje u razumnom roku*. Beograd: Službeni glasnik.
- Damaška, M. (2007). *O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka*. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 14, broj 1/2007, str. 3–14.
- Damaška, M. (2006). *Sudbina anglo-američkih procesnih ideja u Italiji*. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 13, broj 1/2006, str. 3–15.
- Dimitrijević, V. (1985). *Strahovlada*. Beograd: Rad.
- Đurđić, V. (2005). Krivično procesno pravo Srbije i evropski standardi o ljudskim pravima. *Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije i Saveta Evrope*, 687–688.
- Đurđić, V. (2006). Osnovna načela krivičnog procesnog prava i standardi EU i Saveta Evrope i njihova implementacija u krivičnoprocesna zakonodavstva zemalja jugoistočne Evrope. *Krivično-procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, (str. 20–38). Beograd.
- Ilić, G. (2004). Model pravičnog procesa u svetlu Evropske konvencije o ljudskim pravima. U S. Bejatović (Ur.), *XLI Savetovanje Udruženja za krivično pravo i kriminologiju SCG* (str. 379–395). Zlatibor: Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore & Intermex.
- Ilić, G., & Hadžiomerović, O. (2004). Organizacija pravosuđa kao uslov za obezbeđenje prava na pravično suđenje. *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore* (str. 397–414). Zlatibor/ Beograd: Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore & Intermex.
- Kiurski, J. (2006). Načelo oportuniteta. *Krivično-procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, (str. 70–81). Beograd.
- Mol, N., & Harbi, K. (2007). *Pravo na pravično suđenje– Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Beograd: Savet Evrope.
- Nadrjlanski, S. (2006). Funkcionalna nadležnost suda i njen uticaj na efikasnost krivičnog postupka. *Krivično-procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, (str. 141–147). Beograd.

- Nikolić, D. (2006). Pravni lekovi i njihov uticaj na efikasnost krivičnog postupka i standardi EU i Saveta Evrope. *Krivično-procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, (str. 58–69). Beograd.
- Škulić, M. (2009). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Tomić, M. (2006). Organizacija pravosuđa kao pretpostavka obezbeđenja prava na pravično suđenje. *Krivično-procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, (str. 82–88). Beograd.
- Žarković, M., & Oparica, M. (2006). Međunarodna policijska saradnja i njen uticaj na efikasnost krivičnog postupka. *Krivično-procesno zakonodavstvo u jugoistočnoj Evropi i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, (str. 160–171).
- <http://www.law.cornell.edu>, pristupljeno 10.1.2010.
  - <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm67/6799/6799.pdf> /, pristupljeno 15.1.2010.
  - Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama
  - *Ustav Republike Srbije*, („Službeni glasnik RS“, br. 98/06)
  - *Zakonik o krivičnom postupku*, („Sl. list SRJ“, br. 70/01, 68/02, „Sl. glasnik RS“, br. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09 i 72/09.)
  - *Zakon o ustavnom sudu*, (Službeni glasnik RS, 109/2007)
  - *Zakon o sudijama*, (Sl. glasnik RS, br. 116/2008 i 59/2009)

Milica Kolaković – Bojović

Faculty of Law, University of Belgrade

## THE LENGTH OF CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE RIGHT TO A TRIAL WITHIN REASONABLE TIME

### SUMMARY

The theme of this article is the length of criminal proceedings, speaking from the perspective of respect for the right to a trial within a reasonable time. In the opinion of the author, this right is often ignored when talking about the duration of criminal proceedings, but the problem is viewed in the light of the poor organization of the judiciary and the costs that too long duration of the procedure causes.

The introductory part of the article is dedicated to defining the concept of trial within a reasonable time. The author tries to determine the concept of reasonable time, as well as moments of beginning and end of the period in which this law applies.

Next part of the article is devoted to the impact of solutions in a positive criminal procedural legislation of the Republic of Serbia on the duration of criminal proceedings. The author analyzes three aspects of this issue: first, the impact of the basic principles of operation on its duration; second, which are the „critical point“ solutions in the Code of Criminal Procedure that affect that criminal proceedings in Serbia last too long; and finally, which are mechanism provided by this law, which



are in function of increasing the efficiency of the procedure. In this regard, more detailed explanation of the application of principle of opportunity in the criminal procedure, plea bargain and some of the special, simplified forms of criminal proceedings follow.

The next section is devoted to the question of the influence of the organization of the judicial system on the duration of criminal proceedings.

In the final section, the author deals with the issue of protection of the rights to a trial within a reasonable time before the domestic courts and before the European Court in Strasbourg.

**Key words:** criminal proceedings, rights to a trial within a reasonable time.

*Svetislav Taboroši\**

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## DILEME OKO PRAVA POTROŠAČA TRAJNIH POTROŠNIH DOBARA

**Apstrakt:** Poznato je da ugovor obavezuje dve strane, ali da se često njegovi efekti protežu na treća lica. Ako imaju po njih onerozni karakter, nazivamo ih negativnim eksternim efektima ugovora, jer se prelivaju na neugovorne strane. Takve negativne efekte pokušavam da uočimo i kod tehnološkog razvoja koji se odvija u kompanijama koje proizvode trajna potrošna dobra. Prilikom svakog zaključivanja novog ugovora, čiji je predmet novo dobro ili model, nivo korisnosti kojeg je prethodni kupac – potrošač iz nekog prethodnog ugovora imao, opada. Dakle, efekat konkurencije putem unapređivanja proizvoda, koja je nesporno nužna i opravdana, ne vodi bez ostatka i u celini povećanju korisnosti proizvoda, odnosno ne ide u korist potrošačima u celini, već samo novim kupcima, dok se kod vlasnika ranijih modela korisnost smanjuje brže od fizičkog rabaćenja.

Svojina potrošnih dobara je tradicionalna pretpostavka potrošnje, jer se pretpostavlja da se dobra u potrošnji uništavaju sa gubitkom korisnosti. No, u ovom slučaju korisnost nestaje, uprkos relativnoj fizičkoj očuvanosti dobra. Predmeti potrošnje koji danas predstavljaju daleko veći deo ukupnog potrošačkog asortimana ne gube svoju upotrebnu vrednost korišćenjem, već usled tehnološkog razvoja koji je, opet, funkcija interesa kapitala. Za te predmete se periodi korišćenja i periodi fizičkog trajanja bitno razlikuju, te se interes potrošača svodi na vremenski ograničeno raspolaganje dobrom, uz zamenjivanje takvog moralno izrabaćenog dobra novim. Stoga verujemo da pravo zaštite potrošača u doglednoj budućnosti mora da bude upotpunjeno novim pravom: pravom zaštite potrošača od (socijalnim razlozima, reklamom i sistemom raspodele uslovljenog) moralnog obezvređivanja trajnih potrošnih dobara. Privatno pravo može tome da doprinese razvojem derivata kupoprodajnih pravnih poslova, poput lizinga, specifičnih kreditnih poslova i sličnog. U suštini, umesto da predmet kupoprodaje bude opoređeljeno materijalno dobro ili usluga, smatramo da bi bilo moguće pomiriti interese svih stakeholdera kupovinom generički određenog dobra opredeljenog prema nameni i brendu, a ne fizički izdvojenog, uz obavezu prodavca da uvek potrošaču stavlja na raspolaganje konkretno dobro iz tekuće proizvodnje zamenjivanjem zastarelog.

**Ključne reči:** prava potrošača, trajna potrošna dobra, kupoprodaja, potrošački ugovor.

Prava potrošača se, uprkos svojoj naglašenoj javnopravnoj prirodi, ne mogu odvojiti od svoje privatnopravne kolevke, odnosno shvatiti nezavisno i van koncepta svojine. Prenosenje svojine ugovorom između prodavca i kupca je samo adekvatan pravni oblik onoga što predmet ugovora predstavlja i zahteva, a to je povezivanje proizvodnje i potrošnje na nivou pojedinačnog. Drugim rečima, ugovor odražava

---

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

interese strana koji postoje u odnosu na predmet ugovora, što nam daje pravo na niz zaključaka koji nas vode pojmu kauze u građanskom pravu: a to je „*ekonomski cilj koji stranke hoće da postignu*“.<sup>1</sup>

Kupoprodajnim ugovorom koji zaključuje potrošač kao kupac se prenosi svojina nad predmetom lične potrošnje, pri kojem kupac ima očiglednu nameru da predmet iskoristi, da njegova korisna svojstva utroši. Naime, ako nema takvu nameru, onda on kao kupac nije potrošač, već, verovatno preprodavac, odnosno trgovac. Jedna srednja situacija, u kojoj potrošač kupuje robu da bi je delimično iskoristio, a zatim prodao s obzirom na manju vrednost koju kao takva (polovna) roba ima, uprkos tome što može da bude uobičajena, pa kao vrsta ugovora čak i dominantna u nekim periodima (na primer, u Konstantinopolju ili Veneciji na tržnicama je dominirala takva roba, a ne ona novoprodukovana), logički nam ne stvara nikakve dodatne probleme: mada je prvi ugovor potrošački, a drugi klasični građanskopravni, do nastanka koncepta potrošačkog ugovora oba su imala potpuno identičnu prirodu.

Dakle, u potrošačkom ugovoru kupac kupuje robu čiju upotrebnu vrednost želi da u potpunosti iskoristi, tako da dati predmet, nakon izlaska iz kruga njegove lične potrošnje, potpuno gubi svoju prvobitnu namenu i postaje otpad ili eventualno, sekundarna sirovina. Potrošača definitivno interesuje isključivo upotrebna vrednost dobra, njegova fizička korisnost, uz izvesna druga svojstva koja on, kao dodajna, može da ima.

## I

Predmet potrošačkog ugovora je tradicionalno bilo dobro kod kojeg se nije javljala nikakva razlika između perioda njegovog korišćenja i perioda njegovog fizičkog trajanja. Predmeti ishrane su fizički prestajali da postoje pošto što su pojedeni, odeća i obuća je nošena dok ne postane nepodobna za svoju osnovnu svrhu. Stoga je u periodu koji prethodi savremenom društvu, tzv. društvu masovne potrošnje u kojem proizvođači i prodavci utiču na i stvaraju potrebe potrošača,<sup>2</sup> klasični ugovor o kupoprodaji, koji je podrazumevao potpunu trajnost pravnog stanja nastalog njegovom realizacijom, u potpunosti odgovarao interesu kupca koji je želeo da stvar trajno koristi, odnosno potpuno iskoristi njenu upotrebnu vrednost. Odgovornost prodavca za postojanje odgovarajućih svojstava dobra koja su osnov njegove korisnosti se logički pretpostavlja za čitav period korišćenja odnosno postojanja dobra, ali se iz praktičnih razloga, a to je činjenica da se dobro nakon predaje više ne nalazi pod kontrolom proizvođača, vremenski ograničava. Problem vremenskog horizonta kojeg imaju i prodavac i kupac u vidu prilikom ugovaranja nije naročito izražen kod dobara koja su u kratkoročnoj upotrebi, poput običnih sredstava za život – prehranbenih proizvoda i različitih usluga, na primer – ali se sa širenjem asortimana roba koje ulaze u ličnu potrošnju pretpostavka o nebitnom karakteru vremenske garancije da će dobro imati onu korisnost koju kupac očekuje prilikom zaključenja ugovora, pretpostavka o irelevantnosti životnog veka dobra mora napustiti.

1 A. Gams, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1960, s. 169.

2 J. K. Galbraith, *The Affluent Society*, Boston, 1984, vid. naročito glavu XI.

U savremenom društvu se dohoci potrošača, koji su objektivni okvir za zaključivanje potrošačkih ugovora, samo manjim delom troše na pomenute, ranije dominantne komponente tekuće lične potrošnje. Sve veće učešće tzv. trajnih potrošnih dobara – opreme domaćinstva, aparata i vozila – samo na prvi pogled, kada to posmatramo sa strane pravnog saobraćaja, može da se upodobi sa ranijom situacijom. Potrošač kupuje i ova dobra imajući u vidu njihovu upotrebnu vrednost, rukovodeći se nivoom korisnosti koju ona za njega imaju. Mada bi ekonomisti bili zadovoljni konstatacijom da dobro mora da ima onu korisnost koju prosečni potrošač normalno očekuje u momentu kada zaključuje ugovor, jedna poštena pravna analiza bi mogla da skrene pažnju na činjenicu da kupac očekuje da će dobro imati istu takvu korisnost i dalje, naravno, uz postepeno smanjenje koje proističe iz fizičkog rabaćenja. Takvo očekivanje kupca – potrošača, na žalost, pravo previđa upravo zbog dominacije ekonomske logike koja vlada na savremenom tržištu.

Potrošač pretpostavlja se da će kupljeni automobil voziti do momenta kada bude procenio da mu troškovi popravke donose manju korist od one koju donosi cena potrebna za kupovinu novog auta, da će svoj nameštaj kada prestane da mu odgovara baciti ili ga pretvoriti u dobro koje ima potpuno drugačiju ekonomsku prirodu, da će njegovi dotrajali aparati koje više ne popravlja završiti na deponiji i biti reciklirani. Jednom rečju, predstava o vrsti i korisnosti proizvoda koju je kupac – potrošač imao u momentu kupovine ne bi trebalo da se promeni tokom perioda njegovog iskorišćavanja.

## II

Ta pretpostavka je u modernoj privredi apsurdna. Za razliku od ranijih perioda, kada je konkurencija počivala na takmičenju kroz cene (što je i danas slučaj u tradicionalnim granama), danas je suština konkurencije pomerena ka podsticanju razvojnog potencijala kompanija. Kada proizvođači u granama u kojima nastaju trajna potrošna dobra ne bi radili na neprestanom unapređivanju tehnologije putem novih patenata, odnosno proizvoda i negovanju svojih brendova, jednostavno bi nestali. Sama suština tržišta je opredeljena konkurencijom, a težnja da se istisnu konkurenti putem tehnološkog unapređivanja procesa proizvodnje i proizvoda je upravo osnovna motorna snaga konkurentne strukture.<sup>3</sup>

Dok se kod tradicionalnih grana, kod kojih tehnološki napredak ili pojava novih proizvoda nije svakodnevna, ne može postaviti pitanje da li ugovor o kupoprodaji obezbeđuje kupca, odnosno potrošača od toga da predmet transakcije izgubi korisnost za potrošača naknadnom jednostranom aktivnošću prodavca na tehnološkom razvoju tog proizvoda, kod grana koje proizvode trajna potrošna dobra, i kod kojih je konkurencija putem tehnološkog razvoja dominantna, gotovo redovno se javlja situacija da očekivana korisnost ili rok korišćenja koju kupac ima u vidu u

3 Medutim, i monopolista u proizvodnji trajnih dobara susreće se sa tehnološkim ograničenjima koja se u ekonomskoj teoriji svode na intertemporalni problem u proizvodnji čak i kada je reč o segmentiranom tržištu iste grupe proizvoda boljeg i slabijeg kvaliteta. W. Chih-yi, S. Wu, „*Intertemporal quality discrimination of a durable good monopolist*“, *Economics Letters*, Vol 92/2 (2006), 184.

momentu zaključenja ugovora bude poništena naknadnom aktivnošću druge strane. Praktično to znači da kupac koji kupuje, na primer, automobil, očekuje da će on zadovoljavati njegove potrebe sve do momenta kada bude fizički izrabaćen toliko da ne preostaje ništa drugo do da bude recikliran. Naravno, to ne znači da treba da traje do momenta kada se raspadne, nego do momenta kada korisnost od jedinice novca za kupovinu novog bude veća od jedinice novca za popravku starog.

Problem je, međutim, u tome što tehnološki razvoj u proizvodnji složenih tehničkih proizvoda čini da se svako dobro koje se u datom momentu iznese na tržište ima kraći životni vek nego što to kupac očekuje, a proizvođač je, pri tome, svestan te činjenice, koja je često i motiv ulaganja u istraživanja i razvoj.<sup>4</sup> Svesna politika zastarevanja sopstvenih proizvoda koju vodi proizvođač, a koja se u ekonomskoj teoriji naziva 'planirano zastarevanje' (*planned obsolescence*)<sup>5</sup> je potpuno novi element u sferi subjektivnih pretpostavki ugovora. Proizvođačeva težnja da dobro koje je predmet transakcije što pre zameni drugim modelom ili drugačijim proizvodom neposredno ugrožava interes potrošača da dobro koristi u određenom periodu. Pri tome ovde vidimo nekoliko različitih, pravno relevantnih pitanja:

- 1) da li postoji ravnoteža informacija kod ugovornih strana:<sup>6</sup> da li prodavac svesno obmanjuje kupca – potrošača u pogledu životnog roka dobra, odnosno perioda u kojem će ono zadržati korisnost
- 2) da li proizvođač – prodavac svojim kasnijim aktivnostima menja efekat ugovora, otežavanjem potrošaču da koristi svoje dobro, i
- 3) da li isticanjem posebnih svojstava dobra u ponudi ili momentu zaključenja ugovora svesno stvara kod potrošača iluziju da kupuje dobro koje se razlikuje od ponude konkurenata, te mu tako obezbeđuje i dodatnu korisnost (na primer, prestiž).

### III

Proizvodi koji izlaze sa trake su sve češće već u tom momentu zastareli, jer, takoreći na drugom kraju fabrike, počinje proizvodnja novog modela koji treba da istisne onaj koji upravo izlazi iz fabričkog kruga. Proizvođač, odnosno prodavac to zna, i svesno prećutkuje, stvarajući kod kupca – potrošača iluziju da ovaj kupuje dobro koje će ga služiti u skladu sa njegovim vremenskim očekivanjima. A budući da su razvoj i istraživanja poslovna tajna kompanije, nesporno je da čak ni dobro informisani potrošač ne može da raspolaze saznanjima kojima raspolaze proizvo-

4 M. Waldman, »*Planned Obsolescence and R&D Decision*«, The RAND Journal of Economics 27/3 (1996), 583.

5 Izdvajamo sledeće autore: J. Bulow, »*An Economic Theory of Planned Obsolescence*«, The Quarterly Journal of Industrial Economics 42/2 (1986), 167.; M. Waldman, »*A New Perspective of Planned Obsolescence*«, The Quarterly Journal of Economics, 1993, 273; I. Park, P. Grout, »*Competitive Planned Obsolescence*«, RAND Journal of Economics 36/2 (2005), 1.

6 O problemu efikasnog otklanjanja informacione asimetrije u transakcijama sa potrošačima vid. npr. W. Whitford, »*The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions*«, Wisconsin Law Review 1973, 400.; H. Beales, R. Craswell, S. Salop, »*The Efficient Regulation of Consumer Information*«, Journal of Law and Economics 24/1981, 491.

đač. Jednom rečju, potrošač u najboljem slučaju optimizuje svoj izbor s obzirom na kratkoročnu ravan, dok proizvođač raspolaže informacijama koje pokrivaju širi vremenski horizont.

Kada bi se novi proizvod ili model zaista bitno razlikovao od tekućeg, svaka sumnja u bona fides proizvođača bi nestala, jer kupac određenog dobra kupovinom dolazi do proizvoda koji zaista može da traje onoliko koliko on to od njega očekuje, odnosno koliko to dozvoljavaju tehnički standardi. Ranije proizvedeno dobro ima svoj životni vek potpuno u skladu sa očekivanjima ugovornih partnera koja su imali u momentu kupovine, a novo, kasnije proizvedeno, samo je supstitut za prethodno. Supstitut koji je po nekom svom materijalnom obeležju superiorniji, ali čije uvođenje na tržište nimalo ne umanjuje fizičku korisnost onog ranijeg. No, to nije tako. Uprkos unilateralnim aktima prodavaca ili kogentnim normama koje zahtevaju da proizvođači garantuju da će u određenom roku (obično je kod tehničkih aparata – sem elektronike – rok obezbeđenog servisiranja do deset godina) nakon isteka zakonske garancije proizvoditi ili lagerovati rezervne delove potrebne za redovno održavanje njihovih proizvoda,<sup>7</sup> različitim indirektnim sredstvima, na primer promenom asortimana roba koje su komplementarne, čine da kupljeno dobro može da ostane u upotrebi samo uz povećane napore potrošača. Jednom rečju, politika ubrzanog zastarevanja, koja ima osnov u konkurenciji na savremenom tržištu, samo na prvi pogled daje potrošačima dobra sve veće korisnosti<sup>8</sup>. Naime, potrošači su, uprkos tome što imaju svoje navike, svakodnevno izloženi masovnom uticaju novih informacija o dodajnim, superiornim svojstvima novoprodučenih dobara iste upotrebne vrednosti kao što su ona koja već imaju. Naravno, u skladu sa svojim dohodima i drugim mogućnostima, oni stoga zamenjuju kupljena dobra u roku koji je kraći od inicijalno zamišljenog. Sa stanovišta ekonomske logike, ta situacija je savršeno legitimna i u skladu sa principima konkurencije u granama koje imaju dinamičan tehnološki razvoj. No, mi ovde postavljamo pitanje da li je ugovor o kupoprodaji koji zaključuju dve strane sa nejednakim informacijama u pogledu budućnosti predmeta transakcije zaista potpuno u skladu sa pravilima poštenja i savesnosti. Na prvi pogled jeste, jer proizvođač – prodavac zaista isporučuje ugovorenu robu, bez ikakve obaveze da proizvod dalje ne razvija. No, sa druge strane, u momentu kada ga ugovara, on već zna da će uskoro, čim lansira isti proizvod sa nekim dodajnim karakteristikama ili oblikom, tvrditi kako taj – novi – ima veću korisnost i pri tome sve činiti da u to ubedi potencijalne kupce. U to će poverovati ne samo budući kupci, nego i oni koji su stari model upravo kupili. Budući da je korisnost ne samo individualnopsihološka pojava, nego da ima i socijalni, tj, interpersonalni aspekt, u njihovim očima korisnost dobra opada. Dakle prećutkujući činjenicu da će uskoro dobro u ponudi biti zamenjeno drugim, za koje se tvrdi da ima veću korisnost od prethodnog, prodavac zloupotrebljava informaciju kojom on raspolaže. A pretpo-

7 S. Grossman, „*The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality*“, 24 *Journal of Law and Economics* br. 24/1981, 461.; H. Beales, R. Craswell, S. Salop, „*Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*“, *University of Pennsylvania Law Review* 127/1979, 630.

8 Kažemo „naizgled“ zato što novo dobro ima veću korisnost samo u relativnom smislu. To stoga što se „starom“ u suštini proizvođačkom politikom planskog zastarevanja smanjuje korisnost brže nego što to kupac želi

stavljena veća korisnost novog dobra, iako fizički ne utiče na korisnost starog, psihološki utiče: u ostalom, korisnost je stvar psihologije, a ne fiziologije. Uticaj pojave novog dobra sa navodno većom korisnošću u svesti potrošača smanjuje korisnost dobra koje on poseduje, budući da je to dobro sada socijalno manje poželjno. A socijalna poželjnost nekog dobra je takođe element koji je uticao na odluku kupca.

Još je klasično građansko pravo, a zatim i propisi o zaštiti potrošača, gotovo u potpunosti obezbedilo kupca i potrošača od fizičkih nedostataka. Za građansko pravo je to i prirodno, jer je ono nastalo u vreme kada je tehnološki razvoj kao osnova konkurencije bio vrlo spor. No, privatnopravna regulacija, ipak, kao svoj isključivi cilj ima zaštitu ugovornih strana, a kod ugovora o kupoprodaji je reč o kupcu, a ne potrošaču.<sup>9</sup>

U modernom društvu konkurencija zahteva, i to prividno ide u korist potrošaču, da se plodovi istraživanja i poslovanja, patenti i brendovi, štite i predstavljaju svojini određene kompanije. To je i logično, jer su nastali ulaganjima u istraživanja i razvoj, finansiranim kao trošak poslovanja.<sup>10</sup> Uostalom, konkurencija na strani ponude je svakako od interesa za zaštitu potrošača i predstavlja nezamenljivi deo šireg korpusa instrumenata zaštite potrošača.<sup>11</sup> Principi tržišne konkurencije podrazumevaju da svaka kompanija slobodno stiče ove oblike industrijske svojine, samostalno i na pravom dozvoljene načine, i tako se bori da zadrži ranije kupce i stekne nove. Dakle, u svesti potrošača je podatak o tome ko je proizvođač datog dobra bitna komponenta procesa donošenja njegove odluke. Druga važna komponenta je informacija u tome da je dati proizvod tehnološki superioran, odnosno da ima svojstva po kojima se bitno razlikuje bilo od ranijih, bilo od konkurentskih. Čak i onda kada se radi samo o izmenama u modelu, koje uopšte ne utiču na životni vek ili korisnost dobra, konkurentska borba među kompanijama dovodi do toga da se potrošačima stvara privid da je novi model bezuslovno savršeniji. Moglo bi se bez sumnje zaključiti da se u granama u kojima se konkurencija odvija putem tehnološkog razvoja, a ne cenama, potrošačima upućuje poruka koja je samo delimično tačna: svaki novi proizvod ili model je bolji od prethodnog, i zato poželjniji.

Ističući ovu činjenicu uopšte ne ulazimo u pitanje da li je novolansirano dobro zaista korisnije za potrošače: u skladu sa opštim pretpostavkama liberalizma, ostaje na njima da se o tome dobro obaveste i da snose rizik. Ovde ukazujemo samo na to da ugovor o kupoprodaji trajnih potrošnih dobara kod kojih postoji izražena tehnološka dinamika nije savršen, jer se zaključuje pod uslovima koje bismo, po analogiji, mogli da uporedimo sa korišćenjem unutrašnjih informacija. Verujemo, stoga, da bi jedna druga vrsta ugovora, koja bi uvažavala ročnost korisnosti dobra i činjenicu da ona zavisi od delovanja samo jedne od ugovornih strana, bila adekvatnija od klasičnog kupoprodajnog. Time ne dovodimo ni u kakvu sumnju to da je kod dobara kod

9 A. Ogus, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford University Press, Oxford 1994, 26.

10 A. Fishman, R. Rob, »*Product Innovation by a Durable-Good Monopoly*«, *The RAND Journal of Economics* 31/2(2000), 237.

11 N. Averi, R. Lande, »*Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*«, *Antitrust Law Journal* 65/1997, 713.; T. Leary: »*Competition Law and Consumer Law: Two Wings of the Same House*« *Antitrust Law Journal* 72/2005, 1147.

kojih je vremenski horizont upotrebe kratak, dakle onih koja potpuno gube svoja fizička svojstva jednokratnom ili kratkoročnom upotrebom, takav ugovor pravno perfektan. Moglo bi se čak reći da, po našem mišljenju, u većini slučajeva na tržištima na kojima postoji slobodna (neograničena) konkurencija klasični kupoprodajni ugovor odgovara (jer postoji direktna veza između očekivane korisnosti i cene), ali da ga na tržištima ograničene konkurencije možda valja modifikovati kako bi se njegova kauza na strani kupca – potrošača očuvala tokom čitavog roka upotrebe, tj. do fizičkog obezvređivanja.

#### IV

Da bi dokazali superiornost novolansiranih proizvoda, proizvođači su često primorani da ih prate akcesornim dobrima ili uslugama.<sup>12</sup> Na primer, pojava novog aparata za reprodukciju zvuka zahteva i nove nosioce zapisa, novog aparata za domaćinstvo novih komplementarnih dobara poput hemikalija, goriva i baterija ili potrošnih delova. No, ta ista dobra, ali drugačijih karakteristika, zahtevala su i ranije proizvedena dobra. Kompanije koje su ih ranije iznosile na tržište sada, prilikom pojave šanse da na komponentama za novo dobro ostvare veći profit, u suštini prate one kompanije koje su vodeće, koje lansiraju odgovarajuće trajno potrošno dobro. Hteli to ili ne, ponuda komplementarnih dobara za staro dobro se smanjuje nakon pojave novog. Ne zbog toga što je to svesna politika oštećivanja kupaca, već prosto zbog konkurencije: onaj ko prati novi asortiman ima veće šanse za poslovni uspeh od onog koji tvrdoglavo ostaje na segmentu tržišta koji se smanjuje. Posledica je da potrošači koji poseduju ranije proizvedena dobra, uprkos njihovoj fizičkoj ispravnosti, sve teže mogu da ih koriste, jer su komplementarna dobra ili retka, ili ih nude samo marginalne kompanije. Stoga nesumnjivo opada i njihova korisnost, ali ovog puta ne zbog toga što je zamenjen osnovni proizvod savremenijim, nego što je promenjen tržišni ambijent kojeg je upotreba starog proizvoda pretpostavljala i od kojeg je zavisila, u krajnjoj liniji, i njegova korisnost za kupca – potrošača. Takvo dobro zastareva ne samo moralno (već postoje konkurentna dobra koja imaju veću korisnost) nego i fizički, jer komplementarna dobra supstituti obično vode i njegovom bržem fizičkom rabaćenju.<sup>13</sup>

Posebno je karakterističan slučaj odnosa softvera i hardvera kod računara. Pojava novog programa (a poznato je da mnogi od njih uopšte nisu superiorni u odnosu na ranije postojeće), po pravilu zahteva hardver većeg kapaciteta i brzine. To znači da ranije proizvedeni aparati nisu pogodni za korišćenje novih programa, te se stoga zamenjuju adekvatnim. Ne retko se dešava da na njima stari programi ne rade, ili rade samo uz povećane troškove. Potrošač stoga, često samo zbog potrebe da

12 M. Chun-Hui, »Tying, *Compatibility and Planned Obsolescence*«, *The Journal of Industrial Economics* 58/3 (2010), 579.

13 No, ističemo činjenicu da nisu samo tehnički proizvodi oni koji su podložni planiranoj zastarelosti. Revidiranje literature je takođe primer: empirijske studije ukazuju da onda kada izdavač utvrdi da se povećao promet polovnih knjiga pristupa se izmenama i dopunama izdanja, koja se obično neznatno razlikuju. Vid. T. Iizuka, *An Empirical Analysis of Planned Obsolescence*, SSRN Paper, 2006.



minimalno poveća korisnost svoje opreme, naknadno shvata da mu novi aparat, da bi mogao da obavlja iste poslove, sada zahteva nove izdatke. To praktično znači da uvođenjem nove generacije računara aparati iz stare, fizički potpuno ispravni, više nemaju nikakvu korisnost za kupca, jer je on primoran da koristi nove programe koje ovi ne podržavaju. Sa druge strane, on je često obmanut i u pogledu korisnosti novog aparata, jer se njegova očekivanja (da će imati manje troškove tehnološkog prelaza) izneveravaju.<sup>14</sup>

## V

Retko se koji potrošač rukovodi prilikom kupovine dobara svakodnevne lične potrošnje drugim razlozima sem očekivanom fizičkom korisnošću (i naravno, cenom). Nikakvi statusni efekti, nikakve socijalne implikacije nema činjenica da li pijete mleko jedne ili druge mlekare ili jedete hleb iz jedne ili druge pekare. Socijalna diferencijacija kroz status stečen po tom osnovu nije, doduše, nepoznata, ali su njene ekonomske posledice minorne. One se najpre javljaju kod predmeta odevanja, kao promene u modi. Od modnih hirova potrošač nema nikakvih mogućnosti da se odbrani: šta je lepo u određenom momentu, a šta nije, to je rezultat interpersonalnog saobraćaja, dakle pojava kod koje se ne može uočiti bilo čija individualna akcija koja bi imala presudan značaj. U smislu ekonomske nauke, kod mode se teško može govoriti o zloupotrebi bilo informacija, bilo dominantnog položaja.

No, kod trajnih potrošnih dobara to nije tako. Konkurencija, koja neprestano stvara nove proizvode, zahteva da novi proizvod bude poželjniji od starog, čak i onda kada je njegova korisnost u smislu potrebe koju zadovoljava ista. Čitava marketinška industrija je posvećena upravo tom cilju: da stvori predstavu o socijalnoj superiornosti posednika novih dobara,<sup>15</sup> a implicitno čak, što je moralno vrlo problematično, o inferiornosti onih koji navodno ne prate tehnološki razvoj. Određene socijalne grupe, poput onih sa niskim dohocima i mladih, posebno su osetljive na takav uticaj, i podsvesno teže da imitacijom strukture potrošnje grupe koja ima, po njihovom mišljenju, poželjniji društveni status, isti takav dostignu.

Trajna potrošna dobra često imaju ovu specifičnu korisnost: osim što treba da zadovolje odgovarajuću stvarnu životnu potrebu, ona često predstavljaju i statusni simbol: ljudi se diferenciraju prema onome šta kupuju i troše.<sup>16</sup> To, takođe nije sporno i takvu pojavu srećemo u svim društvima, odnosno u gotovo svim situacijama koje nastaju na osnovu privrednog odnosa. Posedovanje nekih ređih dobara, unutar iste vrste, stvara kod onih koji ih nemaju dodajni efekat (inferiornosti), a vlasnicima obezbeđuju prestiž. Stoga će proizvođači dobara iste vrste koja nemaju prestižnu komponentu unapređivati svoje proizvode kako bi eliminisali taj psihološki jaz koji deli njihove proizvode ili brendove od onih prvih. To je, bez sumnje, pozitivna strana konkurencije.

14 Ovo važi i za upotrebu softvera u pogledu digitalnih 'proizvoda', poput muzike na CD. T. Rayna, *The Economics of Digital Goods: Selling vs. Renting Music Online*, DIME Working Papers on Intellectual Property Rights, Working Paper, May 2006, s. 19.

15 I. Ramsay, *Advertising, Culture and Law*, Sweet and Maxwell, London 1996, glave 2–4.

16 J. K. Galbraith, navedeno delo, s. 129.

Problem nastaje, međutim, u tome što se danas, umesto klasične dihotomije prestižnog i standardnog dobra, i implikacija po konkurentsku borbu koju ta podela donosi, diferencijacija sve češće vrši na takav način da proizvođači proizvodima koji su ranije stvoreni (čak i od strane istih kompanija) onemogućuju da završe onaj životni vek. Kada bi se na tržištu nalazili samo kupci kojima su se stara dobra istrošila, ili oni koji ih stiču prvi put, tražnja bi bila relativno mala. Zato valja tražnju povećati i u nju uključiti i one potrošače koji imaju staro, ali još funkcionalno dobro. To se postiže agresivnim marketingom koji potrošačima logikom argumentuma a contrario usađuje svest da njihovo dobro više nije adekvatno novopostavljenom socijalnom standardu. Tako potrošač sam donosi odluku da svoje dobro koristi kraće, odnosno skрати period koji je imao u vidu u momentu kupovine, ili koji prirodno može da očekuje na osnovu fizičkih svojstava proizvoda i ranijeg iskustva.

Mnoga od ovih dobara, naime, imaju mnogo kraći vek nego što bi fizička svojstva proizvoda to dozvoljavala: televizijski signali namenjeni novim generacijama aparata se ne mogu pratiti starim televizorima, gorivo za automobile proizvedene pre desetak godina se više ne nalazi na pumpama... U svim ovakvim slučajevima se zaista može uočiti da je efekat koji nastaje upotrebom novog dobra takav da on potrošaču obezbeđuje veću korisnost: veći kapacitet, kvalitetniju sliku, manju potrošnju energenta i smanjene eksternih troškova.

Ali šta se dešava ako novi proizvod ne daje realno nikakvo povećanje korisnosti potrošaču, ili je ono beznačajno? Stvarni tehnološki skokovi nisu svakodnevna pojava, a inkrementalna poboljšanja proizvoda su nedovoljna da kod kupaca stvore predstavu ni o višem nivou kvaliteta zadovoljavanja potrebe, ni o statusnom efektu. U tom slučaju imamo – u suštini – pravom zaštićene prevarne aktivnosti proizvođača koji svesno prikrivaju činjenicu da njihovi proizvodi moralno zastarevaju daleko brže nego što bi to odgovaralo fizičkim svojstvima na osnovu prosečne upotrebe.

Ne mogu se, ipak, svi potrošači optužiti da teže prestižnoj potrošnji. Na kraju krajeva, ako im je to cilj, neka sami i snose rizik sopstvenih odluka. No i sasvim racionalni potrošači ne mogu da iz svojih ekonomskih odluka apstrahuju socijalne vrednosti ili čak ideološke sadržaje. Prirodno je što se obrazac potrošnje bogatijih slojeva (dakle onaj u kojem postoji prestižni element) reprodukuje kod onih slojeva koji su u raspodeli dohotka manje privilegovani. Kao rezultat stoga imamo situaciju u kojoj se posebna, prosečnom potrošaču gotovo nepotrebna svojstva proizvoda, logikom širenja asortimana koji je ranije imao prestižni karakter, šire na sve potrošačke skupine.

Suštinu problema vidimo u tome što se svesnim aktivnostima kompanija, koje su potpuno legitimne sa stanovišta konkurentске borbe, prelazi granica onog nivoa sadržaja koji se odnosi na sam proizvod, i u poruku uključuju vrednosni stavovi koji nemaju nikakve veze sa fizičkim svojstvima dobra. Eksplicitno se u porukama kojima se prate novi proizvodi nalaze elementi koji se uklapaju u neki vrednosni sistem, ili doprinose stvaranju novog. Ta socijalna estetika novog dobra, koja stvara privid eksternog efekta u smislu dodatne korisnosti koje novo dobro ima i zbog čega je superiorno nad starim, u smislu ugovornog prava, predstavlja još jedno manipulisanje svešću ugovornih partnera. Bez obzira na činjenicu što je to ekonomski legitimno,

pa čak i pravno (u smislu propisa o javnom oglašavanju) legalno, ne možemo se oteti utisku da se, ipak, u temeljima ugovornog prava koji su oličeni u slobodama transaktora, kod ovakvih ponuda nalazi nekakva pukotina.

## VI

Pravo se u različitim pravcima trudi da obezbedi zaštitu ekonomskih interesa kupca: počev od običnih ugovornih garancija, preko zakonskih, propisa o životnom veku proizvoda, o opštoj bezbednosti proizvoda, čuvanju i pakovanju i mnogobrojnim drugim normama teži se da potrošač u momentu kada kupuje proizvod dobije onakav kakav on očekuje. I pravni sistem u celini danas svugde u društvima sa modernom tržišnom privredom to i omogućuje, kombinacijom privatnopravnih i javnopravnih normi. Problem je, međutim, u tome što čitav model pretpostavlja da kupac – potrošač pouzdano poznaje svoj interes, te da odlučuje da kupi ono što je zaista u skladu sa njegovim interesom. Njegovo odlučivanje je pri tome zasnovano na poznavanju trenutnog stanja na tržištu, sopstvenih potreba i, eventualno, iskustava. U meri u kojoj je prilikom kupovine novog dobra prisutniji element prestiža koji se stiče njegovim posedovanjem, u odnosu na onaj cilj koji opredeljujemo kao klasična upotreba dobra, rizik od prebrzog moralnog zastarevanja je veći.

I sada dolazimo do centralnog pitanja: da li unapređivanja proizvoda, novi patenti i modeli, zaista doprinose višem nivou zadovoljavanja potreba potrošača, ili su rezultat veštačkog stvaranja svesti o potrebama? A izazivanje neautentičnih potreba proizvodi kod onoga ko ih ima i pogrešne procene o korisnosti dobara kojima se one zadovoljavaju.

Moderna tržišna privreda je nezamisliva bez tehnoloških osnova konkurencije. Nikome ne pada na pamet da zaista ospori strategiju ubrzanog zastarevanja, odnosno natprosečno opadajuće korisnosti kod mnogih trajnih potrošnih dobara, jer je takva poslovna politika kompanija komplementarna sa socijalnim ekonomskim ciljevima – stabilnošću, zapošljavanjem, životnim standardom stanovništva. Ekscesne manifestacije mogu da budu predmet posebnog javnopravnog mehanizma zaštite interesa kupaca – potrošača, i čitav korpus savremenog prava zaštite potrošača tome služi. No, pitanja na koja ovde ukazujemo ne mogu da budu efikasno rešena propisom, jer se odnose na stanja individualne svesti potrošača koja prethode činu kupoprodaje ili ona sa kojima je on suočen nakon zaključenja ugovora. U suštini, naše centralno pitanje jeste da li je kupoprodajni ugovor, u kojem strane nemaju nikakve uzajamne obaveze nakon ispunjavanja ugovornih uslova, optimalan za nešto što se danas pretvara u proces: da li je statika koju kupoprodajni ugovor proizvodi u skladu sa kontinuitetom stalnog menjanja svesti o korisnosti dobara, koju jednostrano proizvode prodavci? Ako ovo drugo možemo da shvatimo kao kontinuirani tok, onda bi valjalo istražiti da li neki drugi ugovorni odnos može adekvatnije da pomiri takve zahteve.

Bez pretenzija da ponudimo rešenje, ukazaćemo samo na varijantu klasičnog ugovora kojom bi se prodavac obavezao kupcu tako što bi mu, uz garancije za fizičku ispravnost, bezbednost i druge, danas uobičajene obaveze, garantovao i neza-

starivost. Prirodno, nezastarivost nije moguća kada je u pitanju fizički opredeljeno, individualno dobro, ali kada bi dobro bilo generički opredeljeno, ne bi se mogla isključiti mogućnost zamenjivanja konkretnog dobra drugom jedinicom odnosno drugim jedinicama sukcesivno. Dakle, kada bi se ugovor o kupoprodaji nekih vrsta trajnih potrošnih dobara pretvorio u kontinuirani odnos, poput ugovora o trajnom pružanju usluga, kompanija bi mogla da posluje mnogo stabilnije, jer bi sopstvenu tehnološku dinamiku prilagođavala svim tržišnim učesnicima i stakeholderima, a ne samo konkurentskim firmama, kao danas. Pri tome, nemamo u vidu radikalnu izmenu ugovora o kupoprodaji nekakvim ugovorom o lizingu. Prvenstveno kada je reč o stanovanju, trajnim potrošnim dobrima i automobilima, za koja potrošači obično i vezuju ovu prestižnu dimenziju, samo se prividno radi o apsolutnoj trajnosti svojinskih ovlašćenja na datoj stvari. Životni vek proizvoda je realni okvir postojanja svojine. Ovde se radi o dobrima kod kojih jedna od dve komponente korisnosti nestaje neumitno i nezavisno od režima potrošnje, u društvenom procesu u kojem se ne može istaći osporavanje bilo kojim svojinskim ovlašćenjem. Vlasnik dobra nema nikakvo svojinsko ovlašćenje kojim bi uticao na buduće proizvode kompanije sa kojom je zaključio ugovor o kupovini potrošnog dobra.

U prilog mogućnosti da se klasični ugovor o kupoprodaji koji se smatra izvršenim predajom opredeljenog dobra kupcu – potrošaču (uz ugovorne i zakonske obaveze koje mogu da postoje i nakon predaje) bude zamenjen specifičnim ugovorom koji podrazumeva nešto poput prava vremenski neograničenog korišćenja dobara date kompanije koja imaju određenu svrhu, govori i sistem zaštite brendova. Brendovi, naime, nisu samo formalno obeležje koje treba da ukaže na kvalitet, nego i sredstvo specifičnog vezivanja potrošača za kompaniju, razvijanjem uzajamnog poverenja. Koncept društvene odgovornosti kompanija i ideja brendova nisu protivrečni. Naprotiv. „Vernost“ potrošača brendu omogućuje i jednoj i drugoj strani više slobode uz manje rizika. To nije ideja koja nema i istorijsku verifikaciju, jer su programi nagradjivanja potrošača za vernost kompanijama, programi zamene starih proizvoda neke kompanije za nove i slični poslovni poduhvati, već poznati. Sličnu praksu su razvijale i tzv. rental houses, koje bi se obavezivale da će svojim komitentima uvek stavljati na raspolaganje najnovije proizvode, odnosno ranije dostavljene zamenjivati novima, kako se budu pojavljivali.

Ideja koja nam se čini logičnom bi mogla da se opredeli kroz novo shvatanje predmeta kupoprodajog ugovora. Danas, svi smatramo da je to opredeljena stvar. Predmet definisan fizičkim obeležjima, ali, isto tako, i istorijski definisan nivoom tehnologije. Kada bi, umesto stvari, sama funkcija stvari bila predmet ugovora (shvaćena u napred izloženom dualnom shvatanju), politika tehnološkog obezvređivanja potrošačkih dobara koju vode kompanije bi bila manje haotična. Može se primetiti da bi to bitno snizilo konkurentske napore za pridobijanje novih potrošača, odnosno povećanje pokrivenosti tržišta, te da bi stoga možda usporilo tehnološki razvoj, ali se sa mnogo osnova može postaviti pitanje da li je svaki tehnološki razvoj kod predmeta potrošnje zaista i napredak. U svakom slučaju, na tržištu bi bili eliminisani oni ugovori koji su zaključeni uz mane volje kakve pravo u ovom momentu ne sankcioniše. A istraživačko – razvojna funkcija u kompanijama bi bila oslobođena one dnevne presije koja često dovodi do optimizacije kratkoročnog interesa na račun dugoročnih.

Ono što imamo u vidu je mogućnost nastanka novih potrošačkih ugovora koji bi pravno mogli da se odrede kao kombinacija više klasičnih pravnih poslova. Zašto bi, u ostalom, za potrošača bila neprihvatljiva ponuda za zaključenje ugovora koja bi mu obezbeđivala nesmetano i potpuno slobodno korišćenje određenog dobra kroz ugovoreni vremenski period, pri čemu bi prodavac imao obavezu da dobro servisira i eventualno zamenjuje modernijim? Prodavac samo širi svoju obavezu i na zaštitu od moralnog rabaćenja, kao što već ima obavezu da servisira njegovo funkcionisanje. Svojina danas, i onako, ima daleko uži sadržaj nego u Rimu. I pitanje je da li je baš trajnost svojine na određenom predmetu zaista ono što potrošač iskreno želi, ili je na to prinudjen samo zbog nepostojanja alternative. Od prilike, imali bismo situaciju kakva postoji već danas kod davalaca pojedinih usluga od opšteg ekonomskog interesa ili u oblasti telekomunikacija: pretplatnički odnos podrazumeva obavezu davaoca da sva unapređenja primeni na sve korisnike. Društvo XXI veka je postindustrijsko. A u postindustrijskom društvu je temeljni privredni odnos onaj vezan za uslugu, ne proizvod.

Takva vrsta ugovora bi stvarala kompanijama stabilno i pouzdano tržište, omogućavala bi im bolju kontrolu nad inovativnim procesom, stabilne izvore prihoda, a istovremeno kod potrošača povećala ukupnu korisnost uz smanjenje značaja prestižne komponente. Postojanje konkurencije medju firmama ne bi nikako bilo dovedeno u pitanje. To bi istovremeno dovelo i do promene svesti potrošača, čiji bi ekonomski interesi bili takvim aranžmanom zaštićeni, a informisanost povećana, budući da bi svoju odluku zasnivao samo na poznavanju elemenata fizičke korisnosti. Time bi se iz seta determinanti ove odluke eliminisali mnogobrojni elementi iracionalnog. Ovim prilogom smo daleko od toga da predlažemo radikalnu izmenu ugovora o kupoprodaji svih potrošačkih dobara. Ali je izvesno da se zalažemo da se na trajna potrošna dobra, koja se i inače kupuju na kredit (što znači da kupac već danas i nije ekonomski vlasnik dobra već ima uslovnu svojinu do momenta isplate kredita!) gleda drugačije i u najrazličitijim varijetetima kupoprodaje koje danas srećemo ne gleda kao na proširenje ili modernizaciju klasičnog pravnog posla, nego kao na proces stvaranja novog (potrošačkog ugovora), primerenog socijalnim, tehnološkim i organizacionim uslovima postindustrijskog sveta.

*Svetislav Taboroši*

Faculty of Law, University of Belgrade

## DILEMMAS ABOUT CONSUMER RIGHTS TO DURABLE GOODS

### SUMMARY

A commercial contract is concluded by two parties, but some of its outcomes infringe the interests of third ones, those who are not contractual subjects in any way. If those effects are onerous to their interests, they are called negative external effects. In this paper, we tried to investigate wheather technological development

in companies producing consumer durables could be considered as a circumstance with negative external effects for consumers who have bought previously produced goods of the same kind. Whenever the producer sells a new commodity, which differs from the old one, the level of utility which the consumer had in mind when contract was made is reduced at the rate exceeding the rate of its physical depletion. The effect of competition between companies through the development of durables, which was supposed to be in favour of consumers, produces consumer surplus to new buyers only, but those who already own the product (older model or version) are faced with the loss in its consumer value (utility) which may be greater than the surplus. At least, this may be true due to the difference in number between current contracts and all old ones, referring to goods which still are not physically destroyed and therefore appropriate for the purpose.

Property acquired by buyers who intend to use the commodity (not to resell) is, inevitably, the presumption for consumption. The Roman concept of property includes and covers the total power which lasts up to the moment when the goods loses its utility for the owner. Sale contract (*emptio-venditio*) is a contract which has to ensure permanent usage, up to the moment of economic death of the specified commodity. Then, it can be derelicted, or recycled. The expected lifespan is the same as the period of their utility for the consumer, who calculate it on the basis of the rate of physical depletion and previous personal experience. Acts committed later by the producers (upgrading the goods) create the situation in which previous buyers have to reconsider their situation, regarding the lifespan of old goods. They are useful (possess utility for their owners) in a period shorter than the buyers originally planned, due to moral obsolescence unilaterally produced by other contractual partner.

Competition through R & D is inevitable and has a lot of positive micro (profit) and macroeconomic (employment, standard of living..) effects.

There are three points that deserve our attention: first, the fact that the producer sells something which is obsolete even in the moment of the sale (there is already a new product of the kind prepared in the other corner of its facilities, alike a misuse of insider information), second, that complementary articles, such as fuel, recording media etc. become more and more scarce after the introduction of the new main product, and third, durables have explicit prestigious effects (conspicuous consumption) which are unilaterally annihilated by one contractual party.

Our point is that the principles of the classical law embodied in sale contract, including the symmetry of power and information between partners, do not hold any more in modern market. Therefore, we pledge for modification of the sale contract in which the seller should extend its warranty so that it covers technological obsolescence. This is possible if the object of contract were defined not as certain physical matter, but according to its consumer purpose, according to the need that has to be saturated. The emergence of such contracts may improve the market practice and competition, introduce more stable and socially regulated companies R & D policy, eliminate a lot of the conspicuous consumption, and, as the result, increase the level of macroeconomic stability.

**Key words:** consumer rights, consumer durables, sale contract, consumer contract.

STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA  
IV DEO

*Biblioteka*  
CRIMEN  
16

*Priredio*  
prof. dr Đorđe Ignjatović

*Izdavač*  
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu  
u saradnji sa Kriminološkom sekcijom  
Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

*Za izdavača*  
prof. dr Mirko Vasiljević, dekan

*Dizajn korica*  
Đorđe Ignjatović

*Tehnička priprema*  
Natalija Lukić  
Ivana Marković

*Grafičko uređenje*  
Dosije studio

*Tiraž*  
100

ISBN 978-86-7630-265-9

*Štampa*  
Dosije studio, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

343.97(497.11)(082)

343.2/.7(497.11)(082)

STANJE kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. Deo 4 = Crime in Serbia and Legal Means of Reaction. Part 4 / priredio, editor Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet Univerziteta, 2010 (Beograd : Dosije studio). – 334 str. : tabele ; 24 cm. – (Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 16)

Tiraž 100. – Str. 7–8: Predgovor / urednik. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-265-9

1. Уп. ств. насл.

2. Игњатовић, Ђорђе [уредник] [аутор додатног текста]

a) Криминалитет – Србија – Зборници

b) Кривично законодавство – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 179089420