

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

V DEO

priređio
Đorđe Ignjatović



Biblioteka

CRIMEN

31

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

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2015.

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

www.ius.bg.ac.rs

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

V deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2015.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
<i>Zoran Stojanović</i> SISTEM KAZNI U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE I POTREBA NJEGOVOG DALJEG USAVRŠAVANJA	1
<i>Đorđe Ignjatović</i> KRIMINALITET DRŽAVE	25
<i>Milan Škulić</i> OPŠTI POJAM KRIVIČNOG DELA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA – SLIČNOSTI I RAZLIKE U ODNOSU NA SRPSKO KRIVIČNO PRAVO	47
<i>Goran P. Ilić</i> O NEZAKONITIM DOKAZIMA U KRIVIČNOM POSTUPKU	75
<i>Nataša Delić</i> CRIMINALISATION VERSUS DECRIMINALISATION – THE STATUS AND PERSPECTIVES OF THE SPECIAL PART OF THE SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION	88
<i>Milovan M. Mitrović</i> ZLOČIN I KAZNA NAD SRBIJOM – PRILOG DIJALEKTICI KRIMINALNOG DELOVANJA U SRBIJI	105
<i>Boris Begović</i> POSTULAT O RACIONALNOSTI PRESTUPNIKA: KAMEN TEMELJAC EKONOMSKE ANALIZE KRIMINALA	121
<i>Đorđe Đorđević</i> PROBLEMI MEĐUSOBNOG USAGLAŠAVANJA ODREDAVA PREKRŠAJNOG I KRIVIČNOG PRAVA	143
<i>Igor Vuković</i> O OPRAVDANOSTI TZV. SVOJERUČNIH KRIVIČNIH DELA	155
<i>Marija Karanikić Mirić</i> NASLEDIVOST PRAVA NA NAKNADU MORALNE ŠTETE	172

Biljana Simeunović-Patić

EKSPERIMENTALNO ISPITIVANJE DELOTVORNOSTI
KRIMINALNOPOLITIČKIH MERA: ZNAČAJ I OGRANIČENJA 192

Ljubinka Kovačević

THE PROBLEM OF DEFINING THE CONCEPT OF ABUSE OF SICK
LEAVE ENTITLEMENT 212

Vanja Bajović

KRIVIČNO PRAVO I INTERNET – (NE)MOGUĆNOST SUZBIJANJA
KOMPJUTERSKOG KRIMINALA KLASIČNIM KRIVIČNOPRAVNIM
MEHANIZMIMA 236

Ivan Đokić

OSNOVNE CRTE UČENJA O OBJEKTIVNOM URAČUNAVANJU
U KRIVIČNOM PRAVU 255

Natalija Lukić

O LEGITIMNOSTI DELOVANJA ORGANA FORMALNE KONTROLE 272

Ivana Marković

NEKA OSNOVNA PITANJA U VEZI SA OBJEKTIVNOM STRANOM
PROTIVPRAVNOSTI 285

Aleksandar Stevanović

EKOLOŠKI KRIMINALITET 301

PREDGOVOR

Peti tom kolektivne monografije KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI sadrži šesnaest tekstova čiji autori su članovi istraživačkog tima na istoimenom Projektu i rad nagrađenog kandidata na Konkursu za mlade kriminologe koji je organizovala Kriminološka sekcija Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu.

U prvom po redu tekstu prof. Zoran Stojanović daje detaljan prikaz sistema kazni u krivičnom pravu Srbije, analizirajući naročito neka nova rešenja koja su došla do izražaja u procesu aktuelnog noveliranja Krivičnog zakonika. U tom pogledu interesantna je argumentacija kojom on obrazlaže predlog o uvođenju kazne doživotnog zatvora i njegovo verovanje da bi ono moglo dovesti do smanjenja broja dugotrajnih kazni zatvora. Poseban kvalitet rada je svestrana i kritička analiza kojoj je podvrgnut veliki deo rešenja koja se zastupljena u sistemu kazni, a ukazano je i na to koliko su pojedine od njih zaživele u praksi naših sudova.

Drugi rad odnosi se na jedno od novih pitanja moderne kriminologije: može li se država (oličena u funkcionerima koji obavljaju odgovorne funkcije) pojaviti u ulozi izvršioca zločina? Ukazano je na to kako je uvođenje kategorije 'dela zloupotrebe moći' uticalo na širenje kruga ponašanja koja se svrstavaju u politički kriminalitet i uvođenju pojmova kakvi su 'zločini vladajućih' i 'od države organizovani kriminalitet'.

Prilog prof. Milana Škulića daje odgovor na pitanje zbog čega se specifična 'amerikanizacija' kaznenog prava u državama na ovim prostorima odvija dominantno kroz preuzimanju pravnih transplanata u krivičnom postupku, dok je skoro potpuno izostala u materijalnom krivičnom pravu? Čitaocima će biti interesantno i da pročitaju to kako autor prikazuje odvijanje zakonodavnog procesa u jednoj tako važnoj i osetljivoj materiji kakvo je kazneno pravo.

Tekst prof. Gorana Ilića bavi se nezakonito prikupljenim dokazima u krivičnom postupku i ukazuje koliko su u tom pogledu rešenja u našem Zakoniku o krivičnom postupku usklađena sa međunarodnim konvencijama, praksom Evropskog suda za ljudska prava i Ustavom suda Srbije. Profesor Nataša Delić u svom radu napisanom na engleskom jeziku daje analizu, koja će koristiti pre svega stranim čitaocima, dinamike inkriminacija u našem krivičnom pravu i ukazuje da je naš zakonodavac i dalje skloniji da uvodi nove inkriminacije nego dekriminalizuje ponašanja za koja je oigledno da ne moraju biti predviđena u posebnom delu Krivičnog zakonika.

U kritički intoniranom radu prof. Milovan Mitrović analizira unutrašnje i spoljne uzroke krize kroz koju polazi naše društvo, posebno apostrofirajući doprinos vladajućih grupa i njihovih veza sa svetom „kontroverznih biznismena“ i kriminalnim slojevima. Profesor Boris Begović nastavlja svoje istraživanje koje se odvija na granici ekonomije i krivičnih nauka U fokusu su mu ovaj put problem racionalnosti prestupnika na kojoj se zasniva i sama ekonomska analiza kriminaliteta. Profesor

Đorđe Đorđević ukazuje na neusaglašenost nekih odredaba novog Zakona o prekršajima sa normama Krivičnog zakonika i Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, a prof. Igor Vuković dokazuje da nema potrebe da se tzv. 'vlastoručna krivična dela' izdvajaju u posebnu kategoriju delikata.

Iako na prvi pogled prilog prof. Marije Karanikić (o nasleđivanju prava na naknadu moralne štete) nema baš mnogo veze sa materijom kojom se bavi ova tematska monografija, taj utisak nije tačan jer se kao osnov zahteva za naknadu štete može pojaviti i krivično delo. Profesor Biljana Simeunović smatra da je jedan od najvećih problema našeg sistema kaznene reakcije to što se promene u njemu vrše bez konsultovanja rezultata naučnih istraživanja – 'odokativno' ili još češće nekritičkim preuzimanjem zakonskih rešenja ili prakse drugih država. Zato i ukazuje na značaj primene eksperimenta kao načina da unapred utvrdimo koliko je neko rešenje primenjivo u našim socio-kulturnim uslovima.

Docent Ljubinka Kovačević u prilogu napisanom na engleskom jeziku okupirana je jednom interesantnom temom deliktne štete u širem smislu –posledicama zloupotrebe prava na odsustvo iz procesa rada iz zdravstvenih razloga, a Vanja Bajović ukazuju na to koliko su tradicionalna rešenja u krivičnom (materijalnom i procesnom) pravu adekvatna u kontroli kriminaliteta u 'kiber prostoru' odnosno na Internetu.

Asistent Ivan Đokić bavi se pitanjem objektivnog uračunavanja u krivičnom pravu, Natalija Lukić razmatra značaj poštovanja načela legitimnosti u delovanju organa formalne socijalne kontrole na delotvornost njihovog doprinosa kontroli kriminaliteta, a Ivana Marković piše o objektivnoj strani protivpravnosti

Najzad, student treće godine Pravnog fakulteta u Beogradu Aleksandar Stevanović objavljuje u ovom Zborniku svoj prerađeni nagrađeni rad sa Konkursa za mlade kriminologe. U njemu se bavi prevashodno etiološkim aspektima ekološkog kriminaliteta.

Sedamnaest originalnih i samostalnih radova koje na više od 300 strana objavljujemo u ovom Zborniku pokrivaju, neki od njih po prvi put u našoj literaturi, širok krug pitanja koja mogu interesovati i praktičare i krivičare koji pripadaju akademskoj zajednici. Priređivač je nastojao da, bez obzira koliko se lično slaže sa njima, ne utiče na stavove i argumentaciju autora priloga intervenišući samo u nekoliko radova u kojima su načinjene očigledne terminološke ili greške u afilijaciji.

Na kraju bi trebalo navesti i jedan kuriozitet: ovog Zbornika ne bi bilo da Ministarstvo nauke nije odlučilo da za još jednu godinu produži finansiranje naučnih projekata koji su inicijalno zamišljeni kao četvorogodišnji. Zahvaljujući tome, ali i upravi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu koja je pokazala dobru volju da reši neke administrativne probleme (do kojih je došlo zbog kašnjenja priloga), ona se nalazi pred čitaocima. Ostaje da se nadamo da će, kao i tridest prethodnih publikacija u Ediciji Crimen. biti podvrgnuta kritičkom sudu čitalaca, ne samo u Srbiji.

Zoran Stojanović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

SISTEM KAZNI U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE I POTREBA NJEGOVOG DALJEG USAVRŠAVANJA

Apstrakt. U radu se analizira postojeći sistem kazni u Krivičnom zakoniku Srbije. Iako se taj sistem ocenjuje kao adekvatan, određene izmene su poželjne i značile bi dalje usavršavanje tog sistema i njegovo osposobljavanje da još u većoj meri odgovori zahtevima suzbijanja kriminaliteta s jedne strane, uz poštovanje principa pravne države, s druge strane. Prilikom eventualnih izmena Krivičnog zakonika potrebno je imati u vidu i to da praksa nedovoljno koristi mogućnosti koje pruža postojeći sistem kazni. Tako, novčana kazna u dnevnim iznosima se uopšte ne koristi što je slučaj i sa kaznom oduzimanja vozačke dozvole koja se vrlo retko izriče, dok je kazna rada u javnom interesu tek poslednjih godina zaživela. Od kazni koje predviđa KZ, sudovi se uglavnom oslanjaju na kaznu zatvora. Neke od tih izmena trebalo bi da usmere praksu u pravcu šireg korišćenja nekih kazni i uopšte korišćenja onih mogućnosti koje vode tome da se korišćenje zatvora svede na nužnu meru. S obzirom na to da kućni zatvor ima određene prednosti i da je u praksi prihvaćen, opravdano je njegovo postavljanje kao samostalne kazne lišenja slobode sa daljim preciziranjem uslova za njegovu primenu. Što se tiče najtežih krivičnih dela, ocenjuje se da bi uvođenje kazne doživotnog zatvora (umesto kazne od trideset do četrdeset godina) bilo bolje rešenje od postojećeg. Iako bi to bila značajna novina, ona ipak ne bi predstavljala toliku promenu postojećeg sistema kazni koliko se to na prvi pogled čini. S obzirom da je uslovni otpust moguć i u slučaju te kazne, ona se u konkretnim slučajevima ne mora mnogo razlikovati i biti osetno teža od kazne zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina koju će zameniti. Međutim, imajući u vidu da se tako naglašava izuzetni karakter ove kazne i da postaje još jasnije da je reč o kazni koja je namenjena samo za slučajeve u kojima je ranije bila izricana smrtna kazna, ima osnova da se očekuje da će ona biti nešto ređe izricana od sadašnje kazne zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina.

Ključne reči: Kazna, zatvor, kućni zatvor, doživotni zatvor, uslovni otpust, novčana kazna, rad u javnom interesu.

1. UVOD

Iako krivično pravo odavno poznaje i druge vrste krivičnih sankcija, kazna je i dalje sankcija na koju se krivično pravo obavljajući svoju zaštitnu funkciju u najvećoj meri oslanja. Ako se krivičnom pravu ne bi dao utilitaristički već retributivistički karakter, kazna bi još više bila u prvom planu.¹ Poznato je da sistem kazni u važećem krivičnom zakonodavstvu Srbije čine četiri kazne: 1) zatvor, 2) novčana

* redovni profesor, zorans@ius.bg.ac.rs

1 Danas takvo gledanje u nauci krivičnog prava nije često zastupano. Međutim, ono je naročito u pravnoj filozofiji i dalje prisutno u obliku koji ne isključuje sasvim preventivne i utilitarističke ciljeve krivičnog prava s tim da oni moraju biti podređeni osnovnoj funkciji kazne, a to je da

kazna, 3) rad u javnom interesu i 4) oduzimanje vozačke dozvole. Sistem kazni se menjao u ranijem jugoslovenskom krivičnom pravu. Poznato je i to da je oblast krivičnih sankcija najdinamičnija oblast Opšteg dela. Najviše dilema u sistemu kazni koji je predviđalo naše ranije krivično zakonodavstvo izazivala je smrtna kazna.² Ne ulazeći u razloge za i protiv smrtne kazne,³ može se konstatovati da su danas, kada je Evropa u pitanju, na planu zakonodavnog regulisanja smrtne kazne preovladali filozofski, sociološki, psihološki i kriminalno-politički argumenti protiv smrtne kazne.⁴ Ako se ima u vidu istorija kažnjavanja u Evropi, postojeće stanje se može oceniti kao veliki napredak.⁵ Nije bilo nikakvih posebnih razloga da i naša zemlja ne sledi trend koji je jasno došao do izražaja u evropskim zemljama, a što je bio i uslov za njen prijem u Savet Evrope. Zato u tom pogledu nije bilo nikakvih dilema kada je donošen sadašnji Krivični zakonik Srbije.

Krivični zakonik Srbije polazi od uobičajene podele na glavne i sporedne kazne (član 44 KZ). Glavna kazna je zatvor⁶, dok se novčana kazna, rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole mogu izreći i kao glavne i kao sporedne kazne. Glavna kazna se izriče samostalno, s tim što se samo jedna kazna može izreći kao glavna. Novčana kazna i oduzimanje vozačke dozvole kao sporedna kazna se mogu izreći uz kaznu zatvora kao glavnu kaznu. Podela kazni na glavne i sporedne je od značaja za njihov međusobni odnos prilikom izricanja. S obzirom na to da se naš kazneni sistem svodi na četiri kazne pitanje odnosa glavnih i sporednih kazni je relativno jednostavno. Međutim, ZID KZ iz 2009. godine predviđanjem da kazna rada u javnom interesu može biti i sporedna kazna unosi određene nejasnoće. Nije poznato koji su razlozi rukovodili zakonodavca, odnosno one koji su pripremali izmene i dopune KZ, da to učine.⁷ Zato je opravdano odustati od te izmene i vratiti

ona bude proporcionalna represivna reakcija na učinjeno krivično delo. Up. K. Kühl, *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, Baden.Baden, 2008, p. 395. *et. passim*.

- 2 Ona je prvo (1993. godine) ukinuta u saveznom krivičnom zakonodavstvu, a u republičkom krivičnom zakonodavstvu u kome je bila propisana samo za dva krivična dela (za teško ubistvo i teške slučajeve razbojničke krađe i razbojništva) ukinuta je izmenama i dopunama KZ Srbije iz februara 2002. godine.
- 3 U pogledu tih argumenata uglavnom nema ničeg što već nije isticano. Argumenti koji se obično navode protiv smrtne kazne su da je ona nepopravljiva, da nije deljiva, da je nepravedna, da država nema pravo na život svojih građana, da ne smanjuje kriminalitet, te da izaziva sažaljenje prema krivcu. Razlozi koji navode pristalice smrtne kazne su da ona deluje zastrašujuće na potencijalne učinioce i da je nužna za opasne i nepopravljive zločince. Up. T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Opšti deo, II knjiga, Beograd, 1937, str. 274–276.
- 4 To je došlo do izražaja prvo u Protokolu br. 6 iz 1983. godine uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima koji predviđa ukidanje smrtne kazne i dozvoljava njeno zadržavanje samo u vreme rata ili neposredne ratne opasnosti, a zatim u Protokolu br. 13 iz 2002. godine kojim je smrtna kazna ukinuta i u tim slučajevima.
- 5 Imajući u vidu zbog čega se sve izricala smrtna kazna, a naročito na koje se načine izvršavala, opravdana je konstatacija da je istorija kazne u pogledu mnogo čega više sramotna po čovečanstvo, nego istorija zločina (G. del Vecchio, *Die Gerechtigkeit*, 2. Auflage, Anhang: Über die Grundlege der Strafgerichtsbarkeit, Basel, 1950, p. 186).
- 6 Maloletnički zatvor je, kao i ostale sankcije prema maloletnicima, propisan posebnim zakonom.
- 7 Možda se pošlo od toga da odredba člana 48 stav 2 KZ ne dozvoljava da se uz kaznu rada u javnom interesu izrekne novčana kazna kao sporedna kazna, tj. da se može izreći samo uz kaznu zatvora. Međutim, teško je naći kriminalno-političko opravdanje za izricanje rada u javnom inte-

se na prvobitno rešenje koje je sadržao KZ, a to je da kazna rada u javnom interesu bude samo glavna kazna.

S obzirom na to da KZ predviđa mogućnost da sud prilikom izricanja kazne do jedne godine zatvora odluči da osuđeni kanu izdržava u prostorijama u kojima stanuje, postavilo se pitanje da li je opravdano tzv. kućni zatvor predvideti kao posebnu vrstu kazne, a ne samo kao modalitet izvršenja kazne zatvora. Polazeći od toga da takav način izvršenja toj kazni daje dosta drugačiji karakter, Nacrt ZID KZ iz 2015. godine predviđa kaznu zatvora kao samostalnu kaznu i to kao kaznu koja se može izreći samo kao glavna kazna. Takođe, i kazna zatvora od trideset do četrdeset godina, a naročito doživotni zatvor ako se uvede umesto te kazne, zaslužuju da u sistemu kazni zauzmu samostalno mesto.

U ovom radu će biti analizirana i preispitana postojeća rešenja u Krivičnom zakoniku imajući u vidu i njihovu primenu. Radikalne promene sistema kazni nisu danas a ni u bliskoj budućnosti, iz više razloga, poželjne. Međutim, ima mesta za dalje usavršavanje sistema kazni koje poznaje krivično zakonodavstvo Srbije, te će se time ovaj rad i baviti. Pri tome, ovo pitanje je postalo posebno aktuelno činjenicom da se priprema Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika u kome značajno mesto zauzimaju određene novine u oblasti sistema kazni.

2. KAZNA ZATVORA

Iako je danas opšteusvojen stav da učinioca ne treba slati u zatvor ako se može na slobodi primenom određenih sankcija na njega uticati da više ne vrši krivična dela, kazna lišenja slobode je i dalje stub sistema krivičnih sankcija. Njen značaj se ne zasniva na njenoj čestoj primeni (štaviše ona se primenjuje ređe nego neke druge krivične sankcije),⁸ već na tome što se pre svega od zaprećene kazne zatvora očekuje da ima generalno preventivno dejstvo. I letimičan pogled na posebni deo bilo kojeg savremenog krivičnog zakonika pokazuje da je ona kazna koja je propisana kod svih (ili skoro svih) krivičnih dela. Ona je i dalje *par excellence* kazna koja služi da se njome preti potencijalnim učiniocima.⁹ Takođe, neke krivične sankcije koje se danas

resu kao sporedne kazne uz novčanu kaznu, ili uz kaznu oduzimanja vozačke dozvole kao glavne kazne (a to bi dovelo i do nekih spornih situacija na planu izvršenja koje bi se morale zakonom regulisati). Još manje ima smisla da se rad u javnom interesu izriče kao sporedna kazna uz kaznu zatvora, jer je ta kazna po svojoj prirodi alternativa kazni lišenja slobode, a i to bi zahtevalo dodatne odredbe (npr. da se ona izvršava posle izdržane kazne zatvora).

8 Tako se njena primena u nekim evropskim zemljama kreće između 15 i 20% izrečenih krivičnih sankcija (up. W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage, München, 1990, p. 298). Treba imati u vidu da u taj procenat, po pravilu, ulaze i one kazne čije je izvršenje uslovno odloženo jer se u većini evropskih zemalja uslovna osuda predviđa samo kao modalitet izricanja kazne zatvora, a ne kao samostalna sankcija kao u našem krivičnom pravu. Ako se ne bi uzele u obzir kazne čije je izvršenje uslovno odloženo, onda je taj procenat znatno manji. Na primer, on je u Nemačkoj bio samo 5.2% u 2009. godini. Up. F. Streng, *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3. Auflage, Stuttgart, 2012, p. 80. Kod nas je u 2013. godini procenat izrečenih kazni zatvora iznosio 34,75%. Up. *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Bilten Republičkog zavoda za statistiku, br. 588, Beograd, 2014.

9 F. Streng, *op. cit.*, p. 80.

široko primenjuju upravo kao supstitut kazni lišenja slobode (na primer, uslovna osuda) bile bi nezamislive bez postojanja kazne lišenja slobode.

U vezi sa kaznom lišenja slobode javlja se veći broj načelnih pitanja koja su sporna, odnosno u vezi sa kojima se zauzimaju različiti stavovi. Posebnu pažnju izazivaju pitanja njenog propisivanja, njenih alternativa, kao i problem kratkotrajnih kazni lišenja slobode.

Prilikom propisivanja kazne lišenja slobode zakonodavac se pre svega suočava sa pitanjem da li predvideti jednu, ili više vrsta kazni lišenja slobode. Može se zapaziti da su u većini ona zakonodavstva koja predviđaju više vrsta kazne lišenja slobode. U vezi sa propisivanjem kazne lišenja slobode jeste i pitanje kaznenih raspona, odnosno pitanje koliko široki ti rasponi treba da budu. S jedne strane, oni ne smeju biti suviše uski jer bi se time onemogućilo izricanje one kazne koja se zasniva na svim okolnostima vezanim za učinjeno delo i učinioca, ali s druge strane ne smeju biti ni suviše široki jer bi to vodilo arbitrnosti, pa i kršenju načela zakonitosti u propisivanju krivičnih sankcija.

Težnja da se kazni lišenja slobode pronađu adekvatne alternative potekla je iz saznanja da se kaznom lišenja slobode često postiže upravo suprotan cilj od željenog. Umesto da deluje preventivno na učinioca krivičnog dela, ona od njega stvara ličnost koja se još više udaljava od društva, od vladajućih društvenih normi i normalnog života na slobodi. Nastojanja da se nađu alternative kazni lišenja slobode prvobitno su se javila samo u vezi sa kratkotrajnim kaznama lišenja slobode, da bi to postala opšta tendencija savremenog krivičnog prava.¹⁰ Od alternativa kazni lišenja slobode koje su u novije vreme uvedene u evropskim zemljama najuspešniji je rad u javnom interesu (ili opštekorisni rad, rad u korist zajednice) koji je uveden u većini evropskih zemalja. Osim rada u javnom interesu u novije vreme se koriste i neke druge sankcije kao alternativa tradicionalnoj kazni lišenja slobode.

U pogledu kratkotrajnih kazni lišenja slobode odavno se ističe niz prigovora.¹¹ Iako su mnogi drugi pre i posle njega kritikovali kratkotrajne kazne lišenja slobode, izrazit negativan stav prema njima se najčešće vezuje za ime Franca fon Lista.¹² Međutim, u novije vreme ta kritika slabi, a javljaju se i neki novi argumenti u prilog toj kazni. Ta izvesna promena gledanja na kratkotrajne kazne lišenja slobode pre svega je posledica realnijeg sagledavanja dometa resocijalizacije jer se osnovni prigovor kratkotrajnim kaznama lišenja slobode sastojao u tvrđenju da je popravljavanje osu-

10 O tome vid. A. Kalmthout, P. Tak, *Sanctions System in the Member-States of the Council of Europe, Part I*, Kluwer, 1988.

11 Mada ne postoji nesporna granica za određivanje kratkotrajnih kazni lišenja slobode, pod njima se obično podrazumevaju kazne u trajanju do šest meseci zatvora. I naš zakonodavac posredno uvažava ovu granicu propisujući da se kazna zatvora do šest meseci može izricati i na dane.

12 Niz prigovora protiv ove kazne kao i neke predloge za njenu zamenu drugim sankcijama, List je izneo u svom radu: *Kriminalpolitische Aufgaben, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 9, 1 1889, p. 737–782. Između ostalog, postale su poznate njegove reči da su zatvori „visoke škole zločina“ što se naročito odnosi na kratkotrajne kazne lišenja slobode koje se, po pravilu, izriču onima koji ranije nisu bili osuđivani. Pošto se celo tadašnje krivično pravosuđe zasnivalo na kratkotrajnim kaznama lišenje slobode koje su po mišljenju Lista neprihvatljive, on i krivično pravosuđe u celii ocenjuje negativno. *Ibid.*, p. 742.

đenog nemoguće postići u kratkom vremenu. Imajući u vidu negativne posledice kazne lišenja slobode, prednost kratkotrajnih kazni lišenja slobode upravo je u tome što one kratko traju. Ostvarivanje devize „što manje kazne lišenja slobode“ može se postići i time što će se ta kazna primenjivati u što kraćem trajanju. Takođe, ostvarivanje principa srazmernosti prilikom izbora i odmeravanja kazne zahteva postojanje i primenu i kratkotrajnih kazni lišenja slobode. Međutim, sve ovo ne ide u prilog širem korišćenju kratkotrajnih kazni lišenja slobode. Savremena kriminalna politika teži tome da u području lakšeg, pa i srednjeg, kriminaliteta postanu dominantne neke druge krivične sankcije koje ne zahtevaju lišenje slobode učinioca.¹³

Mada je moguće predvideti više vrsta kazne lišenja slobode, KZ Srbije predviđa samo jednu vrstu ove kazne: zatvor. Ipak, iako ih formalno ne postavlja kao samostalne kazne lišenja slobode, on poznaje i dva modaliteta kazne zatvora koje se suštinski razlikuju od redovne kazne zatvora. U prvom slučaju reč je o tome da se zatvor izvršava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje čime kazna zatvora gubi na težini, a u drugom slučaju reč je o dozvoljavanju da kazna zatvora, onda kada je to izričito propisano, može biti i duža od opšteg maksimuma, tj. može trajati od trideset do četrdeset godina.

Krivični zakonik Srbije određuje opšti minimum i maksimum kazne zatvora, tj. njeno trajanje (član 45 stav 1 KZ). Poznato je da najkraće i najduže trajanje kazne lišenja slobode pojedina strana zakonodavstva određuju različito. Naš zakonodavac se opredelio za rešenje prema kome zatvor ne može biti kraći od trideset dana ni duži od dvadeset godina. To rešenje se može oceniti kao adekvatno pre svega zato što taj raspon dozvoljava da se u posebnom delu kod pojedinih krivičnih dela izvrši njihovo stepenovanje po težini i propišu posebni minimumi i maksimumi kazne zatvora.

2.1. Kazna zatvora od trideset do četrdeset godina ili doživotni zatvor?

U odnosu na opšti maksimum odredba člana 45 stav 3 KZ predviđa mogućnost koja u izvesnom smislu predstavlja izuzetak, a to je da se za najteža krivična dela ili najteže oblike teških krivičnih dela propiše i kazna zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina. Ova kazna se može propisati samo uz kaznu zatvora do dvadeset godina. Ona se ne može izreći licu koje u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršilo dvadeset jednu godinu života. Kazna zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina (u ranijem zakonodavstvu bila je propisana u fiksnom trajanju od četrdeset godina) je poseban slučaj kazne zatvora, a uvedena je kao zamena za smrtnu kaznu. Zato se ne može odmeravati i izricati kazna u rasponu između dvadeset i trideset godina. Ne može se odmeravati i izricati u mesecima, već samo na pune godine. Međutim, ova kazna teško da se može podvesti pod jednu jedinstvenu kaznu zatvora. Ona se razlikuje od redovne kazne zatvora po trajanju, a donekle i po uslovima

13 Poznatu činjenicu da sudovi u Srbiji nedovoljno koriste mogućnosti alternativnih sankcija umesto kratkotrajnih kazni lišenja slobode koje se kod nas još češće koriste nego u drugim evropskim zemljama Ignjatović posebno naglašava smatrajući da je to „jedan od najvećih problema našeg kaznenog sistema“. Đ. Ignjatović, *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*, Beograd, 2013, str. 187.

za izricanje. Da li to opravdava njeno izdvajanje kao samostalne kazne lišenja slobode s tim što bi se nazvala dugotrajni zatvor kao što je to slučaj u retkim zakonodavstvima gde ona, mada u različitom trajanju, postoji? Ona po svom trajanju i razlozima zbog kojih je uvedena, ima sličnosti sa doživotnim zatvorom. U vezi sa tim postavlja se i pitanje nije li imalo više opravdanja kao zamenu za smrtnu kaznu uvesti kaznu doživotnog zatvora. To je učinila ogromna većina evropskih zemalja. Rešenje koje sada sadrži KZ Srbije retko je i imaju ga neke zemlje nastale na teritoriji bivše Jugoslavije (BiH, Crna Gora, Hrvatska). Teorijski, nema sumnje, jasnije je i „čistije“ ono rešenje koje poznaje doživotni zatvor.¹⁴ U pogledu nje se ne javlja dilema oko toga da je reč o zasebnoj kazni lišenja slobode. I inače, može se tvrditi da je jedina prava zamena za smrtnu kaznu doživotni zatvor.¹⁵ Ako se smrtna kazna zameni nekom vremenskom kaznom zatvora, odmah se javlja pitanje njenog trajanja, tako da zakonodavac tu bez nekih kriterijuma po sasvim slobodnoj oceni određuje to trajanje.¹⁶ Ako se propiše u određenom rasponu, javlja se problem njenog odmeravanja a u prirodi najteže kazne je to da se ona ne odmerava, odnosno da sud vrši samo njen izbor.¹⁷ Čini se, stoga, da je zamena kazne od trideset do četrdeset godina doživotnim zatvorom bolje rešenje. To će još više naglasiti izuzetni karakter ove kazne i verovatno će u praksi još ređe biti izricana nego kazna zatvora od trideset do četrdeset godina. Ona može simbolički da još u većoj meri odrazi princip srazmernosti i pravednosti kada je reč o najtežim slučajevima teških krivičnih dela. Iako se neki prigovori koji se upućuju smrtnoj kazni mogu uputiti i doživotnom zatvoru, ipak oni nisu takvi da čine ovu kaznu nelegitimnom. To što ona ima eliminacioni karakter i neutralizaciju delinkvenata nije apsolutnog karaktera. Naime, danas je postao standard da se i kod ove kazne mora obezbediti mogućnost uslovnog

- 14 Nacrt KZ SR Jugoslavije (februar 2000) na kome se radilo više godina ali koji nikada nije usvojen zbog odnosa dve republike članice u saveznoj državi, predviđao je doživotni zatvor mada ga nije izdvajao u samostalnu kaznu nazivajući ga kaznom zatvora u doživotnom trajanju (član 37).
- 15 Govoreći o tome da se u doktrini ističu određeni argumenti protiv kazne doživotnog zatvora u Italiji, Mantovani konstatuje da bi ukidanje doživotnog zatvora značilo „raditi u korist smrtno kane“. Up. F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, settima edizione, CEDAM, 2011, p. 763.
- 16 To pokazuju i tri zemlje nastale na teritoriji bivše Jugoslavije u kojima se značajno razlikuje dužina te kazne.
- 17 Postoji i mišljenje koje upravo u tome vidi slabost kazne doživotnog zatvora. Ističe se da na njeno trajanje sud ne može da utiče, da se ona ne može odmeravati te da njeno trajanje ne zavisi od težine krivičnog dela i stepena krivice učinioca već od jedne biološke okolnosti, tj. smrti. Zato ona ima diskriminirajući karakter jer njena stvarna dužina zavisi od konstitucije osuđenog lica i njegove psihičke i fizičke otpornosti. Tako A. Cuerda Riezu *Die Verfassungswidrigkeit der lebenslangen und sehr langen Freiheitsstrafe im spanischen Recht*. In: *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin*, Band 2, Berlin-New York, 2011, p. 1790–1791. Ovaj argument ima samo ograničeni domet i ne dovodi u pitanje opravdanost kazne doživotnog zatvora. Pre svega, sud ima i te kako važnu ulogu prilikom izricanja ove kazne i, iako ne određuje njeno trajanje, mora da uzme u obzir i da ceni sve otežavajuće i olakšavajuće okolnosti te da je izrekne samo ako je ona u srazmeri sa težinom učinjenog dela i stepenom krivice učinioca. Drugo, i za vremensku kaznu lišenja slobode (naročito dugotrajnu) može se tvrditi da njeno faktičko trajanje zavisi od toga koliko će osuđeno lice dugo živeti, tj. da momenat njegove smrti može da odredi njeno trajanje, a ne sud. Treba dodati i to da uslovni otpust čije propisivanje je danas u evropskim zemljama kod doživotnog zatvora postalo standard, po pravilu, određuje stvarno trajanje kazne doživotnog zatvora.

otpusta.¹⁸ S druge strane, postoje i takvi učinioci u odnosu na koje društvo, osim njihove izolacije, nema druge mogućnosti da se zaštiti od njihovog daljeg vršenja teških krivičnih dela. Međutim, osnov za izricanje doživotnog zatvora ne sme biti opasnost učinioca i prognoza da će i dalje da vrši teška krivična dela. To bi značilo da se neko kažnjava strože nego što to učinjeno delo opravdava samo zbog procene da je učinilac opasan. Opasnost je kategorija kojoj prilikom izbora krivične sankcije ima mesta samo kod mera bezbednosti. Doživotni zatvor i njegovo izricanje mora se zasnivati na težini dela i stepenu krivice učinioca kao kada je u pitanju bilo koja druga kazna. Nema tu nekih specifičnih, dodatnih osnova kao što bi bila opasnost, nepopravljivost i sl. učinioca. Drugim rečima, primena doživotnog zatvora je ograničena principom pravednosti i srazmernosti.

Uostalom, nije reč o tome da se doživotni zatvor u krivično pravo Srbije uvodi kao kazna koja se po svojoj težini veoma razlikuje od postojećeg rešenja. Postojeće rešenje može u konkretnom slučaju značiti isto što i doživotni zatvor. Ako se ima u vidu da osuđeni na četrdeset godina zatvora stiče mogućnost za uslovni otpust posle izdržane dve trećine kazne, a da se osuđeni na doživotni zatvor može uslovno otpustiti posle dvadeset pet godina, proizlazi da će ovaj drugi čak i nešto pre imati mogućnost da bude uslovno otpušten. S druge strane, nema suštinske razlike kada neko bude otpušten iz ustanove za izdržavanje kazne u dubokoj starosti u slučaju kada je osuđen na kaznu zatvora od četrdeset godina (ili nešto manje) ili kada je osuđen na kaznu doživotnog zatvora. I u jednom i u drugom slučaju on će se naći u veoma nepovoljnoj situaciji i o nekoj reintegraciji u društvo teško da može biti govora. Uostalom, kada je reč o (ne)humanosti jedne ili druge kazne u tom pogledu skoro da i nema razlike jer naći se na slobodi u poznom životnom dobu bez sredstava za život, sa pokidanim vezama sa prijateljima, rodbinom i sl. podjednako je teško.¹⁹

Propisivanje i izricanje kazne doživotnog zatvora bi bilo podložno istim ograničenjima kao što je sada slučaj sa kaznom zatvora od trideset do četrdeset godina. Štaviše, ima opravdanja da se ta ograničenja prošire tako što bi se izricanje doživotnog zatvora isključilo u slučajevima kada zakon predviđa mogućnost ublažavanja kazne ili oslobođenja od kazne. Posebno je u tom pogledu interesantna bitno smanjena uračunljivost kao osnov za ublažavanje kazne. S obzirom da će od toga da li će učinilac biti proglašen bitno smanjeno uračunljiv zavisiti mogućnost izricanja doživotnog zatvora, moglo bi se prigovoriti tome da bi u stvari suštinski o najtežoj kazni odlučivao veštak psihijatar. No, treba imati u vidu i to da primenom vikarijskog sistema, ukoliko kod bitno smanjeno uračunljivog učinioca postoji opasnost od vršenja težih krivičnih dela, postoji mogućnost da i on doživotno bude lišen slobode u toku izvršavanja mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u

18 Prilikom njenog propisivanja trebalo bi poštovati stav Evropskog suda za ljudska prava zauzet u odluci Velikog veća iz 2013. godine, a to je da se ona ne može propisati i izreći bez prava osuđenog da po određenom osnovu kazna doživotnog zatvora kraće traje, tj. da se transformiše u vremensku kaznu (uslovni otpust, pomilovanje, amnestija), kao i da vreme posle kojeg osuđeni stiče to pravo ne može biti duže od 25 godina.

19 Na to je ukazivano još prilikom izrade Nacrta KZ Srbije. Vid. Z. Stojanović, *Krivično zakonodavstvo i teški oblici kriminaliteta*, Beograd, 2004, str. 39–40.

zdravstvenoj ustanovi (pogotovo ako se ima u vidu da on po pravilu posle toga treba da izdrži i izrečenu kaznu zatvora).

2.2. Kućni zatvor

Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine uvedena je kazna kućnog zatvora (kazna zatvora koja se izvršava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje), ali ne kao zasebna vrsta kazne lišenja slobode već u okviru kazne zatvora kao modalitet njenog izvršenja. Zbog protivrečne i nejasne zakonske odredbe kojom je uvedena ova mogućnost, došlo je u sudskoj praksi do problema u primeni i nejednakog postupanja sudova. Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2012. godine otklonjene su određene dileme i propusti zakonodavca učinjeni 2009. godine. Učiniocu kome je izrečena kazna zatvora do jedne godine sud može istovremeno odrediti da se ona izvrši tako što osuđeni neće napuštati prostorije u kojima stanuje (osim u slučajevima koje dozvoljava ZIKS). Sud, kada odmerava i izriče kaznu zatvora, istovremeno može odlučiti o tome da učinilac kaznu zatvora izdrži u prostorijama u kojima stanuje. Ova kazna, odnosno način izvršenja kazne lišenja slobode, ima svoje opravdanje u određenim slučajevima. Osim uslova u pogledu izrečene kazne (zatvor do jedne godine), zakon propisuje da sud može iskoristiti ovu mogućnost ukoliko se s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje posle učinjenog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je delo učinio može očekivati da će se i na taj način ostvariti svrha kažnjavanja (član 45 stav 5). U slučaju da osuđeni samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje u kojima izdržava izrečenu kaznu zatvora, jednom u trajanju preko šest časova, ili dva puta u trajanju do šest časova, ostatak kazne će izdržati u zavodu za izvršenje kazne zatvora. Izvršenje kazne zatvora na ovaj način ne može se odrediti učiniocu krivičnog dela protiv braka i porodice ukoliko živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu.

Međutim, ostalo je i dalje otvoreno jedno načelno pitanje, a to je kakav je položaj i mesto ove kazne u sistemu kazni koje predviđa KZ. Takav način izvršenja kazne zatvora suštinski, iako ne i formalno, znači posebnu kaznu lišenja slobode. Ona se po težini značajno razlikuje od kazne zatvora koja se izvršava u za to namenjenoj ustanovi. Da li je, stoga, opravdano kućni zatvor smatrati samo kao način izvršenja kazne zatvora?

Kućni zatvor je zaživeo u praksi i relativno se često primenjuje.²⁰ Kao što je rečeno, ona suštinski predstavlja zasebnu kaznu lišenja slobode pa nema razloga da joj se i formalno ne da taj status. Tome u prilog idu i drugi razlozi. Ukoliko se to učini, preciziraće se u većoj meri i uslovi za njeno izricanje. Ti uslovi se mogu vezati ne samo za izrečenu, već i za propisanu kaznu, tj. odrediti po težini krivičnih dela kod kojih bi bilo moguće izreći ovu kaznu. Njoj u prilog ide i loše stanje u našim

20 Tačnim podacima o broju izrečenih kazni zatvora koja se izdržava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje se ne raspolaže jer Republički zavod za statistiku, polazeći od zakonskog rešenja, ne vodi posebno statistiku o broju izrečenih kazni kućnog zatvora, Prema podacima Uprave za izvršenje krivičnih sankcija bilo je 725 slučajeva izvršenja kazne zatvora u kojima osuđeni stanuje u 2013. godini. Up. Godišnji izveštaj, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2014, Beograd, str. 66.

ustanovama za izvršenje kazne lišenja slobode, tj. njihova prenaseljenost. U pogledu uslova pod kojima bi se kućni zatvor izricao, u Nacrtu ZID KZ predviđeno je da se on može izreći onda kada je odmerena i izrečena kazna zatvora do dve godine čime bi se proširio krug primene ove kazne, ali samo za krivična dela za koja nije propisan zatvor preko osam godina što bi bilo izvesno sužavanje, jer postojeće rešenje ne sadrži ograničenje u pogledu težine krivičnog dela za koje se može izreći kućni zatvor.

2.3. Uslovni otpust

Uslovni otpust suspenduje kaznu i u tom pogledu ima slično dejstvo kao i uslovna osuda. Upravo je suština uslovnog otpusta u tome da se deo kazne ne izvršava, odnosno da do izvršenja preostalog dela kazne dolazi izuzetno, tj. u slučaju opoziva uslovnog otpusta, a ako do njega ne dođe kazna se gasi. Zato se ne bi moglo prihvatiti mišljenje da se kazna zatvora izvršava i za vreme dok je uslovno otpušteni na slobodi i bez ikakvih obaveza, tj. da je uslovni otpust jedna faza u izvršenju kazne. Za vreme uslovnog otpusta kazna postoji samo kao pravna mogućnost. To što se uslovi za primenu uslovnog otpusta ostvaruju u toku izvršenja kazne zatvora ne znači nužno da je uslovni otpust samo faza u izvršenju kazne. U prilog stavu da je izvršenje kazne uslovnim otpustom u stvari suspendovano, ide i rešenje u vezi sa njegovim opozivom, a to je da se vreme provedeno na uslovnom otpustu u slučaju opoziva ne uračunava u izdržanu kaznu. Bez obzira na opredeljivanje za jedno ili drugo stanovište u pogledu pravne prirode uslovnog otpusta, treba odustati od fikcije da se uslovnim otpustom ne dira u kaznu, odnosno da se radi samo o njenom transformisanju u toku izvršenja.

Krivični zakonik reguliše institut uslovnog otpusta, odnosno predviđa opšte uslove za uslovni otpust (član 46). Osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud će otpustiti sa izdržavanja kazne pod uslovom da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne učini novo krivično delo. Osuđenog će sud uslovno otpustiti ukoliko su kumulativno ispunjena dva uslova: 1) da je izdržao najmanje dve trećine kazne i 2) da se za vreme izdržavanja kazne tako popravio da se sa osnovom može očekivati da više neće vršiti krivična dela, tj. da je u odnosu na njega postignuta svrha kažnjavanja (specijalna prevencija). Dok je kod većine krivičnih dela uslovni otpust predviđen kao pravilo, tj. sud će ukoliko su ispunjeni navedeni zakonski uslovi osuđenog uslovno otpustiti,²¹ kod određenih krivičnih dela to predstavlja samo mogućnost. Radi se o osuđenima za najteža krivična dela, tj. ako je izrečena kazna zatvora od trideset do četrdeset godina, ili o onima koji su osuđeni za određena krivična dela²². Takođe, uslovni otpust i u slučaju ispunjavanja zakonskih

21 Iako bi se zato moglo govoriti o obaveznom uslovnom otpustu, treba imati u vidu da uslovno otpuštanje osuđenog lica u značajnoj meri zavisi od procene suda da li je, s obzirom na njegovo vladanje u toku izdržavanja kazne, kao i na druge okolnosti, u odnosu na njega postignuta svrha kažnjavanja.

22 To su krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, krivična dela protiv polne slobode, krivično delo nasilja u porodici, krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga, krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti

uslova predstavlja samo mogućnost ukoliko je osuđeni više od tri puta pravnosnažno osuđen na kaznu zatvora (a nije izvršeno brisanje, odnosno ne postoje uslovi za brisanje neke od tih osuda).

Ispunjavanje uslova koji se odnosi na popravljavanje osuđenog lica i prognozu da više neće vršiti krivična dela u praksi je teško sa sigurnošću utvrditi. Poznato je da ni izuzetno dobro vladanje osuđenih lica za vreme izdržavanja kazne ne mora imati nikakve veze sa njihovim popravljanjem.²³ ZID KZ iz 2012. godine uvodi zabranu uslovnog otpuštanja osuđenog koji je u toku izdržavanja kazne dva puta disciplinski kažnjavan i kome su oduzete dodeljene pogodnosti. Iako su kod ove zabrane kumulativno postavljena dva uslova, ipak je pitanje da li je opravdano to što se ona našla u KZ s obzirom na to da ima i sasvim lakih disciplinskih prestupa pa bi, ako se ova zabrana zadrži, bilo opravdano ograničiti je na teže disciplinske presteupe.

Mogućnost da sud u odluci kojom osuđenog uslovno otpušta odrediti da ispunji određene obaveze ima svoje kriminalnopolitičko opravdanje, iako se ona u praksi nije koristila. Između ostalog, to je posledica i toga što je sporno koje su to obaveze. Zakon jedino zahteva da one budu predviđene krivičnopravnim odredbama, ali se one kod malobrojnih krivičnih dela kod kojih su predviđene, vezuju za izricanje uslovne osude. U vezi s tim, kao što to predviđaju neka zakonodavstva, i stavljanje uslovno otpuštenog pod zaštitni nadzor ima svoje opravdanje. No, nezavisno od toga što bi takvo rešenje bilo opravdano, ono nije u našem zakonodavstvu realizovano na odgovarajući način. Umesto da je u Krivičnom zakoniku predviđena mogućnost da se uslovno otpušteni u toku trajanja uslovnog otpusta stavi pod zaštitni nadzor uz upućivanje na odredbe o zaštitnom nadzoru kod uslovne osude, u Zakonu o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera predviđen je nadzor nad izvršenjem mera određenih uz uslovni otpust (član 44). Pri tome se nabroja sedam od deset obaveza koje propisuje Krivični zakonik u okviru zaštitnog nadzora, a osim njih opštom formulacijom je navedeno i „ispunjenje drugih obaveza koje su predviđene krivičnopravnim odredbama“. To ovo pitanje čini još složenijim nego pre donošenja ovog zakona prošle godine. Naime, pitanje koje se postavlja jeste da li se moglo ovim zakonom u oblasti izvršenja sankcija suštinski promeniti Krivični zakonik i u stvari proširiti primena zaštitnog nadzora. Te obaveze Krivični zakonik predviđa svojim odredbama, ali one su vezane isključivo za uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom, a ne i za uslovni otpust. Kako će se sud određujući te obaveze uslovno otpuštenom pozvati na odredbe o uslovnoj osudi sa zaštitnim nadzorom? Još je manje prihvatljivo da se pozove na odredbe člana 44 Zakona o izvršenju vanzavodskih

Srbije, krivično delo primanja mita i krivično delo davanja mita. Takođe, fakultativni uslovni otpust predviđen je i u slučaju da je osuđeni osuđen od strane nadležnih sudova, odnosno njihovih posebnih odeljenja u postupcima u skladu s nadležnošću određenom Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela (član 46 stav 2 KZ).

23 U praksi se često uslovni otpust daje osuđenom kao nagrada za dobro vladanje. U vezi sa tim, uslovni otpust ima i funkciju održavanja discipline, tj. on se javlja kao sredstvo da se osuđeni drže u pokornosti umesto da bude sredstvo kojim će se stimulisati učešće osuđenih u sopstvenoj resocijalizaciji i popravljaju. Više o stvarnim dometima i funkcijama uslovnog otpusta vid. Z. Stojanović, Uslovni otpust: problemi i perspektive, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2, 1984, str. 185–199.

mera koji te obaveze nabrajaju jer taj zakon treba da reguliše samo pitanje izvršenja tih obaveza, dok je Krivičnim zakonikom potrebno da se propiše da se one mogu naložiti i uslovno otpuštenom (a ne samo uslovno osuđenom).

Opozivanje uslovnog otpusta je takođe regulisano odredbom KZ (član 47). Predviđeno je obavezno opozivanje uslovnog otpusta ako osuđeni za vreme dok je na uslovnom otpustu učini krivično delo (jedno ili više) za koje je izrečena kazna zatvora preko jedne godine, i fakultativno, kada je izrečena kazna zatvora do jedne godine. Prilikom donošenja odluke o tome da li će opozvati uslovni otpust, sud će uzeti u obzir sve okolnosti koje ukazuju na opravdanost opozivanja uslovnog otpusta, a naročito srodnost krivičnih dela i pobude iz kojih su učinjena. Mogućnost opoziva postoji i u slučaju kada osuđeni koji je na uslovnom otpustu ne ispuni neku od obaveza koju mu je odredio sud.

O uslovnom otpuštanju, kao i o njegovom opozivanju odlučuje sud. Rešenje koje je postojalo ranije (a koje su zadržale retke evropske zemlje) da o njemu odlučuje posebna komisija, sa razlogom je napušteno.

Iako je ZID KZ iz 2012. godine išao za tim da liberalizuje uslove za davanje uslovnog otpusta, u praksi nije došlo do toga da se on češće daje. Opšta je ocena da se on nedovoljno koristi te da sudovi u Srbiji imaju neopravdano restriktivan pristup u primeni ovog instituta.²⁴ Danas je postalo nesporno da većina osuđenih lica treba da se koriste tom pogodnošću. Taj stav je prihvaćen i u praksi evropskih zemalja koje široko koriste institut uslovnog otpusta.²⁵ Zato je opravdano preispitivanje postojećih odredaba kojima su propisani uslovi za davanje uslovnog otpusta. Najozbiljniji problem u primeni instituta uslovnog otpusta predstavlja utvrđivanje da je u odnosu na osuđeno lice postignuta svrha kažnjavanja. Do takvog zaključka je vrlo teško doći, pa je potrebno taj uslov u Krivičnom zakoniku postaviti tako da je za njegovo ispunjavanje dovoljno da se osuđeni u toku izdržavanja kazne tako vladao da se sa osnovom može očekivati da do isteka vremena za koje je izrečena kazna neće učiniti novo krivično delo. Suviše je mnogo zahtevati kao uslov da se učinilac uopšte više neće vršiti krivična dela, tj. da je u odnosu na njega ostvarena svrha kažnjavanja. Osim postavljanja nižih standarda kod ovog uslova, odredbe o uslovnom otpustu bi trebalo dopuniti i odredbom o uslovnom otpustu osuđenih na doživotni zatvor ako zakonodavac odluči da uvede ovu kaznu. Uslovni otpust bi bio mogućnost (kao što je sada kod osude na kaznu zatvora od trideset do četrdeset godina), a vreme posle kojeg osuđeni stiče pravo da traži uslovni otpust ne bi smelo

24 U 2013. godini od ukupnog broja otpuštenih lica sa izdržavanja kazne zatvora uslovno je otpušteno 16,25% lica. Up. Godišnji izveštaj, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2014, Beograd, str. 20.

25 Komitet ministara Saveta Evrope usvojio je Preporuku o uslovnom otpustu: Recommendation Rec (2003) 22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole). U njoj se naglašava veliki značaj uslovnog otpusta kao mere kojom se dužina kazne lišenja slobode svodi na nužni minimum. Preporuka sadrži i niz konkretnih mera koje su upravljene na to da uslovni otpust bude u što većoj meri regulisan pravom. Tako, između ostalog, osuđenom licu na početku izdržavanja kazne bi moralo da bude poznato koji deo kazne mora da izdrži da bi stekao pravo na uslovni otpust (ukoliko je predviđen obavezni uslovni otpust), odnosno da zna na osnovu kojih kriterijuma se uslovni otpust odobrava u zemljama gde je njegovo davanje diskreciono.

biti duže od dvadeset pet godina ako bi se sledili evropski standardi u tom pogledu.²⁶

Najzad, treba reći da davanje kućnom zatvoru statusa samostalne kazne rešava i pitanje uslovnog otpusta kod kazne kućnog zatvora koje je sada donekle sporno. Naime, mogao bi se braniti stav da i za kućni zatvor važi isto što i za zatvor jer kućni zatvor nije posebna vrsta kazne. Iako za to nema dovoljno argumenata, postojeće rešenje ipak otvara ovu dilemu. Predviđanjem kućnog zatvora kao samostalne kazne i propisivanjem da se uslovni otpust može odnositi samo na kaznu zatvora i doživotnog zatvora, ovo pitanje ne bi više bilo sporno. Pitanje ne bi li bilo opravdano uslovni otpust primenjivati i kod kućnog zatvora, moglo bi se *de lege ferenda* postaviti.²⁷ Međutim, teško da bi se u prilog takvom stavu pronašli ubedljivi argumenti. Naime, postavlja se pitanje kako utvrđivati uslov da se osuđeni u toku izdržavanja kazne tako vladao da se sa osnovom može očekivati da do isteka vremena za koje je izrečena kazna neće učiniti novo krivično delo. Njegovo vladanje u tom smislu moglo bi se ocenjivati uglavnom samo u pogledu toga da li je samovoljno napuštao prostorije u kojima stanuje (u slučaju da to nije bilo u trajanju koje vodi zamenom kućnog zatvora kaznom zatvora), odnosno zloupotrebi dozvolu za napuštanje prostorija.²⁸ Osim toga, osuđeni na kaznu kućnog zatvora već je u dovoljnoj meri privilegovan time što mu je isrečena ta kazna lišenja slobode koja je osetno lakša od kazne zatvora, a i u Zakonu o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera („S. glasnik RS“ br. 55/14) predviđena je mogućnost prevremenog otpuštanja posle devet deseti-
na izdržane kazne o čemu odlučuje direktor Uprave.

3. NOVČANA KAZNA

Značaj novčane kazne u savremenim kaznenim sistemima je u novije vreme porastao, tako da je u nekim evropskim zemljama ona postala najčešće primenjivana kazna. U području lakšeg i srednjeg kriminaliteta ona je u tim zemljama potpuno istisnula kaznu lišenja slobode.²⁹ To se u određenoj meri može pripisati pojavi još jednog načina, ili sistema propisivanja i primene novčane kazne. Naime, pored starog sistema koji podrazumeva propisivanje novčane kazne u određenom iznosu, odnosno rasponu u okviru kojeg se učiniocu odmerava i izriče kazna u konkretnom slučaju (sistem fiksnih iznosa), pojavio se i sistem koji se obično naziva sistem dani – novčane kazne, ili sistem dnevnih globa.³⁰ On podrazumeva da se prethodno

26 U nekim zemljama, kao što je Nemačka, to vreme iznosi petnaest godina.

27 Iako ne eksplicitno za uvođenje uslovnog otpusta kod kućnog zatvora, ima zalaganja da se posle određenog dela izdržane kazne obezbedi boravak na slobodi da bi se omogućio lakši prelazak na fazu u kojoj bi on bio na slobodi uz zaštitni nadzor ili bez njega. U tom smislu G. Hochmayr, *Elektronisch überwachter Hausarrest. Zur Regelung in Deutschland und Österreich*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012, p. 544.

28 Ipak, Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera („S. glasnik RS“ br. 55/14) u odredbi o prevremenom otpuštanju (član 33) o kome odlučuje direktor Uprave kao uslov za to otpuštanje navodi dobro vladanje i postignute rezultate u programu postupanja. Sporno je koje se to obaveze mogu naložiti osuđenom na kućni zatvor pojedinačnim programom postupanja (član 10).

29 W. Hassemer, *op. cit.*, p. 298.

30 Ni jedan ni drugi termin nije jezički sasvim prihvatljiv a i ne izražava suštinu ovog sistema, ali se teško može naći adekvatniji termin u srpskom jeziku. KZ koristi izraz novčana kazna u dnevnim

odmeri kazna u vremenskom trajanju, tj. u danima i to prema opštim pravilima za odmeravanje kazne, da se posle toga utvrdi novčana vrednost, odnosno novčani ekvivalent jednog dana, te da se prostim množenjem dođe do novčane kazne koja se izriče. Ono što predstavlja njegovu osnovnu prednost jeste to da se vrednost jednog dana utvrđuje isključivo prema imovinskom stanju učinioca čime se u znatno većoj meri nego kod sistema fiksnih iznosa postiže to da novčana kazna jednako pogađa siromašne i bogate učinioce krivičnih dela. Do vrednosti jednog dana se dolazi tako što se utvrde mesečni ili godišnji prihodi učinioca, zatim se od toga oduzmu redovni troškovi koje ima, tj. utvrđuje se u stvari koliko može da uštedi, pa se ta ušteda deli sa brojem dana u mesecu, odnosno godini.³¹

S obzirom da je tzv. sistem „dani – novčana kazna“ u evropskim zemljama postao dominantan, ni naš je zakonodavac nije mogao ostati samo pri sistemu fiksnih novčanih iznosa. Iako je taj sistem jednostavniji jer ne zahteva precizno utvrđivanje prihoda učinioca, prednosti novog sistema su značajne. One se mogu sažeti u konstataciji da taj sistem jednako (ili gotovo jednako) pogađa kako bogate, tako i siromašne. Za isto krivično delo, novo rešenje u našem krivičnom pravu omogućava da bogati učinilac bude stotruko više kažnjen nego siromašni učinilac. Osim toga, uvođenje tog sistema (kao i znatno povećanje broja krivičnih dela koja su u posebnom delu zaprećena novčanom kaznom) trebalo bi da vodi široj primeni novčane kazne na šta se danas gleda kao na pozitivan kriminalno-politički trend koji se ispoljio u mnogim evropskim zemljama. Što se tiče obima primene novčane kazne kod nas, ona je pokazivala značajne oscilacije koje su ranije bile posledica inflacije novca.³² Jednu od ozbiljnih prepreka za širu primenu novčane kazne danas, treba videti i u relativno niskom životnom standardu u našoj zemlji.

iznosima (član 49), a za stari sistem fiksnih iznosa koristi se termin novčana kazna u određenom iznosu (član 50).

- 31 Ako se uzme kao primer Švedska, zemlja u kojoj je ovaj sistem i nastao, broj dana novčane kazne koji se odmerava iznosi od 1 do 120, a kod sticaja krivičnih dela do 180 dana. Vrednost jednog dana može biti utvrđena u rasponu od 10 do 1000 švedskih kruna. Do nje se dolazi tako što se uzme godišnji prihod u prethodnoj godini, pa se zatim oduzme plaćeni porez, materijalni troškovi nastali delatnošću kojom se ostvaruje prihod, kao i troškovi života. Vrednost jednog dana iznosi hiljaditi deo tog iznosa (u većini drugih zemalja do tog iznosa se dolazi tako što se mesečni, ili godišnji iznos koji učinilac može da uštedi deli sa brojem dana u mesecu, odnosno godini). Vid. A. Kalmthout, P. Tak, *Sanctions System in the Member-States of the Council of Europe, Part I*, Kluwer, 1988, p. 272–274. Postoje i takva rešenja koja ne zahtevaju da se precizno utvrđuju prihodi i rashodi za određeni period već sud, na osnovu određenih kriterijuma, procenjuje visinu iznosa koji se utvrđuje kao jedan dan novčane kazne. Tako švajcarski KZ (član 34. stav 2) predviđa da najviši iznos jednog dana novčane kazne može biti 3000 franaka, a tačan iznos određuje sud na osnovu ličnih i imovinskih prilika učinioca u vreme donošenja presude, tj. na osnovu njegovih prihoda i imovine, troškova života, imajući u vidu i obaveze izdržavanja kao i egzistencijalni minimum (Schweizerische Strafgesetzbuch vom 1937, Stand am 1. Juli 2013).
- 32 Hiperinflacija u 1993. i 1994. godini skoro je onemogućila primenu novčane kazne. Iako je posle toga došlo do izvesnog „oporavka“ novčane kazne, ona nije dostigla obim primene iz vremena kada se u bivšoj SFRJ izričala skoro jednoj trećini pravosnažno osuđenih lica. U 1998. godini na novčanu kaznu je bilo osuđeno 17,5% pravosnažno osuđenih lica (*Saopštenje Saveznog zavoda za statistiku*, broj 163, 1999). Ni deset godina posle toga, nije došlo do značajnijih promena u primeni novčane kazne, i pored toga što je prilikom donošenja KZ Srbije 2005. godine intencija zakonodavca bila šira primena novčane kazne. U 2009. godini od ukupnog broja pravosnažno osuđenih lica samo je 16,5% osuđeno na novčanu kaznu (*Punoletni učinioci krivičnih dela*, Bilten

Krivični zakonik predviđa oba sistema novčane kazne tako što novi sistem, koji naziva novčanom kaznom u dnevnim iznosima (član 49) postavlja kao primaran, a stari sistem (novčana kazna u određenom iznosu) postavlja kao supsidijeran (član 50). Međutim, sudovi i dalje primenjuju stari sistem novčane kazne pa se tako postavlja i pitanje ne krše li time navedenu odredbu KZ.

Novčana kazna u dnevnim iznosima, prema rešenju u KZ (član 49), odmerava se tako što se prvo utvrđuje broj dnevnih iznosa, a zatim visina jednog dnevnog iznosa. Broj dnevnih iznosa za učinjeno krivično delo odmerava se na osnovu opštih pravila o odmeravanju kazne. Taj broj ne može biti manji od deset, niti veći od tristašezdeset dnevnih iznosa (dana). Visina dnevnog iznosa se izračunava i utvrđuje tako što se od prihoda učinioca krivičnog dela u prethodnoj godini oduzmu nužni rashodi koje je imao, pa se ta razlika podeli sa brojem dana u godini. KZ ograničava vrednost jednog dnevnog iznosa tako što on ne može biti manji od petsto dinara, niti veći od pedeset hiljada dinara. Do iznosa odmerene novčane kazne koju će sud izreći dolazi se jednostavnim množenjem utvrđenog broja dnevnih iznosa (dana) sa utvrđenom vrednošću jednog dnevnog iznosa.

Odredbama opšteg dela propisani su i kazneni rasponi kod ovog sistema novčane kazne. U stvari radi se o posebnim minimumima i posebnim maksimumima, ali je iz razloga zakonodavne tehnike izabrano rešenje da se ti rasponi ne propisuju kod svakog krivičnog dela koje je zaprećeno novčanom kaznom, već je to učinjeno opštom odredbom. Visina kaznenih raspona zavisi od visine zaprećene kazne zatvora uz koju je kod pojedinih krivičnih dela u posebnom delu alternativno propisana novčana kazna.³³

U primeni ovog sistema novčane kazne sudovi su se suočili sa određenim problemima, od kojih je neke zakonodavac predvideo. Pre svega, reč je o problemu na koji način utvrditi prihode učinioca. Zakon ovlašćuje sud da može zahtevati podatke od banaka ili drugih finansijskih ustanova, državnih organa ili pravnih lica koji su dužni da dostave tražene podatke i ne mogu se pozivati na zaštitu poslovne ili druge tajne (član 49 stav 4 KZ). Dalje, ukoliko se ne mogu pribaviti verodostojni podaci o приходima 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. Međutim, u nekim slučajevima čak i pored ove mogućnosti koju predviđa zakon, neće biti moguće utvrditi visinu dnevnog iznosa novčane kazne. To

br. 529, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2010). U narednim godinama taj je procenat nastavio da se smanjuje. Vid. nap. 38.

33 Tako, broj dnevnih iznosa novčane kazne se utvrđuje u okviru sledećih raspona: 1) do šezdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri meseca; 2) od trideset do stovadeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do šest meseci; 3) od šezdeset do stoosamdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći zatvor do jedne godine; 4) od stovadeset do dvestačetrdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do dve godine; 5) najmanje stoosamdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri godine. Ukoliko je za krivično delo propisana samo novčana kazna, ona se odmerava u okviru propisanog broja dnevnih iznosa za to krivično delo (član 49 stav 6 KZ).

je bio razlog što je KZ zadržao i stari sistem fiksnih iznosa da bi se primenjivao kao supsidijerni, odnosno „rezervni“ sistem.

Tako, član 50 KZ sadrži odredbe o izricanju novčane kazne u određenom iznosu. Pre svega, propisan je opšti minimum i maksimum novčane kazne (član 50 stav 2). Opšti minimum iznosi deset hiljada dinara, a opšti maksimum milion dinara, s tim što je propisan znatno viši opšti maksimum kod krivičnih dela izvršenih iz koristoljublja (deset miliona dinara). S obzirom na to da se kod pojedinih krivičnih dela ne propisuje poseban minimum i maksimum, to je učinjeno u odredbi člana 50. stav 3, što znači da je u načelu postupljeno isto kao i kod novčane kazne u dnevnim iznosima. I ovde visina kaznenih raspona zavisi od visine zaprećene kazne zatvora uz koju je novčana kazna za pojedina dela propisana.

Za krivična dela učinjena iz koristoljublja novčana kazna kao sporedna može se izreći i kad nije propisana zakonom, ili kad je zakonom propisano da će se učinilac kazniti zatvorom ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora (član 48 stav 2 KZ). To znači da se novčana kazna kao sporedna kazna može izreći i u onim slučajevima kada ona nije kod pojedinog krivičnog dela predviđena, ili je predviđena alternativno a sud se odluči da kao glavnu kaznu izrekne zatvor pod uslovom da je krivično delo učinjeno iz koristoljublja. Ta odredba ima svoje kriminalnopolitičko opravdanje. Na eventualni prigovor da tu nije dosledno poštovano načelo zakonitosti u propisivanju kazne, može se odgovoriti da se mnoga krivična dela mogu izvršiti iz koristoljublja, ali i iz nekih drugih pobuda (npr. krivično delo špijunaže), pa bi bilo vrlo teško propisivati novčanu kaznu kao sporednu i kod takvih krivičnih dela. Odredba u Opštem delu ipak je dovoljna da se otkloni prigovor da novčana kazna nije i pojedinačno propisana kod određenih krivičnih dela.

Za razliku od ranijeg rešenja, KZ više ne predviđa prinudnu naplatu neplaćene novčane kazne. Ranija iskustva sa prinudnom naplatom su bila vrlo loša pa zato, ako osuđeni ne plati novčanu kaznu u određenom roku (koji sud određuje u presudi a u okviru roka koji predviđa zakon), odmah dolazi do njenog pretvaranja u zatvor. Reč je o tzv. supletornom zatvoru, za koji ne važi većina odredaba o kazni zatvora, kao što je, na primer, ona u pogledu opšteg minimuma. Ekvivalent koji je u zakonu određen kod zamene neplaćene novčane kazne iznosi jedan dan zatvora za svakih započelih hiljadu dinara novčane kazne. Iako se na prvi pogled čini da jedan dan zatvora vredi mnogo više od hiljadu dinara, ta odredba je dobra jer stimuliše osuđenog da plati novčanu kaznu umesto da ide u zatvor. Ako bi bilo suprotno, tj. ako bi novčani ekvivalent jednom danu zatvora bio suviše visok, to bi izazvalo suprotne efekte, tj. neki osuđeni bi radije išli u zatvor jer za jedan dan inače ne bi mogli da zarade taj iznos.³⁴ Ipak, to ima i svoju lošu stranu a to je da oni koji su zaista lošeg imovinskog stanja i ne mogu da plate novčanu kaznu idu u zatvor duže nego da je utvrđen viši novčani ekvivalent za jedan dan supletornog zatvora. Vreme trajanja supletornog zatvora je ograničeno, a umesto njime neplaćena novčana kazna se može zameniti kaznom rada u javnom interesu. U tom slučaju, za svakih započelih hiljadu dinara novčane kazne određuje se osam časova rada u javnom interesu, s tim da rad u javnom interesu ne može biti duži od tristašezdeset časova.

34 To se desilo u Crnoj Gori, pa je taj izno morao biti promenjen, tj. umesto prvobitnih četrdeset evra, sada je to dvadeset pet evra što je i dalje visok iznos.

U slučaju da osuđeni isplati deo novčane kazne, ostatak se srazmerno pretvara u zatvor. To rešenje je preuzeto iz ranijeg krivičnog prava i oko shvatanja i tumačenja pojma „srazmerno“ u praksi nema problema. Naime, potrebno je izračunati deo, odnosno procenat isplaćene novčane kazne i za toliko umanjiti maksimalno trajanje zatvora, bez obzira na preostali deo neplaćene novčane kazne. Treba imati u vidu da ovo ograničenje i ovakvo tumačenje, koje je nesporno u našoj teoriji i sudskoj praksi, omogućava da se u slučaju izrečenih visokih novčanih kazni ostatak neisplaćene novčane kazne pretvara u relativno kratak, i tom iznosu neodgovarajući supletorni zatvor, odnosno gde je ekvivalent jednom danu zatvora znatno viši od hiljadu dinara. Međutim, to nije dovoljan razlog da se odustane od ovakvog ograničenja supletornog zatvora čiji je cilj da se neplaćena kazna ne bi zamenila zatvorom u dužem trajanju što bi, opet, pogodilo pre svega siromašne učinioce krivičnih dela.

U sudskoj praksi je sporno pitanje da li se novčana kazna može ublažavati. Iako se ne vide razlozi zašto se ne bi mogle primeniti odredbe o ublažavanju kazne i kada je u pitanju novčana kazna,³⁵ u sudskoj praksi je preovladao stav da se novčana kazna ne može ublažavati. Teško je pronaći ozbiljnije argumente kojima bi se osporila mogućnost ublažavanja novčane kazne. Sâmo postojanje kaznenih raspona, odnosno posebnih minimuma, ukazuje na mogućnost ublažavanja kazne, tj. kazna se može ublažiti ukoliko su ispunjeni zakonom propisani uslovi. To što zakon ne propisuje granice ublažavanja novčane kazne, tj. što je to ublažavanje uvek neograničeno, ne menja ništa u tom pogledu. Možemo se samo pitati zašto pretežni deo sudske prakse, pa i Vrhovni kasacioni sud, zauzima suprotan stav za koji nema osnova u zakonu, a da se pri tome ne navode argumenti za taj stav.³⁶ Taj stav ne samo da nema osnova u KZ, već je i u suprotnosti sa odredbama o ublažavanju kazne. Zašto bi kazneni rasponi novčane kazne bili neprekoračivi, a ne radi se o opštem minimumu i opštem maksimumu novčane kazne?³⁷ Moguće objašnjenje za ovakav stav sudske prakse jeste zadržavanje starog shvatanja (pre stupanja na snagu KZ) kada ublažavanje novčane kazne nije postojalo (iako je ta mogućnost bila predviđena u slučaju da je za neko krivično delo bio propisan posebni minimum novčane kazne) jer, osim opšteg minimuma i maksimuma, nisu bili propisani kazneni rasponi. Možda ima i nerazumevanja oko prirode odredaba člana 50. stav 3, tj. o tome da se ne uviđa da se radi o kaznenim rasponima za pojedina krivična dela u posebnom delu, tj. o posebnim minimumima i maksimumima novčane kazne (bez obzira što su oni, iz razloga zakonodavne tehnike, propisani u opštem delu KZ). Pronalaženje objašnjenja za stav sudske prakse da se novčana kazna ne može ublažavati postaje još teže ako se ima u vidu činjenica da ona veoma često koristi institut ublažavanja kazne kada je u pitanju kazna zatvora.

35 Vid. Z. Stojanović, *Vežanost suda kaznenim rasponima novčane kazne – prilog tumačenju odredaba o minimumu i maksimumu novčane kazne*, *Crimen*, 1 2012, str. 95–104.

36 Vid. presudu Vrhovnog kasacionog suda Kzz 162/10 od 15.9.2010.

37 Da li to znači da se ne dozvoljava ni mogućnost pooštavanja novčane kazne? Iako to pitanje nema praktični značaj (nije poznato da se to pitanje uopšte postavilo u nekom konkretnom slučaju posle uvođenja jedinog osnova za pooštavanje kazne Novelom iz 2009. godine kod produženog krivičnog dela do njegovog ukidanja 1.1.2013), radi se o istom načelnom pitanju: da li sud može ići van propisanih kaznenih raspona novčane kazne (ali u suprotnom smeru).

U prilog tome da sudska praksa pogrešno postupa ide i odredba člana 57 stav 1 tačka 8 KZ.³⁸ Ta odredba je jasna i u pogledu njenog tumačenja dovoljno je obično jezičko tumačenje. Naime, u njoj je rečeno da „ako je za krivično delo propisana novčana kazna sa naznačenjem najmanje mere, kazna se može ublažiti do deset dnevnih iznosa, odnosno deset hiljada dinara“. Ono što bi se, eventualno, moglo prigovoriti jeste da ta odredba izjednačava u pogledu mogućnosti za ublažavanje sve kategorije krivičnih dela za koje se može izreći novčana kazna kao glavna kazna, iako su za njih propisani različiti rasponi novčane kazne, odnosno različiti posebni minimumi (član 50 stav 3). To bi značilo da je za razliku od ublažavanja kazne zatvora za koju se u članu 57 stav 1 tač. 1 do 7 propisuju ograničenja kod ublažavanja u zavisnosti od težine krivičnog dela, odnosno visine zaprećene kazne zatvora, ublažavanje novčane kazne uvek neograničeno. O tome se može diskutovati *de lege ferenda*, a u pogledu primene postojećeg prava ovo pitanje ne bi trebalo da bude sporno.

Prema tome, ne samo da je odredba člana 56 KZ opšteg karaktera u smislu da se odnosi na sve kazne (mada u obzir dolaze samo kazna zatvora i novčana kazna, jer se kod kazne rada u javnom interesu i kazne oduzimanja vozačke dozvole ne propisuju posebni minimumi), nego i odredba člana 57 stava 1 tačka 8 KZ eksplicitno predviđa ublažavanje novčane kazne. Ukoliko bude usvojena predložena izmena kojom se ustanovljavaju granice kod ublažavanja kazne, tj. kojom se predviđa da se novčana kazna može u svim slučajevima ublažiti do polovine najmanje mere propisane kazne, onda će otpasti svaka dilema oko pitanja da li se novčana kazna može ublažavati. Istovremeno, time će biti propisane adekvatnije granice za ublažavanje jer sadašnje rešenje dozvoljava neograničeno ublažavanje novčane kazne (član 57 tačka 8).

U primeni novčane kazne mogu se zapaziti i neki drugi problemi, Prvo, generalno posmatrajući procenat udela novčane kazne u ukupnom broju pravosnažno osuđenih lica nije u skladu sa savremenim tendencijama u kriminalnoj politici evropskih zemalja. Taj procenat je u konstantnom padu, iako je intencija zakonodavca bila da se donošenjem sada važećeg KZ proširi domen primene novčane kazne.³⁹ Dalje, sudska praksa uopšte ne koristi sistem dani – novčana kazna. Zakonodavac bi mogao da prinudi sudsku praksu da primenjuje taj sistem tako što bi ukinuo stari sistem. Ali, čini se da je to još preuranjeno i da bi to vodilo još ređoj primeni novčane kazne. Zato, za sada, ima mesta da se proširi ovlašćenje suda da po slobodnoj proceni utvrđuje prihode i rashode učinioica uvek onda kada se ne mogu pribaviti verodostojni podaci o prihodima i rashodima bez obzira na to da li je on vlasnik imovine, odnosno nosilac imovinskih prava. Sada se to ovlašćenje sudu daje samo u tom slučaju što opet otežava posao sudu u pogledu utvrđivanja toga da li je učinilac

38 Iako ta odredba ima svoje korene u ranijem jugoslovenskom krivičnom pravu kada nisu bili propisani kazneni rasponi novčane kazne s obzirom na njihovu težinu, ipak je ona i tada uneta zbog toga što se imala u vidu mogućnost da se (makar i u sporednom zakonodavstvu) kod nekog krivičnog dela propiše posebni minimum novčane kazne.

39 Ona je u 2013. godini pala na ispod 10% u strukturi izrečenih krivičnih sankcija. Up. *Punoletni učinioici krivičnih dela u Republici Srbiji*, Bilten br. 588, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2014.

vlasnik određene imovine ili nosilac imovinskih prava. U tom pravcu je predložena odgovarajuća intervencija u odredbi člana 49 stav 5 KZ.

4. RAD U JAVNOM INTERESU

Pozitivna iskustva u drugim zemljama, kao i stav naše teorije da je opravdano i u naše zakonodavstvo uvesti ovu sankciju,⁴⁰ uticali su na to da je KZ predvidi kao jednu od kazni. Postoje razlozi za i protiv uvođenja ove sankcije. Razlozi koji idu u prilog njenom uvođenju jesu, pre svega, što osuđeno lice ne gubi svoje društvene kontakte, može nastaviti obavljanje svoje profesije, nema ni ostalih negativnih posledica kazne lišenja slobode, a troškovi njenog izvršenja su znatno manji. Dalje, građani sa kojima je osuđeni u kontaktu u toku obavljanja rada u javnom interesu mogu imati na njega pozitivan uticaj, osuda se može posmatrati kao rekompensacija društvu za učinjeno delo, za neke učinioce ova sankcija ima i edukativni karakter, a može biti i efikasnija i pogodnija sankcija za određenu kategoriju učinilaca nego druge sankcije. Razlozi protiv nje jesu pre svega problemi na planu izvršenja, kao što je nedostatak pogodnih humanitarnih i volonterskih organizacija u okviru kojih bi se ovaj rad obavljao, kao i nedostatak onih koji bi nadgledali izvršenje ove sankcije. Zatim, osuđeni dolaze u neposredan kontakt sa licima koja su vrlo ranjiva u smislu da mogu postati žrtve krivičnog dela (bolesna, stara lica). S obzirom na izraženu različitost poslova, javlja se i velika razlika i nejednakost u izvršenju i sl. Može se oceniti da treba dati prednost razlozima koji idu u prilog uvođenju ove sankcije, kao što je to i učinjeno u KZ.

Rad u javnom interesu KZ predviđa kao kaznu koja se može prema važećem rešenju izreći i kao glavna i kao sporedna kazna ali, kako je već rečeno, ona ima opravdanje samo kao glavna kazna. Ovoj sankciji je moguće dati i drugi karakter u sistemu krivičnih sankcija. Davanje statusa glavne kazne radu u javnom interesu u KZ ne menja osnovni smisao i razlog uvođenja ove sankcije, a to je da bude zamena, alternativa kazni lišenja slobode. Time što joj se dao rang glavne kazne, htelo se da se ojača njen položaj u sistemu krivičnih sankcija.⁴¹ Da bi ova kazna zaista postala značajna sankcija, osim što joj zakon daje važno mesto, trebalo je rešiti određene probleme u vezi sa njenim izvršenjem. ZIKS je sadržao posebne odredbe o tome i predviđao uvođenje posebne službe, odnosno lica (poverenika) koji bi izvršavali

40 Njeno uvođenje je bilo aktuelno i predlagalo se još u toku priprema reforme krivičnog zakonodavstva u bivšoj SFRJ, tj. kada je započeta izrada nacrtu Opšteg dela krivičnog zakonika (pošto su usvojene izmene i dopune KZ SFRJ iz 1990. godine). Vid. Z. Stojanović, Napomene o mogućnostima i potrebi reforme Opšteg dela KZ SFRJ, *JRKK*, br. 2/1990, str. 40.

41 Srbija je bila jedna od prvih zemalja u Evropi koja je radu u javnom interesu dala položaj glavne kazne. Najčešće se on predviđa kao mogućnost u postupku izvršenja kazne zatvora, ili se propisuje u krivičnom zakonodavstvu kao alternativa bez određivanja njene pravne prirode. Davanje statusa glavne kazne radu u javnom interesu u sistemu krivičnih sankcija ne mora, nužno, voditi i njegovom većem značaju. To zavisi od više faktora. Iskustvo Švajcarske pokazuje čak suprotno. Naime, dok je to bilo samo mogućnost na planu izvršenja krivičnih sankcija ona se češće koristila nego posle 1.1.2007. kada je u KZ dobila status glavne kazne. Up. M. Michlig, *Die gemeinnützige Arbeit – ein Auslaufodell? Zeitschrift für schweizerisches Recht* Vol. 130, No 1 2011, pp. 607–611.

ovu kaznu (član 181), dok je sada ta materija regulisana Zakonom o izvršenju van-zavodskih sankcija i mera iz 2014. godine.⁴²

Kazna rada u javnom interesu se može izreći za krivična dela za koja je propisan zatvor do tri godine ili novčana kazna. U vezi sa tim, a imajući u vidu da su kod nas stvoreni uslovi za izvršavanje ove kazne, moglo bi se razmišljati o tome da se polje primene ove kazne proširi i na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina. KZ govori o vrsti rada koji može biti sadržina ove kazne, i u stvari u tom pogledu postavlja tri uslova. Rad u javnom interesu mora biti rad koji je koristan za društvo, kojim se ne vređa ljudsko dostojanstvo i koji se ne vrši u cilju sticanja dobiti.

Krivični zakonik propisuje minimum i maksimum ove kazne. Rad u javnom interesu ne može biti kraći od šezdeset časova, niti duži od tristašezdeset časova. Vremenski period u kome će se obaviti odmereni broj sati rada u javnom interesu jeste od jednog do šest meseci i traje šezdeset časova u toku jednog meseca (član 52 stav 3 KZ). Prilikom izricanja ove kazne sud imajući u vidu svrhu kažnjavanja, uzima u obzir vrstu učinjenog krivičnog dela, ličnost učinioca, kao i njegovu spremnost da obavlja rad u javnom interesu. Važan uslov za izricanje ove kazne jeste pristanak učinioca. Ovaj uslov postoji i zbog relevantnih međunarodnih konvencija kojima se zabranjuje prisilni rad kao krivična sankcija. No, treba imati u vidu da je ovaj pristanak relativnog karaktera, jer u slučaju da nije dat sud bi verovatno izrekao kaznu zatvora (rad u javnom interesu je alternativa toj kazni, a ne novčanoj kazni ili uslovnoj osudi). Navedeni uslovi za izricanje i odmeravanje kazne rada u javnom interesu u navedenim rasponima su zadovoljavajući i nema potrebe menjati ih.

Ukoliko osuđeni na kaznu rada u javnom interesu ne obavi časove rada koji su mu određeni u okviru izrečene kazne (deo ili u celini), dolazi do zamene kaznom zatvora tako što će se za svakih započelih osam časova rada u javnom interesu odrediti jedan dan zatvora (član 52 stav 5 KZ). Nasuprot tome, KZ predviđa da, ukoliko osuđeni savesno ispunjava svoje obaveze vezane za rad u javnom interesu, sud kaznu može umanjiti za jednu četvrtinu. To podseća na institut uslovnog otpusta kod kazne zatvora, s tim što nema mogućnosti opozivanja odluke suda. I u jednom i u drugom slučaju reč je o tome da se osuđeni motiviše da izvršava svoje obaveze u okviru kazne koja mu je izrečena.

Rad u javnom interesu, osim što je predviđen kao glavna kazna, predstavlja i važnu mogućnost zamene neplaćene novčane kazne. I u toj situaciji on je alternativa kazni lišenja slobode. Može se tvrditi da je u načelu prihvatljivije da osuđeni koji ne plati novčanu kaznu umesto toga obavi rad u javnom interesu, nego da mu se neplaćena novčana kazna pretvara u zatvor.

42 Važno je da je izvršenje ove kazne (kao i ostalih krivičnih sankcija) u nadležnosti ministarstva pravde, te da je formirana posebna organizaciona jedinica u okviru Uprave za izvršenje sankcija (a ne da se izvršenje poverava organima socijalnog staranja ili sl). Prva iskustva sa započinjanjem izvršenja kazne rada u javnom interesu su ohrabrujuća. U poslednje tri godine broj izrečenih kazni rada u javnom interesu se ustalio, a to je oko 350 godišnje (up. *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Bilten broj 588, Republički zavod za statistiku, Beograd 2014). Iako ima još prostora za primenu ove kazne, to je već značajan broj izrečenih kazni rada u javnom interesu.

Moglo bi se zaključiti da je uvođenje kazne rada u javnom interesu u KZ Srbije bilo opravdano, kao i da su skepsa i otpori koji su u tom pogledu postojali bili bez osnova. Glavni argument koji je istican protiv ove kazne a to je da se u Srbiji ne mogu organizovati uslovi za njeno izvršenje, uz izvesne teškoće koje su u tom pogledu zaista javile, praksa je ipak demantovala.

5. ODUZIMANJE VOZAČKE DOZVOLE

Oduzimanje vozačke dozvole (član 53) je kazna koja nije ranije postojala u sistemu kazni već je uvedena Krivičnim zakonikom. Za razliku od mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom koja se izriče samo učiniocu krivičnog dela ugrožavanja javnog saobraćaja za kojeg se utvrđi da je opasno da upravlja motornim vozilom, ova kazna (iako sa istom sadržinom) ima drugačiju svrhu. Ona je namenjena drugoj kategoriji učinilaca i izriče se pod drugačijim uslovima. Za razliku od mere bezbednosti, ovde nije specijalna prevencija u prvom planu. Kao i kazna uopšte, ova kazna ima i generalno preventivne ciljeve. Ona ima i retributivni karakter. Njome se pogađa važno dobro učinioca krivičnog dela, a to je sloboda kretanja. To ograničenje kod ove kazne je relativnog karaktera, odnosno ta se sloboda samo delimično ograničava (lice kome je izrečena ova kazna može koristiti druge vrste prevoza, odnosno njegovim vozilom može upravljati neko drugo lice). Ipak, danas kada je došlo do povećane mobilnosti savremenog čoveka, i kada korišćenje sopstvenog motornog vozila ima veliku ulogu u tome, zabrana upravljanja motornim vozilom predstavlja značajno ograničenje slobode kretanja, tako da ova kazna nesumnjivo ima i represivni karakter. Ona ima i specijalno preventivne efekte jer sprečava učinioca da vozilo koristi za nova krivična dela. Eventualni prigovor da se ne može izreći onima koji ne upravljaju motornim vozilom, te da nejednako pogađa učinioce krivičnih dela, ne stoji s obzirom na to da oni koji ne upravljaju motornim vozilom, ne mogu ni ostvariti glavni uslov za izricanje ove kazne.

Uslov za izricanje oduzimanja vozačke dozvole jeste da je u vezi sa izvršenjem ili pripremanjem krivičnog dela koje je osnov za izricanje ove kazne korišćeno motorno vozilo. Potrebno je da je učinilac koristio motorno vozilo za pripremanje ili izvršenje krivičnog dela. Iako zakonska odredba kao uslov ne postavlja izričito i to da je on upravljao tim motornim vozilom, iz smisla i sadržaja ove kazne može se doći do zaključka da je to neophodno. Motorno vozilo mora biti korišćeno u svojoj osnovnoj funkciji da bi bili ostvareni uslovi za izricanje ove kazne. U pogledu toga kod kojih krivičnih dela može biti izrečena treba reći da tu nema ograničenja, osim onoga koje proizlazi iz same prirode pojedinih krivičnih dela. U obzir dolaze i krivična dela ugrožavanja javnog saobraćaja ukoliko nisu ostvareni uslovi za izricanje mere bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom, tj. nije ostvaren uslov da je dalje upravljanje motornim vozilom od strane učinioce opasno. U protivnom, prednost treba dati meri bezbednosti. U svakom slučaju, ove dve sankcije se ne mogu izreći zajedno (član 53 stav 3 KZ).

Kazna oduzimanja vozačke dozvole može biti izrečena kao glavna kazna, a može biti i sporedna kazna uz kaznu zatvora ili uz novčanu kaznu. Kao glavna ka-

zna može se izreći samo za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do dve godine ili novčana kazna. Ona može trajati od jedne do tri godine računajući od dana pravnosnažnosti presude. Ako je izrečena uz kaznu zatvora, vreme provedeno na izdržavanju kazne zatvora ne uračunava se u trajanje ove kazne.

Ako osuđeni na kaznu oduzimanja vozačke dozvole upravlja motornim vozilom za vreme dok ona traje, sud će kaznu oduzimanja vozačke dozvole zameniti kaznom zatvora, tako što će za jednu godinu oduzimanja vozačke dozvole odrediti jedan mesec zatvora.

Kazna oduzimanja vozačke dozvole skoro da nije zaživela u našoj sudskoj praksi što, svakako, nije opravdano.⁴³ To je kazna koja u određenim slučajevima može da bude korisna, a čija primena državu ne košta ništa. Teško je videti način na koji bi se uticalo na sudove da češće koriste ovu kaznu. Možda se može razmišljati o tome da se ona, pod određenim uslovima, predvidi kao obavezna. To bi mogao biti slučaj kada je učinilac već osuđivan za krivično delo prilikom čijeg izvršenja je koristio motorno vozilo, pa je u povratu izvršio novo delo takođe koristeći motorno vozilo. Osim ako je ne predvidi kao obaveznu pod navedenim ili nekim drugom dopunskim uslovima, zakonodavac ne bi mogao u većoj meri da utiče na sudsku praksu u pravcu češćeg izricanja ove kazne.

6. ZAKLJUČAK

Krivični zakonik Srbije sadrži adekvatan sistem kazni. On je, koliko je to uopšte moguće učiniti krivičnim pravom, u stanju da odgovori na savremene izazove kriminaliteta u Srbiji. Njegovim izmenama koje su u pripremi vrši se dalje usavršavanje tog sistema. Međutim, ni postojeće mogućnosti koje pruža sistem kazni koje predviđa KZ nisu dovoljno iskorišćene u praksi. Tako, novčana kazna u dnevnim iznosima se uopšte ne koristi što je slučaj i sa kaznom oduzimanja vozačke dozvole koja se vrlo retko izriče, dok je kazna rada u javnom interesu tek poslednjih godina zaživela. Od kazni koje predviđa KZ, sudovi se uglavnom oslanjaju na kaznu zatvora. S obzirom na to da kućni zatvor ima određene prednosti i da je u praksi prihvaćen, opravdano je njegovo postavljanje kao samostalne kazne lišenja slobode sa daljim preciziranjem uslova za njegovu primenu.

U radu se razmatra i pitanje uvođenja doživotnog zatvora umesto kazne u trajanju od trideset do četrdeset godina. Ukoliko se zakonodavac odluči na taj korak, to bi bila značajna novina u kaznenom sistemu ali ipak ne tolika koliko se to na prvi pogled čini. S obzirom na to da je uslovni otpust moguć i u slučaju te kazne, ona se u konkretnim slučajevima ne mora mnogo razlikovati i biti teža od kazne zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina koju bi trebalo da zameni. Moglo bi se prigovoriti da se njenim uvođenjem još više naglašava represivni karakter našeg krivičnog zakonodavstva. Međutim, ako se ima u vidu izuzetni karakter kazne doživotnog zatvora kao i to da je ona supstitut za smrtnu kaznu, ima osnova da

43 U 2013. godini izrečena je samo u 9 slučajeva, u 2012. u 5 slučajeva, a u 2011. godini taj broj je dostigao 11. Up. *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Bilten br. 588, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2014.

se očekuje da će biti ređe izricana od sadašnje kazne zatvora u trajanju od trideset do četrdeset godina. Uvođenje doživotnog zatvora, nezavisno od toga da li je to opravdano ili ne, najverovatnije će dovesti do izvesnog paradoksa. Ne naročito obaveštena javnost u Srbiji bila bi zadovoljna time što joj se izlazi u susret i naizgled povećava stepen represivnosti krivičnog zakonodavstva, a s druge strane, u primeni ne bi trebalo očekivati da bi se time dobilo represivnije krivično pravo. Međutim, imajući u vidu da je zakonodavac sklon podizanju stepena represivnosti krivičnog zakonodavstva, ne treba isključiti mogućnost da se putem amandmana uz uvođenje kazne doživotnog zatvora zadrži i kazna od trideset do četrdeset godina. Da li zbog nepostojanja svesti o tome da preterivanje u represiji može biti višestruko štetno po čitavo društvo ili zato što je to politički isplativo, zakonodavac je pre sklon da vodi populističku a ne racionalnu kriminalnu politiku. Zato, bilo kakve izmene u oblasti sistema kazni (bez obzira na ono što bude predloženo) nose u sebi određene rizike u smislu da će zakonodavac izaći u susret očekivanjima javnosti koja u pogledu kriminaliteta i njegovog suzbijanja ima pretežno pogrešne predstave i stavove. No, zadatak nauke krivičnog prava i srodnih nauka jeste da teži iznalaženju najboljih rešenja koja su istovremeno primerena potrebama i prilikama u našem društvu, a konačna reč je ipak na zakonodavcu koji u demokratskoj proceduri donosi zakone, pa i krivične zakone.

LITERATURA

- Cuerda Riezu, A.: Die Verfassungswidrigkeit der lebenslangen und sehr langen Freiheitsstrafe im spanischen Recht. In: *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin*, Band 2, Berlin-New York, 2011.
- Del Vecchio, G.: *Die Gerechtigkeit*, 2. Auflage, Anhang: Über die Grundlage der Strafgerichtbarkeit, Basel, 1950.
- Ignjatović, Đ.: *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*, Beograd, 2013.
- Kühl, K.: *Freiheitliche Rechtsphilosophie*, Baden.Baden, 2008.
- Liszt, F. v.: Kriminalpolitische Aufgaben, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 9, 1 1889.
- Hassemer, W.: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Auflage, München, 1990.
- Hochmayr, G.: Elektronisch überwachter Hausarrest. Zur Regelung in Deutschland und Österreich, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2012.
- Kalmthout, A., Tak, P.: *Sanctions System in the Member-States of the Council of Europe, Part I*, Kluwer, 1988.
- Mantovani, F.: *Diritto penale, Parte generale*, settima edizione, CEDAM, 2011.
- Michlig, M.: Die gemeinnützige Arbeit – ein Auslaufmodell? *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, Vol. 130, No 1 2011.
- Stojanović, Z.: Uslovni otpust: problemi i perspektive, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2 1984.
- Stojanović, Z.: Napomene o mogućnostima i potrebi reforme Opšteg dela KZ SFRJ, *JRKK*, br. 2 1990.
- Stojanović, Z.: Krivično zakonodavstvo i teški oblici kriminaliteta. U: *Teški oblici kriminaliteta*, Beograd, 2004.

- Stojanović, Z.: Vezanost suda kaznenim rasponima novčane kazne – prilog tumačenju odredaba o minimumu i maksimumu novčane kazne, *Crimen*, br. 1 2012.
- Streng, F.: *Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 3. Auflage, Stuttgart, 2012.
- Živanović, T.: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije*, Opšti deo, II knjiga, Beograd, 1937.

OSTALI IZVORI

- Godišnji izveštaj*, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, 2014, Beograd.
- Predlog Krivičnog zakonika*, Savezno ministarstvo pravde, Beograd, februara 2000.
- Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Bilten br. 529, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2010.
- Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji*, Bilten br. 588, Republički zavod za statistiku, Beograd, 2014.
- Recommendation Rec (2003) 22 of the Committee of Ministers to member states on conditional release (parole)* adopted by the Committee of Ministers on 20 January 2010.

Zoran Stojanović

Faculty of Law, University of Belgrade

SYSTEM OF PENALTIES IN CRIMINAL LAW OF SERBIA AND THE NEED OF ITS FURTHER IMPROVEMENT

SUMMARY

The paper analyzes the existing system of penalties in the Criminal Code of Serbia. Although this system is assessed as adequate, certain changes are desirable and would mean further improvement of the system and his ability to meet even to a greater extent the requirements of crime suppression on the one hand, respecting the principle of the rule of law on the other hand. In the the contect of the possible amendments to the Criminal Code, it is necessary to bear in mind that the courts insufficiently use the possibilities already provided by the existing system of penalties. So, fine in daily amounts is not used as is the case with the penalty of deprivation of a driver's license, while the penalty of work in the public interest (community service) only in recent years come to life. From punishment prescribed by the CC, courts rely heavily on imprisonment. Some of these amendments should direct the practice towards a broader use of those penalties and measures that reduce the use of imprisonment to the necessary minimum. Given that the house arrest has certain advantages and that is by courts already accepted as a way of execution of sentence, it is justified to give it the position of an independent punishment with a further specifying the conditions for its implementation.

As for the most serious crimes, it is considered that the introduction of life imprisonment would be a better solution than the existing one (thirty to forty years imprisonment). Although it would be a significant innovation, it would not still constitute such a change of the existing system of sanctions as it may look at first glance. Since that the parole is also

possible for life imprisonment, it will not be much different and more severe than the punishment of imprisonment of thirty to forty years. Bearing in mind the exceptional character of this sentence reserved for cases in which previously death sentence was pronounced, there are grounds to expect that it will be even less frequently pronounced than the existing punishment of imprisonment of thirty to forty years.

Key words: punishment, imprisonment, house arrest, life imprisonment, parole, fine, community service

KRIMINALITET DRŽAVE

Apstrakt: U radu se raspravlja o tome da li država može biti prestupnik i zašto odgovor na to pitanje ima ozbiljne reperkusije na veliki deo ključnih kriminoloških kategorija, uključujući i sam pojam zločina. U cilju razjašnjenja navedenih dilema, ukazano je na značaj uvođenja pojma „zloupotreba moći“ koji je doprineo ne samo širenju pojma političkog kriminaliteta izvan klasičnih dela kojima pojedinac ugrožava unutrašnju i spoljnu bezbednost zemlje, nego i da kriminolozi počnu razmišljati o kriminalitetu države, odn. vladajućih struktura, ali i od države organizovanom kriminalitetu. Ovaj rad trebalo bi da bude podsticaj da se u kriminološka razmatranja i u našoj zemlji uključi problematika zločina države, u prilog čega govori mnoštvo razloga.

Ključne reči: država, kriminalitet, zloupotreba moći, ljudska prava, rat, genocid.

1. UVOD

Kriminologija je od svog nastanka polje suočavanja različitih teorijskih i ideoloških koncepata. Neslaganje možemo primetiti i u odnosu na fundamentalne kategorije kojima ona operiše, pa i na osnovni pojam oko koga se čitava nauka konstituise. U pitanju su dela koja ne mogu ostaviti zajednicu ravnodušnom jer ugrožavaju vrednosti na kojima počiva. Za njih čak nemamo ni zajednički naziv – jedni ih označavaju kao „zločin“, drugi kao „devijaciju“, treći govore o „kriminalnom ponašanju“, četvrti o „krivičnom delu“. Klasična kriminologija smatrala je da se radi o pojavi čiji sadržaj možemo jasno utvrditi; sa interakcionistima počinje se popularisati shvatanje po kome se radi o pojavi koja nema unapred određeni sadržaj, već joj ga daje reakcija društva. Ukoliko ona izostane, ponašanje neće biti predmet naše nauke. Na toj tradiciji dolazimo do stava da *zločin* (opredelili smo se za ovaj termin kao najpogodniji, iako smo svesni njegovih nedostataka) i nije tako određena kategorija kako se do skoro mislilo. /01/.

Mnogo veći problem od opredeljenja koji termin ćemo koristiti nastaje, dakle, kada pokušamo da odredimo njegovu sadržinu. Za potrebe ovog rada nećemo detaljno ukazivati na sva gledišta koja u ovom pogledu možemo naći u kriminološkim radovima. /02/ Ugledaćemo se na autore koji u novijoj literaturi nesuglasice o tome šta izraz „zločin“ predstavlja rešavaju na nešto jednostavniji način. Tako Watts sa saradnicima /2008:14/ ističe da postoje u osnovi dve škole mišljenja – ona koja zločin smatra nečim što je zlo samo po sebi i ona koja ga određuje kao zakonom zabranjeni akt; čini se da je za potrebe ovog izlaganja korisnija klasifikacija koju daje Tim Newburn /2007/. On sve definicije zločina deli u dve grupe: – zločin kao pravna

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

kategorija i – zločin kao socijalni konstrukt (produkt kulturom povezanih socijalnih interakcija). /03/

Pozabavićemo se sada ovim dvema koncepcijama. Polazni osnov za određenje kategorije zločin (a time kriminaliteta kao masovne pojave koja obuhvata sva takva dela izvršena na datom području tokom određenog vremenskog perioda – najčešće jedne godine) kod značajnog broja kriminologa (naročito u Evropi, gde se njihova nauka po pravilu izučava na pravnim fakultetima) je kršenje normi krivičnog prava. Uzalud su njihove sociološki orijentisane kolege ukazivale na slabe strane ovakvog pristupa. Sa pravom ističući da spisak inkriminisanih ponašanja ne sadrži sva dela koja nose visok stepen opasnosti za društvo, da dominantne društvene grupe koriste krivično pravo kao mehanizam za zaštitu pre svega svojih interesa, da se norme te grane prava ne podudaraju ne samo u različitim istorijskim razdobljima, nego i u savremenim društvima na istom stupnju razvoja.

Odgovor „struje krivičara“ unutar kriminologije bio je da su svesni navedenih ograničenja pravne definicije zločina, ali da je ona i dalje najprihvatljivija za utemeljenje kriminologije jer sve alternative koje nude kritičari vode u još veću nesigurnost i neodređenost. Kriminologija je, po njihovom mišljenju trebalo da ostane na „sigurnom tlu“ omeđenom sistemom dela inkriminisanih u krivičnom pravu, na koje reaguju državni organi formalne socijalne kontrole (policija, pravosuđe, kaznene ustanove) i sve je na prvi pogled izgledalo jasno.

2. DELIKTI ZLOUPOTREBE MOĆI

Jedan događaj uticao je snažno na ovako, na prvi pogled, racionalno opredeljenje. Kao rezultat niza događaja koje je obeležilo masovno stradanje, naročito u zemljama tadašnjeg „Trećeg sveta“ na VII kongresu Ujedinjenih nacija o sprečavanju kriminaliteta i postupanju sa prestupnicima koji je 1985. održan u Milanu doneta je posebna *Deklaracija o osnovnim principima pravde za žrtve zločina i zloupotrebe moći* (e. *crime and abuse of power*) koju je 29. novembra te godine usvojila Generalna skupština UN (pod oznakom A/RES/40/34). Bio je to prvi međunarodni dokument koji je pomenuo kategoriju „zloupotreba moći“. To je imalo važnu posledicu na razvoj kriminološke misli koja je zahvaljujući njoj proširila predmet kriminologije na aktivnosti koje su ranije bile zanemarene. No, pre no što nastavimo izlaganje o tim posledicama, trebalo bi odrediti šta označavamo „deliktima zloupotrebe moći“.

Najopštije govoreći, radi se o nedozvoljenim radnjama koje se manifestuju kao neprimerena upotreba javnog ovlašćenja od strane lica kome je ono dodeljeno. Istovremeno, to je i osnovna razlika u odnosu na *uzurpaciju* kod koje lice sebi dodeljuje ovlašćenja koja mu inače ne pripadaju.

Bitni elementi ovog vida nedozvoljenog ponašanja su zajednički svim oblicima zloupotrebe:

- a) disbalans moći između lica koje vrši delo i žrtve;
- b) lice koje vrši delo nastoji da primenom različitih strategija i taktika ostvari ili zadrži kontrolu nad žrtvom;

- c) bitan element koji omogućava ili olakšava kontrolu je zastrašivanje žrtve kako bi ona promenila ponašanje;
- d) svi oblici zloupotrebe imaju ozbiljne posledice po žrtvu, a pre svega – srožavanje samopoštovanja i vere u sopstvene mogućnosti. /04/

Na prvi pogled, u navedenoj kategoriji nema ništa revolucionarno. Odvajkada su nosioci ovlašćenja (javnih i ostalih) pokazivali sklonost da povremeno i u odnosu na neka lica koja su pod njihovom vlašću zloupotrebe ta ovlašćenja. Od policajca, islednika u krivičnom postupku (iznuđivanje iskaza primenom torture), tužioca, sudije ili stražara u kaznionici, do činovnika u nekom državnom organu.

Ovde se, međutim ne radi o takvim pojedinačnim ekscesima (koji mogu rezultirati sankcionisanjem učinioca ili zbog izvršenja dela protiv prava građana ili zbog službenih krivičnih dela), već o sistematskom i masovnom kršenju prava ljudi, što ih čini mnogo težim deliktima. Oni su uticali na temeljne promene u shvatanju fenomenologije kriminaliteta, kao i na a) novo poimanje političkog kriminaliteta; b) uvođenje kategorija „kriminalitet države“, „kriminalitet vladajućih“ i „od države organizovani kriminalitet“.

3. ŠIRENJE DEFINICIJE POLITIČKOG KRIMINALITETA

Tradicionalno na državu se gleda kao na mehanizam koji monopolom svoje fizičke sile obezbeđuje održavanje pravnog poretka i u tom smislu država, odnosno njeni organi su najznačajniji akteri kontrole kriminaliteta od kada je pravo kažnjavanja (lat. *ius puniendi*) sa pojedinaca i njihovih zajednica prešlo u ruke države. Zbog značaja koji ima za održanje društva, država, njeno funkcionisanje i organi su zaštićeni u krivičnom pravu od različitih oblika ugrožavanja. Već prvi krivični zakoni poznavali su kažnjiva dela protiv vladara i države koja su se tradicionalno razvrstavala u dela izdaje (koja se vrši uz pomoć iz inostranstva) i veleizdaje. Istina, neki vršioci državnih funkcija mogli su biti optuženi za dela zloupotrebe ovlašćenja i povredu prava građana, ali politički kriminalitet u užem značenju ipak je u osnovi počivao na ideji da se radi o delima koje podanik / građanin vrši prema vladaru / državi ugrožavajući ustavni poredak odn. spoljnu i unutrašnju bezbednost države. /05/

Ovakav pristup dominirao je do druge polovine XX veka kada radikalni kriminolozi s pravom kritikuju jednostranost takvog shvatanja. Oni ukazuju da pojam političkih krivičnih dela treba shvatiti šire: da njime treba obuhvatiti i dela kojima država odn. njeni predstavnici (agenti) sistematski krše elementarna prava građana odn. vrše „delikte zloupotrebe moći“.

I autori koji se ne mogu svrstati u „radikalno krilo kriminologije“ skretali su pažnju da je tradicionalna odredba političkog kriminaliteta preuska. Tako je poznati italijanski kriminolog Gian Luigi Ponti /1980:220/ navodio da nosioci političke vlasti ovu često zloupotrebljavaju za protivzakonito bogaćenje (velike korupcionaške afere) ili za obračun sa političkim protivnicima sredstvima koja su zabranjena. Vlast, zatim, može biti korišćena i za sprečavanje krivičnog progona za ovakva dela,

što njihovim nosiocima obezbeđuje imunitet. On ga naziva „kriminalitet vladajućih“ i smatra ga jednom od najinteresantnijih, ali u isto vreme, i najmanje izučениh vrsta prestupništva. /06/

Jedan od najboljih poznavalaca ove problematike među američkim (što istovremeno znači i svetskim) kriminolozima Frank Hagan /1997/ ih naziva zločinima vlasti i definiše ih kao kršenje ljudskih prava koje iz ideoloških razloga vrše javni službenici. On u ovu grupu ubraja:

- tajne policije koje se formiraju sa ciljem da uguše svaku ozbiljniju opoziciju vladi i da kontrolišu sve političke aktivnosti unutar (često i izvan) državnih granica /Plate and Darvi, 1981/; Augustin Turk /1982/ govori o delovanju „političkih policija“ (kakve su bili Gestapo u nacističkoj Nemačkoj ili KGB u SSSR);

- kršenje ljudskih prava političkih protivnika (primena različitih vidova represije prema političkim neistomišljenicima);

- genocid (masovno uništenje jedne nacionalne ili etničke grupe) je izraz koji je skovao pravnik Raphael Lemkin označavajući nacističko „konačno rešenje Jevrejskog pitanja“, a takvih zločina bilo je i u Starom i Srednjem veku /Hagan, 1997:30/.

- zločini policije: najčešće se radi o eskalaciji nasilja i netrpeljivosti koje demonstrira policija u slučajevima masovnih protesta građana čije žrtve su po pravilu pripadnici rasnih, etničkih i drugih manjina. Najveća ironija je što se ta zlodela pravdaju potrebom zavođenja „reda i zakona“ /Hagan, 1997:33/, a vrlo često ovakva policijska brutalnost izaziva nasilne i rušilačke nemire kakve se s vremena na vreme odigravaju na primer u SAD u Ujedinjenom Kraljevstvu;

- nezakonito praćenje, prisluškivanje i eksperimentisanje (operacija CHAOS u kojoj su Centralna obavestajna agencija – CIA – i Federalni istražni biro – FBI – na zahtev američkog predsednika Johnsona preduzeli niz nezakonitih radnji u cilju utvrđivanja eventualnog spoljnog uticaja na neke opozicione pokrete u SAD. U tu svrhu stvoreno je čak 30.000 dosijea sa najrazličitijim podacima o licima (polovina su bili američki građani) koja su bila interesantna;

- primena torture prema političkim zatvorenicima. U knjizi *Politika okrutnosti* Kate Millett /1984:13/ torturu određuje kao „svaki akt kojim se od strane vršioca javnih funkcija namerno nanose teške fizičke i duševne patnje licima kako bi se kaznila za izvršeno delo, ili im se iznudili priznanje ili traženi podaci, ili radi zastrašivanja – njega ili drugog lica;

- držanje ljudskih bića u robovskom položaju: šokantan je podatak da se krajem prošlog veka više od 100 miliona ljudi nalazilo u ropskom položaju (samo u Mauritaniji oko 100.000; navode se podaci i za Sudan, neke od arapskih država, ali i zemlje Jugoistočne Azije i Latinske Amerike) /Hagan, 1997:41/; i

- kriminalitet patrijarhata (e. *patriarchal crime*) u koji spadaju zločini izvršeni prema ženama i / ili deci u ime tradicionalne dominacije muškaraca (diskriminacija u zapošljavanju, praksa da se u nekim zemljama uništavaju zameci ženskog pola, „globalna epidemija nasilja prema ženama“, ubijanje samo žena preljubnica u nekim zemljama i genitalno sakaćenje žena u afričkim državama. U tom smislu, Emerson i Russell Dobash /1979/ govore o postojanju „strukturnog patrijarhata“ kao hijerar-

hijskoj organizaciji u kojoj institucije i društvene odnose karakteriše to da muškarci imaju više vlasti i privilegija od žena, iz čega proističe potčinjavanje ovih drugih.

Prihvatanje da u politički kriminalitet spadaju i zločini zloupotrebe moći ima neposrednog odraza i na njegovo pojmovno određenje. Ovde, po široj definiciji spadaju sve *kriminalne aktivnosti koje se vrše iz ideoloških razloga*. /07/ Zahvaljujući tome, Hagan smatra da postoje dve vrste političkih krivičnih dela:

- a) ona koja se vrše protiv građana od strane vlasti: – nasilni protesti i nemiri; – objavljivanje službenih tajni; – (revolucionarni i slični) društveni pokreti; – atentati na visoke državne funkcionere; – izdaja zemlje; – špijunaža: i – terorizam (domaći i međunarodni);
- b) ona koje vrše predstavnici vlasti protiv građana (već navedeni „zločini vlasti“).

Na ovaj način, Hagan vraća u život razmišljanje jednog od pionira novog shvatanja političkog kriminaliteta. Njegov uzor, Edward Sagarin izrekao je u predgovoru knjige Lousa Proala *Politički zločin /1973, xiv/* misao da „političke zločine vrše kako na atentatori, tako i vlastodršci – tirani“.

4. ORGANIZOVANI KRIMINALITET DRŽAVE

U svojoj Predsedničkoj poruci na godišnjoj konferenciji Američkog udruženja za kriminologiju William Chambliss je 1988. u kriminologiju uveo novu kategoriju – „organizovani kriminalitet države“ (e. *state-organized crime*). U tom tekstu koji je sledeće godine objavljen u časopisu *Criminology /Chambliss, 1989/* ovaj originalni autor na početku ukazuje da je na ideju o tome da država nije samo subjekt koji suzbija organizovanu kriminalnu delatnost na svojoj teritoriji došao posle istraživanja koje je pre četvrt veka započeo u Sijetlu. Ono je pokazalo da na lokalnom nivou jednog američkog grada kriminalno podzemlje funkcioniše kao simbioza političkih, poslovnih i kriminalnih aktera u kojoj svako ima određenu zaslugu za uspešnost ovog specifičnog „privrednog poduhvata“. /08/ Svoja istraživanja ovaj autor je nastavio u Švedskoj, Nigeriji, Tajlandu i, naravno u SAD. Posle toga, počeo je istorijska izučavanja koja su se koncentrisala na piratstvo i krijumčarenje. Zahvaljujući njima, došao je do zaključka da su neki od slučajeva piratstva u XVI i XVII veku imali mnogo zajedničkih crta sa organizovanim kriminalitetom u naše vreme, a posebno sa modernim od države organizovanim kriminalitetom.

Za konceptualni okvir ovog istraživanja uzeo je relacije između kriminaliteta, društvene strukture i političke ekonomije, što mu je omogućilo da dođe do pojma ove vrste kriminaliteta, ukaže na teorijski okvir za njegovo objašnjenje i utvrdi njegove konkretne pojavne manifestacije.

4.1. Definicija i koje aktivnosti ovde spadaju

Kriminalitet organizovan od strane države čine *akti u pravu određeni kao krivična dela, a izvršeni su u vršenju službe od strane državnih zvaničnika*“ /Chambliss,

1989:184/. Tu bi spadali od države sponzorirano piratstvo, krijumčarenje, atentati, kriminalne zavere (bilo da se uspostavljaju pre ili posle zločina) i ostali slučajevi kršenja zakona koji ograničavaju ovlašćenja državnih službenika. U ovu poslednju kategoriju spadali bi ilegalni metodi špijuniranja građana, promena namene državnih fondova (finansiranje izbornih kampanja, prodaja oružja državama protivno pravom uvedenim zabranama) i podrška terorističkim aktivnostima.

Ovde se ne radi o kriminalnim delatnostima koje koriste jedino pojedinačnom funkcioneru (činovniku) ili ih on preduzima kao sopstveni odgovor na određena ponašanja: primer za ovo bi bili traženje mita ili (nezakonita) primena sile od strane policajca prema privedenom licu; ovakva dela su, istina protivzakonita, ali su protivna i politici koju proklamuje država i njeni organi. Nasuprot tome, ako je – kao što je bio slučaj u Južnoafričkoj Republici do ukidanja apartheida – zlostavljanje pripadnika jedne rase bilo u sklopu institucionalizovane državne politike, onda takvo delovanje predstavlja od države organizovani kriminalitet.

4.2. Piratstvo

Tipičan slučaj od države organizovang kriminaliteta predstavlja piratstvo iz XVI i XVII veka. Posle otkrića Južne Amerike (1492), Španija i Portugal su ubrzo kolonizovale novi kontinent donoseći odatle brodovima ogromno bogatstvo, a Portugal je dodatno uspostavio rute do Indije monopolišući trgovinu začinicima i čajem. Ove dve nacije su onemogućavale ostalim evropskim narodima da trguju sa njihovim kolonijama. U isto vreme, Francuska, Engleska i Holandija su imale moćne mornarice i bile domovine velikog broja opasnih pirata koji su operisali oko obala Evrope i Afrike. Ove države stavljene su u dilemu šta da učine: da sede skrštenih ruku i posmatraju kako se moć na Starom kontinentu seli na Iberijsko poluostrvo ili da nešto preduzmu kako bi ovaj proces zaustavile. Odabrale su drugu mogućnost, ali su istovremeno težile da izbegnu vođenje rizičnog rata – zato su stupile u savez sa piratima. Ovima su blagom pretovareni i zbog toga spori brodovi koji su išli uhodanom maršrutom izgledali kao idealna meta. S druge strane, mnogo mladih ljudi želelo je da pobege od svakodnevice obeležene bedom i zato su se redovi pirata brzo punili novim članovima.

Francuska je prva prepoznala mogućnosti koje je nudila saradnja sa piratima. Iako je taj zločin spadao u najteže i za njega bila po kratkom postupku izricana i izvršavana smrtna kazna, Matropola je lokalnim guvernerima poslala uputstvo da dozvole piratskim brodovima da pristaju u njihove luke i da trguju sa posadama i otkupljuju otetu robu. Pirati prema pripadnicima posada trgovačkih brodova nisu pokazivali bilo kakvo milosrđe. Princip „nema zarobljenih“ sproveden je sistematski. /09/

Engleska i Holandija su se uskoro pridružili Francuskoj u ovoj delatnosti. Ser Richard Hawkins i njegov „šegrt“ Francis Drake posedovali su „dozvole za pljačkanje brodova“ (e. *letters of marque*) izdate od Admiraliteta. U tim papirima pisalo je da su britanske kolonije i kapetani ratnih brodova dužni da im obezbede siguran prolaz i pruže svaku pomoć koju zatraže jer su oni „pod zaštitom Krune“. /10/

Istovremeno, dok je ovakvim piratima bilo dozvoljeno da ubijaju, siluju, pljačkaju, uništavaju brodove i posade pod španskom i portugalskom zastavom, britansko zakonodavstvo se nije promenilo. Piratstvo je u njemu zadržano kao jedno od najtežih krivičnih dela za koja je propisana smrtna kazna.

Ovakav „dil“ bio je profitabilniji no što se u početku očekivalo. Neki izvori navode da je u jednoj od piratskih akcija Drake Engleskoj doneo zlata i srebra u vrednosti koja je premašila sedmogodišnje (!) troškove države. Drake je za ovakav „posao za državu“ od nje bogato nagrađen, ali Španci nisu sedeli skršenih ruku. Tražili su da bude kažnjen za zlodela koja je izvršio i Britanija je prvo porekla da je on pod njenom zaštitom. Da bi to dokazala, organizovala mu je proces u kome je osuđen za svoje kriminalno delovanje. A onda je poslat u Irsku gde je koju godinu kasnije dobio titulu prvog Erla od Eseksa u Irskoj.

Pomenuti francuski i engleski pirati bili su samo najpoznatiji od stotina pirata koji su „ušli u posao“ između 1400. i 1800-te godine. /11/ Njihovi zločini bili su podržani su od država koje su im pružale zaštitu i snabdevale ih potrebnim sredstvima. Teorijski, one su štatile samo „svoje“ pirate, a u praksi su saradivale sa svima koji su se uklapali u njihove interese. Kako bi racionalizovale očiglednu kontradikciju između prava (koje je proglašavalo piratstvo za težak zločin) i sopstvenih interesa, velike evropske nacije su stvorile pravnu fikciju. Bilo da je potpisnik „dozvole za pljačkanje“ bio monarh ili vrh vojne vlasti (Admiralitet), akt je sadržao određena ograničenja – nisu smeli: 1) napadati brodove države koja izdaje dokument; 2) pustošiti sela i gradove; i 3) otvarati tovar pre no što dođu u luku /Chambliss, 1989:187/. Naravno, neke od ovih zabrana bila su samo licemerno „pranje savesti“. Najuspešnije i po organizatore najprobitačnije akcije bile su upad u luke i kojima su brodovi sa Iberijskog poluostrva pristajali radi dopune osoblja ili snabdevanja hranom i vodom. Treća zabrana bila je uneta kao obezbeđenje od pokušaja pirata da samo za sebe odvoje deo plena i sakriju ga od ‘mentora’. Često se događalo i da se prva zabrana izigra jer je plen bio veći izazov od lojalnosti „svojoj državi-mentoru“. /12/

Chambliss tvrdi da su se vremenom u „piratski biznis“ uključile i SAD jer su Čarlston u Južnoj Karolini, mnogi gradovi u Novoj Engleskoj i Njujork postali sigurne luke za pirate pružajući im zaštitu od stranih vlasti i omogućavajući im da na miru uživaju u plodovima svojih zlodela. Neki od pirata, kao John Jones, postali su američki heroji. Jean i Pierre Lafitte bili su prvo prokazani kao organizatori i pomoćnici pirata u delti Misisipija, sve dok nisu pomogli američkoj federalnoj vlasti u ratu protiv Engleske. Za to je Jean dobio visoki položaj u američkoj mornarici jer je pomogao odbrani Nju Orleansa od engleskih brodova.

Kako se navodi u literaturi /Vernill, 1924/, u vreme rata često se događalo da su pirati služili u mornarici svoje zemlje – u doba mira, oni su bili uključeni u profitabilne poslove koje su vodili vekovima. Bio je to specifičan način ponašanja koji je bio vid prilagođavanja u doba akumulacije kapitala. Piratstvo je bilo sredstvo koje je onemogućilo da neke nacije postanu toliko bogate da mogu dominirati svetom. U tom smislu, ono je doprinelo raspodeli svetskog bogatstva u trenucima kada je ka-

pitalistički način proizvodnje počeo da dominira. I to je, što uopšte nije beznačajno, postignuto bez ratnih operacija i gubitaka koje bi one donele.

U vekovima koji su sledili, piratstvo je izgubilo status kontrolnog mehanizma procesa distribucije svetskog bogatstva i sem nekih retkih država koje ga u novije vreme sponzorišu, /13/ za većinu država ostalo kriminalna aktivnost koju treba suzbijati. Ali su se na njegovom mestu našle neke druge, inače inkrimisane, aktivnosti među kojima poseban status ima krijumčarenje.

4.3. Krijumčarenje narkotika i oružja

Ova delatnost odvija se kada vlast zatvori tržište za neka dobra za kojima postoji potreba ili se zabranjuje njihovo prenošenje preko državne granice u druge zemlje. U toku istorije, kako navodi Chambliss /1989:261/ švercovano je sve – od ljudi, hrane i pića, do retkih životinja – od zlata i droga do ideja i proizvodnih tehnologija. Čemu god da se zabrani prekogranični promet, naći će se ljudi koji će zarađivati prenoseći takve stvari u druge zemlje.

Još od XVIII veka, Jugoistočna Azija je područje u kome su Portugal, a kasnije Francuska razvile biznis sa opijumom ostvarujući na dozvolama za legalno držanje lokala u kome se on mogao koristiti ogromna sredstva. /14/ Kada su Francuzi napustili Indokinu, preneli su biznis sa švercom opijuma na SAD. Posao je išao preko Australije, odn. jedne banke u Sidneju (*Nugan Hand Bank*) koju je 1969. osnovao bivši agent CIA Michael Hand. Tek posle njegove zagonetne smrti, izbio je skandal u kome je u vladinoj istrazi otkriveno da je ta banka bila mesto za pranje novca dobijenog krijumčarenjem narkotika koji je onda korišćen za finansiranje šverca oružja za „prijateljske države ili pokrete“ i druge ilegalne operacije CIA širom sveta. /15/ To je bilo samo jedno od skandaloznih otkrića do kojih je došla istraga u Australiji.

Krijumčarenje oružja koristi se za snabdevanje ratnim sredstvima država i pokreta kojima ona ne bi mogla biti dostavljena legalno. Jedna od najpoznatijih takvih akcija je ona kojom je prekršena zabrana snabdevanja oružjem Pokreta protivnika vlade u Nikaragvi (*Contras*) koja je 1985. (tzv. *Boland amendment*) usvojena u Američkom Senatu. Nacionalni savet za sigurnost (NSC), Ministarstvo odbrane i CIA stvorili su tim „dokazanih stručnjaka“ (neki su bili umešani u krijumčarenje opijuma u Indokini, drugi u invaziju na Kubu 1961, treći u pokušaje ubistva kubanskog predsednika Castra) koji su osmislili akciju poznatu pod šifrom 'Iran-Kontra'. Novcem zarađenim od narkotika i snabdevanja oružjem Irana, finansirana je akcija naoružavanja nikaragvanskih Kontraša. Ono što je kasnija istraga pokazala je da je jedan od glavnih izvora sredstava za tu akciju bio šverc droge iz država Latinske Amerike u SAD od strane pripadnika oružanih snaga (u nekim slučajevima, za transport su korišćeni vojni aerodromi, a u „poslu“ su se našli i kolumbijski narko karteli /Chambliss, 1989:193/. Najčešće pominjana imena koja su prerasla u simbole pogrešno shvaćenih partiotičara bili su oficir Oliver North i agent CIA John Stockwell.

Pokušaj da se odgovori na pitanje ZAŠTO se ovakve stvari događaju, Chambliss /1979/ traži u strukturalnim kontradikcijama koje su imanentne nacionalnim državama. One ne mogu opstati bez uspostavljanja legitimnosti; u tom procesu ključno

je pravo, koje takođe stvara iluziju o poretku koji vlada u društvu. Istovremeno, nastaje i konflikt interesa. U ovom slučaju, zabrana krijumčarenja određenih proizvoda, koja je deo svakog pravnog sistema, konfrontira se sa interesima države da u okruženju ili svojoj sferi uticaja obezbedi režime koji će biti „kooperativni“. Posle fijaska sa invazijom na Kubu („akcija u Zalivu svinja“) u kojoj je najmoćnija sila ponižena od „male nacije“, CIA i oružane snage nisu smele da dozvole sličnu traumu. Zato je srušena demokratski izabrana vlada u Čileu i obavljen je čitav niz prikriivenih akcija koje su takođe finansirane zahvaljujući vezama sa bankama u kojima je vršeno pranje ilegalno stečenog novca.

4.4. *Atentati i ubistva; ostali od države organizovani zločini*

Iako su ovakva dela u svesti običnih građana najčešće povezana sa diktatorskim režimima i evropskim monarhijama, ona se praktikuju i u naše vreme i to od modernih država. Šezdesetih godina XX veka dogodilo se ubistvo čija žrtva je bio marokanski lider Ben Barka, a organizovala ga je francuska obaveštajna služba. Nešto ranije (1953) CIA je organizovala zbacivanje legalno izabrane vlade Irana na čijem se čelu nalazio Mohammed Mossadegh. Razlog je bio prost: nameravali su da nacionalizuju strane naftne kompanije. Na čelo države došao je Šah Reza Pahlevi sa svojom brutalnom tajnom policijom SAVAK čiji agenti (inače obučeni od CIA) prisilili su na posao hapseći 1.500 ljudi mesečno, podvrgavajući ih torturama naučenim tokom obuke.

CIA je takođe imala ključnu ulogu (izvršilac je bila multinacionalna telekomunikaciona kompanija ITT) u rušenju čileanske vlade i ubistvu njenog predsednika Allendea i ministra vojske generala Schneidera. Kasnije je u Vašingtonu ubijen i šef diplomatije Čilea Orlando Letellier. Ubistva su vršena i u Libanu (Beirut, maja 1985. – eksplozija automobila bombe – 80 ljudi ubijeno). U Južnoj Americi je u Nikaragvi štampana publikacija *Psihološke operacije u gerilskom ratu* u kojoj se ljudi pozivaju da u cilju primoravanja vlade da odstupi, preporučuju građanima te zemlja da vrše ubistva, sabotaze, vandalističke i akte nasilja. Dalje, mete atentata više puta su bili kubanski predsednik Castro i libijski vođa Muammar Qaddafi.

Uz ovu organizaciju, uključila se i DEA (*Drug Enforcement Agency*) koja je formirala Specijalnu operativnu grupu koja je zadužena za organizovanje ubistava stranih političkih lidera koji su ušli u „biznis sa drogom“.

Nedozvoljena dela odnose se i na povredu tajnosti pisama i drugi oblici protivzakonitog nadziranja kojima se krši privatnost građana predstavljaju jedan od najrasprostranjenijih vidova od države organizovanog kriminaliteta. U dokumentu pod nazivom *Rockefeller Report* iz 1975. navedeno je kako je CIA sredinom osamdesetih godina otvarala i fotografisala po milion privatnih pisama godišnje, a Michael Parenti /1983:170/ da se veoma raširila praksa ilegalnog upadanja u stanove građana i unošenje opreme za elektronsko praćenje lica.

Propisi koji zabranjuju vršenje eksperimenata sa ljudima kojima se povređuju njihova prava ili se ugrožava njihovo zdravlje vrlo su jasni. Međutim, to ne sprečava državne organe da krše ovakve zabrane. Tako je CIA angažovala prostitutke da daju

narkotike svojim klijentima, a doktori i psiholozi koji su u Agenciji prošli prethodnu obuku pratili su delovanje droga kroz staklo postavljeno u skupim apartmanima iznajmljenim od Službe. Jedna prostitutka je u toku eksperimenta umrla, a više učesnika doživelo je ozbiljne traume.

Među takva kršenja građanskih prava ubraja se i program COINTELPRO koji je osmislio FBI kao doprinos kontrašpijunaži. Njime su obuhvaćene sve grupe koje je FBI označio kao „anti-američke“ i imao je zadatak da ih diskredituje, zastraši ili rasturi. U takve grupe uvršćeni su Američka unija za građanska prava, antiratni pokreti, organizacije za zaštitu ljudskih prava i druge. Postoje dokazi /Klein, 1988/ da ovakve delatnosti nisu okončane posle ukidanja navedenog programa.

U zaključku ovog ključnog rada o kriminalitetu organizovanom od države, koji spada u najčešće navođene u brojnim kompilacijama kriminoloških tekstova, /16/ Chambliss /1989:204/ ukazuje da jedan od najvećih problema u bavljenju ovim predmetom predstavlja obezbeđenje dovoljnog broja relevantnih i pouzdanih podataka koje, opet, treba uzeti sa mnogo rezervi. To važi kako za činjenice iz vladinih istraga, sudskih postupaka, intervjuva, novinskih izveštaja, kao i istorijskih dokumenata. Svi oni ostavljaju mnogo prostora za greške u interpretaciji i stavljanju u kontekst nesrodnih političkih, ekonomskih i društvenih sistema u različitim vremenским periodima.

Zbog toga nije bilo lako testirati teorijske stavove iz kojih su izvedene hipoteze. Ipak, neke od njih su se pokazale kao osnovane: da nisu svi socijalni sistemi podjednako plodno tle za nastanak ovog tipa kriminalne delatnosti; kada se radi o državnim agencijama, čini se da ima osnova za zaključak da se ovakve radnje pre mogu očekivati od službi čiji rad je obavijen velom tajnovitosti, no od onih koje posluju javno. Sličan princip važi i za čitave nacije: mnogo je teže institucionalizovati kriminalitet organizovan od države u otvorenim društvima.

Najzad, uvođenje kategorije kriminaliteta organizovanog od države ima, po njenom tvorcu još jednu posledicu: on dovodi u pitanje tradicionalno shvatanje pojma zločin kao akta kojim se krše pravne norme. Chambliss ga je u tekstu iz 1989. određivao upravo tako, iako je jasno naglasio ograničenosti takvog opredeljenja dajući za pravo nekim od argumenata bračnog para Schwendinger (Herman i Julia) /1970/. Treba navesti i da je u jednom svom kasnijem radu ovaj autor u definiciju uključio i „ponašanja kojima se krše međunarodni sporazumi i principi uspostavljeni od sudova i konvencija donetih od međunarodnih tela“ /Chambliss, 1995:9/.

5. KRIMINALITET DRŽAVE

Najveći broj kriminologa danas se kao zajednički termin za većinu navedenih (i drugih) dela u čijem izvršenju je involvirana država koristi izraz „kriminalitet / zločini države“ (e. *state crime*), ali mu (naravno) daju različito značenje.

Jedan od najznačajnijih autora koji se bavio ovom temom je i britanski kriminolog Stanley Cohen koji je ovom problemu posvetio nekoliko radova od kojih se najuticajnijim smatra članak *Ljudska prava i kriminalitet države – kultura poricanja* /Cohen, 1993/. I on smatra da je sve počelo sa već pominjanim tekstom bračnog

para Hermana i Julie Schwendinger iz 1970. godine. Oni su na tragu Sutherlandovog poznatog rada o kriminalitetu belog okovratnika /1940/ tvrdili da pravna definicija zločina nije dobra jer ne obuhvata na primer i takva dela kakva su vođenje imperijalističkog rata ili rasizam. Oni zato traže da se kod određivanja ovog pojma umesto predviđenosti radnje u zakonu unese kriterijum socijalne štete. Kao primere takvih postupaka, oni su navodili genocid i ekonomsku eksploataciju, što Cohen kritikuje smatrajući da se ovde radi o stavljanju u istu kategoriju – po značaju – vrlo različitih ponašanja. On tvrdi da je za određivanje ponašanja koja se mogu svrstati u kriminalitet treba poći od ljudskih prava čijem dovođenju u vezu sa kategorijom zločin doprinela dva činioca: prvi je širenje pokreta za ljudska prava (oličen ne samo u međunarodnim konvencijama, nego i u aktivnostima nevladinih organizacija) koji je posle okončanja Hladnog rata od ideološkog sredstva za rušenje konkurentskog bloka prerastao u značajnog kontrolora i kritičara stanja u kome žive ljudi širom sveta; drugi činilac je bujanje viktimološke literature i njeno fokusiranje na 'ljude koji pate'. /17/

Cohen smatra da je uključivanje problematike kršenja ljudskih prava u razmatranje o suštini zločina plodotvorno posebno kada se radi o kriminalitetu države. U tom pogledu, on se saglašava sa onim što Gregg Barak /1990/ piše u radu *Zločin, kriminologija i ljudska prava*. /18/ Cohen se jasno distancira od radikalne struje koja govori o „kriminalnoj (kapitalističkoj) državi“ i umesto toga smatra da je mnogo bolje ideologiju zameniti naučnim pristupom. Zato se opredeljuje za termin „kriminalitet države“. Iako ne spori da bi se ovaj pojam u najširem smislu mogao protegnuti i na „rasizam“, „seksizam“ i „ekonomsku eksploataciju“, on smatra da je uža i bukvalna odredba kategorije „kriminalitet države“ bila bolja i obuhvatala bi „teške oblike kršenja ljudskih prava“ kakvi su: genocid, masovna politička ubistva, državni terorizam, kidnapovanje lica, mučenja, silovanja i mnoga srodna dela koja su izvršili državni službenici. /19/

Većina kriminologa, napominje Cohen, zanemaruje ovakva dela i zadržava se na onima kod kojih su akteri građani ili su izvršioци pojedinci, a oštećena država. Ona kod kojih se kao učinilac pojavljuje državni službenik koji bi trebalo da bude odgovoran za poštovanje zakona – kao da izmiču njihovom pogledu. Čak i kada je očigledno da u velikom delu sveta funkcioneri države (ili od njih formirane paravojne grupe) redovno krše zakonom zaštićene interese građana. I to ne samo u totalitarnim ili fašističkim režimima, policijskim državama, diktatorskim režimima ili vojnim huntama; (i) zbog toga je potrebno predmet kriminologije proširiti na zločine države. /20/ Samo na taj način moguće je uticati na građane da shvate težinu i pravu prirodu zločina koje državni predstavnici vrše u njihovo ime. To je specifičan oblik suprotstavljanja „kulturi poricanja“ kojom se Cohen bavio u više radova objavljenih poslednjih godina svog života.

I drugi autori su pišući o kriminalitetu države ukazivali na potrebu da se preispita pravna definicija zločina. Elizabeth Stanley /2007:169/ tako ističe da kriminolozi svoju analizu ne mogu zaustaviti tamo gde završava pravna logika i nacionalne granice; moraju otkloniti prikrivene i otvorene napore da se ova materija isključi iz oblasti interesovanja kriminologije; takođe, neophodno je da se koncentrišu na

rastuće socijalne probleme koji se ne mogu otkloniti „čarobnim štapićem“ samozvanih „reformatora“. Ronald Kramer i Raymond Michalowski /1995/ određuju ovu pojavu znatno šire. Pored navedenog, oni smatraju da u kriminalitet države spadaju i radnje (bolje propuštanja) državnih nameštenika (uključujući i policajce, sudije, ministre) zbog kojih ona u nekim situacijama ne ostvaruje neophodan nadzor ili zaštitu.

Kriminalitet države, smatraju Martin O'Brien i Majid Yar /2008:159/ manifestuje se u nekoliko vidova: 1) dela javnih službenika usmerena na ostvarenje političke kontrole nad državom i njenim aparatom (falsifikovanje rezultata izbora, korumpiranje i iznuđivanje, kao i zastrašivanje političkih protivnika; 2) zločini izvršeni od vojnih i policijskih funkcionera, kao i paravojnih formacija koje vlast podržava (ovde bi spadale tortura, ubijanje, etničko čišćenje, genocid i ratni zločini protiv civila); /21/ 3) ekonomska krivična dela učinjena od predstavnika vlasti, bilo da su izvršena neposredno od nje ili od partnerskih korporacija (tzv. „državni kriminalitet korporacija“ – e. *state-corporate-crime*). Ovde bi mogli spadati prinudni rad osuđenika; kršenje pravila o zaštiti života i zdravlja zaposlenih koje je dovelo do smrti ili povrede radnika; protivpravna eksproprijacija zemlje i drugih dobara od njihovih zakonitih vlasnika. pisci knjige *Kriminologija – ključni koncepti* zaključuju da kriminologija ovu problematiku treba da fokusira kao primarnu i to iz nekoliko razloga: mogućnosti država (odn. njihovih predstavnika) da izvrše krivična dela su skoro neograničene; prepreke da se akteri osude su teško savladive; i težina dela koje mogu izvršiti državni predstavnici skoro bez izuzetka nadmašuje ona kojima građani viktimizuju jedni druge.

6. KRIMINALITET VLADAJUĆIH

Jedan od najboljih poznavalaca kriminaliteta čiji izvršioци su moćni i nosioci određenih zvanja i funkcija američki naučnik David Friedrichs je u svojoj poznatoj knjizi *Kriminalci kojima se veruje – kriminalitet belog okovratnika u savremenom društvu* je dela kojima se u ovom radu bavimo smestio u kontekst najšire shvaćenog 'kriminaliteta belih kragi'. Pored aktivnosti koje se tradicionalno podvode pod kriminalitet belog okovratnika i korporacija, on u ovom kontekstu govori i o: – kriminalitetu poziva i dokolice; – kriminalitetu vladajućih; – državnom korporativnom kriminalitetu, zločinima globalizacije i finansijskom kriminalitetu; i – preduzetničkom (organizovanom i profesionalnom) i tehno-kriminalitetu. Nas će ovde najviše interesovati ono što Friedrichs naziva 'kriminalitet vladajućih' (e. *governmental crime*) koji je po njegovom mišljenju „jedan od najvećih izazova XXI veka“.

6.1. Pojam i vrste

Nasuprot predstavi koju većina ljudi ima – da država postoji kako bi zaštitila njihova prava kroz propisivanje zabranjenih dela, otkrivanje i kažnjavanje prestupnika, podaci pokazuju da se kao izvršioци dela koja najteže ugrožavaju život i fi-

zički i psihički integritet ljudi, njihova građanska prava i imovinu pojavljuju upravo lica ili kolektiviteti koji istupaju u ime vlade i države. Pozivajući se na druge istraživače, Friedrichs navodi da je u XX veku najmanje 60 milona ljudi izgubilo život od namerno izvršenih zločina (genocid, masakri i masovne egzekucije) koje su preduzele države odn. njihovi predstavnici. /22/ Ako se tome dodaju i nenasilna dela koja su preduzeli javni funkcioneri iz političkih ili koristoljubivih motiva, jasno je koliko opasnost predstavlja kriminalitet vladajućih.

Friedrichs /2010:128/ naglašava da se sadržaj ovog pojma ne poklapa potpuno sa pravnom odredbom krivičnog dela jer ne obuhvata samo ponašanja koja su zabranjena u domaćem i međunarodnom pravu, nego i štetna dela koja se vrše od strane predstavnika države. Ovim izrazom autor označava dve vrste dela – ona spadaju ili u:

- a) kriminalitet države ili u
- b) politički kriminalitet belog okovratnika.

Kriminalitet države, po njemu, predstavlja širok pojam koji obuhvata radnje koje vrše predstavnici države u njeno ime; politički kriminalitet belog okovratnika odnosi se na ilegalne aktivnosti funkcionera ili političara izvršene u cilju sticanja lične koristi. /23/ Odnos ove kategorije i pojma 'politički kriminalitet' nije, smatra Friedrichs, jednostavno odrediti. Utoliko pre što postoje autori (kao već navođeni Frank Hagan) koji smatraju da najveći deo kriminaliteta države spada u politički kriminalitet. Razliku nije, međutim teško uvideti: u politički kriminalitet spada i veliki broj dela koja se vrše protiv države.

Kriminalitet vladajućih tesno je povezan sa tradicionalno shvaćenim kriminalitetom belog okovratnika. Akteri i u jednom i u drugom slučaju uživaju ugled u društvu, imaju solidne prihode i ne vide sebe kao kriminalce. Takođe i krivični progon učinilaca ovakvih dela povezan je sa brojnim teškoćama, naročito kada treba optužiti i osuditi one koji donose i izvršavaju zakonske norme. Ni reakcija javnosti nije uvek naklonjena sprovođenju ovakvih postupaka. Ovde se javljaju i ideološke predrasude koje u nekim situacijama kumuju stanju u kome se mnoga od do sada navedenih dela državnih funkcionera ne smatraju kriminalnim nego poželjnim. Sa izuzetkom nekoliko slučajeva kakvi su bili suđenje nacističkim glavešinama u Nirnbergu ili javna saslušanja u aferi Votergeit (koja je dovela do prve i jedine ostavke američkog predsednika u istoriji), javnost ne pokazuje preveliko interesovanje za utvrđivanje odgovornosti učinilaca ovakvih dela. Možda je i u tome razlog zašto je tema (kao i kriminalitet korporacija i poziva) relativno zanemaren u kriminologiji.

6.2. Neki od ključnih termina

Da bi se razumeo kriminalitet vladajućih, potrebno je ukazati na nekoliko važnih pojmova sa kojim je neposredno povezan. Prvi od njih je *zloupotreba moći* o kojoj je već bilo reči i koju Friedrichs označava kao najširi sadržaj povezan sa kriminalitetom vladajućih. Prvo i uobičajeno značenje ovog izraza on vezuje za situacije u kojima država ili njeni agenti krše zakon kako bi ostvarili neke neuobičajene ili

zabranjene ciljeve. U drugom, širem značenju, ovaj izraz se odnosi na ovlašćenja koje država podrazumeva da ima i koristi ih iako ih ne sme posedovati. /24/

Drugi termin povezan sa kriminalitetom vladajućih je *korupcija (kvarenje) vlasti*. Politička korupcija je zloupotreba političkog položaja radi sticanja materijalne koristi, ali tu spadaju i akti izvršeni radi obezbeđenja političkog preimućstva. U užem značenju, ovde se misli na kršenje posebnih propisa – uobičajeno onih koji se odnose na plaćanje, a u širem na sva odstupanja od očekivanog ponašanja nosilaca javnih ovlašćenja. O postojanju ovakvih dela svedoče i Biblija i najstariji sačuvani zakoni poput Hamurabijevog, ali standardi u čemu se „kvarenje“ sastoji razlikuju se od jednog do drugog društva. Kao i ocena nivoa njegove štetnosti. Paradoks je svoje vrste da ih preduzimaju i oni koji se retorički zalažu da ovakve stvari treba iskoreniti.

Podmićivanje (bribery) je po sadržaju vrlo slično političkoj korupciji i to je pravna kategorija, ali ima i moralnu dimenziju. John Noonan /1984/ smatra da je regulisana i zakonskim propisima (*written law*) i normama koje regulišu odnose ljudi u svakodnevnom životu (*law in practice, commonly accepted practice*). I podmićivanje, kao i srodna mu pojava iznuđivanje kakve koristi (e. *intimidation*) su takođe menjali sadržinu tokom istorije i sredine u kojoj se odvijaju.

Najzad, Friedrichs kao poslednji izraz koji se povezan sa kriminalitetom vladajućih navodi *politički skandal*. Ovde on usvaja gledište po kome su takvi skandali mogući samo u zajednicama u kojima postoji sistem podele vlasti, opozicija i relativna sloboda medija – tj. u demokratskom društvu. O dometima uticaja političkih skandala na politički sistem postoje različita gledišta: dok jedni smatraju da je on ograničen i slab, drugi autori, naročito kada se radi o slučajevima visoke korupcije, ističu da oni narušavaju poverenje u taj sistem i umanjuju nivo poverenja među ljudima.

6.3. *Epske razmere kriminaliteta vladajućih*

Teško je složiti se sa anarhističkim gledištima po kojima je država po svojoj prirodi nosilac agresije i potpuno nepotrebna institucija, a još manje sa onima koji tvrde da je ona jedan kriminalni poduhvat.

Sa druge strane, država ne retko lišava ljude njihove imovine, načina života i to ne samo u ratnim uslovima. To se odnosi i na SAD i sistematsko zatiranje domorodaca koje je – da ironija bude veća – proglašeno trijumfom Zapadne civilizacije. U novije vreme epski karakter imao je rat u Vijetnamu. Friedrichs /2010:133/ citira stvove više autora koji tvrde da su američke invazije na Grenadu i Panamu, Zalivski rat protiv Iraka, učešće u NATO akciji u ranijoj Jugoslavilji 1999. (opravdavana humanitarnim razlozima), akcije u Avganistanu (objašnjene kao deo rata protiv međunarodnog terorizma) 2002. i „Operacija Sloboda Iraku“ iz 2003. bile u nekim segmentima kriminalne aktivnosti. Da takvi stavovi ne predstavljaju besmislene konstatacije potvrdila je i činjenica da su SAD odbile da potpišu Statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda koji je nadležan za ratne zločine, genocid i zločine protiv humanosti. Obrazloženje je bilo da bi u suprotnom „američki vojnici

koji učestvuju u mirovnim misijama mogli odgovarati pred takvim međunarodnim sudom“.

6.4. *Oblici kriminaliteta države*

Po Friedrichs-u postoje:

- a) kriminalna država – ona kod koje kriminalne aktivnosti (kakve se npr. genocid ili etničko čišćenje) postanu dominantan način funkcionisanja države;
- b) represivna država – ona ne ide tako daleko da preduzima genocidne akte, ali sistematski lišava svoje građane osnovnih ljudskih prava;
- c) korumpirana država – tu vlada funkcioniše sa prevashodnim ciljem da omogućiti bogaćenje političkog rukovodstva;
- d) nemarna država – nju karakterišu „dela propuštanja“. Ona ne preduzima ništa da spreči gubitak ljudskih života, patnju i lišavanja koja može otkloniti. Propuštanje može biti posledica namere, zanemarivanja obaveze da se nešto učini ili neznanja;
- e) država organizator kriminalne delatnosti – ovde se Friedrichs /2010:141/ poziva na Chambliss-ovu definiciju, a pored piratstva, on navodi i svrgavanje stranih vlada i vladara od strane SAD (počelo je na Havajima 1893., a kasnije nastavilo širom sveta). Iza retorike oslobođenja drugih naroda od tiranske vlasti i zaštite sopstvene nacionalne sigurnosti, stajali su uvek interesi američkog krupnog biznisa. U tom poslu posebnu ulogu imale su bezbednosne agencije (CIA i FBI), ali i Bela kuća;
- f) kriminalitet policije je poseban tip aktivnosti koga karakteriše relativno nizak nivo koji izvršioци dela imaju u državnoj hijerarhiji. Uobičajeno, radi se o kršenju ustavnih prava građana, nesrazmerna upotreba sile i druga dela koja policijski organi vrše u cilju zaštite države ili lokalnih vlasti. Potrebno je razlikovati zločine policije koje ona vrši kao deo od države organizovanog kriminaliteta i dela koja pripadnici policije vrše u sklopu poziva koji obavljaju (pre svega koruptivna).

6.5. *Politički kriminalitet belog okovratnika*

Radi se, kako je već napomenuto o delima koje vrše pripadnici vladajućih grupa ili političkih partija koji preduzimaju nazakonite ili neprilične aktivnosti kako bi ostvarili ličnu korist (lično bogaćenje ili političku nadmoć) a ne interes države. U politički kriminalitet belog okovratnika (PKBO) bi spadali:

- korupcija političkog sistema;
- korupcija u finansiranju izbornog procesa (sumnjive donacije i protivusluge);
- PKBO u izvršnoj vlasti;
- korumpiranje vlada država;
- PKBO u legislativnoj vlasti;
- PKBO u sudskoj vlasti.

6.6. Završne konstatacije o kriminalitetu vladajućih

Friedrichs /2010:155/, ističe da se radi o tipu kriminalne aktivnosti koji je veoma srodan (u klasičnom smislu shvaćenom) kriminalitetu belog okovratnika. Najveća razlika je u tome što je kod prvog učinilac vođen željom za uvećanjem sopstvene moći, a kod drugog – maksimalizacijom profita. Kriminalitet vladajućih, dalje, ima dosta zajedničkih atributa sa kriminalitetom korporacija i kriminalitetom poziva jer je učinilac vođen sličnim motivima.

7. ZAKLJUČAK

Sve do pre nekoliko decenija, na državu se u kriminologiji gledalo samo kao na garanta prava i sloboda građana. Situacije u kojima su predstavnici države kršili prava i slobode građana smatrane su ekscesom za koji je odgovara taj pojedinac. A onda se početkom prošlog veka pojavljuju prvo na jugoistočnom obodu Evrope, a kasnije u njenom centru teški zločini usmereni na uništavanje čitavih etničkih grupa koje nisu plod poremećenog pojedinca, nego sistematskog sprovođenja politike države. Ta činjenica otvorila je novo istraživačko polje u kriminologiji. Vremenom, uviđa se da kriminalitet države obuhvata i veliki broj drugih dela (osim genocida koji je u međuvremenu u međunarodnom pravu dobio status najtežeg zločina koji se može izvršiti kako u ratu, tako i u miru).

Veliki deo kriminologa ne oseća, međutim, potrebu da se pozabavi ovom vrstom zločina ostajući pri ranijem stavu da je nepotrebno širiti predmet kriminologije i na ovakva dela jer krivično pravo inkriminiše većinu tih delatnosti (kao krivična dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava, protiv sloboda i prava čoveka i dela protiv službene dužnosti). Razlozi za ovakav stav ne nalaze se samo u intelektualnoj lenosti i suprotstavljanju novinama; ni u idejnom neslaganju većine akademskih kriminologa sa koncepcijama radikalnih kriminologa u čijem krilu su i nastali prvo pojam „zloupotreba moći“, a zatim sa njim povezani „kriminalitet države“.

Mnogo značajniji razlozi su koncepcijske prirode: pre svega, uvođenje ove kategorije delikata dovodi u pitanje tradicionalno shvatanje o sadržini ključnog pojma na kome počiva celokupna konstrukcija nauke kriminologije – zločin. Svi oni koji ga određuju kao vršenje krivičnim zakonom zabranjenih dela suočavaju se sa nemogućnošću da na ovaj način odrede dela koja se obično svrstavaju u kriminalitet države. Zato što neka od njih nisu inkriminisana u domaćem krivičnom pravu i osnov za svrstavanje u navedenu grupu se nalazi u odredbama međunarodnog prava (naročito u konvencijama koje štite fundamentalna ljudska prava), a po jednom broju autora – jednostavno u činjenici da su štetna po društvo ili grupe ljudi.

Kao i u svakom slučaju kada se u nauku uvode nove kategorije i ovde smo svedoci nesaglasja između naučnika. Po jednim, radi se o političkom kriminalitetu – po drugima o podvrsti kriminaliteta belog okovratnika. Treći tvrde da je u pitanju od države organizovani kriminalitet. Još više razlika pokazuje se kada pokušavamo da bar u osnovi pobrojimo dela koja spadaju u ovu vrstu kriminalne aktivnosti. Ona idu od genocida, vođenja agresivnog rata, masovnih ubistava, kršenja prava na pri-

vatnost komuniciranja, sistematske diskriminacije pojedinih društvenih grupa, ali i torture nad osumnjičima za članstvo u terorističkim grupama, /25/ odnosa prema izbeglicama i ilegalnim migrantima, /26/ sve do podrške koju pojedine zemlje daju terorističkim grupama ili piratima.

Protivnici uvođenja posebne kategorije kriminaliteta države posegnuće zatim za još jednim argumentom. Zašto bismo to činili ako je jasno da je veći deo pomenutih aktivnosti već inkriminisan u savremenom krivičnom pravu? Odgovor je vrlo jednostavan: zadržimo li se na tradicionalnom shvatanju ovih dela, retko ćemo biti u stanju da kaznimo bilo koga osim neposrednih izvršilaca zlodela, kao da se ideja za njegovo izvršenje rodila samo u njihovoj glavi. A to znači da će pravi inspiratori zločina ostati izvan domašaja sistema formalne socijalne kontrole.

Za kraj ostavljen je odgovor na pitanje: postoji li potreba da se materija kriminaliteta države nađe u istraživačkom fokusu kriminologije u našoj zemlji? Činjenica da gro autora koji o ovoj problematici pišu za primere uzimaju aktivnosti zvaničnika SAD (i Engleske) nekome ko površno razmišlja bi mogla biti osnov za zaključak kako su ovakve stvari daleko od nas. Na našu žalost, takav zaključak bio bi pogrešan. Ne radi se samo o tome da je Srbija pred Međunarodnim sudom pravde bila dva puta optužena za kršenje konvencije o sprečavanju genocida (konačno, odgovoriće oni koji misle da su zločini države nešto daleko od nas – nijedna od njih nije uspeła) niti zbog toga što je Srbija jedna od retkih država u svetu gde u televizijskim emisijama bivši pripadnici tajne policije otvoreno pričaju kako su slali kriminalce da ubiju nekog od pripadnika političke emigracije (radilo se o Saveznoj državnoj bezbednosti u kojoj Srbija nije imala ključnu ulogu, kazaće oponenti koji i dalje misle da kriminalitet države nema veze sa nama).

Radi se o tome da se u novijoj kriminološkoj literaturi Srbija navodi kao primer niza aktivnosti koje se podvode pod kriminalitet države. To čine i Stanley Cohen, /27/ i David Friedrichs koji ukazuje da je u Hrvatskoj, Bosni i na Kosmetu bilo proterivanja etničkih manjina, ali i da su ih uglavnom vršili Srbi /Friedrichs, 2010:134/. Ovaj autor takođe skreće pažnju da je Milošević jedini šef države koji je izručen i suđen izvan svoje zemlje zbog ratnih zločina izvršenih za vreme njegove vladavine /Friedrichs, 2010:136/ (istina, on konstatuje i da suđenje nije okončano presudom zbog smrti optuženog, a iznosi i osnovne elemente njegove odbrane). Alan Doig u knjizi *Kriminalitet države* /2011/ u njenom delu pod nazivom „Intervencija Ujedinjenog kraljevstva (UK) na Kosovu“ /28/ navodi da je akcija bila motivisana etničkim čišćenjem koje je izvršila Srbija na Kosmetu, ali i da je NATO 1999. bez odobrenja Saveta bezbednosti UN „bombardovao srpske civilne i vojne ciljeve kako bi izvršio pritisak na vladu Srbije“. Takođe, i da „napori Srbije da ove akcije budu proglašene za ratne zločine nisu urodili plodom“ /Doig, 2011:64/. Mogli bismo i dalje navoditi u kom kontekstu se Srbija i Srbi pojavljuju u kriminološkoj literaturi koja se bavi kriminalitetom države. Za tim, čini se, nema potrebe u radu koji je prilog jednoj kolektivnoj monografiji. Ali posle svega teško je ne izraziti čuđenje zašto ova tema ne pobuđuje interesovanje kod istraživača u našoj zemlji. Oni svoju energiju troše na nekoliko nametnutih tema koje interesuju strane fondacije ponavljajući iste argumente kao da o nekim od tih tema nema i drugačijih gledišta. /29/ U isto

vreme, jedna od tema koja nas ne može ostaviti ravnodušnim ostaje zapostavljena. Iako bi za sve ono čemu trenutno kao država težimo bilo mnogo korisnije da se pozabave njome.

Da se ne radi o pukoj istraživačkoj radoznalosti govori konstatacija već pomijanog svetskog eksperta o političkom kriminalitetu. Frank Hagan /1997:43/ na jednom mestu u svojoj knjizi kaže: „Sredinom 90-tih, Kina, Iran, Irak i Srbija ostaju na listi svetskih nacija – parija“ (odbačenih, prezrenih), „sve dok ne budu pokazali volju da poštuju ljudska prava kao civilizovani narodi“.

NAPOMENE

- 01/ detaljnije –v. Ignjatović /2015:23/
- 02/ Tako Mark Lanier i Stuart Henry /2001:12/ u knjizi koja se bavi kontroverzama o prirodi i sadržaju pojma „zločin“ konstatuju da postoji nekoliko krupnih neslaganja o tome kako ga odrediti. Svode se na dileme: pravna ili sociološka; i konsensualna ili konfliktna definicija, a onda tvrde da postmodernizam odbija ideju o potrebi za traženjem istine. John Muncie /1996:7/ ukazuje na sledeće konkurentne odredbe pojma zločin: ● kršenje normi krivičnog prava; ● povreda društvenih normi; ● zločin kao socijalni konstrukt; ● kao ideološka cenzura; i ● kao istorijski pronalazak.
- 03/ Konstruktivistički pristupi u društvenim naukama polaze od stavova Karla Mannheima koji u knjizi *Sociologija saznanja* tvrdi da stvari (objekti saznanja) ne postoje nezavisno od uma i delatnosti ljudi. /-v. *Sociološki rečnik*, 2007:254/ U kriminologiji, ove ideje uzimaju kao polazište autori koji razvijaju teorije interakcionizma, kritičke i teorije o rodnoj pripadnosti („fenomenološke teorije o zločinu“).
- 04/ –v. detaljno na sajtu Savetodavnog i psihološkog servisa Univerziteta u Torontu (*University of Toronto, Counselling and Psychological Service* – www.caps.utoronto.ca/Services – pristupljeno 20. aprila 2015.
- 05/ Takav stav nalazimo i u dva najpoznatija dela koja su se bavila problematikom političkih delikata u posleratnoj Jugoslaviji – knjizi Besima Ibrahimpašića /1963/ i zborniku koji je priredio Ljubo Bavcon sa saradnicima /1988/.
- 06/ Ponti je u dela zloupotrebe moći uvrstio i dela belog okovratnika (u koje spada i korupcija). Jedino bi možda sporno bilo gde svrstati dela lica na visokim političkim položajima u slučajevima koja od pojedinaca i firmi iznuđuju novac, ali ne sebe već za svoju stranku, čime ona stiže (nelegalnu materijalnu) prednost u odnosu na druge političke partije. U ovakvom slučaju imalo bi smisla govoriti o deliktima zloupotrebe moći (iako treba imati u vidu da se u ovakvoj situaciji, kako su to pokazale mnoge korupcionaške afere u svetu, korist najčešće deli između političara i stranke).
- 07/ Prošlo stoleće ovaj autor smatra *Vekom ideologija*, ali napominje i to da se u toku ljudske povesti, „zlo često zaogrtao ideološkom retorikom. Više ljudi je u istoriji stradalo u ime Boga, države ili od religioznih fanatika, ‘pravovernih’ i patriota, nego od ‘dežurnih’ krivaca koji zločine vrše iz strasti ili pohlepe“ /Hagan, 1997:1/.
- 08/ Radi se o čuvenim „mrežama zločina“ u kojoj lokalna politička i izvršna vlast stvara pogodnu sredinu gde ljudi koji nastoje da ostvare brzu zaradu stupaju u vezu sa kriminalcima koji nudeći zabranjena dobra i usluge za sebe i za ostale aktere ove „rabote“ ostvaruju enormne profite –v. detaljnije: Chambliss /1971/; na našem jeziku: Ignjatović i Škulić /2011:40/
- 09/ Jedan od najpoznatijih francuskih pirata Borgnefesse, koji je, pošto se povukao „iz biznisa“ završio život kao ugledni gospodin u francuskoj provinciji, objavio je pred smrt memoare. U njima je opisao brutalnost i bestijalnost članova piratskih posada koje je predvodio. Prečutno pravilo bilo je da sa zarobljenima – dok ne budu usmrćeni – oni koji su ih uzaptili moga da rade šta god žele.

- 10/ Chambliss navodi da se dokument o tome može naći u Britanskom muzeju, a objavljen je u Londonu i u posebnoj muzejskoj publikaciji pod nazivom „Sir Francis Drake“ 1977. godine.
- 11/ Više o tome u knjizi *Nacija pirata– englesko piratstvo na vrhuncu* čiji je autor Clive Senior /1976/.
- 12/ Kao i u svakoj igri u kojoj su obe strane nečasne, bilo je i prevara: pirati su vremenom naučili da ne masakriraju svu posadu brodova drugih država koje su opustošili; ostavljali bi u životu komandni kadar sa njih i zastavu za koju su plovili. Zahvaljujući tome, na primer engleski pirati mogli su da se, kada im je to bilo potrebno, kamufliraju i napadaju trgovačke brodove svoje zemlje pod zastavom Francuske.
- 13/ Chambliss piše o podršci koju neke države Dalekog istoka – poput Indonezije – pružaju piratskim bandama, a Peter Eichstaedt /2010/ o Somaliji i njenom odnosu prema piratima u Arapskom moru i Adenskom zalivu.
- 14/ Alfred McCoy /1973:27/ tvrdi da je Francuska polovinu sredstava za održavanje administracije u kolonijama u Indokini ostvarivala na ovaj način.
- 15/ Jonathan Kwitny /1987/ tvrdi da je Banka obezbeđivala zaštitu finansiranjem i izbornih kampanja u Australiji a među njenim „političkim miljenicima“ našao se i prvi ministar ove zemlje Gough Whitlam. Treba naglasiti da je Chambliss u svom tekstu /1989:191/ pogrešno naveo prezime Premijera Australije – Witham.
- 16/ Nalazi se u zbornicima koje su priredili: William Chambliss i Marjorie Zatz /1993/; Nikos Passas /1995/; Joan McCord i John Laub /1995/; i Philip Bean /2003/.
- 17/ Nisu sve viktimološke struje podjednako zainteresovane za ovu problematiku: radikalna je to mnogo više od konzervativne i liberalne.
- 18/ Barak smatra da zanemarivanje ove problematike u kriminološkoj literaturi može biti objašnjeno i ignorisanjem ljudskih prava pri određivanju da li neko ponašanje predstavlja zločin ili ne. U analizi onoga što čine dve najpoznatije američke bezbednosne agencije, CIA i FBI, Barak tvrdi da bi se možda neke od delatnosti koje one preduzimaju mogle podvesti pod pravne kvalifikacije krivičnog dela (neovlašćeno prisluškivanje, snimanje privatne komunikacije, presretanje poruka, upotreba agenata provokatora ...), ali zato se mnogo opasnije – kakva je na primer državni terorizam – nikako ne bi mogle naći u toj kategoriji. Zanemarivanjem postojanja kriminaliteta države, kriminolozi, kaže Barak „ostaju u neprijatnoj poziciji pomagača da se širom sveta nastavi sa kriminalizovanjem ljudi koji nisu prestupnici“ /Barak, 1990:11/.
- 19/ Cohen navodi genocid nad Jermenima, holokaust, milone pobijenih u Staljinovim čistkama, plemenske i religiozne masakre u Africi i Južnoj Americi, masovna politička ubistva u Istočnom Timoru i Ugandi, „autogenocid“ (navodnici Đ.I.) u Kambodži, „etničko čišćenje“ u Bosni, odrede smrti i nestanak lica u Argentini, Gvatemali, El Salvadoru. Kao i podvrgavanje mučenjima koje praktikuje dve trećine sveta.
- 20/ Ovaj autor pobija one kriminologe koji smatraju da je nepotrebno odvojeno izlagati o kriminalitetu države a taj stav zasnivaju na tvrdnjama: 1) država ne može biti izvršilac zločina koji podrazumeva postojanje idividualne krivične odgovornosti; 2) sva navedena dela su ili već kažnjiva u krivičnom pravu ili imaju status „legitimnog odgovora države“ na najopasnije oblike ugrožavanja ključnih pravom zaštićenih dobara.
- 21/ Kramer i Michalowski /1995/ smatraju da invazija i okupacija Iraka (izvršena, od strane snaga predvođenih SAD-om) predstavlja državni zločin; isto važi i na američko organizovanje vojnog puča u Čileu kojim je 1973. svrgnuta demokratski izabrana levičarska vlada.
- 22/ Benjamin Valentino /2004:1/ smatra da je u XX veku između 60 i 150 miliona ljudi u svetu stradalo u masovnim ubistvima, dok je u ratnim operacijama (uključujući i građanske ratove) život izgubilo daleko manje – oko 34 miliona ljudi.
- 23/ Ovo razlikovanje, kao sa pravom ukazuje Friedrichs nije uvek jednostavno napraviti, ali ipak nije toliko teško razlikovati genocidna dela od prihvatanja pouđenog mita. U tom smislu, interesantna je tipologija koju je napravio Raymond Michalowski /1985/, a razlikuje tri grupe zločina: a) oni koje vrše oni na vlasti i takve gde su učinioci lica izvan nje; b) one koji se vrše u korist pojedinca i one u korist organizacije (uključujući i državu); i c) one koji su učinjeni radi ekonomskog i političkog dobitka /-v. Friedrichs, 2010:128/.

- 24/ Friedrichs /2010:129/ kao primer prvog, užeg značenja zloupotrebe moći navodi slučaj kada agenti tajne policije prisluškuju građane bez pravnog osnova. Drugo, šire značenje odnosi se na primer na situaciju iz Južne Afrike koja je u doba apartheida imala poseban zakon (*Emergency Act*) po kome je vlast mogla da pritvori i drži zatvorene disidente zbog same činjenice da se ne slažu sa politikom vlade.
- 25/ O tome kako se borba protiv terorizma pretvorila u teror piše David Whittaker u knjizi *Kontraterorizam i ljudska prava* /2009/.
- 26/ –v. tekst Penny Green i Mike Grewcock pod naslovom *Rat protiv ilegalne imigracije– kriminalitet države i stvaranje evropskog identiteta* /2002/.
- 27/ Istina, manje u citiranom radu iz 1993. a mnogo više u knjizi koju je objavio osam godina kasnije /Cohen, 2001/ koja je prevedena na naš jezik pod naslovom: *Stanje poricanja– znati za zlodela i patnje* i objavljena u Beogradu 2003.
- 28/ Bolji naziv bio bi „rat za Kosovo“ jer ne samo da je najveći deo vazдушnih udara bio koncentrisan izvan Kosova i Metohije, nego je i cilj akcije bio jasan od prvog trenutka.
- 29/ Onima koji pišu o trgovini ljudima i potrebi da postanemo sanitarni kordon koji će sprečiti da nevoljnici iz zemalja u kojima je „svanulo proleće“ ili „konačno uspostavljena demokratija“ ‘oseće blagodeti bogate Evrope’ trebalo bi preporučiti da pogledaju već navedeni tekst čiji autori su Penny Green i Mike Greencock /2002/ ili knjigu Branislava Ristivojevića /2015/.

LITERATURA

- Barak G. /1990/: Crime, criminology and human rights– Towards an undrestanding of state criminality, *The Journal of Human Rights*, n° 1
- Bavcon Lj. et al. /1988/: *Kaznenopravna zaštita države i njenog društvenog uređenja*, Zagreb
- Bean P. (ed.) /2003/: *Critical Concepts in Sociology*, London
- Chambliss W. /1971/: Vice, corruptiona, bureaucracy and power, *Wisconsin Law Review*, n° 1
- Chambliss W. /1979/: On lawmaking, *British Journal of Law and Society*, n° 2
- Chambliss W. /1989/: State-organized crime – The American Society of Criminology, 1988 Presidential Adress, *Criminology*, n° 2
- Chambliss W. /1995/: Commentary, *Society for Study of Social Problems Newsletter*, n° 1
- Chambliss W. and Zatz M. (eds.) /1993/: *Making Law– The State, The Law and Structural Contradictions*, Bloomington
- Cohen S. /1993/: Human rights and crimes of the state– the culture of denial, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, n° 2 (prevod –u: Ignjatović /2009:493–508/)
- Cohen S. /2001/: *States of Denial– Knowing about Atrocities and Suffering*, Cambridge
- Dobash E. and R. /1979/: *Violence Against Wives*, New York
- Eichstaedt P. /2010/: *Pirate state–Inside Somalia’s Terrorism at Sea*, Chicago
- Friedrichs D. /2010/: *Trusted Criminals– White-Collar Crime in Contemporary Society*, 4th ed., Belmont
- Green P. and Greencock M. /2002/: The war against illegal immigration– State crime and the construction od a European identity, *Current Issues in Criminal Justice*, n° 1
- Hagan F. /1990/: *Introduction to Criminology*, 2nd ed., Chicago
- Hagan F. /1997/: *Political Crime – Ideology and Criminology*, Needham Heights
- Ibrahimpasić B. /1963/: *Politički delikt*, Sarajevo
- Ignjatović Đ. /2009/: *Teorije u kriminologiji*, Beograd

- Ignjatović Đ. /2015/: *Kriminologija*, 12 ed., Beograd
- Klein L. /1988/: *Big Brother is Still Watching You*, Chicago
- Kramer R. and Michalowski R. /1995/: War, aggression and state crime– A criminological analysis of the invasion and occupation of Iraq, *BJC*, n° 4
- Kwitny J. /1987/: *The Crimes of Patriot*, New York
- Lanier M. and Henry S. /2001:12/: Crime in context– the scope of the problem –in: *What Is Crime– Controversies over the nature of crime and what to do about it*, Lanham
- McCord J. i Laub J. (eds.) /1995/: *Contemporary Masters in Criminology*, New York
- McCoy A. /1973/: *The Politics of Heroin in Southeast Asia*, New York
- Michalowski R. /1985/: *Order, Law and Crime– An Introduction to Criminology*, New York
- Millett K. /1994/: *The Politics of Cruelty– An Essay on the Literature of Political Imprisonment*, New York
- Muncie J. /1996/: The Construction and Deconstruction of Crime –in: *The Problem of Crime* (Muncie J. and McLaughlin, eds.), London
- O'Brien M. and Yar M. /2008/: *Criminology– Key Concepts*, London
- Parenti M. /1983/: *Democracy for the Few*, New York
- Passas N. (ed.) /1995/: *Organized Crime*, Aldershot
- Plate T. and Darvi A. /1981/: *Secret Police– The Inside Story of a Network of Terror*, Garden City
- Ponti G. /1980/: *Compendio di criminologia*, Milano
- Proal L. /1973/: *Political Crime*, Montclair
- Ristivojević B. /2015/: *Mit o trgovini ljudima u međunarodnom krivičnom pravu*, Novi Sad
- Schwendinger H. and J. /1970/: Defenders of order or guardians of humans? *Issues in Criminology*, n° 2
- Sociološki rečnik* (Mimica A, Bogdanović M. eds.) /2007/, Beograd
- Stanley E. /2007/: Towards a criminology for human rights –in: *Expanding the Criminological Imagination: Critical readings in criminology* (Barton A. et al, eds.), Cullompton
- Sutherland E. /1940/: White-collar criminality, *American Sociological Review*, n° 2
- Turk A. /1982/: *Political Criminality– The Defiance and Defense of Authority*, Beverly Hills
- Valentino B. /2004/: *Final Solutions– Mass Killing and Genocide in the 20th Century*, New York
- Vernill Hyatt /1924/: *Smugglers and Smuggling*, New York
- Watts R, Bessant J. and Hil R. /2008/: *International Criminology– A Critical Introduction*, Abingdon
- Whittaker D. /2009/: *Counter-Terrorism and Human Rights*, Harlow

Đorđe Ignjatović

Law Faculty, University of Belgrade

STATE CRIME

SUMMARY

This paper explains that, thanks to the works of the representatives of radical criminology and to the introduction of category of abuse of power, interest for one –previously neglected– phenomenon in science has grown: that a state, traditionally seen as a protector of fundamental rights and freedoms of citizens, becomes in some situations perpetrator of serious crimes which violate these rights and freedoms.

No matter whether criminologists classify these criminal acts as political crime in a broader sense, state crime, governmental crime or of the state organized crime, the point is the same – that the public officials commit these crimes as a part of state policy.

After analysis of works of some of the most significant scientists who research this issue, the author points out to some of the reasons why criminology in Serbia should deal with it as well.

Key words: power, abuse, state crime, human rights, war, genocide.

OPŠTI POJAM KRIVIČNOG DELA U SJEDINJENIM AMERIČKIM DRŽAVAMA – SLIČNOSTI I RAZLIKE U ODNOSU NA SRPSKO KRIVIČNO PRAVO

Apstrakt: U radu se objašnjava opšti pojam krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama i ukazuje na određene sličnosti i razlike u odnosu na krivično pravo Srbije. Autor objašnjava značaj načela zakonitosti u SAD, koji je bitno drugačiji nego u kontinentalnoj Evropi, pa i u Srbiji, kao i osnovne elemente opšteg pojma krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama: 1) objektivni – *actus reus* i 2) subjektivni – *mens rea*, da bi zatim, sumarno objasnio osnove koji u SAD isključuju postojanje krivičnog dela, odnosno krivičnu odgovornost.

U radu se zaključuje da krivično pravo SAD ostvaruje značajno manji uticaj na srpsko materijalno krivično pravo, obrnuto veoma snažnom uticaju krivičnog procesnog prava SAD na krivično procesno pravo Srbije. Autor ovu činjenicu objašnjava nizom razloga, kao i načelno većim značajem krivičnog procesnog prava u SAD u odnosu na krivično materijalno pravo, te to ilustruje objašnjavanjem osnovne funkcije sistema stranačkih sporazuma u Sjedinjenim Američkim Državama.

Ključne reči: krivično delo, opšti pojam krivičnog dela, krivično pravo, uporedno pravo, SAD, Srbija.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Danas je izuzetno porastao značaj uporednog krivičnog prava i to, kao što se detaljnije objašnjava u daljem tekstu, primarno u oblasti krivičnog procesnog prava, a znatno manje kada se radi o krivičnom materijalnom pravu. Krivično pravo SAD ostvaruje značajan uticaj na druge krivičnopravne sisteme, ali je taj uticaj prilično limitiran kada se radi o krivičnom materijalnom pravu. Šta je razlog za to? Objasnjenje će se u radu dati kroz analizu osnovnih elemenata opšteg pojma krivičnog dela u SAD, kao i neka druga opšta pitanja materijalnog krivičnog prava.

Između američkog i srpskog materijalnog krivičnog prava postoje velike razlike, ali i izvesne sličnosti, što se odnosi i na opšti pojam krivičnog dela, koji suštinski i u SAD, kao i u Srbiji, ima objektivno-subjektivni karakter, te se u tom pogledu mogu uočiti određene značajne sličnosti.

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

2. OSNOVNA PODELA KRIVIČNIH DELA U SAD

U SAD se uobičajeno govori o različitim kategorijama krivičnih dela. Jedna od klasičnih podela, koju inače, najviše i zastupaju pravosudni organi u SAD, pa i njihova zvanična statistika, je podela na pet osnovnih kategorija krivičnih dela, a to su: 1) konvencionalna krivična dela, 2) ekonomska krivična dela, 3) krivična dela organizovanog kriminaliteta, 4) politička krivična dela i terorizam, te 5) konsensualna krivična dela.¹

U većini američkih udžbenika krivičnog prava, se osim različitih varijanti prethodno objašnjene osnovne klasične podele krivičnih dela, po pravilu, slično kao što je to slučaj i kod nas, odnosno u tipičnoj krivičnopravnoj literaturi kontinentalne Evrope, krivična dela dele na različite grupe prema *zaštićenom objektu*, odnosno s obzirom na prirodu konkretnih krivičnih dela, koja se primarno ogleda u vrsti dobra koja se izvršenjem konkretnih krivičnih dela povređuju ili ugrožavaju.

Tako se u SAD u normativnom smislu pretežno razlikuju sledeće osnovne vrste krivičnih dela:²

- 1) ubistvo, koje se s obzirom na okolnosti pod kojima je učinjeno, a pre svega prema kriterijumu subjektivnog odnosa učinioaca (*mens rea* komponenta), dele na dve osnovne kategorije: a) (pred)umišljajno ubistvo (*murder*) i b) ubistvo koje se ne čini sa (pred)umišljajem (*manslaughter*), a koje se deli na: a) nevoljno (*involuntary manslaughter*) i b) voljno (*voluntary manslaughter*),³
- 2) „nefatalna“ krivična dela protiv ličnosti,⁴ koja se uglavnom svode na različite oblike napada na telesni integritet, a koji pri tom nisu seksualne prirode ili neke vrste ugrožavanja, poput na primer, danas veoma „modernog“ krivičnog dela – proganjanje (*stocking*),
- 3) seksualna krivična dela (*sexual offences*), koja su u savremenom krivičnom pravu SAD, uglavnom definisana kao različiti oblici „seksualnog napada“, poput napada koji uključuje „penetraciju“ (*assault by penetration*), napada bez obavezne penetracije (*sexual assault*), kao i tzv. „objektivnog“ silovanja, tj. dobrovoljnog seksualnog odnosa sa osobama koje nemaju određeni starosni uzrast,

1 Grupa autora (red. R.A.Carp and R.Stidham), *Outline of the US Legal System*, Bureau of International Information Programs United States Department of State, Washington, 2004 str. 93.

2 *Ibidem*.

3 Uobičajeno se izraz *manslaughter*, odnosno takva vrsta ubistva (lišavanja života čoveka), kod nas prevodi kao ubistvo (lišavanje života) iz nehata, a onda zvuči veoma neobično kada se govori o „voljnom“ i „nevoljnom“ nehata, ali u stvari, pod tom vrstom ubistva se u SAD, svrstavaju ne samo oni oblici lišavanja života koji su kod nas lišavanje života iz nehata (bilo svesnog, bilo nesvesnog), već i neki drugi oblici ubistva, poput lišavanja života čoveka usled gubitka kontrole, slično kao što u našem krivičnom pravu, postoji ubistvo na mah, ili ubistvo zahvaljujući određenoj provokaciji pasivnog subjekta itd.

4 U pitanju su krivična dela koja su najbližnja različitim vrstama telesnih povreda u našem krivičnom pravu (kao što je to slučaj i sa većinom kontinentalno-evropskih krivičnih zakonodavstava), a koja se u krivičnom pravu SAD označavaju kao tzv. nefatalna krivična dela protiv ličnosti (*non-fatal offences against the person*), a što u stvari, znači da nisu dovela do smrti pasivnog subjekta, kada bi se radilo o ubistvu.

- 4) krivična dela protiv imovine koja nisu prevarnog karaktera (*non-fraudulent property offences*), poput krađe, razbojništva, provalne krađe, ucene itd,
- 5) prevarna krivična dela protiv imovine (*fraudulent property offences*), gde spadaju različiti oblici prevare, te
- 6) krivična dela koja su suštinski „adheziona“ drugim krivičnim delima „primarnog“ karaktera u nekom konkretnom slučaju (*inchoate offences/accomplices*), gde spadaju one krivičnopravne kategorije, koje su sa stanovišta klasičnog kontinentalno-evropskog krivičnog prava, kažnjivi stadijum u činjenju krivično dela, kao što je to pokušaj krivičnog dela ili oblici saučesništva, poput podstrekavanja i pomaganja, odnosno određeni oblik „zavere“, bilo kao posebno krivično delo,⁵ bilo kao oblik saučesništva, što inače nije tipično za savremeno kontinentalno-evropsko krivično pravo.⁶

3. KORENI NAČELA ZAKONITOSTI I NJEGOV RATIO LEGIS

Načelo zakonitosti je, istorijski posmatrano, „poteklo još iz *Ustava nekih američkih država* (Virdžinija i Merilend, 1776), kao i iz austrijskog Krivičnog zakonika Jozefa II od 1787; bilo je sadržano u francuskoj Deklaraciji o ljudskim i građanskim pravima i nizu drugih nacionalnih akata, da bi danas postalo međunarodno priznato, a pri tom su njegovi koreni u nacionalnim zakonodavstvima vezani za nekoliko osnovnih faktora.

U osnovne činioce na kojima se temelji načelo zakonitosti spadaju:

- 1) uticaj političkog liberalizma, čiji jedan od osnovnih postulata predstavlja načelo zakonitosti, koje je brana političkom i pravnom apsolutizmu;
- 2) demokratija i podela vlasti – to načelo i posebno u njemu sadržana zabrana retroaktivnog dejstva krivičnopravnih normi su važan segment podele vlasti, koja u osnovi počiva na idejama Monteskeja;

5 To je u našem pozitivnom krivičnom pravu – krivično dela udruživanja radi vršenja krivičnih dela, koje je u stvari, samo „preimenovano“ nekadašnje krivično delo zločinačkog udruživanja.

6 Jedan takav oblik saučesništva je postojao i u nekadašnjem jugoslovenskom krivičnom pravu – *organizovanje zločinačkog udruženja*, ali u praksi nikada nije efektivno primenjivan. Za postojanje ovog specifičnog oblika saučesništva (jedna vrsta zavere u krivičnopravnom smislu), je u nekadašnjem jugoslovenskom krivičnom pravu bilo neophodno kumulativno ispunjenje tri uslova: 1) da je neko lice stvorilo ili iskoristilo neku već postojeću organizaciju, bandu, zaveru, grupu ili drugo udruženje; 2) da je egzistirao određeni zločinački plan; 3) da je od strane pripadnika udruženja izvršeno bar jedno krivično delo koje je proizašlo iz zločinačkog plana. Više o tome: M.Škulić, *Oblici učestvovanja u ostvarenju krivičnog dela – (sa)izvršilaštvo i saučesništvo u Rimskom statutu*, Međunarodni naučni skup: „Primena međunarodnog krivičnog prava u nacionalnim zakonodavstvima“, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Tara, 2005, str. 103–149. Inače, u izvesnoj meri slična krivičnopravna kategorija (zajednički (udruženi) zločinački poduhvat – *Joint Criminal Enterprise*), se veoma široko primenjuje u postupcima pred Haškim tribunalom. Više o tome: M. Škulić, *Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva*, *NBB – nauka, bezbednost, policija*, broj 3/2014, Kriminističko-policijska akademija, Beograd, 2014, Beograd, 2014, str. 1–26.

- 3) generalna prevencija – smatra se u duhu učenja Fojerbaha da je načelo zakonitosti važan elemenat opšte prevencije,⁷ kao jedna vrsta unapred poznate pretnje za slučaj izvršenja krivičnog dela; kao i 4) princip krivice, koji je takođe povezan sa načelom zakonitosti, jer se ne može govoriti o nečijoj krivici, ukoliko krivično delo kao takvo nije bilo propisano pre njegovog izvršenja.⁸

Nesumnjivo je da načelo zakonitosti ima veliki značaj za položaj čoveka u jednom društvu i pravnom sistemu, tako da je od svih prethodno nabrojanih faktora, verovatno najznačajniji onaj koji se odnosi na *demokratiju i podelu vlasti*, što je blisko povezano sa uticajem *političkog liberalizma*, jer se ti razlozi konstituisanja načela zakonitosti, ispostavljaju kao veoma važni za zaštitu vitalnih građanskih prava, tako da bi svim demokratskim pravnim sistemima, odnosno uređenoj pravnoj državi koja se odlikuje vladavinom prava, načelo zakonitosti moralo biti u punoj meri imanentno i bez ostavljanja pravnih mogućnosti za stvaranje izuzetaka koji bi ovo načelo u manjoj ili većoj meri derogirali, jer bi se to istovremeno, svodilo na opasno ugrožavanje ljudskih prava i sloboda.⁹

3.1. Osnovne razlike u shvatanju načela zakonitosti u SAD i u Srbiji, kao i uopšte u evropsko-kontinentalnom krivičnom pravu

Iako je načelo zakonitosti, kako se to u teoriji objašnjava, u osnovi poteklo iz novorođenih SAD, nastalih nakon revolucije koja je bila izrazito liberalnog karaktera, tako da je taj princip bio formalno sadržan u ustavim nekih država članica SAD, ono danas u Sjedinjenim Američkim Državama ispoljava bitno različiti karakter u odnosu na tradicionalno dejstvo tog principa (*nullum crimen nulla poena sine lege*), u zemljama kontinentalne Evrope.

Načelo zakonitosti se smatra važnom tekovinom savremenog krivičnog prava i ono u svom najčistijem vidu postoji u evropsko-kontinentalnim krivičnopravnim sistemima, dok nije u punoj meri svojstveno anglosaksonskim krivičnim zakonodavstvima, kod kojih se izvori krivičnog prava ne svode samo na zakone (koji ipak sve više dobijaju na značaju), već su još uvek veoma brojni i raznovrsni.¹⁰ Ni u drža-

7 Izraz *nullum crimen, nulla poena sine lege* se uglavnom pripisuje Fojerbahu.

8 Više o tome: C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, – *Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, 3. Auflage, „C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 1997, str. 98–99.

9 Više o tome: M. Škulić, Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010, Beograd, 2010, str. 66–67.

10 Tako se u izvore engleskog krivičnog prava, osim određenih zakona, koji potiču iz 19. veka i nekih novijih, donesenih poslednjih decenija 20. veka i formalno svrstava pre svega *common law*, koje i suštinski predstavlja jednu vrstu običajnog prava, a razvilo se i razvija kroz odluke sudova, koje ga s jedne strane potvrđuju, a s druge strane i dodatno kreiraju, ali je *common law* takođe kreirano i stvaralačkim radom poznatih pisaca, kao što su *Coke* i *Hale* u 17. veku, te *Hawkins*, *Foster* i *Blackstone* u 18. veku. Ovde treba imati u vidu da je prihvatanjem Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, sudijama u Engleskoj uskraćeno pravo da zakone interpretiraju na način koji je protivan pravilima te Konvencije, što već

vama koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu, a koje se odlikuju vladavinom prava, danas niko po pravilu, ne može biti pozvan na odgovornost za delo koje u vreme izvršenja nije bilo propisano kao krivično delo, kao ni kažnjen za učinjeno delo, ako pre njegovog izvršenja kazna za to delo nije bila propisana.¹¹ Na primer, u tom pogledu u savremenom američkom krivičnom pravu postoji vrlo stroga i dosledna sudska praksa po kojoj se striktno zahteva da je delo propisano kao krivično delo,¹² pre nego što je učinjeno.¹³

Suštinska razlika je što se krivična dela i kazne u mnogim državama koje pripadaju anglosaksonskim pravnim sistemima, gde je danas najtipičniji primer krivično pravo SAD, mogu propisivati ne samo zakonima, već i drugim izvorima prava. U stvari, u tom smislu se u anglosaksonskim državama, pre nego o načelu zakonitosti, može govoriti o „načelu pravnosti“ ili „principu propisanosti dela i kazne“.¹⁴

Kada se u anglosaksonskim državama, pa naravno i u SAD, govori o krivičnom pravu, tada se po pravilu, ne misli samo na *zakonsko krivično pravo*, već na krivično pravo sadržano i u *drugim izvorima prava*, a što onda, poprilično odudara od ustaljenih shvatanja u kontinentalnoj Evropi. S druge strane, kada se radi o stabilnim pravnim sistemima država zasnovanih na vladavini prava, ni činjenica da se, ne samo zakonima već i drugim izvorima prava, mogu stvarati krivičnopravne norme, pa i propisivati krivična dela i kazne za njih, ne utiče na zaštićenost građana u okvirima pravnog sistema,¹⁵ jer i u tim državama u odnosu na krivičnopravne norme važe uobičajeni elementi načela *nullum crimen, nulla poena, sine lege*,¹⁶ bez obzira što se ne radi uvek o propisima zakonskog karaktera.

predstavlja značajno ograničenje u daljem razvoju klasičnog *common law* sistema. Više o tome: A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, third edition, „Oxford University Press“, Oxford, New York, 1999, str. 5.

- 11 U stvari, nekada su u SAD u tom pogledu bili mogući i određeni daleko veći izuzeci (naročito u tzv. pionirsko doba), kada je u pitanju pravo koje su stvarale same sudije (*judge made law*), koje su praktično, kreirajući krivično delo, propisivali i kaznu, ali je to doba nepovratno prošlo kada se pravni sistem SAD stabilizovao i osavremenio.
- 12 Slučaj: *Rex v. Manley – Court of Criminal Appeal*, 1932.
- 13 Više o tome: R. J. Bonnie, A. M. Coughlin, J. C. Jeffries, Jr., P. W. Low, *Criminal Law*, „The Foundation Press“, Westbury, New York, 1997, str. 31 – 32.
- 14 U tom smislu u SAD postoji pravilo da je pravom definisan, kako zločin, tako i kazna – „Law Defining the Crime and the Punishment“, ali se pod pravom ne podrazumeva samo zakonsko pravo, već u „stvaraoce prava“ („Lawmakers“), spadaju kako Kongres i organi državne legislature, tako i druge „javne vlasti“. Prema: Grupa autora (red. R.A.Carp and R.Stidham), *Outline of the US Legal System*, „Bureau of International Information Programs United States Department of State“, Washington, 2004, str. 92 i 95.
- 15 Tako se i u prethodno citiranom radu (str. 95), navodi: „Ako je neka radnja pravom zabranjena ili u skladu sa pravom postoji dužnost njenog vršenja, pravom konstituisani organi vlasti (obično Kongres ili državno zakonodavstvo), moraju na propisan način objaviti propis, kako bi građani unapred znali šta im je zabranjeno ili šta su dužni da čine.“
- 16 U tom smislu bi ovo pravilo u većini anglosaksonskih država bilo shvaćeno kao – „nema krivičnog dela, niti kazne, **bez prava**, a ne kao što je to uobičajeno u evropskim kontinentalnim državama: „nema krivičnog dela, niti kazne, bez zakona.“

4. OSNOVNI IZVORI KRIVIČNOG PRAVA SAD

Iako je kolevka anglosaksonskog prava Engleska,¹⁷ danas se tipičnim savremenim predstavnikom tog velikog pravnog sistema smatraju SAD.¹⁸ Krivično pravo SAD je nastalo pod snažnim uticajem klasičnog engleskog krivičnog prava, što se naravno, ogleda i u njegovim izvorima, pre svega onom tipičnom izvoru danas uobičajeno poznatom kao *common law* sistem precedentno ustrojenog prava, a koji u savremeno doba sve više gubi na značaju.

Krivično pravo SAD još uvek izvire iz prilično heterogenih izvora:

- 1) većina krivičnopravnih odredbi je propisana zakonima (statutima) država, kao i zakonima (statutima) koji se donose na saveznom nivou;
- 2) krivično pravo je delom sadržano u trgovinskoj, sanitarnoj, zdravstvenoj, finansijskoj i poreskoj regulativi, koja se usvaja kako na saveznom, tako i na nivou država, odnosno regulatornih agencija;
- 3) jedan deo krivičnog prava izvire i neposredno iz Ustava SAD; te
- 4) krivično pravo se danas u retkim prilikama u nekim od država SAD još uvek stvara i kao *common law*, što je inače, po uzoru na takvo pravo Engleske, bio prvi i najraniji izvor krivičnog prava u SAD, a svodi se na svojevrsno običajno pravo, odnosno obuhvata pravo i inkriminacije koje svojim odlukama stvaraju same sudije (*judge-made crimes*).¹⁹ Tako su na primer, u državi Masačusets (*Massachussets*) u SAD, „*common law*“ krivična dela (zločini), kažnjivi čak i kada nikada nisu propisani statutom.“²⁰

Izraz „*common law*“ se uobičajeno koristi kao termin za pravo stvoreno od strane samih sudija, što je prvobitno bilo tipično u ugovornom pravu, ali je potom ono obuhvatilo i definisanje krivičnih dela, kao i sudsku interpretaciju zakona, s tim da je pravo suda da „kreira“ krivična dela široko egzistiralo do 19. veka, a ono je samo u retkim prilikama opstalo i do danas.²¹

17 Engleska je u poslednje vreme u najvećoj meri napustila *common law* kao izvor krivičnog prava, tako da se danas daleko najveći broj krivičnih dela u Engleskoj propisuje zakonima (statutima), dok Škotska još uvek ostaje daleko vernija klasičnom *common law* sistemu, što znači da i u toj državi postoje „zakonska“ krivična dela, tj. krivična dela propisana statutima, ali je još uvek veći broj krivičnih dela svrstan u *common law*, a i ona krivična dela koja su predviđena statutima su se tamo našla neposrednim preuzimanjem iz *common law* sistema. Više o tome: F.Yall, *An Introduction to British law*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden, 2000, str. 182.

18 Za razliku od trgovinskog prava, poreskog prava, građanskog prava itd., koja se primarno regulišu na saveznom nivou, materijalno krivično pravo je u SAD tradicionalno regulisano zakonima država članica federacije, pri čemu su kodifikacije u većini država orijentisane na rešenja prisutna u Modelu krivičnog zakona (*Model Penal Code*). Više o tome: P. Hay, *U.S – amerikanisches Recht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2000, str. 259.

19 T. J. Gardner and V. Mainan, *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisko, 1980, str. 30 i str. 31.

20 J. R. Nolan, *Massachusetts Practice – Criminal Law*, „West Publishing CO“, St. Paul, Minn., 1976, str. 2.

21 R. G. Singer and J. Q. La Fond, *Criminal Law – Examples and Explanations* „Aspen Law & Business“ New York, 1997, str. 2.

Common law je najstarija forma krivičnog prava u SAD, koja je razvijena u Engleskoj i od strane engleskih kolonista prenesena u SAD, a podrazumeva kompleksan sistem nepisanog prava razvijenog iz običaja, opštih principa i prakse, priznate u sudskim odlukama, a iz njega izvire koncept sudskog precedenta koji podrazumeva da sud svojom odlukom rešava određeno pitanje, a onda tom odlukom vezuje sebe, ali i druge sudove u odnosu na isti ili veoma sličan slučaj, koji bi se pojavio u budućnosti.²²

Iako deo izvora krivičnog prava SAD nije zakonskog karaktera, što je posebno karakteristično za „*common law*“, činjenica je da se danas veoma retko može dogoditi da krivično delo bude propisano nezakonskim izvorom prava, ili čak „kreirano“ od strane suda.²³ Međutim i pored toga, nije sporno da se u toj državi, kao i u većini drugih država anglosaksonske pravne provenijencije, načelo zakonitosti, bitno drugačije shvata nego u kontinentalnoj Evropi.

Za samu Englesku koja se nesporno smatra rodonačelnicom anglosaksonskog pravnog sistema, pa i krivičnog prava SAD, a naročito *common law* sistema kao izvora krivičnog prava, se danas primećuje da njeno pravo suštinski poznaje načelo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, u smislu da se nijedna kazna ne može izreći ako pre izvršenja krivičnog dela nije bila propisana odgovarajuća zabrana ponašanja koje predstavlja krivično delo, kao i kazna za takvo delo,²⁴ s tim da su danas krivična dela i u Engleskoj pretežno zakonskog karaktera, a veoma su retko sadržana u *common law* izvoru prava.

5. OPŠTI POJAM KRIVIČNOG DELA U SAD

Prilikom određivanja opšteg pojma krivičnog dela u SAD, neophodno je obratiti pažnju na dva osnovna aspekta:

Prvi aspekt određivanja opšteg pojma krivičnog dela se svodi na objašnjenje načela zakonitosti u SAD, uz skretanje posebne pažnje njegove veoma izražene diferencijalne specifičnosti u odnosu na uobičajeno shvatanje i dejstvo tog vrhunskog krivičnopravnog načela u kontinentalnoj Evropi, što je već učinjeno u prethodnom tekstu, a kada je reč o opštem pojmu krivično delo, ovde se kao posebno izražen element načela zakonitosti, ispoljava neophodnost da određeni akt bude *propisan*,

22 D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers“, New York, 1992, str. 35.

23 Tako se u literaturi ističe da je u SAD nakon Drugog svetskog rata sve prisutnija težnja za kodifikacijama, što se ogleda i u tome da je Američki pravni institut 1952. godine započeo rad na donošenju jedinstvenog Krivičnog zakonika, koji bi obuhvatio i sistematizovao postojeća krivična dela propisana brojnim statutima, a taj posao je deset godina kasnije rezultirao „Modelom krivičnog zakonika“ (*Model Penal Code*), koji nikada nije usvojen, pa i nema obavezujući karakter, ali je ostvario jak uticaj na zakonodavstvo država članica SAD, mada se i sada ironično ističe da je težnja za kodifikacijom u SAD rezultirala time da je krivično pravo u ovoj državi danas kodifikovano u 50 krivičnih zakona koji se međusobno dosta razlikuju. Više o tome: V. Bajović, *Sporazum o priznanju krivice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 17–18.

24 C. Graf von Bernstoff, *Einführung in das englische Recht*, „C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 2000, str. 247.

odnosno *pravom određen* kao krivično delo. U stvari, ovde se, kada je reč o načelu legaliteta u SAD, kao što je prethodno već objašnjeno, pre može govoriti o *principu „pravnosti“*, odnosno načelu *propisanosti pravom*, nego o načelu zakonitosti, jer kao redovan izvor krivičnog prava u SAD, mogu da funkcionišu ne samo zakoni, već i drugi izvori prava, pa i oni koji se u klasičnim evropskim pravnim sistemima smatraju podzakonskim aktima. Ovaj aspekt opšteg pojma krivičnog dela u SAD je neposredno povezan i sa zahtevom da se radi o činjenju ili nečinjenju, odnosno propuštanju dužnog činjenja, koje je *protivpravnog karaktera*. Protivpravnost se po logici stvari, odnosi na objektivni element krivičnog dela – *actus reus*.

Drugi aspekt određivanja opšteg pojma krivičnog dela je usmeren na klasično teorijsko objašnjenje normativne prirode opšteg pojma krivičnog dela u krivičnom pravu SAD, uz posebno fokusiranje kako na one elemente koji su objektivne prirode – *actus reus*, tako i one koji su subjektivnog karaktera (*mens rea*).

6. PROTIVPRAVNOST KRIVIČNOG DELA

Uobičajeno se u SAD objašnjava da određeni akt nije automatski i krivično delo, tj. zločin (*crime*),²⁵ samim tim što se radi o delu koje prouzrokuje štetu ili je „nemoralnog“ karaktera, već se jedan čin smatra krivičnim delom, samo ukoliko se njime na „specifičan način krši zakon usvojen od strane Kongresa SAD, državnih legislativnih organa ili nekog drugog oblika vlasti,“ pri čemu se još smatra da je neophodno da je takav propis koji se krši činjenjem krivičnog dela, bio „propisno objavljen“ pre činjenja dela, „kako bi građani znali unapred šta im je zabranjeno ili šta se od njih očekuje.“²⁶

U sadržinskom smislu se protivpravnost tiče samog čina, shvaćenog u objektivnom smislu, tj. radnje krivičnog dela, odnosno određenog činjenja ili nečinjenja koje je relevantno (*actus reus*), što znači da se mora raditi o protivpravnom aktu (*wrongful act*).

7. OSNOVNI SADRŽINSKI ASPEKTI OPŠTEG POJMA KRIVIČNOG DELA U SAD – JEDAN OBJEKTIVNI I JEDAN SUBJEKTIVNI ELEMENT U KONSTRUKCIJI KRIVIČNOG DELA

Englesko krivično pravo, na temelju kojeg je nastalo i savremeno krivično pravo SAD, je u svom izvornom obliku (*common law*), formulisalo koncept *krivične odgovornosti*, koja postoji kada su ispunjeni potrebni uslovi koji se tiču objektivne

25 Izraz *crime* se uobičajeno može prevesti kao *zločin*, ali je u čisto krivičnopravnom smislu, kako sa stanovišta kako našeg krivičnog prava, tako i sa stanovišta jednog ustaljenog opšteg rezonovanja da se samo najteža krivična dela tretiraju kao „zločini“ (a pri tom je nesporno da izraz „zločin“ nije sadržan u našem pozitivnom krivičnom pravu, osim kada se radi o nekim međunarodnim krivičnim delima – zločin protiv čovečnosti i ratni zločini), adekvatnije da se po pravilu, engleski termin *crime*, na srpski prevodi kao *krivično delo*.

26 R. A. Carp and R. Stidham (Ed.), *op. cit.*, str. 95.

(*actus reus*) i subjektivne komponente (*mens rea*) krivičnog dela. Bazičnim principom američkog krivičnog pravnog sistema se tako smatra učenje o tome da je svako krivično delo komponovano od dva elementa; *kriminalnog akta* (*criminal act*) i *kriminalne namere* (*criminal intent*)²⁷, tako da nijedan od ova dva elementa, nije sam po sebi dovoljan da konstituiše krivično delo.²⁸

Određena radnja, „Act“ ili *actus reus*, uključuje u sebe neko protivpravno činjenje, ili propuštanje određene radnje u pogledu čijeg vršenja je postojala konkretna dužnost (ustanovljena zakonom, ugovorom ili specijalnim odnosom, poput moralne dužnosti i sl.), te je potrebno da između tog akta i posledice postoji kauzalna veza, dok se psihološki element (*mens rea*) po pravilu poistovećuje sa određenom kriminalnom namerom (*criminal intent*), a što se najčešće smatra jednom vrstom preduslova da se krivica u psihološkom smislu pripiše učiniocu (*guilty mind*), mada ona obuhvata i slučajevne nehata za koje se odgovara (*criminal negligence*).²⁹

Termin *actus reus* se u anglosaksonskom krivičnom pravu objašnjava kao „guilty act“ i upućuje na zabranjenu radnju po sebi,³⁰ čime se krivičnim pravom obuhvata delo u fizičkom smislu, kao određena radnja ili propuštanje (kada je propuštanje protivno zakonu), dok *mens rea* upućuje da je učinilac sa namerom, odnosno umišljajno preduzeo svoj akt, ali što takođe uključuje i postojanje određenih „kriminalnih saznanja“, te u određenim slučajevima, ispoljavanje grubog nemara, nehata ili ostvarivanje određenog cilja, s tim da se osoba po pravilu ne može osuditi za krivično delo, ukoliko se ne dokaže da je radnu preduzela svesno, sa saznanjem ili voljom.³¹

U tzv. „common law“ krivičnom pravnom sistemu, koji se inače, smatra više procesno orijentisanim, svako krivično delo se sastoji iz dve komponente: s jedne strane, to su sve okolnosti na kojima se zasniva krivičnopravna odgovornost, a te okolnosti predstavljaju spoljašnje osobine kod svakog krivičnog dela (tzv. „actus reus“) ili potiču iz unutrašnje strane (tzv. „mens rea“); s druge strane, postoji pojam tzv. „odbrana“ (*defences*), koji obuhvata sve osnove isključenja krivične odgovornosti i pri tom je takođe povezan sa određenim procesnim preprekama za krivično gonjenje, kao što je to na primer, zastarelost, tako da krivično delo postoji samo ako ne egzistira neki od tih isključujućih osnova.³²

27 *Namera* ovde u stvari, pretežno označava oblik krivice koji se u našem krivičnom pravu, a slično je i u većini drugih evropskih krivičnih prava, označava kao *umišljaj*, s tim da je on u nekim krivičnopravnim sistemima definisan kao oblik krivice, kao što je to slučaj u pozitivnom srpskom krivičnom zakonodavstvu, a u nekim krivičnim zakonodavstvima se umišljaj ne smatra oblikom krivice, već se i on, kao i nehat, tretiraju kao subjektivni elementi bića krivičnog dela, odnosno subjektivna obeležja konkretne inkriminacije, što znači da su oni u smislu zakonske sistematike sadržani u posebnom, a ne opštem delu krivičnog zakonodavstva. To je slučaj na primer, sa krivičnim pravom Nemačke, o čemu će nešto više reći biti u daljem tekstu.

28 E. Eldefonso and A. R. Coffey, *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement*, „Harper & Row Publishers“, New York, 1981, str. 38.

29 *Ibid.*, str. 39–41.

30 Zabranjenost radnje predstavlja samo drugi izraz za njenu protivpravnost.

31 J. P. Senna & L. G. Siegel, *Criminal Justice*, Eight Edition, „West/Wadsworth – An International Thomson Publishing Company“, Belmont, 1999, str. 117–118.

32 H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2005, str. 177.

Klasična definicija krivičnog dela (zločina) se u američkoj i uopšte anglosaksonskoj koncepciji svodi na objektivistički pristup, tako da se kao osnovni element navodi radnja, dakle *actus reus* (u svoja dva modaliteta), uz označavanje da je potrebno da ne postoje osnovi isključenja protivpravnosti (tzv. odbrane ili opravdanja), te se deli na dve osnovne vrste, s obzirom na težinu.³³ Prema ovakvom shvatanju; „zločin je namerna radnja ili njeno propuštanje, kojom se krši krivično pravo (zakonsko ili ono sadržano u sudskim precedentima), učinjena bez postojanja određenih osnova isključenja protivpravnosti (odbrane – *defences*) ili bez opravdavajućih razloga (*justification*) i koje je sankcionisano od strane države kao krivično delo ili prekršaj.“³⁴ U okviru ove definicije se *mens rea* manje upadljivo označava, ali je taj psihološki element ipak sadržan u određivanju da radnja izvršenja mora biti preduzeta namerno, što se u stvari svodi na „skriviljeno“ činjenje ili nečinjenje, uz prouzrokovanje određene relevantne posledice, a što uključuje i slučajeve određenih formi nehata, zavisno od vrste krivičnog dela.

7.1. Objektivni element krivičnog dela – *actus reus*

Actus reus je objektivni segment krivičnog dela u anglosaksonskom krivičnom pravu uopšte, pa i u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država. Pod njim se podrazumeva odgovarajući akt, koji je inače protivpravan, odnosno konkretnim propisom zabranjen, što može biti u vidu određenog činjenja, nečinjenja, odnosno propuštanja ili stvaranje nekog relevantnog stanja, pri čemu se zahteva da ne postoje određene okolnosti koje deluju „opravdavajuće“ ili „izvinjavajuće“, te da takve okolnosti nisu u isto vreme i elementi subjektivnog segmenta krivičnog dela – *mens rea*.³⁵ Sam akt kao suština *actus reus-a*, je u stvari određena radnja, koja slično kao i u srpskom krivičnom pravu, može da predstavlja određeno činjenje ili u nekim slučajevima i nečinjenje, onda kada se propušta odgovarajuća dužnost činjenja.

Uobičajeno se u novijoj američkoj literaturi navodi da je „verovatno najkompletnija definicija akta, ona koja je sadržana u Modelu Krivičnog zakonika SAD (Odeljak 1 § 1.13(2))“,³⁶ prema kojoj se akt definiše na sledeći veoma jednostavan način: „telesni pokret, bez obzira da li je dobrovoljan ili prinudan“, pri čemu se međutim, drugim odredbama, poput one sadržane u § 2.01(1) Modela KZ-a SAD utvrđuje da lice nije krivo za delo učinjeno van opsega njegove odgovornosti, kao i kada se radi o nevoljnom aktu.³⁷ To znači da se *actus reus* shvata potpuno objektivno, ali sam protivpravni akt koji inače, predstavlja radnju krivičnog dela, nije sam po sebi dovoljan, već se zahteva i da je ispunjena odgovarajuća subjektivna komponenta

33 Uporedi: M. Škulić, *Pojam međunarodnog krivičnog dela*, Zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, (savetovanje na Tari: „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova“, „Intermeks“, Tara, 2006, str. 85–86.

34 S. T. Reid, *Crime and Criminology*, Ninth Edition, „Mc Graw Hill“, Boston, 2000, str. 6.

35 Više o tome: R. Heaton, *Criminal Law*, „Blackstone`s Study Pack“, Nottingham Law School, Nottingham, 2001, str. 14.

36 U prethodnom tekstu smo objasnili kako je i sa kojom intencijom nastao Model Krivičnog zakonika SAD, koji iako nikada nije postao formalni izvor krivičnog prava SAD, ostvaruje značajan uticaj na pozitivno krivično pravo Sjedinjenih Američkih Država.

37 J. M. Sheb and J. M. Sheb, *op. cit.*, str. 78–79.

u odnosu na relevantno činjenje ili propuštanje. To u stvari, znači da se primarno zahteva *voljni akt*, čime se praktično zalazi u domen onoga što je subjektivna komponenta opšteg pojma krivičnog dela – *mens rea*.

U američkoj krivičnopravnoj literaturi se navodi nekoliko tipičnih primera različitih varijanti krivičnopravno (ne)relevantnog *akta*,³⁸ koji se tretira kao *actus reus*:³⁹

- Osoba A uđe u kuću lica B ili udari lice B, čime je A „prilično očigledno“ preduzelo određeni „akt“.
- Lice A potegne pištolj i puca u pravcu osobe B, tako što „povlačenjem oroza“, preduzima „akt“.
- Osoba A preda licu B čašu pića da bi je ono predalo osobi C. Osoba B, ne znajući da se radi o otrovu, preda licu C piće, koje ga popije i umre usled dejstva otrova. U ovom slučaju lice A deluje služeći se osobom B, koja je „nevini agent“, dok je A preduzelo „akt“.
- Dok se kao putnik vozio u autobusu, osoba A doživi neočekivani napad epilepsije i usled toga, nogom udari osobu B, takođe putnika u autobusu, koja usled toga bude telesno povređena. U ovom slučaju lice A neće biti krivično odgovorno za povredu nanесenu osobi B.

Prva dva „školska“ primera iz američkog krivičnog prava, predstavljaju sasvim očigledne slučajeve neposrednog izvršilaštva, dok se u trećem slučaju radi o situaciji koja je u nekim kontinentalno-evropskim krivičnim pravima najjednostavniji vid posrednog izvršilaštva,⁴⁰ koje inače, ne postoji striktno u srpskom krivičnom pravu u zakonskom smislu, a u navedenom slučaju bi se i u našem krivičnom pravu

38 Naime, u nekim od primera se radi o *relevantnom aktu*, u smislu da predstavlja *actus reus*, a u nekim obrnuto, o aktu koji nije relevantan, te se ne može smatrati kao *actus reus*, bilo kada se jedno lice „služi“ drugom osobom kao *sredstvom* da izvrši krivično delo (treći primer), bilo kada su u pitanju radnje lica koje usled određenih poremećaja ne mogu da upravljaju svojim postupcima (četvrti primer).

39 J. M. Sheb and J. M. Sheb, *op. cit.*, str. 79.

40 Takav je slučaj u nemačkom krivičnom pravu, u kojem se, kada je reč o učestvovanju više lica u jednom krivičnom delu, pravi razlika između *izvršilaštva* (*Täterschaft*) i saučesništva (*Teilnahme*), što znači da se „kao izvršilac krivičnog dela kažnjava onaj ko krivično delo izvrši sam (neposredno izvršilaštvo – *unmittelbare Täterschaft*) ili služeći se nekim drugim licem (posredno izvršilaštvo – *mittelbare Täterschaft*)“, dok se onda kada se krivično delo učini (izvrši) zajednički od strane više lica, svaki takav učinilac, smatra saizvršiocem“ ili bukvalno prevedeno – saučinicom (*Mittäter*). Više o tome: J. Wessels und W. Beulke, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 33., neu bearbeitete Auflage, „C. F. Müller“, Heidelberg, 2003, str. 170.

Nemačka krivičnopravna teorija inače, razlikuje više oblika posrednog izvršilaštva, od kojih je najjednostavniji slučaj kada izvršilac koristi „snagu svog znanja i/ili moć svoje volje, da bi pomoću drugog čoveka („ljudskog oruđa“ – *menschliches Werkzeug*), uključenog u određeni „kauzalni lanac“, „ostvario zakonom propisano biće krivičnog dela“, odnosno izvršio konkretno krivično delo, slično kao što se to navodi u citiranom „američkom primeru“ Više o tome: R. Schmidt, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Verlag Rolf Schmidt“, Bremen, 2007. str. 383 i M. Škuljić, Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva, *NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo*, „Kriminalističko-policijska akademija“, broj 3/2014, (navedeni broj časopisa izašao u februaru 2015. godine) Beograd, 2014, str. 1–26.

„jedino osoba A“ smatrala izvršiocem krivičnog dela ubistva, dok bi „lice B“ bilo tretirano samo kao „sredstvo“ ili „puko oruđe“ za izvršenje krivičnog dela od strane osobe A.

Četvrti „udžbenički“ primer iz američkog krivičnog prava se u stvari, svodi na običan „slučaj“ (*casus*) u smislu klasičnog kontinentalno-evropskog krivičnog prava, pa i krivičnog prava Srbije, ili se, zavisno od ostalih relevantnih faktičkih karakteristika navedenog primera, može raditi o neuračunljivosti koja isključuje krivicu, ukoliko bi kod osobe koja je imala napad padavice bila potpuno isključena voluntativna ili intelektualna komponenta, odnosno svest ili volja u odnosu na sopstvenu „radnju“. To znači da se „osoba A“ iz prethodno navedenog „udžbeničkog obrasca“ iz krivičnog prava SAD, sa stanovišta srpskog krivičnog prava ne bi smatrala uračunljivom, ukoliko u konkretnom slučaju usled epileptičnog napada ne bi imala bilo sposobnost odlučivanja (o čemu bi se po pravilu, radilo u ovakvom primeru), bilo sposobnost rasuđivanja.⁴¹ Tada sa stanovišta srpskog krivičnog prava ne bi ni postojalo krivično delo, već bi se samo radilo o protivpravnom delu koje je zakonom propisano kao krivično delo, ali za koje lice koje ga je „učinilo“ ne snosi krivicu.

Kada je reč o objektivnom elementu krivičnog dela (*actus reus*), u američkom krivičnom pravu je jedno od bitnijih pitanja, kada se određenim propuštanjem činjenja, konstituiše akt koji predstavlja *actus reus* (*When Does Failure to Act Constitute an Act?*). Slično kao i u većini kontinentalno-evropskih krivičnih prava (kao što je to slučaj i u Srbiji),⁴² suština je i u krivičnom pravu SAD, da propuštanje određenog činjenja, može samo po sebi da predstavlja krivično delo, samo ukoliko je postojala dužnost činjenja. Propuštanjem takve dužnosti, izvršava se krivično delo. To se u američkoj literaturi objašnjava na sledeći način: „Biti kriv za propuštanje činjenja, moguće je samo ako je prethodno postojala zakonska dužnost činjenja. Takva dužnost može proizlaziti iz tri izvora:⁴³ (1) iz određene relacije između učinioca i žrtve, kao što je to na primer, odnosno roditelj-dete ili supružnik-supruga; (2) iz dužnosti propisane zakonom ili (3) iz obaveze propisane ugovorom između učinioca i žrtve.“⁴⁴ Ovim izvorima dužnosti činjenja, neki autori (pri)dodaju i *kreiranje opasne situacije*. To znači da će osoba koja je svesna ili bi trebalo da bude svesna da

41 Tako se u srpskoj krivičnopravnoj literaturi prilikom objašnjavanja primera trajnih i privremenih duševnih bolesti koje se mogu svrstati u biološki (etiološki) osnov za postojanje neuračunljivosti, navodi i „epilepsija izazvana promenama na mozgu“. Više o tome: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012, str. 163.

42 Više o tome: I. Vuković, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 21–24.

43 Kao što je to već objašnjavano u prethodnom tekstu u vezi sumarnog objašnjenja osnovnih razlika između shvatanja načela zakonitosti u SAD, kao i u drugim anglosaksonskim državama, u odnosu na tipične kontinentalno-evropske pravne sisteme, u SAD se prilično rutinski atribut „zakonski“, koristi kao sinonim za „propisanost pravom“, što se vidi i u ovom slučaju, jer nisu svi izvori činjenja, koji se navode u nastavku citirane rečenice, zaista zakonskog karaktera, već se slično kao što je to slučaj i u srpskom krivičnom pravu, može raditi i o nekim drugim izvorima prava kojima se propisuje dužnost određenog činjenja, tako da ako se ona propusti, samim takvim nečinjenjem, vrši se krivično delo, odnosno takvo propuštanje „dužnog činjenja“, predstavlja radnju izvršenja konkretnog (omisivnog) krivičnog dela.

44 J. M. Sheb and J. M. Sheb, *op. cit.*, str. 79.

je ona stvorila određenu opasnu situaciju, biti krivično odgovorna ako ne preduzme određeno činenje radi otklanjanja takve situacije, usled čega je nastupila opasnost za druga lica ili imovinu.⁴⁵

Značajno pitanje koje se odnosi na *actus reus* u krivičnom pravu SAD se tiče određivanja kada samo *posedovanje* određene stvari može da bude „akt“,⁴⁶ odnosno radnja izvršenja krivičnog dela. Krivična dela posedovanja se u SAD odnose na samo „držanje“ opojnih droga, u onim američkim državama u kojima je to inkriminirano kao krivično delo,⁴⁷ odnosno posedovanje drugih stvari, čije je posedovanje zabranjeno uopšte (na primer, oružje određene vrste ili roba koja potiče iz „kontrabande“), ili kada se radi o stvarima koje se mogu posedovati samo ako se za to ima posebno odobrenje, poput oružja određene vrste.

Krivično pravo SAD razlikuje dve vrste posedovanja koje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela, odnosno njegov *actus reus*: 1) *aktuelno* posedovanje, kada lice ima (poseduje) određeni predmet pod svojom direktnom fizičkom kontrolom i 2) *konstruktivno* posedovanje, za koje se u američkoj teoriji ističe da predstavlja „komplikovaniji koncept“, baziran na „pravnoj fikciji“ – kada učinilac ima odgovarajuću moć i nameru da ostvari kontrolu u odnosu na određeni predmet, čije je posedovanje zabranjeno, ali to ne čini kroz neposrednu fizičku kontrolu, već na odgovarajući indirektan način ili posredstvom drugih lica.⁴⁸

7.2. Subjektivni element krivičnog dela – *mens rea*

Još je u klasičnom *common law* krivičnopravnom sistemu engleskog prava,⁴⁹ od kojeg izvorno i potiče krivično pravo SAD, ustanovljen *princip krivice* čija je suština u zahtevu da krivično delo osim svoje objektivne komponente koja predstavlja njegov *actus reus*, ima i odgovarajući subjektivni element – *mens rea* („guilty mind“), što podrazumeva da „nema krivičnog dela bez kriminalne namere“,⁵⁰ pri čemu je klasičan *common law* pristup podrazumevao dve vrste kriminalne namere: 1) opšta (*general intent*) i specifična (*specific intent*).⁵¹ Opšta namera podrazumeva

45 C. Elliot and F. Quinn, *Criminal Law*, „Pearson“, ninth Edition, Edinburgh, 2012, str. 19.

46 Ovim problemom se puno bave i klasična kontinentalno-evropska krivična zakonodavstva, kao i krivičnopravna teorija u kontinentalnoj Evropi, kao što je to na primer slučaj u Nemačkoj. Više o tome: C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2006, str. 330–331.

47 Više o tome: V. Delibašić, *Suzbijanje zloupotrebe opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2014, str. 119–122.

48 J. M. Sheb and J. M. Sheb, *op. cit.*, str. 80.

49 Uporedi: I. Đokić, Umišljaj u engleskom krivičnom pravu, *Pravni život*, broj 9/2014, Beograd, 2014, str. 264–265.

50 Namera u ovom smislu ima drugačije značenje, nego u drugim situacijama i u samom američkom krivičnom pravu, odnosno engleskom jeziku, kada je namera opozit od slučaja ili nehata, nebrizljivosti itd., ili kada je kao u našem krivičnom pravu, namera jedan dodatni subjektivni element nekih krivičnih dela, koja ona pojačava ili precizira direktni umišljaj sa kojim se inače, takva krivična dela jedino mogu učiniti, poput krađe (namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi prisvajanjem oduzete stvari) ili genodica (tzv. uništavačka namera u odnosu na određenu grupu) i sl.

51 J. M. Sheb and J. M. Sheb, *op. cit.*, str. 81.

preduzimanje određene radnje, bez uslovljavanja da se njome svakako mora postići određeni cilj, odnosno da ona mora biti svrshodna. Specifična namera obrnuto, podrazumeva da se radnja vrši baš radi ostvarenja određenog cilja koji je krivično-pravno relevantan.

Common law sistem u krivičnom pravu SAD je vremenom razvio određene klasifikacije *mens rea* elementa, odnosno „kriminalne namere“ u sudskoj praksi, ali su postojale izuzetno velike razlike od suda do suda, odnosno od države do države, te je postojala jedna suviše velika skala brojnih subjektivnih elemenata, odnosno određenih „atributa“ uz konkretnu radnju koja je *actus reus* krivičnog dela poput: deliktno, zlovoljno, umišljajno, bezobzirno, nemarno, nehatno, predumišljajno, sa kašnjenjem nehatom, sa velikim nemarom, itd.⁵²

Većina država SAD je vremenom prihvatila definicije iz Modela Krivičnog zakonika,⁵³ koji poznaje četiri vrste kriminalne namere, odnosno oblika krivice:⁵⁴

- 1) Namerno (*intentionally/purposefully*) – učinilac namerno preduzima radnju da bi njome ostvario određeni cilj ili vrši radnju koja je propisana kao radnja izvršenja krivičnog dela, kada je osnovna ili jedina svrha takve radnje da prouzrokuje određeni rezultat ili da učinilac bude uključen u takvu radnju.⁵⁵
- 2) Svesno (*knowingly*) – učinilac deluje na ovaj način (sa znanjem), kada je svestan prirode svoje radnje, kao i drugih okolnosti koje postoje, kao i kada je gotovo izvesno da će njegovo ponašanje dovesti do posledice, ili je svestan da je velikom verovatnoćom njegovo ponašanje zabranjeno, odnosno svestan je sa velikom verovatnoćom da postoje bitne okolnosti u odnosu na njegovo zabranjeno ponašanje.
- 3) Bezobzirno/nemotreno (*recklessly*) – učinilac svesno zanemaruje znatan i neopravdan rizik da će njegovo ponašanje koje je zabranjeno prouzrokovati određenu posledicu.
- 4) Kriminalno (nehatno) nemarno (*negligently*) – učinilac deluje suprotno onome što se očekuje od „razumnog“ čoveka, koji nije bio svestan, iako je trebalo/mogao da bude svestan suštinskog neopravdanog rizika svog ponašanja, kao i njegove zabranjene prirode.

52 *Ibid.*, str. 83–84.

53 *Model Penal Code (MPC)*, § 2.02(2).

54 Na primer, Krivični zakonik Alabame (*Alabama Criminal Code* § 13A-2-2).

55 Inače, namera se u nekim zakonodavstvima poptuno poistovećuje sa umišljajem, a slično je i u krivičnom pravu SAD, gde se primarno radi o (pred)umišljaju, poput ubistva prvog stepena. Drugačije je u nekim kontinentalno-evropskim zakonodavstvima, Tako se u nemačkoj teoriji namera najčešće smatra najvišim stepenom umišljaja (umišljaj prvog stepena), ili posebnom vrstom umišljaja, a kod nas je ona imanentna određenim krivičnim delima, kao poseban subjektivan element, koji podrazumeva da kao oblik krivice mora postojati direktan umišljaj, koji se pri tom, takvim zahtevom da se krivično delo čini u određenoj nameri, još dodatno *ciljno usmerava i pojačava*, pre svega, u odnosu na njegovu voljnu (voluntativnu) komponentu. Uvek kada se krivično delo čini u određenoj nameri, to po definiciji naglašava *subjektivnu* komponentu krivičnog dela, odnosno *krivicu*, što je potpuno suprotno, određenim relativno retkim primerima „objektivizacije“ odgovornosti za krivično delo. Više o tome: J. Čirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, „Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008, str. 11–12.

Subjektivni element krivičnog dela – *mens rea*, ne treba mešati sa nekim drugim subjektivnim krivičnopravno relevantnim kategorijama. U anglosaksonskoj literaturi se posebno insistira na razlici između *mens rea* elementa i motiva, za koji se ističe da je „generalno irelevantan“ u odnosu na *mens rea*, ali da u sledećim situacijama može ipak da bude relevantan: 1) kada se radi o krivičnom delu učinjenim iz specifičnih motiva, poput, rasne ili religijske motivacije; 2) ako je motiv činjenja krivičnog dela određena vrsta „odbrane“ ili delovanja u „nuždi“; 3) kada se dokazivanjem motiva ukazuje na želju osumnjičenog da izbegne činjenje krivičnog dela, te 4) ukoliko je motiv od značaja za kažnjavanje.⁵⁶

7.2.1. Objektivna odgovornost u krivičnom pravu SAD kao izuzetak od neophodnosti postojanja *mens rea* elementa

Poseban oblik odgovornosti u krivičnom pravu SAD je *objektivna odgovornost*, kada je dovoljna određena radnja učinioca sama po sebi, odnosno dovoljno je da postoji *actus reus*, a sasvim je irelevantan subjektivni odnos učinioca prema radnji kojom vrši krivično delo. Ovde se u stvari, uopšte ne zahteva dokazivanje postojanja *mens rea* elementa, što je krupan izuzetak u odnosu na princip krivice.

Koncept objektivne odgovornosti se u SAD primarno odnosi na civilnopravne delikte, odnosno tiče se, pre svega, obligacionog prava i naknade štete, ali ima svoju limitiranu primenu i u krivičnom pravu, najčešće kada se radi o nekim krivičnim delima koja su u isto vreme i građanskopravnog karaktera, ili su kazneni delikti, koji su prekršaji sa stanovišta srpskog zakonodavstva, poput prekoračenja brzine motornim vozilom u saobraćaju.

U stvari, u SAD se koncept objektivne odgovornosti, ni ne utvrđuje kao *oblik odgovornosti*, tj. sa stanovišta formalnog isključenja *mens rea* elementa, kao segmenta opšteg pojma krivičnog dela, sadržanom u opštem materijalnom krivičnom pravu, već se taj koncept vezuje za posebni deo krivičnog prava i formulisanje određenih konkretnih vrsta krivičnih dela za koja se „odgovara objektivno“, tj. u pogledu kojih je dovoljno da učinilac izvrši konkretnu radnju, a nije potrebno i da pri tom, u odnosu na tu radnju ispoljava određen i subjektivni odnos, kao što je to inače, nužno kada se radi o drugim uobičajenim vrstama delikata. Ovo se u američkoj krivičnopravnoj teoriji između ostalog, povezuje i sa jednom od opštih podela krivičnih dela na *mala in se* i *malla prohibita*.

Mala in se krivična dela su oni delikti koji se u društvu „inherentno“ ili iskonski smatraju pogrešnim ili se tretiraju kao „zlo“, poput klasičnih teških krivičnih dela, kao što su ubistva i razbojništva, silovanja ili tipičnih krivičnih dela protiv imovine, poput krađe itd, dok su *malla prohibita* ona krivična dela kod kojih je njihov „protivpravni“ karakter, odnosno njihova „pogrešnost“, nešto što je striktno propisano zakonom, a ne podrazumeva se da u pogledu takvih delikata ta ocena postoji i kod šir(ok)e javnosti. Američka krivičnopravna teorija, ona krivična dela koja se u krivičnom pravu SAD temelje na objektivnoj odgovornosti (*The Strict Liability*

56 C. McAlhone and R. Huxley-Binns, *Criminal Law – The Fundamentals*, Second Edition „Sweet & Maxwell“ and „Thomson Reuters“, London, 2010, str. 45.

Offenses), generalno svrstava u najtipičnija krivična dela koja su *malla prohibita* karaktera.⁵⁷

U krivična dela za koja se odgovara *objektivno* spadaju u SAD uglavnom delikti „regulatornog tipa“, poput onih koji se odnose na određene prehrambene i zdravstvene standarde. Još su se raniji primeri, odnosno slučajevi iz *common law* sistema uglavnom ticali kršenja saobraćajnih propisa, kao i propisa koji se odnose na proizvodnju hrane i pića, prodaju cigareta i alkoholnih napitaka maloletnicima i sl.

U novije vreme se i u SAD često kritikuje sistem objektivne odgovornosti za pojedina krivična dela, pri čemu postoje dve osnovne vrste kritičkog pristupa ovom problemu: načelna kritika insistira na tome da je objektivna odgovornost neprihvatljiva kao krupan izuzetak od redovnog standarda subjektivne odgovornosti za krivično delo, dok drugi kritičari smatraju da objektivna odgovornost za neke delikte može da postoji, ali da ne treba da bude deo krivičnog prava, tj. da takvi delikti treba da ostanu kažnjivi, ali ne treba više da budu krivična dela.

S druge strane, u teoriji se čak ističe da bez obzira na kritiku koncepta objektivne odgovornosti, ona i danas za određene delikte ima smisla, što se objašnjava na sledeći način: „Jedna stvar ostaje jasna. S obzirom na rapidnu urbanizaciju, tehnološko društvo, sa porastom svesti o neophodnosti zaštite javnog zdravlja, bezbednosti i životne sredine, objektivna odgovornost za krivična dela, tj. krivična dela za koja se odgovara objektivno, će postati čak prominentnija nego do sada.“⁵⁸

8. OSNOVI ISKLJUČENJA KRIVIČNOG DELA – ODBRANE OD KRIVIČNE ODGOVORNOSTI/KRIVIČNOG GONJENJA

U tzv. „common law“ krivičnompravnom sistemu, koji se inače, smatra više procesno orijentisanim, svako se krivično delo sastoji iz dve komponente: s jedne strane, to su sve okolnosti na kojima se zasniva krivičnopravna odgovornost, a te okolnosti predstavljaju spoljašnje osobine kod svakog krivičnog dela (*actus reus*) ili potiču iz unutrašnje strane (tzv. *mens rea*); s druge strane, postoji pojam tzv. „odbrana“ (*defences*), koji obuhvata sve osnove isključenja krivične odgovornosti i pri tom je takođe povezan sa određenim procesnim preprekama za krivično gonjenje, kao što je to na primer, zastarelost, tako da krivično delo postoji samo ako ne egzistira neki od tih isključujućih osnova.⁵⁹

U odnosu na krivično delo, odnosno delo koje bi inače (da nema tih osnova), bilo krivično delo mogu se ispoljiti određeni osnovi koji isključuju njegovo postojanje. Ti osnovi koji isključuju postojanje krivičnog dela, odnosno krivičnu odgovornost potencijalnog učinioca, se nazivaju „odbrane“ (*defences*) i postoje u nekoliko oblika, teorijski podeljenih prema određenim kategorijama:

- 1) odbrane zasnovane na nedostatku kapaciteta da se učini krivično delo, gde spadaju: a) dečiji uzrast (*infancy*), b) intoksikacija, pri čemu se razlikuju do-

57 J. M. Sheb and J. M. Sheb, Jr., *op. cit.*, str. 86.

58 *Ibid.*, str. 86–87.

59 H. Satzger, *op. cit.* str. 177.

- brovoljna intoksikacija, kada se postupa slično kao što je to kod nas slučaj sa institutom skrivljene neuračunljivosti (*actiones libere in causa*), te neskrivljena intoksikacija koja ima značaj koji je sličan, odnosno identičan neuračunljivosti; v) neuračunljivost učinioca u vreme izvršenja krivičnog dela (*insanity*);
- 2) odbrane koje isključuju krivicu za delo (izvinjavaju ga) ili opravdavaju činjenje takvog dela koje bi inače bilo krivično, gde spadaju: a) prinuda, b) krajnja nužda, v) pristanak povređenog, g) pravna zabluda u nekim slučajevima,⁶⁰ d) stvarna zabluda pod određenim okolnostima, đ) postojanje alibija okrivljenog;
 - 3) odbrane koje opravdavaju upotrebu sile, gde spadaju: a) samoodbrana, b) odbrana drugih lica, v) odbrana određenih materijalnih vrednosti, odnosno dobara, gde se posebno ističu – odbrana kuće, odnosno „doma“, te odbrana imovine;
 - 4) odbrane zasnovane na ustavnim ili zakonskim propisima, gde spadaju: a) ustavni imunitet koji poseduju određena lica, b) druge forme imuniteta, v) delovanje načela *ne bis in idem*, te g) zastarelost krivičnog dela; kao i
 - 5) odbrane zasnovane na prethodnom nelegalnom delovanju nadležnih organa, gde spadaju: a) zabranjeno provociranje na krivično delo,⁶¹ te b) krivično gonjenje zasnovano na nekom diskriminatorском kriterijumu u odnosu na okrivljenog.⁶²

60 U SAD se primarno insistira na principu *ignorantio legis non excusat* („ignorance of the law is no excuse“), a samo se u veoma limitiranim slučajevima (što je u praksi izuzetno retko), neskrivljenoj pravnoj zabludi, odnosno pravnoj zabludi iz opravdanih razloga, pridaje značaj osnova koji isključuje postojanje krivičnog dela.

61 Kao i u većini drugih zakonodavstava, koja tradicionalno poznaju institut agenta provokatora, što je prisutno i u legislativi Sjedinjenih Američkih Država, kojom se dozvoljava pod određenim uslovima i „oficijelno provociranje“ određenih krivičnih dela (na primer, trgovina drogom. „naručeno“ ubistvo, koruptivna krivična dela itd.), omogućava se odbrani da se poziva na činjenju da je osumnjičeni na nedopušten način naveden da učini krivično delo (*defence of entrapment*). To znači da je krivično delo učinjeno isključivo zahvaljujući tome što je agent provokator, koji u SAD može da bude bilo policijski službenik u svojstvu prikrivenog islednika (*undercover agent*), bilo policijski doušnik, odnosno informator, kod osumnjičenog stvorio odluku, tj. volju da učini krivično delo, a da takva volja prethodno nije postojala. Više o tome: M. Škuljić, *Organizovani kriminalitet – Pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2015, str. 475–476.

Tako se u američkoj literaturi konstatuje da je policajcima dopuštena mogućnost da podstiču određenu osobu da učini krivično delo, onda kada je ona već za to na odgovarajući način predisponirana, ali je pri tom, njima zabranjena „proizvodnja“ krivičnog dela, tako što bi implementirali „kriminalne ideje“ u „potpuno nedužnu volju“. Drugim rečima, već postojeća volja se može *očvršćivati*, ali se ona ne sme *stvarati*. U odnosu na volju *potencijalnog učinioca* agent provokator može da deluje *stimulišuće*, onda kada volja već postoji, ali *ne sme kreirati volju* koja još ne postoji. Ako bi optužba dokazala da je osumnjičeni (optuženi) već ranije imao volju, makar i na jednom sasvim generalnom nivou u smislu da je bio „spreman“ da u određenim okolnostima učini krivično delo (prilikom takvog dokazivanja važna je činjenica i da li se radi o recidivisti ili osobi koja je prvi put „u sukobu sa zakonom“), tada se takva odbrana ne prihvata. Više o tome: J. M. Scheb and J. M. I. Scheb, *op. cit.*, str. 362–363.

62 *Ibid.*, 336–366.

Sa stanovišta uobičajene krivičnopravne dogmatike u evropskom kontinentalnom krivičnom pravu, kao i u odnosu na krivično zakonodavstvo Srbije, koncepcija *odbrana* iz krivičnog prava SAD, kao i uopšte anglosaksonskog krivičnog prava je prilično nesistematska, čak i pomalo haotična, jer se ne samo zbirno govori o čitavom nizu bitno različitih materijalnih krivičnopravnih osnova koji imaju značaj da isključuju postojanje krivičnog dela, već se tu navode i neki razlozi koji predstavljaju ili tipične smetnje za krivično gonjenje, kao što je dejstvo imuniteta, delovanje načela *ne bis in idem* i zastarelost krivičnog gonjenja, ili se radi o dokaznoj problematici, bilo da je u pitanju značaj alibija, bilo da se radi o pravno nevaljanim dokazima, odnosno protivpravnim radnjama koje su delovale kao prethodni uslov u odnosu na činjenje krivičnog dela.

9. OSNOVNE SLIČNOSTI I RAZLIKE IZMEĐU OPŠTEG POJMA KRIVIČNOG DELA U SAD I SRBIJI, UZ OSVRT NA NEKA REŠENJA IZ NEMAČKOG KRIVIČNOG PRAVA

Krivično delo se u Krivičnom zakoniku Srbije definiše kao ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno. U teoriji se ističe da je *objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela* sadržan u toj odredbi KZ-a u skladu sa savremenom teorijom krivičnog prava i predstavlja normu koja nije deklarativnog karaktera, već svoju primenu ima i u praksi.⁶³ Ovako određen opšti pojam krivičnog dela ima *četiri elementa*: 1) radnju, 2) predviđenost krivičnog dela u zakonu, 3) protivpravnost i 4) krivicu.⁶⁴ Prva tri elementa su objektivnog karaktera, a krivica je subjektivni element u opštem pojmu krivičnog dela.⁶⁵ Krivica ima dva osnovna oblika, odnosno stepena: 1) umišljaj, koji može da bude direktan i eventualan, i 2) nehat, koji postoji kao svestan ili nesvestan, pri čemu je umišljaj teži stepen krivice i on se uvek zahteva za postojanje krivičnog dela, dok se izuzetno, kod nekih krivičnih dela, predviđa i nehat kao blaži oblik krivice.⁶⁶

Jednom od upadljivijih promena u našem relativno novom krivičnom materijalnom pravu, nastupelih od stupanja na snagu Krivičnog zakonika Srbije iz 2006. godine, smatra se i formalno formulisanje krivičnog dela na objektivno-subjektivan način, time što je striktno samim zakonskim odredbama uređeno da bez krivice nema ni krivičnog dela. Doduše, u našoj krivičnopravnoj teoriji se i ranije smatralo da se opšti pojam krivičnog dela ne sastoji samo iz objektivnih elemenata, već da u njega, nezavisno od ne baš sasvim jasne i nedvosmislene tadašnje pozitivno-pravne definicije, spada i krivica (vinost),⁶⁷ kao subjektivni element opšteg pojma krivič-

63 Z. Stojanović, (Komentar), *op. cit.*, str. 52.

64 Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 20. izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2013, str. 168–169.

65 Više o tome: N. Delić, *Krivica u KZ RS i njen značaj za krivični postupak*, u zborniku: Krivično zakonodavstvo, organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima, XLV redovno godišnje savetovanje Udruženja (ur. S. Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008, str. 75–96.

66 Z. Stojanović, (Krivično pravo – opšti deo), *op. cit.*, str. 168–169.

67 Takav pristup je u našoj teoriji postojao i u vreme Kraljevine Jugoslavije, čiji Krivični zakonik od 27. januara 1929. godine uopšte nije sadržavao opšti pojam krivičnog dela, već se ograniča-

nog dela. Međutim, ovo pitanje je i pored toga bilo prilično komplikovano i zbog toga što je krivična odgovornost tada bila zakonski definisana na način koji takođe potencijalno nije bio sasvim jasan,⁶⁸ jer je vinost (krivica) bila element krivične odgovornosti,⁶⁹ a istovremeno se ona u teoriji, odnosno delu naše tadašnje krivičnopravne teorije, smatrala i subjektivnim elementom opšteg pojma krivičnog dela.⁷⁰ Iz tadašnje definicije sadržane u članu 8 stav 1 KZ SFRJ, po kojoj je krivično delo bilo društveno opasno delo, koje je zakonom određeno kao krivično delo i čija su obeležja određena zakonom, nije nesporno proizlazilo da se svakako radilo o objektivno-subjektivnom opštem pojmu krivičnog dela, već se mogao izvlačiti i zaključak da je u pitanju krivično delo definisano na potpuno objektivni način, što bi bilo blisko koncepciji T. Živanovića i njegovoj koncepciji triparticije.⁷¹

vao na utvrđivanje niza normativnih elemenata, iz kojih je teorija mogla zaključivati o postojanju određenih segmenata koji zajedno čine opšti pojam krivičnog dela, poput načela zakonitosti (§ 1) pravila o doobi krivičnih dela na zločinstva i prestupe (§ 15 stav 1), pravila o određenim osnovima isključenja protivpravosti, pravila o uslovima krivične odgovornosti i kažnjivosti (§§ 16–18) itd., a na osnovu čega je deo teorije, krivično delo definisao kao „delo koje je predviđeno u zakonu, protivpravno, ugroženo najmanje kaznom zatvora ili novčanom kaznom, vezano sa vinošću krivčevom i upravljeno protiv jednog od pravnih dobara zakonom zaštićenih.“ Više o tome: M. P. Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, drugo izdanje, Izdavačko i knjižarsko preduzeće Geca Kon, Beograd, 1934, str. 52–53. Citirani autor (M. P. Čubinski, *op. cit.*, str. 53), tako navodi: „Da bez vinosti učinioca ili učesnika ne može biti krivičnog dela, to je jasno iz direktnih zakonskih propisa o uslovima krivične odgovornosti i kažnjivosti (§§ 16–18), prema kojima nema mesta kažnjivosti, niti odgovornosti, ako nema vinosti u formi umišljaja ili nehata.

- 68 Prema članu 11 stav 1 KZ SFRJ bilo je propisano da je krivično odgovoran učinilac koji je uračunljiv i koji je krivično delo učinio sa umišljajem ili ih nehata, dok je u članu 11 stav 2, bilo utvrđeno da je za krivično delo učinjeno iz nehata učinilac krivično odgovoran samo kad zakon to određuje.
- 69 U tom je pogledu donekle bilo izvesne sličnosti i sa rešenjem nekada sadržanim u *Krivičnom zakoniku Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine*, u kojem se ne koristi izraz „krivica“, ili „skrivljeno delo“ i tsl., ali se termin „odgovornost“ upotrebljava na način, koji se u suštini svodi na *sinonim za krivicu*. Tako se na primer u § 19 stav 1 ovog Zakonika navodi da „neće biti odgovoran za umišljeno krivično delo, ko u vremenu učinjenja dela nije znao ma za koje od bitnih obeležja bića krivičnog dela, bila ova stvarne ili pravne prirode“ (*stvarna zablude*), a u § 22 navodi se da „neće biti odgovoran ko u vreme učinjenja dela nije mogao shvatiti prirodu i značaj svog dela ili prema tome shvatanju raditi usled duševnog rastrojstva ili pomućenja svesti ili slaboumnosti“ (*neuračunljivost*).
- 70 Tako se na primer, u jednom poznatom radu iz tog vremena, tj. iz doba jugoslovenskog socijalističkog krivičnog prava, ističe da „bez obzira na teorijska shvatanja o pojmu krivičnog dela (objektivno ili objektivno-subjektivno) i krivične odgovornosti (subjektivno ili subjektivno-objektivno), zakon nedvosmisleno stoji na stanovištu da nema kažnjivosti ako ne postoje dve međusobno povezane komponente: krivično delo i krivična odgovornost.“ Iz ovoga bi u stvari, proizišlo da se opšti pojam krivičnog dela shvata potpuno objektivno, ali se u istom tom radu, potom ističe da se pod krivičnim delom podrazumeva „delo odnosno ponašanje čoveka koje je društveno opasno, zakonom određeno kao krivično delo i za koje je učinilac vin, tj. u pogledu kojeg je postupao sa umišljajem ili iz nehata“, a iz čega bi proizišlo da se opšti pojam krivičnog dela shvata objektivno-subjektivno. Više o tome: Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ, „Službena administracija“*, Beograd, 1985, str. 33 i str. 41.
- 71 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – opšti deo*, I knjiga, Beograd, 1935, str. 37–38.

Krivično delo je, dakle, u srpskom krivičnom pravu – ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno (čl. 14 st. 1 KZ). Izostanak društvene opasnosti kao tzv. materijalnog elementa krivičnog dela (koji je do nedavno postojao u našem krivičnom zakonodavstvu), nije od većeg značaja za krivičnopravnu dogmatiku, jer je i inače bio u pitanju jedan čisto deklarativni element,⁷² koji je u naše zakonodavstvo svojevremeno i unet po uzoru na nekadašnje sovjetsko zakonodavstvo.⁷³

Savremeno krivično pravo počiva na „principu krivice“.⁷⁴ Samo skrivljeno protivpravno delo koje je zakonom određeno kao krivično delo, jeste krivično delo. Načelno se samo tada učiniocu takvog dela mogu izricati krivične sankcije, što se u prvom redu, odnosi na kaznu. U teoriji se ističe da princip krivice znači da se kazne koje propisuje država mogu utemeljiti jedino na konstataciji da se učiniocu može „prebaciti za njegovo delo“, pri čemu iz ovog principa s jedne strane, proizlazi da „kazna podrazumeva postojanje krivice, tako da se onaj ko je delovao bez krivice, ne može kazniti, dok to s druge strane označava da „kazna takođe ne sme ni prekoračiti meru krivice,“⁷⁵ što u stvari, znači da kazna mora biti „pravična“, odnosno srazmerna na odgovarajući način, tako da po vrsti i meri odgovara stepenu krivice. Postojanje obeležja krivičnog dela utvrđenih zakonom, kao i protivpravnosti, mora biti skopčano i sa postojanjem skrivljenosti, da bi se za takvo delo učinilac mogao smatrati odgovornim, što „kako se to uglavnom objašnjava“, znači da se učiniocu za njegovo delo može „prebaciti“ ili „prigovoriti“, a „pretpostavke za to su da je on sposoban da snosi krivicu, te da ne postoje okolnosti koje bi predstavljale „izvinjavajuće osnove“, kao što su to na primer, neotklonjiva pravna zabluda ili izvinjavajuća kraj-

72 Radilo se o „deklarativnom“ elementu (možda na svojevrsan način, čak i „dekorativnom“), jer se u stvari, bez obzira što je *društvena opasnost* bila svrstana u „konstitutivne“ element opšteg pojma krivičnog dela, praktično po pravilu, uvek podrazumevalo da ono delo koje je inače ispunjavalo ostale zakonske uslove, svakako moralo biti i društveno opasno. To znači da nije bilo moguće da na primer, sud okrivljenog oslobodi, jer je ustanovio da određeno delo koje inače, po svim svojim elementima predstavlja krivično delo, nije društveno opasno, te da se zato ne radi o krivičnom delu. Postojanje tadašnjeg instituta neznatne društvene opasnosti nije u tom pogledu bilo od značaja, jer su samo ona dela koja bi se u konkretnom slučaju mogla smatrati „bagatelnim“, slično sadašnjem institutu „dela malog značaja“, mogla podvesti pod tu kategoriju, te tako „izgubiti“ karakter krivičnog dela, odnosno ne smatrati se krivičnim delima, a to se nije odnosilo baš na sva krivična dela, jer kao što je objašnjeno, u daleko najvećem broju slučajeva je društvena opasnost praktično bila imanentna svakom delu koje je inače ispunjavalo sve ostale zakonske uslove da se smatra krivičnim.

73 Više o tome: Lj. Lazarević, *Perspektive jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–3/96, Beograd, 1996, str. 349. Vidi više o argumentima protiv unošenja društvene opasnosti u zakonsku odredbu o opštem pojmu krivičnog dela u: Z. Stojanović, *Mogući pravci razvoja jugoslovenskog kaznenog zakonodavstva*, Beograd, 1999, str. 32–33.

74 Ova konstatacija ipak, u prvom redu važi za kontinentalnu Evropu i klasično evropsko krivično pravo, a nešto je drugačije u anglosaksonskom pravnom svetu. Tako na primer, kako to ističe autor koji se citira u narednoj fusnoti H. H. Jescheck, (str. 24), krivično pravo SAD po pravilu, zahteva postojanje umišljaja ili nehata za postojanje krivičnog dela, ali poznaje takođe i slučajeve postojanja objektivne odgovornosti, koji se svode na kažnjivost i bez krivice (*strict liability*), što je kao vid *objektivne odgovornosti* objašnjeno u prethodnom tekstu. .

75 H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neuberarbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996, str. 23.

nja nužda.⁷⁶ U teoriji se ističe da „razlika između nepostojanja protivpravnosti i nedostajuće krivice, tj. između osnova koji opravdavaju delo koje bi inače (da nema takvih osnova), bilo krivično i onih koji delo čine neskrivljenim, leži u tome, da je ponašanje koje nije protivpravno od strane zakonodavca priznato kao zakonito i dozvoljeno, te ga kao takvog može preduzeti bilo ko, dok ponašanje koje se smatra neskrivljenim, nije kao takvo odobreno i stoga ostaje nedozvoljeno i zabranjeno“.⁷⁷

Bez krivice u srpskom krivičnom pravu nema krivičnog dela (*princip krivice* u krivičnom pravu), a načelno se krivične sankcije ne bi mogle izricati za dela koja nisu krivična dela.⁷⁸ Od ovoga u našem opštem krivičnom pravu postoji krupan i prilično upadljiv *izuzetak*, a to su određene mere bezbednosti medicinskog karaktera, koje se izriču licima koja su neskrivljeno učinila protivpravna dela koja su zakonom određena kao krivična dela. Takav izuzetak postoji i u postupku prema maloletnicima, kako onda kada im se izriču medicinsko-psihijatrijske mere bezbednosti, tako i kada im se izriče vaspitna mera koja je supstitut takvim merama bezbednosti, a to je upućivanje u posebnu ustanovu za lečenje i osposobljavanje. Radi se o tradicionalnom rešenju našeg krivičnog prava, koje je kod nas već decenijama ustaljeno, iako se od trenutka stupanja na snagu novog Krivičnog zakonika Srbije iz 2006. godine, taj izuzetak čini mnogo upadljivijim, s obzirom da je tim novim Krivičnim zakonikom, krivica i striktno utvrđena kao jedan od konstitutivnih elemenata opšteg pojma krivičnog dela, pa onda, takvo odstupanje od principa krivice u svetlu i formalno objektivno-subjektivnog definisanja krivičnog dela, postaje mnogo uočljivije, nego što je to ranije bio slučaj.

Krivica predstavlja sinonim za termin „vinost“ koji se nekada upotrebljavao u našem materijalnom krivičnom pravu. Neće postojati krivično delo ukoliko je isključena protivpravnost ili krivica, iako postoje sva obeležja krivičnog dela određena zakonom (čl. 14 st. 2 KZ). S obzirom na ovako određen opšti pojam krivičnog dela u našem Krivičnom zakoniku, za koji je karakteristično da je krivica (vinost) izričito svrstana u elemente pojma krivičnog dela (*objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela*), krivična odgovornost više ne predstavlja samostalni element odlučivanja u krivičnom postupku, jer ako sud ustanovi da nema krivice okrivljenog, to će automatski značiti da ne postoji ni krivično delo.⁷⁹

76 C. Roxin, *op. cit.*, str. 197. Ovde treba imati u vidu (uz isticanje da problematika krivice, kao i uopšte, osnova krivičnopravne dogmatike, daleko prevazilazi temu ovog rada), da nemačko krivično pravo razlikuje dve vrste krajnje nužde: 1) izvinjavajuću (*der entschuldigende Notstand*), koja isključuje postojanje krivice i 2) opravdavajuću (*der rechtsfertige Notstand*), koja isključuje postojanje protivpravnosti.

77 *Ibidem*.

78 Konačno, to sasvim jasno proizlazi i iz atributa „krivične“, kojim se nedvosmisleno označava suštinski karakter tih „sankcija“.

79 Iz tih razloga sam termin „krivično delo“ koji se spominje u Zakoniku o krivičnom postupku ne treba uvek shvatati na istovetan način kao što je to definisano u čl. 14 st. 1 Krivičnog zakonika, već se on, uvek, kada je u pitanju krivični postupak koji još nije pravnosnažno okončan odlukom kojom je utvrđena krivica, mora tretirati samo kao određeni *pravno-tehnički pojam*, čijom se upotrebom ne prejudicira postojanje krivice okrivljenog protiv koga se vodi krivični postupak, a isto važi i za maloletnika prema kojem se vodi postupak za maloletnike.

Da bi neka radnja bila krivično delo, neophodno je da se ona može učiniocu pripisati u krivicu, a pripisati određeno delo nekome u krivicu, istovremeno znači i to da mu se pripisuje odgovornost za to delo, što znači da je krivično odgovoran onaj učinilac koji je izvršio radnju koja je u zakonu predviđena kao krivično delo, koja je protivpravna i koja mu se može pripisati u krivicu.⁸⁰

U osnovi između opšteg pojma krivičnog dela u srpskom krivičnom pravu i opšteg pojma krivičnog dela u krivičnom pravu SAD, postoje poprilične sličnosti, jer se svi objektivni elementi krivičnog dela iz srpskog krivičnog prava, mogu poidetovetiti sa onim što je *actus reus* u američkom krivičnom pravu, a krivica iz opšteg pojma krivičnog dela u Srbiji, poprilično liči na ono što je *mens rea* u američkom krivičnom pravu.⁸¹ Naravno, ta sličnost je ipak relativno površna/gruba, jer iako kao što je prethodno objašnjeno i u krivičnom pravu SAD *mens rea* ima svoja četiri osnovna oblika, slično kao što i krivica u Srbiji ima dva osnovna oblika, od kojih se svaki deli na još dva (direktni i eventualni umišljaj – svesni i nesvesni nehat), postoje značajne razlike u konkretnom definisanju oblika krivice u krivičnom pravu SAD i srpskom krivičnom pravu. Takođe, američko krivično pravo poznaje i objektivnu odgovornost u nekim situacijama, koja nije imanentna savremenom srpskom krivičnom pravu. Ako je suština objektivnog elementa krivičnog dela u SAD (*actus reus*) – u konkretnom „aktu“, tj. *radnji* koja je propisana kao krivično delo (određenost u zakonu kao „element“),⁸² a koja je protivpravna (protivpravnost kao „element“), onda to u osnovi odgovara onome što su objektivni elementi u opštem pojmu krivičnog dela u srpskom krivičnom pravu.

Tako se i u našoj literaturi koja se odnosi na opšti pojam *međunarodnog krivičnog dela* u Rimskom statutu, definisanog takođe, slično kao i u SAD, tj. u anglo-

80 Z. Stojanović, *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2008, str. 144.

81 Naime, baš iz činjenice da se u srpskom krivičnom pravu krivica smatra subjektivnim elementom krivičnog dela, te da ima svoja četiri oblika, odnosno četiri stepena, dva osnovna i dva „podstepena“, proizlazi očigledna sličnost sa konceptom o *mens rea* elementa u opštem pojmu krivičnog dela u SAD, jer bi se u osnovi *mens rea* i mogla smatrati jednom vrstom sinonima za krivicu. Neka druga kontinentalno-evropska krivična prava, koja se inače, često smatraju svojevrsnim „uzoroma“ u kontinentalnoj Evropi, krivicu tretiraju na bitno drugačiji način, To je slučaj u nemačkom krivičnom pravu.

Umišljaj i nehat se u nemačkom krivičnom pravu smatraju subjektivnim obeležjima krivičnog dela ili tzv. subjektivnim bićem krivičnog dela u odnosu na koje postoji tzv. objektivno biće krivičnog dela. Ni umišljaj ni nehat nisu više formalno definisani u samom Krivičnom zakoniku Nemačke (*Strafgesetzbuch – StGB*), a nemački zakonodavac se pored toga, ne upušta ni u definisanje opšteg pojma krivičnog dela. Umišljaj i nehat *nisu formalno određeni kao oblici krivice*, već se, kao što je prethodno već objašnjeno, oni smatraju subjektivnom komponentom krivičnog dela, a sama krivica postoji kao odvojen pojam koji formalno nije deo opšteg pojma krivičnog dela, kao što je to inače, slučaj u našem pozitivnom krivičnom pravu. Iako krivica nije svrstana u opšti pojam krivičnog dela, te bez obzira što se umišljaj i nehat ne smatraju oblicima krivice, kao što je to slučaj u našem krivičnom pravu, nemačko krivično pravo poznaje *dva osnovna oblika krivice*: 1) *umišljajnu* – koja je pravilo i 2) *nehatnu* – koja može postojati samo onda kada se u pogledu određenih krivičnih dela, u zakonu izričito propisuje da se ono može učiniti i iz nehata.

82 Kao što smo to već objasnili u prethodnom tekstu, iako je danas i u SAD nesporno zakon osnovni izvor krivičnog prava, načelo zakonitosti ima poprilično drugačije značenje u SAD, nego u Srbiji i u drugim kontinentalno-evropskim državama, što znači da je u SAD još uvek formalno moguće da se i drugim izvorima prava, manje pravne snage od zakona, propisuju određena krivična dela.

saksonskom krivičnom pravu uopšte – kao spoj *actus reus-a* i *mens rea* elementa, primećuje: „Međutim, nema nekog posebnog razloga da se opšti pojam međunarodnog krivičnog dela u formalnom smislu odredi drugačije nego što je to slučaj sa opštim pojmom krivičnog dela u krivičnom pravu.“ ... „Opšti pojam međunarodnog krivičnog dela, prema tome, obuhvata iste one elemente kao i opšti pojam krivičnog dela.⁸³ To su: radnja, predviđenost u zakonu, protivpravnost i krivica.“⁸⁴

Velike razlike između srpskog i američkog krivičnog prava postoje u odnosu na određene osnove koji isključuju postojanje krivičnog dela, koji su u Srbiji bitno drugačije sistematizovani, poput onih koji isključuju protivpravnost i drugih koji isključuju krivicu, dok je to u SAD sve poprilično izmešano u vidu tzv. odbrana, u koje se čak uključuju i čisto krivičnoprocesni instituti, poput zastarelosti i pravila o već presuđenoj krivičnoj stvari, tj. delovanja načela *ne bis in idem*.⁸⁵

10. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Konstatacija o savremenom svetu kao „globalnom selu“ je već skoro postala isprazna floskula, ali činjenica je da se danas svet na neki način zaista „smanjio“, što se ogleda i u izvesnoj „harmonizaciji“ normativnih rešenja u brojnim pravnim oblastima, zahvaljujući čemu konstantno raste značaj uporednog prava, pa čak i u onim oblastima pravnog sistema, za koje se uobičajeno smatra da su izrazito nacionalnog karaktera. Tipičan primer je novi tip srpskog krivičnog postupka, u koji su „implantirana“ i neka normativna rešenja koja su izvorno prilično neuobičajena za klasične kontinentalno-evropske krivične procedure, poput uvođenja veoma širokih mogućnosti za stranačke sporazume u krivičnom postupku, radikalnog limitiranja načela istine, dominantno adverzijalne konstrukcije glavnog pretresa itd.

Za razliku od krivičnog procesnog prava, srpsko krivično materijalno pravo je za sada pokazalo prilično visok stepen „imunosti“ u odnosu na neka ne sasvim uobičajena uporednopravna rešenja, odnosno ono dosledno ostaje jedno klasično kontinentalno-evropsko krivično pravo i u njega za sada ne prodiru elementi iz anglosaksonskog krivičnog materijalnog prava. Na primeru opšteg pojma krivičnog dela, ali i uz sumarno ukazivanje na druge krivičnopravne institute iz danas svakako najuticajnijeg anglosaksonskog krivičnog prava, a to je krivično pravo SAD, pokušali smo da ukažemo da između tih krivičnopravnih instituta u SAD i u Srbiji, kao i u drugim državama kontinentalne Evrope, postoje određene značajne sličnosti, ali i mnogobrojne bitne razlike.

Šta predstavlja osnovni razlog da krivično materijalno pravo SAD ne ostvaruje bitniji uticaj na srpsko krivično materijalno pravo,⁸⁶ a da u isto vreme, krivično

83 Citirani autor (Z.Stojanović), ovde u stvari, očigledno misli na opšti pojam krivičnog dela u krivičnom pravu Srbije.

84 Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, 8. izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2014, str. 54.

85 Ovo načelo se u SAD uglavnom spominje kao – *Prohibition of double jeopardy*.

86 Taj uticaj se verovatno pre može očekivati u odnosu na posebni deo krivičnog prava, poput na primer, mogućnosti da se i u naše zakonodavstvo uvedu neka „moderna“ krivična dela, poput *proganjanja* (*Stocking*), koje je inače, pre nekoliko godina, baš pod uticajem američkog i sličnih anglosaksonskih krivičnih prava, uvedeno i u nemačko krivično zakonodavstvo, koje svakako predstavlja jedno od klasičnih evropsko-kontinentalnih krivičnopravnih sistema.

procesno pravo SAD prilično značajno utiče na krivično procesno pravo Srbije,⁸⁷ što se posebno ogleda u nizu odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine ?

Nekoliko je osnovnih razloga zbog kojih krivično materijalno pravo SAD ne ostvaruje značajniji uticaj na kontinentalno-evropske krivičnopravne sisteme, pa ni na materijalno krivično pravo Srbije:

- Većina instituta krivičnog materijalnog prava SAD, iako se bitno razlikuju od istovetnih ili sličnih instituta u krivičnom materijalnom pravu Srbije i drugih kontinentalno-evropskih država, mogu da se na odgovarajući način sličnim terminima objasne i razumeju. To na primer, važi i za opšti pojam krivičnog dela, osnove koji isključuju protivpravnost/krivičnu odgovornost itd, bez obzira što su ti osnovi u SAD definisani kao „odbrane“ i što su tu sa stanovišta uobičajene kontinentalno-evropske krivičnopravne sistematike, prilično „pomešane babe i žabe“, jer se čak kombinuju materijalni (na primer, prinuda, odbrana ličnosti i imovine, stanje nužde itd.) i krivičnoprocesni instituti, poput delovanja načela *ne bis in idem*, zastarelosti itd.
- Načelo zakonitosti je u SAD bitno drugačije definisano, nego u Srbiji i većini drugih kontinentalno-evropskih država, jer se u SAD pod „legalitetom“, odnosno načelom „zakonitosti“ u stvari, podrazumeva zasnovanost krivičnog prava na bilo kojem legitimnom pravnom izvoru, gde u obzir dolaze i drugi propisi, a ne samo zakoni, ali kako je princip zakonitosti u kontinentalnoj Evropi po pravilu ustavnog ranga, nije moguće da se način definisanja i shvatanja legaliteta u SAD koristi kao uporednopravni uzor u kontinentalnoj Evropi, pa ni u Srbiji.

87 Doduše, ovde se ne radi toliko o „čistom“ uticaju samog pravnog sistema SAD u klasičnom uporednopravnom smislu, već više o značajno konkretnijem uticaju pojedinih eksperata iz SAD u okviru određenih „projekata“ čiji je deklarisan cilj jačanje srpskog pravosuđa, kao važnog segmenta pravne države, razvoj modernog pravnog sistema, i sl.

Naime, iako je skoro uvreženo mišljenje (ne samo u stručnoj, već i u široj laičkoj javnosti), da je novi ZKP Srbije vid svojevrstne „amerikanizacije“ srpskog krivičnog postupka, te da je naš novi krivični postupak izrazito adverzijalnog karaktera, to je samo donekle tačno. Iako zaista novi krivični postupak Srbije sadrži veoma brojne i upadljive adverzijalne elemente, on u stvari u bitnom ne liči mnogo na tipičan krivični postupak SAD, a s druge strane, ima i prilično izražene inkvizitorske elemente, naročito kada se radi o vrlo brojnim i ekstenzivno formulisanim mogućnostima za odstupanje od načela neposrednosti u izvođenju dokaza na glavnom pretresu.

Drugim rečima, kada je u pitanju novi ZKP Srbije iz 2011. godine, iz krivičnog postupka SAD su preuzeti brojni elementi, najčešće u modifikovanim formama i često više deklarativnog nego suštinskog značaja, ali su u isto vreme, zadržani ili uvedeni, odnosno dodatno razvijeni drugi izrazito inkvizicioni, a nekada i prilično nedemokratski elementi, koji su suštinski nezamislivi u tipičnom američkom, tj. anglosaksonskom krivičnom postupku.

Čak neka dokazna pravila u SAD, daju praktično više značaja istini u krivičnom postupku, nego što je to sada slučaj u Srbiji, kada je upitanju novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine. Tako je na primer, odredbom 1.02 Saveznih pravila o dokazivanju u SAD proklamovano načelo istine u krivičnom postupku na sledeći način: „Ova pravila bi trebalo primenjivati tako da se svakim postupkom upravlja pošteno (pravično), da se otklone neopravdani troškovi i odugovlačenje, kao i da se doprinese razvoju dokaznog prava, da bi se na kraju saznala istina i pravično odlučilo“.

- Značaj materijalnog krivičnog prava u samim SAD je bitno manji nego što je važnost krivičnog procesnog prava, što se može videti i na jednostavnom primeru *poređenja udžbeničke materije*, gde se u klasičnim udžbenicima krivičnog prava, koji se u SAD uglavnom odnose kako na krivično materijalno, tako i na krivično procesno pravo, daleko veći deo teksta odnosi na krivično procesno pravo.

Šta je razlog da je u SAD, kako na pravnim fakultetima, odnosno u pogledu obrazovanja budućih pravnikâ, tako i u praksi, značajno važnije krivično procesno pravo, nego krivično materijalno pravo? Osnovni razlog je sistemske prirode. Iako se i u krivičnom postupku SAD (što se citira i u jednoj fusnoti u ovom članku), kao cilj krivičnog postupka utvrđuje *saznanje istine*, način „dostizanja“ istine je krajnje formalizovan,⁸⁸ on se svodi na stroga pravila o teretu dokazivanja i uspešnost u „dokaznom dvoboju“ stranaka, sam sud se ne sme upuštati u dokazivanje, pri čemu iako postoji formalna „jednakost oružja stranaka“, ni u SAD nije sporno da je u značajno lošijem položaju siromašni okrivljeni,⁸⁹ koji je u stvari, samo formalno jednak državnom tužiocu, iza kojeg realno stoji celi državni aparat, te da obrnuto, neki veoma bogati okrivljeni, mogu zahvaljujući skupoj i kvalitetnoj odbrani, faktički da budu dominantni u dokaznom postupku.

Konačno u SAD se, kako iz razloga procesne ekonomičnosti, tako i u cilju zâdobijanja tzv. kooperativnih svedoka, pa i nekih drugih razloga, izrazito favorizuje mehanizam stranačkog sporazumevanja (*plea bargaining*).

Sporazumno, odnosno ispregovâranâ priznanje krivice, može da obuhvati čitav niz i čisto krivičnopravnih elemenata, poput stepena krivice, vrste krivičnog dela i pravne kvalifikacije, pa se tako, putem jednog krivičnoprocenog mehanizma i na temelju stranačkog konsenzusa, mogu rešavati i striktno krivičnopravna pitanja, odnosno problemi materijalnog krivičnog prava. Iz toga proizlazi i da je za jednog pravnikâ krivičara u SAD, što se pre svega odnosi na državnom tužiocu na jednoj

88 Više o tome: T. Weigend, *Should We Search for the Truth, and Who Should do it ?*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011, str. 389–415.

89 Na primer, od kada je DNK analiza postala rutinska izuzetno pouzdana identifikaciona i uopšte dokazna metoda, ne samo da je njeno korišćenje doprinelo velikom uspehu u dokazivanju i razjašnjavanju krivičnih dela, već je njenom upotrebom, u mnogim državama naknadno dokazan čitav niz teških sudskih zabluda, usled kojih su nevinu ljudi bili osuđivani za najteža krivična dela. Tako je na primer, guverner američke države Illinois, nakon što je nevinost jednog osuđenika na smrtnu kaznu, nesporno dokazana naknadno sprovedenom DNK analizom, 2007. godine doneo odluku da se sve osude na smrtnu kaznu u toj državi, preinače u kazne doživotnog zatvora, u vezi čega je javno dao i jednu legendarnu izjavu: „*Našim pravnim sistemom krstari duh sudske zablude*“.

U SAD je takođe 2007. godine, izvesni Vilijam Gregori iz Kentakija dobio 3,9 miliona dolara kao naknadu štete zato što je 1993. godine zahvaljujući pogrešnom nalazu veštaka oglašen krivim za jedno svršeno i jedno pokušano silovanje, zbog čega je u zatvoru proveo sedam godina, pre nego što je 2000. godine, nakon naknadne DNK analize oslobođen krivice. Ovaj neosnovano osuđeni je pre nego što se izborio za naknadu štete od države, dobio i 700.000 dolara kao naknadu štete od veštaka čiji je pogrešan nalaz doveo do sudske zablude. Više o tome: J. D. Wright, *Dem Täter auf der Spur*, „Parragon“, London, Köln, 2009, str. 92–93.

strani i advokata koji je u funkciji odbrane na drugoj strani, po pravilu, znatno važnije da je umešan u pregovaranju, svojevrsnom procesnom „cenkanju“ i „pogađanju“, nego da dobro poznaje materijalno krivično pravo. To je istovremeno i jedan od osnovnih razloga da materijalno krivično pravo u praksi u Sjedinjenim Američkim Državama gubi na značaju.

LITERATURA

- Ashworth, A., Principles of Criminal Law, third edition, „Oxford University Press“, Oxford, New York, 1999.
- Bonnie, R. J. Coughlin, A. M., Jeffries, J. C., Jr. and Low, P. W., Criminal Law, „The Foundation Press“, Westbury, New York, 1997.
- Bajović, V., Sporazum o priznanju krivice, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Vuković, I., Krivična dela nepravog nečinjenja, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Weigend, T., Should We Search for the Truth, and Who Should do it ?, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation“, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011.
- Wessels, J. und Beulke, W., Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau, 33., neu bearbeitete Auflage, „C.F.Müller“, Heidelberg, 2003.
- Wright, J. D., Dem Täter auf der Spur, „Parragon“, London, Köln, 2009.
- Gardner, T. J. and Mainan, V., Criminal Law – Principles, Cases and Readings, „West Publishing Company“, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980.
- Graf von Bernstoff, C., Einführung in das englische Recht, „C. H. Beck`sche Verlagsbuchhandlung“, München, 2000.
- Grupa autora, Komentar Krivičnog zakona SFRJ, „Službena administracija“, Beograd, 1985.
- Grupa autora (red. R. A. Carp and R. Stidham), Outline of the US Legal System, „Bureau of International Information Programs United States Department of State“, Washington, 2004.
- Delić, N., Krivica u KZ RS i njen značaj za krivični postupak, u zborniku: Krivično zakonodavstvo, organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima, XLV redovno godišnje savetovanje Udruženja (ur. S.Bejatović), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008.
- Delibašić, V., Suzbijanje zloupotrebe opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava, „Službeni glasnik“, Beograd, 2014.
- Đokić, I., Pojam umišljaja u engleskom krivičnom pravu, „Pravni život“, broj 9/2014., Beograd, 2014.
- Živanović, T., Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – opšti deo, I knjiga, Beograd, 1935
- Eldefonso, E, and Coffey, A. R., Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement, „Harper & Row Publishers“, New York, 1981.
- Elliot, C. and Quinn, F., Criminal Law, „Pearson“, ninth Edition, Edinburgh, 2012.
- Lyll, F., An Introduction to British law, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden, 2000,

- McAlhone, C. and Huxley-Binns, R., *Criminal Law – The Fundamentals*, Second Edition „Sweet & Maxwell“ and „Thomson Reuters“, London, 2010.
- Nolan, J. R., *Massachusetts Practice – Criminal Law*, West Publishing CO“, St. Paul, Minn., 1976.
- Reid, S. T., *Crime and Criminology*, Ninth Edition, „Mc Graw Hill“, Boston, 2000.
- Roxin C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2006.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, – Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, „C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 1997.
- Satzger H., *Internationales und Europäisches Strafrecht, Nomos*“, Baden-Baden, 2005.
- Senna, J. P. & Siegel, L. G., *Criminal Justice*, Eight Edition, „West/Wadsworth – An International Thomson Publishing Company“, Belmont, 1999.
- Scheb J. M. and Scheb J. M., *Criminal Law and Procedure*, West/Wodsworth – an International Thomson Publishing Company, Belmont, Bonn, Boston, Washington etc., 1999.
- R. G. Singer and J. Q. La Fond, *Criminal Law – Examples and Explanations* „Aspen Law & Business“ New York, 1997.
- Schmidt R., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Verlag Rolf Schmidt“, Bremen, 2007.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2008.
- Stojanović, Z. *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, 20. izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2013.
- Stojanović, Z., *Međunarodno krivično pravo*, 8. izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2014.
- Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996.
- Lazarević, Lj., *Perspektive jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, „Arhiv za pravne i društvene nauke“, br. 1–3/96, Beograd, 1996.
- Hall, D., *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers“, New York, 1992.
- Hay, P., *U. S – amerikanisches Recht*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2000.
- Heaton, R., *Criminal Law*, „Blackstone's Study Pack“, Nottingham Law School, Nottingham, 2001.
- Čubinski, M. P., *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, drugo izdanje, Izdavačko i knjižarsko preduzeće Geca Kon, Beograd, 1934.
- Čirić, J., *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, „Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008.
- Škulić M., *Pojam međunarodnog krivičnog dela*, Zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, (savetovanje na Tari: „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova“, „Intermeks“, Tara, 2006.
- Škulić, M., *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beograd, broj 1/2010, Beograd, 2010.
- Škulić M., *Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnopravnom smislu i saučesništva*, „NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo“, „Kriminalističko-policijska akademija“, broj 3/2014, (navedeni broj časopisa izašao u februaru 2015. godine) Beograd, 2014.
- Škulić M., *Organizovani kriminalitet – Pojam, pojavnici oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2015.

Milan Škulić

Law Faculty, University of Belgrade

THE GENERAL NOTION OF A CRIMINAL OFFENSE IN THE UNITED STATES – THE SIMILARITIES AND DIFFERENCES IN RELATION TO THE SERBIAN CRIMINAL LAW

SUMMARY

In the paper is explained the general notion and concept of crime, e.g. criminal offense in the United States and the most significant points to certain similarities and differences in relation to the criminal law of Serbia. The author explains the importance of the principle of legality in the United States, which is significantly different than in continental Europe and in Serbia, too. Author explained, as well, the basic elements of the general concept of crime in the United States: 1) objective – *actus reus* and 2) subjective – *mens rea*.

In the article are summarily explained some of the most important legal basics, so called *defenses*, that in the US criminal law exclude the existence of a criminal offense or criminal liability.

Author concludes that US criminal law achieves significantly less impact on the Serbian substantive criminal law, conversely very strong influence of criminal procedural law in the US criminal procedural law of Serbia. Author explains this conclusion with several reasons, and especially because in the United States the criminal procedure law is in the practice more significant in relation to criminal substantive law. That conclusion is illustrated with the explaining the basic functions of the system of party agreement in the United States, i.e. the plea bargaining system.

Key words: criminal offense, the general notion of criminal offense, criminal law, comparative law, the United States of America, Serbia.

Goran P. Ilić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

Ustavni sud Republike Srbije

O NEZAKONITIM DOKAZIMA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Apstrakt. Autor u radu sagledava problematiku nezakonitih dokaza u krivičnom postupku koja ima ne samo procesni, već i društveni i politički značaj. U tom smislu, on ističe da je sistem nezakonitih dokaza uslovljen nekolikim činiocima. Taj sistem zavisi od toga da li je reč o optužnom ili mešovitom tipu krivičnog postupka, zatim od mere u kojoj su u određenom postupku prisutni elementi *crime controle*, *due process* ili *victim participation* modela, kao i od okolnosti da li se nezakonitost dokaza utvrđuje *ex lege* ili *ex iudicio*. Stav autora jeste da bi kombinacija nabrojanih činilaca trebalo da omogući zaštitu osnovnih ljudskih prava i, naročito, prava odbrane, a da ujedno ne sputa pravosudne organe u progonu učinilaca krivičnih dela. Nezakoniti dokazi se svakako ne mogu koristiti u krivičnom postupku odnosno na njima se ne može zasnivati presuda. Navedenu problematiku autor razmatra u svetlu standarda ljudskih prava, posebno imajući u vidu praksu Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda, kao i važećeg Zakonika o krivičnom postupku.

Ključne reči: dokazi, nezakoniti dokazi, krivični postupak, ljudska prava, Evropski sud za ljudska prava, Ustavni sud.

I

Problematika dokaza i dokazivanja u krivičnom postupku ima ne samo procesni, već i društveni i politički značaj.¹ Izuzetna važnost ove materije proizilazi iz činjenice da se dokazi dotiču osnovnih jemstava koja pojedincu obezbeđuje vladavina prava, a naročito pretpostavke nevinosti kao jednog od bitnih elemenata prava na pravično suđenje.² Razumljiv je zato zahtev da se u krivičnom postupku može koristiti samo dokazna građa koja je pribavljena uz poštovanje osnovnih procesnih formi i garancija ljudskih prava. Na taj način se određenom licu pruža neophodno jemstvo da će i nakon optuženja biti zaštićeno pretpostavkom nevinosti, a u slučaju kada su dokazi pribavljeni povredom njegovih sloboda i prava, da neće pretrpeti štetu njihovom upotrebom u krivičnom postupku.³ Time se ujedno štiti državni legitimitet koji bi, u slučaju kažnjavanja na osnovu dokaza pribavljenih kršenjem zakona, bio doveden u pitanje, a državni organi izjednačeni sa licima protiv kojih

* redovni profesor i zamenik predsednika Ustavnog suda, gilic@ius.bg.ac.rs

1 Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 1981, 305.

2 Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Procédure pénale*, Litec Groupe LexisNexis, Paris 2002², 441.

3 John R. Spencer, „Evidence“, *European Criminal Procedures* (ed. by M. Delams-Marty, J. R. Spencer), Cambridge University Press, Cambridge 2002, 603.

se vode krivični postupci.⁴ Ostvarenju navedenih ciljeva doprinose dokazne zabrane (*Beweisverbote*) čiji *raison d'être* je utemeljen na ideji da se sudskim putem postave standardi ponašanja državnih organa prilikom prikupljanja dokaza.⁵ Kršenje navedenih zabrana ima za posledicu primenu različitih sankcija, počev od onih koje pogađaju službeno lice koje je povredilo zakon (naknada štete, disciplinske mere ili krivične sankcije), preko umanjenja kazne optuženom, odbacivanja optužbe i, na kraju, nemogućnosti korišćenja takvih dokaza u krivičnom postupku.⁶

Način na koji će biti uređen sistem nezakonitih dokaza zavisi od nekoliko činilaca.⁷ Bitno je pre svega da li je reč o optužnom ili mešovitom tipu krivičnog postupka, zatim u kojoj meri su u određenom postupku prisutni elementi *crime controle*, *due process* ili *victim participation* modela i, na kraju, da li se nezakonitost dokaza utvrđuje *ex lege* ili *ex iudicio*. Kombinacija nabrojanih činilaca trebalo bi da omogući zaštitu osnovnih ljudskih prava i, naročito, prava odbrane, a da ujedno ne sputa pravosudne organe u progonu učinilaca krivičnih dela. Reč je u osnovi o pronalazanju uravnoteženog pristupa koji bi trebalo da „pomiri“ uzajamno suprotstavljen zahtev za delotvornim krivičnim gonjenjem sa jemstvima prava na pravično suđenje koje uživa okrivljeni. S tim u vezi, moguće je napraviti određenu razliku u zavisnosti od toga da li su dokazi prikupljeni od strane predstavnika pravosudnih organa ili pojedinaca. S obzirom da organi krivičnog pravosuđa do dokaza mogu dolaziti i prinudnim putem, razumljivo je da su standardi koje oni tom prilikom moraju poštovati kudikamo viši.⁸

U doktrini se nezakoniti dokaz uobičajeno određuje kao osnov koji sadržinski ili formalno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava i ne može se koristiti za izvođenje zaključka o činjenicama koje se utvrđuju u krivičnom postupku.⁹ I Zakonik o krivičnom postupku (dalje: ZKP)¹⁰ sadrži odredbe o nezakonitim dokazima. Reč je, pre svega, o normi koja propisuje da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom,¹¹ ZKP, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima (čl. 16

4 U tom smislu: Davor Krapac, „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 6/2010, 1208.

5 T. Vasiljević, 604; Mirjan Damaška, „Procesne posledice upotrebe dokaza dobivenih na nedozvoljeni način“, *Naša zakonitost* 3–6/1960, 228.

6 Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris 2002, 474.

7 D. Krapac, 1208, 1209; Igor Bojanić, Zlata Đurđević, „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2008, 974.

8 S. Guinchard, J. Buisson, 471. I u našem krivičnom postupku se pravi razlika između prikupljanja dokaza i materijala u korist odbrane, na jednoj strani, i preduzimanja dokaznih radnji, na drugoj. Vid. Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Edicija komentari, Službeni glasnik, Beograd 2014, 731.

9 D. Krapac, 1208, 1209; I. Bojanić, Z. Đurđević, 974; G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 272; Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Dušević & Kršovnik d. o. o., Rijeka 2011, 88. Nešto drugačije gledište zastupa: Miodrag N. Simović, *Krivično procesno pravo*, Fakultet za bezbjednost i zaštitu, Banja Luka 2007, 173.

10 Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS* 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

11 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* 98/06.

st. 1 ZKP). Na drugoj strani, u čl. 84 st. 1 ZKP je predviđeno da dokazi koju su pribavljeni protivno čl. 16 st. 1 ZKP (nezakoniti dokazi) ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku, što nesumnjivo ima širi domašaj od nemogućnosti zasnivanja sudske odluke na nezakonitom dokazu. O domašaju ovih zakonskih reči biće više reči u kasnijem izlaganju.

II

Nasuprot većini međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima koji ne poseduju delotvorne mehanizme za primenu,¹² odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹³ (dalje: EKLJP) ne samo da su neposredno primenljive na nacionalnom planu, već imaju prednost nad odredbama unutrašnjeg prava.¹⁴ Usled toga su na evropskom planu ljudska prava u potpunosti postala oblast pozitivnog prava,¹⁵ a ključni doprinos tome dao je Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP). Osnovna odlika strazburške prakse jeste nastojanje da se osigura ne samo zaštita, već i *razvoj* ljudskih prava, što ima za posledicu da se odredbe o ljudskim pravima suštinski prilagođavaju društvenim promenama.¹⁶ Reč je o teleološkom pristupu, utemeljenom na idealu *vladavine prava* pomenutom u Preambuli EKLJP, pomoću kojeg se Konvencija sagledava kao „živi instrument koji se ima tumačiti u svetlu okolnosti savremenog života“.¹⁷ Prilikom tumačenja odredaba EKLJP Sud nastoji da to čini i „u svetlu preovlađujućih savremenih shvatanja u demokratskim državama“, što se u doktrini označava kao „konsensualno“ tumačenje.¹⁸

Načelni pravac kojeg se ESLJP drži u vezi s problematikom nezakonitih dokaza nastao je u praksi Komisije za ljudska prava (dalje: Kom.LJP). Jedna od od takvih odluka je *H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* u kojoj je izražen stav da zadatak Komisije nije da kaže da li su nacionalni sudovi pravilno ocenili izvedene dokaze, već da ispita da li su dokazi u korist i protiv optuženog izvedeni na način koji zahteva pravično suđenje.¹⁹ Reč je, dakle, o restriktivnom pristupu koji se zasniva na shvatanju da čl. 6. EKLJP uređuje pravo na pravično suđenje, a ne pitanje prihvatljivosti

- 12 Vid. Miodrag A. Jovanović, Ivana Krstić, „Ljudska prava u XXI veku: između krize i novog početka“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 4/2009, 6.
- 13 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (*European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*) je uvedena u naš pravni poredak Zakonom o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, uz nekoliko kasnije izmene i dopune, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/03, 5/05 i 7/05-ispavka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, 12/10.
- 14 Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Edicija Međunarodni propisi i evropsko pravo, Službeni glasnik, Beograd 2012, 44.
- 15 Frédéric Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je?, Paris 1997, 3, 7.
- 16 *Ibid.*, 29.
- 17 Kao posledica toga je u strazburškoj praksi razvijena teorija o „nužnim elementima svojstvenim jednom pravu“. Vid. Louis Favoreu (*et al.*), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris 2009, 424, 425.
- 18 *Ibid.*, 425, 426.
- 19 Kom.LJP, *H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 7. jul 1975.

dokaza, budući da je to u prvenstvenoj nadležnosti nacionalnog prava. Zbog toga ESLJP ne isključuje u načelu i *in abstracto* prihvatljivost određenog dokaza koji je pribavljen na nezakonit način, već ispituje da li je postupak u celini bio pravičan.²⁰

Kao jedan od razloga zbog kojeg ESLJP nije izgradio jasne kriterijume za ocenu u kojim slučajevima bi način pribavljanja ili upotrebe nekog dokaza trebalo smatrati nezakonitim, navode se razlike koje postoje u normativnim konstrukcijama nezakonitog dokaza u državama članicama Saveta Evrope.²¹ Iako pod uticajem prakse EKSLJ na evropskom pravnom prostoru postepeno dolazi do prevazilaženja starog spora između pristalica akuzatorskog i inkvizitorskog modela u korist „raspravnog“ modela koji, prema mišljenju dela doktrine,²² predstavlja budući evropski model krivičnog postupka, nesporno je da i dalje postoje bitne razlike između nacionalnih pravnih sistema. U njihovoj osnovi su različita shvatanja o odnosu države i društva.

Prema jednom shvatanju, zadatak države jeste da podrži postojeću društvenu praksu, dok drugo gledište daje pravo državi da postavlja određene društvene ciljeve i da vodi društvo u tom pravcu.²³ U prvom slučaju je reč o reaktivnoj državi, a temeljno načelo na kojem je u njoj izgrađeno pravosuđe jeste shvatanje da je sudski postupak sukob stranaka i da sud interveniše samo ako je to zaista neophodno za pravično rešenje spora. Reč je, dakle, o postupku koji odgovara onome što se u *common law* tradiciji naziva „adversarnim postupkom“, a u kontinentalnoj pravnoj tradiciji „stranačkim“, „kontradiktornim“ ili „akuzatorskim“ postupkom.²⁴ Na drugoj strani, postoji aktivistička država u kojoj je postupak oblikovan tako da omogući potragu za najboljim državnim odgovorom na događaj koji je predmet postupka. Ovaj model se uobičajeno naziva „inkvizitorskim“, „neadversarnim“, a ponekad i „službenim“ postupkom.²⁵ Izložene razlike imaju za posledicu da se u reaktivnoj državi procesna pravičnost, shvaćena kao ravnopravno postupanje, pretpostavlja materijalnoj pravdi koja se izjednačava sa tačnim ishodom postupka. Nasuprot tome, u aktivističkoj državi materijalna pravda ima prednost nad procesnom pravičnošću, tako da se povrede procesnih pravila, a naročito one koje se odnose na nezakonito pribavljene dokaze, ispravljaju samo onda ako su bitne, tj. ako dovode u sumnju ispravnost sudske odluke.²⁶

III

Problematiku dokazne prihvatljivosti ESLJP sagledava prvenstveno u svetlu povrede prava na pravično suđenje iz čl. 6 EKLJP. O značaju ovog prava je mnogo pi-

20 ESLJP, *Schenk protiv Švajcarske*, 12. jul 1988, § 46.

21 D. Krapac, 1211, 1212.

22 Mireille Delmas-Marty, „Introduction“, *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)* (sous la dir. de M. Delmas-Marty), coll. Thémis, Presses Universitaires de France, Paris 1995, 38.

23 Mirjan Damaška, *Lica pravosuđa i državna vlast Upporedni prikaz pravosudni sustava*, Nakladni zavod Globus, Zagreb 2008, 76.

24 *Ibid.*, 84.

25 *Ibid.*, 92.

26 *Ibid.*, 142, 188.

sano, pa na ovom mestu treba samo reći da odredba čl. 6 EKLJP predstavlja jezgrovito otelotvorenje pravičnog sprovođenja pravde i, kao takva, čini temeljni elemenat pojma vladavine prava.²⁷ Stožer prava na pravično suđenje jeste pravičnost u čijoj osnovi je zahtev da se jednako postupa sa jednakim stvarima.²⁸ Pravičnost se vezuje, pre svega, za postojanje osnovnih garancija dobrog deljenja pravde koje svoj izraz nalaze u javnom pretresanju stvari, zahtevu za nezavisnim i nepristrasnim sudom, jednakosti oružja, razumnom roku trajanja postupka i t. sl.²⁹ U tom smislu i ESLJP ističe da st. 1 čl. 6 EKLJP predstavlja osnovnu normu, dok preostala dva stava ovog člana uređuju slučajeve njene posebne primene.³⁰ Iako nije obuhvaćena odredbom st. 1, već je sadržana u st. 2 čl. 6 EKLJP, i pretpostavka nevinosti se u strazburškoj praksi posmatra kao obavezni elemenat pravičnog postupka.³¹ To isto važi i za jemstva sadržana u čl. 6 st. 3 EKLJP, jer se ona analiziraju u svetlu osnovne odredbe st. 1 čl. 6 EKLJP.

Specifičnost strazburškog razmatranja dopuštenosti korišćenja dokaza svodi se u osnovi na ocenu uticaja koji je povreda opštih ili posebnih elemenata pravičnog postupka, nastala usled korišćenja određenog dokaza, imala na postupak u celini. Drugim rečima, ESLJP ne isključuje mogućnost da upotreba nezakonitog dokaza koja je imala za posledicu povredu načela pravičnog postupka bude kasnije otklonjena, a to se ocenjuje u svetlu prava obrane u odnosu na nezakoniti dokaz i okolnosti da li se osuđujuća presuda zasniva isključivo na nezakonitom dokazu.³² Kada je reč o pravu odbrane da ospori korišćenje nezakonitog dokaza pravilo je da ESLJP ispituje da li je okrivljeni imao na raspolaganju delotvorno pravno sredstvo u skladu sa čl. 13 EKLJP, tj. da li je u toku suđenja mogao da delotvorno zahteva ispitivanje zakonitosti korišćenja dokaza pribavljenih na nezakonit način ili povredom odredaba EKLJP.³³

Na ovaj način ESLJP ispituje uticaj bilo kog dokaza na standarde prava na pravično suđenje. Važno je da krivični postupak ima raspravni karakter i da obezbedi jednakost oružja između optužbe i odbrane, što predstavlja jedan od temeljnih elemenata prava na pravično suđenje.³⁴

Pitanje nezakonitosti dokaza ESLJP razmatra i u svetlu povrede nekih drugih prava, različitih od prava na pravično suđenje iz čl. 6 EKLJP. Reč je o zabrani mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja (čl. 3 EKLJP) i o pravu na poštova-

27 Clare Ovey, Robin C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2006, 158.

28 Gérard Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, Presses Universitaires de France, Paris 2003, 354, 355.

29 Jean Pradel, Geert Corstens, Gert Vermulen, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 2009, 375.

30 ESLJP, *Lutz protiv Nemačke*, 25. avgust 1987, § 52.

31 ESLJP, *Minelli protiv Italije*, 25. mart 1983, § 30.

32 ESLJP, *Schenk protiv Švajcarske*, 12. jul 1988, § 46–48.

33 D. Krapac, 1213, 1214.

34 Pravo na raspravnost podrazumeva mogućnost upoznavanja sa tvrdnjama ili dokazima suprotne strane i posebno (kada je reč o engleskom pravu) obavezu obelodanjivanja odbrani svih dokaza kojima raspolaže optužba (ESLJP, *Rowe Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 16. februar 2000, § 60). O obelodanjivanju dokaza u našem krivičnom postupku vid. G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 737–740.

nje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske (čl. 8 ELJKP). Specifičnost ovog pristupa ogleda se u tome što sâmo utvrđivanje povrede prava iz čl. 3 i 8 EKLJP po pravilu nije dovoljno, već je neophodno utvrditi da li je ono imalo za posledicu da je krivični postupak u celini bio nepravičan.

Kada je reč o zabrani mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja (čl. 3 EKLJP), u pitanju je pravo koje spada u „tvrdog jezgro“ ljudskih prava³⁵ i sastavni je deo koncepta evropskog javnog poretka koji sadržinski obuhvata odredbe koje imaju temeljni značaj u evropskom demokratskom društvu, pa su obavezujuće kako za države, tako i za njihove građane. Ključnu ulogu u oblikovanju ovog koncepta ima ESLJP koji, dinamičkim tumačenjem EKLJP, nameće odgovarajuće obaveze državama članicama Saveta Evrope. Reč je pre svega o obavezi države da donošenjem odgovarajućih propisa stvori uslove za nesmetano vršenje prava garantovanih EKLJP.³⁶ Uživanje osnovnih sloboda i ljudskih prava podrazumeva ujedno negativnu obavezu države da se sudrži od zadiranja u ljudska prava, a naročito u ona koja su obuhvaćena pojmom „tvrdog jezgra“. Međutim, za delotvorno ostvarenje ljudskih prava neophodno je da država preduzme i pozitivne mere u tom pravcu, što se, nakon odluke u predmetu *Airey protiv Irske*,³⁷ označava kao koncept njene pozitivne obaveze. Ovaj pristup se naročito koristi u odnosu na prava koja su obuhvaćena pojmom javnog poretka u evropskom krivičnom pravu.

Povreda prava iz čl. 3 EKLJP samo izuzetno može imati za posledicu nemogućnost zasnivanja sudske odluke na takvom dokazu. Uslov *sine qua non* jeste da iskaz nekog lica bude pribavljen *mučenjem* pod kojim se podrazumevaju akti fizičkog ili psihičkog nasilja preduzeti prema određenom licu koji su, uzeti u celini, imali za posledicu teške bolove ili patnje i imaju naročito ozbiljan i surov karakter.³⁸ Takav stav je još tridesetih godina prošlog veka zauzeo Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država u slučaju *Brown protiv Misisipija* (297 US 278 (1936)),³⁹ a nemogućnost korišćenja priznanja dobijenog mučenjem predviđena je i odredbama Konvencije Ujedinjenih nacija protiv mučenja i drugih svirepih, nečovečnih ili ponižavajućih

35 Saglasno čl. 15 st. 2 EKLJP, „tvrdog jezgro“ obuhvata: pravo na život (čl. 2 EKLJP), zabranu mučenja (čl. 3 EKLJP), zabranu ropstva i prinudnog rada (čl. 4 EKLJP), kažnjavanje samo na osnovu zakona (čl. 7 EKLJP) i pravo da se ne bude dva puta suđen ili kažnjen u istoj stvari (čl. 4 Protokola 7).

36 U strazburškoj praksi (ESLJP, *Šilih protiv Slovenije*, 9. april 2009, § 193) i evropskoj doktrini (Serge Guinchard (*et al.*), *Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Paris 2007, 209) ističe se da je reč o obavezi rezultata (*l'obligation de résultat*), a ne o obavezi sredstava (*l'obligation de moyens*).

37 Tačnije kazano, koncept pozitivne obaveze države je u praksu ESLJP uveden u vezi sa povredom čl. 8 EKLJP (ESLJP, *Marckx protiv Belgije*, 13. jun 1979, § 31), da bi ubrzo bio proširen i na pravo na pristup sudu kao sastavni deo prava na pravično suđenje iz čl. 6 EKLJP (ESLJP, *Airey protiv Irske*, 9. oktobar 1979, § 25). Vid. Martin Kuijer, *The blindfold of Lady Justice Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, E. M. Meijers Institut of Legal Studies of Leiden University, Leiden 2004, 53–55.

38 ESLJP, *Selmouni protiv Francuske*, 28. jul 1999, § 105.

39 Vrhovni sud SAD je ovom odlukom obavezao i sudove federalnih jedinica da isključuju ovaj dokaz, istakavši da iznuđivanje priznanja mučenjem predstavlja povredu *due process clause* iz XIV Amandmana na Ustav SAD. Vid. Ronald Banaszak, Sr. (edit. by), *Fair Trial Rights of the Accused A Documentary History*, Greenwood press, Westport, Connecticut – London 2002, 89–93.

kažnjavanja ili postupanja.⁴⁰ Evropski sud za ljudska prava je ovo gledište izneo u predmetu *Jalloh protiv Nemačke*⁴¹ i time je, prema mišljenju određenih autora,⁴² uveo konvencijsko ekskluziono pravilo, odnosno apsolutnu zabranu upotrebe dokaza pribavljenih mučenjem. Drugim rečima, upotreba izjava pribavljenih mučenjem kao dokaza za utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku čini te postupke u celini nepravičnim, bez obzira na dokaznu vrednost izjava i njihov odlučujući značaj za donošenje osude.⁴³ Kada je reč o povredama čl. 3. EKLJP koje ne predstavljaju mučenje, već nečovečno ili ponižavajuće postupanje, neophodno je oceniti značaj koji je dāt takvom dokazu i da li je žrtva takvog postupanja imala mogućnosti da ospori njegovo uvođenje i korišćenje u postupku.⁴⁴ Reč je o oceni koja se vrši u svetlu prava na pravično suđenje o čemu će biti više reči.

Jedan od predmeta u kojima se ESLJP bavio navedenim pitanjima jeste *Stanimirović protiv Srbije*.⁴⁵ U konkretnom slučaju krivična istraga nije sprovedena iako su postojale jasne naznake da se dogodilo mučenje, tako da nisu otkriveni i kažnjeni osumnjičeni, što je imalo za posledicu povredu čl. 3 EKLJP. Na drugoj strani, domaći sudovi utvrdili su da je podnosilac predstavke mučen u policijskoj stanici u Smederevu i nisu prihvatili kao dokaz izjave koje je on tom prilikom dao, za razliku od priznanja koje je dao pred istražnim sudijom. S obzirom na ozbiljnost ovog mučenja kao i vremensku bliskost priznanja pred istražnim sudijom, nema sumnje da je podnosilac predstavke dao priznanje iz straha da će ga policija dalje mučiti, što je posledica njegovog zlostavljanja u policijskoj stanici u Smederevu. Činjenica da je policija mogla da obezbedi povratak podnosioca predstavke u pritvor i da nastavi da ga zlostavlja dokazuje da je njegov strah opravdan. U tim okolnostima, bez obzira na uticaj tih izjava na ishod krivičnog postupka, njihova upotreba učinila je da postupak u celini bude nepravičan, pa je ESLJP utvrdio povredu čl. 6 st. 1 EKLJP. Drugim rečima, priznanje iznuđeno mučenjem uvek ima za posledicu nepravičan krivični postupak.

IV

O nezakonitim dokazima govori, najpre, odredba čl. 16 st. 1 ZKP koja predviđa da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonikom, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza. S tim u vezi, treba imati u vidu da odredba čl. 84 st. 1 ZKP proširuje polje neprimene nezakonitog dokaza, budući da govori o nemogućnosti korišćenja takvog dokaza u krivičnom postupku.

40 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 95.

41 ESLJP, *Jalloh protiv Nemačke*, 11. jul 2006, § 105.

42 I. Bojanić, Z. Đurđević, 979.

43 ESLJP, *Gäfgen protiv Nemačke*, 1. jun 2010, § 166.

44 ESLJP, *Schenk protiv Švajcarske*, 12. jul 1988, § 46–48; *Jalloh protiv Nemačke*, 11. jul 2006, § 106.

45 ESLJP, *Stanimirović protiv Srbije*, 18. oktobar 2011, § 39, 40, 41, 50, 52.

Dokaz može biti nezakonit najpre zato što je *sam po sebi*, tj. *sadržinski* u suprotnosti s pravnim poretkom i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku. Tu spadaju pre svega iracionalna dokazna sredstva, kao što je slučaj s licima koja nemaju neposredna saznanja o samom događaju, ali poznaju okrivljenog i svojim autoritetom bi se zakleli da okrivljeni ne bi mogao da izvrši krivično delo.⁴⁶ Nezakonit dokaz sam po sebi bi bila i *pretpostavka* svedoka da je okrivljeni izvršio krivično delo.⁴⁷ Navedeni primeri bi odgovarali dokazu koji je *neposredno* sam po sebi protivan pravnim poretkom i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku. Iako zakonodavac ovu situaciju obuhvata pojmom nezakonitog dokaza, ovde se u osnovi i ne radi o dokazu, jer ne postoji verodostojan materijalni osnov za izvođenje zaključka o činjenici koja se utvrđuje u postupku. Na drugoj strani, nije jasno šta je *ratio legis* formulacije o dokazu koji bi *posredno* sam po sebi spadao u kategoriju nezakonitih dokaza. Reč je najverovatnije o pogrešnoj zakonskoj redakciji, pa bi odredbu čl. 16 st. 1 ZKP trebalo tumačiti tako da je reč o *dokazima koji su sami po sebi, ili neposredno ili posredno, prema načinu pribavljanja* u suprotnosti s pravnim poretkom i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku.

Nezakonitost dokaza može da bude i posledica *načina njihovog pribavljanja*. Kada je reč o dokazu koji je *neposredno* prema načinu pribavljanja suprotan Ustavu, Zakoniku, drugom zakonu i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku, potrebno je napraviti određenu razliku. Postoje dokazi za koje je izričito propisano da se na njima ne može zasnivati sudska odluka, kao, na primer, iskaz okrivljenog (čl. 85 st. 5 ZKP) ili svedoka (čl. 95 st. 4 ZKP) prilikom čijeg pribavljanja je učinjena neka od taksativno nabrojanih povreda. Na osnovu toga se, *argumentum a contrario*, može zaključiti da je zakonodavac prepustio sudu da oceni da li su ostale povrede do kojih je došlo u načinu pribavljanja pomenutih iskaza, po svom karakteru takve da bi se dokaz smatrao nezakonitim (na primer, prisustvo branioca saslušanju okrivljenog protivno čl. 72 st. 2 tač. 3 ZKP, ili propust organa postupka da saglasno čl. 96 st. 1 ZKP pozove svedoka da pre ispitivanja položi zakletvu). Moglo bi se zato govoriti o *apsolutnoj i relativnoj nezakonitosti dokaza* s obzirom na način njihovog pribavljanja.

Postojanje relativne nezakonitosti nema za posledicu obavezno izdvajanje takvog dokaza iz postupka, već to zavisi od ocene suda u kojoj meri je način pribavljanja određenog dokaza u suprotnosti s pravnim poretkom i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku. Kada je reč o dokazima kod kojih nije izričito propisano koje povrede imaju za posledicu njihovu nezakonitost, nameće se zaključak da je sudu prepušteno da oceni da li je nezakonitost takvog značaja da dokaz treba izdvojiti iz spisa. Primera radi, sastavljanje nalaza i mišljenja veštaka bez naredbe suda ne predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, ukoliko je pismeni nalaz uručen strankama, a veštak neposredno ispitan na glavnom pretresu.⁴⁸ Ni svaka nepravilnost u sastavljanju zapisnika nije dovoljna da bi izdvajanje tih zapisnika bilo obavezno u smislu odredbe čl. 407. ZKP, već je neophodno razmotriti da li se u svakom konkretnom slučaju radi o suštinskoj nepravilnosti koja dovodi

46 Okružni sud u Beogradu (dalje: OSB), *Kž. br. 139/02* od 30. januara 2002.

47 OSB, *Kž. br. 799/05* od 7. aprila 2005.

48 Apelacioni sud u Novom Sadu, *Kž. 588/10* od 24. januara 2011.

do toga da određeni dokaz ne može biti korišćen u krivičnom postupku ili da se na njemu ne može zasnivati sudska odluka. Naime, pitanje je da li nedostatak potpisa osumnjičene na svakoj strani navedenog zapisnika predstavlja suštinski nedostatak koji samostalno dovodi u pitanje autentičnost njene celokupne izjave zabeležene na tom zapisniku, naročito u situaciji kada je njenom saslušanju prisustvovalo više lica koja bi mogla neposredno da se izjasne o tome da li je predmetni zapisnik validno sastavljen.⁴⁹

Formulacijom o nezakonitosti dokaza koji je posredno, prema načinu pribavljanja, suprotan Ustavu, Zakoniku, drugom zakonu i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku (čl. 16 st. 1 ZKP), zakonodavac je izričito prihvatio doktrinu o „plodovima otrovnog drveta“ (*fruits of the poisonous tree*). O ovom pitanju nedavno se izjasnio Ustavni sud. Tom prilikom je istakao da je izdvajanjem zapisnika o pretresanju iz spisa predmeta kao dokaza na kojem se ne može zasnivati sudska odluka, redovni sud u suštini ocenio da za ulazak u stan i pretresanje koje je nakon toga izvršeno nisu bili ispunjeni zakonski uslovi. Takav nedostatak nije se mogao otkloniti korišćenjem drugih dokaza – u konkretnom slučaju saslušanjem policajaca koji su izvršili pretres stana i čitanjem potvrde o oduzetim predmetima – jer je reč o dokazima koji ne bi postojali da nije bilo nezakonitog ulaska u stan i izvršenog pretresanja. Reč je, dakle, o dokazima koji su, posredno, prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom predviđenim jemstvima o nepovredivosti stana, kao i odredbama ZKP o uslovima pod kojim se bez odluke suda može ući u stan ili druge prostorije i izvršiti pretresanje, a usled toga se ni presuda ne može na njima zasnivati.⁵⁰

Ako se izuzmu pojedine odluke koje ne isključuju dokaznu snagu dokaza koji su pribavljeni na osnovu određenog dokaza koji je pribavljen na nezakonit način,⁵¹ može se reći da sudska praksa, a naročito naš najviši sud, prihvataju učenje o „plodovima otrovnog drveta“. U skladu s tim, zapisnik o pretresanju stana i potvrda o privremeno oduzetim predmetima od optuženog predstavljaju nedozvoljene dokaze kada je pretresanje izvršeno na nezakonit način.⁵² To važi i za iskaz drugih svedoka o onome što su čuli od privilegovanog svedoka koji nije upozoren da ne mora svedočiti.⁵³

Kada je reč o dokazu koji je posredno, prema načinu pribavljanja, protivan pravnom poretku i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku, osnovna pretpostavka je da se do njega došlo na osnovu drugog dokaza koji je na nezakonit način pribavljen (pri čemu bi i ovde trebalo voditi računa o apsolutnoj i relativnoj nezakonitosti). Usled toga se, ako je izvedeni dokaz pribavljen na osnovu materijala koji se ne može podvesti pod pojam dokaza, ne bi moglo govoriti ni o „plodu otrovnog drveta“, pa bi takav dokaz mogao da bude korišćen u postupku.⁵⁴

49 Apelacioni sud u Beogradu (dalje: ASB), Kž2. 654/14 od 14. maja 2014.

50 Ustavni sud, Už-3650/2012 od 11. decembra 2014.

51 OSB, Kž. br. 2333/02 od 19. decembra 2002.

52 Vrhovni sud Srbije (dalje: VSS), Kž1. br. 1964/04 od 29. decembra 2004; Kž1. br. 2064/05 od 21. decembra 2005.

53 Okružni sud u Subotici, Kž. br. 497/07 od 31. marta 2008.

54 B. Pavišić, 88.

Ako bi se prihvatilo izloženo gledište, otvara se pitanje njegove primenljivosti na slučaj izvornog dokaza koji je nezakonit *sam po sebi*, pa se na osnovu njega sazna za dokaz koji na zakonit način bude pribavljen. Drugim rečima, da li materijalna nezakonitost dokaza koji je pribavljen u skladu sa zahtevima procesne forme, može imati za posledicu nezakonitost dokaza koji inače ispunjava sve materijalne i formalne uslove? S obzirom na to da dokaz koji je nezakonit sam po sebi ne predstavlja osnov za izvođenje zaključka o činjenici koja se utvrđuje u krivičnom postupku, ni ovaj slučaj se ne bi mogao podvesti pod teoriju o „plodovima otrovnog drveta“.

Odredbom čl. 84 st. 2 ZKP propisano je da se nezakoniti dokazi izdvajaju iz spisa, stavljaju u poseban zapečaćeni omot i čuvaju kod sudije za prethodni postupak do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, a nakon toga se uništavaju i o tome se sastavlja zapisnik. U doktrini je izneto mišljenje da navedena zakonska odredba ne sadrži sva pravila o izdvajanju spisa, već oni stižu do sudećeg veća koje ih, u skladu s čl. 407 ZKP, izdvaja na glavnom pretresu, što potire svaki smisao njihovog izdvajanja.⁵⁵ Ovo gledište previda da je primena čl. 84 st. 2 ZKP izričito uređena u svim stadijumima postupka, a to znači u istrazi (čl. 237 ZKP), prilikom ispitivanja optužnice (čl. 337 st. 6 i 7 ZKP), određivanja pripremnog ročišta (čl. 346 st. 5 i 6 ZKP) ili glavnog pretresa (čl. 358 st. 1 i 2 ZKP), u okviru dokaznog postupka (čl. 407 st. 1 i 2 ZKP) i u postupku pred drugostepenim sudom (čl. 445 st. 2 ZKP). Iako je u navedenim odredbama reč prvenstveno o izdvajanju zapisnika i obaveštenja, ova dužnost se odnosi na svaki dokaz koji se može podvesti pod pojam nezakonitog dokaza. Uostalom, odredba čl. 84 st. 2 ZKP govori o nezakonitim dokazima, pa bi njen domašaj mogao da bude jedino tako i tumačen.⁵⁶

Postupanje s nezakonitim dokazima podrazumeva pre svega njihovo izdvajanje iz spisa, do čega može da dođe i na osnovu delimičnog uvažavanja predloga odbrane. U tom slučaju, prvostepeno rešenje mora da sadrži i odluku po pitanju preostalog dela zahteva za izdvajanje iz spisa, jer se o tom zahtevu mora odlučiti u celini.⁵⁷ Nakon toga se izdvojeni dokazi stavljaju u poseban zapečaćeni omot i predaju sudiji za prethodni postupak na čuvanje.

U teoriji postoji shvatanje da čuvanje dokaza nije sudska funkcija, pa bi ga trebalo poveriti organu sudske administracije.⁵⁸ Iako ovo gledište deluje logično, „nesudski“ posao sudije za prethodni postupak je posledica preuzimanja pređašnjeg ovlašćenja istražnog sudije, s tim da se izdvojeni zapisnici po tadašnjem zakonskom rešenju nisu mogli razgledati niti koristiti u postupku.⁵⁹ Novi, a može se reći i osnovni razlozi za čuvanje izdvojenih nezakonitih dokaza kod sudije za prethodni

55 Momčilo Grubač, „Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine“, *Pravni zapisi* 2/2011, 479.

56 Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Edicija Komentari zakona, Službeni glasnik, Beograd 2010, 383.

57 ASB, Kž2. 1417/13 od 4. aprila 2013.

58 Momićilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, PROJURIS, Beograd 2014, 199.

59 Reč je o čl. 178 st. 2 Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine – ZKP/2001 (*Službeni list SRJ* 70/01 i 68/02 i *Službeni glasnik RS* 58/04, 85/05, 85/05 – dr. zakon, 115/05, 49/07, 20/09 – dr. zakon, 72/09 i 76/10).

postupak jesu potreba da se koriste u sudskom postupku koji se vodi zbog njihovog pribavljanja (čl. 84 st. 3 ZKP), kao i ovlašćenje sudećeg veća da opozove rešenje o izdvajanju dokaza i odluči da se izdvojeni dokaz izvede (čl. 407 st. 4 ZKP).

Sudska praksa u određenim procesnim situacijama relativizuje mogućnost primene zakonske odredbe o izdvajanju nezakonitih dokaza. U slučaju ukidanja prvostepene presude samo u odnosu na jednog okrivljenog, usled povrede njegovog prava na odbranu, u ponovnom postupku se ne izdvaja iz spisa kompletan zapisnik s glavnog pretresa na kome je do navedene povrede došlo, ako je na istom glavnom pretresu saslušan i okrivljeni u odnosu na koga je prvostepena presuda postala pravnosnažna, već se može izdvojiti samo iskaz okrivljenog čije je pravo na odbranu povređeno na tom glavnom pretresu, ukoliko za to postoje uslovi.⁶⁰

Za razliku od odredbe člana 178 st. 2 i 3 ZKP/2001 koja je (nakon što je mogućnost izuzetnog korišćenja takvog materijala u krivičnom postupku ukinuta) stala na pola puta, predvidevši samo da se izdvojeni zapisnici i obaveštenja čuvaju kod istražnog sudije odvojeno od ostalih spisa, i da se ne mogu razgledati i koristiti u postupku, pozitivnim zakonskim rešenjem je jasno određeno kako se postupa s takvim materijalom. Izdvojeni nezakoniti dokazi čuvaju se do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, a nakon toga se uništavaju i o tome se sastavlja zapisnik (čl. 84 st. 2 *in fine* ZKP).

Moglo bi se postaviti pitanje na koji način bi trebalo postupiti u slučaju da su, uprkos obavezi iz čl. 84 st. 2 ZKP, nezakoniti dokazi ostali u spisima. Prema stavu našeg najvišeg suda, samo postojanje takvih dokaza u spisima ne upućuje na zaključak da su oni korišćeni i da je na njima zasnovana presuda, već se to posredno može videti samo iz obrazloženja prvostepene presude.⁶¹

Zakonodavac je predvideo i izuzetak od pravila da se izdvojeni nezakoniti dokazi uništavaju nakon pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka. Naime, u slučaju da bude pokrenut krivični postupak protiv lica koja su pribavila nezakonite dokaze, predviđeno je da se takvi dokazi čuvaju do pravnosnažnog okončanja sudskog postupka koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza (čl. 84 st. 3 ZKP). Važno je zapaziti da zakonska odredba govori o sudskom postupku, što otvara mogućnost da se nezakoniti dokazi čuvaju do pravnosnažnog okončanja kako krivičnog – primera radi, pokrenutog zbog iznuđivanja iskaza (čl. 136 Krivičnog zakonika),⁶² narušavanja nepovredivosti stana (čl. 139 KZ), sprečavanja i ometanja dokazivanja (čl. 336 KZ) itd. – tako i parničnog postupka – na primer, koji se vodi za naknadu štete u slučaju telesne povrede ili narušenja zdravlja (čl. 195 Zakona o obligacionim odnosima),⁶³ za novčanu naknadu nematerijalne štete (čl. 200 ZOO) itd. – koji bude pokrenut protiv lica koja su pribavila nezakonite dokaze.

60 ASB, Kž2. br. 1828/11 od 1. juna 2011.

61 VSS, Kž1. br. 1445/08 od 3. septembra 2008.

62 Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS* 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 108/14.

63 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93 i *Službeni list SCG* broj 1/03.

Značajnu novinu u vezi s nezakonitim dokazima sadrži čl. 407 st. 4 ZKP (kao i čl. 358 st. 3 ZKP koji upućuje na tu odredbu). Dok čl. 84 st. 3 ZKP ne dovodi u pitanje njihovu nezakonitost, već samo odlaže uništenje takvih dokaza zbog potrebe vođenja sudskog postupka protiv lica koja su ih pribavila, zakonodavac je predvideo mogućnost da se određeni dokaz iz kategorije nezakonitog prevede u dokaz koji se može koristiti u krivičnom postupku. *Ratio legis* takvog zakonskog rešenja utemeljen je na mnogobrojnim „graničnim“ slučajevima u kojima može biti sporno da li bi jedan dokaz mogao da se koristi u krivičnom postupku. Jedno od takvih pitanja jeste da li i o čemu mogu da budu ispitani pripadnici policije, budući da se presuda ne može zasnivati na obaveštenjima dobijenim od policije.⁶⁴ Sporno bi moglo da bude i da li lice čija je izjava, kao očevica saobraćajnog udesa, zabeležena u zapisniku o uviđaju sačinjenom od strane policije, može da bude ispitano kao svedok na glavnom pretresu.⁶⁵

O ovim i sličnim slučajevima se do sada izjašnjavao tek sud pravnog leka, a nije postojala mogućnost da to učini prvostepeni sud koji je takav dokaz izdvojio kao nezakonit. To je sada dopušteno u okviru glavnog pretresa, tačnije rečeno, pri njegovom određivanju (čl. 358 st. 3 ZKP) ili u toku dokaznog postupka (čl. 407 st. 4 ZKP). U skladu s tim, sudeće veće je ovlašćeno da do završetka dokaznog postupka opozove rešenje o izdvajanju nezakonitog dokaza i da takav dokaz izvede. Uslov za to je da na osnovu drugih izvedenih dokaza veće zaključi da nije bilo mesta izdvajanja dokaza, a da rešenje o izdvajanju dokaza nije pobijano žalbom.

*

* *

U krivičnom postupku može se koristiti samo dokazni materijal koji je pribavljen uz poštovanje osnovnih procesnih formi i garancija ljudskih prava. Suprotno tome, nezakoniti dokazi podvrgnuti su sitemu dokaznih zabrana, odnosno uspostavljenim standardima ponašanja državnih organa prilikom prikupljanja dokaza, čiji je cilj uravnoteženje uzajamno suprotstavljenih zahteva za delotvornim krivičnim gonjenjem, sa jedne strane, i ostvarivanja prava na pravično suđenje koje uživa okrivljeni, sa druge strane.

Pod nezakonitim dokazima doktrina uglavnom podrazumeva osnov koji sadržiški ili formalno predstavlja povredu osnovnih ljudskih prava i ne može se koristiti za izvođenje zaključka o činjenicama koje se utvrđuju u krivičnom postupku. Saglasno odredbama ZKP nezakoniti su oni dokazi koji su sami po sebi, ili neposredno ili posredno, prema načinu pribavljanja u suprotnosti s pravnim poretком i standardima ljudskih prava u krivičnom postupku. Drugim rečima, radi se o dokazima koje zakon izričito zabranjuje, kao i o dokazima koji, iako nisu izričito isključeni, zbog načina pribavljanja se smatraju nedozvoljenim.

⁶⁴ VSS, Kž. br. 335/06 od 21. juna 2006.

⁶⁵ VSS, Kž. VP. br. 5/05 od 22. decembra 2005.

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

Constitutional Court

ABOUT ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

SUMMARY

The author examines the issue of illegal evidence in criminal proceedings, which has not only process, but also the social and political significance. In this regard, he points out that the system of illegal evidence is conditioned to multiple factors. This system depends on whether it is a indictment or mixed type of criminal proceeding, then the extent to which the particular process has elements of crime control, due process or victim participation models, as well as the circumstances whether the illegality of the evidence is establishing *ex lege* or *ex iudicii*. The attitude of the author is that a combination of the above mentioned factors should enable the protection of fundamental human rights and specifically the rights of the defense, while not hamper the judicial authorities in the prosecution of offenders. Illegal evidence certainly can not be used in criminal proceedings or judgment can not be based on such evidence. The author considers the issue in light of human rights standards, particularly in view of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court practice, as well as the applicable Code of Criminal Procedure.

Key words: evidence, illegal evidence, criminal procedure, human rights, the European Court of Human Rights, the Constitutional Court.

*Nataša Delić**

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINALISATION *VERSUS* DECRIMINALISATION – THE STATUS AND PERSPECTIVES OF THE SPECIAL PART OF THE SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION

Abstract: The entering into force of the new Criminal Code in 2006 was immediately followed by the reform of Serbian legislation which so far has included the enactment of five laws. Despite the fact that the enactment of these laws brought about a number of modifications and amendments both to the General and Special Parts of the Criminal Code, the reform had a much more significant impact on the special part of criminal legislation. In terms of their scope and content, the modifications and amendments made in September 2009 represent the crucial segment of the legislative reform. However, the main characteristic of the modifications and amendments, apart from imposing more severe penalties for the majority of criminal offences, is the stipulation of a number of new criminal offences, or the introduction of new forms of the existing criminal offences and the abolition of only a few criminal offences. The first part of this paper looks at the criminalisation. The author, drawing upon the sistematization of the specific chapters of criminal offences in the special part of criminal legislation, presents the new forms of the existing criminal offences and provides a brief description of both the new criminal offences and the ones transferred from the secondary legislation. Within this context, the author has focused on the criminal offences with doubtful ratio legis and the offences where, in her opinion, there are no criminal-political grounds for introducing more severe penalisation. In the second part of the paper, the author argues that decriminalisation – unlike criminalisation, which appears in many forms in the reform and constitutes its framework – was completely neglected and marginalised. This claim is substantiated by the fact that only five criminal offences were removed from the list of criminal offences. Moreover, the author of the paper holds that one of the deleted criminal offences – slander – should not have been deleted in the first place, but revised instead and its legal description improved in terms of content. The paper ends with a conclusion that a considerable affirmation of decriminalisation (total or partial) which, just as much as criminalisation, contributes to the strengthening of the protective function of the criminal law, is a pre-requisite for the successful continuation of the reform of the special part of criminal legislation.

Key words: criminalisation, decriminalisation, reform, special part, Serbian Criminal Code.

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

1. INTRODUCTORY NOTES

The reform of Serbian legislation, which followed the entering into force of the new Criminal Code in 2006,¹ has so far included the enactment of five laws.² The interventions made by the enactment of these laws included the introduction of a number of new solutions both in the General and Special Parts of the Criminal Code.

The special and general parts of the criminal legislation are functionally connected and structurally conditioned, which makes the complex normative system coherent in terms of its content. However, the legislative reform has had much more relevance for the special part of our criminal legislation. This can partly be explained by the fact that the special part of Serbian criminal legislation is relatively autonomous within the uniform normative system of criminal law, and this autonomy is reflected in a greater dynamics of this part of the criminal law, i.e. the frequent and rather comprehensive amendments and modifications.

In terms of their scope and content, the modifications and amendments made in September 2009 represent the crucial segment of the legislative reform. On the whole, these amendments and modifications generally deformed the existing criminal law system and brought about its deterioration both in terms of its content and its legislative-technical aspects. Apart from the imposition of more severe penalties for a number of criminal offences, more precisely – for one-third of all criminal offences (only two chapters of criminal offences do not contain such interventions: criminal offences against legal instruments and criminal offences against the security of computer data), the new amendments and modifications are primarily characterised by an increased criminalisation, i.e. the stipulation of a large number of new criminal offences or the stipulation of new forms of the existing criminal offences, as well as a complete marginalisation of decriminalisation.

The enactment of the Law of 2012 represents a positive turn in the criminal legislation reform. Apart from its other purposes, the objective of this Law was to correct the technical and material errors made in the previously enacted laws. However, this Law failed to eliminate the incongruities created by the imposition of more severe penalties for a large number of criminal offences. In addition, the cases where criminal law intervention is not required, nor justified, were not decriminalised. Nonetheless, the justified stipulation of new criminal offences is definitely a step forward in terms of quality of the law.

2. CRIMINALISATION

In terms of its content, the process of criminalisation, which was carried out by the enactment of the new law in September 2009, included the following

1 „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 85/05, 88/05 – corr. and 107/05

2 „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 72/09; „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 111/09; „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 121/12; „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 104/13. and „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 108/14.

innovations: the stipulation of new forms of the already existing criminal offences; stipulation of new criminal offences and a transfer of some criminal offences from secondary to primary criminal legislation. Some chapters on criminal offences underwent the following modifications:

New forms of four criminal offences (Articles 114, 121, 124 and 125 of the CC) were introduced in the *Chapter on Criminal Offences against Life and Limb*.

In the criminal offence of aggravated murder, the law expanded the scope of qualifying circumstances with regard to the special characteristics of the passive subject and related to the passive subject's duties and affairs. The introduction of two new forms of aggravated murder is a (big) step forward in broadening the legal description of this criminal offence. As a result, aggravated murders, instead of being rather an exception, seem to have become a more frequent form of homicide than ordinary homicide. In addition, and from the legislative perspective, such endless enumerations, instead of well-formulated and more general forms, are undoubtedly a clear example of overused casuistry in legal regulations.³ For instance, the criminal offence of causing death of an official or serviceman during discharge or related to discharge of their duty, or in connection with discharge of a passive subject's duty, could have been included in the criminal offence of causing death "from other base motives" (Article 114, item 5, CC).

A new form of the criminal offence of grievous bodily harm was also introduced, where a specific characteristic of a passive subject is treated as a qualifying circumstance. The criminal offence is considered committed if perpetrated against a minor or a pregnant woman or a person performing work in the public interest. In this criminal offence, as is the case with aggravated murder (Article 114, item 9, CC), the age of a passive subject and a woman's physical (reproductive) condition are given the same criminal significance. In both cases, the intention of the law makers was to guarantee better criminal protection for these specially sensitive categories. However, unlike the criminal offence of aggravated murder, where better criminal protection is provided only for children, the incrimination of grievous bodily harm aims at protecting both children and minors (the same solution was implemented in the criminal offence of endangerment/ Article 125, paragraph 4, CC). In addition, when it comes to persons performing work in the public interest, and in contrast to aggravated murder (where causing death of a person performing work in the public interest is connected to the work that person performs), grievous bodily harm is not necessarily related to the type of work which a person performs. It should be noted that (unlike persons performing work in the public interest) providing better criminal protection to sensitive categories of persons is criminally-politically justified. However, such protection should include not only persons of appropriate age and pregnant women, but also other persons who, due to their specific mental and physical condition, also fall into the category of specially sensitive persons. Therefore, these two qualifying circumstances should be blended into one circumstance with a higher level of abstraction. The stronger criminal

3 Đ. Đorđević, „Oblici ubistava u savremenom krivičnom zakonodavstvu“, *Pravni život*, Beograd, 2010/9, 9–10.

protection would then be available to all specially sensitive groups – children, minors, the elderly, persons with serious disabilities, persons suffering from serious mental illnesses and pregnant women.

In the *Chapter on Criminal Offences against Freedoms and Rights of Citizens*, new most serious forms were introduced for three criminal offences (Articles 134, 135 and 138, CC).

Criminal offence of endangerment of safety is of particular interest for us. The new most serious form of this criminal offence is considered committed if the basic form of the offence was committed against the president of the Republic, member of parliament, prime minister, members of the government, judge of the Constitutional Court, a judge, public prosecutor and deputy public prosecutor, and a person engaged in a profession of public importance in the field of information regarding the task he/she is performing. Under the Law enacted in 2012, the provisions regarding the penalties for this criminal offence were amended to include other persons protected by the law. These persons are attorneys-at-law and police officers. However, the *ratio legis* for the provision stipulating the most serious form of this criminal offence is quite problematic. Some experts claim that this form of criminal offence has certain characteristics of a verbal political delict, because it includes acts which objectively do not endanger the safety of persons against whom they are committed. They also stress that this criminal offence should not be included in the chapter on criminal offences which protect fundamental rights and freedoms of persons and citizens, without stating the officials and journalists.⁴ Even if we set aside a disputable legal motivation for the stipulation of this criminal offence, as well as the vague formulation which was used to define the category of persons performing duties in the public interest, our main argument against its incrimination lies in the very nature of endangerment as a criminal offence, which should protect the right to personal safety of all citizens under the same conditions and in the same manner.⁵

In the *Chapter on Sexual Offences*, a new more serious form is stipulated for one criminal offence (Article 182, CC) and two new criminal offences are introduced: „inducing a minor to attend sexual acts“ (Article 185a, CC) and “abusing computer networks and other methods of electronic communication to commit criminal offences against sexual freedom of minors” (Article 185b, CC).

The rationale for stipulation of these criminal offences was found in the relevant provisions of the Council of Europe Convention on the Protection of Children from Sexual Harassment and Sexual Abuse (2010). However, the implementation of these provisions resulted in incriminations which are not only inadequate from the legislative and technical point of view, but are also virtually inapplicable in terms of their content. What makes them inapplicable is the fact that it will be almost

4 Z. Stojanović, „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti u krivičnom pravu Srbije“, in: *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd, 2013, 78.

5 Oposit Đ. Đorđević, „Krivično delo ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, Beograd, 2014/9, 175–176. and Đ. Đorđević, „Ugrožavanje sigurnosti policijskih službenika“, in: *Položaj i uloga policije u demokratskoj državi*, Beograd, 2013, 78.

impossible to prove in practice the existence of both objective and subjective characteristics of the essence of these criminal offences. Moreover, there is no rational explanation for the cumulative stipulation of prison sentence or fines for either of the two criminal offences.⁶

The Chapter on Criminal Offences against Property stipulates new and most serious forms for five criminal offences (Articles 204, 205, 206, 215, 216, CC). A new special form was introduced for one criminal offence (Article 221, CC). Four new criminal offences were also introduced: „insurance fraud“ (Article 208a, CC), “construction without a construction permit” (Article 219a, CC), “connecting a facility built without construction permit to utilities” (Article 219b, CC) and “unauthorised transfer of cultural assets to a foreign country” (Article 221a, CC).

Some legal experts suggest that the criminal offence of insurance fraud should be reworded into “fraud perpetrated against insurance companies/abuse of insurance”.⁷ This formulation exists, for example, in German criminal law (Paragraph 265) which treats this criminal offence as subsidiary to the criminal offence of fraud and considers it committed in case of destruction, concealment, damage or giving to other person an insured object in order to obtain unlawful material gain for oneself or another person.⁸

The criminal offence of building without a construction permit used to be a part of secondary legislation and was regulated under Article 149 of the Law on Planning and Construction (LPC) which was in force at the time. The law-makers insisted that the incriminations had not suffered from any discontinuity in the process (Court of Appeals in Belgrade, ca. 2 392/11).⁹ The criminal offence of connecting a facility built without a construction permit to utilities was regulated earlier under Article 15 of the LPC which was then in force, and also removed from the 2009 LPC.¹⁰

The criminal offence of unauthorised transfer of cultural assets to a foreign country was earlier regulated by the criminal legislation of the republic of Serbia. This incrimination was not included in the Criminal Code enacted in 2006. For this reason, it was reinstated in our law later on, but the commission consisting of concealment was left out.¹¹

The Law enacted in 2012 included a new criminal offence in this chapter on criminal offences: “agreeing the outcome of a competition” (Article 208b, CC). This criminal offence appeared for the first time in the Law of 2002, as “arranging the outcome of a competition” (Article 255j) and it was systematised in the chapter on

6 See more N. Delić, *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2014, 42–45.

7 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2012, 627. and E. Ćorović, „Prevara u osiguranju u Krivičnom zakoniku Srbije sa predlogom *de lege ferenda*“, in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, 461–469.

8 See Schönke, Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2001, 2149–2153.

9 Unpublished court ruling of February 8, 2011.

10 N. Delić, (2014), 60–63.

11 *Ibid*, 64–65.

criminal offences against corruption. The Criminal Code enacted in 2006 did not contain this incrimination. It is believed that the main reason for its later inclusion was that the incriminating behaviour (which is very common in practice) cannot be regulated under any already existing criminal offence, primarily the criminal offence of fraud or criminal offences of offering and receiving bribes, while the sanctions envisaged for this offence committed in various sports have proved to be quite inefficient.¹²

The amendments and modifications to this chapter made in 2013 envisaged a new form for only one criminal offence (Article 204, CC).

In the *Chapter on Criminal Offences against Economic Interests* new and more serious forms were stipulated for two criminal offences (Articles 231 and 238, CC).

Under the Law enacted in 2012, the criminal offence of negligence in commercial affairs was replaced with the criminal offence of “abuse of position by responsible person” (Article 234, CC) and a new criminal offence of “misfeasance in public procurement” was stipulated (Article 234a, CC).

As stated above, the criminal offence of negligence in commercial affairs was replaced with the criminal offence of the abuse of position by responsible person. This criminal offence was envisaged in the chapter on criminal offences against economic interests, its genesis is related to the abuse of office (Article 359, CC), which belongs to the group of offences against official duty. The stipulation of the criminal offence of the abuse of position by responsible person was significant, because it was the first time that Serbian law made a distinction between an official and a responsible person. The liability of the latter was removed from the essence of the criminal offence of the abuse of office and regulated separately. Therefore, the abuse of position by responsible person was not decriminalised, but its criminal zone was narrowed, which is reflected in the fact that the abuse of authority by a responsible person is considered committed if it results in acquiring unlawful material gain, as well as in the imposition of more lenient penalties for this criminal offence. Moreover, the content of the innovated legal term of responsible person does not include an owner who simultaneously performs the duties and functions of a responsible person.¹³ The introduction of this criminal offence results from the need to distinguish between officials and responsible persons, two different subjects having different authority in different areas. An official works in state administration bodies and performs official duties, whereas a responsible person performs specific work within the managerial and business affairs of an economic entity. However, as the limits of criminal protection for this criminal offence have not been clearly defined relative to all characteristics of its essence, particularly relative to the commission act which is formulated in the same manner as the offence of abuse of office, it is to be expected that this criminal offence, following the example of German laws, will be replaced with the incrimination of causing intentional damage

12 Z. Stojanović, „Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, njihova primena i buduća reforma“, in: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, 21.

13 Z. Stojanović, D. Kolarić, „Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Bezbednost*, Beograd, 2012/3, 19–20.

to other people's property or their economic interests by the abuse of office or abuse of trust in commercial affairs.¹⁴

Criminal offence of misfeasance in public procurement was included in our criminal code in line with the GRECO recommendations formulated in its Third Evaluation Report for the Republic of Serbia. The legal description of this offence was set very broadly, given that misfeasance in public procurement is a very common offence and requires a comprehensive criminal protection.¹⁵

In the *Chapter on Criminal Offences against Human Health*, a new and more serious form was stipulated for one criminal offence, and special grounds for remittance¹⁶ were introduced (Article 247, CC). A new privileged form was also introduced for one criminal offence (Article 246, CC). „Illegal possession of narcotics“ (Article 246a, CC) was stipulated for the first time.

From 2003 until the enactment of this law, the offence of illegal possession of narcotics was regulated as a special form of the offence of unlawful production and circulation of narcotics (Article 246, paragraph 3, CC). Some experts believe that the stipulation of this criminal offence is the result of the law-makers' intention to take into consideration the prevailing attitudes of the public regarding this issue. As drug addiction is penalised indirectly, this incrimination does not protect the fundamental human rights and public assets which facilitate the exertion of these rights. In other words, this incrimination is not legitimate and it is in a direct opposition with the right of adult citizens to choose their own lifestyle.¹⁷ The European Council Framework Decision 2004/757/JHA stipulates that each member state shall decide for itself whether possession of narcotics for personal use will be regulated and penalised – as a misdemeanour or criminal offence. With regard to this issue, decriminalisation is the prevailing trend in the EU member states. In the EU countries where possession of narcotics is penalised, the tendency is to treat it as a misdemeanour. In a few countries which treat possession of narcotics as a criminal offence, process law gives broad powers to prosecuting authorities which can choose not to prosecute offenders for possessing small amounts of narcotics. It is generally believed that this approach lifts off a heavy burden from the case law and helps save the assets that could be better used for prevention of drug abuse, and not on its repression. This incrimination is not only disputable from the criminal-political point of view, but its formulation is also inappropriate in nomotechnical sense.¹⁸

In the *Chapter on Criminal Offences against Security of Computer Data*, the law prescribes new criminal offence of “manufacture, procurement and provision

14 Z. Stojanović, „Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?“, *Crimen*, Beograd, 2013/2, 129.

15 N. Delić, (2014), 82–83.

16 The grounds were rightly removed with the enactment of the new law in 2012.

17 Z. Stojanović, „Pravno-filozofske koncepcije u Predlogu Krivičnog zakonika Srbije i Krivičnom zakoniku Crne Gore“, in: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Budva, 2005, 12.

18 N. Delić, (2014), 108–113.

to others of means of committing criminal offences against security of computer data” (Article 304a, CC). The reason for introducing this incrimination in our law was a provision in Article 6 of The Convention against Cyber Crime (2001) which obligates all countries-parties to the Convention to incriminate some activities related to computers and computer programmes, undertaken in order to commit criminal offence against safety of computer data.

In the *Chapter on Criminal Offences against Government Authorities*, one new and more serious form was stipulated for two criminal offences respectively (Articles 322 and 323, CC).

In the *Chapter on Criminal Offences against the Judiciary*, two new criminal offences were stipulated: “making unauthorised public comments on court proceedings” (Article 336a, CC) and “obstruction of justice” (Article 336b, CC).

The criminal offence of making unauthorised comments on court proceedings is illustrative of an offence which has no criminal-political justification. Moreover, its legal description is too broad, given that vague and legally imprecise terms were used to define specific characteristics of its essence.¹⁹

The offence of obstruction of justice was included in Serbian law by following the model used in the Anglo-Saxon criminal law.²⁰

In the *Chapter on Criminal Offences against Public Order*, new and more serious forms were stipulated for three criminal offences (Articles 346, 348 and 350, CC) and two new offences were included: “violent behaviour at sports events” (Article 344a, CC) and “unauthorised archeological excavations” (Article 353a, CC).

Criminal offence of violent behaviour at sports events was first prescribed in the Law on Preventing Violence and Misbehaviour at Sports Events (LPVSE)²¹ enacted in 2003. The Law on Modifications and Amendments to the LPVSE (2007)²² modified this incrimination and the new version was incorporated in the Criminal Code enacted in 2006. Certain terminological modifications were made and more severe penalties were stipulated for some forms of this criminal offence. The current title of the offence first appeared in the Law enacted in December 2009. The impetus for this incrimination can be found in the European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in Particular at Football Matches, adopted in Strasbourg in 1985. Our country (then SFRY) ratified this Convention in 1990 by enacting the Law on Ratification of the European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in Particular at Football Matches.

19 This offence was removed from the Law enacted in 2012. See N. Delić, „Krivična dela protiv pravosuđa u svetlu izmena i dopuna iz 2009. godine“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*, Istočno Sarajevo, 2010/1, 92–94.

20 Z. Stojanović asserts that our term for this offence is a literal translation of the English phrase, and therefore it is not in the spirit of our language, nor does it match the nature of the criminal offence, which does not represent the obstruction of justice itself, but the obstruction of the criminal proceedings. Z. Stojanović (2012), 890.

21 „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 67/03 and 101/05.

22 „The Official Gazette of Republic of Serbia“, No. 90/07.

The criminal offence of unauthorised archeological excavations was included in Serbian law in 1994. It was removed from the Criminal Code enacted in 2006 and stipulated again in 2009.²³

The Law of 2012 prescribes one new privileged form for one criminal offence in this chapter (Article 348, CC), as well as one new criminal offence of „facilitating the abuse of the right to asylum in a foreign country“ (Article 350a, CC).

When it comes to suppression of various forms of facilitating the abuse of asylum by Serbian citizens, the law-makers' opinion (and rather a disputable one) was that this complex (social, economic and political) problem should be solved primarily by using the means of criminal-legal repression, which resulted in the stipulation of this criminal offence. Namely, this incrimination is more an effort to demonstrate Serbia's resolve to suppress such actions, than the result of a firm conviction that criminal-legal repression can really be the right solution. In addition, the incrimination of this offence provides a better understanding of the *ultima ratio* principle, because it seems to be more socially acceptable to prosecute fewer people for abusing the right to asylum than to solve the problem by imposing limits to the right on passport which would in turn affect a larger segment of society. The latter solution represents a more progressive and more flexible interpretation of the above mentioned principle, as well as its interpretation within the context of all potential consequences of using other instruments instead of the criminal legal ones.²⁴

In the *Chapter on Criminal Offences of Abuse of Office*, two more serious forms were stipulated for one criminal offence (Article 360, CC), and a new criminal offence was included in the Code: „spending budget funds for purposes other than designated“ (Article 362a, CC). Spending budget funds for purposes other than designated thus became a part of the primary criminal legislation. Moreover, this criminal offence has been stipulated by the provision of Article 74a of the Budget System Law (BSL) since 2007. As this offence was not included in the new BSL enacted in 2009, it was implemented in the primary criminal legislation and cannot be implemented retroactively (Court of Appeals in Belgrade, ca2 1254/11).²⁵

With regard to this chapter, and particularly the criminal offences prescribed to combat corruption (Articles 359, 366, 367, 368, CC), our law mostly complies with the obligations which Serbia had to fulfil after signing the relevant international documents. This fact was recognized in the GRECO Third Annual Report on Serbia, where our corpus of anti-corruption regulations was generally evaluated positively,²⁶ while a relatively small number of the identified problematic areas was resolved in the new law enacted in 2012.²⁷

The only unresolved issue in this area is whether criminal offences against corruption should include a criminal offence of illicit enrichment which was

23 See N. Delić, (2014), 181–183.

24 Z. Stojanović, (2013/2), 133.

25 The selection of case law, Belgrade, 2012/11, 39.

26 See Z. Stojanović, D. Kolarić, *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd, 2014, 224–228.

27 See D. Kolarić, „Nacionalna strategija za borbu protiv korupcije i izmene Krivičnog zakonika“, *Pravni život*, Beograd, 2013/9, 729–740.

stipulated under Article 20 of the UN Convention against Corruption (1999). Under the Convention, the countries-parties to the Convention are obligated to consider adopting this offence in their respective national legislations, subject to their constitution and fundamental principles of their legal system.

The criminal-legal theory offers arguments *pro et contra* for this incrimination. The arguments in favour of the adoption of this criminal offence are the following: there is an assumption (not yet confirmed in practice) that the incrimination would primarily help combat the so-called systemic corruption, as well as corruption committed by representatives of political establishment. Moreover, given the definition of the incrimination in the Convention defines the incrimination in a manner which should facilitate the establishment of the criminal offence in practice: for this criminal offence to be established, it is enough to determine that the assets of a public official have considerably increased from the moment of taking office, or at any later moment, during or after termination of office, provided that he or she cannot reasonably explain the increase of assets in relation to their lawful income. The arguments against incriminating illicit enrichment are as follows: even though the claim that this incrimination is unconstitutional and represents infringement of the right to ownership cannot be properly argued, the incrimination would, in fact, represent a partial limitation to the right to ownership, given that persons (admittedly, very few of them) taking political or any other office are not only subject to control and personal property registering, but are also at a risk of being convicted although they have not committed criminal offences of corruption; it is unlikely that this incrimination will be implemented against public officials in real life; the definition of the criminal offence in Article 20 of the Convention is rather general and cannot be harmonised easily with the nomotechnical standards of Serbian criminal law; the fact that the burden of proof is solely on a defendant, who has to prove that his/her assets have been lawfully gained, makes the presumption of innocence difficult to observe; consequently, the defendant's right to defense, which also implies his/her right to remain silent, is undermined – which inevitably results in the defendant's conviction; in addition, it remains unclear what the grounds for culpability in this criminal offence are – whether it is the perpetration of the act or the possession of certain assets; it is also unsatisfactory that this criminal offence, in terms of its nature and effects, resembles the earlier, and rather controversial, institute of determining the origin of assets; similarly, if our law-makers decide to include this criminal offence in our criminal law, defining some of the characteristics of its essence may prove to be an arduous task, given that the only uncontestable fact would be that the assets exceeding lawful income are the object of the offence. On the other hand, the adoption of all other elements would require prior clarifications – it remains unclear whether the act of commission should include failure to report one's property gained before taking public office, the possession of assets exceeding lawful income, or gaining the assets; it is equally unclear whether all public officials, some public officials, or all citizens are to be treated as perpetrators of this criminal offence; furthermore, it is disputable whether the seizure of assets exceeding lawful income should be mandatory; similarly, it must be clarified whether the special grounds for the exclusion of unlawfulness should be established in case a

perpetrator makes it probable that the assets were acquired legally; there is also no clear solution for the problem of a joinder of offences relative to this criminal offence and the criminal offence of reset (maybe by establishing a special form of the criminal offence of illicit enrichment where the perpetrator would be a person to whom the assets were transferred), or regarding the connections between this criminal offence and other offences.²⁸

Bearing in mind all the above mentioned arguments, the ultimate (and all-encompassing) question is whether, out of criminal-political reasons, we should derogate from widely accepted principles of criminal law by including yet another nonotechnically contestable incrimination in our legislation.

In the *Chapter on Criminal Offences against Humanity and Other Rights Guaranteed by International Law*, more serious forms were stipulated for three criminal offences (Articles 375, 377, 388, CC), and two new criminal offences were introduced: “violation of sanctions imposed by international organisations” (Article 384a, CC)²⁹ and “endangerment of persons protected by international law” (Article 390a, CC).³⁰ The new offences were adopted in line with the obligations imposed on Serbia after its ratification of the relevant international documents.

In addition, under the law enacted in 2012, and apart from the (new) criminal offence of terrorism (Article 391, CC) which replaced the criminal offence of international terrorism, five new criminal offences were stipulated: “public instigation of terrorist acts” (Article 291a, CC), “recruitment and training for terrorist acts” (Article 391b, CC), “use of deadly device” (Article 391c, CC), “destruction and damaging of a nuclear facility” (Article 391d, CC) and “terrorist conspiracy” (Article 393a, CC).³¹

Contrary to the basic form of terrorism, the penalties for these special ‘forms’ of terrorism are more precisely defined in international documents, which should facilitate legislative activities at the national level. The obligations of the countries which ratified these conventions have been clearly set and, as a rule, they provide the necessary protection. Consequently, defining these incriminations in terms of their content should not be problematic. However, as international norms, which in their original form are not compatible with the existing normative system of the national criminal law, have been directly implemented in our legislation, the given incriminations, as a rule, do not comply fully with requirements set by specific segments of the principle of legality.

The latest interventions in this chapter on criminal offences were made by the enactment of the new law in 2014. Under this law, two new criminal offences were included in the Criminal Code: “participating in a war or armed conflict in a foreign country” (Article 386a, CC) and “organising participation in a war or armed conflict in a foreign country” (Article 386b, CC).

28 Z. Stojanović, „Krivično delo nezakonitog bogaćenja – razlozi za i protiv uvođenja“, in: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva*, Zlatibor, 2012, 343–349.

29 See N. Delić, (2014), 219–220.

30 The criminal offence was deleted from the Law of 2012.

31 N. Delić, „Criminal offences of terrorism in the Criminal Code of Serbia after the amendment of 2012“, in: *Kaznena reakcija u Srbiji, Četvrti deo*, Beograd, 131–151.

3. DECRIMINALISATION

With regard to decriminalisation, the result of the legislative reform carried until this moment is that only five criminal offences have been deleted from the list of criminal offences. In 2009, the following offences were removed: entering into voidable marriage (Article 188, CC) and facilitating the entering into marriage forbidden by law (Article 189, CC) – the chapter on criminal offences relating to family and marriage – and instigating resistance (Article 325, CC) – the chapter on criminal offences against government authorities. Two criminal offences were also removed in 2012: slander (Article 171, CC) – the chapter on criminal offences against honour and reputation – and unlawful commenting on court proceedings (Article 336a, CC) – the chapter on criminal offences against the judiciary.

In addition, the criminal offence of reckless performance in economic affairs was removed from the chapter on offences against economic interests and replaced with “abuse of position by responsible person” (Article 234, CC).

Similarly, in the chapter on criminal offences against humanity and other rights protected by international law, the law of 2012 deleted the criminal offence of endangerment of persons under international protection because this offence was incorporated in the new incrimination under Article 392 which bears the same title. The criminal offence of taking hostages (Article 292) ceased to exist with the enactment of the law in 2012. It became a part of the criminal offence of terrorism under Article 391.

The same law deleted the offence of terrorism (Article 321) from the chapter on criminal offences against constitutional order and safety of the republic of Serbia. The (new) criminal offence of terrorism (Article 391, CC) replaced the criminal offence of international terrorism in the chapter on criminal offences against humanity and other rights protected by international law.

While the deletion of criminal offences under Articles 188, 189, 325 and 336a of the Criminal Code can be considered legally justified, criminal offence of slander was erased mostly due to public pressure (primarily journalist associations), as the public holds that this criminal offence limits the freedom of the media. Namely, the cause for this radical measure partly lies in our case law which inadequately interpreted some characteristics of the essence of the criminal offence. Our opinion is that adequate amendments and modifications should have been made in the legal description of slander, instead of its complete removal from the law. One of the solutions could be to prescribe the grounds for exclusion of the criminal offence if it is established that a journalist or responsible editor have acted in compliance with the obligation of due diligence which is regulated under Article 3 of the Law on Public Information (2003). Accordingly, a journalist or responsible editor acting in line with due diligence cannot be considered perpetrator of defamation even if he/she, performing professional duties, published in the media the information about another person which is untrue and can harm that person’s honour or reputation. Another solution would be to broaden the legal description of the

offence by stating that the perpetrator knew that the published information was false.³²

Even if we put aside the significance of lay arguments for the abolition of this criminal offence and accept that the need to take off some burden from criminal justice is a justified reason, it still remains unclear why slander, which is a more serious criminal offence, was removed, while criminal offence of insult remained in our criminal law.

In addition, the law-makers should have considered other, more 'European' alternatives, instead of accepting the Anglo-Saxon model in which protection of honour is provided exclusively by instruments of civil law.³³ Apart from the existing criminal offence of slander, which implies stating or dissemination of false information, our law-makers could consider including another incrimination which would encompass 'defamation' as a criminal offence, as is the case in German criminal law which stipulates this offence under paragraph 186 of the German Criminal Code.³⁴ According to German law, the offence of "Üble Nachrede" is established when an allegation is made or disseminated about a person, and this allegation is likely to cause contempt by the public or public humiliation of that person, provided that the truthfulness of the allegation cannot be proved. The penalty for this offence is one-year imprisonment or a fine. A more serious form of the offence is established if the basic form was committed in public or by dissemination of texts. The penalty is a two-year prison sentence or a fine. The offence is considered committed if the allegation was made or disseminated, whereby the allegation is any statement in which certain fact is stated or disseminated and which a perpetrator is convinced to be true. The perpetrator may have found out about this fact indirectly, from another person. The culpability lies in the fact that certain harmful information is stated or disseminated about a person, and a perpetrator cannot be certain about the truthfulness of this information at the moment of committing the act. It should be noted that the impossibility of proving the truthfulness of the fact represents a (negative) objective requirement for incrimination. Consequently, criminal offence is not established if a perpetrator proves that the stated or disseminated fact is true. The fact is considered to be true if the 'essence' of the allegation is true. It is generally believed that this provision protects persons from defamation and also the right to freedom of expression guaranteed by the Tenth European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950).³⁵

32 Z. Stojanović, (2013/2), 127. and Z. Stojanović, D. Kolarić, (2012/3), 22–23.

33 For more arguments against abolition of the criminal offence of slander (and insult) see B. Ristivojević, „Negativna kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja Krivičnog zakonika: temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident“, *Crimen*, Beograd, 2012/2, 182–183.

34 For example, Swiss, Austrian, Slovenian and Croatian laws accepted this solution.

35 Lackner, Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2007, 830–833.

4. FINAL REMARKS

The conclusion of this in-depth analysis is that within the framework of the undertaken reform of the special part of criminal legislation – and in contrast to the over-emphasised criminalisation which includes: a) stipulation of new criminal offences; b) transfer of offences from secondary to primary criminal legislation; and c) stipulation of new forms of the existing criminal offences – decriminalisation, as an important instrument for shaping of the criminal law and defining its relationship with other forms of social response to socially dangerous behaviour, was completely marginalised.

Decriminalisation was evidently reduced to abolition of a very small number of criminal offences, despite the fact that the catalogue of criminal offences contains a number of offences which should be completely decriminalised, i.e. abolished.

This primarily includes criminal offences which, owing to changed social circumstances, have lost the character of socially dangerous behaviour and therefore rarely occur in real life. These offences include, in the first place, the offences committed against the Serbian Armed Forces.³⁶ Decriminalisation should also include offences which are the result of the law-makers' misjudgement regarding the level of threat to society caused by certain acts and their failure to react to such threats by implementing more appropriate legal instruments such as misdemeanour law. The corpus of such offences includes some incriminations contained in the chapter on criminal offences against labour relations, as well as the 'controversial' criminal offence of illegal possession of narcotics (Article 246a, CC). Finally, criminal offences the legal descriptions of which are already included in the existing criminal offences, such as the criminal offence of insurance fraud (Article 208a, CC), should also be decriminalised.

However, total decriminalisation is not enough. What is even more necessary is partial decriminalisation, which implies a thorough analysis of the criminal offences requiring the narrowing of the too broadly defined criminal zone. Apart from criminal offences which include the sanctioning of earlier stages of committing an act, such as the sanctioning of preparatory actions or of the attempt to commit the offence, partial decriminalisation should be implemented in relation to: a) criminal offences which from criminal-political and legal point of view have disputable forms, for example, the criminal offence of the use of uncovered credit cards (Article 228, CC)³⁷ and b) the nomotechnically ill-defined criminal offences, i.e. criminal offences with elements of their essence set too broadly, which complicates their interpretation and gives rise to abuse. This is the case with the criminal offence of inducing a minor to attend sexual acts (Article 185a, CC) and the criminal offence of abuse of computer networks and other methods of electronic communication to commit criminal offences against sexual freedom of minors (Article 185b, CC).

The further reform of the special part of Serbian criminal law should therefore be carried out in two equally important directions. The first direction involves

36 N. Delić, (2014), 230.

37 See I. Vuković, M. Radović, „Pravno-političko opravdanje krivičnog dela korišćenja kartica bez pokrića“, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd, 2014/2, 81–84.

criminalisation and it requires the harmonisation of our system of incriminations with the relevant international documents (e.g. further harmonisation of some criminal offences in the chapter on criminal offences against sexual freedom with the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse adopted in 2006 and The European Council Framework Decision 2004/68/JHA on the Prevention of Sexual Exploitation of Children and Child Pornography adopted in 2003. Criminal offences against the abuse of narcotics should also be harmonised with the Treaty of Lisbon adopted in 2009 and The European Council Framework Decision 2004/757/JHA on Combatting Drug Trafficking adopted in 2004. Finally, criminal offences involving corruption should be further harmonised with the UN Convention on Combatting Corruption adopted in 1999), while some criminal offences, and some chapters on criminal offences, should be improved both in terms of their structure and content. The second direction involves decriminalisation. Decriminalisation, both partial and total, would undoubtedly contribute, and in equal measure as criminalisation, to the strengthening of the protective function of our criminal law.³⁸

LITERATURE

- Ćorović, E. (2013) „Prevara u osiguranju u Krivičnom zakoniku Srbije sa predlogom *de lege ferenda*“, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor.
- Delić, N. (2010/1) „Krivična dela protiv pravosuđa u svetlu izmena i dopuna iz 2009. godine“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*, Istočno Sarajevo.
- Delić, N. (2014) *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd.
- Delić, N. (2014) „Criminal offences of terrorism in the Criminal Code of Serbia after the amendment od 2012“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Četvrti deo*, Beograd.
- Đorđević, Đ. (2010/9) „Oblici ubistava u savremenom krivičnom zakonodavstvu“, *Pravni život*, Beograd.
- Đorđević, Đ. (2013) „Ugrožavanje sigurnosti policijskih službenika“, u: *Položaj i uloga policije u demokratskoj državi*, Beograd.
- Đorđević, Đ. (2014/9) „Krivično delo ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, Beograd.
- Ignjatović, Đ. (1985/1) „Dekriminalizacija i inkriminalizacija u savremenom krivičnom pravu“, *JRKKP*, Beograd.
- Kambovski, V., (1986/1–2) „Mogući slučajevi dekriminalizacije“, *JRKK*, Beograd.
- Kolarić, D. (2013/9) „Nacionalna strategija za borbu protiv korupcije i izmene Krivičnog zakonika“, *Pravni život*, Beograd.
- Lackner, Kühn, (2007) *Strafgesetzbuch Kommentar*, München.
- Radulović, Lj. (1999) *Kriminalna politika, Politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd.
- Ristivojević, B. (2012/2) „Negativna kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja Krivičnog zakonika: temeljno opredeljenje ili incident“, *Crimen*, Beograd.

38 See Đ. Ignjatović, „Dekriminalizacija i inkriminalizacija u savremenom krivičnom pravu“, *JRKK*, Beograd, 1985/1, 47–49; V. Kambovski, „Mogući slučajevi dekriminalizacije“, *JRKK*, Beograd, 1986/1–2, 249–253; Z. Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad, 1991, 69. and Lj. Radulović, *Kriminalna politika, Politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd, 1999, 92–94.

- Stojanović, Z. (1991) *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Novi Sad.
- Stojanović, Z. (2005) „Pravno-filozofske koncepcije u Predlogu Krivičnog zakonika Srbije i Krivičnom zakoniku Crne Gore“, u: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Budva.
- Stojanović, Z. (2012) *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd.
- Stojanović, Z. (2012) „Krivično delo nezakonitog bogaćenja – razlozi za i protiv uvođenja“, u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva*, Zlatibor.
- Stojanović, Z. (2013) „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti u krivičnom pravu Srbije“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd.
- Stojanović, Z. (2013) „Nova rešenja u krivičnom zakoniku Srbije, njihova primena i buduća reforma“, u: *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor.
- Stojanović, Z. (2013) „Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?“, *Crimen*, Beograd.
- Stojanović, Z., Kolarić, D. (2012/3) „Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Bezbednost*, Beograd.
- Stojanović, Z., Kolarić, D. (2014) *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd.
- Schönke, Schröder, (2001) *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München.
- Vuković, I., Radović, M. (2014/2) „Pravno-političko opravdanje krivičnog dela korišćenja kartica bez pokrića“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd.

Nataša Delić

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIMINALIZACIJA VERSUS DEKRIMINALIZACIJA – STANJE I PERSPEKTIVE POSEBNOG DELA KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA SRBIJE

REZIME

Zakonodavna reforma koja je usledila nakon stupanja na snagu Krivičnog zakonika iz 2006. godine do sada je obuhvatila donošenje ukupno pet zakona. Iako su datim zakonima izvršene odgovarajuće izmene i dopune kako u Opštem, tako i u Posebnom delu Krivičnog zakonika, reforma je daleko veći značaj imala za posebni deo krivičnog zakonodavstva. U okviru date reforme, kako po obimu, tako i po sadržini, dominiraju izmene i dopune izvršene u septembru 2009. godine. Međutim, ono što, osim propisivanja težih kazni za većinu krivičnih dela, primarno karakteriše ove izmene i dopune jeste uvođenje velikog broja novih krivičnih dela ili novih oblika postojećih krivičnih dela i brisanje samo nekoliko krivičnih dela. U prvom delu rada u fokusu interesovanja jeste sprovedena kriminalizacija i u tom smislu autor ukratko prikazuje nova krivična dela, odnosno navodi nove oblike postojećih krivičnih dela u okviru pojedinih glava krivičnih dela. U datom kontekstu razmatranja, posebna pažnja posvećena je krivičnim delima čiji je ratio legis sporan i krivičnim delima kod kojih širenje granica kažnjivosti nema svoje kriminalno-političko utemeljenje. U drugom

delu rada autor ukazuje na činjenicu da je, za razliku od kriminalizacije koja se javlja u više oblika (propisivanje novih krivičnih dela; prebacivanje krivičnih dela iz sporednog u osnovno krivično zakonodavstvo i propisivanje novih oblika postojećih krivičnih dela) i predstavlja okosnicu sprovedene reforme, dekriminalizacija potpuno zanemarena i marginalizovana budući da je iz postojećeg kataloga krivičnih dela u pravom smislu te reči brisano samo pet krivičnih dela. Pri tome, za jedno od tih krivičnih dela – krivično delo klevete, autor smatra da ga uopšte nije ni trebalo ukinuti već samo revidirati i sadržinski unaprediti njegov zakonski opis. Na kraju rada autor zaključuje da uspešan nastavak zakonodavne reforme posebnog dela krivičnog zakonodavstva nužno pretpostavlja značajnu afirmaciju dekriminalizacije (potpune ili delimične) koja, u jednakoj meri kao i kriminalizacija, doprinosi jačanju protektivne funkcije krivičnog prava.

Ključne reči: kriminalizacija, dekriminalizacija, reforma, posebni deo, Krivični zakonik Srbije.

Milovan M. Mitrović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ZLOČIN I KAZNA NAD SRBIJOM¹

– Prilog dijalektici kriminalnog delovanja u Srbiji –

Apstrakt: U ovom radu traži se odgovor na pitanje kako je moguće da je upropašćavanje privrede Srbije izvršeno u saglasnosti s normama našeg pozitivnog prava. Autor se opredeljuje za *dijalektički* metod i *teoriju društvene (dez)organizacije* kao heuristički najplodniji okvir za hipotetičko sociološko razmatranje kriminalnog delovanja i ponašanja u Srbiji. Dijalektički gledano, kriminalitet je složen i u sebi protivrečan totalni socijalni fenomen kojeg determinišu uzajamno suprotstavljene spoljne okolnosti, sistemski činioci i unutarnji razlozi i motivi. Obrazlaže se hipoteza da su najznačajnije determinante upropašćavanja srpskog društva unutarnji: sistemski politički činioci i korumpirana politička elita koja je iskoristila ratove, spoljne sankcije i NATO-agresiju na Srbiju da zloupotrebjava pravo i manipuliše javnim mnjenjem u svom partokratskom i ličnom interesu.

Gljučne reči: zločin, kazna, dijalektika kriminala, kriminalna privatizacija.

U zaključku jednog svog rada Đorđe Ignjatović postavlja, sa sociološko-pravnog i kriminološkog stanovišta sledeće krucijalno pitanje: „Kako je moguće da je upropašćavanje privrede Republike (Srbije, M.M.) velikim delom izvršeno u saglasnosti s normama našeg pozitivnog prava?“ Nakon postavljenog pitanja Ignjatović formuliše i radnu hipotezu za čije proveravanje bi, po njegovom mišljenju, trebalo formirati jedan istraživački tim. Ta hipoteza glasi: „Stanje u kome se privreda Srbije nalazi nije samo posledica kraha samoupravne dogovorne ekonomije, sankcija međunarodne zajednice, bombardovanja koje nam je podario ‘Milosrdni anđeo’. Bez želje da zanemarimo istorijske faktore i aboliramo doprinos ‘stranog elementa’, najznačajnije razloge zbog kojih smo pred bankrotstvom i zašto nam se najavljuje još nekoliko godina krize treba potražiti unutar granica ove zemlje.“²

Moja načela saglasnost sa Ignjatovićevom tvrdnjom sadržanom u postavljenom pitanju, da je upropašćavanje privrede (i ne samo privrede) Srbije velikim delom izvršeno u saglasnosti s normama našeg pozitivnog prava, predstavljala je stvarnu osnovu naše uzajamne saradnje na višegodišnjem istraživačkom projektu čiji je nosilac on bio. Saglasan sam, takođe, i sa njegovim tvrdnjama iznetim u odgovoru na

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

1 Ovaj članak u prvom redu ukazuje na neke teorijsko-metodološke aspekte kriminalnog delovanja, a potom sintetizuje analitičke nalaze tekstova koji su nastali u toku mog rada na projektu *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, problematizujući istovremeno jedno važno pitanje (uz nekoliko naznaka hipotetičkih odgovora) koje je u zaključku jednog svoga rada postavio nosilac navedenog projekta Đorđe Ignjatović.

2 Đorđe Ignjatović (2014): „Suzbijanje kriminaliteta u privredi – pretpostavka održivog razvoja“, Zbornik *Moguće strategije razvoja Srbije*, ur. Časlav Očić, SANU, Odeljenje društvenih nauka, Beograd, s. 355.

prethodno pitanje, koje su sadržane u formuliranoj „radnoj hipotezi“. Značaj pitanja i način na koji je ono postavljeno, a potom i operacionalizovano u „radnoj hipotezi“, zaslužuju dodatno analitičko (sociološko i ne samo sociološko) teorijsko-metodološko razmatranje – koje bi prethodilo detaljnijem i sistematskom iskustvenom proveravanju i pitanja i hipotetičkog odgovora.

Slično pitanje sam i sam postavljao i slične odgovore tražio u svim svojim radovima u okviru projekta *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, uz dodatna konkretnija obrazloženja koja bi dobila novi smisao u sintetičkom obliku, ali i novo razumevanje u svetlu Ignjatovićevo pitanja i njegove „radne hipoteze“. Čini se da bi detaljnije propitivanje i navedenog i više drugih povezanih pitanja i hipotetičkih odgovora valjalo započeti razmatranjem osobenosti društvenih istraživanja uopšte, a posebno determinanti (uslova, okolnosti, činilaca, uzroka i razloga), kao i posledica kriminalnog delovanja i ponašanja pojedinaca i grupa – bilo gde i bilo kad – pa i u današnjoj Srbiji.

Kriminalno delovanje i ponašanje je samo jedan vid društvenog delovanja i ponašanja čija je struktura i geneza slična strukturi i promenama svakog drugog ljudskog pojedinačnog ili grupnog, spontanog ili organizovanog, neformalnog ili formalnog društvenog delovanja i ponašanja. Sociološka analiza strukture i geneze kriminalnog delovanja i ponašanja u nekom konkretnom društvu i njegovom bližem (regionalnom) i širem (globalnom) okruženju moguća je u okviru različitih teorijsko-metodoloških pretpostavki. Čini se da složenost, unutarinja protivrečja i izrazita dinamičnost kriminaliteta kao socijalnog fenomena i predmeta istraživanja, kao i neophodna kritičnost istraživača spram pojava koje neosporno imaju protivdruštveni karakter, ukazuju na *dijalektički inoviranu* (i kreativno protumačenu) *teoriju društvene (dez)organizacije* kao heuristički najplodniji teorijsko-metodološki okvir za hipotetičko sociološko razmatranje kriminalnog delovanja i ponašanja.

Kao najširi i u osnovi funkcionalistički konceptualni okvir, opšta teorija društvene dezorganizacije operativno se razgranjava prema osnovnim činiocima i uslovima koji u svom sadejstvu prouzrokuju dezorganizaciju nekog konkretnog društva. U tom pogledu naročito su značajni uslovi, činioci i uzroci normativne dezorganizacije, koji neposredno blokiraju ili razaraju glavne mehanizme društvene kontrole. Pošto društveni sukobi prethode svakoj dezorganizaciji društva i razaranju društvenih institucija, a redovno ih i prate, sa teorijom društvene dezorganizacije povezana je i teorija društvenih sukoba kao relevantna teorijska osnova za sociološko proučavanje naraslog kriminaliteta u savremenom srpskom društvu. To je društvo koje se u poslednjih nekoliko decenija suočava sa oštrim sukobima zbog razbijanja države, sloma političkog i privrednog sistema, ratova, spoljnih sankcija, unutarnjih političkih i socijalnih suprotnosti i razvojnih blokada.

Razvijajući teoriju društvenih sukoba Luis Kozler (*Lewis Soser*) ističe da je socijalni konflikt „borba za ostvarivanje vrednosti i statusa koji nedostaje“ koja se vodi između grupa i među pojedincima u grupama, kad god oni imaju međusobno oprečne interese i vrednosti. Društveni sukobi izazivaju dezorganizaciju društva tako što sukobljeni akteri ruše ranije uspostavljeni poredak društvenih odnosa i prema snazi svoga interesa stvaraju novi, kojem su prinuđeni da se prilagođavaju

oni koji su slabiji. Kad god se pojačaju društveni sukobi nastupa veća ili manja dezorganizacija ustanovljenog društvenog poretka, i obrnuto. Dezorganizacija društva i društveni sukobi uzajamno se uslovljavaju na više načina:

1. ugrožavanjem i preraspodelom važnijih društvenih uloga;
2. pojačavanjem borbe oko društvenih statusa pojedinaca i grupa;
3. razaranjem ustanovljenog sistema vrednosti;
4. dovođenjem u pitanje uobičajenih društvenih normi;
5. blokiranjem glavnih mehanizama društvene kontrole.

Iz ovoga bi mogla da se izvuče hipoteza da su društveni sukobi (rat, spoljne sankcije i slom režima) doveli do duboke krize i razaranja (dezorganizacije) srpskog društva, koji su neposredno uticali na nagli porast svih oblika kriminaliteta u Srbiji. Tako je Srbija u svim svojim globalnim funkcijama sistemski dezorganizovana država, kao što je i srpsko društvo razarano u svim važnim strukturnim segmentima, i po istorijskoj dubini i po prostornoj širini. U dužem periodu srpska država i društvo izloženi su procesima spoljnih blokada i unutarnjeg razaranja, nego procesima otvorene i ravnopravne komunikacije s drugima i unutar sebe i koliko-toliko kontinuiranom, autonomnom i samoodrživom razvoju. U tako dezorganizovanim društvima organizovani kriminalitet ne samo što nalazi plodno tlo da se duboko ukoreni i na sve strane raširi, nego postaje njegova funkcionalna dopuna. Od sveprisutne kriminalne kontaminacije država u celini, pa ni njena politika, privreda, pravosuđe, zdravstvo, obrazovanje, sport, mas-mediji, niti kultura svakodnevnog preživljavanja običnih građana, ne mogu da ostanu nezagađeni, a ponekad ne mogu ni da opstanu.

Takvu kontroverznu društvenu realnost bolje od drugih može da objasni i da protumači kritička socijalna teorija u koju je kreativno ugrađena dijalektika, shvaćena na klasičan način, kao metoda kritičkog mišljenja koje otvoreno suočava spoljne okolnosti i unutarnje činioce, strukturne suprotnosti i istorijske protivrečnosti, političke aktere i pravne modele, kulturne obrasce i konkretno delovanje i ponašanje pojedinaca i grupa koji imaju svoje posebne, a često i međusobno suprotstavljene, potrebe i interese, usvojene vrednosti i prihvaćene norme. Sociološka kritička analiza koja bi, sa jedne strane, uspela da izbegne neopravdani redukcionizam koji pojednostavljuje složene determinističke veze normalnih i patoloških pojava, a sa druge strane, ne bi otišla u još opasniji relativizam koji između njih briše bitne suprotnosti – podseća na *sociološku kvadraturu društvenoga kruga* koja traži „zlatni presek“ u kojem se stvarno seku, a etički i pravno suštinski razilaze kriminalno i normalno (pravno legalno i moralno legitimno) delovanje i ponašanje pojedinaca i grupa u današnjem srpskom društvu.

U nastojanju da se bliže pojmovno konceptualizuje dijalektika kriminalnog delovanja i ponašanja čini se da je neophodno da se istaknu razlike i uoči međusobna povezanost njegovih najvažnijih determinanti kao što su kriminalne okolnosti, kriminalni činioci, kriminalni uzroci, kriminalni razlozi, kriminalni motivi.

Kriminalne okolnosti neposredno ne proizvode kriminalitet, ali mogu posredno da ga podstiču ili odvrćaju. One predstavljaju najširi deterministički okvir čije dejstvo je dubinsko i *strukturno*, koje je najposrednije, najsporije i najteže se menja,

te ne trpi brzu i nasilnu reakciju (kaznu). Umesto kazni neophodne su kontinuirane i strateški osmišljene akcije za reforme globalnog institucionalnog sistema i njegovih funkcionalnih podsistema – političkog, ekonomskog, pravnog, obrazovnog, zdravstvenog i svih drugih, kako bi se u njima efikasnije sprečavao kriminal. Za strukturne okolnosti koje imaju kriminogeno dejstvo, besmisleno je tražiti krivca, ali je neophodno utvrditi objektivnu istorijsku i subjektivnu političku odgovornost glavnih aktera kako bi se predupredilo ponavljanje starih grešaka i podstakle ozbiljne sistemske reforme.

Kriminalni činioci neposrednije utiču na stepen i vrstu kriminaliteta i u njih se uključuje sve ono što u osnovi predstavlja *kriminalno ponašanje* koje efektivno omogućuje kriminalno delovanje. Važeći institucionalni politički, pravni i ekonomski sistem neposrednije utiče na aktuelno kriminalno delovanje pojedinaca i grupa od istorijski nasleđene društvene strukture i on u sebi krije najvažnije spoljne (eficijentne) uzroke kriminaliteta u nekom konkretnom društvu. Ovde se radi o akterima koji ne čine kriminalna dela ali se kriminalno ponašaju tako što ne obavljaju svoju zakonsku obavezu da sprečavaju kriminalitet i kažnjavaju kriminalce i tako utiču na kriminalizaciju društva i kad nisu u neposrednoj i personalnoj sprezi sa kriminalcima. Ovi činioci kriminaliteta suzbijaju se odgovarajućim institucionalnim reformama i personalnom odgovornošću nadležnih lica u organima društvene kontrole. U težim slučajevima kriminaliteta oni koji su ga svojim nečinjenjem omogućili morali bi, pored profesionalne, da snose i krivičnu i materijalnu odgovornost za njegove štetne posledice.

Kriminalni razlozi sasvim neposredno utiču na konkretno kriminalno delovanje pojedinaca i kriminalno organizovanih grupa. To su unutarnji činioci ili motivi (finalni uzroci) kriminalnog delovanja koji se moraju neposredno suzbijati odgovarajućim precizno odmerenim i personalizovanim kaznama. Dijalektički gledano, kriminalitet je složen i u sebi protivrečan totalni socijalni fenomen i pojam koji obuhvata čitav spektar kriminalnog delovanja i ponašanja pojedinaca i organizovanih grupa koje su često međusobno suprotstavljene u nekom konkretnom društvu. Okolnosti, činioci i razlozi uvek postoje kao spoljne determinante koje se interiorizuju, ali i kao unutarnje determinante koje se ospoljavaju. Relativnost navedenih determinanti ogleđa se i u mogućnosti da neka važna okolnost postane aktivni činilac ili da spoljni činilac postane unutarnji razlog.

Kao socijalno najteža devijacija koja se, po pravilu, ispoljava kao zločinačko kršenje pisanih zakona i legalnog poretka, s pitanjem o njegovim društvenim uzrocima i o oblicima ispoljavanja, povezana su i pitanja o načinima suzbijanja i o saniranju njegovih posledica. U odgovorima na svako od navedenih pitanja uvek se traga za okolnostima, činiocima i razlozima konkretnog kriminaliteta, koji se u dijalektičko-fenomenološkom modelu analize sagledavaju kao koncentrični deterministički prstenovi koji se često međusobno seku i preklapaju.

Akcionalistički gledano, seku se ili preklapaju okolnosti, činioci i razlozi delovanja onih prvih koji stvaraju legalni poredak, onih drugih koji ga krše i onih trećih koji kontrolišu poštovanje poretka, kažnjavaju kriminalce i saniraju posledice kriminaliteta. Delovanje i ponašanje aktera u svakoj od tri navedene grupe uzajamno

se uslovljava. Zato se o tome mora voditi računa i u socijalnoj anamnezi i u dijagnozi i u terapiji, kao i u eventualnoj preventivi kriminaliteta. I pored ovako složenog spleta determinanti, često se problemi u suzbijanju kriminaliteta svode na kaznenu reakciju samo prema neposrednim izvršiocima kriminalnih radnji, kao jedini način socijalne kontrole.

Kaznena reakcija na kriminalno delovanje jeste neophodna, ali nije dovoljna mera za suzbijanje ni samih kriminalnih motiva kriminalnih aktera, a pogotovo je nedostatna kao mera za otklanjanje drugih činilaca kriminaliteta u nekom konkretnom društvu. Personalne kazne ne uklanjaju štetne posledice spoljnih uzroka, a samo delimično (ne uvek i ne u svim slučajevima) uklanjaju kriminalne motive kao unutarnje uzroke kriminaliteta. Kad su personalne kazne pravedno odmerene, one efikasnije odvrćaju od kriminalnog delovanja, ali ako se doživljavaju kao nepravedna odmazda omraženog sistema ponekog kriminalca mogu dodatno da motivišu na još teži kriminal.

Celovitiji uvid u suštinu kriminalnog ponašanja i delovanja sugerise zaključak da je odvrćanje i sprečavanje kriminaliteta racionalnije od kažnjavanja kriminalaca. Kažnjavanje jeste nužno, ali nije ni prva ni poslednja mera u borbi jednog društva s kriminalitetom. I u ovome je „bolje sprečiti nego lečiti“. A i lečenje društva od kriminaliteta nije moguće ako bi se kažnjavanje kriminalaca svodilo na kaznu kao odmazdu koja samo nasilno saseca njihove kriminalne motive, sanira posledice i ne uklanja uzroke. Racionalno i pravedno kažnjavanje moralo bi selektivno da suzbija kriminalne i podstiče zdrave motive ponašanja i delovanja svih društvenih aktera, pa i najtežih kriminalaca koje svako organizovano društvo u svakom slučaju mora da drži pod najstrožom kontrolom.

Ako se nakon prethodnih razjašnjenja vratimo na Ignjatovićevo pitanje: „Kako je moguće da je upropašćavanje privrede Republike velikim delom izvršeno u saglasnosti s normama našeg pozitivnog prava?“, dolazimo do razuđenog odgovora koji stepenuje determinante tako što u prvi plan ističe „najznačajnije razloge zbog kojih smo pred bankrotstvom“ koje „treba potražiti unutar granica ove zemlje“. Sasvim je tačno rečeno da se radi o „najznačajnijim razlozima“ pošto su unutarnji razlozi u načelu uvek značajnija determinanta svakog delovanja (pa i onog koje je kriminalno) od spoljnih okolnosti, spoljnih uzroka, pa i od spoljnih razloga. A stvarno, kriminalne spoljne okolnosti, spoljni uzroci, pa i spoljni razlozi bili su toliko kriminogeni da su unutarnji kriminalni motivi naglo ojačali i eskalirali u svim oblastima društvenog života i svim prostorima „unutar granica ove zemlje“.

Na stranu ostavimo kriminogene paradokse koji usložnjavaju Ignjatovićev hipotetički odgovor na postavljeno pitanje. Prvi je paradoks da je reč o zemlji (državi) čije su unutarnje granice protivustavno postale spoljne, za koje se u titoističkom ideološkom diskursu nekad govorilo da su „granice koje spajaju jugoslovenske narode i narodnosti“ i njihove „radne ljude i građane“. To su granice koje danas razdvajaju ne samo narode nego i najbližu rodbinu, ali su bogomdane za kriminalce svih „jugoslovenskih naroda i narodnosti“. I kao takve, ne znaju se stvarne granice „ove zemlje“, a ne zna se ni do kada se sve neće znati. Unutar takvih granica nikome nije lako da identifikuje „najznačajnije unutarnje razloge“ ni za jednu normalnu ili

patološku pojavu, pošto se u njoj sve što je spoljnje na volšeban način i lako pretvara u unutarnje, i obrnuto, a ne retko se brišu i uobičajene granice između normalnog i patološkog. To sve zajedno stvara optimalne okolnosti i predstavlja plodno tle za svaku vrstu kriminala.

Međutim, kriminalne okolnosti ne proizvode nego samo podstiču, olakšavaju i omogućuju kriminal kojeg nema bez kriminalaca koji za svoje kriminalno delovanje uvek imaju svoje kriminalne razloge pretvorene u kriminalne motive. Zato je Ignjatović u pravu kad kaže da su najvažniji razlozi za kriminalno delovanje, pre svega, unutarnji. To sledi i iz drugog paradoksa da je u vreme bombardovanja Srbije stopa kriminaliteta bila manja nego pre i posle te brutalne NATO agresije. Kakve god da su spoljne okolnosti, unutarnja reakcija na njih uvek zavisi od unutarnjih aktera i njihovih potreba i interesa, usvojenih vrednosti i prihvaćenih pravila delovanja i ponašanja. Ekonomske sankcije su manje brutalne od bombardovanja, ali su za Srbiju bile kriminogenije od osiromašenog uranijuma.

U okolnostima spoljnih sankcija i surove međunaradne blokade nužno je bilo da se strukturno i funkcionalno prekomponuje unutrašnji institucionalni sistem: policija je prvo bila prinuđena da saraduje sa kriminalcima, a zatim ih je sama organizovala; carinici su tada dobili preporuku da saraduju sa švercerima, a zatim su sami počeli da organizuju šverc. Svi su bili prinuđeni da jedno misle, drugo govore, a treće rade. U takvim okolnostima zakoni su i za one koji ih pišu i za one koji bi trebalo da ih primenjuju bili samo „mrtvo slovo na papiru“. Oni se otvoreno i grubo krše ili se zamenjuju „korisnim malverzacijama“, pa se sudstvo potpuno delegitimise i pravosudni sistem u celini obesmišljava. U takvim okolnostima privreda definitivno potpada pod uticaj organizovane korupcije, koja zahvata i sve druge oblasti društvenog života – politiku, zdravstvo, obrazovanje.

Najopasnija posledica tako stvorene *društvene anomije* jeste otvorena sprega i pogubna simbioza normalnih i patoloških pojava – kad je izgledalo da svi saraduju na istom („patriotskom“) poslu. Tako su pomešani kriterijumi dobra i zla, stvorena je vrednosna pometnja i normativna zbrka i niko više nije bio u stanju niti je imao motiv da se sam bori protiv udruženih snaga systemske korupcije i drugih oblika kriminaliteta, protiv interesnog saveza neodgovorne vlasti i organizovanih kriminalaca. Zato je stanje društvene anomije raj za sve stvarne i potencijalne zločince. (Mitrović, 2007)

Spoljne sankcije su, dakle, naterale državu da kriminalcima poveri patriotske zadatke u pribavljanju strateških roba, i da svoju policiju, carinu i pravosuđe podredi švercerima i ratnim profiterima. Tako su stvoreni maligni kriminalni spojevi organizovanog kriminaliteta u Srbiji koji su potom metastazirali po svim organima društvenog oraganizma. Ipak, glavni akteri i na jednoj i na drugoj strani zakona, bili su naši građani i naše institucije, ali nikad svi nego samo neki: kod jednih je vrlina ojačana nuždom, a kod drugih je nužda progutala pervertiranu vrlinu; jedni nisu hteli ni da počnu, a drugi nisu umeli da prestanu; i jedni i drugi imali su svoje razloge i motive za svoj izbor strane s lica ili s naličja zakona. Pravedno je da svako ponese svoj deo zasluga i odgovornosti za propast ili opstojavanje jednog ili drugog – jedni legalnog, a drugi kriminalnog poretka.

Da nije bilo spoljnih sankcija, vojne agresije i „humanitarnog bombardovanja“ Srba i Srbije – unutarnje kriminogene sile nikad ne bi tako ojačale. Ali takve kakve su bile (vlastoljubive i na novac pohlepne) mogle su same za sebe iznutra da razore, opljačkaju i osiromaše i mnogo organizovanja i bogatija društva od srpskog. I razorila su ga, opljačkala i osiromašila. Njihov deo odgovornosti za uništavanje srpske privrede je neosporan, a oštro sankcionisanje neophodno, utoliko pre što država Srbija nije u mogućnosti da postavi pitanje bilo kakve efektivne odgovornosti bilo kojeg od spoljnih aktera.

Naši vlastodršci su, nekad sami a često i uz strane mentore, pisali i usvajali zakone za koje se unapred znalo ili se s velikom verovatnoćom moglo pretpostaviti da će dovesti do brzog, nepravednog i u osnovi kriminalnog bogaćenja politički privilegovanih pojedinaca i grupa, čije je naličje (ili latentna posledica) bilo upropašćavanje privrede Srbije u „saglasnosti s pozitivnim pravom“ zbog kojeg smo danas „pred bankrotstvom“. Tako je u Srbiji došlo do razorne sinergije spoljnih i unutarnjih kriminalnih okolnosti, činilaca i razloga – u najmalignijem obliku „savršenog zločina“ koji je unapred amnestiran od kazne – za jedne zbog spoljnih sankcija, a za druge zbog saglasnosti sa unutarnjim pozitivnim pravom.

Utoliko je Đorđe Ignjatović u pravu kad za unutarnje aktere upropašćavanja srpske privrede vezuje „najznačajnije razloge“. Time se zaista ne amnestiraju spoljni činioči našeg unutarnjeg zla, koji su sasvim evidentni u domenu svoga delovanja. Ali, insistiranjem na spoljnoj odgovornosti stvarno se amnestiraju mnogo štetniji i opasniji unutarnji razlozi našeg propadanja, a nekažnjeni ostaju domaći kriminalci. Pritom se ne radi samo o moralnoj šteti koju trpi svako društvo koje ne kažnjava svoje zločince, nego je u pitanju sistemski nemar koji srpskom društvu, uhvaćenom u makaze spoljnih i unutarnjih zločina i njihovog uzajamnog amnestiranja, nanosi nenadoknadive strukturne štete i nameće nesavladive razvojne blokade. Tako ostaju nekažnjeni i globalno organizovani zločini nad Srbijom i lokalno organizovani kriminalitet u Srbiji. Zločin i kazna su stvarno tako razdvojeni da kazna ne sustiže zločince koji se zaklanjaju jedni za druge ili za svoje zločine često okrivljuju žrtve. Dijalektika svakodnevnog življenja, pak, prepoznaje i kod nas provereno iskustvo da su najštetniji nekažnjeni zločini i najopasniji nekažnjeni zločinci „u našim redovima“.

Ako se traga za korenima „domaćega zla“ kao najznačajnijim razlozima upropašćavanja srpskog društva koje je „velikim delom izvršeno u saglasnosti s normama našeg pozitivnog prava“ (Đ.I.) mora se početi od onih koji stvaraju i primenjuju naše pozitivno pravo i od svega onog što određuje njihovo javno delovanje. Tu je u prvom redu reč o našem institucionalnom *sistemu* i našoj *političkoj eliti*, o karakteru sistema, interesima elite i usvojenim obrascima njenog delovanja koji mogu više ili manje da podstiču ili da suzbijaju kriminalitet, da se bore protiv kriminala ili da ulaze sa kriminalcima u razne interesne koalicije. Sve drugo, i kad je važno, ima drugorazredni značaj.

Sistemski kriminalitet nije samo personalni nego je strukturni društveni fenomen, koji izvire iz „konstrukcijske greške“ u primeni temeljnih pravila društva. Tipični primeri su oni kada se nelegalni privatni interesi ostvaruju pomoću javnih in-

stitucija, ali i kada se javno proklamovani i društveno verifikovani ciljevi ostvaruju neformalnim aranžmanima javnih institucija sa problematičnim privatnim licima. U tom smislu *korupcija je tipična sistemska devijacija* koja je u socijalističkim sistemima bila latentna strukturno-funkcionalna pratilja državne (društvene) svojine, političkog monopola i neautonomnog prava. U takvom *sistemskom* okruženju svaka finansijska transakcija između partnera iz državnog i privatnog sektora bila je podložna nekom vidu korupcije.

Sa urušavanjem socijalističkih sistema stvaraju se pogodni uslovi za tzv. *tranzicijski* kriminal. Kampanjska transformacija državnog (društvenog) vlasništva u privatno predstavlja epohalnu priliku za nepojmljivo brzo i ogromno bogaćenje onih koji su imali politički monopol u bivšim socijalističkim društvima. Veliki novac i neefikasno pravosuđe, sa svoje strane, pogoduju ne samo bujanju korupcije, nego i otvorenom pljačkanju javnih (prirodnih i društvenih) dobara.

Politička pluralizacija legalizuje ranije latentne partijske frakcije koje se transformišu u međusobno sukobljene i kriminogene interesne klanove čija se moć meri količinom opljačkanog novca i stepenom uticaja na državne organe. To neposredno dovodi do raspada i fragmentacije represivnog sistema, što u uslovima masovne nezaposlenosti i osiromašenja, ideološke pometenosti i rastućeg socijalnog beznađa širom otvara vrata za sve konvencionalne vidove kriminala. U Srbiji su ratne okolnosti pojačale negativna dejstva sistemske tranzicije i tako stvorile *anomijski* društveni ambijent u kojem su se kumulirali svi kriminogeni činioci: unutarnji (sistemski i tranzicijski) i spoljni (sankcije i NATO agresija). Od mnoštva velikih problema sa kojima se danas suočava srpsko društvo najveći su oni koje mu stvara njegovo neodgovorno i nesposobno političko vođstvo koje stvara i primenjuje ono pozitivno pravo koje je omogućilo domaćim i stranim kriminalcima da upropaste ne samo našu privredu nego i mnoga ograničena prirodna i kulturna dobra od nacionalnog značaja.

Tome je neposredno poslužila kampanjska tranzicijska privatizacija u Srbiji u kojoj je uspostavljena pljačkaška koalicija bogatih stranih i domaćih kriminalaca, političkih elita i uticajnih mas-medija. Kampanja privatizacije je ideološki opravdana pretpostavkama da je u sistemima u kojima je privatno vlasništvo dominantno, prostor za korupciju manji od onih gde državni službenici imaju velika diskreciona prava u raspolaganju javnim dobrima. Zato se pretpostavlja da proces privatizacije, pored ostalog, sužava polje moguće korupcije jer se privatni vlasnik sa drugim privatnim vlasnikom susreće na tržištu na kojem vladaju transparentni konkurentski odnosi. To je u načelu tačno, ali je u stvarnosti sasvim drukčije, naročito onda kada se poslovanje odvija između privatnog i javnog sektora, gde su institucije društvene kontrole nerazvijene, a pogotovo onda kada se neposredno obavlja sam prenos vlasništva sa javnih na privatne nosioce. Privatizacija u postsocijalističkim društvima je tipična takva situacija u kojoj je korupcija najizraženija njena crta.

Suzana Ekerman (2007, 47–49) sažima mnoštvo činilaca koji pogoduju bujanju korupcije u procesu privatizacije u tri velike grupe. U prvom redu tu su činioci koji su povezani sa činjenicom da ne postoje pouzdani kriterijumi da se realno i pošteno

proceni vrednost državnih preduzeća koja se privatizuju. Što god su preduzeća veća, veći su rizici krive procene, čime se širi polje moguće korupcije.

Korumpirani mogu da budu insajderi iz preduzeća koji neke informacije koje samo oni znaju nekima (pro)daju a drugima ne. To mogu da budu i spoljni revizori koji prema intersima onih aktera privatizacije koji su ih podmitili, u svojim procenama nešto precenjaju, a nešto podcenjuju.

Tipičan je manipulativni mehanizam javno obaranje cene predmeta privatizacije, uz tajno obaveštavanje privilegovanih učesnika na tenderima o stvarnoj vrednosti neke firme. Predmet korupcije obično su stavke ugovora o privatizaciji u kojima se privatizovanoj firmi garantuju monopoli koje je imala državna firma, kao i one o obavezama novog vlasnika da neko određeno vreme ostane u ranijem poslu, da donese nove investicije, da sprovede dogovorene socijalne programe. Moglo bi se slobodno reći skoro da nema nijedne faze u procesu privatizacije koja ne nosi rizik da bude zahvaćena korupcijom. Uočena je opšta pravilnost da korupcija u fazi pripreme preduzeća za privatizaciju, omogućuje korupciju tokom samog procesa privatizacije, a završava sa korupcijom kojom novi vlasnik izbegava preuzete obaveze posle sprovedene privatizacije.

Napred navedeni kriminogeni rizici su više ili manje zastupljeni u svim društvima i svim slučajevima privatizacije zbog kojih se može s pravom reći ono što se i kod nas često čuje da u stvarnosti „nema poštene privatizacije“. Shodno ovome, i kod nas bi valjalo detaljnije razmotriti nekoliko tipičnih slučajeva privatizacije krupnih preduzeća u kojima je došlo do evidentnih zloupotreba zakona i videti ko je sve i na koji način u to bio upleten. U svakom slučaju bi valjalo da se osvetle relevantne okolnosti (politički kontekst, pravni okvir, javno mnjenje) uloga vlade, skupštinskih odbora, vladinih tela, nevladinih organizacija, javnih medija.

Iskustvena građa za studije slučajeva (*case study*) kriminalnih privatizacija u Srbiji rasuta je po arhivama dokumenata državnih organa i tela, po sudskim spisima, napisima u medijima, izveštajima nezavisnih tela i nevladinih organizacija. Neki njihovi aspekti osvetljeni su u analitičkim medijskim i stručnim člancima i naučnim studijama o reformama i korupciji u Srbiji. Metodološki pristup koji polazi od studija tipičnih slučajeva u empirijskim sociološkim istraživanjima ima prednost u odnosu na sve druge pristupe zato što ih na svojevrsan način objedinjava. Kritička analiza relevantnih pravnih propisa, odluka nadležnih ministarstava, konkretnih postupaka vlade, vladinih tela i nevladinih organizacija ili medijskih napisa, u svim fazama privatizacije, ostaje na apstraktnom nivou teorijskih zaključaka za koje se uvek mogu navoditi razlozi „za“ i „protiv“ – od kojih su jedni ubedljivi za jedne, a drugi za druge aktere. Tek kad se svi relevantni činoci susretnu i ukrste u konkretnim okolnostima, u teorijski i praktično indikativnim slučajevima, mogući su pouzdani zaključci o stvarnim vrednostima i nedostacima preduzetih mera, donetih odluka i njihovih nameranih ili nenameranih posledica. Bez konkretnih uvida u njihove posledice teško je dokazivati da neka zakonska norma, neka politička odluka, konkretno postupanje ili nepostupanje vlade i nadležnog ministarstva, nekog regulatornog tela ili suda nije dobro za državu, da više pogoduje kriminalcima nego poštenim građanima. Utoliko pre što su mnogi skloni da se skrivaju iza svojih ili tu-

đih „dobrih namera“, manipulišući objektivnim suprotnostima interesa, teorijskim kontroverzama, ideološkim protivrečnostima, medijskim zabunama, neznanjem i elementarnom neobaveštenošću aktera. Konkretni slučajevi najbolje demaskiraju manipulativne mehanizme pošto je u normalnoj komunikaciji nemoguće dokazati da je dobar zakon koji daje loše rezultate, da je poštena politika koja ide na ruku kriminalcima, da je nenamerna greška nadležnih tela ona njihova odluka koja je doneta uprkos jasnim, glasnim i blagovremenim upozorenjima da je kao takva štetna za državu, za zaposlene, za ozbiljne poslovne partnere, za ugled zemlje i slično.

U srpskoj javnosti više je slučajeva kontroverznih privatizacija čijom pažljivom analizom bi bilo moguće pokazati i dokazati udruženo dejstvo kriminalnih činilaca i aktera među kojima su uvek (1) neefikasne državne institucije i zakoni sa namerom ugrađenom konstruktivnom greškom, (2) korumpirani političari, (3) kriminalni privatni preduzetnici, (4) neodgovorni javni mediji i (5) neobaveštene i neorganizovane mase zaposlenih i nezaposlenih građana. Sve navedeno bi se moglo pokazati skoro na svakom pojedinačnom primeru kontroverznih privatizacija u Srbiji. I više od toga, skoro sve veće privatizacije su se sprovodile u pseudolegalnim i kriminalnim aranžmanima. (Mitrović, 2011)

Indikativan je primer sa kriminalnim privatizacijama poljoprivrednih preduzeća koja su koristila velike površine poljoprivrednog zemljišta u društvenoj, a ponekad i u zadružnoj i državnoj svojini u Vojvodini. Pošto po sadašnjim zakonima nije dozvoljena prodaja državnog zemljišta, pod maskom privatizacije poljoprivrednih preduzeća i njihovog kapitala nezakonito je otuđivana i državna (ranije društvena) zemlja. Prilikom procene vrednosti kapitala preduzeća koja se privatizuju nije procenjena vrednost poljoprivrednog zemljišta koje su dotična preduzeća koristila. Novi privatni vlasnici su ne samo nastavili da koriste isto poljoprivredno zemljište nego su sa ugovorima o kupoprodaji preduzeća, koristeći nesređene katastre i korumpirane službenike, često uspevali da se uknjiže, ne samo kao vlasnici kupljenih preduzeća nego i državnog zemljišta.

Novi problemi nastaju kad se takva preduzeća preprodaju, obično po mnogo većim cenama, a često i strancima koji tako dolaze u posed poljoprivrednog zemljišta, iako je to protivustavno. Dodatni i veliki problem je što se kriminalne privatizacije, uz nezakonito zauzimanje, prodaju i preprodaju zemljišta, sprovode pre završene restitucije. Imovina starih vlasnika, koji legalno traže njen povraćaj, nelegalno dolazi u ruke novih vlasnika, a država preuzima obavezu da iz svoga praznog budžeta novčano obešteti stare vlasnike. Tako se prezađužena država dodatno zadužuje, osiromašuje svoje najsiromašnije građane, a najbogatijima poklanja tuđu imovinu i produbljuje društvene nejednakosti u temeljima sve nepravednijeg socijalnog poretka u Srbiji.³

3 Uporno se od srpske javnosti skrivaju podaci o privatizacijama poljoprivrednih preduzeća uz koje se, kao državna prćija, novim vlasnicima praktično poklanjaju hiljade hektara najplodnijeg poljoprivrednog zemljišta u Evropi. Retki su novinari, poput Branislava Gulana koji se usuđuju da malo upornije tragaju za takvim podacima, a još ređi su mas-mediji koji su spremni da rizikuju objavljivanje nalaza njihovog istraživačkog novinarstva. Gulan piše: „Tajkuni i sumnjivi biznismeni su u poslednjoj deceniji uz mahinacije i „štelovanje“ tendera dobili oko 300.000 hektara zadružne i državne zemlje u Vojvodini! Svi oni, posede su platili manje od 500 evra po

Prodaja poljoprivrednog zemljišta je primer kontinuiteta kriminalnih radnji koje se čine uz pomoć korumpirane državne vlasti – i stare i nove. I pored toga što aktuelna vlast u Srbiji sve kriminalne manipulacije u privatizacijama adresira na svoje prethodnike, protivustavnom prodajom poljoprivrednog zemljišta u Vojvodini i predajom na korišćenje (na 99 godina) građevinskog zemljišta u najreprezentativnijem delu Beograda („na vodi“) na osnovu *lex specialis*– a arapskim firmama i ova vlast nastavlja u kriminalu tamo gde su njihovi prethodnici stali. Da se nova vlast u ovome mnogo ne razlikuje od stare pokazuje i poslednja privatizacija „Avala filma“ koji je prodat tek registrovanom preduzeću, sa najmanjim osnivačkim ulogom, čiji

hektaru. Odnosno, toliko je plaćano samo kombinatima! Sve što je prodavano, procenjivano je ukupno, od oka. Bez posebnog izdvajanja obradive zemlje! Danas je cena hektara obradive zemlje u Vojvodini oko 15.000 evra, pa nije teško izračunati koliko su novi vlasnici zaradili samo na razlici u ceni zemljišta koja je u međuvremenu i narasla.

KOLIKO ZEMLJE OBRAĐUJU NAJVEĆI U SRBIJI	
„MK Grupa“ (Miodrag Kostić)	28.500 hektara
„Delta“ (Miroslav Mišković)	25.000 hektara
IM „Matijević“ (Petar Matijević)	24.000 hektara
„Irva investicije, (Đorđije Nicović)	18.000 hektara
STRANCI VLASNICI ZEMLJE U SRBIJI	
„Baltik properti investments“ (Irska)	10.500 hektara
„Agrokor“ (Hrvatska)	6.000 hektara
CBA (Mađarska)	2.650 hektara
„Žito grupa“ (Hrvatska)	2.000 hektara

Dakle, namerno guranje poljoprivrednih preduzeća u stečaj, a potom njihova prodaja u bescenje, bio je jedan od metoda kojim su se pljačkale plodne, najčešće vojvodanske oranice. U proteklih desetak godina na ovaj način tajkuni, kriminalci i sumnjivi biznismeni sa sumnjivim novcem, pokupovali su za male pare zemlju i voćnjake, ali i farme, mehanizaciju, objekte...

Strane gazde. Prekupljujući zemlju od domaćih preduzeća koja su je ranije privatizovala, u posed poljoprivrednih gazdinstava, a time i obradive zemlje u Vojvodini došlo je više stranih kompanija. Iako zvanično ne mogu biti vlasnici zemlje, kada kupe kombinatne dobijaju i zemlju! Prema raspoloživim podacima, oni ukupno poseduju 22.000 hektara. Najviše 10.500 hektara, mahom u Srpskom Miletiću, Bačkom Brestovcu i Feketiću, ima irski „Baltik properti investments“, a tu su i dva najveća hrvatska tajkuna Ivica Todorić i Marko Pipunić. Todorićev „Agrokor“ uglavnom, u okolini Zrenjanina, gde je kupio uljaru „Dijamant“, ima oko 6.000 hektara, a Pipunićeva „Žito grupa“ iz Osijeka, u Ratkovu, nadomak Odžaka, nešto više od 2.000 hektara“.

Branislav Gulan, „Čija je naša zemlja?“, *Politika*, 25.2.2015.

Zanimljivo bi bilo dodatno proveriti polujavnu vest (koja je rezultat istraživačkog novinarstva hrvatskih novinara) da je većinski vlasnik „Žito grupe“ iz Osijeka poznati ratni zločinac Branimir Glavaš koji je posredno, uz pomoć naše korumpirane vlasti, došao do najplodnije bačke zemlje koja i nije bila državna nego zadružna, oko koje zadrugari iz Ratkova godinama bezuspešno sa našom državom vode sudske sporove.

je vlasnik bivši taksista. Čak ni firme u sferi kulture nisu pošteđene od kriminalnih malverzacija: stara vlast je prodala beogradske bioskope ispod cene, sumnjivim kupcima, za sumnjive novce, a ovi su ih pozatvarali i preprodaju ih po višestruko većim cenama kao poslovni prostor; nova vlast prodaje filmsko preduzeće, zajedno sa više stotina filmova nacionalnog značaja, sumnjivom kupcu, za mali novac čije je poreklo nepoznato, koji uz kupljenu firmu dobija i veliku površinu zemljišta koje će moći višestruko skuplje da preproda kao građevinsko.

Tako se pokazuje da od poljoprivrede, pa do kulture, ništa nije pošteđeno kriminalnih transakcija u kojima učestvuje najviša državna vlast. Sva javna upozorenja da su u pitanju protivzakonite i po državu štetne malverzacije, najviše vlasti u Srbiji već dve decenije uporno ignorišu, navodeći samo ponekad neubedljive izgovore kojima sa sebe odgovornost za katastrofalne posledice kriminalnih privatizacija svaljuju na nekog drugog – uglavnom na prethodnu vlast. I kad se poništavaju neke privatizacije, i kad se hapse prevaranti za koje su nameštani tobožnji tenderi, šteta koju su naneli državi i otpuštenim radnicima se ne nadoknađuje, a odgovorni u nadležnim državnim organima i telima ne snose nikakvu odgovornost, a ponajmanje materijalnu. Istovremeno se i sve vreme manipuliše javnim mnjenjem tako što se u režimskim tabloidima namerno stvara pometnja isticanjem jednih (kriminalnih sponzora opozicione vlasti), a maskiranjem drugih (svojih kriminalnih sponzora), uz sistematsko prećutkivanje slučajeva u koje su i jedni i drugi, ovako ili onako umešani.

Rezultat svega toga je da sad imamo između 30 i 40 odsto proizvodnje iz 1989. godine i u industriji i u poljoprivredi Srbije. Upropašćavanje naše privrede nije, dakle, po svemu bilo „u saglasnosti sa našim pozitivnim pravom“ iako je to pravo u poslednjim decenijama stvarano po meri interesa kriminalnih domaćih i stranih sponzora naše zakonodavne, a naročito naše korumpirane izvršne vlasti. I takvo kakvo danas jeste, naše pozitivno pravo omogućuje kažnjavanje većine kriminalaca, kad bi oni koji su dužni da im sude i da izvršavaju kaznene presude hteli, mogli i bili zainteresovani da ih po zakonu i nepristrasno kažnjavaju.

Sredstva javnog informisanja, često kontrolisana od vladajućih stranaka, stranih vlasnika i domaćih tajkuna, sa svoje strane stvaraju pometnju u moralnoj i pravnoj svesti i ponašanju građana i kamufliraju istinit uvid u stvarne probleme našeg pravosuđa i njegovu kaznenu politiku. Politički kontrolisani mediji vrše pritisak na policiju, tužioce i sudije da uhapse ili puste iz istražnog zatvora, da podignu optužnicu ili da odbace krivičnu prijavu protiv uhapšenog, da osude ili da oslobode optuženog – zavisno od toga da li je dotični pristalica ove ili one političke stranke. Sudski procesi se ubrzavaju i usporavaju prema političkoj volji i tempiraju (pred izbore) prema proceni političke štete za konkurente ili koristi za one koji su na vlasti.

Sve tzv. reforme pravosuđa u Srbiji bile su podređene ne samo širim političkim ciljevima nego još više uskim partijskim interesima. Tome su otvoreno ili latentno služila sredstva masovnog informisanja koja su bila pod uplivom vladajućih stranaka, a takva su sva ona koja imaju nekakav realan uticaj na širu političku javnost. Sve nam govori da je danas u Srbiji praktično najdelatnija, najmoćnija i najneodgovornija partijsko-politička oligarhija koja je za sebe prigrabila monopol upravljanja

svim oblastima društvenog života. Nekadašnji jednopartijski monopol zamenjen je višepartizmom oligarhijskog tipa koji je u interesnoj sprezi sa slojem novokomponovanih bogataša. Deklarisano (manifestno) „demokratsko“ društvo stvarno (ali latentno) funkcioniše kao mešavina političke oligarhije i „tajkunske“ plutokratije. Politička korupcija je raširena u svim granama vlasti i svim javnim i privatnim poslovima. Nedovoljno stručni, ali politički odgovorni ljudi obraćaju se kompetentnijima od sebe za savet. Politički korumpirani nikoga ništa ne pitaju niti bilo koga u bilo čemu slušaju. Oni „dosledno“ slede samo svoj lični interes – i to po svaku cenu. Zato je partokratska oligarhija, po pravilu, u nekom obliku latentne (retko i otvorene) interesne koalicije sa organizovanim kriminalom.

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

Bez *jake pravne države*, kao kičme svih drugih društvenih institucija, nije moguće ni konceptualizovati, ni pojačati, a još manje sprovesti bilo kakvu, a pogotovo neku ozbiljniju i odgovorniju kaznenu politiku u Srbiji. Sve dotle, kažnjavanje će se sprovoditi prema dvostrukim standardima: preblago prema „našima“, prestrogo prema „njihovima“; biće etički nepravedno i politički neodgovorno. Kaznena politika u Srbiji i regionu jugoistočne Evrope sporo se oslobađa dvostrukih (političkih i moralnih) standarda kažnjavanja i nagrađivanja koji su grubo promovisani spoljnim intervencijama prilikom razbijanja Jugoslavije, a danas ih praktikuju i za sebe koriste korumpirani politički režimi.

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

svoje građane. Za takav patološki obrt u odnosima države i njenih građana nema ko drugi da bude odgovoran nego oni koji vrše vlast i čine političku elitu iz koje se regrutuju aktuelni vlastodršci. (Mitrović, 2011).

Tužioc, sudovi i sudije stupaju na javnu scenu *a posteriori*, tek pošto oni koji vladaju „razbiju krčag“ iz kojeg su se opijali vlašću i tako prekrše ranije usvojena pravila vladanja. Dijalektika sud(ij)skog paradoksa ogleda se u okolnosti da kažnjavanje, kakvo god bilo, uvek kasni za najvažnijim društvenim i istorijskim događajima. Zato se najracionalnije i umne strategije društvenog delovanja nikad ne ograničavaju samo na kažnjavanje. Izuzetak su samo oni koji su najmoćniji, dok umišljaju da su svemoćni, kada preventivno kažnjavaju male i slabe i pritom oponašaju „strašni sud“ – sve dok se sami ne nađu pred licem pravde. Dijalektika sile i nepravde kazuje da zločini onih koji su moćni uvek spolja pritiskaju, a iznutra razaraju, neorganizovana društva, slabe države i njihove građane. Kažnjavanje njihovih zločina pomera se u sfere metafizike koja upozorava da kazne, ipak, na kraju stižu svakoga – samo neke pre, a neke kasnije, jedne za jedno, a druge za drugo.

LITERATURA

- Ćirić, Jovan (2001): *Društveni uticaji na kaznenu politiku*, Institut za uporedno pravo, Beograd.
- Ćirić Jovan, Đorđević Đorđe, Sepi Robert (2006): *Kaznena politika sudova u Srbiji*, Centar za mir i razvoj demokratije, Beograd.
- Dirkem, Emil (1977): *Samoubistvo*, BIGZ, Beograd.
- Ferari, Vinčenco (2011): *Pravo i društvo. Osnovi sociologije prava*, CID, Podgorica.
- Ignjatović, Đorđe (1998): *Organizovani kriminalitet*, Policijska akademija, Beograd.
- Ignjatović, Đorđe (2009): „Države sa niskom stopom kriminaliteta – primer Malte“, *Strani pravni život*, br. 3, s. 49–66.
- Ignjatović, Đorđe (2012): „Da li je kaznena politika sudova u Srbiji odgovarajuća?“, u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo, s. 101–127.
- Ignjatović, Đorđe (2012): „Koruptivna krivična dela i kaznena politika“, u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo, s. 239–258.
- Ignjatović, Đorđe (2014): „Suzbijanje kriminaliteta u privredi – pretpostavka održivog razvoja“, *Zbornik Moguće strategije razvoja Srbije*, ur. Časlav Očić, SANU, Odeljenje društvenih nauka, Beograd, s. 347–355.
- Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* (2012), (zbornik radova) ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo.
- Korupcija na carini* (2002): redaktori B. Begović, B. Mijatović, CLDS, Beograd.
- Korupcija, vlast, država* (2004. prvi deo, 2005. drugi deo); priredili Verica Barać i Ivan Zlatić, izd. Zadruga „Res publica“, Beograd. *Korupcija u Srbiji* (2001): 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.
- Luhmann, Niklas (1972): *Rechtssoziologie*, Rowohlt b. Hamburg.

- Luhmann, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main.
- Marković, Čed.(omir) (1921): *Pravna svest*, Geca Kon, Beograd.
- Mek Kvejl, Denis (1976): *Uvod u sociologiju masovnih komunikacija*, Glas, Beograd
- Mitrović, Milovan (2004): „Vrednosno-normativni obrasci i društvene institucije“, *Sociološki godišnjak* (Pale), br. 1, s. 215–231
- Mitrović, Milovan (2005): „Pravna svest i ekološka svest u srpskom društvu“, zbornik *Ruralni razvoj i zaštita životne sredine*, ured. B. Višnić, 1. tom, Zavod za sociologiju razvoja sela, Beograd, s.15–28.
- Mitrović, Milovan (2006): „Društveni koreni kriminaliteta u Srbiji“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* br. 120, s. 113–128.
- Mitrović, Milovan (2006a): „Nasilje kao kulturni obrazac“, *Sociološki godišnjak*, (Pale), br. 2, s. 51–71.
- 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, 2009, s. 74–88.
- Mitrović, Milovan (2011): „Kampanjska privatizacija u Srbiji. Udruženi pljačkaški poduhvat“, tematska monografija *Kaznena reakcija u Srbiji*, ur. Đ. Ignjatović, Pravni fak. u Beogradu, Beograd, 2011, s. 126–138.
- Mitrović, Milovan (2014): „Sociološke pretpostavke strategije društvenog razvoja Srbije“, Zbornik *Moguće strategije razvoja Srbije*, ur. Časlav Očić, SANU, Odeljenje društvenih nauka, Beograd, s. 245–260.
- Moralnost i društvena kriza* (1995): Zbornik radova (ur. S. Krnjajić), Institut za pedagoška istraživanja, Beograd.
- Mrvić, Nataša – Ćirić, Jovan (2004): *Sukob javnog i privatnog interesa u trouglu moći, novca i politike*, Vojnoizdavački zavod, Beograd.
- Nelken, D. (ed), (1997): *Comparing Legal Cultures*, Dartmouth, Aldershot.
- Nelken, D., Fest J. (eds), (2001): *Adapting Legal Cultures*, Hart, Oxford-Portland.
- Rouz-Ejkerman, Suzan (2007): *Korupcija i vlast. Uzroci, posledice i reforma*, Sl. glasnik, Beograd.
- Stojanović, Zoran (2012): „Kaznena politika: raskol između zakona i njegove primene“, u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo, s. 7–22.
- Škulić, Milan (2003): *Organizovani kriminalitet*, Dosije, Beograd.
- Vodinelić, Vladan (1997): *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd.
- Vuković, Slobodan (2003): *Korupcija i vladavina prava*, IDN, Beograd. *Društvena transformacija i strategije društvenih grupa: Svakodnevica 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

University of Belgrade, Faculty of Law

CRIME AND PUNISHMENT ABOVE SERBIA
– Contribution to the dialectics of criminal activities in Serbia –

SUMMARY

In this essay, the author is trying to answer for the question how is it possible that the downfall of Serbian economy was performed in accordance with standards of our positive law. The author chooses the dialectical method and the theory of social (dis)organizations as the heuristically most suitable framework for hypothetical sociological consideration of criminal activities and behaviors in Serbia. Dialectically speaking, criminality is a complex and self-contradictory totalitarian social phenomenon, which is being determined by conflicting external circumstances, systemic factors and internal reasons and motives. It is being emphasized the hypothesis that the most important determinants of Serbian society are actually internal: systemic political factors and corrupt political elite which has used war, external sanctions and the NATO aggression on Serbia as a cover for the misuse of legal rights and also for manipulation with public opinion in order to fulfill their autocratic and personal interest.

Key words: crime, punishment, the dialectic of crime, criminal privatization.

Boris Begović*

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

POSTULAT O RACIONALNOSTI PRESTUPNIKA: KAMEN TEMELJAC EKONOMSKE ANALIZE KRIMINALA¹

Apstrakt. Cilja rada je da razmotri postulat o racionalnom prestupniku, tj. pretpostavku o njegovom racionalnom ponašanju. Pokazalo se da ovaj postulat ne može da se opovrgne, kao ni teorija o racionalnom izboru koja se na njega oslanja. Ustanovljeno je, međutim, da je racionalnost prestupnika ograničena, isto kao i u slučaju drugih ljudi, što dovodi do toga da se ne ostvaruje željena maksimizacija korisnosti. Bihevioristička ekonomska analiza nudi empirijske nalaze o ograničenoj racionalnosti koji, iako se njima ne konstituiše nova teorija, alternativna teoriji racionalnog izbora, stvaraju osnovu da se unapredi teorijsko modeliranje ponašanja prestupnika. Ipak, pokazalo se da ekonomska analiza kriminala i njeni modeli ponašanja prestupnika zasnovana na teoriji racionalnog izbora uspešno objašnjava mnoge od onih ljudskih ponašanja na koje ukazuje bihevioristička ekonomska analiza. Stoga se ne postavlja pitanje opravdanosti postulata o racionalnom prestupniku, niti teorije racionalnog izbora, ali treba ostaviti otvorena vrata za modifikacije pojedinih teorijskih modela ponašanja prestupnika zasnovanih na toj teoriji i to koristeći neke od empirijskih nalaza biheviorističke ekonomske analize.

Ključne reči: racionalnost prestupnika, teorija racionalnog izbora, bihevioristička ekonomska analiza, teorijski modeli ponašanja prestupnika, empirijski nalazi.

1. UVOD

Postulat o racionalnom ponašanju ljudi predstavlja jedan od kamena temeljca savremene ekonomske nauke, pa samim tim i ekonomske analize prava, kao i ekonomske analize kriminala, njene specijalizovane discipline. Ta pretpostavka je predmet spora od same pojave ekonomske analize prava, naročito od nastanka teorijskog modela ekonomske analize kriminala. Još se na samom početku spora pojavljuje opaska o tome da ova pretpostavka nije realistična, da se prestupnici ne ponašaju racionalno,² pa se na tome gradi platforma kojom se dokazuje da su, usled toga, nalazi ekonomske analize kriminala pogrešni.

* redovni profesor, begovic@ius.bg.ac.rs

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

2 Termin „prestupnik“ se, lapidarnosti radi, u ovom radu koristi kao sinonim termina „učinilac krivičnog dela“.

Cilj je ovog rada da razmotri pretpostavku o racionalnom ponašanju prestupnika, u kojoj je meri ona u skladu sa stvarnim ljudskim ponašanjem i da odgovori na pitanje kakve su posledice eventualnog odstupanja te pretpostavke od stvarnosti na rezultate teorijskih modela koji se na njoj zasnivaju. Struktura rada odgovora njegovom cilju.

Postoji nekoliko varijanata osporavanja pretpostavke o racionalnom ponašanju prestupnika. Prva je generalno osporavanje pretpostavke o racionalnom ponašanju ljudi, najviše pod uticajem biheviorističke ekonomske analize (Kahmenan i Tversky, 1979), čiji se nalazi koriste za opovrgavanje pretpostavke o racionalnom ponašanju ljudi, implicitno diskreditujući nalaze ekonomske nauke. Dakle, u ovom slučaju nije posredi osporavanje racionalnosti samo prestupnika, već ljudi u celini. Ovom pristupu se bar ne može osporiti univerzalnost – isti tretman svih pojedinaca, nezavisno od toga da li krše zakon ili ne. Druga varijanta zasniva se na tome da se ne osporava racionalnost ljudi kao takva, već se samo osporava racionalnost ponašanja prestupnika, potencijalnih ili stvarnih (Robinson i Darley, 2004). Ovim se *de facto* stvara granica između dve vrste ponašanja: racionalnog kojim se poštuje zakon i drugog kojim se on krši. Shodno tome, nema univerzalnosti ljudskog ponašanja, već ljudi neminovno pripadaju jednoj od ove dve grupe. Nadalje, po još restriktivnijoj varijanti negacije racionalnosti prestupnika, racionalno se ponašaju samo neki prestupnici – oni koji čine imovinska krivična dela, dok je ponašanje onih koji čine nasilnička krivična dela iracionalno. Konačno, najrestriktivnija verzija ovog razdvajanja ponašanja ljudi jeste varijanta osporavanja racionalnosti prestupnika prema kojoj samo ubistva ne spadaju u racionalno ponašanje (Fagan, 2006). Sve ove rezerve u pogledu racionalnog ponašanja prestupnika ispitaće se u ovom radu.

2. RACIONALNO PONAŠANJE LJUDI I BIHEVIORISTIČKA ANALIZA

Da bi se izbegli mogući nesporazumi, razmatranje postulata o racionalnosti prestupnika treba započeti definisanjem sadržaja racionalnosti. Savremena ekonomska nauka pod racionalnošću pojedinaca posmatra njihovo ponašanje kojim oni maksimizuju sopstvenu korisnost, tj. maksimizuju korisnost koju uživaju u procesu potrošnje, shvaćenom u najširem smislu. Shodno tome, izrazi racionalnost i racionalno ponašanje u ekonomskoj nauci upotrebljavaju se kao sinonimi. Veoma često se koristi i sintagma „teorija racionalnog izbora“, što može da dovede do zabune, budući da nije reč o sveobuhvatnoj teoriji koja detaljno objašnjava sva ljudska ponašanja, već samo o primeni postulata o racionalnom ponašanju pojedinaca na način kojim oni maksimizuju sopstvenu korisnost. Konkretno teorije, poput, na primer, teorije ponašanja potrošača ili ekonomske teorije generalne prevencije, predstavljaju nadogradnju teorije racionalnog izbora, koja nam omogućava da njene načelne nalaze iskoristimo kao polaznu osnovu za izgradnju detaljnih teorija namenjenih objašnjavanju nekog konkretnog ljudskog ponašanja.

Dakle, racionalno ponašanje ljudi usmereno je ka dostizanju ciljeva koje je pojedinac sebi postavio – sadržaj tog ponašanja jeste izbor sredstava kojima će se ti

ciljevi realizovati (Posner, 1998). Odatle se može zaključiti da se racionalnost ponašanja u užem smislu odnosi upravo na izbor sredstva. Dve bitne stvari povezane su sa postulatom racionalnog ponašanja, pa time i teorijom racionalnog izbora. Prva je da su ciljevi, odnosno, ekonomskom terminologijom rečeno, preferencije pojedinaca egzogene sa stanovišta analize. Dakle, ekonomsku nauku ne interesuje proces kojim se one formiraju, još manje vrednosno opredeljivanje o njima. Već samim tim što se ekonomska nauka opredelila za to da su preferencije subjektivna kategorija, da ih pojedinac sam formira i da ne mora neminovno da ih istinito iskazuje, ona se odlučila za njihovu egzogenost, čime se, u vrednosnom smislu, opredelila za očuvanje suverenosti pojedinca. Shodno tome, nečije preferencije, odnosno racionalno ponašanje u skladu s njima, mogu da se osuđuju sa stanovišta društvenih normi, ali se sam pojedinac opredeljuje u pogledu sopstvenih preferencija.

Drugi bitan element teorije racionalnog izbora jeste pretpostavka da su preferencije stabilne, tj. da se ne menjaju često. Poenta je u tome da su u pitanju osnovne preferencije, osnovni ciljevi pojedinca, a ne stalnim promenama podložni specifični ukusi, poput mode i tome slično. Osnovne preferencije pojedinca vezane su za njegovo biološko preživljavanje, pa stoga nisu podložne promenama.³ One se svode na zadovoljavanje osnovnih ljudskih potreba. Pretpostavka o stabilnosti preferencija omogućava postojanje konzistentnosti u ponašanju ljudi: ne ponaša se racionalni pojedinac danas na jedan, a sutra na neki drugi način. To znači da postoji regularnost, pa time i predvidljivost ponašanja pojedinca. Kada se pretpostavci o stabilnosti preferencija pojedinca pridruži nalaz da se osnovne preferencije ne razlikuju mnogo između pojedinaca (Stigler i Becker, 1977), stvara se osnova za regularnost ponašanja ljudi u celini – osnova za predviđanje ponašanja ljudi, pa time i predviđanje agregatnih veličina, naročito sa promenom neke od veličina sa kojom su one u uzročno-posledičnoj vezi. Na primer, može se uočiti regularnost da umanjenje cene nekog dobra, uz pretpostavku da je reč o normalnom dobru, *ceteris paribus* dovodi do uvećanja ukupne količine tražnje za njim – fenomen otelotvoren u negativnom nagibu krive tražnje. Isto tako, regularnost da uvećanje očekivane vrednosti kazne za određeno krivično delo, svojevrsne cene koju plaća ili može platiti prestupnik, dovodi *ceteris paribus* do pada ukupnog broja učinjenih krivičnih dela te vrste.

Nasuprot tome, ukoliko ljudi ne bi bili racionalni, odnosno ukoliko bi se iracionalno ponašali, njihovo ponašanje neminovno bi bilo nasumično. Ishod tog ponašanja bi bila slučajna promenljiva i ono se ne bi moglo predvideti njihovo ponašanje. Budući da slučajna promenljiva najčešće ima normalnu raspodelu, podjednaka je frekvencija ishoda ispod i iznad određene srednje vrednosti, nezavisno od toga šta ta srednja vrednost predstavlja. Zbog toga je, koristeći pomenuti primer, podjednaka verovatnoća da će pri iracionalnom ponašanju ljudi umanjenje cene nekog proi-

3 Becker (1976) u analizi stabilnosti preferencija ukazuje na to da je potreban uslov da nečije preferencije budu održive upravo da opstane pojedinac koji ih ima. Dakle, nije reč o tome, kako pogrešno navode Korobkin i Ulen (2000, str. 1070), da će pojedinci koji ne maksimizuju svoju korisnost biti „uklonjeni sa tržišta“. U pitanju su preferencije koje nekog „uklanjaju sa tržišta“, a ne da li je došlo do maksimizacije korisnosti pri datim preferencijama. Narkomani koji redovno zadovoljavaju svoje potrebe i maksimizuju korisnost uz preferencije koje stvara njihova bolest zavisnosti relativno će brzo „nestati sa tržišta“.

zvoda dovesti do povećanja ili do pada njegove potrošnje.⁴ Samim tim, ne može se predvideti njihovo konkretno ponašanje.

Da li iracionalnosti u ponašanju dovode do neminovnog urušavanja postulata o racionalnosti ljudi? Iracionalnosti u ljudskom ponašanju brojne su, veoma raširene i nesporno utiču na formiranje preferencija ljudi. Na primer, mnogi se plaše leta avionom (Posner, 1998). Taj strah je u potpunosti iracionalan, budući da nije utemeljen ni na kakvim statistikama. Verovatnoća smrtnog ishoda pri putovanju avionom daleko je manja nego verovatnoća istog takvog ishoda u slučaju vožnje kolima. Ipak, veoma je redak sasvim opravdan, na objektivnim verovatnoćama zasnovan strah od vožnje automobilom. Međutim, nezavisno od toga što je pomenuti strah iracionalan, pri donošenju racionalne odluke da li će leteti, pojedinac vrednuje koliko se umanjuje ukupna korisnost koju uživa letom avionom iz mesta A u mesto B usled straha od letenja tokom samog putovanja. Dakle, prema sopstvenoj iracionalnosti pojedinac se odnosi racionalno. Shodno tome, iracionalnost nekih pojedinaca ne utiče na rezultate ekonomske analize avio-saobraćaja zasnovane na pretpostavci o racionalnom ponašanju putnika. Putnici se i dalje ponašaju racionalno (minimizuju vreme provedeno u putu), a strah od letenja nije nekonzistentan sa takvim ponašanjem.⁵

Nadalje, osnovni postulat je o racionalnom ponašanju, a ne o racionalnosti njegovih preferencija. Relevantno je kako se ponaša pojedinac pri određivanju načina na koji će maksimizovati korisnost koju uživa. U tom smislu, može se identifikovati ponašanje pojedinaca koji postupaju kao da su racionalni, nezavisno od toga kakve su njihove preferencije. Becker (1976) navodi primer alkoholičara čije su preferencije takve da maksimizuje sopstvenu korisnost maksimizacijom količine konzumiranog alkohola. Iako se takvo ponašanje može oceniti kao suprotno njegovim pravim interesima (očuvanju sopstvenog zdravlja i života), pa je iz tog ugla posmatrano iracionalno, povećanje cene alkoholnog pića neminovno će smanjiti njegovu potrošnju alkohola, ako ni zbog čega drugog, ono zbog efekta dohotka. Dakle, alkoholičar se u tom pogledu ponaša isto onako kako se ponašaju drugi u svakom pogledu racionalni ljudi, oni koji umereno konzumiraju alkohol i kod kojih se nije pojavila zavisnost.

4 Efekat dohotka deluje nezavisno od racionalnosti ljudi, pa će uvećanje cene njegovim delovanjem dovesti do umanjenja ukupne tražnje za određenim dobrom, budući da će efektivni dohodak raspoloživ za njegovu kupovinu biti manji (Becker, 1976). I iracionalni ljudi se, u određenim situacijama, ponašaju kao da su racionalni. U ovom slučaju očigledna je razlika između racionalnosti pojedinca i njegovog ponašanja. Ipak, to ne zavređuje uspostavljanje sistematske razlike između karaktera pojedinca i njegovog ponašanja.

5 Uobičajeni su modeli tražnje za avio-saobraćajem koji minimizuju ukupno vreme provedeno na putu, što u letu, što na aerodromu, uključujući i put do aerodroma i presedanja, u stvari oportunitetni trošak tog vremena (Brueckner i Flores-Fillol, 2007). Vrlo verovatno da bi uključivanje straha od letenja u ovakve modele doveo do napuštanja pretpostavke o homogenosti putnika i formiranja, na primer, dve grupe putnika, pri čemu bi oportunitetni troškovi vremena provedenog u letu za putnike koji se boje letenja bili viši od onih koji se ne boje. Specijalni slučaj bi bio onaj u kome je strah od letenja takav da se putnik odlučuje da uopšte ne leti – troškovi njegovog vremena provedenog u letu beskonačno su visoki. Upravo se ovim pokazuje da se racionalno ponašanje pojedinca koji ima iracionalni strah od letenja može uspešno modelirati u okviru teorije racionalnog izbora.

Konačno, za donošenje određenog zaključka o ljudskom ponašanju dovoljno je da se samo mali broj ljudi ponaša racionalno, a svi ostali mogu da se ponašaju potpuno iracionalno. Reč je o sledećem: Iracionalno ponašanje je, kako je već napomenuto, nasumično, slučajno ponašanje. To znači da u njemu nema nikakve regularnosti, već je u pitanju slučajna greška za koju se, budući da je posredi stohastička promenljiva, može pretpostaviti da ima normalnu raspodelu i srednju vrednost jednaku nuli. To znači da je podjednaka verovatnoća da će određeni ishod (ponašanje) biti iznad ili ispod srednje vrednosti. Ukoliko se u opservacije ponašanja ljudi, pored onih koji se ponašaju iracionalno, što znači nasumično, uključe oni koji se racionalno ponašaju, onda srednja vrednost skupa nije više nula, nego je ishod racionalnog ponašanja. Pretpostavimo da postoje racionalni potrošači koji pri promeni cene od 1% umanjuju količinu svoje potrošnje, pa time i tražnje za 1%, dok su svi ostali potrošači iracionalni, što znači da je podjednaka verovatnoća da će količinu svoje tražnje umanjiti za više od 1% ili za manje od 1% (uključujući i uvećanje potrošnje). Samim tim, promena od 1% (u svom apsolutnom iznosu) postaje srednja vrednost skupa. Ukoliko je reč o savršeno iracionalnom ponašanju i slučajnoj grešci, koja ima normalnu raspodelu sa srednjom vrednošću nula, dovoljan je samo pojedinac koji se racionalno ponaša da bi se dobila regularnost u pogledu cenovne elastičnosti tražnje. Povećanje cene dovodi do pada tražene količine. Snaga promene, iskazana koeficijentom cenovne elastičnosti tražnje, nije onolika kolika bi bila da su svi posmatrani pojedinci racionalni, ali smer promene ili predznak koeficijenta elastičnosti tražnje nije izmenjen, što znači da se nije promenio karakter uzročno-posledične veze. Ovim se, na teorijskom planu, odgovara na pitanje o tome koliko je potrebno iracionalnih pojedinaca da bi se empirijski oborila pretpostavka o racionalnosti. Što je veća zastupljenost iracionalnog ponašanja, manja je snaga promene do koje dolazi, ali karakter te promene i dalje opstaje. Teorija racionalnog izbora u tom pogledu robustna je: dovoljan je samo pojedinac koji je racionalan da bi cela analiza dala isti rezultat u pogledu karaktera uzročno-posledične veze.⁶ A tog jednog je relativno lako obezbediti.

Ipak, može se postaviti pitanje: Da li je iracionalno ponašanje neminovno nasumično ponašanje? Na primer, Schroeder (2000) smatra da alternativa racionalnom ponašanju nije nasumično, već nesvesno ponašanje, koje karakterišu određena pravila. Pozivajući se na Lakanove nalaze, ona smatra (str. 165) da „nesvesno – iracionalno – može da se razume jer je samo po sebi strukturisano kao jezik, tj. zbog toga što ono prati određena pravila, slična gramatici i sintaksi“. Zbog toga je za nju nesvesno ponašanje visokopredvidivo (str. 166). Čini se da u ovom nalazu postoji ozbiljan problem. Sama činjenica da neko govori određeni jezik nikako ne znači da unapred znamo koji je to jezik, a još manje šta će na tom jeziku da nam saopšti, tj. šta će biti njegov iskaz. I potpuni ludaci govore, njihovi iskazi često poštuju pravila gramatike i sintakse, jedino što su besmisleni i nepredvidivi.

6 Ovo važi uz pretpostavku da je greška, shvaćena kao odstupanje od racionalnog ponašanja, slučajna promenljiva, koju opisuje normalna raspodela, i da je njena srednja vrednost jednaka nuli. Ukoliko je reč o nekoj drugoj stohastičkoj promenljivoj, opravdano je posumnjati da greška nije slučajna, ali to upućuje na nalaz da nije posredi iracionalno ponašanje, budući da je ono po samoj svojoj definiciji nasumično.

Veoma je bitno uočiti da nije izvesno da će pojedinac koji se racionalno ponaša i kome je, stoga, cilj maksimizacija sopstvene korisnosti, uvek uspeti u tome. To što je maksimizacija cilj, nikako ne znači da se on neminovno uvek ostvaruje. Shodno tome, činjenica da u nekim situacijama ne dolazi do maksimizacije korisnosti sama po sebi nije nikakav dokaz da se pojedinac ne ponaša racionalno. To što ona nije dostignuta ne znači da nije posredi racionalno ponašanje. Maksimizacija bi se mogla očekivati u uslovima savršene racionalnosti, što, pre svega, znači savršene informisanosti u najširem smislu. Činjenica je da takve informisanosti u stvarnosti nema, pa se stoga može zaključiti da nema savršene racionalnosti. Međutim, to ne znači da se naučno diskredituje teorija racionalnog izbora – pojedinci se ponašaju racionalno i u uslovima nesavršene informisanosti. Teorija racionalnog izbora nije ništa drugo do teorijski model, poput modela savršenog tržišta, koje, takođe, ne postoji u stvarnosti. Međutim, ta činjenica nije uslovlila da se odbace nalazi teorije savršenog tržišta vezani za mehanizam uspostavljanja ravnoteže i njen karakter. Tržišni mehanizmi postoje nezavisno od toga da li su ispunjene pretpostavke postojanja savršenog tržišta. Analogno tome, to što pojedinac ne uspeva (uvek) da maksimizuje korisnosti ne znači da se ne ponaša racionalno. Epizode ljudskog ponašanja na koje ukazuju bihevioristički ekonomisti upravo su to: situacije u kojima pojedinac, iz različitih razloga, ne uspeva da maksimizuje korisnost.

Jak postulat o racionalnosti jeste koncepcija koju su u analizu uneli Korobkin i Ulen (2000), i to, čini se, potpuno bespotrebno, samo stvarajući konfuziju tamo gde je nema.⁷ Ovaj postulat o racionalnosti jeste pretpostavka prema kojoj je racionalno ponašanje samo ono kojim pojedinci maksimizuju sopstveno bogatstvo. Međutim, on zadire u argumente funkcije korisnosti pojedinca i implicira da je bogatstvo jedini argument te funkcije, čime se implicitno preferencije svih pojedinaca izjednačavaju i svode isključivo na maksimizaciju bogatstva. Nasuprot tome, ekonomska nauka proces potrošnje posmatra u najširem smislu, i to kao proces zadovoljenja potreba, a one ne moraju isključivo da budu vezane za (materijalno) bogatstvo. Ovakvo usko definisanje racionalnosti neminovno siromaši ekonomsku analizu i ne dopušta da se razmatraju i objasne brojna, u stvarnosti zabeležena ponašanja ljudi. Štaviše, ukoliko može da se utvrdi da se u stvarnosti ljudi ponašaju tako da ne maksimizuju sopstveno bogatstvo, sledi da teorija racionalnog izbora shvaćena na ovaj način ne može uspešno da objasni stvarnost. Zaista, puko postojanje ljudi koji se ponašaju tako da ne maksimizuju svoje bogatstvo, već maksimizuju korisnost prema nekim drugačijim preferencijama, a broj takvih ljudi nije zanemarljiv, opovrgava teoriju racionalnog izbora. Nedoslednosti i prividne iracionalnosti ljudskih

7 Prema navedenim autorima, slab postulat racionalnosti nije ništa drugo nego izvorna pretpostavka da se racionalni pojedinci ponašaju tako što maksimizuju korisnost. Time što uvode još neke postulate o racionalnosti kao posebne (poput maksimizacije očekivane korisnosti, koja nije ništa drugo do izvorna koncepcija racionalnosti u uslovima neizvesnosti), autori samo povećavaju konfuziju koju sami stvaraju, ali im je to opravdanje za stav da „različite koncepcije teorije racionalnog izbora čine kritiku ove teorije sličnu pucanju u pokretnu metu“ (Korobkin i Ulen, 2000, s. 1060). To što neko ne može da pogodi metu nikako mu ne daje pravo da je naziva pokretnom ukoliko ona to nije.

ponašanja, međutim, nisu iracionalnosti, nego se lako mogu objasniti razlikama u preferencijama pojedinaca (Posner, 1998).⁸

Ovim kritičari teorije javnog izbora u stvari dolaze do analitičkog fenomena (a za njih problema) egzogenih preferencija. Nije posredi to da se kritikuje racionalnost ljudskog ponašanja, nego se suštinski stavlja primedba da teorija racionalnog izbora posmatra preferencije pojedinca kao egzogene, što, zaista, onemogućava da se razmatra način na koji se formiraju preferencije. Kako navodi Elster (1990, str. 20), teorija racionalnog izbora „govori nam šta treba da uradimo kako bismo ostvarili naše ciljeve, ali nam ne govori šta naši ciljevi treba da budu“. Ovaj nalaz je tačan, predstavlja savršeni opis teorije racionalnog izbora, ali ostaje nejasno na koji način ovakav status preferencija umanjuje naučnu validnost teorije racionalnog izbora, odnosno relevantnost nalaza svih onih teorija koje se na njoj zasnivaju. Štaviše, pokušaj endogenizacije preferencija (Cooter, 2005) duboko je problematičan ne samo zbog neuverljivog objašnjenja mehanizma formiranja preferencija⁹ nego i zbog pitanja validnosti dobijenog rezultata: ostaje nejasno šta se njime dobija na analitičkom planu.¹⁰

Pojavu bihevorističke ekonomske analize mnogi su doživeli kao podrivanje standardne ekonomske analize, odnosno kao pokazatelj irelevantnosti njenih rezultata.¹¹ Međutim, osnovni nalazi bihevorističke ekonomske analize suštinski su usmereni na to da se pokaže da u stvarnosti u procesu donošenja odluka ne dolazi neminovno do maksimizacije korisnosti. Niti jedan rad iz ove oblasti, međutim, ne eliminiše osnovnu pretpostavku da pojedinac želi da maksimizuje svoju korisnost, već se samo ukazuje na to da mu, iz različitih razloga, to ne uspeva. Pretpostavka o racionalnom ponašanju ljudi (koji žele da maksimizuju svoju korisnost) nije isto

8 Argumenti protivnika teorije racionalnog izbora ponekad postaju veoma živopisni. Na primer, kako navodi Schroeder (2000, s. 157): „Jedna od najvećih konfuzija koju stvara teorija racionalnog izbora leži u dilemi: Ako se ljudi ponašaju racionalno tako što maksimizuju svoju sreću, zašto su tako nesrećni?“ Zaista, ovaj nalaz pokazuje mnogo o načinu zaključivanja koji se koristi da bi se diskvalifikovala teorija racionalnog odlučivanja. Nalaz da su ljudi „tako nesrećni“ nije utemeljen ni u kakvom istraživanju – ne zna se ni koji ljudi, ni koliko su nesrećni, a još manje na osnovu koje metodologije je autorka došla do ovog suda. Nadalje, smetnula je s uma da se u stvarnom svetu maksimizacija obavlja uz određena ograničenja. Na primer, ukoliko je u pitanju maksimizacija korisnosti, može se reći i sreće, svaki pojedinac se suočava sa budžetskim ograničenjem. Siromašni su nesrećni upravo zbog tog ograničenja, ali to ne govori ništa o tome da njihova sreća nije maksimizovana za dato budžetsko ograničenje.

9 Preferencije su u ovom pristupu i dalje subjektivne, jedino što su u ovoj analizi objektivno uslovljene prethodnim odlukama, odnosno izborima pojedinca. U iznetom hipotetičkom slučaju pojedinac koji je indiferentan prema dve profesije opredeljivanjem za školovanje za jednu od njih stiče preferencije ka toj profesiji (Cooter, 2005, str. 97).

10 Korak dalje čini Schroeder (2000, str. 227), i to tako što se zalaže za endogenizaciju preferencija, navodeći da i prema Kantu i Hegelu analizu treba usmeriti ka otkrivanju „šta to čini ljudske ciljeve i kakvi oni treba da budu“. Ukoliko se isključi element normativnog („kakvi oni treba da budu“), kojim se u potpunosti narušava suverenost pojedinca i pretpostavka subjektivnosti preferencija, od čega Cooter (2005) ipak nije odstupio, još jednom se postavlja pitanje: šta se, na analitičkom planu, ovim može dobiti? Niko od autora koji se zalažu za endogenizaciju preferencija nije odgovorio.

11 Pregled dostignuća bihevorističke ekonomske analize može se naći u: Rabin (1998), Mullainathu i Thaler (2000) i Rabin (2002).

što i pretpostavka o njihovoj savršenoj racionalnosti (koji su uspeli da maksimizuju svoju korisnost), a empirijski nalazi biheviorističke ekonomske analize pokazuju upravo ovo drugo.

Nadalje, bihevioristička ekonomska analiza nije ništa drugo do skup empirijskih nalaza o ponašanju ljudi, gotovo u potpunosti dobijenih eksperimentima, bez bilo kakvog teorijskog objašnjenja takvog ponašanja, u smislu ekonomske nauke. Odgovor na pitanje da li se neka objašnjenja primećenog ponašanja mogu potražiti u teorijskoj psihologiji ili neurologiji prevazilazi oblast ovog rada.

Tipičan primer te vrste jeste empirijski nalaz o tome da postoji tzv. efekat sidrenja, prema kome raspoloživost potpuno irelevantne informacije dovodi ili može da dovede do greške u zaključivanju. Na primer, slučajno izvučen broj u eksperimentu imao je uticaj na odgovore ispitanika o tome koliki je broj afričkih zemalja članica Ujedinjenih nacija (Kahneman i Tversky, 1979). Takođe, pokazala se mogućnost postojanja efekta uokviravanja, koji upućuje na zavisnost načina postavljanja pitanja i ponuđenih opcija na izbor potrošača: prodaja knjige po ceni od 29,95 USD daleko je bolja nego iste te knjige po ceni od 29,00 USD, što je suprotno predviđanjima teorije ponašanja potrošača zasnovane na teoriji racionalnog izbora. Očigledno je da je navedena greška u zaključivanju potrošača onemogućila maksimizaciju njihove korisnosti. Moglo bi se reći, praveći analogiju sa već navedenim Bekerovim nalazom, da se racionalni ljudi ponašaju kao da to nisu. Isto se odnosi na sistematsko uzimanje u obzir ireverzibilnih troškova pri donošenju odluka, tzv. zabluda ireverzibilnog troška, što takođe udaljava pojedinca od maksimizacije korisnosti.

Nadalje, eksperimentima se pokazalo da se ljudi različito ponašaju u slučaju dobitka i gubitka. U slučaju dobitka imaju averziju prema riziku, pa se opredeljuju za manji dobitak ukoliko je siguran (očekivana vrednost neizvesnog ishoda veća je od vrednosti izvesnog), dok u slučaju gubitka imaju sklonost ka riziku, pa se odlučuju za veći (očekivani) gubitak ukoliko nije siguran (apsolutni iznos očekivane vrednosti neizvesnog događaja veći je od apsolutne vrednosti izvesnog). Prema ovom nalazu, odnos pojedinaca prema riziku nije univerzalan već se suštinski razlikuje u zavisnosti od toga da li je u pitanju izbor između različitih dobitaka ili gubitaka.¹² Pored toga, eksperimentalno je utvrđeno da ljudi ponekad koriste hiperboličko umesto eksponencijalno diskontovanje kada buduće vrednosti pretvaraju u sadašnju, što znači da diskontna stopa koja se koristi nije konstantna nego raste sa udaljavanjem od sadašnjosti.

Pregled nalaza biheviorističke ekonomske analize pokazuje da je reč o epizodama koje mogu da se nazovu greške u zaključivanju. Štaviše, posredi je eksperimentalni nalaz koji se odnosi na hipotetičke, a ne stvarne situacije, tj. na izbore s kojima se suočavaju pojedinci u stvarnosti. Navedeni eksperimentalni rezultati poslužili su autorima za sledeći stav: „Odstupanja su isuviše rasprostranjena da bi se zanemari-la, isuviše sistematska da bi se otpisala kao slučajna i isuviše fundamentalna da bi se relativizovala napuštanjem pretpostavki modela racionalnog izbora“ (Tversky i Kahneman, 1986). Ipak, autori nisu ponudili sveobuhvatnu teoriju ljudskog pona-

12 Relevantnost ovog nalaza treba sagledati u svetlu činjenice da se ljudi veoma često suočavaju sa izborima koji obuhvataju i gubitke i dobitke.

šanja, već samo skice ishoda neke odluke; nisu ušli u motive tih odluka, nikada se nisu upustili u opovrgavanje osnovne pretpostavke o racionalnom ponašanju ljudi, a to je da oni žele da maksimizuju korisnost koju uživaju. Ponudili su samo slike u kojima racionalni pojedinci ne uspevaju da učine ono što su nameravali. Iako su svoj pristup Kahneman i Tversky (1979) nazvali teorija izgleda (*prospect theory*)¹³ i ponudili ga kao alternativu teoriji racionalnog izbora, izvesno je da nije reč ni o kakvoj teoriji koja je identifikovala uzročno-posledične veze i opisala mehanizam njihovog delovanja, već jednostavno o skupu epizoda o ponašanju ljudi koje protivreče očekivanjima u pogledu ponašanja idealno racionalnih pojedinaca. Savremena ekonomska nauka prihvata Lakatoševo nasleđe u teoriji nauke, prema kome je, da bi se opovrgla određena teorija, potrebno ponuditi alternativnu teoriju koja bolje objašnjava stvarnosti (Blaug, 1992). Dakle, za relevantan teorijski doprinos nije dovoljno otpisati određenu teorijsku hipotezu, već je potrebno ponuditi novu, superiornu teoriju. Shodno tome, opovrgavanje teorije racionalnog izbora treba da se zasniva na formulisanju alternativne teorije koja može bolje da objasni ponašanje pojedinca. Teorija izgleda ne zadovoljava taj kriterijum.

Schreoder (2000) se prihvatila tog posla. Ipak, iako je posvetila skoro tridesetak stranica svog članka nečemu što naziva „lakanovska ekonomska teorija žudnje“, koja bi trebalo da bude teorija ponašanja pojedinaca kojom se zamenjuje teorija racionalnog izbora,¹⁴ ništa od toga što je navedeno ne može da konstituiše za ekonomsku analizu relevantnu teoriju ponašanja pojedinca. Na osnovu te „lakanovske teorije“ ne saznajemo ništa od tome kako pojedinac reaguje na promenu cene određenog dobra, već nam jedino preostaje da prihvatimo već navedeni nalaz da je, ukoliko ne postoji racionalno ponašanje pojedinca, reč o njegovom nasumičnom ponašanju.

Štaviše, kritika polaznih pretpostavki određene teorije nije način za njeno opovrgavanje, odnosno za odbacivanje njenih teorijskih hipoteza, bar prema važećoj metodologiji ekonomske nauke (Friedman, 1953). Opovrgavanje određene teorije zasniva se (pod uslovom da u samoj teoriji ne postoji logička protivrečnost) na njenom empirijskom testiranju, odnosno na empirijskoj verifikaciji ili opovrgavanju njenih teorijskih hipoteza. Stoga je ključno pitanje: da li ekonomska teorija kriminala, kao i bilo koja druga teorijska disciplina ekonomske nauke, formuliše teorijske hipoteze koje se mogu empirijski testirati? Ne dokazuju se polazne pretpostavke teorije, poput racionalnosti prestupnika, već njene hipoteze – proizvod teorijskog modela kojim se predviđa ljudsko ponašanje u određenim uslovima (McChesney, 1986).

13 Ponekad se u domaćoj literaturi prevodi i kao teorija lutrije.

14 Ostaje nejasno da li je navedena „lakanovska ekonomska teorija žudnje“ namenjena objašnjanju ponašanja svih pojedinca, odnosno svih ljudskih ponašanja, ili je reč o komplementarnoj teoriji, tj. da se „lakanovska ekonomska teorija“ primenjuje u onim situacijama u kojima ponašanje pojedinca nije racionalno. Stoga ostaje nejasno kako se to ovaj teorijski okvir primenjuje u istraživačkoj praksi. Srećom po zbunjenog istraživača, „lakanovska ekonomska teorija žudnje“ jednostavno ne može da se primeni. Nalazi koji se iznose, poput „teorija poriva za smrću može da objasni kako pokušaj traženja zadovoljstva može da dovede do patnje“ (s. 228), teško mogu da budu relevantni za ekonomsku analizu. Ne dobijamo lakanovski odgovor na sledeće pitanje: kako pojedinac reaguje na povećanje cene, bez obzira na to da li je reč o ceni jabuka ili ceni oličenoj u očekivanoj vrednosti kazne za određeno krivično delo?

Nalazi ekonomske teorije kriminala mogu se i te kako empirijski testirati. Velika rasprava vođena je upravo o rezultatima empirijskog testiranja hipoteza ekonomske teorije kriminala, poput hipoteze da smrtna kazna stvara (dodatnu) generalnu prevenciju (Ehrlich, 1975). Ta rasprava je bila usmerena ka pitanjima podataka i njihove pouzdanosti, ekonometrijskim procedurama koje su korišćenje za dobijanje empirijskih nalaza i drugim metodološkim pitanjima.¹⁵ Oспорavanja dobijenog rezultata o tome da smrtna kazna ima preventivno dejstvo u potpunosti su usmerena na rezultate empirijskog testiranja, a ne na samu teoriju koja je proizvela hipoteze koje su testirane. Metodološki sasvim korektno, akademski protivnici smrtne kazne usredsredili su se na rezultate i postupak empirijskog testiranja dobijene hipoteze o njenoj generalnoj prevenciji, a ne na opovrgavanje polazne pretpostavke da se prestupnici racionalno ponašaju.¹⁶

No, nezavisno od toga što teorija racionalnog izbora nije opovrgnuta, potrebno je istražiti kako nalazi biheviorističke ekonomske analize prava utiču na rezultate modela ponašanja prestupnika koji se zasnivaju na pretpostavci o njegovoj racionalnosti.

3. BIHEVIORISTIČKA EKONOMSKA ANALIZA PRAVA I RACIONALNOST PRESTUPNIKA

Sistematizovanje argumenta biheviorističke ekonomske analize prava (Jolls *et al.*, 1998) upućuje na to da se teorija racionalnog izbora opovrgava na osnovu tri vrste sputanosti: sputana (ograničena) racionalnost, sputana snaga volja i sputani spostveni interes.¹⁷

Sputana racionalnost nikako nije nova kategorija ni za ekonomsku teoriju – već odavno se sve vezano za nju nalazi u standardnim udžbenicima mikroekonomske analize – niti za ekonomsku analizu prava. Kako navodi Posner (1998), sputana racionalnost može se svesti na dve osnovne vrste sputanosti, tj. ograničenja.

Prva je nesavršena informisanost, što se svodi na napuštanje pretpostavke o tome da su oni koji donose odluke savršeno informisani o svim stvarima relevantnim za donošenje te odluke. Budući da je neizvesnost vrsta nesavršene informisanosti (u pogledu budućnosti i ishoda u budućnosti), već sama transformacija teorije racionalnog izbora prema kojoj se pojedinac ponaša tako da, umesto korisnosti, maksimizuje očekivanu korisnost, zasnovanu na subjektivnim verovatnoćama odre-

15 Pregled osnovnih metodoloških problema s kojima se suočava istraživanje generalne prevencije smrtne kazne može se naći u: Begović (2013).

16 Na to Schroeder (2000, s. 150) navodi da se „praktičari 'nauke' (misli se na one koji prihvataju teoriju racionalnog izbora; znači navoda u originalu) retko kada angažuju u empirijskim istraživanjima“. Očigledno je da autorka, ili ne zna o čemu piše, ili je metod diskvalifikacije onih koji drugačije misle otišao već toliko daleko da se ne vodi računa o elementarnim činjenicama.

17 Posner (1998) smatra da sistematska upotreba prideva sputana/sputani nije opravdana drugim do željom autora da stvore privid unifikovanog konceptualnog okvira za razmatranje relevantnih fenomena. Nezavisno od toga, iako je uobičajeno da se u srpskoj terminologiji ekonomske nauke upotrebljava izraz „ograničena racionalnost“, u ovom članku se čini ustupak autorima i njihovoj želji za prividom.

denih ishoda, predstavlja unošenje nesavršene informisanosti u teoriju racionalnog izbora. Ekonomska teorija generalne prevencije, na primer, kao i celokupna ekonomska teorija kriminala zasnivaju se na maksimizaciji očekivane korisnosti jer se sve odluke donose u uslovima neizvesnosti. Potencijalni prestupnik svoje odluke donosi isto onako kako to čine i svi poslovni ljudi u delatnostima koje su u skladu sa zakonom – u uslovima neizvesnosti.

Čak i kada se iz analize izuzmu informacije koje nisu dostupne (koje se odnose na budućnost), nesavršena informisanost jednostavno je posledica racionalnog ponašanja ljudi. Budući da prikupljanje informacija podrazumeva angažovanje resursa, ono neminovno generiše troškove. U takvim okolnostima, racionalno ponašanje ljudi, maksimizacija korisnosti od prikupljanja informacija, podrazumeva izjednačavanje granične koristi od prikupljenih informacija i graničnih troškova njihovog prikupljanja. Neracionalno bi bilo, u procesu donošenja odluka, prikupljati informacije čiji su granični troškovi viši od granične korisnosti. Štaviše, u tom procesu objektivno se ne mogu iskoristiti sve informacije, pa bi zaista bilo neracionalno prikupljati one koje se u tom procesu neće ni koristiti. Drugim rečima, nije racionalno biti potpuno informisan. Racionalnost prestupnika ne gubi se time što on nije savršeno informisan. To je njegov racionalni izbor.

Sama činjenica da ljudi nisu savršeno informisani o sadržaju zakona predstavlja upravo iskaz takve racionalnosti. Ljudi poznaju osnovni duh krivičnog zakona, znaju šta su osnovna krivična dela, šta se to, kako i koliko kažnjava. Nalaz da mali broj ljudi poznaje konkretna zakonska rešenja (Robinson i Darley, 2004) upravo otkriva njihovo racionalno ponašanje, a ne to da su iracionalni. Osim toga, oni koji su zainteresovani za činjenje krivičnih dela, tj. oni koji spadaju u potencijalne prestupnike imaju podsticaj da se informišu ne samo o zaprećenoj kazni već i o verovatnoći kažnjavanja, budući da odluke donose na osnovu očekivane vrednosti kazne.¹⁸

Drugu vrstu sputane racionalnosti čine greške u zaključivanju. One predstavljaju kognitivne propuste, a bihevioristička ekonomska analiza poklanja im punu pažnju. Dakle, reč je o tome da iako su pojedinci racionalni i iako teže da maksimizuju svoju korisnost, to im ne uspeva zbog donošenja pogrešnih odluka – pogrešnih sa stanovišta sopstvenog interesa. Ovim se, kao što je već navedeno, ne osporava racionalnost pojedinaca, već samo njihova savršena racionalnost.

Sa stanovišta razmatranja postulata o racionalnosti prestupnika relevantno je, međutim, pitanje da li se može očekivati da su navedene greške u zaključivanju češće u slučaju prestupnika, odnosno u slučaju donošenja odluka o tome da li da se učini krivično delo ili ne, u odnosu na ostale poslovne odluke. S jedne strane, može se reći da su mnoge poslovne odluke u delatnostima koje su u skladu sa zakonom umnogome složenije i sa daleko većom mogućnošću da se u tim razmatranjima načini greška. Takođe, mnoge poslovne odluke, naročito na finansijskim tržištima,

18 Prema rezultatima ankete koju je Anderson (2002) sproveo među zatvorenicima, 35% ispitanika nije znalo kolika je zaprećena kazna dok su se odlučivali da učine krivično delo. Dakle, skoro dvotrećinska većina je znala. Navedeno istraživanje prate brojni metodološki problemi, pa i ovaj nalaz treba uzeti uz rezervu, a verovatno da je posredi precenjenost dobijenog rezultata, što znači da je manji procenat onih koji zaista nisu znali kolika je kazna.

pogotovu na berzi, donose se velikom brzinom, u veoma kratkom periodu, tako da su neminovno odluke „brzog razmišljanja“ i kao takve podložne greškama u zaključivanju.¹⁹ Otuda sledi da je veća verovatnoća da do grešaka u zaključivanju dolazi u slučaju poslova koji su u skladu sa zakonom, odnosno u slučaju pojedinaca koji nisu potencijalni prestupnici. S druge strane, izvesno je da su potencijalni prestupnici ljudi sa nižim, ispodprosečnim nivoom ljudskog kapitala, pa i intelektualne obdarenosti, što znači slabijih kognitivnih sposobnosti, pa se stoga u njihovom slučaju mogu očekivati veće greške u zaključivanju u odnosu na prosek populacije, tj. u odnosu na one pojedince koji donose odluke u pogledu poslova koji su u skladu sa zakonom.²⁰ Odatle proizlazi da je veća verovatnoća da do grešaka u zaključivanju dolazi u slučaju potencijalnih prestupnika, odnosno odluka o tome da li da se učini krivično delo ili ne. Očigledno, na teorijskom planu ne može da se donese jednoznačan zaključak o tome da li su greške u zaključivanju češće u slučaju donošenja odluka o činjenju krivičnih dela u odnosu na ostale poslovne odluke.

Sputana snaga volje navodi se kao primedba teoriji racionalnog odlučivanja (Jolls *et al.*, 1998), koja se praktično svodi na pitanje konzistentnosti preferencija pojedinaca, pre svega njegovih intertemporalnih preferencija. Prema ovoj analizi, primera radi, sputana snaga volje pušača dovodi do toga da on nastavlja da kupuje i konzumira cigarete, iako to nije u njegovom dugoročnom interesu, a nastavak pušenja opisuje se kao sputana snaga volje. Međutim, ekonomska analiza ovu situaciju iskazala bi kao intertemporalne preferencije opisane visokom diskontnom stopom, koja opisuje snažnu orijentaciju na sadašnjost. Usled visoke diskontne stope, sadašnja vrednost budućeg zdravlja usled ostavljanja pušenja isuviše je mala u odnosu na sadašnju korisnosti koja proizlazi iz njegovog nastavljanja. Ništa u tom pogledu nije nekonzistentno.

Ni uvođenje pretpostavke o hiperboličnom diskontovanju, što znači da diskontna stopa raste sa udaljavanjem od sadašnjosti, ništa ne menja na ovom planu. Kao što navodi Posner (1998), ovo je posledica nedostatka informacija. Pomeranjem u budućnost i produžavanjem roka posmatranja raspoložemo sa sve manje informacija potrebnih za donošenje određene poslovne odluke. Dakle, samo postojanje hiperboličnog diskontovanja, kao i odgovarajućih intertemporalnih preferencija, može se objasniti unutar konceptualnog okvira teorije racionalnog izbora, odnosno njegovo postojanje ne potkopava postulat o racionalnosti pojedinca, pa time i prestupnika.

Povećanje diskontne stope, bila ona eksponencijalna ili hiperbolička, neminovno dovodi do slabljenja preventivnog dejstva kazne. To je posledica snažnijeg uma-

19 Distinkcija između brzog i sporog razmišljanja omogućava da se sistematizuju greške u zaključivanju. Sasvim očekivano, one su daleko češće u slučaju brzog nego sporog zaključivanja. Više o tome videti u: Kahneman (2011).

20 Razdvajanje populacije na potencijalne prestupnike i one koji to nisu ne predstavlja priznavanje bilo kakve predodređenosti pojedinca da bude prestupnik ili ne. Naprotiv, primena osnovnog modela racionalnog ponašanja pojedinca pri donošenju odluka da učini krivično delo ili ne (Becker, 1968) pokazuje da je potreban i dovoljan uslov za to da nivo ljudskog kapitala bude relativno nizak, odnosno da bude nizak relativni puni dohodak pojedinca od poslova koji su u skladu sa zakonom. Na osnovu toga mogu se identifikovati, makar na teorijskom planu, potencijalni prestupnici.

njenja sadašnje očekivane vrednosti određene kazne. Pitanje kolika je diskontna stopa u osnovi je empirijsko pitanje, budući da ona varira između ljudi, a pokazalo se i da varira u vremenu, tj. da isti pojedinac koristi različitu diskontnu stopu u zavisnosti od životnog doba.²¹ Jednostavno, ništa se fundamentalno ne menja sa staništa specijalne i generalne prevencije u odnosu na nalaz zasnovan na teoriji racionalnog izbora. Zbog toga nema ništa novo u tvrdnji (Jolls *et al.*, 1998, str. 1539) da izvesna kraća zatvorska kazna može da bude delotvornija od duže zatvorske kazne koja nije izvesna, odnosno koja se primenjuje sa određenom verovatnoćom. Potrebno je samo uporediti očekivane vrednosti ove dve kazne da bi se na osnovu teorije racionalnog izbora, došlo do istog zaključka, čak i bez diskontovanja, pa time i bez obzira na to o kakvoj vrsti diskontovanja je reč.

Isto se može kazati za stav da se „produženjem zatvorske kazne za jednu godinu ne dobija mnogo“ (Jolls *et al.*, 1998, str. 1539), nezavisno od njegove nepreciznosti. Fenomen nelinearnosti efekata zatvorske kazne u vremenu – pri čemu se najveći deo negativne korisnosti stvara na samom početku izdržavanja kazne, što znači da prirast negativne korisnosti od zatvorske kazne vremenom opada – detaljno je obrađen u literaturi u oblasti ekonomske analize prava koja se zasniva na teoriji racionalnog izbora (Polinsky i Shavel, 1997).

Sputanost sopstvenog interesa jeste finalna primedba koju Jolls *et al.* (1998) stavljaju teoriji racionalnog izbora. Problem leži u tome što ovi autori sopstveni interes pojedinca poistovećuju sa sebičnošću, odnosno bezuslovnom maksimizacijom bogatstva, čime potpuno pogrešno poimaju postulat racionalnosti. Sebičnost nekog pojedinca pokazuje njegove preferencije, a to što neko vodi računa o sopstvenom interesu (maksimizuje korisnost) ne znači neminovno da je sebičan i da samo maksimizuje bogatstvo koje poseduje.

Ekonomska nauka veoma dugo koristi interpresonalnu funkciju korisnosti kao analitičko oruđe. Argumenti takve funkcije jesu nivoi korisnosti drugih ljudi, što znači da oni utiču na nivo korisnosti koju uživa pojedinac koga opisuje navedena funkcija. Sebičnost se u ovom analitičkom okviru iskazuje isključivo kao specijalni slučaj opšteg oblika interpersonalne funkcije korisnosti, one u kojoj se nivo korisnosti drugih pojedinaca ne pojavljuje kao argument. Reč je o preferencijama koje neko ima, a koje određuju argumente i oblik njegove funkcije korisnosti. Sebičnost nije ništa drugo nego specifična preferencija pojedinaca – neki je poseduju, neki ne.

Pri tom, ekonomska nauka dopušta dve moguće veze. Jedna je da pad korisnosti drugih dovodi do rasta korisnosti posmatranog pojedinca. Upravo takav oblik funkcije korisnosti omogućava ekonomsko sagledavanje retribucije kao svrhe kažnjavanja prestupnika (Begović, 2015a). Umanjenje korisnosti kažnjenika na taj način dovodi do uvećanja korisnosti žrtve, njenih bližnjih i eventualno nekih trećih lica, jednog dela javnosti. Nadalje, upravo ovakav oblik funkcije korisnosti omogućava da se objasni motiv činjenja nasilničkih krivičnih dela bez imovinske kom-

21 Jedino se na taj način mogu objasniti sistematske razlike u diskontnoj stopi između mladih i starih, a upravo to može da objasni sistematsku razliku između sadašnje vrednosti iste očekivane vrednosti kazne za jedne i za druge, što se pokazalo u prirodnom eksperimentu zabeleženom u američkoj saveznoj državi Oregon (Bushway *et al.*, 2013).

ponente, pri kojima isključivo umanjene korisnosti žrtve (nanošenje bola, patnje ili čak lišavanje života) uvećava korisnost prestupnika. Upravo se ovakvim, psihopatskim preferencijama prestupnika i odgovarajućom interpersonalnom funkcijom blagostanja može konzistentno objasniti kontinuirano činjenje čisto nasilničkih krivičnih dela, poput silovanja.²²

Ukoliko je reč o tome da povećanje blagostanja drugih uvećava blagostanje pojedinca, onda je posredi altruistička funkcija korisnosti, koja opisuje, na primer, preferencije onih koji dobrovoljno daju siromašnima. Upravo takva funkcija korisnosti omogućava široku i argumentima bogatu raspravu na temu odnosa nejednakosti i društvenog blagostanja (Milanovic, 2007. i Begović, 2015b), koja uključuje fenomen altruizama, ali i fenomen zavisti, a sve unutar konceptualnog okvira interpersonalne funkcije korisnosti.

Pa čak i ukoliko nije u pitanju interpersonalna funkcija korisnosti, teorija racionalnog izbora može da objasni veoma veliki broj različitih ponašanja ljudi. Reč je o tome da se preferencije ljudi razlikuju i da se ne svode isključivo na bogatstvo ili na čulna zadovoljstva koja im to bogatstvo omogućava da sebi priušte. Korisnost može da bude emocionalna ili duhovna.²³

Nijedan od navedenih nalaza biheviroističke ekonomske analize prava nije osporio postulat o racionalnosti prestupnika, odnosno racionalnosti odluke da li da se učini krivično delo ili ne. Jednostavno, u pitanju je racionalna kalkulacija pri kojoj se poredi očekivana neto korisnost od činjenja krivičnog dela (očekivana korisnost od tog dela umanjena za očekivanu vrednost kazne) i očekivana korisnost od poslovnog poduhvata koji je u skladu sa zakonom. Ukoliko je prva očekivana korisnost veća od druge, ispunjen je dovoljan uslov za činjenje krivičnog dela. Upravo je to osnovni nalaz ekonomske teorije specijalne i generalne prevencije. Dakle, posredi je potpuno racionalna odluka, specifična vrsta poslovne kalkulacije – izbor između dve opcije: prekršiti zakon ili ne.

Ipak, na kraju ovog razmatranja treba postaviti pitanje sistematske greške. Teorija racionalnog izbora, kao svaki drugi teorijski model u okruženju u kome postoje stohastički procesi, ne može da objasni stvarnost u potpunosti – stoga predviđanje uvek prati određena greška. Pitanje je da li je ta greška slučajna (što podrazumeva normalnu raspodelu ishoda i srednju vrednost jednaku nuli), što znači da je podjednaka verovatnoća da je određena vrednost precenjena ili potcenjena. Ukoliko jeste, ne postoji nikakva potreba za promenom teorijskog modela. Nasuprot tome, ukoliko postoji sistematska greška, ona treba da se na određeni način uključi u teorijski model, budući da se time uvećava njegova moć predviđanja. Upravo rezultati biheviroističke ekonomske analize ukazuju na postojanje sistematske greške. Problem sa

22 Ovo, shodno egzogenom karakteru preferencija za ekonomsku nauku, nije rasprava o navedenim psihopatskim preferencijama i kako su ih psihopate stekle. Još manje je vrednosna ocena takvih preferencija. Objasnjenje određenog ponašanja nije njihovo opravdavanje.

23 Primer pojedinca koji skida kapu i kada ulazi u kotlarnicu i kada ulazi u crkvu (Cooter, 1998a) stoga je od zanemarljivog značaja sa stanovišta osporavanja teorije racionalnog izbora. U prvom slučaju, reč je o čulnom zadovoljstvu. U drugom, čulnog zadovoljstva nema, ali posredi je drugačija vrsta zadovoljstva, ako ništa drugo, ono predupređivanje gubitka zadovoljstva usled primene sankcije zbog kršenja snažne društvene norme.

tim nalazima, nezavisno od toga koliko su uverljivi, leži u tome što ne nude jasno specifikovanu uzročno-posledičnu vezu koja se može empirijski testirati i potom uključiti u teorijski model ljudskog ponašanja. Dakle, ono što neminovno predstoji jeste empirijsko istraživanje grešaka koje prate teoriju racionalnog izbora, kako bi se došlo do informacije o tome da li je reč o slučajnoj ili sistematskoj grešci. U ovom drugom slučaju, potrebno je identifikovati mehanizam uzročno-posledične veze kojom ta greška nastaje. Ukoliko se dobiju relevantni naučni nalazi, potrebno ih je uključiti u teorijski model jer će on moći bolje da objasni stvarnost. Teorija racionalnog izbora dovoljno je fleksibilna da dopušta ovakve modifikacije upravo zbog toga što nije reč o teoriji savršenog racionalnog izbora. Istu takvu fleksibilnost poseduje i neoklasična ekonomska teorija, što joj je omogućilo da posle više od jednog veka, uz buran napredak ekonomske nauke, opstane kao osnova savremene standardne ekonomske teorije.

Fenomen sistematske greške može da se sagleda sa stanovišta postulata o racionalnosti prestupnika u slučaju efekata sputane racionalnosti prestupnika na specijalnu i generalnu prevenciju.

4. SPECIJALNA I GENERALNA PREVENCIJA I SPUTANA RACIONALNOST PRESTUPNIKA

Specijalna i generalna prevencija koju stvara očekivana kazna zasniva se na racionalnom ponašanju (potencijalnih) prestupnika. Naime, ljudske preferencije su takve da kazna generiše negativnu korisnost, pa time umanjuje ukupnu korisnost kažnjenika. Posredan dokaz ovakvih preferencija jesu činjenice o tome šta sve prestupnici preduzimaju kako bi izbegli kaznu.

Ništa od dosadašnjih nalaza biheviorističke ekonomske analize ne predstavlja razlog da se sumnja u relevantnost nalaza ekonomske teorije specijalne i generalne prevencije. Postavlja se, međutim, pitanje da li ti nalazi mogu da uslove modifikaciju nekih od nalaza ove teorije. Treba početi razmatranje fenomenom hiperboličke diskontne stope. Već se pokazalo da ovaj fenomen, ukoliko zaista postoji, ne menja ništa od mehanizama kojima se stvara specijalna i generalna prevencija, već samo dodatno umanjuje dejstvo očekivane vrednosti kazne, budući da se dodatno umanjuje njena sadašnja očekivana vrednost.²⁴ Ovim se jedino uvećava verovatnoća da u nekim slučajevima specijalna i generalna prevencija neće delovati.

To što u slučajevima nekih pojedinca specijalna i generalna prevencija ne deluje ne znači da oni nisu racionalni, naprotiv. Upravo ovo ponašanje može se objasniti osnovnim teorijskim modelom kriminala, koji je samo jedna od verzija modela racionalnog izbora. Specijalna prevencija, na primer, ne deluje u slučaju tvrdokornih kriminalaca, budući da je ispunjen dovoljan uslov za činjenje krivičnih dela. To je posledica činjenice da je njihova relativna očekivana korisnost od poslova koji su

24 Promena karaktera diskontne stope ne utiče na to da mehanizam specijalne i generalne prevencije menja smer svog dejstva. Shodno tome, na primer, produženje zatvorske kazne može *ceteris paribus* u manjoj ili većoj meri da uveća specijalnu i generalnu prevenciju, ali nikako ne može da je umanj.

u skladu sa zakonom veoma niska, upravo zbog toga što je njihov relativni puni dohodak od tih delatnosti nizak, pre svega zbog niskog nivoa ljudskog kapitala koji poseduju, ali i zbog njihove stigmatizacije na tržištu radne snage. U tim slučajevima, podizanje očekivane vrednosti kazne, na primer putem produženja zaprećene zatvorske kazne, ne mora da poremeti ispunjavanje dovoljnog uslova da se pojedinac angažuje u kriminalnim poslovnim poduhvatima, pa stoga nivo kriminala ne opada. Dakle, upravo zbog toga što se racionalno ponašaju, na te pojedince ne deluje specijalna prevencija.

Jedan od nalaza bihevorističke ekonomske analize jeste da se odnos ljudi prema riziku menja u zavisnosti od toga da li je u pitanju izbor između dobitaka ili gubitaka. Ukoliko je reč o izboru između dobitaka, rezultati eksperimenata pokazuju da ljudi imaju averziju prema riziku, dok ukoliko je posredi izbor između gubitaka, ljudi imaju sklonost ka njemu. Međutim, ovaj nalaz nije relevantan za osnovni model racionalnog ljudskog ponašanja kojim se donose odluke da li da se učini krivično delo ili ne. Reč je o tome da pri donošenju te odluke ljudi, u najvećem broju slučajeva, biraju između očekivanog dobitka i gubitka, budući da je umanjeње korisnosti od kazne veće od uvećanja korisnosti usled činjenja krivičnog dela. U takvim uslovima navedeni nalaz jednostavno nije relevantan. Čak i ukoliko se pretpostavi da je zaprećena kazna isuviše mala, tako da je korisnost od činjenja krivičnog dela u apsolutnom iznosu uvek veća od negativne korisnosti od kazne, u pitanju je izbor između dva dobitka od kojih niti jedan nije izvestan, već je uz oba pridružena određena verovatnoća, što znači da nalaz o averziji prema riziku u slučaju dobitka i dalje nije relevantan za osnovni model racionalnog izbora o tome da li će se učini krivično delo ili ne.

Ipak, ovaj nalaz bihevorističke ekonomske analize može da se primeni na analizu ponašanja prestupnika, mada je ta primena dala prilično skromne i zbunjujuće rezultate. Birke (1999) je pokušao da objasni, prema njegovom mišljenju, paradoksalni rezultat da u krivičnom postupku u SAD dominira sporazum o priznanju krivice kao njegov ishod. Reč je o tome da se u preko 90 odsto slučajeva u poslednjoj deceniji prošlog veka u SAD krivični postupak završio upravo takvim sporazumom (Brown, 1994). To je, smatra Birke (1999), paradoksalno, budući da, shodno nalazima teorije izgleda, ljudi imaju sklonost ka riziku u slučaju gubitaka (nasuprot averziji prema riziku koja se javlja u slučaju dobitaka). Dakle, shodno nalazima ove teorije, treba očekivati da ne dolazi do ovakvog sporazuma, već da optuženi preuzimaju rizik time što ulaze u sudski proces sa neizvesnim ishodom. Pomenuta statistika i na njoj zasnovan empirijski nalaz ne uzimaju se kao osnova za odbacivanje nalaza teorije izgleda kao pogrešnih, već se traži mogućnost objašnjenja paradoksa. Autor prvo navodi mogućnost da prestupnike u celini karakteriše averzija prema riziku u onoj meri u kojoj ta averzija karakteriše stanovništvo u celini. Autor odbacuje ovo objašnjenje, bez ikakve empirijske osnove, budući da je svestan da ono direktno protivreči nalazu da se pojedinci ponašaju tako da imaju sklonost ka riziku u slučaju gubitka. Drugo objašnjenje jeste da optuženi sporazum o priznanju krivice doživljavaju kao dobitak, pa da stoga pokazuju averziju prema riziku. Treće je da su uslovi sporazuma takvi da bi ih prihvatili i oni koji imaju sklonost ka riziku,

ali autor smatra da tužiocima nikada ne bi ponudili takve uslove. Konačno, autor zaključuje da je tužilac tako uokvirio sporazum da onaj koji odlučuje nema dovoljno informacija.

Ova razmišljanja su tipična za pokušaj primene biheviorističke ekonomske analize u oblasti krivičnog prava. Autor se opredeljuje između različitih objašnjenja navodnog paradoksa, a da uopšte ne barata činjenicama. Primera radi, dostupni su podaci o tome kolike su zaprećene kazne i verovatnoće njihove primene, pa se na osnovu toga može zaključiti kakvi su podsticaji tužiocima i optuženima da pregovaraaju u uslovima sporazuma o priznanju krivice. Ukoliko je kazna koja se nudi sporazumom dovoljno niska u odnosu na zaprećenu, mogu se pomiriti i nalazi teorije izgleda, tj. sklonost ka riziku pri razmatranju gubitka i ponašanje optuženih koji biraju sporazum umesto da idu na sud. Što je niža verovatnoća pravosnažne osude, a tužilac to može jako dobro da proceni, budući da zna kojim dokazima raspolaže, niža je očekivana vrednost kazne, pa je stoga sasvim logično da tužilac nudi nižu kaznu kao deo sporazuma o priznanju krivice. Stoga treće objašnjenje navodnog paradoksa može da bude sasvim na mestu, a to se analizom slučajeva i sudskih statistika mora dokazati.²⁵

No, cela ova analiza pokreće pitanje o generalnom odnosu prestupnika prema riziku. Iako je sasvim opravdano pretpostaviti da se odnos prema riziku prestupnika razlikuje od odnosa prema riziku onih koji to nisu, niti razmišljaju da postanu, ostaje nejasno zbog čega prestupnici, potencijalni ili stvarni, moraju da imaju sklonost ka riziku. Dovoljno je, na primer, da imaju niži stepen averzije prema riziku u odnosu na ostale ljude. To znači da je teorijski sasvim moguće da prestupnici imaju averziju prema riziku i da su spremni da se osiguraju od kazne i plate odgovarajuću premiju tog osiguranja, samo kada bi tako nešto bilo zakonski moguće.

Bitno je uočiti da su sva razmatranja o odnosu prestupnika prema riziku zasnovana na postulatu o njegovom racionalnom ponašanju i ništa se uključivanjem nalaza biheviorističke ekonomske analize nije promenilo u tom pogledu. Odgovorom na pitanje o tome da li se na osnovu ovog postulata može objasniti ubistvo polako se mogu sumirati argumenti u raspravi.

5. UBISTVO: IZAZOV POSTULATU O RACIONALNOG PRESTUPNIKA

Da li ubistvo, kao najteže krivično delo, predstavlja izazov postulatu o racionalnosti prestupnika? Na prvi pogled, čini se da ovo krivično delo,²⁶ naročito pri nekim okolnostima, poput bitno smanjenje uračunljivosti, zaista može da bude izazov ove vrste. No, da bi se to istražilo, potrebno je da se bliže razmotri krivično delo ubistva.

25 Naravno, ono što se ne zna jeste mera sklonosti ka riziku, ukoliko ona uopšte postoji, odnosno kolika bi bila negativna premija na rizik koju je okrivljeni spreman da plati. Suštinski do tog iznosa može da se dođe tek *ex post*, ali se *ex ante* može oceniti (heuristički) da li je iznos takve premije u nekom razumnom intervalu.

26 Nehatno lišavanje života se, shodno savremenim tendencijama u krivičnom zakonodavstvu (Stojanović, 2007), u ovom radu ne svrstava među ubistva.

Kako navodi Ehrlich (1975), ubistvo može da bude samo sebi cilj. Najčešće je reč o tome da se ubica i žrtva poznaju, često su u pitanju i bliski pojedinci, i može se pretpostaviti da funkcija korisnosti ubice kao svoj argument sadrži funkciju korisnosti ili iznos potrošnje žrtve. Pri tom, umanjeње korisnosti žrtve izaziva uvećanje korisnosti ubice – tipičan slučaj interpersonalne funkcije korisnosti. Takođe, ovome treba dodati i specifičnu funkciju korisnosti psihopata, uslovljenu njihovim specifičnim preferencijama, koja bi se mogla specifikovati tako da zlo nanese bilo kom ljudskom biću, odnosno nivo korisnosti svakog drugog pojedinca, predstavlja argument funkcije korisnosti takvog psihopatskog pojedinca.²⁷ Postojanje interpersonalne funkcije korisnosti omogućava da se ovakvo ponašanje prestupnika okarakterise kao racionalno. Dakle, ne narušava se postulat o racionalnosti prestupnika.

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

Postulat o racionalnosti prestupnika, u ovom slučaju ubice, može se razmatrati i sa stanovišta potrebnih uslova da se određeno činjenje okarakterise kao krivično delo: umišljaj (direktni ili eventualni) ili nehat (svesni ili nesvesni). Samim tim, jasno je da se pretpostavlja racionalno ponašanje učinioca krivičnog dela, u ovom slučaju ubistva, tj. njegova racionalna odluka da li da nekog ubije ili ne. Kategorija neuračunljivosti predstavlja osnovu za isključenje krivice, dok bitno smanjena uračunljivost umanjuje krivicu. Izvesno je da se oni koji nisu uračunljivi, bez obzira na to šta je uzrok te neuračunljivosti, ne ponašaju kao racionalna bića. Međutim, oni čine tako malu manjinu u ljudskom rodu, a i među izvršiocima krivičnih dela, da zbog njih ne treba menjati teoriju.²⁸

Zanimljivo je, međutim, pitanje koncepcije bitno smanjene uračunljivosti, odnosno krivičnog dela ubistva na mah, koja je s njom povezana. Ova krivičnopravna koncepcija u potpunosti odgovara ekonomskoj koncepciji sputane (ograničene) racionalnosti: nije posredi savršena racionalnost, narušena je moć rasuđivanja, naročito u pogledu dugoročnih posledica onoga što se čini, ali to ne znači da racionalnosti nema. Stoga se ubistvo na mah može teorijski modelirati na osnovu postulata o racionalnosti prestupnika. To se može učiniti tako što se u analizu unosi kategorija impulsivnosti, koja se može okarakterisati kao nesposobnost da se planira budućnost (Nagin i Pogarsky, 2001) ili kao disproporcionalna specifična težina koja se daje orijentaciji prestupnika na „sada i ovde“ (Gottfredson i Hirschi, 1990). Bez obzira na to koja se od ove dve definicije prihvati, očigledno je da je, prema rečniku

27 Formalno posmatrano, prvi parcijalni izvod funkcije korisnosti psihopate po argumentima koji čine korisnost drugih pojedinaca uvek je negativan.

28 Tim pre što se iracionalno ponašanje, shvaćeno prema teoriji racionalnog izbora, svodi na nasumično, pa je stoga reč o slučajnoj promenljivoj, koje se ne može modelirati.

ekonomske teorije, u pitanju diskontovanje vrednosti budućih ishoda, i to veoma visokom diskontnom stopom. Na taj način sadašnje vrednosti budućih ishoda (poput dugogodišnje zatvorske kazne) dobijaju toliko malu vrednost da ne mogu da imaju odlučujući uticaj pri donošenju odluke da li da se neko ubije ili ne. Sadašnja očekivana vrednost kazne, dakle, ulazi u racionalnu kalkulaciju da li da se neko ubije ili ne, ali sa veoma malom, praktično zanemarljivom „specifičnom težinom“. Fenomen hiperboličkog diskontovanja samo dodatno umanjuje sadašnju očekivanu vrednost kazne, pa su za prestupnika ishodi koji se događaju u sadašnjosti, odnosno u veoma bliskoj budućnosti daleko važniji.²⁹ Shodno svemu navedenom, ekonomska teorija specijalne i generalne prevencije, zasnovana na teoriji racionalnog izbora, može da objasni ubistvo na mah. Drugim rečima, identifikovani uzročno-posledični mehanizam specijalne i generalne prevencije i dalje deluje, samo što opada njegova snaga. Odgovarajući teorijski model smanjene uračunljivosti pokazuje upravo to – da usled impulsivnosti, kao specifičnog oblika ograničene racionalnosti, slabi dejstvo očekivane vrednosti kazne, ali to ne znači da se to dejstvo gubi ili da menja smer (Cooter, 1998b). Ipak, čini se da ima još dosta nezavršenog posla u ovoj specifičnoj oblasti modeliranja.³⁰

6. ZAKLJUČAK

Razmatranje postulata o racionalnom prestupniku i teorije racionalnog izbora primenjene u slučaju ponašanja potencijalnih i stvarnih prestupnika nije opovrglo ni postulat, niti teoriju. Ne postoji bolja osnova za ekonomsku analizu kriminala, tj. ne postoji alternativna teorija koja bolje objašnjava stvarnost – ponašanje potencijalnih i stvarnih prestupnika.

Uvek treba voditi računa da postulat o racionalnom ponašanju prestupnika nije postulat o njegovoj savršenoj racionalnosti. Racionalnost prestupnika je sputana – možda, u nekim situacijama, i više od racionalnosti onih koji to nisu. Veliki doprinos biheviorističke ekonomske analize upravo je u tome što ukazuje na epizode sputane racionalnosti, pre svega u pogledu kognitivnog procesa. Međutim, rezultati eksperimenata kojima su osvetljene te epizode nisu konstituisali novu, alternativnu teoriju, nisu objasnili uzročno-posledičnu vezu, niti su bilo šta drugo do indukcijom generisani zaključci.

Fenomen sputane (ograničene) racionalnosti nije, sam po sebi, dovoljan za opovrgavanje postulata o racionalnosti prestupnika, odnosno teorije racionalnog izbora. Međutim, unošenje ovih nalaza u teorijsko modeliranje ponašanja prestupnika može da dovede do poboljšanja teorijskih modela i boljeg razumevanja stvarnosti, odnosno ponašanja prestupnika, što je u skladu sa savremenim nalazima na planu

29 Stoga Nagin i Pogarsky (2001) ukazuju na to da bi očekivana brza kazna, nezavisno od svog karaktera, mogla da ima snažnije preventivno dejstvo nego zakonska kazna koja se neminovno izvršava u prilično dalekoj budućnosti, bar sa stanovišta impulsivnog prestupnika.

30 Naravno, ništa od ovih nalaza ne odnosi se na slučaj iskrivljene neuračunljivosti (*actiones libere in causa*) u kome je prestupnik sam sebe, svojom racionalnom odlukom u uslovima pune uračunljivosti doveo u stanje neuračunljivosti. U ovom slučaju nema potrebe za diskontovanjem budućih ishoda visokim diskontnim stopama.

odnosa prema nalazima biheviorističke ekonomske analize (Chetty, 2015). Pokazalo se, međutim, da su ti nalazi daleko bitniji za sagledavanje donošenja nekih drugih odluka, naročito onih u okvirima građanskog prava i parničnog procesa.

Velike mogućnosti javljaju se na planu empirijskih istraživanja, što je sasvim očekivano, budući da je bihevioristička ekonomska analiza pre svega empirijska. Ona može da bude usmerena na istraživanje ponašanja pojedinaca u krivičnom postupku, i to ne samo na ponašanje prestupnika. Regularnosti u pogledu ponašanja pojedinaca, okrivljenih i tužilaca mogu da se ustanove na osnovu pravosudnih statistika i da se shodno tome donesu dalekosežni zaključci. Čini se da su ovakva empirijska istraživanja daleko bolja nego ankete zatvorenika, koje su vezane za brojne metodološke probleme. Tome svakako treba dodati i mogućnosti koje nudi eksperimentalna psihologija, budući da je ova oblast psihologije do sada veoma malo korišćena za istraživanja ponašanja prestupnika, odnosno onih ljudskih ponašanja koja su relevantna za ponašanje prestupnika. Svi ovi nalazi mogu biti dragoceni za reviziju i unapređenje teorijskih modela konkretnog ponašanja prestupnika, ali i onih koji učestvuju u njegovom krivičnom gonjenju.

Ukratko, teorija racionalnog izbora primenjena na ponašanje potencijalnih i stvarnih prestupnika živa je i zdrava, a svi oni empirijski nalazi kojima se potkrepljuje tvrdnja da ljudsko ponašanje nije savršeno omogućavaju da se modifikacijom teorijskih modela zasnovanih na teoriji racionalnog izbora, odnosno na postulatu o racionalnosti prestupnika još bolje objasni stvarnost.

LITERATURA

- Anderson, D. A. (2002), The deterrence hypothesis and picking pockets at the pickpocket's hanging, *American Law and Economics Review*, Vol. 4, 295–313
- Becker, G. S. (1968), Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, ss. 443–478
- Becker, G. S. (1976), *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago & London
- Begović, B. (2012), Metodologija ekonometrijske analize generalne prevencije: slučaj smrtne kazne, u: Ignjatović, Đ. (ur.): *Kaznena reakcija u Srbiji, II deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 96–118
- Begović, B. (2015a), *Ekonomska analiza generalne prevencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd
- Begović, B. (2015b), O ekonomskoj nejednakosti i društvenom blagostanju, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXIII, br. 1 (u štampi)
- Birke, R. (1999), Reconciling loss aversion and guilty pleas, *Utah Law Review*, Vol. 1999, 205–254.
- Blaug, M. (1992), *The Methodology of Economics: Or, How Economist Explain*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge
- Brown, J. D. (1994), The use of mediation to resolve criminal cases: A procedural critique, *Emory Law Journal*, Vol. 43, 1247–1304
- Brueckner, J. K., Flores-Fillol, R. (2007), Airline schedule competition, *Review of Industrial Organization*, Vol. 30, 161–177

- Bushway, S., DeAngelo, G. i Hansen, B. (2013), Deterability by age, *International Review of Law and Economics*, Vol. 36, ss. 70–81
- Chetty, R. (2015), Behavioral economics and public policy: A pragmatic perspective, *NBER Working Papers Series*, Working Paper 20928, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts
- Cooter, R. (1998a), Expressive law and economics, *Journal of Legal Studies*, Vol. 27, 585–608
- Cooter, R. (1998b), Models of morality in law and economics: Self-control and self-improvement for the bad man of Holmes, *Boston University Law Review*, Vol. 78, ss. 903–930
- Cooter, R. (2005), Treating yourself instrumentally: Internalization, rationality, and the law, u: Parisi, F., Smith, V.L. (eds.), *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford University Press, Stanford, 95–110
- Elster, J. (1990), When rationality fails, u: Schweers-Cook, K., Levi, M. (eds.), *The Limits of Rationality*, University of Chicago Press, Chicago, 14–37
- Fagan, J. (2006), Death and deterrence redux: Science, law and causal reasoning on capital punishment, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 4, 255–320
- Friedman, M. (1953), *Essays in Positive Economics*, Chicago University Press, Chicago
- Gottfredson, M.R. Hirschi, T. (1990), *A General Theory of Crime*, MacMillan, New York
- Guthrie, C. (2003), Prospect theory, risk preference, and the law, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, ss. 1115–1163
- Jolls, C., Sunstein, C. R., Thaler, R. (1998), A behavioral approach to law and economics, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1471–1550
- Kahneman, D. (2011), *Thinking, Fast and Slow*, Penguin Books, London.
- Kahneman, D., Tversky, A. (1979), Prospect theory: An analysis of decisions under risk, *Econometrica*, Vol. 47, 263–292
- Korobkin, R. B., Ulen, T. S. (2000), Law and behavioral science: Removing the rationality assumption from law and economics, *California Law Review*, Vol. 88, 1051–1144
- McChesney, F. S. (1986), Assumptions, empirical evidence and social science method, *Yale Law Journal*, Vol. 96, 339–341
- Milanovic, B. (2007), Why we all care about inequality (buth are loath to admit it), *Challenge*, Vol. 50 (6), 109–120
- Mullainathan, S., Thaler, R. H. (2000), Behavioral economics, *NBER Working Papers Series*, Working Paper 7948, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts
- Nagin, D. S., Pogarsky, G. (2001), Integrating celerity, impulsivity, and external legal sanctions into a model of general deterrence: Theory and evidence, *Criminology*, Vol. 39, 865–892
- Parisi, F., Smith, V. L. eds. (2005), *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford University Press, Stanford
- Posner, R. A. (1998), Rational choice, behavioral economics, and the law, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1551–1575
- Rabin, M. (1998), Psychology and economics, *Journal of Economic Literature*, Vol. 36, ss. 11–46
- Rabin, M. (2002), A perspective on psychology and economics, *European Economic Review*, Vol. 46, ss. 657–685
- Robinson, P. H., Darley, J. M. (2004), Does criminal law deter?: A behavioural science investigation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, 173–205

- Schroeder, J. L. (2000), Rationality in law and economics, *Oregon Law Review*, Vol. 79, 147–252
- Stigler, G. J., Becker, G. S. (1977), De gustibus non est disputandum, *American Economic Review*, Vol. 67, 76–90
- Stojanović, Z. (2007), Krivično pravo, opšti deo, XIV izmenjeno izdanje, Pravna knjiga, Beograd
- Tversky, A., Kahneman, D. (1986), Rational choice and framing of decisions, *Journal of Business*, Vol. 59, S251–S278

Boris Begović

Law Faculty, University of Belgrade

THE POSTULATE ON RATIONAL OFFENDER: THE CORNER STONE OF ECONOMIC ANALYSIS OF CRIME

SUMMARY

The aim of the paper is to explore the postulate on rationality of offender, i.e. assumption on his/her rational behaviour. It has been demonstrated that the postulate cannot be refuted, as well as the rational choice theory that is based on it. It has been recognised, nonetheless, that the rationality of offender is constrained, the same as in the case of other people, hence the desired utility maximisation is not accomplished. Behavioural economic analysis offers empirical findings on constrained rationality. Though they do not constitute new theory, alternative one to the rational choice theory, they provide a ground for enhancement of theoretical models of offender's behaviour. Still it was demonstrated that economic analysis of crime and its models of offender's behaviour based on the rational choice theory can successfully explain many of the human behaviours emphasised by the behavioural economic analysis. Accordingly justification of the postulate on rational offender is not an issue, nor is rational choice theory, but one should keep an open mind regarding modifications of some of the rational choice theoretical models of offender's behaviour using some of the findings of the behavioural economic analysis.

Key words: offender's rationality, rational choice theory, behavioural economic analysis, theoretical models of offender's behaviour, empirical findings.

PROBLEMI MEĐUSOBNOG USAGLAŠAVANJA ODREDABA PREKRŠAJNOG I KRIVIČNOG PRAVA¹

Apstrakt. Usaglašavanje odredaba prekršajnog i krivičnog prava jedan je od prvorazrednih zadataka našeg kaznenog prava. Iako je ova ideja već dugo prisutna u našoj pravnoj teoriji ona do sada nije dosledno sprovedena u našem prekršajnom zakonodavstvu. Značajan korak u tom pravcu učinjen je novim Zakonom o prekršajima iz 2013. godine.

Ovaj zakon uneo je značajne novine u naše prekršajno pravo od kojih se one iz opšteg dela najvećim delom upravo odnose na usaglašavanje sa odgovarajućim odredbama Krivičnog zakonika. U pitanju su odredbe o sili i pretnji, prekoračenju nužne odbrane i krajnje nužde, skrivljenoj neuračunljivosti, stvarnoj i pravnoj zabludi, podstrekavanju i pomaganju, sticaju prekršaja, produženom prekršaju, odmeravanju kazne, ublažavanju kazne, oslobodanju od kazne kao i pojedine odredbe o prekršajnim sankcijama.

Za razliku od toga nove odredbe o pojmu prekršaja i prekršajnoj odgovornosti udaljile su se od rešenja iz KZ i Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela. Iako ima argumenata za prihvatanje ovakvog shvatanja ovo rešenje sigurno ne doprinosi harmonizaciji odredaba našeg kaznenog prava i doslednom sprovođenju principa subjektivne odgovornosti.

Ključne reči: krivično pravo, prekršajno pravo, prekršaj, prekršajna odgovornost, prekršajna sankcija.

1. UVOD

Problematika usaglašavanja odredaba prekršajnog i krivičnog prava već dugo vremena je prisutna u našem pravu. Bliskost prekršajnog i krivičnog prava kao dve grane kaznenog prava je evidentna i naše prekršajno pravo je oduvek koristilo mnoge ustanove krivičnog prava. No, prilikom preuzimanja tih ustanova za svoje potrebe prekršajno pravo ih je često manje ili više menjalo prilagođavajući ih svojim potrebama. Nekada su te modifikacije opravdane jer je te ustanove i njihovu primenu trebalo uskladiti sa karakteristikama prekršaja kao posebne vrste delikata. Međutim, česte su i situacije da se između odredaba prekršajnog i krivičnog prava koje se odnose na istu ustanovu javljaju razlike koje se ne mogu opravdati specifičnostima prekršaja kao delikata niti se može naći bilo kakav drugi razlog koji bi opravdavao te razlike. Izmene do kojih je dolazilo u krivičnom zakonodavstvu koje se odnose na pojedine ustanove krivičnog prava često nisu bile praćene izmenama zakona o prekršajima, pa su se pojavljivale razlike koje nemaju nikakvog smisla. Zbog toga

* redovni profesor, djordje.djordjevic@kpa.edu.rs

teoretičari već godinama insistiraju na ovom usaglašavanju,¹ ali do sada ono nije temeljno urađeno. Čak ni gotovo paralelno donošenje Krivičnog zakonika iz 2005. i Zakona o prekršajima iz iste godine² nije dovelo do potpunijeg usklađivanja njihovih odredaba. Značajan korak na ovom planu učinjen je tek donošenjem Zakona o prekršajima iz 2013. godine.³

2. NOVI ZOP I USKLAĐIVANJE ODREDABA PREKRŠAJNOG I KRIVIČNOG PRAVA

Zakon o prekršajima iz 2013. godine (u daljem tekstu ZOP) počeo je da se primenjuje 1. marta 2014. godine. Njegovo donošenje posle relativno kratkog perioda primene Zakona o prekršajima iz 2005. (koji je počeo da se primenjuje tek 1. januara 2010.) motivisano je željom da se isprave njegovi nedostaci sagledani već posle par godina njegove primene. Iako je uvođenje sudova za prekršaje, što je sigurno najznačajnija tekovina Zakona o prekršajima iz 2005. godine, nesporno veliki i pozitivan iskorak u razvoju našeg prekršajnog prava, to nije u potpunosti rešilo sve probleme koje se javljaju u našoj prekršajnoj praksi, a neki su se čak i uvećali. Osnovni problem sa kojim se sudovi za prekršaje susreću u praksi jeste sporost i neefikasnost prekršajnog postupka. Prekršajni sudovi su u novom sistemu dobili nove nadležnosti, što dovodi do njihove preopterećenosti velikim brojem predmeta (u proseku preko milion godišnje),⁴ a pojedini instituti prekršajnog postupka često omogućavaju njegovo odugovlačenje. To, imajući u vidu relativno kratke rokove zastarelosti karakteristične za prekršajno pravo, dovodi do toga da značajan broj predmeta zastareva. Mali procenat naplaćenih novčanih kazni, problemi sa izvršenjem kazne zatvora, slaba zastupljenost alternativnih sankcija, dodatni su razlozi koji opravdavaju potrebu za izmenama u prekršajnom zakonodavstvu u cilju povećanja brzine i efikasnosti kako prekršajnog, tako i postupka za izvršenje prekršajnih sankcija, a sve u cilju ostvarivanja osnovnog zadatka prekršajnog prava, suzbijanja vršenja prekršaja i zaštita određenih dobara i vrednosti.⁵ Osim toga pojavila se i neophodnost usklađivanja ZOP sa izmenama drugih zakona do kojih je došlo od poslednjih izmena i dopuna Zakona o prekršajima. To se pre svega odnosi na novi Zakonik o krivičnom postupku i Zakon o izvršenju i obezbeđenju, kao i na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika.

Sve ovo bili su razlozi za donošenje novog zakona što je, kao što je rečeno, i učinjeno jula 2013. godine. Iako se može reći da ovaj zakon najznačajnije novine unosi u procesni i izvršni deo prekršajnog prava, pre svega kroz uvođenje tzv. pre-

1 Đorđević, M.: Odnos prekršajnog i krivičnog prava, *Prekršajna odgovornost*, Beograd, 2002, str. 26.

2 Službeni glasnik RS, br. 101/05, 116/08 i 111/09.

3 Službeni glasnik RS, br. 65/13.

4 Pašalić Z.: Uticaj prekršaja na rast stope kriminaliteta u Srbiji, *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*, Beograd, 2011, str. 519.

5 Dimitrijević P., Jovašević D.: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2005, str. 13.

kršajnog naloga i registara izrečenih sankcija, ne treba izgubiti iz vida brojne izmene u opštem delu prekršajnog prava koje ovaj zakon sobom donosi. Najveći broj tih novina u opštem delu zakona zapravo predstavlja usaglašavanje odredaba ovog zakona sa odredbama Krivičnog zakonika (u daljem tekstu KZ) koje se odnose na pojedine institute koji postoje u obe grane kaznenog prava. Ovo usklađivanje je ovoga puta učinjeno uglavnom dosledno i predstavlja značajan korak u usaglašavanju odredaba našeg kaznenog prava u celini. Na ovaj način otklonjeni su brojni propusti učinjeni prilikom donošenja prethodnog zakona o prekršajima čije odredbe nisu u potpunosti usklađene sa odredbama u isto vreme donetog Krivičnog zakonika. Novim ZOP unete su značajne novine u odredbe o pojmu prekršaja i prekršajne odgovornosti, sili i pretnji, prekoračenju nužne odbrane i krajnje nužde, skrivljenoj neuračunljivosti, stvarnoj i pravnoj zabludi, podstrekavanju i pomaganju, sticaju prekršaja, produženom prekršaju i dr. Delimično su izmenjene i odredbe o odmeravanju kazne, ublažavanju kazne, uvedena je mogućnost oslobođenja od kazne, izmenjene odredbe o kaznenim poenima i radu u javnom interesu i uvedene dve nove zaštitne mere: obavezno psihijatrijsko lečenje i oduzimanje životinja i zabrana držanja životinja. Ipak, i pored jasno izražene težnje ka usaglašavanju odredaba ovog zakona sa KZ u vezi sa novim rešenjima u opštem delu ZOP mogu se postaviti brojna pitanja. No, pre razmatranja problema vezanih za pojedine institute opšteg dela prekršajnog i krivičnog prava i njihovu usklađenost postavljaju se dva osnovna, prethodna pitanja.

Prvo od njih jeste pitanje korišćenja odgovarajuće pravne tehnike prilikom preuzimanja pojedinih rešenja iz KZ. U principu tu na raspolaganju stoje dve mogućnosti: prva, koja se sastoji u preuzimanju odredaba iz KZ tako što će one biti doslovno (ili uz eventualne više ili manje opravdane izmene) prenete u ovaj zakon, i druga, koja se sastoji u uvođenju tzv. opšte klauzule kojom će Zakon o prekršajima naložiti shodnu primenu pojedinih odredaba KZ, ZKP, ZIKS ili nekog drugog zakona, pa se postavlja pitanje koja je mogućnost u ovakvim situacijama bolja i celishodnija. Prvi sistem primenjen je uglavnom, uz manje izuzetke, u starom Zakonu o prekršajima iz 2005. godine, kao i u većini ranijih zakona o prekršajima, a drugi, na primer, u Zakonu o privrednim prestupima, Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična dela i dr. I jedan i drugi sistem imaju svoje prednosti i nedostatke.⁶ Sistemom opšte klauzule izbegavaju se eventualne greške i nedoslednosti prilikom preuzimanja odredaba iz KZ, a takođe i potreba da se prilikom svake izmene KZ radi usklađivanja mora da menja i ZOP. S druge strane, prvi sistem omogućava da više dođu do izražaja pojedine specifičnosti prekršajnog prava i da se pojedine ustanove krivičnog prava prilagode potrebama prekršajnog prava. Novim ZOP, kao što je već rečeno, nastojalo se da se u što većoj meri ujednače odredbe KZ i ZOP, ali bez uvođenja opšte klauzule. To je i dovelo do određenih nedorečenosti i nedoslednosti kada su u pitanju odredbe opšteg dela prekršajnog prava u novom ZOP.

6 Vidi: Pihler S.: *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, str. 34–35.

Drugo pitanje jeste da li je uopšte uputno sve institute opšteg dela dosledno prenositi iz KZ u ZOP i da li je njihova primena u prekršajnom pravu uopšte potrebna. Iako se radi o dvema granama kaznenog prava koje kao takve imaju mnogo toga zajedničkog, ipak se one bave dvema vrstama kaznenih delikata koji su, naročito po težini, veoma različiti, pa je primena nekih instituta krivičnog prava na prekršaje necelishodna. U tom smislu možda bi se moglo diskutovati o praktičnom značaju, a samim tim i potrebi njihovog postojanja u ZOP, instituta kao što su prekoračenje nužne odbrane i krajnje nužde, pokušaj prekršaja, bitno smanjena uračunljivost, podstrekavanje i pomaganje, oslobođenje od kazne, pa i nekih drugih, koji se, iako imaju svoj pun teorijski smisao, u prekršajnom pravu veoma retko primenjuju.⁷

3. ODREDBE ZOP KOJE SU USAGLAŠENE SA KZ

Najveći broj izmena u opštem delu prekršajnog prava išlo je u pravcu usklađivanja odredaba ZOP sa odredbama KZ, odnosno prihvatanja i implementacije rešenja iz KZ. Tako se neki instituti krivičnog prava po prvi put pojavljuju u prekršajnom pravu, kao što je slučaj sa neodoljivom i odoljivom silom, bitno smanjenom uračunljivošću, skrivljenom neuračunljivošću, oslobođenjem od kazne, produženim prekršajem, a kod nekih koji su već postojali u prekršajnom pravu izvršene su izmene u smislu njihovog usaglašavanja sa odredbama KZ.

Kad je u pitanju institut prekoračenja nužne odbrane i krajnje nužde novi ZOP, preuzimajući rešenje koje postoji u KZ, određuje da se u slučajevima, ako je prekoračenje učinjeno pod naročito (posebno)⁸ olakšavajućim okolnostima, učinilac može osloboditi od kazne. Po odredbama starog Zakona o prekršajima o nužnoj odbrani i krajnjoj nuždi učinilac se u ovakvim slučajevima nije smatrao odgovornim za prekršaj, što je svakako povoljnija situacija za učinioca od fakultativne mogućnosti oslobođenja od kazne.⁹

Odredba o sili i pretnji usaglašena je sa rešenjem iz KZ na taj način što je i u ZOP sprovedeno razlikovanje između neodoljive (apsolutne) i odoljive (kompulzivne) sile kao što je to učinjeno i u KZ. Samo neodoljiva sila određena je kao osnov za isključenje postojanja prekršaja, dok se odoljiva sila i pretnja tretiraju kao osnov koji može da dovede do ublažavanja kazne ako se ne mogu smatrati neskrivljenom opasnošću u smislu odredaba o krajnjoj nuždi. Na taj način sili i pretnji je dat manji značaj nego po starom zakonu po kome su sila (i apsolutna i kompulzivna) i pretnja predstavljale osnov za isključenje prekršaja.¹⁰

Novi ZOP po prvi put uvodi institut bitno smanjene uračunljivosti koji do sada nije postojao u našem prekršajnom pravu, tretirajući ga kao fakultativni osnov za ublažavanje kazne. Odredba o ovom institutu doslovno je preuzeta iz KZ. Osim

7 Đorđević Đ.: Novi Zakon o prekršajima i novine u opštem delu prekršajnog prava, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 2/2014, str. 18.

8 Kad je u pitanju prekoračenje nužne odbrane Zakon koristi termin „naročito olakšavajuće okolnosti“, a kod prekoračenja krajnje nužde „posebno olakšavajuće okolnosti“, a da se ne vidi nikakav opravdan razlog za ovu terminološku neusklađenost.

9 Mrvić-Petrović N.: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 23 i 25.

10 Mrvić-Petrović N.: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 26.

toga, u cilju usaglašavanja sa odgovarajućom odredbom KZ, kod nabiranja bioloških osnova neuračunljivosti dodata je i „druga teža duševna poremećenost“. Po pitanju uračunljivosti novinu predstavlja i odredba o skrivljenoj neuračunljivosti koja je daleko bolja od odgovarajuće odredbe starog zakona koja suštinski i nije predstavljala institut skrivljene neuračunljivosti. Prema staroj odredbi okolnost da je prekršaj učinjen pod dejstvom alkohola ili drugih omamljujućih sredstava nije isključivala odgovornost učinioca, što je daleko šire od shvatanja skrivljene neuračunljivosti u KZ.¹¹ Sadašnje rešenje po kome se „ne smatra neuračunljivim učinilac prekršaja koji upotrebom alkohola ili na drugi način dovede sebe u stanje u kome nije mogao shvatiti značaj svog postupka ili nije mogao upravljati svojim postupcima ako je u vreme kad se dovodio u takvo stanje bio svestan ili je bio dužan i mogao biti svestan da u takvom stanju može učiniti prekršaj“ (član 19, stav 4. ZOP) ne isključuje neuračunljivost u slučaju da učinilac prekršaja bez svoje krivice dovede sebe u stanje u kome nije mogao shvatiti značaj svog postupka ili nije mogao upravljati svojim postupcima. Međutim, s druge strane, ovakva odredba ne ostavlja mogućnost isključenja neuračunljivosti kada neko umišljajno sebe dovede u takvo stanje, koja postoji u KZ. Takvo rešenje doduše ovde ne bi imalo velikog značaja, jer se u prekršajnom pravu odgovara i za umišljaj i za nehat, ali bi se ipak moglo primeniti kod prekršaja za koje je propisano da će se kazniti samo ako su učinjeni sa umišljajem (član 20, stav 1. ZOP). Ovakva mogućnost se u prekršajnom pravu veoma retko koristi,¹² ali ipak postoji, pa ju je u cilju harmonizacije odredaba kaznenog prava trebalo predvideti i kod odredbe o skrivljenoj neuračunljivosti u ZOP.

Odredbe o stvarnoj i pravnoj zabludi takođe su doživele značajne izmene. Kad je u pitanju pravna zabluda, nova odredba ZOP dosledno je preuzeta iz KZ određujući neotklonjivu pravnu zabludu kao osnov koji isključuje prekršajnu odgovornost, a otklonjivu kao osnov za ublažavanje kazne. Za razliku od toga, kod stvarne zablude ZOP određuje samo neotklonjivu stvarnu zabludu kao osnov koji isključuje prekršajnu odgovornost, dok otklonjivu uopšte ne pominje. Međutim, dosledno rešenju iz KZ kao i gore pomenutoj odredbi člana 20, stav 1. ZOP, koja određuje da se propisom o prekršaju za pojedine prekršaje može utvrditi i odgovornost samo za umišljaj, i otklonjiva stvarna zabluda mogla bi imati značaja kada su u pitanju takvi prekršaji,¹³ ali to ovim zakonom nije predviđeno iako se za to ne vidi opravdan razlog.¹⁴ Inače, bez obzira na ovu manjkavost, odredbe o stvarnoj i pravnoj zabludi predstavljaju značajan napredak u odnosu na odgovarajuće odredbe starog zakona koje su bile potpuno nelogične. Naime stvarna zabluda je bila određena definicijom stvarne zablude u širem smislu, pa se puna sadržina ovog instituta morala izvoditi iz teorijskog značenja pojma stvarne zablude,¹⁵ dok je pravnoj zabludi bio dat samo

11 Pihler S.: *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, str. 60.

12 Pihler S.: *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, str. 59.

13 Mrvić-Petrović N.: *Materijalno-pravne odredbe Zakona o prekršajima, Primena novih odredaba u Zakonu o prekršajima*, Beograd, 2013, str. 25.

14 Đorđević Đ.: *U susret novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije, Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, 2013, str. 507.

15 Đorđević M.: *Odnos prekršajnog i krivičnog prava*, u publikaciji „*Prekršajna odgovornost*“, Glorijum, Beograd, 2002, str. 18.

značaj fakultativnog osnova za ublažavanje kazne, dakle manji nego u krivičnom pravu, što nije logično imajući u vidu brojnost i značaj jednih i drugih delikata.

Najznačajnija izmena koju donosi novi ZOP kad je u pitanju institut saučesništva jeste nejednak prekršajnopravni značaj koji se pridaje oblicima saučesništva u užem smislu, podstrekavanju i pomaganju. Za razliku od starog zakona po kome su oni bili izjednačeni i predstavljali osnov za fakultativno ublažavanje kazne ili čak i za obustavljanje postupka, novi ZOP samo pomaganje tretira kao osnov za moguće ublažavanje kazne, dok je položaj podstrekača izjednačen sa položajem izvršioca, što u potpunosti odgovara rešenjima iz KZ. Na taj način je prekršajnopravni položaj saučesnika i užem smislu postao nepovoljniji nego što je bio po starom zakonu. Međutim, treba imati u vidu da je bez obzira na ove izmene značaj saučesništva kao instituta u prekršajnom pravu znatno manji nego u krivičnom, pa su i praktične posledice konkretnih rešenja manje izražene.¹⁶

Određene novine prisutne su i u delu zakona koji reguliše materiju prekršajnih sankcija. Sistem prekršajnih sankcija ostao je uglavnom isti, s tim što kazneni poeni više nisu vrsta kazni nego posebna vrsta prekršajnih sankcija. Kada su u pitanju kazne manje izmene izvršene su kod rada u javnom interesu i novčane kazne, a uvedene su dve nove zaštitne mere, obavezno psihijatrijsko lečenje (po uzoru na KZ) i potpuno nova mera oduzimanja životinja i zabrana držanja životinja.

Od onih odredaba vezanih za prekršajne sankcije kod kojih je došlo do izvesnog usaglašavanja sa rešenjima iz KZ najznačajnije su one koje se odnose na odmeravanje kazne. Tako je, na primer, delimično izmenjena odredba o olakšavajućim i otežavajućim okolnostima za odmeravanje kazne, ali ona opet ne sadrži sve one okolnosti koje poznaje KZ, a da se za to ne vidi opravdan razlog. Nova odredba, za razliku od KZ, ne sadrži okolnosti kao što su pobude iz kojih je delo izvršeno i odnos učinioca prema žrtvi, od kojih ona prva, pobude iz kojih je delo izvršeno, upravo kod prekršaja može da bude veoma značajna (na primer, učinio saobraćajni prekršaj jer je nekog vozio u bolnicu, učinio finansijski prekršaj jer je ostao bez sredstava za život i sl).¹⁷

Ni odredbe o ublažavanju kazne u ZOP nisu u potpunosti usaglašene sa onim u KZ. Naime ZOP navodi opšte uslove za ublažavanje kazne, ali neopravdano izostavlja odredbu o tome da se kazna može ublažiti i onda kada je to zakonom predviđeno (prekoračenje nužne odbrane i krajnje nužde, kompulzivna sila i pretnja, pravna zabluda, pomaganje) kakva postoji u KZ (član 56, tač. 1, KZ). Obrazloženje da je to već učinjeno u prethodnim odredbama koje se odnose na pomenute institute stoji,¹⁸ ali sledeći takvu logiku kod odredbe o oslobođenju od kazne nije trebalo pominjati prekoračenje nužne odbrane i krajnje nužde kao slučajeve kod kojih može doći do oslobođenja od kazne, jer je to već prethodno učinjeno kod tih instituta. Ispuštena je i odredba o tome da u slučajevima kada postoji mogućnost oslobođenja od kazne,

16 Mrvić-Petrović N.: Materijalno-pravne odredbe Zakona o prekršajima, *Primena novih odredaba u Zakonu o prekršajima*, Beograd, 2013, str. 18.

17 Đorđević Đ.: U susret novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije, *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, str. 507.

18 Mrvić-Petrović N.: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 44.

pa ta mogućnost ne bude iskorišćena, sud može učiniocu kaznu neograničeno ublažiti. Bez ovakve odredbe, koja postoji u KZ (član 57, stav 4. KZ), dolazi se do nelogične situacije da sud u nekim slučajevima učinioca može da oslobodi od kazne (na primer, u slučaju stvarnog kajanja), a da kaznu ne može da mu ublaži (osim ako su ispunjeni opšti uslovi za ublažavanje kazne).¹⁹ Da bi se izbegla ovakva nelogičnost sud bi u takvim situacijama morao da se rukovodi logičkim principom *argumentum a maiore ad minus* (ko može više, može i manje).²⁰ Odredbom novog ZOP ponovo se uvodi ublažavanje kazne po vrsti i ublažavanje kazne izricanjem samo jedne od dve kumulativno propisane kazne, koje su mogućnosti postojale po ZOP iz 2005, ali su bile ukinute njegovim izmenama i dopunama iz 2009. godine,²¹ što takođe doprinosi usaglašavanju sa odredbama KZ.

Ipak, u materiji koja se odnosi na odmeravanje kazne najznačajnija novina jeste uvođenje instituta oslobođenja od kazne koji do sada nije postojao u prekršajnom pravu. Oslobođenje od kazne sada je u moguće u tri situacije: prva, u već pomenu tim slučajevima prekoračenja nužne odbrane i krajnje nužde, ako je prekoračenje učinjeno pod naročito (posebno) olakšavajućim okolnostima; druga, u slučajevima kada učinilac dobrovoljno otkloni posledice nastale izvršenjem prekršaja ili nadoknadi pričinjenu štetu pre nego što je saznao da je okrivljen (tzv. stvarno kajanje) i treća, kada je prekršaj učinjen iz nehata, a posledice dela tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja. U ovim slučajevima sud učinioca može oglasiti odgovornim, sa svim posledicama koje to sobom nosi (upis u registar sankcija, naknada troškova postupka, i dr), ali ga osloboditi od kazne. Međutim, postavlja se pitanje, da li ovakvo rešenje koje je teorijski ispravno i na liniji je usaglašavanja sa drugim granama kaznenog prava, uopšte dovodi okrivljenog u povoljnije položaj od rešenja iz starog zakona koji nije poznavao oslobođenje od kazne? Odgovor nije jednostavan, jer je u prvom slučaju, prekoračenju nužne odbrane ili krajnje nužde, do sada postojala mogućnost da učinilac ne odgovara za prekršaj, a u drugom, slučaju stvarnog kajanja, da prekršajni postupak protiv njega bude obustavljen, što je u oba slučaja mnogo povoljnije za učinioca od oslobođenja od kazne. Ostaje treći slučaj, prekršaj učinjen iz nehata kada posledice teško pogađaju učinioca, kao situacija u kojoj bi oslobođenje od kazne moglo da ima povoljan efekat za učinioca, uz konstataciju da su takvi slučajevi u prekršajnom pravu verovatno retki, ali ipak mogući (na primer, kod saobraćajnih prekršaja, kad posledice prekršaja teško pogađaju samo samog učinioca, pa nema osnova za njegovu krivičnu odgovornost, ali ima za prekršajnu).²²

Institut produženog prekršaja nije do sada bio uređen u ZOP. Novi ZOP po prvi put to čini određujući ga na sličan način kao što je određen pojam produženog krivičnog dela u KZ. To čini utvrđujući četiri obavezna uslova koje više prekršaja treba da ispune da bi se od njih mogao konstruisati jedan produženi prekršaj (isti

19 Đorđević Đ.: U susret novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije, *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 2013, str. 508.

20 Mrvić-Petrović N.: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 45.

21 Službeni glasnik RS, br. 111/2009.

22 Đorđević Đ.: Novi Zakon o prekršajima i novine u opštem delu prekršajnog prava, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 2/2014, str. 23.

učinilac, jedinstveni umišljaj, isti prekršaji i vremenski kontinuitet). Osim toga za postojanje produženog prekršaja ili prekršaja u produženom trajanju kako se u zakonu naziva, traži se da prekršaji iz njegovog sastava čine jednu celinu, što se manifestuje kroz postojanje najmanje dve od ponuđene četiri okolnosti: istovetnost oštećenog, istovrsnost predmeta prekršaja, korišćenje iste situacije ili trajnog odnosa i jedinstvo mesta ili prostora izvršenja prekršaja. Na taj način su uslovi za postojanje produženog prekršaja nešto strožiji nego kod produženog krivičnog dela, jer se kod prekršaja uvek traži jedinstvo umišljaja, dok je kod krivičnog dela to samo jedan od fakultativnih uslova. Ova razlika dobija na težini imajući u vidu da su prekršaji delikti koji se mahom vrše iz nehata,²³ dok se krivična dela češće vrše sa umišljajem. Stoga će, i pored toga što je i uveden zbog potreba prakse, ovaj institut u prekršajnom pravu sigurno biti restriktivnije primenjivan²⁴ nego što je to slučaj u krivičnom pravu. Odredba o prekršaju u produženom trajanju, za razliku od odredbe o produženom krivičnom delu u KZ, sadrži mogućnost pooštavanja kazne učiniocu do dvostruke mere propisane kazne, uz poštovanje pravila o visini izrečene jedinstvene kazne za sticaj prekršaja. Ovakvo rešenje je opravdano jer konstukcija produženog prekršaja u osnovi pogoduje učinocu prekršaja.

4. ODREDBE ZOP KOJE NISU USAGLAŠENE SA KZ

Novi ZOP u svom opštem delu sadrži značajne izmene koje se odnose i na sam pojam prekršaja i prekršajne odgovornosti. Za razliku od prethodno pomenutih izmena u opštem delu koje predstavljaju izraz težnje da se odredbe ZOP usaglase sa odgovarajućim odredbama u KZ, kada je u pitanju određivanje pojma prekršaja i prekršajne odgovornosti učinjeno je upravo suprotno.

Ovim zakonom napušta se koncepcija objektivno-subjektivnog pojma prekršaja i dolazi do ponovnog prihvatanja objektivnog pojma prekršaja. Prekršaj se u novom ZOP definiše kao „protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija“ (član 2). Ovakva definicija određuje prekršaj kao delo, a ne kao radnju kako je to činio stari Zakon o prekršajima,²⁵ što se može oceniti kao pozitivno, i ne uzima u obzir subjektivni element, skrivljenost prekršaja, već obuhvata samo njegove objektivne elemente. Iako se u prilog, odnosno protiv, jedne ili druge koncepcije pojma prekršaja (objektivne i objektivno-subjektivne) mogu izneti brojni argumenti,²⁶ pomalo čudi veoma brzo odustajanje od objektivno-subjektivne koncepcije sa krivicom kao elementom pojma prekršaja. Naime, do skora važeći Zakon o prekršajima iz 2005. godine po prvi put uvodi krivicu kao element u sam pojam prekršaja, verovatno pod uticajem izmenjene koncepcije pojma krivičnog dela u KZ iz 2005. godine. Osam godina kasnije novi ZOP, koji po svim drugim pitanjima nastoji da

23 Jovanović Lj., Jelačić M.: *Prekršaji i privredni prestupi*, Beograd, 1997, str. 59.

24 Mrvić-Petrović N.: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 46.

25 Đorđević Đ.: Osnovne karakteristike novog Zakona o prekršajima, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 1/2006, str. 55.

26 Vidi: Stojanović Z.: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2/2012.

bude u što većoj meri usaglašen sa KZ, napušta ovu koncepciju, vraća se na staru, objektivnu, i tako udaljava od rešenja u krivičnom pravu.

Izostavljanje krivice iz pojma prekršaja ima za posledicu i promenu koncepcije prekršajne odgovornosti koja sada dodatno dobija na značaju.²⁷ Ona više nije jedinstvena, već je različita u zavisnosti ko se pojavljuje kao učinilac prekršaja, pa može biti subjektivna (kada je učinilac fizičko lice) i objektivna (kada je učinilac pravno lice). Krivica je neophodna za prekršajnu odgovornost fizičkog lica, ali ne i za odgovornost pravnog lica koje je „odgovorno za prekršaj učinjen radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora organa upravljanja ili odgovornog lica ili radnjom drugog lica koje je u vreme izvršenja prekršaja bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica.“ (član 27 ZOP).

Na ovaj način koncepcija prekršajne odgovornosti pravnog lica udaljila se od koncepcije odgovornosti pravnog lica za krivično delo²⁸ i ponovo približila odgovornosti pravnog lica za privredni prestup.²⁹ Praktična posledica toga je da po ovom zakonu pravno lice može da odgovara za prekršaj učinjen radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora od strane navedenih lica čak i kada ona (kao fizička lica) nisu skrivila taj prekršaj, što prema rešenju iz prethodnog zakona nije bilo moguće.³⁰

Razlozi ove promenjene koncepcije i udaljavanja definicije pojma prekršaja od pojma krivičnog dela iz KZ leže, prema nekim autorima, u potrebi da se pojam prekršaja preciznije razgraniči od krivičnog dela i jasnije izraze specifičnosti prekršaja u odnosu na druge kaznene delikte.³¹ Međutim, ovakvo objašnjenje ne čini se dovoljno uverljivim. Po našem mišljenju, ovakav teorijski zaokret ne može se oceniti kao prilog daljem usaglašavanju odredbi našeg kaznenog prava, niti je na liniji doslednog sprovođenja principa subjektivne odgovornosti u svim granama našeg kaznenog prava.³² Do njega je najverovatnije došlo iz praktičnih razloga, jer je ovakav sistem, mada teorijski sporan, daleko lakši za primenu u praksi.³³ Insistiranje na utvrđivanju elemenata krivice, čak i kada je to iz činjeničnog opisa događaja potpuno jasno, često je u sudskoj praksi stvaralo određene probleme.³⁴ Uostalom, iako teorijski posmatrano između pomenutih koncepcija postoje bitne razlike, one

- 27 Stojanović Z.: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2/2012, str. 27.
- 28 Đorđević Đ.: Odgovornost pravnih lica za krivična dela u krivičnom pravu Srbije, *Savremene tendencije krivične represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta*, Bijeljina 2010, str. 241; Vrhovšek M.: Uslovi odgovornosti pravnih lica za krivična dela, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2008, str. 302;
- 29 Tanjević N.: *Privredni kriminal u uslovima ekonomske tranzicije*, Beograd, 2012, str. 244; Cetinić M.: *Pravo privrednih prestupa*, Beograd, 2002, str. 55,
- 30 Milićević O.: Prekršajna odgovornost sa posebnim osvrtom na krivicu i zabludu, *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o prekršajima od strane prekršajnih sudova*, Beograd, 2006, str. 24.
- 31 Mrvić-Petrović N.: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, Beograd, 2014, str. 12.
- 32 Đorđević Đ.: Osnovne karakteristike novog Zakona o prekršajima, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 1/2006, str. 59.
- 33 Stojanović Z.: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2/2012, str. 25.
- 34 Mrvić-Petrović N.: Novi Zakon o prekršajima, predgovor, *Zakon o prekršajima*, Beograd, 2013, str. 10.

u praksi nemaju ni izdaleka takav značaj i najčešće ne dovode do većih posledica u konkretnim slučajevima.

Prilikom određivanja pojma prekršaja novi ZOP se još po jednom pitanju vraća na rešenja iz nekih starih zakona o prekršajima. U pitanju je propisanost prekršajne sankcije kao element zakonske definicije prekršaja koji je, u takvom ili sličnom obliku (propisanost kazne ili zaštitne mere), postojao u gotovo svim dosadašnjim zakonima o prekršajima, saveznim i republičkim, od Osnovnog zakona o prekršajima iz 1947. godine, pa sve do donošenja Zakona o prekršajima Srbije iz 2005. godine. Teoretičari se nisu slagali oko potrebe unošenja ovog elementa, pa su ga neki isticali kao poseban element,³⁵ dok su drugi to negirali, smatrajući da predviđenost sankcije predstavlja samo sadržaj elementa protivpravnosti³⁶ ili sastavni deo elementa određenosti u propisu.³⁷ Razloge za ponovno uvođenje ovog elementa u zakonsku definiciju pojma prekršaja pojedini autori nalaze u omogućavanju boljeg razgraničenja sličnih prekršaja i krivičnih dela,³⁸ mada se ovakvo objašnjenje ne čini previše uverljivim.

5. ZAKLJUČAK

Novi ZOP iz 2013. godine uneo je niz novina u naše prekršajno pravo. Mada je osnovni razlog za njegovo donošenje bio reforma prekršajnog postupka i postupka izvršenja prekršajnih sankcija u cilju njihovog ubrzanja i povećanja efikasnosti, novi ZOP sadrži i veliki broj novih rešenja kad je u pitanju opšti deo prekršajnog prava. Osnovna ideja prilikom usvajanja ovih odredbi bila je njihovo usaglašavanje sa KZ u cilju harmonizacije odredaba čitavog kaznenog prava. Nova rešenja uglavnom su bazirana na onima iz KZ, što se može oceniti kao pozitivno, pogotovu kada su u pitanju pojedine odredbe koje su u starom zakonu bile neprecizne, nejasne pa i nelogične (stvarna zabluda, skrivljena neuračunljivost, sila i pretnja itd). Međutim, neke od novih odredbi nisu dosledno usaglašene pa ostavljaju prostor za naknadna tumačenja što, kada je u pitanju kazneno pravo, nije poželjno. Uvedeni su i neki instituti koje prekršajno pravo do sada nije poznavalo (bitno smanjena uračunljivost, oslobođenje od kazne i dr), što takođe predstavlja pozitivan korak, ali uz prisutnu dilemu koliko će oni u praksi biti primenjeni. Međutim, nasuprot ovoj tendenciji, kada je u pitanju sam pojam prekršaja i prekršajne odgovornosti novi ZOP se vratio na koncepciju objektivnog pojma prekršaja i objektivne odgovornosti pravnog lica, koja je u našem prekršajnom pravu postojala do donošenja Zakona o prekršajima iz 2005. godine, čime je ona udaljena od koncepcije prihvaćene kod odgovornosti pravnog lica za krivična dela.

35 Dimitrijević, P.: *Prekršajno pravo, opšti deo*, Beograd, 2001, str. 55; Pihler S: *Prekršajno pravo*, Novi Sad, 2000, str. 41;

36 Vrhovšek M.: *Komentar zakona o prekršajima kojima se povređuju savezni propisi*, Beograd, 1980, str. 13.

37 Đorđević Đ.: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2013, str. 30.

38 Mrvić-Petrović N.: Materijalno-pravne odredbe Zakona o prekršajima, *Primena novih odredaba u Zakonu o prekršajima*, Beograd, 2013, str. 9.

LITERATURA

- Cetinić M.: *Pravo privrednih prestupa*, Pravni fakultet, Beograd, 2002.
- Dimitrijević, P.: *Prekršajno pravo, opšti deo*, Beograd, 2001.,
- Dimitrijević P., Jovašević D.: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2005.
- Đorđević Đ.: Osnovne karakteristike novog Zakona o prekršajima, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 1/2006, Beograd
- Đorđević Đ.: Odgovornost pravnih lica za krivična dela u krivičnom pravu Srbije, u publikaciji „*Savremene tendencije krivične represije kao instrument suzbijanja kriminaliteta*“, izdavači Ministarstvo pravde Republike Srpske, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Brčko distrikt Bosne i Hercegovine, Bijeljina 2010.
- Đorđević Đ.: *Prekršajno pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013.
- Đorđević Đ.: U susret novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije, u publikaciji „*Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2013.
- Đorđević Đ.: Novi Zakon o prekršajima i novine u opštem delu prekršajnog prava, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 2/2014.
- Đorđević M.: Odnos prekršajnog i krivičnog prava, u publikaciji „*Prekršajna odgovornost*“, Glosarijum, Beograd, 2002.
- Jovanović Lj., Jelačić M.: *Prekršaji i privredni prestupi*, Policijska akademija, Beograd, 1997.
- Milićević O.: Prekršajna odgovornost sa posebnim osvrtom na krivicu i zabludu, *Priručnik za praktičnu primenu Zakona o prekršajima od strane prekršajnih sudova*, Beograd, 2006.
- Mrvić-Petrović N.: *Komentar novog Zakona o prekršajima*, izd. Paragraf, Beograd, 2014.
- Mrvić-Petrović N.: Materijalno-pravne odredbe Zakona o prekršajima, u publikaciji „*Primena novih odredaba u Zakonu o prekršajima*“, Pravosudna akademija i USAID, Srbija, Beograd, 2013.
- Mrvić-Petrović N.: Novi Zakon o prekršajima, predgovor, „*Zakon o prekršajima*“, Službeni glasnik, Beograd, 2013.
- Pašalić Z.: Uticaj prekršaja na rast stope kriminaliteta u Srbiji, *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*, Institut za kriminalološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2011.
- Pihler S.: *Prekršajno pravo*, Grafika akademika, Novi Sad, 2000.
- Stojanović Z.: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2/2012.
- Tanjević N.: *Privredni kriminal u uslovima ekonomske tranzicije*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2012.
- Vrhovšek M.: Uslovi odgovornosti pravnih lica za krivična dela, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2008.
- Vrhovšek M.: *Komentar zakona o prekršajima kojima se povređuju savezni propisi*, Beograd, 1980.

Djordje Djordjević

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

CODE OF MISDEMEANOR AND CRIMINAL CODE – COMPLIANCE PROBLEMS

SUMMARY

Harmonization of misdemeanor law and criminal law is one of the priority tasks of our penal law. Although this idea has been long present in our legal theory, it has not been consistently implemented into our misdemeanor legislation. An important step forward has been made by the new Code of misdemeanor of 2013. This code introduced important novelties in misdemeanor law, of which those in the general part mostly related to aforementioned compliance with the relevant provisions of the Criminal Code. These are provisions on force and threat, exceeding the limits of self – defense and extreme necessity, self – induced incompetence, mistake of fact and law, incitement and aiding and abetting, joint offenses, continuing offence, determination of sentence, mitigation of penalty, remittance of punishment and certain provisions on misdemeanor sanctions.

In contrast, the new provisions on the concept of misdemeanor and misdemeanor liability distanced themselves from the norms of the Criminal Code and the Code of liability of legal persons for criminal offenses. Although there are arguments for accepting this concept this solution certainly does not contribute to the harmonization of the provisions of our penal law and consistent implementation of the principle of subjective liability.

Key words: Misdemeanor law, Criminal law, Misdemeanor, Misdemeanor liability, Misdemeanor Sanctions.

O OPRAVDANOSTI TZV. SVOJERUČNIH KRIVIČNIH DELA

Apstrakt: Među brojnim podelama krivičnih dela u savremenim udžbenicima krivičnog prava redovno se nailazi na kategoriju tzv. svojeručnih krivičnih dela. Pod svojeručnim krivičnim delima se podrazumevaju oni delikti koje je moguće izvršiti samo neposrednim preduzimanjem zakonom opisane radnje izvršenja, a ne i posrednim izvršenjem (preko drugog lica) ili saizvršenjem (zajedno sa drugim). U teoriji još uvek nisu izgrađeni precizni kriterijumi u pogledu pitanja koja dela se uopšte mogu smatrati svojeručnim. Naročito je vidljivo njihovo preplitanje sa tzv. posebnim deliktima, koje odlikuje naročito lično svojstvo (službeno lice, lekar itd.). U radu se iznose aktuelna shvatanja o tome koja dela se smatraju svojeručnim i koja bi bila njihova krivičnopravna dejstva. Autor zastupa stanovište da svojeručni delikti predstavljaju zastarelu konstrukciju, koja ne zaslužuje da predstavlja posebnu kategoriju krivičnih dela.

Ključne reči: svojeručni delikti, *delicta propria*, posredno izvršilaštvo, saizvršilaštvo.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Prema uobičajenoj definiciji, svojeručna (vlastoručna) krivična dela su ona dela koja karakteriše takva naročita ne vrednost inkriminisanog ponašanja, da se njihovo biće može ostvariti samo svojeručno – ličnim i neposrednim preduzimanjem radnje izvršenja od strane izvršioca. Ova figura ušla je u srpsku krivičnopravnu misao preko nemačke doktrine s kraja XIX veka, iz učenja Bindinga (*Binding*).¹ U jugoslovenskoj i srpskoj nauci ova konstrukcija je oduvek prihvatana, iako uglavnom bez detaljnijih razmatranja. Tako, primera radi, Živanović samo ovlaš pominje svojeručna krivična dela, ističući da neki autori kod njih isključuju mogućnost posrednog izvršilaštva,² dok Đorđević ukazuje da se kod svojeručnih krivičnih dela radi o krivičnim delima „koja se po prirodi stvari vrše lično i individualno“.³ Iako kate-

* vanredni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs

- 1 Prema Bindingu, kod pojedinih krivičnih dela, čiji krug po njemu još treba bliže precizirati, „deliktna radnja je tako individualno vezana za prestupničku ličnost, da je ova mora svojeručno preduzeti. Sudija koji hoće da izvrne smisao zakona mora sam da presudi, lažni tužilac sam lažno da optuži, dezerter na vlastitim nogama da pobegne, supružnik lično da učini preljubu, brat, da bi došlo do incesta, lično sa sestrom polno da opšti“ (Karl Binding, „Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher [‘Urheber’]“ und der Gehilfe“, *Der Gerichtssaal*, 1908, str. 5).
- 2 Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo. II. knjiga*, Beograd, 1937¹⁻³, str. 9.
- 3 Miroslav Đorđević, „Saizvršilaštvo“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/1988, str. 36.

gorija svojeručnih delikata i dalje predstavlja nezaobilaznu odrednicu u tipologiji krivičnih dela, još uvek je obavijeno mnogim nepoznanicama koja to dela možemo smatrati svojeručnim, prema kom kriterijumu, i da li su ona, prema dejstvima koja bi ostvarila, u sistemu krivičnog prava uopšte neophodna.

Ako se vlastoručni delikt može učiniti samo lično, neposrednim izvršenjem, onda njegovo osnovno krivičnopravno dejstvo, prema gotovo jednoglasnom stanovištu u literaturi, podrazumeva isključenje njegovog ostvarenja saizvršenjem ili posrednim izvršenjem. Kao što je naime poznato, mogu se razlikovati tri izvršilačka doprinosa ostvarenju krivičnog dela – neposredno izvršilaštvo, posredno izvršilaštvo i saizvršilaštvo.⁴ Neposredno izvršilaštvo podrazumeva da je izvršilac biće krivičnog dela ostvario neposredno – preduzimanjem opisane radnje izvršenja. Ko je oduzeo tuđu pokretnu stvar (vid. član 203 KZ) tako je neposredno kao kradljivac izvršio krađu.⁵ Posredni izvršilac, pak, biće krivičnog dela ostvaruje preko drugog lica, služeći se njime kao oruđem za ostvarenje krivičnog dela, tako da radnju izvršenja ovde neposredno preduzima lice-oruđe. Najzad, saizvršilaštvo podrazumeva ostvarenje bića krivičnog dela zajedno sa drugim. Stoga, ako bi pojedina krivična dela zahtevala svojeručno preduzimanje radnje izvršenja, onda bi sva druga lica koja učestvuju u ostvarenju takvog delikta mogla biti samo saučesnici u takvom delu (podstrekači i pomagači), ali ne i njegovi izvršioci. Ako pak više lica zajednički preduzme opisanu radnju izvršenja, svako od njih predstavljao bi samostalnog izvršioca krivičnog dela. Da kod svojeručnih krivičnih dela nije moguće saizvršilaštvo i posredno izvršilaštvo ukazuje se i u našoj literaturi. Tako Đorđević isključuje mogućnost saizvršilaštva, ističući da tu onda „postoji više krivičnih dela koliko ima i izvršilaca“.⁶ Buturović pak naglašava da „posredno izvršilaštvo nije moguće ni tamo gde nije moguće saizvršilaštvo“.⁷

Od samog nastanka učenja o vlastoručnim krivičnim delima nejasno je koja sve dela ulaze u ovaj krug. U našoj literaturi se kao primer svojeručnog delikta često navodi krivično delo davanja lažnog iskaza (član 335 KZ),⁸ koje ostvaruje svedok, veštak, prevodilac ili tumač koji da lažan iskaz u nekom zakonom propisanom postupku. Ako se ovo delo smatra vlastoručnim, ni u njemu onda ne bi bilo moguće

4 Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1990¹⁶, str. 278; Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, 2012⁴, str. 169.

5 Da lice koje preduzme opisanu radnju izvršenja predstavlja izvršioca dela podrazumeva se po prirodi stvari. Međutim, da se jedino vlastitim preduzimanjem radnje može izvršiti krivično delo, onda bi zapravo sva krivična dela bila u neku ruku vlastoručna, pa bi posebno izdvajanje istoimene kategorije delikata bila izlišno (s pravom Helmut Satzger, „Die eigenhändigen Delikte“, *Juristische Ausbildung*, 2/2011, str. 104).

6 M. Đorđević, str. 36. „Ako dvojica, ma i zajedničkom upotrebom sile, izvrše svaki od njih akt obljube nad ženskom osobom, onda to po zdravom shvaćanju običnog građanina, a sigurno i po shvaćanju same oštećene, predstavlja dva silovanja, a ne jedno“ (Bogdan Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primeni. I svezak*, Narodne novine, Zagreb, 1956, str. 108).

7 Jovan Buturović, „Posredni izvršilac u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 4/1987, str. 196.

8 Tako npr. Nataša Delić, *Krivično delo davanje lažnog iskaza*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 301; Zoran Stojanović, *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet u Beogradu – Pravna knjiga, Beograd, 2014²¹, str. 239.

saizvršilaštvo ili posredno izvršilaštvo. Stoga, ako bi se više lica dogovorilo da jedan od njih dâ lažan iskaz u krivičnom postupku, kako bi zajedno dali alibi okrivljenom da su u vreme zločina s njim bili na bioskopskoj predstavi, a samo jedan od njih kao svedok dâ takav neistinit iskaz, učesnici dogovora koji takav iskaz nisu dali pred sudom ne bi se mogli smatrati saizvršiocima u ovom krivičnom delu, već eventualno samo saučesnicima. Čak i kada bi svi oni zaista lažno posvedočili pred sudom, ne bi bili saizvršiocu u davanju lažnog iskaza, već samostalni izvršiocu ovog dela. Isto bi važilo i ako bismo zamislili varijantu u kojoj jedan od poznanika svedoka ovoga svesno obmane da je projekcija filma bila baš u vreme zločina, iako odlično zna da su sa okrivljenim u bioskop zapravo otišli drugog dana. Iako je poznanik ovde iskoristio svedoka kao tzv. nedolozno oruđe,⁹ on ne bi mogao da predstavlja posrednog davaoca lažnog iskaza, već takođe tek saučesnika.

Pored davanja lažnog iskaza, u našoj literaturi se kao krivična dela sa obeležjem svojeručnosti naročito navode krivična dela protiv polne slobode. Tako Kraus ukazuje da zadovoljenje ili izazivanje polnog nagona predstavlja takvo obeležje ovih delikata, da „saizvršilaštvo u ovim deliktima nije moguće, jer je svako lice koje izvrši ili pokuša da izvrši obljubu ili protivprirodni blud, odnosno koje izvrši bludnu radnju, samostalni izvršilac odnosnog krivičnog dela“.¹⁰ Memedović naglašava da su „svi polni delikti čiji je motiv zadovoljenje polnog nagona po svojoj prirodi takvi, da to zadovoljenje može ostvariti isključivo svaka osoba za sebe, a ne preko druge i ne zajednički, tj. da se radi o specifičnim tzv. ‘vlastoručnim’ deliktima (*delicta propria manu*)“.¹¹ Pored ovog argumenta, na naučnu raspravu u vezi ovog svojstva naročito je uticala i jedna karakteristika krivičnog dela silovanja – okolnost da je radnju prinude (npr. držanje žrtve), kao deo višeaktne radnje silovanja, moglo ostvariti i žensko lice. U uslovima ondašnjih zakonskih obeležja silovanja, koja su podrazumevala da izvršilac može biti samo muškarac,¹² ova okolnost je predstavljala dodatni argument za zaključak da silovanje predstavlja vlastoručno delo, jer se time isključilo tumačenje da saizvršilac silovanja može biti i žensko lice. Pored seksualnih, i u odnosu na druga krivična dela se katkada izričito ukazuje na njihov svojeručni karakter. Tako se u delu literature vlastoručnim između ostalih smatraju i: neprijavljanje krivičnog dela (član 332 KZ),¹³ bekstvo lica lišenog slobode (član 339 stav 1 KZ),¹⁴ nedozvoljen prelaz državne granice (član 350 stav 1 KZ)¹⁵ i samovoljno

9 Vid. Igor Vuković, „O situacijama posrednog izvršilaštva u srpskom krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2013, str. 111.

10 Božidar Kraus, u: N. Srzentić (red.), *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Savremena administracija, Beograd, 1986, str. 327, 334. Slično i Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011², str. 617; B. Zlatarić (1956), str. 109. Suprotno Čejović, koji smatra da je saizvršilaštvo kod silovanja ipak moguće (Bora Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi. Posebni deo*, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, 1986, str. 519).

11 Nikola Memedović, „Problem saizvršilaštva kod krivičnog dela silovanja“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/1987, str. 80.

12 Krivično delo silovanja je sve do Krivičnog zakonika od 2005. godine moglo izvršiti samo lice muškog pola. Od Zakonika se više ne pravi razlika da li je izvršilac muško ili žensko lice.

13 M. Dorđević, str. 36.

14 *Ibid.*

15 B. Zlatarić (1956), str. 106.

odsustvovanje i bekstvo iz vojske (član 399 KZ).¹⁶ U stranoj literaturi se pored navedenih, kao vlastoručna objašnjavanju i mnoga druga dela, kao npr. narušavanje nepovredivosti stana (član 139 KZ), rodoskrvnjenje (član 197 KZ) ili nepružanje pomoći licu povređenom u saobraćajnoj nezgodi (član 296 KZ). U svakom slučaju, množina krivičnih dela protiv najrazličitijih objekata krivičnopravne zaštite, koja se tumače kao svojeručna, još više naglašava značaj utvrđivanja valjanog kriterijuma svrstavanja nekog delikta u ovu heterogenu grupu.

2. KRITERIJUM SVOJERUČNOSTI

Nejasno je koja krivična dela i prema kom merilu bi se mogla smatrati svojeručnim. Prema prvom učenju (*Wortlauttheorie*),¹⁷ ovaj kvalitet posedovala bi samo ona krivična dela tumačenjem čijeg zakonskog opisa bi se došlo do zaključka da njihovo izvršenje podrazumeva isključivo neposredno preduzimanje radnje. Tamo gde se oseća da supsumiranje pod zakonski opis nije moguće bez neposrednog preduzimanja radnje, zaključuje se da je isključeno posredno izvršilaštvo ili saizvršilaštvo. Tako bi prema ovom formalnom modelu, primera radi, lažno samoprijavljanje (član 334) mogao da izvrši samo onaj ko „sam sebe prijavi da je učinio krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti“, a ne i ko ovoga na samoprijavu navede ili na drugi način u njoj saučestvuje, s obzirom na to da povratni karakter radnje upućuje samo na takav ishod.¹⁸ Ovaj kriterijum nije pouzdan, jer teret zaključka o prirodi delikta prebacuje na zakonodavca. Osim toga, tumačenje zakonskih opisa tradicionalno inklinira ka neposrednom izvršilaštvu, budući da pojedinačni zakonski opisi sadrže samo neposredne radnje izvršenja, dok se druge forme izvršilaštva na temelju zakona (u slučaju saizvršilaštva prema članu 33 KZ) odnosno teorijskih saznanja (u slučaju posrednog izvršilaštva) orijentišu prema ovim opisima bića dela.¹⁹ U takvim okolnostima, bilo kakav zaključak tumača ne deluje naročito pouzdano. Najzad, ubedljiv izgleda i prigovor da ovo učenje isuviše asocira na formalno-objektivni pristup u definisanju granica izvršilaštva,²⁰ koji se danas, u uslovima zakonskog priznanja saizvršilaštva i daljeg teorijskog uobličavanja posrednog izvršilaštva uglavnom smatra napuštenim.

Prema tzv. teoriji telesnog pokreta (*Körperbewegungstheorie*), čiji se nastanak vezuje za Belinga (*Beling*), za utvrđivanje da li se radi o vlastoručnom deliktu odlučna bi bila podela na delatnosna i posledična krivična dela. Kako kod delatnosnih delikata nevrednost krivičnog dela počiva na nevrednosti ponašanja a ne posledice,

16 J. Buturović, str. 196, Bogdan Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primeni. II svezak*, Narodne novine, Zagreb, 1958, str. 663.

17 Pregled ovih učenja iscrpno obrađuje Roxin (vid. Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2000⁷, str. 402 i dalje).

18 Mnogi autori ne dovode u pitanje vlastoručni karakter delikata kod kojih ostvarenje opisa podrazumeva izvesno delovanje na vlastito telo odnosno ličnost (vid. npr. Rolf Dietrich Herzberg, „Eigenhändige Delikte“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4/1970, str. 923).

19 S pravom H. Satzger, str. 107–108.

20 Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II*, C. H. Beck, München, 2003, str. 115; Wolfgang Wohlers, „Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, str. 100.

ovu nevrednost bi prema ovoj ideji mogao da ispolji samo onaj ko radnju preduzme neposredno.²¹ Zaista, ako pogledamo primere krivičnih dela koja se uobičajeno svrstavaju u vlastoručna (rodoskrvnjenje, davanje lažnog iskaza itd.), možemo se složiti da se po pravilu zaista radi o formalnim deliktima. Nepravo ponašanje je nekada neraskidivo povezano sa preduzimanjem radnje, pa nam se zaista čini da npr. narušavanje nepovredivosti stana ne može izvršiti onaj ko sam ne prodre u tuđ stan ili zatvorene prostore (član 139 KZ). Međutim, ni ovaj kriterijum nije previše ubedljiv. Nejasno je zbog čega bi svojstvo vlastoručnosti uopšte zavisilo od relacije sa posledicom kao eventualnim obeležjem bića, imajući u vidu da sva krivična dela imaju za cilj sprečavanje štetnih posledica na nekom objektu zaštite.²² Ovo učenje tu činjenicu zanemaruje. Tako razlog kažnjavanja za pomenuto narušavanje nepovredivosti stana, iako se radi o delatnosnom delu, počiva na narušavanju kućnog mira, gde nije od odlučnog značaja da li se neko (kao neposredni izvršilac) sam provukao kroz odžak, da li je (kao posredni izvršilac) naveo dete da upadne u tuđ prostor ili je (kao saizvršilac) drugoga rukama podigao do terase stana.²³ Iako su vlastoručna dela zaista uglavnom delatnosna, ni u kom slučaju se između ove dve kategorije ne može postaviti znak jednakosti.

Danas, sa različitim modifikacijama, većina autora polazi od stanovišta koje je zasnovao Roxin (*Roxin*), eventualno ga nadograđujući svojim posebnim kriterijumima. Prema ovom krivičaru, izvršilaštvo kao fenomen odlikuje vlast izvršioca nad delom. Delom vlada onaj ko njegovo odvijanje drži pod svojom paskom, ko predstavlja centralnu figuru događanja, bilo da se vlast ispoljava kao vlast nad radnjom izvršenja (neposredno izvršilaštvo), vlast nad voljom ili svešću drugog (posredno izvršilaštvo) ili kao funkcionalna vlast nad bitnim doprinosom delu (saizvršilaštvo).²⁴ Ipak, centralnu ličnost događanja ne predstavlja uvek samo onaj ko vlada delom. Kod jedne značajne grupe delikata kriterijum vlasti nad delom zamenjuje kriterijum naročite povrede dužnosti, budući da ovde razlog kažnjavanja i nisu toliko spoljna svojstva ponašanja, koliko povreda preuzetih socijalnih dužnosti. Pored tzv. posebnih delikata, ovde bi spadala nehatna krivična dela, krivična dela nepravog nečinjenja, ali i jedna podgrupa delikata koji se uobičajeno svrstavaju u vlastoručne, koje međutim ipak pretežno takođe odlikuje povreda posebne dužnosti (npr. krivokletstvo, davanje lažnog iskaza ili bekstvo iz vojske). Ovu podvrstu Roxin naziva krajnje ličnim deliktima dužnosti (*höchstpersönliche Pflichtdelikte*) ili nepravim svojeručnim deliktima.²⁵ Ovu najveću grupu svojeručnih delikata odlikuje to što se zapravo radi o prikrivenim deliktima dužnosti, kod kojih je neophodnost da se biće dela neposredno ostvari izvedena iz okolnosti da tipizirano nepravo počiva na povredi dužnosti ličnog karaktera. Prava svojeručna dela predstavljala bi treću sa-

21 Vid. Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906, str. 203, 236; Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1965³, str. 209.

22 Sönke Gerhold, Elisa Kuhne, „Über den bislang unbeachteten Einfluss des 2. Strafrechtsreformgesetzes auf die Eigenhändigkeitsdoktrin speziell im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4/2012, str. 952.

23 S pravom C. Roxin (2000), str. 407.

24 *Ibid.*, str. 306.

25 Vid. C. Roxin (2003), str. 121. Slično i W. Wohlers, str. 106.

mostalnu formu krivičnog dela (pored delikata vlasti i dužnosti), gde Roksin svrstava dve potkategorije: delikte „vezane ponašanjem“ (*verhaltensgebundene Delikte*) i tzv. izvršilačke krivične delikte (*täterstrafrechtliche Delikte*). U prvom slučaju se radi o deliktima čija se ne vrednost iscrpljuje u samom ponašanju, a koji ne sadrže povredu nekog pravnog dobra već isključivo morala. U pitanju su delikti koji su danas uglavnom dekriminalizovani (npr. dobrovoljni homoseksualni odnosi), uz izuzetak krivičnog dela rodoskrvnjenja. U drugom slučaju se radi o deliktima koji inkriminišu određeni asocijalni način vođenja života, koji je po prirodi stvari ličan i ostvariv samo neposredno. I ova ponašanja su danas uglavnom dekriminalizovana (npr. skitničenje)²⁶.

Međutim, u savremenoj literaturi se dovodi u pitanje ne samo konstrukcija svojeručnih delikata, već i njeno osnovno dejstvo da delikt koji se definiše kao svojeručni nije moguće ostvariti posrednim izvršilaštvom ili saizvršilaštvom. Osnovni zastupnik ove teze u savremenoj krivičnopravnoj dogmatici je Šubart (*Schubarth*).²⁷ Radi se o institutu koji prema Šubartu predstavlja proizvod nemačke krivičnopravne dogmatike koji nije poznat van nemačkih granica (npr. u francuskoj praksi), osim tamo gde je pod uticajem nemačke teorije neposredno preuzet (kao npr. u jugoslovenskoj literaturi). Ipak, razlozi odbacivanja ove konstrukcije nisu zasnovani samo na izostanku uporedivih rešenja u stranom zakonodavstvu. Šubart, slično drugim autorima, opravdanost svojeručnih delikata ispituje u relaciji sa objektima krivičnopravne zaštite, tvrdeći da onaj ko iskorišćava neotklonjivu stvarnu zabludu kod tipičnih navodnih svojeručnih delikata jednako povređuje objekt zaštite kao i onaj ko ova dela ostvaruje kao neposredni izvršilac.²⁸ Ako bi i postojala potreba za jednom ovakvom konstrukcijom, prema Šubartu u svakom slučaju ne postoje dovoljni razlozi da bi se kod takvih krivičnih dela isključilo posredno izvršilaštvo.

3. SVOJERUČNA KRIVIČNA DELA I POSEBNI DELIKTI

Svojeručna krivična dela su slična tzv. posebnim deliktima, budući da i jedna i druga kategorija delikata podrazumeva ograničen krug izvršilaca, pa se postavlja pitanje njihovog razgraničenja. Posebni delikti (*delicta propria*) su oni delikti koje ne može izvršiti bilo koje lice, već samo lice sa određenim svojstvom. Za razliku od opštih krivičnih dela (*delicta communia*) koje može ostvariti svako (ubistvo, silovanje, krađa),²⁹ posebne delikte može ostvariti samo lice koje pripada zakonskim

26 Skitničenje u našem pravu predstavlja prekršaj (vid. član 12 Zakona o javnom redu i miru).

27 Takođe S. Gerhold, E. Kuhne, str. 989. Kritički i Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1993², str. 604.

28 Martin Schubarth, „Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, str. 325, 330. Štratenvert kritikuje pozivanje Šubarta na povredu pravnog dobra, ukazujući da kod vlastoručnih delikata, slično posebnim deliktima, često (npr. kod službeničkih delikata) izostaje karakteristična relacija ka konkretnom pravnom dobru. Štratenvert takođe zamera i to što Šubart odbacivši vlastoručne delikte ipak zadržava kategoriju posebnih delikata, koji se takođe mogu izložiti sličnim prigovorima (Günter Stratenwerth, „Gibt es eigenhändige Delikte?“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, str. 89–90).

29 Opšti delikti redovno se u Krivičnom zakoniku opisuju rečju „ko“ („ko drugog liši života“, „ko prinudi drugog na obljudu“, „ko tuđu pokretnu stvar oduzme drugom“).

opisom definisanom krugu subjekata. Tako mnoga dela protiv vojske mogu izvršiti samo vojna lica, dok većinu krivičnih dela protiv službene dužnosti mogu učiniti samo službena lica. Sličnih izvršilačkih svojstava u Krivičnom zakoniku ima više (lekar, odgovorno lice, sudija, svedok itd.). *Delicta propria* se mogu dalje podeliti na prava i neprava. Pravi posebni delikti su oni delikti kod kojih posebno svojstvo konstituiše njihovo nepravo, dok kod nepravih posebnih delikata naročito svojstvo predstavlja samo kvalifikatornu ili privilegujuću okolnost.³⁰ Tako, dok nevrednost primanja mita (član 367 KZ) već u osnovnom obliku zasniva okolnost da obećanje ili samu korist zahteva ili prima službeno lice (pravi posebni delikt), kod neovlašćenog prisluškivanja i snimanja (član 143 KZ) okolnost da delo čini službeno lice predstavlja bi samo kvalifikatorno obeležje (nepravi posebni delikt).

U krivičnopravnoj literaturi se „posebnost“ delikata uobičajeno vezuje samo za izvršilačku kvalifikaciju. Samo tamo gde zakonodavac ograničava krug izvršilaca navođenjem ličnog svojstva (lekar, službeno lice itd.) nesumnjivo se radi o *delicta propria*. Po svojim karakteristikama, međutim, posebnim deliktima su slični i oni delikti, kod kojih nije propisano posebno izvršilačko svojstvo, ali kod kojih je krug mogućih izvršilaca ipak zakonom jasno ograničen. Tako, iako proneveru (član 364 KZ) načelno može izvršiti svako „ko... prisvoji novac, hartije od vrednosti ili druge pokretne stvari“, iz opisa proizlazi da učiniocu stvar mora biti poverena u službi ili na radu, tako da izvršilac zapravo može biti samo službeno lice ili zaposleni. Isto tako, iako zloupotrebu poverenja (član 216 KZ) načelno takođe može izvršiti bilo koje lice, iz opisa dela je jasno da je krug mogućih subjekata ograničen samo na one koji zastupaju imovinske interese drugoga ili se staraju o njegovoj imovini. Prema Roksinu i ovi delikti spadaju u tzv. delikte dužnosti, iako se uobičajeno ne svrstavaju u *delicta propria*.³¹ Ovu okolnost smatramo važnom i za naša razmatranja o svojeručnim deliktima.

Značaj razlikovanja pravih i nepravih *delicta propria* vidi se na planu saučesništva. Tako je u našoj krivičnopravnoj literaturi i ranije bilo nesporno da izvršilačko svojstvo predstavlja lično svojstvo koje sud može uzeti u obzir samo onom izvršiocu, saizvršiocu, podstrekaču ili pomagaču, kod kojeg takvo svojstvo i postoji.³² Stoga bi u pomenutom primeru onaj ko navodi službeno lice na neovlašćeno prisluškivanje drugoga, a koji sam nema svojstvo službenog lica, mogao odgovarati samo za podstrekavanje na osnovni oblik neovlašćenog fotografisanja (član 143 stav 1 u vezi sa članom 34), gde se ovo lično svojstvo ne zahteva, a ne za podstrekavanje na teži oblik (član 143 stav 3 u vezi sa članom 34). Otuda je kod nepravih posebnih delikata zakonodavac priznavao dejstvo nepostojanja ličnog svojstva na strani saučesnika.

30 Vid. Aleksandar Stajić, u: N. Srzentić (red.), *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Savremena administracija, Beograd, 1986, str. 44-45.

31 C. Roxin (2000), str. 353.

32 Vid. član 25 stav 3 ranijeg KZ SFRJ od 1976. godine, koji odgovara aktuelnom članu 36 stav 3 KZ. Tako Bačić „svojstvo službenog, odgovornog ili vojnog lica kao kvalifikatorne okolnosti kod mnogih krivičnih dela“ svrstava u lične momente, koji se mogu uračunati samo onim učesnicima u delu kod kojih postoje (Franjo Bačić, u: N. Srzentić (red.), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1986³, str. 142). „Ako bi se okolnosti koje kvalifikuju ili privileguju jedno delo, bez ograničenja širile na sve učesnike, to bi bilo nepravedno, jer one mogu biti nekad u tolikoj meri lične, vezane za odgovarajuće lice, da zaista mogu teretiti ili ići u prilog samo tom licu“ (*ibid.*, str. 141-142).

S druge strane, u slučaju pravih posebnih delikata jugoslovenski zakonodavac nije dopuštao uvažavanje deficita ličnog svojstva na strani saučesnika. Lične okolnosti koje su bile konstitutivne za zasnivanje kažnjivosti dela uzimale su se u obzir i onim saučesnicima u čijoj ličnosti nisu bile ostvarene.³³ Tako se onome ko bi naveo službeno lice da primi poklon u vezi sa svojim službenim ovlašćenjima, kao podstrekaču na primanje mita, iako on sam nije imao svojstvo službenog lica, kazna računala prema istom kaznenom rasponu koji važi za izvršioca (službeno lice). Takvo neujednačeno vrednovanje ličnog svojstva nije bilo pravično, pa je Krivičnim zakonikom ova nejednakost izgladnena. Naime, „lični odnosi, svojstva i okolnosti koji predstavljaju obeležje krivičnog dela ne moraju postojati kod podstrekača ili pomagača“ (saučesnika), ali se zbog deficita nepostojanja svojstva, koje saodređuje nevrednost dela opredmećenu propisanom kaznom, saučesniku kazna može ublažiti (član 36 stav 4 KZ). Tako bi se u pomenutom primeru podstrekaču na primanje mita mogla izreći blaža kazna u odnosu na samog primaoca mita, jer zakonodavac opravdano polazi od toga da je u propisanu kaznu za primanje mita ugrađena i nevrednost ličnog svojstva koje podstrekač ne poseduje.³⁴

Nejasna je razlika između ličnih odnosa, svojstava i okolnosti, koje pominju član 36 st. 3 i 4 KZ (odnosno član 25 stav 3 ranijeg KZ SFRJ). U Komentaru KZ SFRJ se tako samo konstatuje da „nije lako za jedan lični moment odrediti da li je on jedno, drugo ili treće“.³⁵ Lazarević je tu nešto određeniji, navodeći primer za svaki od navedenih ličnih momenata. Tako bi prema ovom autoru lični odnos podrazumevao određeno stanje (npr. bračni odnos ili odnos staranja), dok bi lično svojstvo označavalo određenu odliku odnosno karakteristiku učinioca (npr. svojstvo službenog ili vojnog lica ili starosno doba u momentu dela). Pod ličnim okolnostima Lazarević razume „neke objektivne okolnosti vezane za ličnost učinioca“ (npr. okolnost da se nalazi u povratu).³⁶ Možemo se složiti sa ovom klasifikacijom ličnih karakteristika, s tim što nam se čini da su ovde vrlo upotrebljiva i razlikovanja koja se između navedenih pojmova čine u nemačkoj doktrini.³⁷ Tako primera radi Weber (*Weber*) pod ličnim svojstvima podrazumeva ona obeležja koja imaju izvesno trajanje u vremenu, pod ličnim odnosima razumeju veze čoveka prema spoljnom svetu (npr. odnos srodstva), dok pod lične okolnosti svrstava personalne sadržaje prolaznog i unutrašnjeg karaktera (npr. niske pobude).³⁸ Iz navedenih objašnjenja ovih

33 Vid. u tom smislu F. Bačić, str. 142; Zoran Stojanović, „Položaj saučesnika u krivičnom pravu: između akcesornosti i samostalnosti“, u: Đ. Ignjatović (prir.), *Kaznena reakcija u Srbiji. IV deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014, str. 12.

34 Ni ovo rešenje, međutim, nije bez prigovora, jer ostaje nejasno zašto nepostojanje jedne iste okolnosti (ličnog svojstva) u jednom slučaju omogućava prelazak na niži kazneni raspon, a u drugom slučaju na raspon osnovnog oblika dela (Despoina Kanellopoulou, „Täterschaft und Teilnahme bei den Sonderdelikten – im Lichte der internationalen Strafrechtsdogmatik“, *Greeklaws Law Journal*, 1/2008, str. 326).

35 F. Bačić, str. 142.

36 Lj. Lazarević, str. 205.

37 Po svoj prilici, sintagma „ličnih odnosa, svojstava i okolnosti“ preuzeta je iz nemačkog ili švajcarskog krivičnog zakonodavstva (*persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände*). Vid. član 14 stav 3 i član 28 nemačkog KZ odnosno član 27 švajcarskog KZ.

38 Ulrich Weber, u: J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003¹¹, str. 757.

kategorija i navedenih primera možemo videti da ove zakonske odredbe bez sumnje obuhvataju i tzv. posebne delikte. Izvršilačka kvalifikacija, kao njihovo karakteristično obeležje, predstavlja upravo „lično svojstvo“ o kojem govori zakonodavac. S druge strane, u obeležju „ličnog odnosa“, bar prema navedenim primerima, prepoznajemo i neka krivična dela koja se uobičajeno označavaju kao svojeručna, što ove zakonske odredbe, iz ugla naše teme, čini još interesantnijim. Zaista, ne samo da neka svojeručna krivična dela odlikuje obeležje ličnog odnosa (rodoskrvnenje, zloupotreba poverenja, obljuba zloupotrebom položaja, dvobračnost), već se ova dela mogu pridružiti pomenutoj kategoriji „delikata dužnosti“, koju karakteriše van krivičnog prava (drugim granama prava) zasnovana pozicija dužnosti prema zaštićenom dobru.

Vlastoručni delikti su slični posebnim deliktima utoliko što je i kod njih nemoguće saizvršilaštvo ili posredno izvršilaštvo ako posmatrani učesnik nema neophodno izvršilačko svojstvo. To je i logično. Ko službeno lice navede na kakvo činjenje, ne postaje time i sam službeno lice. Njemu se mogu uračunati samo obeležja radnje službenika, ali ne i ovo njegovo lično svojstvo koje nedostaje.³⁹ Kod obe kategorije delikata krug potencijalnih izvršilaca je ograničen, tako da se postavlja pitanje njihovog preciznijeg razgraničenja. Jedno shvatanje ovu razliku definiše na temelju dužnosti koja pogađa učinioaca. Kod *delicta propria* izvršilačko svojstvo bi podrazumevalo poziciju dužnosti koja je institucionalno formalizovana izvan krivičnog prava pre samog ostvarenja delikta i koja je trajnijeg karaktera, dok bi kod vlastoručnih delikata tek osobenost radnje izvršenja upućivala na privremenu neophodnost njenog ličnog preduzimanja.⁴⁰ Ipak, ovaj kriterijum ne kazuje mnogo. Tako se kao vlastoručno delo navodi nepružanje pomoći licu povređenom u saobraćajnoj nezgodi, „pošto je svojstvo da se (potencijalno) bude učesnik u nezgodi čisto situaciono uslovljeno“;⁴¹ iako se radi o poziciji nepravog nečinjenja, koju upravo odlikuje bliskost sa posebnim deliktima, a ne vlastoručni karakter.⁴² Stičemo utisak da je traženje kriterijuma vlastoručnosti više odraz nastojanja da se po svaku cenu nađe graničnik naspram *delicta propria* nego izraz realnog postojanja jedne samosvojne kategorije krivičnih dela.

Kada se radi o u našoj teoriji uvreženom stanovištu da sve seksualne delikte karakteriše zadovoljenje ili pobuđivanje seksualnog nagona, bez kojeg nema izvršilaštva, moramo istaći da je slično tumačenje u evropskoj literaturi danas uglavnom napušteno. Na nužnost da seksualni delikti takođe moraju biti svojeručno ostvareni ukazivao je još Binding, pitajući se da li bi se iko ko je podstrekavao na silovanje pohvalio time da je uzeo obeščašćenu.⁴³ Ipak, krivičnopravna zaštita u materiji silovanja i drugih seksualnih delikata u međuvremenu je redefinisala svoj objekt sa

39 R. D. Herzberg, str. 915.

40 H. Satzger, str. 105. Ipak, ove dve kategorije se po ovom shvatanju ne bi isključivale, pa se može ispostaviti da se tumačenjem bića jednog dela, čiji je krug izvršilaca zakonom ograničen (posebni delikt), ispostavi da se istovremeno radi i o vlastoručnom deliktu.

41 *Ibid.*, str. 110.

42 Vid. Igor Vuković, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 121, 125.

43 Karl Binding, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen. Erster Band*, Duncker & Humblot, Berlin, 1915, str. 268 fn. 17.

povrede seksualnog morala na povredu slobode polnog opštenja, smatrajući odlučnim pravo žrtve na slobodno opredeljivanje s kim će se upuštati u odnose. A ova sloboda se može povrediti i učestvovanjem u radnji prinude, kojom se slama otpor žrtve. Otuda saizvršilac u silovanju može biti i žensko lice, koje učestvuje samo u prinudi.⁴⁴ Zbog toga seksualne delikte više ne treba smatrati vlastoručnim delima.

Iz nesporne bliskosti posebnih i svojeručnih delikata možemo izvesti nekoliko relevantnih zaključaka. Najpre, kategorija svojeručnih delikata izlišna je u pogledu onih krivičnih dela koja istovremeno predstavljaju posebne delikte, jer su dejstva ove dve kategorije preklapaju. To se odnosi ne samo na dela kod kojih je izvršilačko svojstvo neposredno navedeno u zakonskom opisu, već i na delikte dužnosti, čijim tumačenjem se dolazi do istog zaključka. To se naročito odnosi na ona krivična dela koja karakteriše lični odnos ili status kao posebno objektivno obeležje bića. Tako krivično delo nedavanja izdržavanja (član 195 KZ) karakteriše dužnost izdržavanja kao lični odnos između davaoca i primaoca izdržavanja. Stoga, iako ovo delo prema zakonskoj formulaciji može učiniti svako („ko ne daje izdržavanje...“), izvršilac ipak može biti samo lice obavezano na davanje izdržavanja. Takođe, iako osim roditelja, usvojioca i staraoca, zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica (član 193 KZ) može izvršiti i drugo lice, činjenica da se zahteva grubo zanemarivanje „svoje dužnosti zbrinjavanja i vaspitavanja“ u ishodu vodi zaključku da je i ovde lični odnos objektivno obeležje, koje može ostvariti samo obveznik dužnosti staranja i vaspitavanja. Isto važi i u pogledu krivičnog dela dvobračnosti (član 187 KZ), gde lični status bračnosti, kao uslov postojanja krivičnog dela, takođe upućuje na posebni karakter delikta. Sličan zaključak možemo izvesti i u pogledu drugih krivičnih dela koja podrazumevaju izvestan lični odnos kao obeležje, npr. kod obljube zloupotrebom položaja prema maloletnom licu poverenom radi učenja, vaspitavanja, staranja ili nege (član 181 st. 2 i 3 KZ) ili kod zloupotrebe poverenja zastupanjem imovinskih interesa nekog lica ili staranjem o njegovoj imovini (član 216 KZ).

Svi navedeni (nepravi svojeručni) delikti, kao podvrsta *delicta propria*, nisu nužni kao naročita kategorija krivičnih dela. Otuda se opravdanost postojanja svojeručnih delikata mora ispitati u odnosu na ona dela koja se uobičajeno svrstavaju u ovu kategoriju, a koja prema Roksinovoj klasifikaciji predstavljaju prava svojeručna krivična dela.

Jedno od takvih dela koje se u stranim udžbenicima krivičnog prava uobičajeno navodi kao svojeručno jeste krivično delo rodoskrvnjenja (član 197 KZ), kojim je inkriminisana obljuba ili s njom izjednačen polni čin od strane punoletnog lica prema maloletnom srodniku po krvi u pravoj liniji, ili sa maloletnim bratom odnosno sestrom.⁴⁵ U literaturi se često potencira da inkriminisanje incesta predstavlja

44 Protiv konstrukcije vlastoručnog dela silovanja govori i činjenica da je zakonodavac propisao teži oblik „ako je delo izvršeno od strane više lica“. Ovakva formulacija upravo upućuje na zaključak o saizvršilaštvu, iako je u našoj literaturi zbog zastupanog vlastoručnog karaktera branjen stav da učinioci mogu biti samo samostalni izvršioци ovog težeg oblika. Štaviše, zbog vlastoručne prirode se zahtevalo i da svaki od učinilaca učestvuje u obljubi; učestvovanje u prinudi za ovaj teži oblik nije bilo dovoljno (vid. B. Kraus, str. 336–337).

45 U prilog vlastoručnosti rodoskrvnjenja često se navodi školski primer vlasnice bordela, koja umišljajno seksualno spaja brata i sestru, koji su još u mladosti bili razdvojeni i koji ništa ne znaju o svome srodstvu.

relikt zastarelog pogleda na krivičnopravnu zaštitu, te da se time štite samo moralna shvatanja a ne i neko pravno dobro vredno takve zaštite.⁴⁶ Pritom se snažno negira društvena opasnost incestuoznog ponašanja i odbacuju eventualni argumenti u prilog zadržavanja inkriminacije iz ugla obezbeđenja eugenički zdravog potomstva,⁴⁷ očuvanja porodice ili drugih razloga. Ovo stanovište je u međuvremenu naišlo na pozitivan odjek i u našoj novijoj literaturi.⁴⁸ Iako inkriminisanje incesta opravdano nije bez prigovora, i nalazi se u donjoj zoni društveno opasnih ponašanja, smatramo ipak da se isuviše olako prelazi preko brojnih štetnih posledica seksualnih odnosa između punoletnih i maloletnih srodnika. Razloga za zadržavanje ove inkriminacije ima više, od potcenjenih bioloških saznanja o rizicima za zdravo potomstvo,⁴⁹ do istih onih razloga koji zahtevaju inkriminisanje krivičnog dela obljube zloupotrebom položaja u odnosu na maloletno lice (član 181 stav 2 KZ), ili obzira zbog kojih krvno srodstvo i predstavlja smetnju za zaključenje braka. U svakom slučaju, ne možemo tvrditi da se u slučaju krivičnog dela rodoskrvnjenja radi o inkriminisanju samo moralnih shvatanja, već, kako to iz grupnog objekta zaštite i proizlazi, i ugrožavanja porodičnog i bračnog života. Stoga ne možemo prihvatiti da ovo delo ni u širem smislu ne povređuje neko pravno dobro.⁵⁰ Ako je to tako, onda u prilog vlastoručnom karakteru preostaje još samo argument da „obljuba ili s njom izjednačen čin“, kao moguće radnje rodoskrvnjenja, podrazumevaju svojeručnost. To međutim, kako smo videli, više ne stoji. Ovde se naprosto radi o ličnom odnosu (srodstva), koje kao obeležje isključuje izvršilački doprinos bez neposrednog učestvovanja u samom odnosu. Stoga se Roksinova kategorija delikata „vezanih ponašanjem“ pokazuje samo kao teorijska tvorevina, bez krivičnih dela koja bi joj pripadala. Ako ovom zaključku pridodamo i primedbu da u našem pravu ne prepoznajemo nijedno krivično delo gde bi predmet inkriminisanja predstavljao asocijalni učiniočev stil života, i druga kategorija pravih vlastoručnih delikata u Roksinovom tumačenju (tzv. izvršilački krivični delikti) – ostaje bez pokaznih krivičnih dela.

Kako možemo zaključiti, pitanje izdvajanja svojeručnih delikata kao nekakve samostalne kategorije krivičnih dela, sa svojim specifičnim dejstvima, postavlja se kao problematično. Gotovo svi danas podrazumevani svojeručni delikti smatraju se posebnim deliktima. Utoliko bi specifičnost svojeručnih delikata možda mogla da istakne eventualna njihova *differentia specifica* naspram *delicta propria*. Iako je kod obe kategorije krug izvršilaca ograničen, osnovna razlika je u tome što je kod

46 Vid. C. Roxin (2003), str. 118.

47 Tako se tvrdi da je opasnost po zdravlje eventualno rođene dece mnogo manja od mnogo realnijih posledica od konzumiranja alkohola, droga ili nikotina od strane majke. Takođe, potcenjuje se i rizik od telesno i duševno nevaljanog poroda, jer se smatra da je opasnost ovde neznatna u odnosu na uporedive seksualne odnose između lica sa ozbiljnim naslednim bolestima, koji međutim krivičnim pravom ipak nisu zabranjeni (vid. Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C. H. Beck, München, 2011⁵⁸, str. 1107).

48 Vid. Luka Breneselović, „Rodoskrvnjenje kao krivično delo“, *Pravni život*, 9/2007, str. 239; Ivana Marković, „Divergentna shvatanja sudske prakse i teorije – o ‘incest-slučaju’ iz Nemačke“, *Branik*, 3-4/2013, str. 89.

49 Martin Schubarth, „Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4/1998, str. 845.

50 Slično i Peter Cramer, Günter Heine, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) *et al.*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C. H. Beck, München, 2001²⁶, str. 478.

posebnih delikata posredno izvršilaštvo i saizvršilaštvo isključeno samo u odnosu na lica kojima nedostaje izvršilačko svojstvo, dok je kod vlastoručnih delikata posredno izvršilaštvo i saizvršilaštvo isključeno u odnosu na svakoga. Stoga, ako bi se svojeručna dela utopila u kategoriju posebnih delikata, izgubila bi se ova razlika, pa bi prema nekim autorima bilo zamislivo da otac ipak odgovara za posredno izvršilaštvo ako npr. prinudi svoju decu da stupe u seksualne odnose (jer zabranjeni odnos srodstva ne postoji samo između dece već i između njega i dece), ili vojno lice ako obmanom navede drugo vojno lice da odsustvuje iz jedinice.⁵¹ Ovo razlikovanje nije međutim dovoljno, i pre ima razloga za prihvatanje restriktivnijeg dejstva posebnih delikata, nego ekstenzivnog efekta svojeručnih delikata, opterećenih mnogim nepoznanicama. Ipak, pre konačnih zaključaka, neophodno je još jednom se osvrnuti na proklamovana dejstva koja zaključak o svojeručnosti prema vladajućem shvatanju u literaturi ostvaruje u krivičnom pravu.

4. DEJSTVA SVOJERUČNOSTI

Već smo konstatovali da se kao jedno od osnovnih dejstava svojeručnih krivičnih dela pominje isključenje mogućnosti posrednog izvršilaštva. Utoliko je domašaj ovog delovanja vezan domašajem instituta posrednog izvršilaštva u krivičnom pravnom poretku. Treba međutim primetiti da značaj posrednog izvršilaštva u našem krivičnom pravu nije veliki. Kod krivičnih dela, kod kojih bi ova konstrukcija u sistemu limitirane akcesornosti kod nas uopšte bila praktično relevantna (u slučaju tzv. doloznog oruđa bez kvalifikacije ili namere ili nedostataka oruđa na planu protivpravnosti)⁵², teško je i zamisliti primere u kojima bi se kakav vlastoručni delikt ostvario preko drugoga lica. Situacije tzv. nedoloznog oruđa, tj. iskorišćavanja stvarne zablude drugoga, kao najpoznatije konstelacije posrednog izvršilaštva, u našem pravu ne zahtevaju ovu konstrukciju, jer stvarna zabluda prema našem pravu isključuje tek krivicu. U zakonodavstvima u kojima je uslov postojanja saučesništva (podstrekavanja i pomaganja) ne samo protivpravno delo izvršioca, već umišljajno protivpravno delo izvršioca, neotklonjiva stvarna zabluda neposrednog izvršioca onemogućila bi zasnivanje saučesništva, pa se stoga konstrukcija posrednog izvršilaštva tamo pokazuje kao nužnost koja omogućava popunjavanje nastale praznine u kažnjavanju. Imajući to u vidu, ne treba da iznenadi interesovanje nemačke teorije za kategoriju vlastoručnih delikata, budući da upravo u nemačkom pravu akcesornost saučesništva zahteva umišljajno delo neposrednog izvršioca (vid. član 26 i 27 nemačkog KZ). Ako se međutim vlastoručni delikti zbog njihove osobene prirode ne bi mogli ostvariti posredno, preko neumišljajnog izvršioca, onda ne samo da bi otpalo saučesništvo, već bi i zasnivanje posrednog izvršilaštva zbog ove njihove karakteristike bilo onemogućeno. Tada bi u našem početnom primeru iskorišćavanja pogrešne predstave svedoka, koji se tačno ne seća kog dana se kritični događaj odigrao, lice koje bi ovo stanje zloupotrebilo za izvršenje vlastoručnog delikta – prošlo nekažnjeno.⁵³ U našem pravu, međutim, gde se za odgovornost saučesnika ne traži

51 R. D. Herzberg, str. 919-920.

52 Vid. I. Vuković (2013a), str. 106-107.

53 Da bi se slične praznine u kažnjavanju izbegle, nemački zakonodavac je čak bio prinuđen da izvesne radnje saučesništva u delima koja se tumače kao svojeručna propiše kao posebna krivična dela (vid. npr. član 160 nemačkog KZ).

umišljajno postupanje neposrednog izvršioca, iskorišćavanje tuđe stvarne zablude ne bi se ni kvalifikovalo kao posredno izvršilaštvo već kao saučesništvo (podstrekavanje). Stoga ne samo da dejstvo isključenja posrednog izvršilaštva kod nas ne bi imalo naročit praktični značaj, već bi ono u našem modelu saučesništva zasnovalo i jednu sistemsku nelogičnost. Tako bi prihvatanje vlastoručnosti onemogućilo strožu formu ostvarenja delikta (posredno izvršilaštvo), istovremeno ne poremetivši zasnivanje saučesništva kao blažeg vida ostvarenja dela, što bi bilo suprotno zaključku *a maiore ad minus*.

Već smo konstatovali da je svojeručnom karakteru svojstveno samo neposredno preduzimanje radnje izvršenja. Stoga se ova kategorija krivičnih dela nalazi u izvesnom raskoraku sa institutom saizvršilaštva. Saizvršilaštvo u vlastoručnom deliktu bi teorijski bilo zamislivo samo u obliku saučestvovanja u radnji izvršenja, što odgovara formalno-objektivnom shvatanju saizvršilaštva. Međutim, i u tom slučaju, kako smo videli, *a priori* se odbacuje mogućnost saizvršilaštva i zaključuje da je ostvareno onoliko samostalnih krivičnih dela koliko je bilo izvršilaca. Ne vidimo razlog za tako strogo tumačenje. Tačno je da je kod nekih krivičnih dela koja se objašnjavaju kao vlastoručna saizvršilaštvo sporno. Tako se slažemo da je davalac lažnog iskaza po pravilu samostalni izvršilac ovog krivičnog dela, čak i ako je, kao u našem početnom primeru, davanje pojedinačnih lažnih iskaza rezultat zajedničkog nastupa i dogovora više lica. Razlog isključenja saizvršilaštva ovde je međutim rezultat osobenosti procesne radnje svedočenja, koja nikada ne podrazumeva zajedničko već samostalno iskazivanje. Drugačije je međutim ukoliko se radi o radnji veštačenja. Veštačenje se po pravilu poverava pojedincu, ali su česta i složena veštačenja, u kojima učestvuje dva ili više veštaka. Ne vidimo razlog zašto njihov neistiniti potpisani zajednički nalaz ne bi mogao da se protumači kao saizvršilački doprinos, samo zbog toga što se delo davanja lažnog iskaza tumači kao svojeručno. Štaviše, u pogledu pojedinih vlastoručnih delikata se saizvršilaštvo izričito smatra mogućim. Tako bi rodnici koji bi saučestvovali u rodoskrvnom seksualnom odnosu po uvreženom shvatanju u našoj literaturi predstavljali nužne saizvršioce u rodoskrvnjenju.⁵⁴ Uvek kada se radi o zajedničkoj dužnosti,⁵⁵ saizvršilaštvo je ostvarivo, nezavisno od toga da li se delikt dužnosti tumači kao svojeručan ili ne. Zbog toga je moguće zajednički zapustiti vlastito maloletno dete (vid. član 193 stav 1 KZ) ili u grupi učiniti bekstvo iz zatvora (vid. član 339 stav 3 KZ). Kako možemo zaključiti, tvrđenje da je saizvršilaštvo kod vlastoručnih delikata *a priori* isključeno ne stoji, bar kada se radi o saizvršilaštvu sapreduzimanjem opisane radnje izvršenja.

S druge strane, srpska odredba o saizvršilaštvu dopušta saizvršenje ne samo učestvovanjem u radnji izvršenja, već i ostvarenjem zajedničke odluke nekom drugom radnjom kojom se (sa umišljajem) bitno doprinosi izvršenju krivičnog dela (član 33 KZ). Strogo tumačeći obeležje vlastoručnosti, saizvršenje ovim drugim bitnim doprinosom, različitim od radnje izvršenja, predstavljalo bi prepreku za zasnivanje saizvršilaštva. Ipak, ni ovde ne prepoznajemo dovoljne razloge za automatsko isključenje tumačenja da je izvestan bitan (uslovno pomagački) doprinos zadobio

54 Ova dela se označavaju kao tzv. krivična dela susretanja (vid. N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, str. 277).

55 Vid. C. Roxin (2000), str. 357–358.

saizvršilački kvalitet. Da li će to zaista biti slučaj, predstavlja zadatak sudskog vrednovanja angažovanih doprinos. Načelno, kod delikata koje karakteriše kakvo lično svojstvo ili odnos saizvršilački doprinos redovno neće biti moguć ukoliko posmatrani učesnik i sam nije nosilac ovog svojstva ili učesnik u ovom odnosu. Ako povredu dužnosti davanja valjanog i istinitog iskaza mogu učiniti samo svedok, veštak, prevodilac ili tumač onda saizvršilački bitni doprinos drugom radnjom neće biti moguć izvan povrede ove dužnosti.

Pojedini autori kao moguće dejstvo vlastoručnih delikata vide i isključenje konstrukcije *actio libera in causa*. Tako bi u primeru punoletnog brata koji se opija do neuračunljivosti, kako bi uklonio moralne prepreke da bi sa svojom maloletnom sestrom imao seksualni odnos, isključenje skrivljene neuračunljivosti prema ovom shvatanju počivalo na sličnosti radnji slobodnih u uzroku sa posrednim izvršilaštvom, s tim što bi ovde izvršilac sam sebe iskoristio kao nedolozno oruđe.⁵⁶ Ipak, ovaj argument ne čini nam se previše ubedljiv. I pored konstrukcije sličnosti dva instituta, suštinska razlika između njih upravo se sastoji u tome da se za razliku od posrednog izvršilaštva, gde drugo lice neposredno svojom rukom ostvaruje biće dela, kod skrivljene neuračunljivosti izvršiocu računavaju njegove vlastite radnje preduzete u neskrivljenom (neuračunljivom) stanju. Otuda osnovna karakteristika vlastoručnih delikata – preduzimanje radnje neposredno svojom rukom – ostaje očuvana, pa izostaje osnovni razlog negiranja *actio libera in causa*.

Najzad, kao moguće dejstvo svojeručnih delikata pominje se i nemogućnost njihovog izvršenja nepravim nečinjenjem.⁵⁷ Tako majka koja ne bi reagovala u slučaju seksualnih odnosa njenog supruga i njihove maloletne ćerke ne bi mogla da predstavlja izvršioca rodoskrvnjenja (član 197 KZ) nečinjenjem. Ipak, kako se u literaturi s pravom primećuje, i ova konstrukcija je neznatno praktično relevantna, jer su vlastoručna krivična dela redovno delatnosni delikti, kod kojih posledica karakteristična za nepravu nečinjenja redovno izostaje.⁵⁸ Osim toga, ako i nije moguće izvršenje nečinjenjem, nema smetnji za zaključak o pomaganju nečinjenjem, tako da i na ovom planu izostaje poseban značaj izdvajanja kategorije svojeručnih delikata.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Svojeručna krivična dela ne predstavljaju dovoljno određenu kategoriju krivičnih dela. Nedostatak pouzdanog kriterijuma svojeručnosti predstavlja njihov centralni nedostatak. Iako je njihov pojam naoko zaokružen, potpuno je nejasno koja krivična dela bi odlikovala neophodnost ličnog i neposrednog preduzimanja. Stoga ne čudi što se u literaturi mnogi krajnje različiti delikti više po utisku prepoznaju kao izvršivi samo svojeručno. Ovaj utisak pojačava činjenica da zakonska bića krivičnih dela opisuju samo radnju izvršenja neposrednog izvršioca, dok se saizvršilaštvo i posredno izvršilaštvo kao oblici izvršilaštva izvode na temelju odredbe člana 33 KZ odnosno teorijskih saznanja o izvršenju dela „preko drugog lica“. U tom smi-

56 Tako H. Satzger, str. 107.

57 Vid. I. Vuković (2013b), str. 419.

58 H. Satzger, str. 107.

slu, svakome je bliska pomisao da kradljivac može biti samo onaj ko je oduzeo tuđu pokretnu stvar, da silovatelj može biti samo onaj ko je drugo lice neposredno prinudio na obljudu, i da svako krivično delo može izvršiti samo onaj ko je neposredno preduzeo opisanu radnju izvršenja. To ipak ne mora biti slučaj, jer se danas pored neposrednog izvršenja ipak priznaje i mogućnost posrednog izvršenja i saizvršenja. Međutim, i pored načelnog dopuštenja da se krivično delo može izvršiti i zajedno sa drugim/a, ili (u retkim situacijama) i posredno (preko drugoga), u pogledu pojedinih krivičnih dela se ipak osećalo da ova mogućnost ne treba ne važi. U takvim okolnostima, neodređena kategorija „svojeručnih“ delikata predstavljala je utočište za sva ona krivična dela, tumačenjem čije radnje se dolazilo do zaključka da kod njih posredno izvršilaštvo ili saizvršilaštvo ne bi trebalo omogućiti.

Kako smo međutim videli, svojeručni delikti predstavljaju potkategoriju delikata dužnosti, koje odlikuje postojanje kakvog ličnog svojstva ili odnosa, zbog čega se i oseća da je ovaj lični odnos ili svojstvo razlog nemogućnosti njihovog izvršenja posrednim ili saizvršilačkim putem. Nemogućnost saizvršenja ili posrednog izvršenja ne proizlazi otuda iz nekog osobenog karaktera svojeručnosti delikta, već od objektivnog ličnog obeležja dužnosti, zbog kojeg se oseća da pripadnost određenoj socijalnoj grupi ili učestvovanje u kakvom definisanom odnosu predstavlja pretpostavku izvršenja delikta. Kada se ovoj primedbi pridoda neznatna praktična relevantnost tipičnih krivičnopravnih dejstava ove konstrukcije u našem pravu, moramo zaključiti da pretežni razlozi ne govore u prilog tome da se svojeručna krivična dela u našoj krivičnopravnoj doktrini izdvoje kao opšta kategorija delikata. Da li se tumačenjem nekog pojedinog krivičnog dela može doći do zaključka, da je njegovo izvršenje drugim putem osim ličnim preduzimanjem radnje izvršenja isključeno, predstavlja posao tumača posebnog dela krivičnog prava, a ne ishod proizvoljnog kvalifikovanja dela kao „svojeručnog“.

LITERATURA

- Bačić Franjo, u: N. Srzentić (red.), *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1986³.
- Beling Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906.
- Binding Karl, „Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher (‘Urheber’)“ und der Gehilfe“, *Der Gerichtssaal*, 1908.
- Breneselović Luka, „Rodoskrvnjenje kao krivično delo“, *Pravni život*, 9/2007.
- Buturović Jovan, „Posredni izvršilac u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 4/1987.
- Cramer Peter, Heine Günter, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C. H. Beck, München, 2001²⁶.
- Čejović Bora, *Krivično pravo u sudskoj praksi. Posebni deo*, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, 1986.
- Delić Nataša, *Krivično delo davanje lažnog iskaza*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.
- Dorđević Miroslav, „Saizvršilaštvo“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/1988.

- Fischer Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C. H. Beck, München, 2011⁵⁸.
- Gerhold Sönke, Kuhne Elisa, „Über den bislang unbeachteten Einfluss des 2. Strafrechtsreformgesetzes auf die Eigenhändigkeitsdoktrin speziell im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4/2012.
- Herzberg Rolf Dietrich, „Eigenhändige Delikte“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4/1970.
- Jakobs Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1993².
- Kraus Božidar, u: N. Srzentić (red.), *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Savremena administracija, Beograd, 1986.
- Lazarević Ljubiša, *Komentar Krivičnog zakonika*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2011².
- Marković Ivana, „Divergentna shvatanja sudske prakse i teorije – o ‘incest-slučaju’ iz Nemačke“, *Branich*, 3-4/2013.
- Maurach Reinhart, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1965³.
- Memedović Nikola, „Problem saizvršilaštva kod krivičnog dela silovanja“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/1987.
- Roxin Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II*, C. H. Beck, München, 2003.
- Roxin Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2000⁷.
- Satzger Helmut, „Die eigenhändigen Delikte“, *Juristische Ausbildung*, 2/2011.
- Schubarth Martin, „Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 4/1998.
- Schubarth Martin, „Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1996.
- Srzentić Nikola, Stajić Aleksandar, Lazarević Ljubiša, *Krivično pravo SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1990¹⁶.
- Stajić Aleksandar, u: N. Srzentić (red.), *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Savremena administracija, Beograd, 1986.
- Stojanović Zoran, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, 2012⁴.
- Stojanović Zoran, *Krivično pravo Opšti deo*, Pravni fakultet u Beogradu – Pravna knjiga, Beograd, 2014²¹.
- Stojanović Zoran, „Položaj saučesnika u krivičnom pravu: između akcesornosti i samostalnosti“, u: Đ. Ignjatović (prir.), *Kaznena reakcija u Srbiji. IV deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Stratenwerth Günter, „Gibt es eigenhändige Delikte?“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1997.
- Vuković Igor, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Vuković Igor, „O situacijama posrednog izvršilaštva u srpskom krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2013.
- Weber Ulrich, u: J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003¹¹.
- Wohlens Wolfgang, „Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte“, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1998.
- Zlatarić Bogdan, *Krivični zakonik u praktičnoj primeni. I svezak*, Narodne novine, Zagreb, 1956.

Zlatarić Bogdan, *Krivični zakonik u praktičnoj primeni. II svezak*, Narodne novine, Zagreb, 1958.

Živanović Toma, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo. II. knjiga*, Beograd, 1937¹⁻³.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

ON JUSTIFIABILITY OF SO-CALLED CRIMINAL OFFENCES COMMITTED “WITH OWN HAND”

SUMMARY

Among the many divisions of crimes in modern textbooks of criminal law one regularly comes upon the category of so-called offences perpetrated “with own hand”. These offences include those delicts that can be done only by taking direct and immediate act described by law, and not by indirect perpetration (through another person) or co-perpetration (along with others). There hasn’t been yet constructed precise criteria regarding the issue which offences should belong to this category. They are often interweaving with so-called *delicta propria*, which are characterized by special personal characteristics of the perpetrator (official, doctor, etc.). This paper presents the current understanding about what acts could only be done personally and what would be their effects in criminal law. The author argues that offenses committed „with own hand“ represent an obsolete category, which does not deserve to be a special category of offenses.

Key words: offences committed „with own hand“, *delicta propria*, indirect perpetration, co-perpetration.

Marija Karanikić Mirić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NASLEDIVOST PRAVA NA NAKNADU MORALNE ŠTETE

Apstrakt: Potraživanje naknade moralne (neimovinske, nematerijalne) štete prelazi na naslednike oštećenika samo ako je priznato pravosnažnom odlukom suda ili pismenim sporazumom. Komisija za izradu građanskog zakonika razmatra ukidanje postojećeg i uvođenje novog pravila po kojem bi pravo na naknadu moralne štete bilo nasledivo bez ograničenja. Autorka razmatra poreklo važećeg pravila, razloge na kojima se ono temelji, argumente koji bi opravdali njegovu promenu. Opredeljuje se za predloženu izmenu, to jest za to da se pravo na naknadu moralne štete nasleđuje po opštem pravilu o nasledivosti prava iz obligacionih odnosa. U slučajevima kada je zahtev za naknadu moralne štete nastao usled izvršenja krivičnog dela, ili protivpravnog dela koje je u zakonu određeno kao krivično delo, novo pravilo da se pravo na naknadu moralne štete nasleđuje bez ograničenja imalo bi za posledicu i proširenje kruga ovlašćenih podnosilaca tog zahteva u krivičnom postupku.

Ključne reči: moralna (neimovinska) šteta, naknada štete, nasleđivanje, imovinsko pravo, neimovinsko pravo.

1. UVOD

U javnoj raspravi koja se vodi povodom izrade novog građanskog kodeksa iznova se otvorilo pitanje nasledivosti prava na naknadu moralne štete. U srpskom pozitivnom pravu potraživanje naknade moralne štete prelazi na naslednike samo ako je priznato pravosnažnom odlukom suda ili pismenim sporazumom odgovornog lica i oštećenika.¹ Komisija za izradu građanskog zakonika² razmatra dve opcije:³ ostanak pri postojećem rešenju i, alternativno, promenu koja bi podrazumevala da pravo na naknadu moralne štete prelazi na oštećenikove naslednike bez posebnih ograničenja, to jest po opštem pravilu o nasleđivanju prava i obaveze na naknadu štete. Ova rasprava nije nova, pa ću prikazati evoluciju suprotstavljenih shvatanja o nasledivosti prava na naknadu moralne štete i argumente na kojima se ta shvatanja temelje.

* vanredni profesor, marija@ius.bg.ac.rs

1 Vid. čl. 204 st. 1 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

2 Odluka Vlade Republike Srbije o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, *Službeni glasnik RS* br. 104/2006, 110/2006 i 85/2009.

3 Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacrt. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009, 83 (čl. 230 Prednacrt).
Ubuduće: *Prednacrt*.

2. NASLEĐIVANJE PRAVA NA NAKNADU MORALNE ŠTETE DE LEGE LATA

Treba početi od pravila koje je danas na snazi da bi se videlo ima li razloga za njegovu promenu. Važeće pravilo potiče iz jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima (1978): *Potraživanje naknade nematerijalne štete prelazi na naslednika samo ako je priznato pravosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom.* To je, zapravo, pozakonjeno shvatanje jugoslovenskih sudova koje se razvilo krajem šezdesetih godina prošlog veka.⁴ Oštećenikovi naslednici ne mogu ni da pokrenu, ni da nastave postupak za naknadu moralne štete koja je oštećeniku pričinjena za života.⁵ Oni mogu, naravno, da ostvaruju vlastito pravo na naknadu neimovinske štete koja im je prouzrokovana ostaviočevom smrću, ali to je sasvim druga stvar: Članovi uže porodice preminulog (čl. 201 ZOO) imaju to pravo i kada nisu njegovi naslednici.⁶

Opšte pravilo o nasledivosti prava i obaveza iz obligacionih odnosa izvodi se iz čl. 359 ZOO,⁷ po kojem obaveza prestaje smrću dužnika ili poverioca samo ako je nastala s obzirom na lične sposobnosti dužnika, ili s obzirom na lične osobine neke od ugovornih strana. Po ovom opštem pravilu nasleđuje se pravo na naknadu imovinske štete, kao i obaveza da se naknadi imovinska i moralna šteta koju je ostavilac prouzrokovao trećim licima. Međutim, odredbom čl. 204 st. 1 ZOO ustanovljen je izuzetak, pa pravo na naknadu neimovinske štete ne prelazi na naslednike kao što bi to nalagalo opšte pravilo o nasledivosti prava i obaveza, nego samo ako je priznato pismenim sporazumom ili pravosnažnom odlukom suda.⁸ Koji su razlozi za konsti-

- 4 „Samo pravosnažno dosuđeno ili pismenim sporazumom priznato potraživanje naknade za neimovinsku štetu prelazi na naslednike oštećenog.“ Zaključak savetovanja predstavnika građanskih odeljenja republičkih vrhovnih sudova i sudija Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije od 18. i 19. jula 1968, Obren Stanković, „Naknada štete. § 10. Nasleđivanje prava na naknadu neimovinske štete. Ustupanje, prebijanje i prinudno izvršenje“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom drugi, Službeni list SFRJ, Beograd 1978, 301; vid. takođe: *Zbirka sudskih odluka (1969)*, knj. XIV, sv. 3, odluka br. 9 (pravo potraživanja neimovinske štete gasi se smrću oštećenog; naknada neimovinske štete može se dosuditi samo oštećenom a ne i njegovim naslednicima pa i kada je oštećeni u toku postupka umro).
- 5 Slobodan Perović, „Član 204. Nasleđivanje i ustupanje potraživanja naknade nematerijalne štete“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 474.
- 6 Naslednici mogu da kumuliraju 1. naknadu moralne štete koju sami trpe usled smrti bliskog lica s 2. nasledenom naknadom za moralnu štetu koju je za života trpeo ostavilac. Reč je o naknadama za dve vrste štete po dva različita osnova. Upor. Luc Thévenoz, Franz Werro, *Code des obligations I. Art. 1–529 CO. Commentaire*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2003, 332. U francuskom pravu naknada štete zbog smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica naziva se posrednom moralnom štetom ili povredom osećanja (*le dommage moral par ricochet, le préjudice d'affection*). Vid. više: François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 2005, 702.
- 7 Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 52.
- 8 Vrhovni sud Srbije smatra da je pravo na naknadu neimovinske štete strogo lično pravo. Ono prestaje smrću svoga imaoa i ne može se ni ustupati drugima, niti nasleđivati. Potraživanje naknade neimovinske štete je nasledivo samo ako je priznato pravosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom. Sud pravi razliku između *prava* na naknadu neimovinske štete i *potraživanja*

tuisanje ovog izuzetka? Pravna teorija tu polazi od satisfakcije kao svrhe naknade moralne štete:⁹ Oštećeniku se na ime naknade neimovinske štete daje pravična naknada u novcu koja treba da mu pomogne da lakše podnese konačan, nepopravljiv gubitak u moralnoj sferi.¹⁰ Ova svrha može da se ostvari samo ako je oštećenik živ. Ako oštećenik više nije među živima, onda nije moguće povratiti njegov emocionalni ekvilibrijum.

2.1. Razlozi na kojima se temelji važeće pravilo

Stav da svrha naknade neimovinske štete opravdava nenasledivost prava na njenu naknadu deo je jedne šire teorijske pozicije o moralnoj šteti kao trpljenju u intimnoj sferi. Ova subjektivna koncepcija neimovinske štete prihvaćena je u našem pravu¹¹ pod jakim uticajem teorijskih shvatanja Obrena Stankovića:¹² Moralnu to jest neimovinsku štetu ne čini sama povreda ličnog dobra ili objekta nekog

naknade te štete, istakavši da je *pravo* strogo lično, a *potraživanje* imovinsko. Po mišljenju suda, nerealizovano potraživanje naknade moralne štete prelazi na naslednike ako je priznato sporazumom ili pravosnažnom odlukom, dok je pravo na naknadu moralne štete bezuslovno neprenosivo. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, GŽ. 58/2005 od 23. juna 2005, *ParagrafLex*. Ovo razlikovanje prava i potraživanja je teorijski neutemeljeno. I potraživanje je pravo, i to *pravo traženja*: to je poverioćevo pravo na dužnikovu činidbu. Jedini način da se ovo obrazloženje benevolentno tumači jeste da se uzme da je sud pod potraživanjem mislio na potraživanje iz sudske odluke ili ugovora o poravnanju, a da je pod pravom mislio na pravo koje svoj izvor ima u činjenici prouzrokovanja moralne štete; dakle, da sud hoće na taj način da razgraniči pravo (na naknadu neimovinske štete) od potraživanja (kao prava traženja naknade priznatog odlukom ili poravnanjem), jer ta dva prava nastaju iz dva različita izvora

- 9 S. Perović (1995), 474–475, Obren Stanković, *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd 1968, 110.
- 10 Vid. Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2. Les biens, Les obligations*, P.U.F, Paris 2004, 2272. Naknada moralne štete je melem za srce oštećenika (*le baume sur le coeur du lésé*). Tako: Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Stämpfli, Berne 1997, 525. Vid. takođe: Geneviève Viney, Patrice Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J, Paris 2001, 3–4 (o pojmovima *satisfaction*, *consolation*, *solatium*).
- 11 „Šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i *nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta)*.“ Čl. 155 ZOO. Vid. takođe: „Pod nematerijalnom štetom u smislu ZOO podrazumevaju se fizički bol, psihički bol i strah. Stoga se oštećenom novčana naknada na ime nematerijalne štete može dosuditi samo kad se povreda manifestovala u jednom od navedenih vidova te štete i pod uslovom da jačina i trajanje bolova i straha i druge okolnosti to opravdavaju, da bi se kod oštećenog uspostavila narušena psihička ravnoteža. Oštećenom se zbog povrede (nematerijalnih) prava ličnosti novčana naknada može dosuditi samo kad su se posledice te povrede manifestovale u jednom od vidova nematerijalne štete. I kada je neki od vidova nematerijalne štete nastao, oštećenom se novčana naknada može dosuditi samo kada jačina i trajanje bolova i straha ili druge okolnosti slučaja to opravdavaju, da bi se kod oštećenog uspostavila narušena psihička ravnoteža.“ Zaključak savetovanja predstavnika Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986. Vid. Snežana Andrejević, Ljubica Milutinović, Zdravko Petović, „Promena stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete“, *Naknada nematerijalne štete* (Zdravko Petrović, Nataša Mrvić-Petrović, prir.), GTZ, Beograd 2009, 64–65.
- 12 Vid. primerice: Obren Stanković, „Sukcesija prava na naknadu neimovinske štete“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4/1961, 656–670, Obren Stanković, „Još ponešto o nasleđivanju prava na naknadu neimovinske štete“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–3/1972, 499–508, O. Stanković (1978), 301–302.

neimovinskog prava, već bol i strah, povreda intimne sfere koja izaziva poremećaj u psihičkoj ravnoteži oštećenika. U ovoj konstrukciji moralna šteta se ne sastoji u povredi nekog ličnog neimovinskog prava oštećenika, pa ni u povredi objekta tog njegovog prava, nego u intimnom trpljenju povodom ovakve povrede. Specifična funkcija novčane naknade neimovinske štete jeste da se oštećeniku omogući da sebi pribavi neko zadovoljstvo koje će doprineti uspostavljanju njegove psihičke ravnoteže koja je narušena trpljenjem fizičkog ili psihičkog bola.¹³ Ovako shvaćena moralna šteta i funkcija njene naknade obesmišljavaju obvezivanje odgovornog lica da štetu naknadi nakon oštećenikove smrti. Na tome se zasniva ograničavanje nasledivosti prava na naknadu moralne štete na slučajeve kada je ono priznato pismenim sporazumom ili pravosnažnom sudskom odlukom. Stanković je čak smatrao da bi – s obzirom na specifičnu svrhu naknade neimovinske štete – najkonsekventnije rešenje bilo da pravo na njenu naknadu ne prelazi na naslednike ni ako oštećenik umre pre izvršenja pravosnažne odluke suda.¹⁴

Izloženo shvatanje otvara određena pitanja: Ako se moralna šteta razume kao pravom priznato trpljenje u intimnoj sferi, a njena naknada kao sredstvo za uspostavljanje poremećene psihičke ravnoteže oštećenika, onda svrha naknade može da se postigne samo ako je oštećenik živ. Naime, samo živ oštećenik ima sposobnost za satisfakciju. Međutim, ni to što je oštećenik živ ne znači uvek da on može da oseti bol ili strah te da razume zbog čega mu se dosuđuje naknada. Primerice, oštećenik može da bude u komi, u trajnom besvesnom stanju, ili da je takav da ne može da razume da mu je povređeno neko lično dobro a zbog čega ljudi redovno osećaju duševni bol ili strah, ili da je pod nekim lekovima pa ne oseća telesni bol onako kako bi to redovno nalagala povreda koja mu je pričinjena. Drugo, kada se nasledivost prava na naknadu moralne štete ograniči na potraživanja priznata pravosnažnom sudskom odlukom, onda se tu i ne radi o nasleđivanju prava na naknadu štete nego o nasleđivanju potraživanja utvrđenog sudskom odlukom.¹⁵ Uostalom, i pismeni sporazum između oštećenika i odgovornog lica kojim se priznaje pravo na naknadu neimovinske štete ima pravni karakter vansudskog poravnanja, pa na naslednike i ne prelazi pravo na naknadu moralne štete nego ugovorno potraživanje to jest pravo iz ugovora o poravnanju. A ako za štetu solidarno odgovaraju štetnik i lice koje za njega odgovara po pravilima o odgovornosti za drugoga, kao i u svim drugim slučajevima kad više lica solidarno odgovara za istu štetu, poravnanje jednog dužnika naknade s poveriocem ne proizvodi dejstva prema ostalim dužnicima.¹⁶

13 O. Stanković (1968), 177–178.

14 O. Stanković (1968), 111.

15 Vid. posebno pravilo o zastarevanju ovih potraživanja u čl. 379 ZOO. Upor. shvatanja pravne nauke: Pravosnažnom sudskom odlukom došlo je do novacije, više nije reč o istoj obavezi: Dragoljub Stojanović, „Član 379. Potraživanja utvrđena pred sudom ili drugim nadležnim organima“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 788. Zastarelost prava utvrđenog pravosnažnom sudskom odlukom teče od prvog dana nakon dana koji je dužniku ostavljen za dobrovoljno ispunjenje obaveze, jer pre isteka paricionog roka poverilac i nije mogao da zahteva ispunjenje: Josip Studin, „Član 379. Potraživanja utvrđena pred sudom ili drugim nadležnim organima“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983, 1145–1146.

16 Tako o dejstvu poravnanja na pasivnu solidarnost: Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd 1990, 133. Isto: „Poravnanje koje je zaključio jedan od solidarnih dužnika sa

U prilog načelnoj nenasledivosti prava na naknadu neimovinske štete Stanković navodi i sledeće: Kada bi to pravo bilo nasledivo po opštem pravilu, naslednici bi mogli da zahtevaju naknadu i u slučajevima u kojima je sam oštećenik ne bi tražio – recimo, da bi izbegao da se iznose činjenice iz njegovog privatnog života.¹⁷ Međutim, isto važi i u pogledu nasleđivanja prava na naknadu imovinske štete, a ono za Stankovića nije sporno: I kada je šteta imovinska, naslednici mogu da zahtevaju naknadu koju sam oštećenik ne bi zahtevao zato što ga je stid ili zato što prašta. Ako je oštećeniku telesnom povredom prouzrokovana imovinska šteta (na primer, troškovi lečenja i izgubljena zarada) i moralna šteta (na primer, dugotrajan i intenzivan telesni bol i strah), a potom tom povredom izazvana i njegova smrt, i ako je ta telesna povreda naneta na način koji osobito degradira oštećenika, ostvarivanje prava na naknadu imovinske štete podrazumeva iznošenje činjenica iz oštećenikovog privatnog života isto kao i ostvarivanje prava na naknadu moralne štete.

2.2. Imovinsko ili neimovinsko pravo?

U času prouzrokovanja neimovinske štete u imovinu oštećenika ulazi jedno imovinsko pravo – pravo da od odgovornog lica zahteva pravičnu novčanu naknadu. Odgovorno lice garantuje za ovu obavezu svom svojom imovinom; obaveza naknade moralne štete povećava pasivu odgovornog lica. Izvor obaveze da se naknadi moralna šteta nalazi se u povredi tuđe intimne sfere, u nanošenju drugome bola ili straha koji se u pravu priznaju kao šteta, ali se sadržina te obaveze sastoji u *predaji određene sume novca* koja bi trebalo oštećeniku da pomogne da lakše prebrodi definitivni gubitak u moralnoj sferi odnosno da se lakše pomiri s tim gubitkom. U tom ključu Kalodera je tvrdio da je pravo na naknadu neimovinske štete zapravo jedno imovinsko pravo:¹⁸ priroda tog prava nije određena svrhom radi koje je priznato, nego činjenicom da zahtev za naknadu moralne štete predstavlja imovinsku vrednost. Nije, dakle, sporno da lično pravo odnosno lično dobro nije nasledivo, nego se tvrdi da je pravo na naknadu štete prouzrokovane povredom tog ličnog prava odnosno ličnog dobra – imovinsko pravo. Ono je deo oštećenikove aktive i ulazi u njegovu zaostavštinu.

Stanković se s time nije slagao:¹⁹ Po njemu, uloga novca je tehnička, pravo na naknadu neimovinske štete glasi na novac da bi što bolje ostvarilo svoju specifičnu funkciju, a ta funkcija ili svrha određuje ga kao lično, neimovinsko pravo. Iz toga Stanković dalje izvodi da je pravo na naknadu neimovinske štete nenasledivo sve dok novčani iznos na koji ono glasi ne uđe u imovinu oštećenika. Idealno bi bilo da to bude čas kada je naknada isplaćena odnosno čas kada je presuda izvršena, ali kao kompromisno rešenje Stanković prihvata trenutak pravosnažnosti sudske odluke, iz bojazni da bi odgovorna lica odugovlačila s izvršavanjem presude u iščekivanju

poverioćem nema dejstva prema ostalim dužnicima, ali ovi imaju pravo da prihvate to poravnaje, ako ono nije ograničeno na dužnika sa kojim je zaključeno.“ Čl. 418 ZOO:

17 O. Stanković (1968), 110–111.

18 Marko Kalodera, *Naknada neimovinske štete: rasprava iz komparativnog prava*, Gaj, Zagreb 1941, 281.

19 O. Stanković (1968), 107.

smrti oštećenika. Ni ta bojazan nije velika, piše Stanković, jer ako je smrt oštećenika izvesno predstojeća, onda naknada neimovinske štete i ne bi mogla da ostvari svoju svrhu, a ako je smrt udaljena, onda ima dovoljno vremena za prinudno izvršenje.²⁰

Neimovinska šteta po Stankoviću predstavlja *pojavu i pojam za sebe i njena naknada mora da bude uređena originalno, na način koji odgovara njenoj specifičnoj funkciji*.²¹ To nije povreda prava ličnosti, ličnog dobra ili pravom zaštićenog neimovinskog interesa, nego intimno trpljenje koje remeti psihičku ravnotežu oštećenika. S jedne strane, Stanković je izbegavao da pojam neimovinske štete veže za pojmove ličnog prava i ličnog dobra, a s druge strane, ostao pri tome da je Kaloderino određivanje zahteva na bolninu kao imovinskopravnog zahteva – *metodološki sasvim pogrešno*. Nije sporno da prava na ličnim dobrima (lična prava) nisu naslediva: ona prestaju u momentu smrti njihovog imaoca.²² Međutim, u svojoj čuvenoj disertaciji o novčanoj naknadi neimovinske štete Stanković nije odredio pravo na naknadu neimovinske štete kao lično pravo: kao razlog za nasledivost prava na naknadu neimovinske štete on nije isticao lični karakter tog prava, nego to što se njegova svrha ne može ostvariti ako oštećenik više nije među živima. Nije otvarao pitanje može li se ostvariti svrha naknade neimovinske štete kada naknadu isplati neko drugi a ne onaj ko je prouzrokovao štetu. U drugim delima Stanković ne spori da je *pravo na naknadu štete (kako imovinske, tako i neimovinske) po svojoj prirodi imovinsko*.²³

Naravno, neka prava su vezana za ličnost svoga imaoca iako su imovinske prirode, pa prestaju njegovom smrću. Tu spadaju, recimo, lične službenosti, prava iz ugovora zaključenih s obzirom na ličnost, neke pravne moći kao što je pravo na opoziv poklona i tome slično. Pitanje je, dakle, da li pravo na naknadu neimovinske štete spada u takva imovinska prava. Nama se čini da ne spada. Primera radi, imovinska komponenta autorskog prava je naslediva, iako to pravo postoji povodom ličnog dobra.²⁴ Tako i ovde: imovinskopravni zahtev za naknadu moralne štete obično nastaje povodom povrede nekog ličnog dobra. Ni pravo, ni obaveza naknade

20 O. Stanković (1968), 111. Stanković se ovde zadržao na pitanju da li bi oštećenik uopšte poživio dovoljno dugo da odugovlačenje s izvršenjem sudske odluke osujeti njegovu satisfakciju kao svrhu dosuđene naknade, a nije se osvrnuo na opšti društveni interes blagovremenog izvršavanja odluka koje su doneli sudovi. Smatrao je da o odugovlačenju s izvršavanjem sudske odluke i ne treba brinuti ako bi oštećenik ionako vrlo brzo preminuo te isplaćena naknada i ne bi mogla da doprinese oporavku njegovog emocionalnog ekvilibrijuma. Iz toga je jasno i da je Stanković sasvim usko razumeo društvenu funkciju naknade neimovinske štete. O tome ću kasnije kazati nešto više.

21 O. Stanković (1968), 177. Pojedini autori kritikuju funkcionalizam kao neprikladan teorijski okvir za analizu ustanova privatnog prava: Vajnrib (*Weinrib*) smatra da ustanove privatnog prava, uključujući i odgovornost za skrivljeni postupak, nemaju nikakvu društvenu funkciju izuzev uloge koju vrše u ostvarivanju zahteva korektivne pravde. Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass, Harvard University Press 1995, 3–22.

22 D. Đurđević, 54: Odvojeno je pitanje sopstvenog prava bliskih lica na postmortalnu zaštitu pokojnika (pravo na pijetet). Isto: Vladimir V. Vodinečić, *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd 2012, 253.

23 Obren Stanković, „Vrste subjektivnih građanskih prava“, u: Obren Stanković, Vladimir V. Vodinečić, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 1996, 101.

24 D. Đurđević, 53.

neimovinske štete ne nastaju povodom neke lične osobine oštećenika, niti povodom neke lične osobine ili sposobnosti dužnika, pa nema razloga da se zabrani promena subjekata u ovom obligacionom odnosu.

Sadržinu ličnih prava čine prava vlasti koja omogućavaju titularu da svoju volju sprovede neposredno na ličnom dobru, da ga upotrebljava i da njime raspolaže. Ličnopravni zahtevi nastaju ugrožavanjem ili povredom ličnog prava i služe njegovoj *neposrednoj* zaštiti. Ličnopravni zahtev može da bude preventivan (kao što je zahtev za propuštanje iz čl. 157 ZOO), ili reaktivan (kao zahtev za uklanjanje iz čl. 199 ZOO), ili zahtev za utvrđivanje da je lično dobro povređeno.²⁵ Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje ovaj poslednji zahtev, ali se njegovo uvođenje razmatra u Prednacrtu budućeg građanskog kodeksa.²⁶ Vodinelić razume zahtev za naknadu neimovinske štete kao *nepravi ličnopravni zahtev* koji služi za posrednu zaštitu ličnih prava. Tu onda spada zahtev za naknadu imovinske (materijalne) štete koja je nastala povredom nekog ličnog prava, kao i zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja – ako se dužnik neosnovano obogatio na račun imaoca povređenog ličnog dobra.²⁷ Ovo shvatanje korespondira sa specifičnim razumevanjem neimovinske štete, naime, sa shvatanjem da fizički bol, psihički bol i strah, kao pravom priznati oblici neimovinske štete, nužno nastaju povodom povrede nekog oštećenikovog ličnog prava.²⁸ Međutim, ima i drukčijih shvatanja: Karbonije (*Carbonnier*) nas uči da izraz moralna šteta može da se odnosi i na povredu moralnih interesa ili osećanja kojima ne odgovara nijedno definisano pravo ličnosti, odnosno na povredu moralnih interesa ili osećanja koja nisu objekat nijednog takvog prava.²⁹

Bez obzira na to kako se razume moralna šteta – kao povreda prava ličnosti; povreda ličnog dobra; povreda pravom zaštićenog neimovinskog interesa; intimno trpljenje usled povrede prava ličnosti ili, čak, nezavisno od nje – pravo na naknadu moralne štete jeste imovinsko pravo, ono neposredno glasi na određeni novčani iznos. Odnos oštećenika kao poverioca novčane naknade neimovinske štete i odgovornog lica kao dužnika te naknade ne može se svrstati u ličnopravne odnose, nego je to jedan obligacionopravni odnos. I kada se moralna šteta razume kao povreda

25 V. Vodinelić (2012), 262–263.

26 Čl. 224 st. 2 Prednacrta: „Na zahtev štetnika, sud može doneti presudu kojom se samo konstatuje da je štetnik povredio zaštićeno zajamčeno pravo ličnosti.“ U predmetu Matijašević protiv Srbije, Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) je smatrao da *utvrđivanje povrede predstavlja dovoljno pravično zadovoljenje svake nematerijalne štete koju je podnosilac predstavke mogao pretrpeti* usled povrede čl. 6 § 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, po kojem se svako ko je optužen za krivično delo smatra nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona. Presuda ESLJP u predmetu Matijašević protiv Srbije, predstavka br. 23037/04 od 19. septembra 2006, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2006 od 26. septembra 2006.

27 V. Vodinelić (2012), 263. S druge strane, zahtev oštećenika da mu se štetnik izvini određuje kao neimovinsko obligaciono pravo. V. Vodinelić (2012), 241.

28 Recimo, duševni bol usled teškog invaliditeta bliskog lica je intimno trpljenje oštećenika usled povrede tuđeg ličnog prava. Taj oblik moralne štete je teško ostaviti u okvirima ove koncepcije, jer bi za to bilo potrebno da se *tuđi telesni integritet* sagleda kao oštećenikovo lično dobro, odnosno da se kaže da oštećenik ima lično pravo da ne dođe do povrede ličnog dobra nekog drugog lica.

29 J. Carbonnier, 2273.

neko neimovinskog dobra, to jest dobra koje je objekat nekog neimovinskog prava – objekat prava na naknadu moralne štete usled ove povrede svakako je imovinske prirode: to je određena suma novca koju je dužnik naknade obavezan da preda poveriocu. Dugogodišnja praksa građanskog odeljenja francuskog Kasacionog suda, a potom i mešovitog odeljenja tog suda, kao i Državnog saveta potvrđuje nasledivost prava na naknadu moralne štete koju je oštećenik trpeo od povrede do smrti: Smatra se da je to pravo ušlo u imovinu oštećenika i da ono prelazi na oštećenikove naslednike bez obzira na to da li je sam oštećenik pokrenuo postupak da ga ostvari.³⁰

2.3. Trenutna smrt oštećenika

Preovladava shvatanje da trenutna smrt oštećenika obesmišljava i stoga sprečava nasleđivanje prava na naknadu moralne štete: Ako oštećenik nije preživeo štetni događaj, nego je umro u času prouzrokovanja štete ne nadživevši taj događaj ni za trenutak, onda nije bilo vremena da on oseti bol ili strah, te ni pravo na naknadu za to intimno trpljenje nije moglo da uđe u njegovu imovinu. Dosuđivanje naknade naslednicima u ovakvom slučaju za Stankovića bi bilo *nasilje nad svrhom novčane naknade neimovinske štete* ali iz drugog razloga: ne, dakle, zato što nije bilo vremena da u imovini oštećenika nastane zahtev koji potom može da pređe na naslednike, nego zato što je svrha novčane naknade to da se oštećeniku omogući da sebi pribavi neko zadovoljstvo.³¹ Ovaj argument bi konsekvantno morao da se odnosi i na slučaj kada oštećenik nije trenutno preminuo, ali je od povrede ostao u trajno nesvesnom stanju, ili je još pre povrede bio nesposoban da oseti bol ili strah dovoljnog intenziteta.

U Stankovićevoj konstrukciji sama isplata određene sume novca na ime naknade neimovinske štete ne predstavlja satisfakciju: satisfakcija može da usledi tek kada primljenim novcem oštećenik sebi pribavi neko zadovoljstvo. Međutim, o tome bi se moglo misliti i na drugi način: Satisfakciju ili zadovoljštinu donosi već sama činjenica što pravni poredak oštećeniku priznaje pravo na pravičnu novčanu naknadu za moralnu štetu. Hoće li oštećenik pribaviti sebi neko zadovoljstvo kada mu naknada bude bila isplaćena, ili će od tog novca da vrati nekakve dugove, ili pak da ga stavi u fioku i zaboravi – sve je to sasvim irelevantno. Satisfakcija nije sledeći korak nakon dosuđivanja i isplate novčane naknade, nego je to samo njeno priznavanje,

30 Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, Paris 2009, 118–119 (Deo teorije kritikuje ovo rešenje zbog *stavljanja cene na bol*, izjednačavanja moralne i materijalne štete, dubokog nepoznavanja kompleksnosti ljudske patnje, što je sve izraz materijalizma savremenog društva.) Isto: F. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, 701. Upor: Pravo na naknadu štete za duševne patnje koje je oštećenik trpeo do svoje smrti zbog gubitka šanse za preživljavanje ili skraćenja očekivanog životnog veka – nastaje u imovini oštećenika a u slučaju smrti prelazi na njegove naslednike. Cour de cassation ch. civ. 2, 10 décembre 2009, N° 09–10296, *legifrance.gouv.fr* („Le droit à réparation du dommage résultant de la souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d’une perte de chance de survie ou d’une réduction de son espérance de vie, étant né dans son patrimoine, se transmet à son décès à ses héritiers.“) Vid. takođe: Mireille Bachache Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, Paris 2007, 500.

31 O. Stanković (1968), 110.

dosuđivanje i isplata, i to ne zato da bi se naknada trošila na način koji konkretnom oštećeniku predstavlja zadovoljstvo, nego bez obzira na to šta će dalje biti s iznosom koji je oštećenik primio. Drugim rečima, naknada koju oštećenik prima nije namenska; kada oštećenik primi naknadu, satisfakcija je postignuta. Pošto je primio naknadu, oštećenik više ne može da povredi svrhu zbog koje mu je ona dosuđena: Bez značaja je kako on dalje postupa s primljenim novcem. U tom smislu čini se da je neosnovano insistiranje na tome da postoji neki značajniji vremenski period u kojem bi naknada mogla da ostvaruje svoju svrhu na taj način što bi oštećenik trošio primljeni novac na željeni način i zbog toga osećao zadovoljstvo.

Braća Mazo (*Mazeaud*) su zastupala stav da na naslednike treba da pređe i pravo na naknadu moralne štete koja je samom oštećeniku prouzrokovana njegovom smrću, odnosno pravo na naknadu neimovinske štete izazvane događajem koji je trenutno usmrtio oštećenika.³² Ako oštećenik strada u štetnom događaju, to jest ako je štetni događaj upravo čin njegovog usmrćivanja, onda naslednici kao nastavljači ostaviočeve ličnosti mogu da podnesu tužbu za naknadu moralne štete koju je on pretrpeo u času smrti.³³ Svesna su, naravno, braća Mazo da u času smrti oštećenik-ostavilac prestaje da postoji kao subjekt prava, a kada je mrtav ne može da oseća bol, odnosno da bude izložen trpljenju u intimnoj sferi. Stoga ni pravo na naknadu za taj bol ili trpljenje ne može da nastane u imovini oštećenika pa ni da uđe u njegovu zaostavštinu. Problem je, dakle, u tome što se sve dešava u jednom trenutku – i smrt, i nastanak moralne štete usled te smrti, i nastanak oštećenikovog imovinskog prava na naknadu pretrpljene moralne štete, i prelazak tog prava na njegove naslednike.³⁴ Braća Mazo na to odgovaraju da nije sporno da oštećenik može da oseća bol samo pre smrti, to jest u trenutku umiranja – a ne *posle*. Neophodno je da napad prethodi smrti, da bi uopšte mogao da bude njen uzrok. Drugim rečima, nužno postoji jedan trenutak – ma koliko kratak bio – u kojem je oštećenik smrtno napadnut ali još uvek nije usmrćen i u kojem još uvek postoji oštećenikova imovina a ne njegova zaostavština. Taj trenutak je dovoljan za nastanak prava na naknadu moralne štete u oštećenikovo imovini. To pravo onda u času oštećenikove smrti ulazi u njegovu zaostavštinu. Oštećenik ne pati posle smrti, on pati pri usmrćivanju, i ne oseća bol nakon smrti, nego ga boli usmrćivanje. Onaj ko je umro ne oseća bol, ali onaj ko umire oseća bol dok umire. Zato na naslednike treba da pređe imovinsko pravo na pravičnu naknadu za *duševni bol koji oseća umirući zbog toga što umire*.

Ove misli braće Mazo ne treba olako odbaciti. Tvrdnja da se sve odvija u jednom trenutku svakako je fikcija. Naučno je pitanje da li je smrt u doslovnom smislu trenutna, ili je to proces koji podrazumeva postepeno gašenje životnih funkcija; da li je svaka smrt u tom smislu ista i šta oseća čovek koji umire. Kada je reč o konkretnoj smrti, nemoguće je izneti proverljivu tvrdnju o apsolutnoj istovremenosti

32 Henri Mazeaud et Léon Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4ème éd, Recueil Sirey, Paris 1949, 761–762.

33 Pojedini pisci smatraju da je ovo zloupotreba pravne fikcije čiji cilj je bio samo da se opravda odgovornost naslednika za ostaviočeve dugove. G. Viney, P. Jourdain, 325.

34 Nije bilo vremena da u imovini oštećenika nastane pravo koje bi ostalo u njegovoj zaostavštini: subjektivno pravo ne može postojati ako nema pravnog subjekta. G. Viney, P. Jourdain, 324.

napada na telo, s jedne strane, i smrtne posledice, s druge strane. Jedna stvar je ipak nesporna: smrt nije mogla da prethodi napadu. Pravni poredak je već spreman da za potrebe utvrđivanja odgovornosti za smrt *koja izgleda kao trenutna* uzme da je napad makar i za najkraće vreme prethodio smrti. To je neophodno da bi se napad uopšte mogao smatrati uzrokom smrti, a bez uzročnosti ne može biti odgovornosti – uzročnost je konstanta svake odgovornosti. Ako se za potrebe utvrđivanja uzročne veze uzima da je napad nužno prethodio naizgled trenutnoj smrti, onda je se mora uzeti i da je u datom vremenskom razmaku između napada i smrti u imovini oštećenika nastalo pravo na naknadu moralne štete usled nastupajuće smrti.

2.4. Više o vezi između nasledivosti i svrhe

Naknada neimovinske štete određuje se kao satisfakcija za definitivni gubitak u moralnoj sferi, ili kao satisfakcija za apstraktnu povredu prava ličnosti – u zavisnosti od toga kako se primarno razume sama neimovinska šteta.³⁵ Međutim, satisfakcija ne može biti jedina svrha naknade moralne štete. Ni naknada imovinske štete ne ostvaruje samo jednu nego veći broj funkcija. Primera radi, kao istorijske ciljeve ustanove odgovornosti u građanskom pravu, Tenk izdvaja: reparaciju, to jest postavljanje oštećenog u imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio da mu nije pričinjena šteta; retribuciju, to jest kažnjavanje štetnikovog postupka kao društveno neprihvatljivog; institucionalizaciju i kontrolu oštećenikove potrebe da se osveti; učvršćivanje reda u društvu i prevenciju antisocijalnih ponašanja.³⁶ To što oporavak oštećenika od poremećaja duševne ravnoteže nije moguć nakon njegove smrti ili pada u komu iz koje se neće probuditi – ne znači da je isplata naknade moralne štete obesmišljena. Pored toga što pruža satisfakciju oštećeniku, naknada deluje preventivno, a uz to i označava štetnikovo postupanje kao društveno neprihvatljivo – čak kada je simbolična, pa i simbolički kompenzuje gubitak koji je definitivno pričinjen u moralnoj sferi – ne kao njegov ekvivalent, nego kao davanje koje se u jednom društvu smatra pravičnim s obzirom na značaj povređenog dobra i druge okolnosti.³⁷

35 Kritičko izlaganje o ideji da je satisfakcija svrha naknade moralne štete: Helmut Koziol, *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien 2012, 77.

36 André Tunc, *La responsabilité civile*, Economica, Paris 1999, 133.

37 F. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, 701 (cilj nije popravljavanje nego kompenzovanje nepopravljivog). U doktrini se govori i o *objektivnoj evaluaciji gubitka* izazvanog povredom ličnog dobra. Suzanne Galand-Carval, „Non-Pecuniary Loss Under French Law“, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (ed. Horton Rogers), Vienna – New York, Springer 2001, 95. Objektivno shvatanje se u literaturi ilustruje izvodom iz odluke u kojoj je francuski Kasacioni sud ustvrdio da to što oštećenik nije pri svesti – nije razlog da se odbije zahtev za naknadu za jedan vid moralne štete (*préjudice d'agrément*) koji odgovara onome što se u srpskom pravu naziva duševnim bolom zbog umanjnja životne aktivnosti (čl. 200 ZOO): „L'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime, mais de sa constatation par les juges et de son évaluation objective dans la limite de la demande dont ils sont saisis.“ Cass. fr., 3 avril 1978, J.C.P., 1979, II, 19168, note S. Brousseau; R.T.D.C., 1979, 801, note G. Durry, prema: Isabelle Lutte, Steven Laureys, „La conscience de la victime: une nouvelle condition de la réparation du dommage?“, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités* 8/2008, 14422:7. Evropskim principima odštetnog prava predviđeno je da za *objektivno slične gubitke* sudovi dosuđuju slične iznose na ime naknade neimovinske štete. Art. 10:301, European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Springer, Wien – New York 2005, 172.

Stankovićev model je funkcionalan: Odgovor na pitanje da li treba dosuditi novčanu naknadu moralne štete u ovom modelu zavisi od mogućnosti ostvarivanja svrhe te naknade. Međutim, i u funkcionalnom modelu je moguće i potrebno da se preispita usko shvatanje o tome *šta je svrha* novčane naknade moralne štete u jednom društvu. Smrt oštećenika ne obesmišljava dosuđivanje naknade njegovim naslednicima, i to ne samo zato što pravo na novčanu naknadu moralne štete – kao imovinsko pravo – ulazi u imovinu oštećenikovih naslednika bez obzira na to da li je utuženo i priznato pravosnažnom presudom, nego i zato što satisfakcija nije jedina svrha novčane naknade moralne štete: Novčanom naknadom se postižu još i prevencija, simbolička kompenzacija, označavanje štetnikovog postupanja kao društveno neprihvatljivog (tim pre ako je oštećenik još i preminuo), i drugo. Dalje, odnos odgovornosti za moralnu štetu podrazumeva obavezu odgovornog lica da oštećeniku pruži odgovarajuću satisfakciju. Posmatrano iz ugla oštećenika, satisfakcija predstavlja zadovoljenje na moralnom planu. Stanković je o tome puno pisao u svojoj doktorskoj disertaciji.³⁸ Međutim, kakvo značenje satisfakcija ima za odgovorno lice? Odgovornost je uvek odnos između dve strane: pružanje satisfakcije mora da ima jasno značenje i za odgovorno lice. Iz njegovog ugla, svrha pružanja satisfakcije predstavlja oslobođenje od pravne obaveze, ali i iskupljenje na moralnom planu.³⁹ Ako se propiše da pravo na naknadu moralne štete nije nasledivo, onda ni pravom priznato moralno iskupljenje odgovornog lica nije moguće nakon oštećenikove smrti. Ovo je, po mom sudu, argument u prilog nasledivosti prava na naknadu moralne štete: Uz sve što je napred rečeno, ovaj drugi aspekt satisfakcije – kao pravom priznatog moralnog iskupljenja odgovornog lica – trebalo bi da bude ostvariv i nakon oštećenikove smrti.

Predmet ovoga rada nije preispitivanje svrhe naknade moralne štete, pa ću se ovde zaustaviti. Prvenstveni cilj ovog izlaganja bio je da se ukaže na to da i sama svrha naknade moralne štete može da bude predmet razmatranja: Stankovićev zaključak da svrha naknade neimovinske štete nalaže nenasedivost prava na takvu naknadu uslovljen je (i) njegovim razumevanjem svrhe ovoga instituta.

2.5. Geneza važećeg pravila

Kada je pravo oštećenika na naknadu moralne štete priznato pismenim sporazumom koji je oštećenik za života zaključio s odgovornim licem, onda na oštećenikove naslednike prelazi potraživanje utvrđeno tim sporazumom. Tu se zapravo radi o ugovoru o poravnanju kojim odgovorno lice priznaje oštećenikov zahtev i na taj način uklanja neizvesnost o tom pravnom odnosu. Nasleđivanje prava iz ovog ugovora nikada nije bilo sporno. To pravilo je pozakonjeno 1978. godine u čl. 204 ZOO. Ako takvog pismenog sporazuma nema, poratna jugoslovenska sudska praksa zauzela je stanovište da pravo na naknadu neimovinske štete prelazi na naslednike jedino ako je utuženo za života oštećenika.⁴⁰ Dakle, pravilo je bilo da naslednici

38 O. Stanković (1968), *passim*.

39 Zbog toga pojedini autori smatraju da je satisfakcija po sebi nespojiva s institutom objektivne odgovornosti. Vid. H. Koziol, 77.

40 O. Stanković (1978), 301 (uz navođenje brojnih odluka koje to potvrđuju).

oštećenika ne mogu da podignu tužbu za naknadu neimovinske štete koju je trpeo oštećenik, ali mogu da nastave postupak koji je on bio započeo.⁴¹

Bilo je nekoliko pokušaja da se oblast odgovornosti za prouzrokovanu štetu uredi zakonom u poratnom periodu. Prvi *Nacrt zakona o naknadi štete* objavljen je 1951. godine.⁴² Usledila su još dva nacrti 1960. i 1961, međutim, nijedan nije oza-konjen. U čl. 47 prvog Nacrta ZNŠ stajalo je da *pravo na naknadu neimovinske štete ne prelazi na naslednike izuzev ako je ugovorom priznato ili ako je o njemu poveljen spor*. Drugim rečima, isprva se predviđalo pozakonjenje pravila koje su sudovi već primenjivali. Međutim, već drugim Nacrtom ZNŠ (čl. 7 st. 2) predloženo je da *pravo na naknadu neimovinske štete prelazi na pravne slednike oštećenog samo ako je visina novčane naknade određena ugovorom ili pravosnažnom presudom*.⁴³ Planirane su, dakle, dve promene u ovoj fazi. Prvo, da se ukine pravo naslednika da nastave postupak koji je započeo oštećenik. Drugo, da se nasleđivanje prava koje je priznato ugovorom između oštećenika i odgovornog lica oteža na taj način što ne bi bilo dovoljno da je priznato postojanje oštećenikovog prava, nego još i da su se njih dvojica pismeno sporazumela o iznosu dugovane novčane naknade. Čl. 43 trećeg Nacrta ZNŠ je glasilo:⁴⁴ „Pravo na naknadu neimovinske štete ne može se drugome ustupiti, izuzev ako je ugovorom priznato, ili je o njemu poveljen spor. Pod istim uslovima ovo pravo prelazi i na naslednike.“ Ove iste reči su se potom našle u čl. 164 Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima.⁴⁵ Drugim rečima, rešenja prvog i trećeg Nacrta ZNŠ i Skice bila su sadržinski identična i poklapala su se s poratnom praksom jugoslovenskih sudova: Pravo na naknadu moralne štete je nasledivo već ako je o njemu poveljen spor. Zametak ideje da naslednici ne mogu da nastave postupak koji je pokrenuo oštećenik te da se nasleđuje samo pravo iz pravosnažne presude, nalazio se u drugom Nacrtu ZNŠ. Krajem šezdesetih godina sudovi su napustili staro shvatanje i zauzeli stav da *samo pravosnažno dosuđeno ili pismenim ugovorom priznato potraživanje naknade za neimovinsku štetu prelazi na naslednike oštećenog*.⁴⁶ To pravilo je konačno pozakonjeno 1978. u čl. 204 jugoslovenskog ZOO. U Srbiji je ono i danas na snazi.

Ostaje pitanje kako da se razume izraz „pokretanje spora“ koji je korišćen u Skici i u dva nacrti ZNŠ koja su joj prethodila. Da li je dovoljno da je oštećenik podneo tužbu i na taj način započeo postupak za naknadu štete, ili se traži da je tužba dostavljena tuženom i da je tako otpočela parnica? Treba poći od slova ovih

41 Upor. Marija Toroman, *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1969, 92. Da je ovo rešenje u skladu s prirodom novčane satisfakcije kao sredstva čisto ličnog zadovoljenja: Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, Veselin Masleša, Sarajevo 1960, 323.

42 Neposredan uvid imala sam samo u taj prvi Nacrt ZNŠ iz 1951, i to zahvaljujući Dejanu Đurđeviću, profesoru Pravnog fakulteta u Beogradu, koji ga je pronašao u arhivskoj građi Ministarstva pravosuđa FNRJ u Arhivu Jugoslavije.

43 Prema: O. Stanković (1968), 103.

44 Isto prema: O. Stanković (1968), 103.

45 Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (1969), Službeni list SFRJ, Beograd 1996, 89.

46 Zaključak sa zajedničke sednice predstavnika građanskih odeljenja republičkih vrhovnih sudova i sudija Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije od 18. i 19. juna 1968. Vid. O. Stanković (1978), 301. Bez obzira na promenu u shvatanjima sudova, Konstantinović je u Skici ostao pri tome da naslednici mogu da nastave započeti postupak.

predloga: Za nasledivost prava na naknadu neimovinske štete zahteva se (1) da je *pravo priznato ugovorom* ili (2) da je *o njemu poveden spor*. U prvom slučaju nije dovoljno da je odgovorno lice u pismenoj formi priznalo da je dužno da oštećeniku naknadi moralnu štetu, nego se zahteva ugovor između oštećenika i odgovornog lica. Traži se još i da je sam oštećenik u pismenoj formi za života izrazio volju u smeru ostvarivanja svog prava na naknadu.⁴⁷ *Ratio* ovako sročnog pravila o načelnoj nenasledivosti prava na naknadu moralne štete jeste da naslednici ne potražuju naknadu za neimovinsku štetu koju je trpeo oštećenik, ako je on sam za života nije tražio. S istim obrazloženjem: Kada se nasledivost prava na naknadu moralne štete vezuje za to što je oštećenik za života *poveo spor* o ovome pravu, treba uzeti da je za nasledivost dovoljno da je podneta tužba – jer je već time oštećenik izrazio nameru da zahteva naknadu. Ne traži se da je nastupila litispendencija.

Hrvatski zakonodavac je napustio rešenje jugoslovenskog ZOO i do kraja sledio ovo rezonovanje:⁴⁸ Po novom pravilu hrvatskog prava potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednika ako je oštećenik podneo pisani zahtev ili tužbu. Prvo, dovoljno je da je podneta tužba; ne traži se da je nastupila litispendencija. I drugo, dovoljna je vansudska pismena zaživotna izjava oštećenika; ne traži se da je zaključeno poravnanje, to jest da je i odgovorno lice priznalo oštećenikovo pravo za života oštećenika. Drukčije rečeno: Pravo na naknadu neimovinske štete je nasledivo ako je oštećenik za života pismeno zatražio naknadu, a to je mogao da učini vansudski ili u obliku tužbe.⁴⁹

3. NASLEĐIVANJE PRAVA NA NAKNADU MORALNE ŠTETE DE LEGE FERENDA

U savremenom francuskom pravu potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednike oštećenika bez obzira na to da li je oštećenik za života pokrenuo postupak pred sudom za ostvarivanje ovog svog prava ili na drugi način potraživao naknadu.⁵⁰ Deo pravne teorije se protivi tome, ističući da naslednici već imaju pra-

47 Kalodera je smatrao da bi trebalo da bude dovoljna vansudska izjava oštećenika, u bilo kojoj formi, te da nije nužno da oštećenik opredeli iznos naknade koju potražuje. M. Kalodera, 382–383.

48 Čl. 1105 st. 1 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske (ZOO–HR), *Narodne novine RH*, br. 35/2005, 41/2008 i 125/2011. U st. 2 stoji da isti uslovi važe za ustupanje, prebijanje i prinudno izvršenje potraživanja pravične naknade. Odredbom čl. 1103 propisano je i da obaveza pravične novčane naknade dospeva danom podnošenja pismenog zahteva ili tužbe, osim ako je šteta nastala nakon toga. Vid. više: Marko Baretić, „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Posebni broj, Vol. 56, 2006, 476.

49 Isto se traži u švajcarskom pravu: da oštećenik za života pokaže nameru da zahteva naknadu moralne štete. To je zato što se taj zahtev smatra strogo ličnim. Kada oštećenik zatraži naknadu, njegov zahtev se transformiše u obično potraživanje (*une créance ordinaire*). Ipak, deo teorije smatra da pravo na naknadu moralne štete treba da bude nasledivo bez ograničenja. Vid. L. Thévenoz, F. Werro, 332. Upor. „Le droit à la réparation du tort moral passe aux héritiers pourvu que le lésé l'ait fait valoir d'une façon ou d'une autre.“ ATF 81 II 385, Année 1955 (81), Volume II, <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction>.

50 Marc Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J., Paris 2002, 200, Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, 118–119, F. Terré, Ph. Simler, Yv. Lequette, 701, G. Viney, P. Jourdain,

vo na naknadu za vlastiti bol povodom smrti bliskog lica (zanemarujući da su to dve vrste moralne štete po dva različita osnova); da naknada moralne štete nema kaznenu funkciju (zanemarujući to što nenasledivost prava na naknadu moralne štete garantuje bolju pravnu poziciju štetniku u slučaju da usmrti oštećenika nego kada oštećenik preživi nanete povrede); da nasledivost prava na naknadu moralne štete predstavlja jedan korak predaleko u širem procesu komercijalizacije osećanja i moralnih vrednosti; da nakon oštećenikove smrti nije moguće olakšati njegovu patnju te da je nemoralno da se njegovi naslednici na ovaj način bogate – osobito ako sam oštećenik za života nije pokrenuo postupak.⁵¹ Ipak, francuski sudovi ostaju pri tome da je pravo na naknadu moralne štete nasledivo, uz dva izuzetka: ako se oštećenik za života odrekao tog prava, i ako je oštećenik trenutno stradao ili preminuo dok je već bio u nesvesti, tako da nije mogao da oseti intimnu patnju povodom koje bi u njegovu imovinu ušlo pravo na naknadu.⁵² Do promene je došlo i u nemačkom pravu: Zahtev za naknadu neimovinske štete isprva je prelazio na naslednike oštećenika samo ako je priznat sporazumom ili ako je oštećenik umro pošto je njegova tužba dostavljena tuženom. To pravilo je ukinuto i sada se pravo na naknadu moralne štete nasleđuje bez ograničenja.⁵³

U Prednacrtu koji je sačinila Komisija za izradu građanskog zakonika razmatraju se dve mogućnosti. Prva je da se ne menja pravilo da naslednici oštećenika ne mogu ni da pokrenu, niti da nastave postupak za naknadu moralne štete koju je za života trpeo oštećenik, što će reći da je nasledivo samo pravo iz pismenog sporazuma ili pravosnažne sudske odluke kojima je za života oštećenika priznato njegovo pravo na naknadu moralne štete. Drugim rečima, pravo na naknadu neimovinske štete je nenasledivo bez izuzetka, i to se ne menja ni ako je oštećenik za života pokušao da ga ostvari; nasledivo je samo pravo iz ugovora o poravnanju ili pravo iz

325–328 (s upućivanjima na brojne sudske odluke od sedamdesetih godina prošlog veka naovamo), M. Bachache Gibeili, 378. Još od tridesetih godina prošlog veka francuski sudovi su priznavali pravo naslednika da nastave postupak za naknadu neimovinske štete koji je pred sudom za života pokrenuo sam oštećenik. Pravo na naknadu moralne štete prelazilo je na naslednike i ako je oštećenik za života ušao u pregovore s odgovornim licem o poravnanju. G. Viney, P. Jourdain, 326–327.

51 G. Viney, P. Jourdain, 325–326. Ova dva autora čak tvrde da iza novog shvatanja najviše sudske instance ne stoje ama baš nikakvi doktrinarni razlozi niti rezonovanje, nego da je Kasacioni sud ovom odlukom prosto izbegao da obaveže niže sudove da razdvoje imovinske od neimovinskih posledica štetnog događaja i da razluče naknadu za prvi od naknade za drugi tip štetnih posledica, u strahu da će sam Kasacioni sud morati da kontroliše rezultate tog napora. *Ibidem*, 328.

52 Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats 2006/2007*, Dalloz, Paris 2006, 310. Ovo potonje ograničenje važi u gotovo svim pravnim sistemima Evrope, a kao izuzetak se pominje Portugal. Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol. II, OUP, Oxford 2000, 62.

53 D. Đurđević, 52–53. Upor: „Nach der durch Gesetzesänderung zum 1. Juli 1990 erfolgten Streichung des Satzes 2 in § 847 Abs. 1 BGB setzt die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs keine Willensbekundung des Verletzten zu Lebzeiten mehr voraus, Schmerzensgeld fordern zu wollen.“ BGH Urteil vom 06.12.1994 (VI ZR 80/94), https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1994-12-06/VI-ZR-80_94. Do slične evolucije je došlo i u austrijskom pravu: 1996. godine napuštena je pozicija da je pravo na naknadu moralne štete nasledivo samo ako je priznato pismenim sporazumom ili sudskom odlukom. Sudska praksa je stala na stanovište da je to pravo nasledivo bez ograničenja. D. Đurđević, 52–53. Vid. još: Ch. von Bar, 66–67.

pravosnažne odluke suda.⁵⁴ Ovo pravilo potiče iz jugoslovenskog ZOO.⁵⁵ Baštinila ga je i Hrvatska, pa ga je izmenila 2005. godine: Po novom ZOO–HR pravo na naknadu neimovinske štete je nasledivo ako je oštećenik za života izrazio nameru da to svoje pravo ostvari tako što je podneo tužbu sudu ili pismeni zahtev oštećeniku.

Druga opcija koja se razmatra u Prednacrta ne prati ideje koje je prihvatio hrvatski zakonodavac, nego dopušta nasledivost prava na naknadu moralne štete po opštim pravilima, dakle, bez ograničenja.⁵⁶ Ne samo što naslednici mogu da nastave postupak koji je za života započeo oštećenik, već mogu i da podignu tužbu protiv odgovornog lica. Bez značaja je to da li je oštećenik za života zahtevao naknadu pretrpljene neimovinske štete u bilo kojoj formi – ne traži se ni da je poslao pismeni zahtev odgovornom licu, niti da su njih dvojica o tome postigla sporazum, niti da je podneo tužbu, niti da je doživeo pravosnažnost sudske odluke. Ako se prihvati ova druga opcija, u kodeksu se ne bi ni spominjala mogućnost da oštećenik za života zaključi ugovor o poravnanju s odgovornim licem. Međutim, ako takav ugovor postoji, onda na naslednike može da pređe samo pravo iz ugovora o poravnanju, a nikako pravo na naknadu moralne štete. Uz to, ako je oštećenik za života sklopio ugovor s odgovornim licem i tako se odrekao prava na naknadu moralne štete, onda na naslednike ne prelazi nikakvo pravo. Na kraju, u čl. 204 ZOO zahteva se da sporazum kojim je za života oštećenika priznato njegovo pravo na naknadu moralne štete bude zaključen u pismenoj formi. Ako se pravila iz čl. 204 ZOO ukinu i umesto njih jednostavno propiše da potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednika te da ono može biti predmet ustupanja, prebijanja i prinudnog izvršenja (druga opcija iz Prednacrta), onda će važiti opšta pravila o poravnanju, uključujući i pravilo o njegovom neformalnom zaključenju.

Ako je nasledivost prava na naknadu moralne štete vezana za pravosnažnost sudske odluke donete po tužbi oštećenika, onda odgovorno lice ima jak interes da odugovlači postupak u očekivanju oštećenikove smrti, naročito ako je oštećenik star ili teško povređen. Taj interes je svakako i nezakonit i nemoralan, ali ipak može da oblikuje ponašanje tuženog. Nasuprot tome, ako pravo na naknadu moralne štete može da se prenese na drugoga i pre nego što je priznato pravosnažnom sudskom odlukom, onda oštećenik za života može to pravo da ustupi trećima i da za života pribavi nešto što mu je nužno, ili nešto što mu pričinjava zadovoljstvo. Ovo je na-

54 Isto važi za pravo na naknadu štete u vidu novčane rente usled smrti bliskog lica ili usled povrede tela ili oštećenja zdravlja: to pravo je neprenosivo, a dospeli iznosi rente prenosivi su samo ako su određeni pismenim sporazumom strana ili pravosnažnom sudskom odlukom (čl. 197 ZOO).

55 Crnogorski zakonodavac je ostao pri pravilu iz jugoslovenskog ZOO. Vid. Čl. 204 Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore (ZOO–CG), *Službeni list CG*, br. 47/2008.

56 „Potraživanje naknade neimovinske štete prelazi na naslednika i ono može biti predmet ustupanja, prebijanja i prinudnog izvršenja.“ Čl. 230 Prednacrta. Na margini: Izgleda da je Komisiji uz čl. 222 Prednacrta zaostalo i jedno pravilo koje je u kontradikciji s ovim režimom. Naime, uz odredbe preuzete iz čl. 197 ZOO o neprenosivosti prava na naknadu štete u vidu novčane rente usled smrti bliskog lica ili usled povrede tela ili oštećenja zdravlja, razmatra se dodavanje još jednog stava koji bi glasio: „Potraživanje po osnovu naknade štete može se naslediti ako je pokrenut sudski postupak.“ Nije jasno da li se to odnosi samo na pravo iz istog zakonskog člana (pravo na naknadu štete u vidu novčane rente) i u kakvom je odnosu s pravilom da se dospeli iznosi naknade mogu preneti drugome samo ako je iznos naknade određen pismenim sporazumom strana ili pravosnažnom sudskom odlukom.

ročito važno baš za stare i teško povređene oštećenike, koji bi ustupanjem spornog prava na naknadu moralne štete mogli da dobiju satisfakciju za života: priliku da sebi pribave neko dobro koje će da im olakša konačan gubitak u moralnoj sferi. To je, po mome sudu, jak argument da se dozvoli prenosivost prava na naknadu moralne štete i pre nego što je priznato pravosnažnom odlukom suda.

Zbog čega potraživanje postaje nasledivo baš ako je utvrđeno pravosnažnom odlukom? Zašto se jugoslovenski zakonodavac opredelio za pravosnažnost kao odlučujuće merilo? Ako je uslov nasledivosti zaživotna izjava volje oštećenika data u cilju ostvarivanja prava na naknadu moralne štete, onda je dovoljno da je podneo tužbu. Ako se smatra da je takva izjava data onda kada ju je primilo odgovorno lice, onda je dovoljna litispencija. Ako je uslov da pravo na naknadu štete bude ostvareno pre oštećenikove smrti, to jest da je naknada već isplaćena i da se u imovini oštećenika ona više ne nalazi kao jedno potraživanje nego kao određena suma novca, onda je potrebno da pravosnažna odluka bude već izvršena. Kada je uslov nasledivosti postojanje pravosnažne sudske odluke, onda naslednik zapravo stiče pravo da vodi izvršni postupak i da u tom postupku naplati ostaviočevo potraživanje.⁵⁷ Zbog čega je važno da na naslednika pređe isključivo procesno pravo da realizuje oštećenikovo potraživanje – a ne i samo oštećenikovo potraživanje? Potraživanje naknade neimovinske štete nastaje povodom povrede u intimnoj sferi oštećenika i ono je imovinskopravne prirode. Obaveza naknade štete smatra se dospelom od trenutka nastanka štete (čl. 186 ZOO): od tog časa u imovini oštećenika postoji jedan imovinskopravni zahtev prema odgovornom licu koji je podoban za nasleđivanje.

Predloženo pravilo o nasledivosti prava na naknadu moralne štete treba posmatrati u svetlu objektivizovanja pojma moralne štete, što se u Prednacrtu takođe razmatra. Naime, u srpskom pozitivnom pravu prihvaćen je najčistiji oblik subjektivne koncepcije moralne štete: Moralnu štetu ne čini sama povreda ličnog dobra ili objekta nekog neimovinskog prava, već bol ili strah, povreda intimne sfere koja sa sobom nosi poremećaj u psihičkoj ravnoteži oštećenika. Pod objektivizacijom moralne štete misli se na promenu ovog shvatanja, to jest na razumevanje nematerijale štete kao povrede ličnog dobra ili objekta neimovinskog prava ili samog neimovinskog prava ili pravom zaštićenog interesa, a u svakom slučaju, bez obzira na to da li je ta povreda imala za rezultat bol ili strah odnosno trpljenje u intimnoj sferi oštećenika. Osnovni argument koji se u našoj pravnoj teoriji navodi u prilog nenasledivosti prava na naknadu moralne štete jeste nemogućnost da se satisfakcija, kao svrha naknade, ostvari nakon smrti oštećenika. Međutim, već je rečeno da satisfakcija nije jedina svrha naknade moralne štete⁵⁸ – kao što ni reparacija nije jedina svrha na-

57 To se kod nekih autora ne vidi jasno. Marija Toroman piše da ZOO kao uslov nasledivosti postavlja to da je pravo na naknadu neimovinske štete priznato *naslednicima* pravosnažnom sudskom odlukom. Međutim, to nije slučaj. Zakon zahteva da je pravo na naknadu moralne štete priznato *oštećeniku* pravosnažnom odlukom suda za njegovog života. Upor. Marija Toroman, „Član 204. Nasleđivanje i ustupanje potraživanja naknade nematerijalne štete“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983, 747.

58 U teoriji se navodi, primera radi, da naknada treba da uteši oštećenika, da utiša njegovi želju za osvetom i da služi kao javna potvrda štetnikove odgovornosti, ali ima autora koji smatraju da su

knade imovinske štete. Uz to, samu satisfakciju kao svrhu naknade moralne štete treba shvatiti apstraktno: satisfakciju ili zadovoljštinu predstavlja već to što pravni poredak oštećeniku priznaje pravo na pravičnu novčanu naknadu za moralnu štetu. Satisfakcija nije potrošnja primljene naknade, nego samo njeno priznavanje, dosuđivanje i isplata. Pošto je primio naknadu, oštećenik više ne može da povredi svrhu zbog koje mu je ona dosuđena: Bez značaja je kako on dalje postupa s primljenim novcem.

Osnovni argument koji se u francuskoj pravnoj doktrini navodi protiv više-decenijske prakse Kasacionog suda koji smatra da je pravo na naknadu moralne štete nasledivo jeste *preterana komercijalizacija emocija, moralnih vrednosti i ličnih odnosa*: Neke moralne, neimovinske vrednosti su već komercijalizovane i to se ne dovodi u pitanje, ali se procenjuje da nasledivost prava na naknadu moralne štete predstavlja korak predaleko u tom smeru. Međutim, jasno je da je ova tvrdnja arbitrarna – ona je stvar ukusa i mere u društvu koje ne spori: da se naknada za intimno, emocionalno trpljenje isplaćuje u novcu; da naslednici mogu da nastave sudski postupak koji je za života započeo oštećenik i da na koncu prinudno naplate naknadu za bol i strah koje je trpeo do smrti; da sudovi koriste unapred određene tarifnike ili skale (*les barèmes*) da bi utvrdili visinu pravične naknade za moralnu štetu,⁵⁹ i tako dalje. Moderno pravo o odgovornosti za prouzrokovanu štetu svedoči o promeni u vrednostima i shvatanjima zbog kojih su pravila o nasledivosti prava na naknadu moralne štete nekada bila restriktivna.⁶⁰

LITERATURA

- Andrejević, Snežana, Ljubica Milutinović, Zdravko Petrović: „Promena stavova sudske prakse prema naknadi nematerijalne štete“, *Naknada nematerijalne štete* (Zdravko Petrović, Nataša Mrvić-Petrović, prir.), GTZ, Beograd 2009.
- Bachache Gibeili, Mireille: *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, Paris 2007
- Baretić, Marko: „Pojam i funkcije neimovinske štete prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Posebni broj, Vol. 56, 2006.
- Billiau, Marc: *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J, Paris 2002
- Carbonnier, Jean: *Droit civil, Tome 2. Les biens, Les obligations*, P.U.F, Paris 2004.
- Coutant-Lapalus, Christelle: *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, P.U.F., Aix-en-Provence 2002.
- Durđević, Dejan: *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Engel, Pierre: *Traité des obligations en droit suisse*, Stämpfli, Berne 1997.

ovi drugi ciljevi ostvarivi jedino za života oštećenika. M. Bachache Gibeili, 500. Međutim, to bi onda značilo da naslednicima oštećenika ne treba dozvoliti ni da nastave postupak koji je on bio započeo.

59 Kritički o mernim lestvicama (tarifnicima): Christelle Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, P.U.F., Aix-en-Provence 2002, 305 i dalje. Afirmativno o njima: André Tunc, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Économica, Paris 1981, 23 i dalje.

60 O tim promenama u pravima evropskih država vid. Ch. von Bar, 64–69.

- European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Springer, Wien – New York 2005.
- Galand-Carval, Suzanne: „Non-Pecuniary Loss Under French Law“, *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (ed. Horton Rogers), Vienna – New York, Springer 2001.
- Jakšić, Stevan: *Obligaciono pravo*, Veselin Masleša, Sarajevo 1960.
- Kalođera, Marko: *Naknada neimovinske štete: rasprava iz komparativnog prava*, Gaj, Zagreb 1941.
- Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacr. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009.
- Konstantinović, Mihailo: *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (1969), Službeni list SFRJ, Beograd 1996, 89.
- Koziol, Helmut: *Basic Questions of Tort Law from a Germanic Perspective*, Jan Sramek Verlag, Wien 2012.
- Le Tourneau, Philippe: *Droit de la responsabilité et des contrats 2006/2007*, Dalloz, Paris 2006.
- Lutte, Isabelle, Steven Laureys: „La conscience de la victime: une nouvelle condition de la réparation du dommage?“, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités* 8/2008.
- Malaurie, Philippe, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck: *Les obligations*, Defrénois, Paris 2009.
- Mazeaud, Henri, Léon Mazeaud: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 4ème éd, Recueil Sirey, Paris 1949.
- Perović, Slobodan: „Član 204. Nasleđivanje i ustupanje potraživanja naknade nematerijalne štete“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd 1995.
- Perović, Slobodan: *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd 1990.
- Stanković, Obren, Vladimir V. Vodinelić: *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 1996.
- Stanković, Obren: „Još ponešto o nasleđivanju prava na naknadu neimovinske štete“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–3/1972.
- Stanković, Obren: „Naknada štete. § 10. Nasleđivanje prava na naknadu neimovinske štete. Ustupanje, prebijanje i prinudno izvršenje“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom drugi, Službeni list SFRJ, Beograd 1978.
- Stanković, Obren: „Sukcesija prava na naknadu neimovinske štete“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 4/1961.
- Stanković, Obren: *Novčana naknada neimovinske štete*, Savremena administracija, Beograd 1968.
- Stojanović, Dragoljub: „Član 379. Potraživanja utvrđena pred sudom ili drugim nadležnim organima“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd 1995.
- Studin, Josip: „Član 379. Potraživanja utvrđena pred sudom ili drugim nadležnim organima“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983.
- Terré, François, Philippe Simler, Yves Lequette: *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 2005.
- Thévenoz, Luc, Franz Werro: *Code des obligations I. Art. 1–529 CO. Commentaire*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2003.

- Toroman, Marija: „Član 204. Nasleđivanje i ustupanje potraživanja naknade nematerijalne štete“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983.
- Toroman, Marija: *Odmeravanje naknade štete u građanskom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1969.
- Tunc, André: *La responsabilité civile*, Economica, Paris 1999.
- Tunc, André: *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Économica, Paris 1981.
- Viney, Geneviève, Patrice Jourdain: *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., Paris 2001.
- Vodinelić, Vladimir V.: *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd 2012.
- Von Bar, Christian: *The Common European Law of Torts*, OUP, Oxford 2000.
- Weinrib, Ernest: *The Idea of Private Law*, Cambridge Mass, Harvard University Press 1995, 3–22.

ZAKONI I SUDSKE ODLUKE

- BGH Urteil vom 06.12.1994 (VI ZR 80/94), https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1994-12-06/VI-ZR-80_94.
- Cour de cassation ch. civ. 2, 10 décembre 2009, N° 09-10296, *legifrance.gouv.fr*.
- Nacrt zakona o naknadi štete iz 1951, arhivska građa Ministarstva pravosuđa FNRJ u Arhivu Jugoslavije.
- Odluka Vlade Republike Srbije o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika, *Službeni glasnik RS* br. 104/2006, 110/2006 i 85/2009.
- Presuda ESLJP u predmetu Matijašević protiv Srbije, predstavka br. 23037/04 od 19. septembra 2006, *Službeni glasnik RS*, br. 80/2006 od 26. septembra 2006.
- Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Gž. 58/2005 od 23. juna 2005, *ParagrafLex*.
- Zaključak savetovanja predstavnika građanskih odeljenja republičkih vrhovnih sudova i sudija Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Jugoslavije od 18. i 19. jula 1968, *Zbirka sudskih odluka (1969)*, knj. XIV, sv. 3, odluka br. 9.
- Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 47/2008.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/1993 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.
- Zakon o obveznim odnosima Hrvatske, *Narodne novine RH*, br. 35/2005, 41/2008 i 125/2011.

Marija Karanikić Mirić

Law Faculty, University of Belgrade

INHERITABILITY OF CLAIMS FOR COMPENSATION OF NON-PECUNIARY DAMAGE

SUMMARY

Claims for compensation of non-pecuniary damage are generally uninheritable under Art. 204 of Serbian Code of Obligations, unless they are settled by agreement between the parties, or confirmed by non-appealable court decision. The Commission appointed to draft a new civil code for Serbia is considering to eliminate the existing rule, and to introduce the new one, under which these claims would be inheritable, and generally transferable, without restrictions. The author discusses the origins and the *rationale* of the existing rules, and the reasons which could justify the proposed changes, and argues in favor of unrestricted inheritability of claims for compensation of non-pecuniary damage.

Key words: non-pecuniary damage, indemnity, inheritance, patrimonial right, non-patrimonial right.

EKSPERIMENTALNO ISPITIVANJE DELOTVORNOSTI KRIMINALNOPOLITIČKIH MERA: ZNAČAJ I OGRANIČENJA

Apstrakt. U radu se razmatra značaj randomiziranog eksperimenta za kriminoška saznanja, ali se ukazuje i na različita ograničenja u primeni ovog metoda. Pružena je određena argumentacija za stav da je za razvoj kriminološke nauke i prakse suprotstavljanja kriminalitetu jednako štetno kako nekritičko predimenzioniranje značaja randomiziranih eksperimentalnih studija kao „vrhunske nauke“ praćeno omalovažavanjem teorijsko-analićkih radova i neeksperimentalnih istraživanja u ovoj oblasti, tako i ignorisanje potrebe za većom primenom eksperimenta radi kumulacije naućnih dokaza o efektivnosti pojedinih kriminalnopolitićkih mera. Imajući u vidu da se randomizirani eksperiment smatra najpouzdanijim i najegzaktnijim postupkom u utvrđivanju uzroćno-posledićnih veza, nesporno je da bi njegova zastupljenost u empirijskoj kriminologiji u budućnosti trebalo da raste, ali uz punu svest o etićkim, praktićnim i teorijskim ogranićenjima njegove primene, kao i o važnosti replikacija eksperimentalnih istraživanja i naknadnog praćenja ishoda kojima se testira eksterna validnost zaključaka o kauzalitetu i održivost efekata eksperimentalnih varijabli. Optimalno, randomizirani eksperiment treba razumeti kao suplement metodološke aparature tamo gde ne postoje smetnje njegovoj primeni. Primena eksperimenta u okviru longitudinalnih studija najkorisnija je istraživaćka, odnosno evaluacijska strategija kojom se moće doći do znaćajnih naućnih saznanja i istovremeno smanjiti distanca između teorije i prakse suprotstavljanja kriminalitetu. Kriminološka naućna javnost u Srbiji trebalo bi da iznađe naćin da kreatorima politika u oblasti suprotstavljanja kriminalitetu adekvatnije približi postojeća naućna saznanja u ovoj oblasti, a naroćito da im predoći važnost sprovođenja metodološki korektnih evaluacija efektivnosti kriminalnopolitićkih mera, kao i potencijalne blagodeti od sprovođenja longitudinalnih, naroćito longitudinalno-eksperimentalnih studija za oblast prevencije kriminaliteta.

Ključne reći: randomizirani eksperiment, kriminalnopolitićke mere, evaluacija delotvornosti, na dokazima utemeljena politika suprotstavljanja kriminalitetu.

1. UVOD

Eksperiment kao „zlatni standard“ u utvrđivanju uzroćnosti u društvene nauke je uveden po uzoru na prirodne s ciljem da im obezbedi jednak naućni legitimitet unapređenjem epistemološkog statusa njihovih saznanja. Primena eksperimenta u društvenim naukama je, međutim, naišla na različite prepreke od kojih su se neke pokazale nepremostivim što je, u žaru nezadovoljstva zbog odsustva zadovoljavajućeg obima etioloških saznanja, dovodilo kako do neopravdanog potcenjivanja, tako i do nekritićkog precenjivanja ovog metoda.

* vanredni profesor, biljasp@hotmail.com

Primena eksperimenta u kriminologiji i srodnim disciplinama u poslednje vreme postaje važna tema u zamahu nastojanja da se politika suprotstavljanja kriminalitetu utemelji na objektivnom znanju, to jest na dokazima o delotvornosti intervencija (e. *evidence-based policy*) koje je u ekspanziji kao deo šireg pokreta u oblasti socijalne politike (Braga, 2013: 223).¹ Politike utemeljene na dokazima odbacuju ideološki vođene programe i praksu i podrazumevaju primenu metodološki rigoroznih istraživanja, u prvom redu randomiziranih kontrolisanih eksperimenata, kako bi se pouzdano identifikovale intervencije kojima se proizvode željeni učinci u određenoj oblasti.

Lawrence Sherman, profesor kriminologije na Univerzitetu u Kembridžu, rođonačelnik tzv. *evidence-based* politike kontrole kriminaliteta i jedan od najglasnijih zagovornika tzv. eksperimentalne kriminologije kao posebne kriminološke grane, zadatak kriminološke nauke vidi u obezbeđivanju saznanja na osnovu kojih će biti moguće praviti bolje izbore u pogledu zakonskih rešenja i društvenih odgovora na kriminalitet, uključujući u prvom redu, njegovu prevenciju. Ovaj autor negoduje ocenjujući da dosadašnji razvoj kriminologije nije znatno odmakao od deskriptivnog ili opservacijskog nivoa. Po njegovom mišljenju, kriminologija bi trebalo više da nalikuje medicini (koja leči) nego astronomiji (koja samo uočava i opisuje), a deskriptivna pitanja bi trebalo brže pretvarati u „preskriptivna“: na koji način postupati sa osobama koje manifestuju kriminalno ponašanje i kako takva ponašanja sprečavati. Kriminologiji su zato potrebni snažni empirijski dokazi, pre svega oni pribavljeni randomiziranim eksperimentalnim istraživanjima (Sherman, 2013). Čak i oni koji se duboko ne slažu sa Shermanovim „medicinskim“ pristupom problemu kriminaliteta, u principu neće osporavati značaj zahteva da politika suprotstavljanja kriminalitetu treba da bude u što je moguće većoj meri utemeljena na pouzdanim naučnim saznanjima. Podrazumeva se da oni koji su istinski privrženi kriminološkoj nauci moraju odoleti pritisku (ili primamljivosti) da kriminološka empirijska istraživanja svedu na ateorijska, čisto tehnička testiranja efikasnosti ove ili one mere poput testiranja delovanja ovog ili onog „leka“. Kriminologija jeste i mora ostati izrazito analitička, to jest da teži objašnjenju manifestnih i latentnih mehanizama u pozadini činjenica i podataka na različitim nivoima analize. Ali isto tako, objašnjenja moraju biti podržana činjenicama i podacima. To znači da empirijska istraživanja moraju biti vođena teorijom, a teorija, s druge strane, mora težiti empirijskoj proverbi (Wikström, 2012) i trebalo bi da jednako važi za sve škole mišljenja u okviru kriminologije – od pozitivizma do kritičkog pravca, čiji je antagonizam nepotrebno predimenzioniran i bez naročitog smisla. Ne postoji drugi način da kriminologija nastavi kvalitetan razvoj i opravda svoju društvenu ulogu, sem da proizvodi na teoriji utemeljeno, pouzdano, korisno i primenjivo znanje.

Notorno je da je preduslov efikasne politike suprotstavljanja kriminalitetu zadovoljavajući kvantum znanja o tome koje su mere, programi i prakse delotvorne, a koje to nisu. U naučnoj zajednici sve je više onih koji upozoravaju da na nepreglednom i krcatom tržištu ideja u oblasti kontrole kriminaliteta, ekspertska intui-

1 Kao standard postupanja, na dokazima utemeljen izbor intervencija preuzet je iz medicine, gde podrazumeva integraciju individualnog kliničkog znanja sa najboljim dostupnim nalazima sistematskih istraživanja kako bi se odabrale optimalne intervencije u svakom konkretnom slučaju.

cija, prigodne opservacije, lični utisci, individualno profesionalno iskustvo i dobre namere nisu dovoljni i da ne mogu nadomestiti manjak sistematski prikupljenih naučnih dokaza. Premda su i danas tradicija i iskustvo glavne vodilje za praktičare u oblasti politike suprotstavljanja kriminalitetu, u naučnoj i stručnoj javnosti u svetu počinje da prevlađuje stav da su evaluacija i analiza troškova i koristi programa i intervencija neophodni, te da izbori moraju biti racionalni i utemeljeni na dostupnim naučnim činjenicama. Nema sumnje da nije reč o „novoj modi“ koja će obeležiti jedno kratko doba, već je po sredi zaokret koji će u budućnosti trajno izmeniti način na koji se čine izbori u kriminalnopolitičkoj oblasti.²

Budući da se u optimalnom slučaju evaluativna istraživanja kojima se pre uvođenja ili tokom primene pojedinih mera usmerenih na kontrolu kriminaliteta vrši ocena i vrednovanje njihovih učinaka dizajniraju po modelu eksperimentalnog postupka (v. Ignjatović, 2013: 54–55), problematika primene eksperimenta u kriminologiji i oblasti kontrole kriminaliteta u poslednje vreme zaokuplja više akademske pažnje nego što je to bio slučaj u prošlosti.³ Ipak, eksperimentalne studije i dalje ostvaruju mali udeo u masi evaluativnih istraživanja, pri čemu su petostruko zastupljenije jednostavne pretest-posttest observacione evaluacije (Braga, Welsh, Bruinisma, 2013: 280).

Dosadašnja iskustva u primeni eksperimenta su pokazala da je u određenim slučajevima ovaj metod omogućio veoma značajna saznanja. Jasne su njegove prednosti u odnosu na opservacijske studije i neprave eksperimentalne nacрте u pogledu zaključivanja o uzročnosti. Sprovođenje randomiziranih kontrolisanih eksperimenata doprinosi ne samo naučnom ugledu kriminologije, već i kvalitetu i razvoju politika utemeljenih na dokazima, te David Weisburd (Weisburd, 2003) sasvim opravdano ukazuje na moralnu i profesionalnu obavezu njihovog sprovođenja kako bi se došlo do pouzdanih pokazatelja efektivnosti tretmana, programa i prakse. S druge strane, međutim, postoje kriminološke teorije, programi i intervencije koje je praktično veoma teško eksperimentalno ispitivati. Obaveza poštovanja prava jednakih na jednak tretman i razne etičke dileme dodatno sužavaju prostor za primenu ovog

2 Mada je centralni segment pozitivizma glavnog toka u savremenoj kriminologiji koji je tako britko kritikovao Jock Young u svojoj nedavnoj knjizi pod naslovom *Kriminalološka imaginacija*, razume se da na dokazima utemeljena politika suprotstavljanja kriminalitetu ne mora ići pod ruku sa banalnim ideološki nadahnutim pragmatizmom i ne mora voditi u tehnokratsko, ateističko ideološko izvitoperenje tzv. administrativne kriminologije, a empirijska kriminologija ne proizvodi nužno izopačenje društvenih zadataka ove nauke niti je pretinja ili smetnja razvoju i domašaju kritičke kriminološke misli. Naprotiv, Young s pravom ukazuje da empirija koja se otrgla od teorije vodi u zastranjivanje čineći da beskrajni niz statističkih procedura prebukira kriminološke tekstove u kojima se više ne pominju ljudi, tj. da, kako slikovito kaže, „teleskop postane važniji od neba“ (Young, 2011: viii). Zastranjivanje je rezultat ličnog posrnuća naučnika i teško da se može izazvati nekakvim dirigovanim samozaboravom. Da li je moguće da je teorijska kriminologija imuna na zastranjivanja mislilaca koji zapravo nisu privrženici nauke i objektivne istine već zaljubljenici u vlastite misli i ideje, onih kojima je milija aristokratska udobnost vlastite stolice za promišljanje od mukotrpnog laboratorijskog ili terenskog istraživačkog rada koji im misli i uverenja stavlja na ozbiljnu probu, sa neizvesnim ishodima.

3 Farrington i Welsh su utvrdili da su randomizirani eksperimenti sa najmanje stotinu učesnika više nego udvostručeni između 1957. i 1981. godine kada ih je bilo 37, kao i u periodu od 1982. i 2004. godine, kada je sprovedeno 84 (Farrington, Welsh, 2006).

metoda. I premda je nedopustivo devalvirati značaj i neosnovano odbacivati primenu eksperimenta u ovoj oblasti, jednako je neprihvatljivo tretirati ga kao superiorno, „jedino pravo“ saznanje sredstvo, bez dužnog obzira na njegova ograničenja.⁴

Ovaj tekst ima za cilj da ukaže kako na značaj, tako i na ograničene mogućnosti primene eksperimenta u kriminologiji, koji obavezuju na postizanje akademskog konsenzusa o pravoj meri očekivanja od ovog metoda i njegovog mesta u metodološkoj aparaturi kriminološke nauke.

2. EKSPERIMENTALNI ISTRAŽIVAČKI NACRT I NJEGOVA PRIMENA U KRIMINOLOGIJI

Teorijski razvitak kriminologije nije završen. David Weisburd i Alex Piquero su nedavno utvrdili da analitički modeli utemeljeni na postojećim kriminološkim teorijama obično ostavljaju neobjašnjenim oko 80–90% varijacije (Weisburd, Piquero, 2008). Uprkos tome što se može podičiti obiljem teorija, kriminologija oskudeva u takvim teorijskim koncepcijama kojima se može konzistentno objasniti i predvideti kriminalitet (McGloin, Thomas, 2013: 22). Izvesno je da bi razvitak teorije bio znatno ubrzan blagovremenom diskvalifikacijom onih koncepcija i konstrukata koje nemaju odgovarajuću empirijsku podršku. No, među empirijskim radovima u kriminološkoj literaturi još uvek preovlađuju opservacijske studije, dok su eksperimentalna istraživanja, po oceni mnogih, zastupljena neopravdano malo.

Naučni dokazi o relevantnosti teorija pribavljaju se njihovim testiranjem koje se sprovodi primenom randomiziranog kontrolisanog eksperimenta, kvaziekperimentom ili neeksperimentalnim istraživanjem, pri čemu se prvi smatra najsnažnijim, a poslednji najslabijim istraživačkim dizajnom. Snaga eksperimenta leži u mogućnosti da demonstrira uzročno-posledičnu vezu. To je metod koji omogućava najbolji uvid u to koje teorije važe, za koje segmente populacije i u kojim uslovima (McGloin, Thomas, 2013). No, imajući u vidu da primena randomiziranog eksperimenta nije uvek moguća iz etičkih, praktičnih i drugih razloga, istraživači neuporedivo češće pribegavaju primeni nepravog (*kvazi*) eksperimenta ili neeksperimentalnog evaluativnog istraživanja.⁵

Randomizirani kontrolisani eksperiment predstavlja istraživački dizajn koji omogućava istraživaču da optimalno identifikuje i izmeri vezu između nezavisnih i zavisne varijable, odnosno između uzroka i posledice. Kauzalna ili interna validnost, koja se obično uzima za glavni kriterijum ocene snage dobijenih dokaza, najveća je upravo kod ovog istraživačkog nacrtu.

Komponente klasičnog eksperimentalnog dizajna jesu nezavisne i zavisne varijable (eksperimentom se utvrđuje efekat nezavisne na zavisnu varijablu), ekspe-

4 Svaki elitizam u kriminologiji, uključujući onaj koji zagovaraju ekstremni pobornici eksperimentalnog pravca u kriminologiji, ali i onaj koji neguju pripadnici ekstremnih struja unutar kritičke kriminološke škole diskvalifikujući tzv. plitke, pozitivističke doprinose nije primeren nauci, a uz to je slabi izlažući je najvećem riziku od propadanja u ponore ideologije.

5 Sherman i saradnici su utvrdili da je od 657 evaluacija o kojima su sakupili podatke 84% koristilo neeksperimentalne metode, dok je u svega 16% primenjen randomizirani eksperiment (Sherman, et al., 2002, prema: Lum, Yang, 2005: 193).

rimentalna i kontrolna grupa i pretestiranje i posttestiranje. Na početku, pojave ili pojedinci sa određenim svojstvom razvrstavaju se u grupe, eksperimentalnu ili kontrolnu. Pri formiranju grupa teži se postizanju najveće moguće podudarnosti između njih, odnosno njihovom ujednačavanju po sastavu i isključenju sistematskih razlika između njihovih članova. To se postiže *randomizacijom*, tj. postupkom kojim se članovi uzorka na slučajan način raspodele u grupe.⁶ Potom se sprovodi pretestiranje, tj. merenje zavisne varijable u eksperimentalnoj i kontrolnoj grupi, nakon čega se eksperimentalna grupa izlaže dejstvu činioca koji predstavlja nezavisnu varijablu (npr. određena intervencija, tretman itd.), a čije dejstvo interesuje istraživača.⁷ Pod uslovom da se dejstvo ostalih činilaca u grupama drži pod kontrolom, promene u eksperimentalnoj grupi do kojih nije došlo u kontrolnoj, a koje se utvrđuju posttestiranjem, tj. ponovnim merenjem zavisne varijable, mogu se pripisati dejstvu eksperimentalne varijable (v. Ignjatović, 2013).

Interna validnost (tj. stepen izvesnosti da je uočena veza uzročno-posledična) randomiziranog eksperimentalnog nacrtu je snažna jer se randomizacijom obezbeđuje, a pretestom potvrđuje ujednačenost grupa. Nasuprot ovoj krucijalnoj prednosti pravog eksperimenta stoje mnoga ograničenja u vezi s njegovom primenom. Najpre, snazi interne validnosti obično se žrtvuje eksterna validnost, odnosno mogućnost generalizacije rezultata na druge ljude i kontekste drugačije od onog u kojem je eksperiment sproveden.⁸ Pravim eksperimentalnim istraživanjem potrebno je držati pod kontrolom brojne činioce koji predstavljaju pretnju internoj validnosti, odnosno mogućnost da do promene dođe usled konfundacije, nezavisno od dejstva nezavisne varijable. Naime, utvrđena promena može biti posledica i: razlika ispitanika u eksperimentalnoj i kontrolnoj grupi od značaja za ishode; simultanih događaja; spontanijih promena, odnosno razvoja/sazrevanja ispitanika; promene u načinu merenja pojave; uticaja pretestiranja na ishode koji se mere post-testiranjem; regresije ka poseku (opadanje vrednosti zavisne varijable usled prirodne fluktuacije) i osipanja grupa između pretestiranja i post-testiranja (Shadish et al., 2002). Ukoliko se ove pretnje internoj validnosti zanemare, može doći do pogrešne interpretacije promene. Da bi se potvrdila uzročno-posledična veza, istraživač mora da konstruiše situaciju u kojoj su eliminisani svi mogući konkurentni uzroci, što može rezultovati artifičijelnošću socijalnog konteksta u kojem se eksperiment sprovodi i otvoriti dilemu mogu li se rezultati dobijeni u „idealnim“, čvrsto kontrolisanim laboratorijskim uslovima očekivati u realnosti.

Povrh navednog, primena randomiziranog eksperimenta je u praktičnom smislu komplikovana, često skupa, neizvesna, a katkad nemoguća. Veoma je teško, ponekad neetično sasvim izolovati ispitanike. Takođe, neetično je „u naučne svrhe“ ograničiti primenu neke potencijalno korisne mere ili programa na određene su-

6 Randomizacijom se automatski obezbeđuje kontrola velikog broja spoljnih varijabli koje i ne moraju biti poznate istraživaču.

7 S obzirom na stepen kontrole nezavisne varijable se dele na eksperimentalne (manipulativne) i neeksperimentalne (selektivne), a istraživački nacrti na eksperimentalne i neeksperimentalne.

8 Primera radi, mnoga eksperimentalna istraživanja sprovode se na uzorcima studenata, što samo po sebi pokreće pitanje opsega u kojem se rezultati mogu generalizovati na druge segmente populacije.

bjekte, kao i ignorisati potencijalnu štetu koju mogu pretrpeti učesnici eksperimenta, poput one kojoj su bili izloženi ispitanici u čuvenim eksperimentima o poslušnosti i simulovanom kaznenom zavodu koje su 60-ih i 70-ih godina prošlog veka sprovedli Stanley Milgram i Philip Zimbardo⁹.

Najzad, nisu sve teorijske hipoteze jednako podobne za randomizirano eksperimentalno istraživanje.¹⁰ Neki teorijski konstrukti se ne mogu lako prevesti na dimenzije koje je moguće eksperimentalno testirati, te je moguće da neke teorije dobiju više empirijskih potvrda ne zato što su validnije od drugih, već zato što su podobnije za eksperimentalno ispitivanje (McGloin, Thomas, 2013: 27). Strogo kontrolisani eksperiment s teškoćom obuhvata sve bitne komponente kompleksnih teorija, pa se teorijski konstrukti i socijalni konteksti često redukuju na svoje bledu-njave metafore ili razblažene verzije, odnosno nešto što se može eksperimentalno testirati i to u relativno kratkom vremenskom periodu (McGloin, Thomas, 2013: 23). S obzirom na navedeno, randomizirani eksperiment treba razumeti kao moćan istraživački alat čija je primena ograničena. I mada je pravi eksperiment nenadmašan način utvrđivanja koje su teorije održive, koje treba preformulisati, a koje su sasvim neodržive, on nije svemoguće, magično sredstvo i postoje opravdani razlozi zbog kojih se kriminološke teorije relativno retko testiraju eksperimentalno. U kriminologiji, primena kvazi-eksperimentalnog dizajna najčešće se pokazuje kao poželjnija alternativa, premda su domašaji ovog nacrtu u utvrđivanju kauzaliteta daleko skromniji.

Kvazi-eksperimentalni nacrt nalikuje eksperimentalnom ali se od njega ključno razlikuje s obzirom na stepen kontrole koji je kod kvazi-eksperimenta daleko niži, budući da nema randomizacije i da nezavisna varijabla nije manipulativna,¹¹

9 Profesor psihologije sa Jejl univerziteta, Stanley Milgram, započeo je 1961. godine eksperimente o poslušnosti s ciljem ispitivanja granica spremnosti pojedinca da se pokori autoritarnoj osobi i postupi na zahtevani način uprkos otporima vlastite savesti. Respondentima bi saopštio da učestvuju u istraživanju o značaju kažnjavanja za učenje i fingirao je situacije u kojoj su oni, u ulozi „nastavnika“, kažnjavali „učenike“ za greške izazivajući elektrošokove kod njih. Simulirana su i teška povređivanja „učenika“ kada bi ponavljali pogrešne odgovore, čak i njihova smrt, ali je većina ispitanika obavljala sve što se od njih zahtevalo, samo na osnovu uverenja da zahtevi dolaze od legitimnog autoriteta. Istraživanje interpersonalne dinamike u simulovanom kaznenom zavodu (tzv. stensfordski zatvorski eksperiment) koje je u avgustu 1971. godine sprovedla grupa istraživača koju je predvodio profesor psihologije sa Stensford univerziteta Philip Zimbardo imalo je za cilj da eksperimentalno potvrdi dehumanizujući uticaj zatvorskog života na zatvorenike i osoblje. Odabrano je dvadesetak studenata dobrovoljaca koji su nasumično razvrstani u dve grupe („zatvorski čuvari“ i „zatvorenici“). Tokom eksperimenta praćene su interakcije i individualne promene u ponašanju obe grupe ispitanika. Eksperiment je prekinut posle šestog dana (na polovini predviđenog trajanja) jer je situacija u izmakla kontroli, budući da su se učesnici adaptirali na svoje uloge preko svakog očekivanja istraživača. Pokazalo se, naime, da su „zatvorski čuvari“ vremenom sve više naginjali autoritarnom i agresivnom ponašanju prema „zatvorenicima“ verbalno ih zlostavljajući i podvrgavajući psihičkom mučenju, dok su „zatvorenici“ sve upečatljivije manifestovali pokornost i spremnost da, na zahtev „čuvara“, spreče svaki pokušaj otpora u svojim redovima. Više u: Ignjatović, 2013.

10 Primeri manje podobnih teorija su, naročito, teorija društvene dezorganizacije i teorija nasilne potkulture, dok su za eksperimentalno ispitivanje podobnije teorije racionalnog izbora i teorije o učenju.

11 Istraživač ne može, kao u slučaju manipulativnih nezavisnih, da uspostavlja njihove vrednosti za sve objekte, tj. da aktivno manipuliše nezavisnom varijablom tokom istraživanja.

već selektivna.¹² S druge strane, ovaj nacrt je jeftiniji, može se sprovesti *post-hoc*, tj. nakon implementacije programa, a može se primeniti i onda kada je nemoguće razdvojiti grupe koje se porede (Eck, 2006: 346–348). Kvazi-eksperimentalnim nacrtom se teži aproksimaciji karakteristika randomiziranog eksperimenta, ali on generalno ima slabiju internu validnost: budući da nema slučajnog razvrstavanja jedinica analize¹³ i da se dejstvo konkurentnih uzroka ne drži pod striktnom kontrolom istraživača, on ne dostiže kauzalnu validnost pravog eksperimenta, te se veze utvrđene ovim nacrtom ne tretiraju kao uzročno-posledične, već kao korelacione.

Pripremajući izveštaj za Kongres SAD-a o delotvornosti intervencija i programa u oblasti prevencije kriminaliteta istraživači Univerziteta u Merilendu su razvili petostepenu skalu naučnih metoda (*Maryland Scientific Methods Scale*) za utvrđivanje metodološkog kvaliteta, odnosno snage naučnih dokaza prezentovanih u istraživanjima i evaluativnim studijama (Sherman et al., 1997). Prvi stepen skale odnosi se na studije kojima se utvrđuje korelacija između programa prevencije i dimenzija kriminaliteta u jednom trenutku; drugi stepen podrazumeva studije u okviru kojih su dimenzije kriminaliteta merene pre i posle sprovođenja programa, ali bez grupe za poređenje; treći nivo uključuje istraživanja u kojima je kriminalitet meren pre i posle implementacije programa u eksperimentalnim i kontrolnim uslovima; četvrti nivo podrazumeva studije u okviru kojih je kriminalitet meren pre i posle implementacije programa u različitim jedinicama sa i bez programa, uz kontrolu drugih varijabli koje mogu uticati na zavisnu promenljivu, dok se peti nivo odnosi na studije sa nasumičnim razvrstavanjem jedinica u eksperimentalne i kontrolne uslove. Po pravilu, istraživački dizajn koji dostigne treći nivo na merilenskoj SMS-skali (kvazi-eksperimentalni dizajn) smatra se nacrtom koji ispunjava minimalne kriterijume za izvođenje zaključaka o efektivnosti intervencija u oblasti prevencije kriminaliteta (Farrington et al., 2006).

Kao što je već rečeno, empirijska provera validnosti mnogih kriminoloških koncepcija i dalje je zapostavljena. Premda su eksperimentalna istraživanja u većoj ili manjoj meri sprovedena u okviru različitih kriminoloških pristupa, od socioloških, preko psiholoških do bioloških i biosocijalnih,¹⁴ do sada su najčešće eksperimentalno testirane teorije o racionalnom izboru i teorije o učenju kriminalnog ponašanja. Predmet eksperimentalnog istraživanja često je bilo učenje agresivnog ponašanja,¹⁵ a u slučaju teorija o racionalnom izboru, pored učinka pojedinih mera

- 12 Istraživač ne može sam određivati njene vrednosti tokom istraživanja, ali može da izvrši selekciju već postojećih razlika u vrednostima varijable kod različitih subjekata.
- 13 Eksperimentalna i kontrolna grupa se u kvazi-eksperimentalnom nacrtu ujednačavaju uparivanjem, kao supstitutom randomizacije, pri čemu istraživač teži da postigne ekvivalenciju između grupa oslanjajući se na svoje znanje o fenomenu koji istražuje. Jedinice analize se u eksperimentalnoj i kontrolnoj grupi uparuju prema polu, starosti, obrazovanju i drugim karakteristikama, čime se teži dobijaju grupa ekvivalentnih po najvećem mogućem broju relevantnih dimenzija.
- 14 Poslednjih godina se eksperimentalno dokazuje čak i učinak odgovarajuće ishrane na sprečavanje agresivnog i antisocijalnog ponašanja, a s tim u vezi posebno su zanimljivi rezultati eksperimentalnih studija o pozitivnom učinku ishrane bogate ribljim uljem (odnosno omega-3 masnim kiselinama) na snižavanje gneva, agresivnosti i antisocijalnog ponašanja. Vidi npr. Rocque et al., 2012.
- 15 Hipoteze o uticaju medija na agresivno ispoljavanje i modelovanje agresivnog ponašanja bile su predmet većeg broja eksperimentalnih istraživanja. Većina njih je demonstrirala pozitivnu

u odvrćanju od povrata direktnim zastrašivanjem, testirano je i dejstvo različitih situacionih okolnosti koje utiču na rizik vršenja zločina.¹⁶ Premda rezultati ovih poslednjih mogu biti vrlo korisni za koncipiranje situaciono-preventivnih modela, odnosno prevenciju viktimizacije, oni nisu osobito značajni za razvoj kriminološke teorije.¹⁷ Motivacija učinioca, uz promenljivi repertoar taktika i veština kojima raspolaže kako bi svoje želje i ciljeve ostvario i izbor da u konkretnim okolnostima to učini povređujući dobra ili prava drugih, srce su predmeta kriminološkog izučavanja, a veoma je teško istraživati ih primenom randomiziranog eksperimenta. S toga će eksperimentalni metod najčešće, u najboljem slučaju biti suplement metodološkog aparata podobnog da ispita konstrukte teorija koje nadilaze objašnjenja efekata kratkotrajnog ili situacionog zastrašivanja u „branjenom“ prostorno-vremenskom okviru.

Kada je reč o primeni randomiziranog eksperimenta u evaluaciji preventivnih intervencija i programa, ona je poslednjih decenija sve više zastupljena u evaluaciji programa tretmana lica kojima je izrečena krivična sankcija. Ovim evaluativnim studijama uglavnom je potvrđivana delotvornost programa usmerenih na unapređenje kognitivnih veština, kognitivno-bihejvioralne terapije, multisistemske terapije i tretmana bolesti zavisnosti u redukciji povrata (npr: Landenberger, Lipsey, 2005; Butler, et al., 2011; Weiss, B. et al., 2013; Pearson, Lipton, 1999 i dr.).¹⁸

O tome koliko su u evaluativnim istraživanjima efekata tretmana i preventivnih programa značajna naknadna (e. *follow-up*) istraživanja kako bi se ispitao dugoročni efekat eksperimentalnih programa i mera svedoči slučaj poznate Kembridž-somer-

vezu između posmatranja nasilnih sadržaja i agresivnosti posmatrača neposredno po izlaganju stimulusu, ali i dugoročno, premda ne nezavisno od obeležja ličnosti (viši skorovi na dimenziji agresivnosti; sklonost da se dvosmislene poruke tumače kao neprijateljske, odnosno da se drugima pripisuju hostile tendencije itd.). U literaturi postoje različita objašnjenja dugoročnog negativnog uticaja medija pri čemu se najčešće se ukazuje na to da posmatranje nasilnih medijskih sadržaja podstiče stvaranje agresivne kognitivno-asocijativne veze, tj. povišuje pristupačnost agresivnih konstrukata u memoriji posmatrača. Vidi: Berkowitz, 1984; Bushman, 1998; Bushman, Huesmann, 2006 i dr.

- 16 Shodno postavkama teorije o rutinskim aktivnostima (Cohen, Felson, 1979), do izvršenja krivičnog dela će doći ukoliko se u prostoru i vremenu susretu motivisani prestupnik i pogodna meta (lice, grupa ili objekat) željene kriminalne aktivnosti, pod uslovom da nema fizičkih prepreka, uređaja ili lica koji mogu da registruju kriminalni čin i osujete željenu dobit od njega. Teorija o rutinskim aktivnostima je, striktno uzev, pre teorija o viktimizaciji nego čisto kriminološka teorija, budući da nije formulisana da odgovori na pitanja o uzrocima kriminalnog ponašanja, već je usredsređena na rizik viktimizacije, tj. na pitanje zašto dolazi do napada na određene pasivne subjekte/objekte. Premda se dodir motivisanog učinioca i pogodne mete događa na mikro-ravni, autori teorije o rutinskim aktivnostima objašnjenje usmeravaju na strukturnu organizaciju društva koja istovremeno determiniše rutinske aktivnosti posredstvom kojih se određena lica ili objekti povišeno izlažu motivisanim prestupnicima kao pogodne mete. Sledstveno tome, teorijska pretpostavka je da čak i kada je broj motivisanih prestupnika i potencijalnih meta kriminalne aktivnosti stabilan, promene u rutinskim aktivnostima mogu rezultovati učestalijom viktimizacijom.
- 17 Moguće je da su se mnogi zapitali da li je ono što je do sada potvrđeno ili opovrgnuto eksperimentima kojima su testirane hipoteze teorija o racionalnom izboru uopšte bilo ozbiljno istraživačko pitanje. Koristi od ovih studija nisu brojne, a jedna od najvećih je to što je demonstrirano odsustvo značajnog i dugoročnog preventivnog učinka mera utemeljenih na ideji zastrašivanja.
- 18 Više o rezultatima evaluativnih istraživanja u ovoj oblasti takođe u: Žunić-Pavlović, 2004.

vilske studije (*Cambridge Somerville Youth Study*) započete davne 1939. godine u Masačusetsu, u okviru koje je eksperimentalna grupa dece i adolescenata u riziku bila uključena u petogodišnje savetovanje, a prema potrebi, u medicinske tretmane i različite programe u zajednici. Rezultati poslednjeg naknadnog ispitivanja sprovedenog krajem 70-ih godina pokazali su da su dugoročni efekti eksperimentalnog savetodavnog tretmana kontraproduktivni i štetni – pojedinci iz eksperimentalne grupe ostvarili su značajno višu stopu povrata u odnosu na kontrolnu grupu, značajno češće su bolovali od alkoholizma, a životni vek im je bio značajno kraći. Da je praćenje efekata tog programa završeno studijom sprovedenom 1956. godine, zaključak bi bio samo to da eksperimentalni program nije ostvario nikakve pozitivne učinke. Tek kasnija istraživanja su otkrila i njegove štetne efekte (Farrington, Welsh, 2013: 121). Kembridž-somervilska studija je postala najpoznatiji, mada ne i jedini primer za to kako benevolentne i naizgled benigne mere mogu dugoročno proizvesti štetu kako za njihove korisnike, tako i za njihovo okruženje i društvo u celini.

Za razliku od Kembridž-somervilskog eksperimenta čiji je eksperimentalni tretman direktno ciljao na redukovanje rizika vršenja krivičnih dela, Peri predškolski program (*Perry Preschool Program*) realizovan u periodu od 1962–1967. godine u Ipsilantiju u američkoj državi Mičigen, koji je bio baziran na pristupu participativnog učenja i namenjen deci uzrasta od 3–4 godine, nije direktno ciljao na prevenciju delinkvencije već na osnaživanje kognitivnih sposobnosti i školskog uspeha dece iz ranjivih socijalnih grupa. Ovaj program je ostvario niz pozitivnih efekata, uključujući i snižavanje rizika od delinkventnog ponašanja, a ti efekti su sa svakim naknadnim istraživanjem bili sve upečatljiviji. Čak i sa navršenih 40 godina, ispitanici iz eksperimentalne grupe su beležili znatno nižu stopu osuda na zatvorsku kaznu (28% naspram 52%) i ređe su od ispitanika iz kontrolne grupe hapšeni zbog nasilnih zločina (32% naspram 48%). Ispitanici iz eksperimentalne grupe su češće završavali srednju školu, imali su više zarade i veću šansu da zadrže posao (Farrington, Welsh, 2013: 121).¹⁹ Neočekivani uspeh ovog programa u redukciji prestupništva bacio je svetlo na značaj programa rane intervencije obezbeđujući dokaze njihove delotvornosti.

Generalno uzev, dosadašnja eksperimentalna istraživanja u kriminologiji imala su različite efekte. Rezultati nekih od njih naišli su na svesrdan prijem kod kreatora politika i praktičara u oblasti formalne kontrole kriminaliteta, dok su nalazi nekih drugih ignorisani. Primera radi, koncentrisanje policijskih patrola u oblastima kriminalnih žarišta predstavlja danas rasprostranjenu praksu policije utemeljenu na rezultatima eksperimentalnih istraživanja, dok nalazi nekih drugih empirijskih studija (npr. evaluacije programa rane intervencije) nisu u očekivanoj meri nadahnuli

19 Peri predškolski program jedan je od prvih za koje je urađena analiza troškova i koristi. Prva analiza, realizovana u vreme kada su ispitanici bili na uzrastu od 15 godina, pokazala je da su troškovi iznosili 5.984 dolara, dok je ušteda procenjena na 14.819 dolara po detetu (deca iz eksperimentalne grupe su postizala bolje obrazovanje i ređe su ponavljala razrede, što je doprinelo boljoj proceni očekivane zarade deteta u budućnosti i manjih troškova za državni školski sistem). Poslednja analiza je sprovedena kada su ispitanici navršili 40 godina. Cena programa tada je procenjena na 15.166 dolara (prema vrednosti dolara iz 2000. godine), dok je ušteda procenjena na čak 244.812 dolara po ispitaniku, čemu je najviše doprinelo opadanje rizika od vršenja zločina (Farrington, Welsh, 2013: 131–132).

unapređenje politika i prakse uprkos tome što su ponudili dokaze o delotvornosti. Postoje i programi čija je efektivnost evaluacijom diskvalifikovana, čak i oni za koje je utvrđeno da su kontraproduktivni i štetni, što nije nužno dovelo do obustave njihove primene. O tome će nešto više reći biti u nastavku.

3. REZULTATI NEKIH EKSPERIMENTALNIH ISPITIVANJA EFEKTIVNOSTI KRIMINALNOPOLITIČKIH MERA

Učinak hapšenja za lakše oblike nasilja u porodici na rizik od povrata. Pre nego što je stekao doktorsku titulu, već pominjani profesor Lawrence Sherman radio je kao istraživač-analitičar u Njujorškoj policijskoj upravi. Kada je 1981. godine njegov nekadašnji supervizor postao šef policije u Mineapolisu, uspeo je da u kratkom roku pribavi odobrenje gradskih vlasti za sprovođenje randomiziranog eksperimenta o efektima hapšenja osumnjičenih za nasilje u porodici na rizik od povrata. U dotadašnjoj praksi policija nije vršila hapšenja u slučajevima lakših delikata nasilja u porodici (tj. onih koji nisu uključivali nanošenje teške telesne povrede), a nova zakonska rešenja u Minesoti omogućila su takvu praksu. Istraživanje je finansirao Nacionalni institut za pravdu SAD-a, a realizovala ga je Policijska uprava u Mineapolisu u saradnji sa Policijskom fondacijom. Pedesetak policijskih službenika je instruisano za učestvovanje u eksperimentu i oni su nasumičnim razvrstavanjem koje su vršili na osnovu dobijenih instrukcija, od marta 1981. do avgusta 1982. godine prema osumnjičenima za nasilje u porodici postupali na jedan od sledećih načina: 1) hapsili su ih; 2) savetovali ih kako da na adekvatan način rešavaju konflikte sa partnerom; 3) nalagali im da napuste dom na nekoliko sati.²⁰ Rezultati eksperimenta su pokazali da je povrat²¹ tokom narednih šest meseci od incidenta bio upadljivo najniži u grupi onih koji su bili uhapšeni, nezavisno od trajanja zadržavanja (Sherman, Berk, 1984). Ovi nalazi su u stručnoj i laičkoj javnosti snažno odjeknuli kao potvrda da retribucijska politika, ne samo što je moralno opravdana, već je i empirijski potvrđena kao efikasna. To je pored ostalog dovelo do toga da su u 23 države SAD-a usvojene izmene zakonodavstva kojima je uvedeno obavezno hapšenje u slučajevima nasilja u porodici. Međutim, kao što će se kasnije potvrditi, dobijeni rezultati bili su inkonzistentni – eksterna validnost, odnosno generalizabilnost nalaza dobijenih eksperimentom u Mineapolisu nije bila snažna.

Nacionalni institut za pravdu SAD-a finansirao je šest replikacija mineapoliskog eksperimenta koji su tokom narednih godina sprovele policijske uprave u Omahi (Nebraska), Šarlotu (Severna Karolina), Milvokiju (Viskonsin), okrugu Majamijedj (Florida), Kolorado Springsu (Kolorado) i Atlanti (Džordžija). Istraživanje u Atlanti nije sprovedeno do kraja, dok su rezultati pet dovršenih eksperimentalnih studija bili šaroliki – jedni su govorili u prilog preventivnog učinka hapšenja, drugi su ukazali na odsustvo razlika između grupa, dok su treći pokazali da lica koja su

20 Eksperimentom je obuhvaćeno 330 lakših slučajeva nasilja u porodici. Incidenti u okviru kojih je došlo do telesnog povređivanja žrtava iz etičkih razloga su bili isključeni iz eksperimentalnog istraživanja.

21 Podaci o povratu prikupljeni su iz policijskih evidencija, kao i intervjuima sa žrtvama i osumnjičenima.

bila uhapšena češće ponavljaju vršenje nasilja u porodici.²² Nijedna od replikacija nije demonstrirala tako snažne efekte hapšenja kakvi su utvrđeni eksperimentom u Mineapolisu, ali su meta-analize pokazale da hapšenje ipak ostvaruje određeni, mada ne značajan učinak u smislu zastrašivanja: pokazalo se, naime, da je hapšenje dovelo do sniženja prevalence zvanično evidentiranog povrata od 4% i smanjenja učestalosti zvanično evidentiranog povrata od 8% (Maxwell, Garner, Fagan, 2001, 2002).

Replikacija eksperimenta u Milvokiju koja je sprovedena od aprila 1987. do avgusta 1988. godine obuhvativši 1200 slučajeva pokazala je da hapšenje²³ proizvodi određeni specijalno preventivni učinak (efekat zastrašivanja) samo u slučaju zaposlenih prestupnika, dok dvostruko uvećava rizik povrata nezaposlenih. Sherman je ove rezultate iskoristio da dodatno ukaže na značaj primene eksperimenta kao metoda koji omogućava uvide do kojih, kako tvrdi, nije moguće doći čistim teorijskim promišljanjem, a koji se tiču socijalnog konteksta u kojem na neke segmente populacije ne deluje mera koja daje dobre rezultate u drugim njenim segmentima. Godine 2012, četvrt veka nakon eksperimenta u Milvokiju, sprovedeno je naknadno ispitivanje održivosti efekata hapšenja na rizik od povrata. Pokazalo se da je najupečatljiviji efekat, i to negativni, ostavljalo hapšenje nezaposlenih osumnjičenih kod kojih je rizik od povrata u međuvremenu uvećan, dok su se benefiti hapšenja zaposlenih osumnjičenih izgubili (Sherman, Harris, 2015). Tako su, nakon sprovođenja serije eksperimenata, ostale dileme o efektu hapšenja na rizika od povrata, imajući u vidu da je ova mera: u nekim gradovima dovela do redukcije povrata, dok je u drugima bila kontraproduktivna; redukovala nasilje zaposlenih, a povećala nasilje nezaposlenih osumnjičenih; kratkoročno dovela do smanjenja nasilja u porodici, dok ga je dugoročno katkad uvećavala.

Efekte medijacije na rizik od povrata. Lawrence Sherman je sredinom 90-ih godina na poziv Australijskog državnog univerziteta bio uključen u dizajniranje eksperimentalnog testiranja efikasnosti određenih mera restorativne pravde. Eksperiment je sproveden u Kanberi, gde je policija odredila svoje službenike koji će postupati kao medijatori između učinilaca, žrtava i njihovih porodica u postupcima medijacije preduzete radi diverzifikacije krivičnog postupka i s ciljem postizanja sporazuma o reparaciji. Eksperimentalno je potvrđeno da su žrtve koje su prošle kroz medijaciju u okviru koje im je učinilac uputio izvinjenje i nadoknadio štetu bile zadovoljnije, manje gnevne i ogorčene nego ostale žrtve. Učinioci koji su učestvovali u medijaciji obično su se osećali duboko postideanim, u određenim slučajevima čak traumatizovanim učešćem u medijacijskoj konferenciji i ređe su ponavljali zločine nego što je to bio slučaj sa ostalim učiniocima. Nakon četiri uspešna eksperimenta u Australiji,

22 Replikacije u Kolorado Springsu i Majamiju potvrdile su da je hapšenje proizvelo preventivni učinak u smislu zastrašivanja, dok replikacije u Šarlotu, Milvokiju i Omahi to nisu.

23 U eksperimentu u Milvokiju poredene su tri grupe nasumično razvrstanih osumnjičenih: grupa osumnjičenih kojima je izrečeno upozorenje; grupa osumnjičenih koji su uhapšeni i pušteni na slobodu posle četiri i po sata, i grupa osumnjičenih koji su uhapšeni i u policijskom pritvoru proveli u proseku 11 časova. Polovina žrtava iz ovih incidenata nasilja u porodici sreća se sa tužiocem narednog radnog dana, ali je svega 5% uhapšenih osumnjičenih krivično gonjeno (Sherman, Harris, 2015).

britanska vlada je pozvala Shermana da u Velikoj Britaniji pomogne dizajniranje istraživanja radi testiranja istog metoda, ali u drugačijoj fazi krivičnog postupka – tamo su, naime, ispitivani efekti medijacije koja je sprovedena kao suplement (ne supstitut) krivičnog gonjenja. U periodu od 2001. do 2005. godine sprovedeno je osam eksperimenata u ovoj zemlji, a rezultati su pokazali da su prestupnici iz eksperimentalnih grupa uopšte uzev imali nižu stopu povrata u odnosu na one iz kontrolnih, pri čemu je medijacija ostvarila pozitivne efekte samo na neke prestupnike (češće na učinioce nasilnih nego na učinioce imovinskih delikata), dok su žrtve iz eksperimentalnih grupa bile zadovoljnije sistemom krivične pravde, ređe su patile od simptoma postraumatskog stresa i ređe su bile osvetnički nastrojene prema učiniocima (Sherman, Strang, 2007). Premda ni ovi rezultati ne dokazuju zadovoljavajuću delotvornost praksi restorativne pravde u sprečavanju povrata, nalazi studija koje su ispitivale dugoročne efekte ovih mera još su manje ohrabrujući. Jedan od primera su rezultati eksperimentalne primene porodične grupne konferencije s ciljem redukcije povrata kod maloletnih prestupnika, koja je započeta septembra 1997. godine u okrugu Marion u američkoj državi Indijani. Rezultati su pokazali da je povrat, kako u smislu prevalence i incidence, tako i u smislu težine novoučinjenog krivičnog dela, i nakon dve godine bio manje zastupljen, odnosno manje težak u eksperimentalnoj grupi nego u kontrolnoj grupi (koju su činili maloletnici uključeni u druge diverzione programe). Međutim, kasnijom evaluacijom koja je imala za cilj da ispita održivost promene nakon 12 godina nisu utvrđene značajne razlike između eksperimentalne i kontrolne grupe, te je zaključeno da se pozitivan učinak navedene restorativne mere nije održao dugoročno (Jeong, McGarrell, Hippel, 2012). Ovakvi nalazi predstavljaju izazov kako za brojne neeksperimentalne studije koje su ukazale na efektivnost mera restorativne pravde u redukciji povrata, tako i za eksperimentalne studije u okviru kojih je ispitivan samo kratkoročni efekat ovih mera.

Efekat pojačanih policijskih patrola u žarišnim lokacijama na stopu kriminaliteta. Policijska delatnost težišno koncentrisana na žarišne lokacije (*hot spot policing*) podrazumeva preventivno pojačano usmeravanje policijskih snaga na zone grada koje su najviše pogođene kriminalitetom. U Mineapolisu je, primera radi, svojevremeno utvrđeno da se više do polovine svih krivičnih dela izvrši na prostoru koji pokriva svega 3% gradske teritorije. U periodu od decembra 1988. do novembra 1989. godine u ovom gradu je realizovano eksperimentalno istraživanje (*Minneapolis Hot Spots Experiment*) u okviru kojeg je identifikovano 110 žarišnih lokacija koje su podeljenje u dve grupe. U eksperimentalnim zonama policijsko patroliranje je udvostručeno u odnosu na kontrolne zone, a naročito je pojačano u kritično doba dana (od 11h uveče do 3h ujutro). Rezultati su pokazali da je u eksperimentalnim zonama grada broj poziva policiji zbog krivičnog dela smanjen za 13%, stopa razbojništva je redukovana za 20%, dok su prekršaji protiv javnog reda opali još upadljivije: prevalenca nereda u eksperimentalnoj grupi bila je za 50% niža nego u kontrolnoj (Sherman, Weisburg, 1995). Većim brojem replikacija eksperimenta potvrđena je konzistentnost ovih nalaza, pri čemu nije identifikovano premeštanje kriminaliteta na druge gradske zone (Braga, 2007).

Eksperimentalne studije o efektivnosti programa direktnog zastrašivanja „Scared Straight“. Priča o programu *Scared Straight* se može razumeti i kao svojevrsni nekontrolisani socijalni eksperiment o odnosu snaga nauke i mitova o kriminalitetu s kraja XX veka. Ona počinje 1975. godine u Njudžerziju kada je manja grupa zatvorenika osuđenih na kaznu zatvora u doživotnom trajanju iz Rejvej državnog kaznenog zavoda rešila da nešto preduzme u pogledu razbijanja raširenih stereotipa o osuđennicima kao amoralnim i nehumanim, za zajednicu nekorisnim osobama. Došli su na ideju da pruže konstruktivan društveni doprinos tako što će maloletne prestupnike i mlade u riziku u neposrednom kontaktu odvratiti od kriminaliteta, upoznavajući ih na realističan način sa teškim prilikama zatvorskog života. Ova grupa je formirala komitet (*Juvenile Intervention Committe*) na čijem se čelu našao Richard Rowe, osuđen zbog silovanja, otmice i oružanog razbojništva, koji je kasnije objasnio da je na ovakav društveni angažman bio podstaknut brigom da će njegov sin tinejdžer, za kojeg je nedavno saznao da je uhvaćen u krađi, krenuti njegovim stopama i završiti u zatvoru. Zahvaljujući podršci koju je ova inicijativa dobila od upravnika kaznenog zavoda, mesnog šerifa, sudije za maloletnike i drugih subjekata, prva grupa maloletnika je posetila zavod u septembru 1976. godine.²⁴ Posete su se odvijale na sledeći način: adolescente bi po dolasku u zavod straža sprovela u unutrašnjost zgrade gde je pristup posetiocima obično zabranjen, a tamo bi im zatvorenici održali sesiju u okviru koje su ih jednostavnim jezikom informisali o životu iza zatvorskog zida, posebno akcentujući nasilje između zatvorenika uključujući napade, homoseksualna silovanja i ubistva, suicid, odsustvo iskrenosti i prisnosti između zatvorenika i dr. Zatim bi usledio obilazak prostorija zavoda uključujući samice. U početku, planirano je da se realizuje jedna grupna poseta nedeljno, ali je vrlo brzo ideja prihvaćena s takvim ushićenjem da je broj poseta dostigao dve dnevno tokom pet dana u nedelji. Državne institucije iz sistema zaštite maloletnika u riziku počele su da se utrkuju u dovođenju svojih klijenata na ovaj „tretman“ (Finckenauer, 1982, prema: Finkenauer, Gavin, 1999). Zatvorenici su vremenom promenili pristup od savetodavnog prema oštrijoj „šok terapiji“, s ciljem adekvatnijeg zastrašivanja adolescenata.

Godine 1978. o ovom programu je snimljen dokumentarni film pod naslovom *Scared Straight!* čiji je reditelj bio čuveni televizijski producent dokumentarnog i rijaliti programa Arnold Shapiro. Film je postigao izuzetnu gledanost i osvojio prestižna filmska priznanja, uključujući nagrade Oskar i Emi. On prikazuje grupu adolescenata koji učestvuju na tročasovnoj sesiji u zavodu u okviru koje im osuđenici realistično opisuju zatvorski život, uključujući i brutalne pojedinosti nasilnih incidenata. Na kraju filma adolescenti saopštavaju da će se uzdržavati od vršenja zločina jer ne žele da završe u zatvoru, a zatim se pružaju anegdotski dokazi efikasnosti intervencije. Ova dokumentarna filmska priča privukla je izuzetnu pažnju ne samo laičke, već i stručne javnosti, te je *Scared Straight* ubrzo postao opšti naziv za programe u okviru posebnog sekundarnopreventivnog pristupa namenjene maloletnim

24 Organizovane posete kaznenim zavodima s ciljem prevencije zastrašivanjem (*prison tour programs*) primenjivane su u određenom obimu i pre programa *Scared Straight*, ali je ovim programom pojačana komponenta direktnog zastrašivanja kroz aktivno učešće zatvorenika u njegovoj realizaciji.

prestupnicima i mladima u riziku, zasnovane na ideji odvratanja tzv. vikarijskim zastrašivanjem (kojim se postiže izbegavanje određenog ponašanja učenjem iz tuđeg lošeg iskustva).

U pozadini popularnosti ovog pristupa je sticaj pojednostavljenih i naivnih shvatanja o čovekovom razvoju i vaspitanju i mitova o disciplinovanju direktnim predočavanjem posledica neželjenog ponašanja kao ključu socijalizacije, a sve u doba oživljavanja retribucionističke i neokonzervativne ideologije u oblasti formalne kontrole kriminaliteta, kao i ekspanzije rijaliti mas-medijskih sadržaja televizijskih kuća koje su „umetnost zabave“ nastojale da obogate još jednim ekstremnim iskustvom zgodnim za podizanje gledanosti. Tokom narednih decenija emitovani su nastavci ovog dokumentarca i njegove rijaliti forme, ali uprkos tvrdnjama autora i naklonjenosti donosilaca odluka, naučni dokazi o delotvornosti programa utemeljenih na ovom pristupu su izostali. Naime, već je eksperimentalnom evaluacijom koju je sproveo James Finckenauer krajem 70-ih godina utvrđeno da su stope povrata bile čak nešto više u grupama koje su uključene u programe posete zatvoru nego u kontrolnim (Finckenauer, 1979, prema: Finkenauer, Gavin, 1999), što je potvrđeno i rezultatima kasnijih evaluacija (v. Petrosino et al., 2000; Lipsey, 2009).²⁵ Analizom koju su sredinom 90-ih godina sproveli istraživači Univerziteta u Merilendu pripremajući izveštaj za američki Kongres (Sherman et al., 1997) program je označen kao nedelotvoran, ali je moralo da protekne još mnogo godina pre nego što su ga zvaničnici diskvalifikovali. Otpori njegovom obustavljanju kako u SAD tako i u drugim državama koje su preuzele ovaj model (Australiji, Norveškoj, Velikoj Britaniji i dr.) obično se objašnjavaju činjenicom da je program izuzetno jeftin, uz to u duhu raširenog (ne samo laičkog) poimanja kazne i zastrašivanja kao efikasnih metoda za suzbijanje maloletničkog prestupništva.²⁶ S druge strane, program je bio omiljen i zbog toga što je pružao priliku osuđenima na doživotne zatvorske kazne da pruže konstruktivan doprinos društvu. Kancelarija za maloletničko pravosuđe i prevenciju maloletničke delinkvencije (*The Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention*) Ministarstva pravde SAD-a javno je podvrgla kritici²⁷ programe utemeljene na direktnom zastrašivanju pri poseti kaznenom zavodu tek u avgustu 2011. godine, kada je obustavljeno federalno finansiranje ovih i sličnih programa.

Zaintrigiran pitanjem kako je moguće da se mnogi programi i mere nude i preuzimaju bez sprovođenja pilot-istraživanja i zašto se rigorozna evaluacija primenjenih kriminalnopolitičkih mera često zaobilazi, američki istraživač Anthony

25 Po svemu sudeći, obilazak kaznenog zavoda, susret sa prestupnicima i slušanje njihovih priča umesto da zastraše, fascinirali su jedan broj maloletnika postižući sasvim suprotan efekat od željenog.

26 Proces u kojem kreatori politika, praktičari, novinari i drugi društveni subjekti ponekad posežu za brzim, kratkotrajnim i jeftinim rešenjima za složene društvene probleme James Finckenauer označava pojmom „panacea [lek za sve] fenomen“. Prema: Finkenauer, Gavin, 1999.

27 Jeff Slowikowski i Laurie O. Robinson iz Kancelarije za maloletničko pravosuđe i prevenciju maloletničke delinkvencije su prethodno, u januaru 2011. godine, objavili novinski tekst u kome su programe utemeljene na *scared straight* ideji opisali kao neefikasne i potencijalno štetne za maloletnike koji su u njih uključeni, zaključivši da „kreatori politika treba da se drže dokaza, a ne anegdota“. Dostupno na: http://articles.baltimoresun.com/2011-01-31/news/bs-ed-scared-straight-20110131_1_straight-type-programs-straight-program-youths

Petrosino je 1998. godine intervjuisao predstavnike agencija koje su administrirale na hiljade programa od kojih je neznatan broj evaluiran. Odgovarajući na pitanje zašto je evaluacija retka ispitanici su ukazali na otpore koji prema njoj imaju njihovi rukovodioci, ali i na rašireno uverenje da evaluacija zapravo nije ni potrebna, što se racionalizuje različitim tvrdnjama među kojima prednjače: „znamo da naš program deluje, čemu onda evaluacija?“; „jasno je da program nikome neće naneti štetu, može doneti samo korist“; i „ako program pomogne makar jednom detetu vredan je primene, pa zašto ga onda treba evaluirati?“ (Petrosino et al., 2000: 355).

Zastupljenost eksperimentalnih i drugih evaluacija kriminalnopolitičkih intervencija indirektan je pokazatelj odnosa snaga i uticajnosti nauke²⁸ i ideologije u oblasti formalne kontrole kriminaliteta, koji proizvodi jasne društvene posledice: neefikasni programi i mere ne samo da odvlače pažnju, materijalne i druge resurse sa korisnijih i uspešnijih interevencija, već katkad mogu proizvesti više štete nego koristi pojedincima prema kojima se primenjuju, kao i društvu u celini.

4. ZAVRŠNA DISKUSIJA I POUKE ZA DOMAĆE PRILIKE

Značaj randomiziranog eksperimenta za kriminologiju je nesporan. Eksperimentalnim istraživanjima su prikupljeni dokazi koji obavezuju da se pojedine teorijske pretpostavke, kao i očekivanja od određenih mera i programa utemeljenih na neodrživim ili nedovršenim teorijskim konstruktima usaglasa sa realnošću. Primera radi, zahvaljujući eksperimentalnim istraživanjima mogu se realnije sagledati dometi pojedinih mera utemeljenih na ideji zastrašivanja, kao i domašaji mera restorativne pravde u sprečavanju povrata. Eksperimentalni nalazi pokazuju da neke od ovih mera u najboljem slučaju ostvaruju kratkoročno pozitivno deluju na *neke* prestupnike, dok se dugoročno ovi efekti gube. Zahvaljujući eksperimentalnim istraživanjima utvrđeno je da ove mere, pre svega mere restorativne pravde, iako ne sprečavaju efikasno povrat, ostvaruju značajne pozitivne učinke u zaštiti, odnosno reparaciji žrtava, a budući da povrh toga proizvode i određene uštede za krivično-pravni sistem, treba ih posmatrati pre svega kao mere kontrole štete od kriminaliteta, sa slabijim učinkom u oblasti prevencije povrata.

Imajući u vidu različita ograničenja u primeni randomiziranog eksperimenta u kriminologiji i politici suprotstavljanja kriminalitetu, eksperiment je, po svemu sudeći, optimalno primenjivati kroz triangulaciju metoda (McGloin, Thomas, 2013). Drugim rečima, treba ga razumeti pre kao moćan komplementarni segment istraživačkog metodološkog aparata nego kao superioran metod koji treba favorizovati po svaku cenu i čija primena isključuje ostale. Naročito u svetlu činjenice da bi stroga uslovljenost implementacije mera skupim i komplikovanim randomiziranim eksperimentalnim istraživanjima (koja, kao što je već predočeno, zbog slabe eksterne validnosti zahtevaju replikacije i naknadno praćenje pre konačnog izvođenja zaključaka o efektima) praktično obeshrabrila i usporila inovativan razvoj u ovoj oblasti,

28 Cilj nauke u javnom sektoru je, kako je to istakao Alan Chalmers, da maksimizuje dobrobit i minimizuje štetu koju mogu uzrokovati implementirani programi, politike i prakse (Chalmers, 1999, prema: Petrosino et al., 2000: 355).

a time i širenje korpusa saznanja od značaja za suprotstavljanje kriminalitetu. U evaluaciji, eksperiment treba tretirati kao najbolji izbor kome treba težiti uvek kada je njegova primena moguća, ali nikada kao jedini. Koje će metode u evaluaciji biti odgovarajuće zavisi od hipoteza koje treba testirati i istraživačkih pitanja na koja treba odgovoriti – nekad će to biti randomizirani eksperiment, a nekad neće – bilo iz teorijskih ili etičkih razloga (Laycock, 2012).

Verovatno jedan od najboljih istraživačkih nacрта u ovoj oblasti predstavlja kombinovanje longitudinalnog ispitivanja i eksperimenta, koje već dugo zagovara Farrington ukazujući da je eksperiment najbolji metod za testiranje efekata varijacije između individua, dok je longitudinalno ispitivanje najbolji postupak za identifikovanje promena u smislu uticaja nezavisne na zavisnu varijablu do kojih tokom vremena dolazi na individualnom nivou (Farrington, 2006). Razume se da je od velikog broja izlovanih eksperimentalnih testiranja i opservacijskih evaluacija koje rezultuju većim brojem novih istraživačkih pitanja nego odgovora, čini se korisnijim sprovesti nekolicinu metodološki korektnih longitudinalno-eksperimentalnih ispitivanja. Imajući u vidu stručne, materijalne i druge resurse koje takvo istraživanje zahteva, jasno je da je za njegovo sprovođenje neophodna podrška državnih institucija. Na kriminolozima je obaveza da nađu način da donosiocima odluka predoče važnost i korist od takvih istraživanja koja mogu imati nemeerljive pozitivne učinke obezbeđujući saznanja koja su temelj unapređenja kako kriminološke teorije, tako i prakse suprotstavljanja kriminalitetu.

Inače, kada je reč o odnosu naučnih istraživanja s jedne i politike i prakse suprotstavljanja kriminalitetu s druge strane, iskustvo iz SAD i nekih drugih zemalja pokazuju dve zabrinjavajuće stvari: prvo, otpori evaluaciji, posebno eksperimentalnoj, brojni su i snažni;²⁹ drugo, postojanje naučnih dokaza o (ne)delotvornosti nije samo po sebi dovoljno da podstakne promenu politika i prakse. Do sada je uglavnom važno da što naučni rezultati snažnije potkrepljuju teoriju zastrašivanja – koja obezbeđuje apologiju retribucionizma i sugeriše relativno brze i jeftine kriminalnopolitičke mere, to je izvesnije da će ih donosioci odluka i praktičari brzo i čvrsto prigrliti. Takve mere, jednom uvedene, teško se napuštaju čak i onda kada se evaluacijom nepobitno dokaže njihova nedelotvornost ili štetnost.

U Srbiji je praksa evaluacije kriminalnopolitičkih mera i programa prevencije slabo razvijena, a nedostatak eksperimentalnih istraživanja u ovoj oblasti je posebno upadljiv. Premda iskustvo iz sveta govori da naučni dokazi o delotvornosti mera i programa nisu garant unapređenja politike suprotstavljanja kriminalitetu, od slabog uticaja naučnih saznanja još više zabrinjava njihova nedovoljnost. S druge strane, treba voditi računa i o tome da zahtev „utemeljenosti na dokazima“ ne proizvede dodatnu štetu i ne uspori razvoj znanja i prakse u ovoj oblasti neosnovanim favorizovanjem onih koncepcija, programa i mera čiju je delotvornost moguće jednostavno „dokazivati“. Eksperimentalna kriminološka istraživanja, sa ograničenjima kakva imaju, mogu biti iskorišćena da, u promenjenom ideološkom i ekonomskom

29 Otpori pored ostalog postoje i zato što sprovođenje eksperimentalnog istraživanja zahteva značajne promene u dnevnoj rutini praktičara. Obično su samo oni najprogresivniji voljni da se uključe u randomizirane eksperimente, što znači da se eksperimenti često sprovode u donekle posebnom okruženju (Braga, Welsh, Bruinsma, 2013: 285).

ambijentu savremenih tržišnih društava koje napušta socijalnu prevenciju i rehabilitaciju kao konceptijska opredeljenja i strateški se preusmerava na jeftinu, a efikasnu „kontrolu“ kriminaliteta (v. Soković, 2011), obezbede „dokaze“ i „merljiv rezultat“ (posebno u odsustvu replikacija istraživanja i naknadnog praćenja ishoda) samo trivijalnih teorijskih koncepcija i na njima zasnovanih mera, koje su pre upravljene na kontrolu štete nego na ključne faktore kriminaliteta. Iskustvo iz drugih zemalja s tim u vezi je poučno i trebalo bi da je dovoljno da makar naučnu i stručnu javnost učini krajnje opreznim u pogledu lako pogrešno dokazivih kriminalnopolitičkih inovacija utemeljenih na ideji zastrašivanja.

Rizik od ponavljanja vlastitih i tuđih grešaka srazmeran je zamahu penalnog populizma i „ratne retorike“ u borbi protiv kriminaliteta (v. Ignjatović, 2011), kao i stepenu zanemarivanja značaja nauke,³⁰ socijalne prevencije i teorijske utemeljenosti preventivnih programa i mera od strane domaćih kreatora politika u ovoj oblasti. Ovo poslednje se, pored ostalog, reflektuje i u činjenici da je najveći broj tzv. preventivnih programa u našoj zemlji u zoni situacione prevencije i na nivou podizanja svesti o nekom problemu, pri čemu se i njihov učinak retko evaluira. Odgovornost za unapređenje stanja u oblasti teorije i prakse suprotstavljanja kriminalitetu leži i na naučnoj zajednici koja treba da uloži svaki napor da, na temelju znanja kumuliranog kroz korektno sprovedene eksperimentalne studije (tamo gde su one moguće) ali i neeksperimentalna istraživanja, donosiocima odluka predoči moguća rešenja utemeljena na dokazima o delotvornosti i time prevaziđe proizvođenje „mrtvog“ znanja. Ona je, u isto vreme, dužna da ukaže i na potencijalnu štetnost „instant“ ili naručenog znanja utemeljenog na preuranjenim i sumnjivim zaključcima bilo eksperimentalnih ili neeksperimentalnih istraživanja, kao i odsustva evaluacije u oblasti suprotstavljanja kriminalitetu. To je naročito važno u onim zemljama koje nisu dovoljno bogate da mogu priuštiti luksuz nepregledne serije jeftinih ili opasnih promašaja u sprečavanju kriminaliteta.

LITERATURA

- Berkowitz, L. (1984). Some effects of thoughts on anti-social and prosocial influences of media effects: A cognitive-neoassociation analysis. *Psychological Bulletin*, 95, pp. 410–427.
- Braga, A. A. (2007). The effects of hot spots policing on crime. *Campbell Systematic Reviews*, 2007:1. DOI: 10.4073/csr.2007.1. The Campbell Collaboration. [www.campbellcollaboration.org].
- Braga, A. A., Welsh, B. C., Bruinsma, G. J. (2013). Integrating Experimental and Observational Methods to Improve Criminology and Criminal Justice Policy. In: B. C. Welsh, A. A. Braga and G. J. N. Bruinsma (eds). *Experimental Criminology – Prospects for Advancing Science and Public Policy* (pp. 277–297). New York: Cambridge University Press.

30 O dubini nerazumevanja obeležja naučnog saznanja i značaja nauke govori paradoks koji nije domaći specijalitet, već je univerzalan: umesto da među profesionalcima iz sistema formalne kontrole kriminaliteta postoji razvijena svest o tome da efikasnost prakse direktno zavisi od stepena njene utemeljenosti na naučnim saznanjima, nije retkost da se akademskoj i naučnoj zajednici na različitim forumima bez mnogo zadržke prebacuje nepoznavanje problema usled tzv. kabinetskog bavljenja njime i nedostatka iskustva u praksi.

- Bushman, B. J. (1998). Priming effects of media violence on the accessibility of aggressive constructs in memory, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 24 (5), pp. 537–545.
- Bushman, B. J., Huesmann, L. R. (2006). Short-term and long-term effects of violent media on aggression in children and adults, *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 160, pp. 348–352.
- Butler, S. et al. (2011). A randomized controlled trial of MST a statutory therapeutic intervention for young offenders, *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, (50)12, pp. 1220–1235.
- Cohen, L., Felson, M. (1979). Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach, *American Sociological Review*, 44(4), pp. 588–608.
- Eck, E. J. (2006). Science, Values, and Problem-Oriented Policing: Why Problem-Oriented Policing? In: D. L. Weisburd and A. A. Braga (eds.) *Police Innovation: Contrasting Perspectives* (pp. 117–132). New York: Cambridge University Press.
- Exum, M. L., Hartman, J. L., Friday, P. C., Lord, V. B. (2014). Policing Domestic Violence in the Post-SARP Era: The Impact of a Domestic Violence Police Unit, *Crime & Delinquency*, 60(7), pp. 999–1032.
- Farrington, D. P., Welsh, B. C. (2006). A Half Century of Randomized Experiments on Crime and Justice, *Crime and Justice*, 34, pp. 55–132.
- Farrington, D. P., Welsh, B. C. (2013). Randomized Experiments in Criminology. In: B. C. Welsh, A. A. Braga and G. J. N. Bruinsma (eds). *Experimental Criminology – Prospects for Advancing Science and Public Policy* (pp. 111–140). New York: Cambridge University Press.
- Finkenauer, J., Gavin, P. (1999). *Scared straight: The panacea phenomenon revisited*. Prospect Heights, IL: Waveland Press.
- Ignjatović, Đ. (2011). Novine u pravu izvršenja krivičnih sankcija Srbije, u: Đ. Ignjatović (ur.) *Kaznena reakcija u Srbiji* (s. 35–53), Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Ignjatović, Đ. (2013). *Metodologija istraživanja kriminaliteta* (2. izdanje). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Landenberger, N. A., Lipsey, M. W. (2005). The positive effects of cognitive–behavioral programs for offenders: A meta-analysis of factors associated with effective treatment, *Journal of Experimental Criminology*, 1, pp. 451–476.
- Laycock, G. (2012). Editorial — Happy Birthday? *Policing*, 6(2), pp. 101–107.
- Lipsey, M. (2009). The Primary Factors that Characterize Effective Interventions with Juvenile Offenders: A Meta-Analytic Overview. *Victims and Offenders*, 4, pp. 124–147.
- Lum, C., Yang, S. (2005). Why do evaluation researchers in crime and justice choose non-experimental methods? *Journal of Experimental Criminology*, 1, pp. 191–213.
- Maxwell, C. D., Garner, J. H., Fagan, J. A. (2002). The preventive effects of arrest on intimate partner violence: Research, policy and theory, *Criminology and Public Policy*, 2, pp. 51–80.
- Maxwell, C. D., Garner, J. H., Fagan, J. A. (2001). *The effects of arrest on intimate partner violence: New evidence from the spouse assault replication program* (Research in brief). Washington, DC: U.S. Department of Justice.
- McGloin, J. M., Thomas, K. J. (2013). Experimental Tests of Criminological Theory. In: B.C. Welsh, A. A. Braga and G.J.N. Bruinsma (eds). *Experimental Criminology: Prospects for Advancing Science and Public Policy* (pp. 15–42). Cambridge University Press.

- Pearson, F. S., Lipton, D. S. (1999). A meta-analytic review of the effectiveness of corrections-based treatment for drug abuse, *The Prison Journal*, 79(4), pp. 384–410.
- Petrosino, A., Turpin-Petrosino, C., Finckenauer, J. (2000). Well-meaning programs can have harmful effects! Lessons from experiments of programs such as Scared Straight, *Crime & Delinquency*, 46, pp. 354–379.
- Petrosino, A., Turpin-Petrosino, C., Buehler, J. (2002). „Scared Straight“ and other juvenile awareness programs for preventing juvenile delinquency, *Cochrane Database of Systematic Reviews*, Issue 2: CD002796.
- Petrosino, A. et al. (2014). *Scared Straight and other juvenile awareness programs for preventing juvenile delinquency. No. 12 of the Crime Prevention Research Review*. Washington, DC: Office of Community Orienting Policing Services.
- Rocque, M., Welsh, B. C., Raine, A. (2012). Biosocial criminology and modern crime prevention, *Journal of Criminal Justice*, 40, pp. 306–312.
- Sherman, L. W., Berk, R. A. (1984). The Specific Deterrent Effects of Arrest for Domestic Assault, *American Sociological Review*, 49 (2), pp. 261–272.
- Sherman, L. W., Smith, D. A. (1992). Crime, punishment and stake in conformity: legal and informal control of domestic violence, *American Sociological Review*, 57, pp. 680–690.
- Sherman, L., Weisburd, D. (1995). General deterrent effects of police patrol in crime hot spots: A randomized controlled trial, *Justice Quarterly* 12, pp. 625– 648.
- Sherman, L.W. et al. (1997). *Preventing Crime: What works, what doesn't, what's promising. A report to the United States Congress*. College Park, MD: University of Maryland, Department of Criminology and Criminal Justice.
- Sherman, L., Strang, H. (2007). *Restorative Justice: The Evidence*. London: Smith Institute. [www.iirp.edu/pdf/RJ_full_report.pdf].
- Sherman, L. W. (2013). Lawrence Sherman on Criminology, *Social Science Bites* (published on May 1, 2013). Intervju dostupan na: <http://socialsciencebites.libsyn.com/rss>
- Sherman, L. W., Harris, H. M. (2015). Increased death rates of domestic violence victims from arresting vs. warning suspects in the Milwaukee Domestic Violence Experiment (MilDVE), *Journal of Experimental Criminology*, 11, pp. 1–20.
- Soković, S. (2011). Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta (karakteristike, perspektive i osvrt na domaće prilike), *Crimen*, 2: 212–226.
- Weisburd, D. (2003). Ethical Practice and Evaluation of Interventions in Crime and Justice: The Moral Imperative for Randomized Trials, *Evaluation Review*, 27(3), pp. 336–354.
- Weisburd, D., Piquero, A. (2008). How Well Do Criminologists Explain Crime? Statistical Modeling in Published Studies. In M. Tonry (ed). *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 37, pp. 453–502, NCJ-242161.
- Weiss, B. et al. (2013). An independent randomized clinical trial of multi-systemic therapy with non-court-referred adolescents with serious conduct problems, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 81, pp. 1027–1039.
- Wikström, P-O. H. (2012). Individuals' Situational Criminal Actions: Current Knowledge and Tomorrow's Prospects, in: R. Loeber, B. C. Welsh (eds.) *The Future of Criminology* (pp. 55–61). Oxford: Oxford University Press.
- Young, J. (2011). *The Criminological Imagination*. Cambridge: Polity Press.
- Žunić-Pavlović, V. (2004). *Evaluacija u resocijalizaciji*. Beograd: Partenon.

Biljana Simeunović-Patić

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

EXPERIMENTAL STUDIES OF THE EFFECTIVENESS
OF CRIME CONTROL INTERVENTIONS: SIGNIFICANCE
AND LIMITATIONS

SUMMARY

This article discusses the weightiness of using experiments within criminology with reference to a number of possibilities and limitations in applying of this method. The author attempts to argue against both the overestimation of randomized controlled experiments as a „high science“ leading to derogation of analytical works and non-experimental studies, and disregarding the need of wider application of randomized experiments in evaluation of the effectiveness of crime control measures. Giving that randomized experimental design is the best way to evaluate causal hypothesis and establish causal relationships it should be applied much more frequently, but with full awareness of ethical, practical and theoretical limitations regarding its application as well as the importance of replications and follow-up studies. In most cases, randomized experiment should be optimally used as a complementary method if there is no constraints to its application. Combination of experimental and longitudinal designs appears to be particularly promising evaluation strategy which may possibly achieve both the evidence on intervention effectiveness/ineffectiveness and reduction of a distance between criminological theory and crime control practice. The article suggests researchers from the field of criminology and criminal justice in Serbia should be even more active in searching the best way to render actual scientific evidence concerning the effectiveness of crime control measures to policy makers. Even more important is to signify the importance of executing methodologically correct evaluations on crime control interventions' effectiveness, as well as potentially considerable benefits from longitudinal-experimental studies for the progress of crime prevention theory and practice.

Key words: randomized experiment, crime control interventions, evaluation of effectiveness, evidence-based crime policy.

*Ljubinka Kovačević**

Faculty of Law, University of Belgrade

THE PROBLEM OF DEFINING THE CONCEPT OF ABUSE OF SICK LEAVE ENTITLEMENT

Abstract: When an employee is temporarily unable to perform his duties for the employer, due to health issues, he is entitled to a paid leave of absence. The fact that the health of an employee and his temporary incapacity for work can not represent a valid cause for dismissal does not prevent an employer from dismissing an employee who is abusing sick leave entitlement. Now, the question becomes, does the abuse of this entitlement exist only when it is exercised against its objectives or does it also cover other types of abusive actions. Finding an answer to this question isn't possible without a broader context, determined by the key aspects of the sick leave entitlement, which is why this paper begins by examining the consequences of a temporary interruption of work, as well as the issues of establishing and proving the circumstances relevant for the approval of sick leave. The paper then identifies the objectives of sick leave approval as well as the most important cases of its manipulation; and goes on to establish behaviours that are considered, in Serbian and foreign case law, contrary to the objectives of the sick leave entitlement. When considering these behaviours, the author starts with the premise that the sick leave entitlement is primarily aimed at the fastest possible recovery and return of an employee to work, as well as at creating conditions for the most effective use of health care services, immediately upon occurrence of illness or injury, and reducing their impact to the minimum. In addition to preserving and improving employees' health and productivity, the sick leave entitlement aims to protect their economic and social security. Therefore, particular behaviours of employees can be qualified as abuse of sick leave if the consequences of such behaviours include getting unwarranted benefits. It is concluded that the abuse of the sick leave entitlement exists when an employee is using the approved sick leave for other purposes instead of treatment, when he is taking actions that prevent or hinders recovery or when he fails to follow the instructions explicitly given to him by his doctor, but also the instructions that are reasonably expected to be followed by a patient with certain health problems. Labour law sanction (termination of employment), social security law sanctions (suspension or loss of sick pay and reimbursement of the amount received) and criminal law sanctions (fine or imprisonment) for abuse of the sick leave entitlement and sick pay, have to ensure that employees are entitled to a paid sick leave only when there are valid reasons for that and only when they are actually prevented from performing their duties.

Key words: Employee's health, Paid sick leave, Abusive behaviour, Termination of employment, Compulsory health insurance, Sanctions for abuse of the sick pay.

* Assistant professor, ljubinka@ius.bg.ac.rs

1. PAID LEAVE ENTITLEMENT DUE TO ILLNESS OR INJURY OF EMPLOYEE

The right to a paid leave of absence is a right from the employment relationship that enables an employee to perform other activities during a period of time. The activities can be work related, such as vocational training, or connected with protection of private and family life, but it need not be the case. In order to use the leave of absence, an event must occur that creates the need for an employee to miss work for a certain period of time and a request for approval of the leave must be submitted to the employer. This is because the leave entitlement is exercised at the request of an employee and may only be used for a precisely defined purpose.¹ In addition, a leave of absence can occur irrespective of an employer's or employee's will, e.g. when an employee is unable to perform his duties due to illness, injury or another medical issue. However, to preserve job security and income, the protection of employment and income during temporary incapacity for work needs to exist. An important segment of that protection is *the right to continued remuneration* (sick pay), paid by the employer for the first 30 days of sick leave, and then by the Republic Health Insurance Fund. This right stems from the employment relationship and represents one of the fundamental rights of compulsory health insurance, which integrates the provisions from labour and social security laws that govern the consequences of the temporary incapacity for work.

1.1. *Temporary interruption of work and suspension of contractual rights and obligations*

Employment is not terminated during the leave of absence, and yet a *temporary interruption of work* does occur, which is often qualified as a *suspension of (implementation) of the contract of employment*.² It is, however, an imprecise definition, because during the leave of absence, only the fundamental contractual obligations and rights are suspended and not the entire contract.³ It, therefore, represents a suspension of obligations that are contingent on carrying out the work, considering that even during a leave of absence, an employee has certain (ancillary, supplementary) obligations, such as loyalty to the employer, and obligation to comply with the non compete clause and the confidentiality clause.⁴

1 Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Belgrade, 1990, p. 201.

2 Tiziano Treu, *Labour law and industrial relations in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007, p. 93.

3 Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, Emmanuel Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2008, p. 351.

4 In this sense, there is room for conclusion regarding the ambivalence of the period of suspension of the contract due to an employee's temporary incapacity for work. In that case „an employee is no longer at work, materially and directly subordinate to the employer, but rather at his home or at a health care facility for treatment or recovery, which is free or should be free from any form of interference. And yet the contract of employment does not disappear and certain contractual obligations remain“. Sylvie Bourgeot, Pierre-Yves Verkindt, „La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle“, *Droit social*, no. 1/2010, p. 59.

To fully understand the right to a paid leave of absence, it is necessary to consider the scope of authority of an employer during an employee's leave of absence, since an employer's managerial, normative and disciplinary prerogatives are, in principle, restricted to the working hours and the place of work. The employer cannot require an employee to work during a leave of absence, even in exceptional cases (such as potential or occasional work).⁵ At the same time, an employer could contact his absent employee to find out where certain documents are, if that is the only way to get that information and if the documents are needed to maintain uninterrupted operation of the company. The obligation of an employee to provide such information to his employer could not be considered working, although failing to act in accordance with the employer's request could be qualified as a violation of the loyalty clause. Refusal of an employee to provide, during his leave of absence, username and password for access to the company computer, shall be treated in the same manner. The same goes for any other behaviour that could "paralyze or seriously limit company operations", but only if it's impossible to protect the employer's interests without bothering an absent employee.⁶ Therefore, we can conclude that an employer's request for his absent employee to take certain actions, does not represent a request to carry out the work, but rather just a "measure necessary for effective operation of the company", although to evaluate its necessity, one has to consider the volume and difficulty of the request for the employee.⁷

1.2. *Establishing and proving the circumstances relevant for the approval of the sick leave entitlement*

Temporary incapacity for work represents a valid reason to be absent from work, and can be caused by occupational and other illnesses, injuries at work or non-work related injuries and other various health related issues. This is how Serbian legislation qualifies pregnancy related illness, donation of organs and tissues (with the exception of blood donation), mandatory isolation of employees who are carriers of a disease and emergence of infectious diseases in an employee's environment.⁸

5 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 10 juin 2002, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 238, according to Cyril Wolmark, *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, Dalloz, Paris, 2007, p. 69.

6 Denis Gatamel, *Le droit du travail en France: Principes et approche pratique du droit du travail*, 15^e édition, Édition Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2004, p. 127.

7 S. Bourgeot, P.-Y. Verkindt, *op. cit.*, p. 61.

8 Law on Health Insurance – LHI (*Official Gazette of the RS*, no. 107/05, 109/05, 57/11, 110/12, 119/12, 99/14 and 123/14), art. 74, para. 1, points 3–4 and 6. In light of the prohibition of sex discrimination, the Court of Justice of the European Union examined if *pregnancy related illness* can be treated as a just cause for a sick-leave scheme that provides for reduction in pay. Some experts felt that equal treatment of pregnancy related illness and other illnesses, as well as reduction in pay for employees with pregnancy related illness – leads to direct discrimination of women (Opinion of Advocate-General Léger delivered on 2 December 2004). Contrary to this opinion, in case C-191/03 (*North Western Health Board v. Margaret*), the Court concluded that in order to evaluate the justification of the sick-leave scheme that provides for reduction in pay, it is irrelevant whether the illness is pregnancy related or not. Female workers who were absent prior to maternity leave by reason of an illness related to their pregnancy, cannot sue their employer

An employee is entitled to a leave of absence due to illness of an immediate family member, or, more precisely to care for a family member or accompany him when he is admitted into a healthcare facility or sent to another city for treatment.⁹ Temporary incapacity for work can be established by the competent medical authority only in aforementioned circumstances. The chosen physician can approve absence up to 30 days, but for anything longer than that the first instance medical commission gets involved.¹⁰ This means that the justification for the absence directly depends on the *decision of experts on whether the reasons for incapacity for work exist*, meaning that an employee can prove that the conditions for the sick leave entitlement have been met only on the basis of *the report on temporary incapacity for work*, which is issued by the competent medical authority (doctor's notes). This report represents the basis for the sick pay, unless, due to the urgency of the case and severity of illness, one or both relevant authorities didn't manage to evaluate the incapacity for work, meaning that the sick pay was decided by the subsidiary of the Republic Health Insurance Fund, or the employer, on the basis of the subsequent evaluation of the relevant authority.¹¹ One should bear in mind that "the mere existence of the doctor's notes on the temporary incapacity for work, does not automatically mean that there was no abuse of the sick leave entitlement", only that one is allowed to dispute the truth of the facts laid out in this public document.¹² This ultimately means that the court can examine the truthfulness of the information provided in the doctor's notes, if they suspect their accuracy, because liability of the employee (and/or the chosen physician, or member of the medical commission) depends on it, as well as the legality of the dismissal, caused by the abuse of the sick leave entitlement.

Labour legislation, though, does not contain specific provisions on how to establish or prove the circumstances under which an employee is entitled to a sick leave, but provides for certain measures of control over the use of this entitlement. In this regard, it's important to point out that an employee is obliged to *immediately* notify his employer of his illness/injury. However, an employee shall be entitled to

for discrimination on grounds of sex, provided that the female worker is treated in the same way as a male worker who is absent on grounds of illness, and provided that the amount of payment made is not so low as to undermine the objective of protecting pregnant workers. Judgement of the Court of Justice of the European Union of 8 September 2005 (*European Court Reports* 2005, p. I-7631).

9 LHI, art. 74, para. 1, points 5 and 7.

10 LHI, art. 151, para. 1, point 11, and art. 155, para. 1, point 1, and art. 171–172; Regulation on organization and operation of medical commissions – ROOMC (*Official Gazette of the RS*, no. 44/06, 74/06, 31/07, 37/08, 61/08, 115/08, 3/10, 45/10 and 100/2011), art. 10, para. 1, point 1.

11 LHI, art. 170; Regulation on the procedure for exercising the rights from the compulsory health insurance (*Official Gazette of the RS*, no. 10/2010, 18/2010, 46/2010, 52/2010, 80/2010 and 60/2011), art. 81–82. For more information about legal nature of the judgement regarding reasons for temporary incapacity for work and its impact on the right to take a leave of absence, see Lea Zore, „Učinki odločitev pristojnih organov o obstoju zdravstvenih razlogov za zadržanost od dela v delovnih sporih“, *Delavci in delodajalci*, no. 1/2007, pp. 33–54.

12 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 573/93, of 4 March 1993, according to Zoran Ivošević, Borivoje Šunderić, Ostoja Milisavljević, *Zaštita prava u sporovima iz radnog odnosa – prvih 500 odluka Vrhovnog suda Srbije, praksa ustavnih sudova i mišljenja ministarstava za rad*, Savremena administracija, Belgrade, 1994, p. 73.

a continued remuneration (sick pay) from the point when he became incapacitated for work, even if he was unable, in spite of his best intentions, to notify his employer immediately, but did so as soon as it became possible.¹³ The employer may require an absent employee to justify his absence and may terminate his employment if he fails to do so, since one of employee's essential duties is to regularly attend work in order to put his abilities at the disposal of the employer.¹⁴ In addition, if an employer doubts the cause of an employee's absence, he may *file a complaint regarding the evaluation of temporary incapacity for work*. The decision on the complaint regarding the evaluation of the chosen physician is made by the first instance medical commission, while the task of the second instance commission is to examine the regularity of the evaluation made by the first commission and to provide an evaluation of the employer's complaint regarding the facts established by the latter commission.¹⁵ Also, the second instance commission may review the sick pay entitlement, and, at the request of the employer, the parent subsidiary or the Republic Health Insurance Fund, perform an expertise in relation to this entitlement.

-
- 13 In accordance with art. 103 of the Labour Law – LL (*Official Gazette RS*, no. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 and 75/14), an employee is obliged to provide a doctor's note to his employer, detailing the expected time of incapacitation for work, within 3 days of the start of incapacitation. In cases of serious illness, the notes shall be provided by the immediate family members or persons with whom he shares a household, while an employee who is living on his own has to provide the note within 3 days after the reasons for his incapacitation have ended. Still, we should keep in mind that the legal provisions on how to provide the doctor's notes to the employer do cause certain dilemmas, starting with the definition of a „serious illness“, considering that a serious illness may not always cause an inability of an employee to personally provide those notes, the same as some minor illnesses may cause immobility. Besides, it is unacceptable to state that in case of a serious illness the notes have to be delivered to the employer by the immediate family members or persons he shares a household with, since it can be interpreted as an obligation of the aforementioned persons to provide the doctor's notes to the employer, which is unacceptable due to the fact that they have no legal relationship with the employer. Especially because the matter of sanctions remains open in case the aforementioned persons don't provide the doctor's notes within the prescribed timeframe. This provision is in fact *lex imperfecta*, unlike the provision regulating the obligations of employees to provide the doctor's notes on temporary incapacity for work, whose violation has specifically been qualified as non-compliance with the work discipline, for which an employee can be dismissed (LL, art. 179, para. 3, point 2). Vera Kusovac, „Privremena sprečenost za rad zaposlenog“, *Pravni informator*, no. 5/2012, p. 46.
- 14 The seriousness of this breach of work obligation is evaluated *in concreto*, i.e. in light of all circumstances of a particular case. For example, the Labour Court in Liège established that the employer showed just cause for dismissal of an employee who was working as a waiter in a café and on January 1st at noon notified his employer that he is unable to work due to illness, even though he should've come to work at 11 o'clock that day. The Court stated that the employee caused difficulties for his employer; difficulties that were pretty severe considering that everything occurred on a holiday when there were more clients. Especially because the relevant medical body established that he was incapacitated for work on the 31st of December of the previous year, meaning that the employee hadn't done everything in his power to limit the foreseeable difficulties his employer was facing because of his absence. Cour du travail de Liège, 21 février 1996, Rôle général, no. 23.514/95, according to Vivane Vannes, Laurent Dear, *La rupture abusive du contrat de travail – Théorie et applications*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 201.
- 15 The employer's complaint does not have a suspensive effect, and the employee is obliged to act in accordance with the decision of the chosen physician or the first instance medical commission, irrespective of the demands of the employer, who doubts the validity of the reasons for absence. See: LL, art. 103, para. 5; LHI, art. 163; ROOMC, art. 10, para. 1, point 2, and art. 11.

1.3. Temporary incapacity for work and termination of employment

Health of an employee is a part of his private life. Therefore, it cannot be a reason for harassment due to indiscretion, which is why health related information cannot *a priori* be considered as information significant for carrying out the work.¹⁶ This is what drove the Serbian legislator, together with the efforts to eliminate health and disability discrimination, to move away from the medical fitness certificate as a general requirement for employment.¹⁷ Employee's health can, therefore, only represent a specific requirement for employment, with the amount of data an employer can collect depending on vocational requirements for individual jobs.¹⁸ The fact that the contract of employment is concluded *intuitu personae* further means that an employer has the right to get some information regarding the health of employees, only it is not possible to make an exhaustive list of exceptional cases in which an employer is allowed to collect such information. Instead, an employer, in accordance with the principle of "business necessity", may ask his employees to provide the information only if the following two cumulative conditions have been met: that the information is directly related to the entrusted tasks and that it is deemed necessary for the evaluation of professional abilities of employees.¹⁹ More precisely, this means that the employers are allowed to ask an employee or a prospective candidate to provide information about their health only if it is needed *to evaluate their ability to (existing or a future) job, or in order to meet the health and safety requirements, as well as for social security benefits.*²⁰

In addition to prohibiting the collection of data regarding health of employees, protection of the right to respect for private life also means that the health of employees *cannot* be a valid reason for termination of employment and *a fortiori* cannot be a reason to discipline employees.²¹ This inspired Jean Savatier to

16 International Labour Conference, 83rd Session, *Report III (Part 4B), Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Office, Geneva, 1996, para. 57.

17 Branko Lubarda, „Socijalna prava i dostojanstvo na radu“, *Radno i socijalno pravo*, no. 1/2008, p. 15.

18 For example, a candidate for a job that includes food contact may get asked about infectious and communicable diseases; a candidate for a job in a nuclear power plant may, in addition to strict health check ups, get asked about his family history with cancer; a candidate for a job that requires him to carry a weapon, or other high risk jobs such as a pilot or a diver may be required to have certain physical or mental abilities, while an employer who is sending his employees to work in third world countries has a legitimate right to ask for a report on vaccinations against certain diseases. More on the rights of candidates and employees to remain silent, or even provide false answers regarding their health, if they're not directly related to their employment relationship, see: S. Bourgeot, P.-Y. Verkindt, *op. cit.*, pp. 58–59.

19 „In the course of a recruitment procedure, the data collected should be limited to such as are necessary to evaluate the suitability of prospective candidates and their career potential.“ Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes, art. 4.3, para. 1.

20 See: International Labour Organization, *Protection of workers' personal data. An ILO code of practice*, International Labour Office, Geneva, 1997, art. 6.7; Recommendation No. R (89) 2, art. 10.2–10.6.

21 See International Labour Organization Convention No. 158 concerning termination of employment (*Official Gazette of the SFRY – International Agreements*, no. 4/84), art. 5.

formulate the rule on “disciplinary immunity” for personal data,²² which says that an employer doesn’t have the right to dismiss an employee for exercising the rights granted to him during temporary incapacity for work, in terms of labour and social security legislation. Any other decision would be nullified, which, in addition to protecting job security, ensures the protection of rights of employees to a private life and health. This is why the employers in the Republic of Serbia were explicitly forbidden from dismissing employees for temporary incapacity for work due to illness or injury.²³

The fact that the health of an employee and his temporary incapacity for work can not represent a valid cause for dismissal does not prevent an employer from dismissing an employee who is using sick leave contrary to its objective and taking actions towards getting that sick leave approved, or from dismissing an employee who does not use this leave of absence to get treatment and try to get healthy. It’s up to the employer to decide on a case by case basis when a specific reason will cause the dismissal of an employee, since the dismissal causes serious consequences for the employees (loss of the primary or prevailing source of livelihood), as well as certain negative effects for the employer (head-hunter costs, costs of hiring and training new workers etc.). In this regard, we should also point out that termination of employment in the Serbian Labour Law was modelled after the standards from the International Labour Organization Convention No. 158, which, as a ratified international agreement, represents an integral part of the Serbian legal system. The standards of this Convention are verified in the Revised European Social Charter,²⁴ which is why the legal rules regarding dismissal must be seen as an integral part of the *corpus* of human rights guaranteed by international instruments for protection of human rights, and by the Constitution of the Republic of Serbia.

Until July 2014, when the latest Amendment to the Labour Law entered into force, abuse of the sick leave entitlement was qualified as a separate or independent reason for dismissal (“if an employee abuses his right to a leave of absence due to temporary incapacity for work”).²⁵ This qualification was abandoned in favour of the qualification as a special form of disregard for work discipline,²⁶ although there were grounds to qualify abuse of the sick leave entitlement as a disciplinary offence, together with other forms of disloyal employee behaviour.²⁷ The prohibition of

22 Jean Savatier, „Porté de l’immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle: Cass. soc., 25 et 26 février 2003“, *Droit social*, no. 6/2003, p. 629.

23 LL, art. 183, point 1.

24 European Social Charter /Revised/ (*Official Gazette of the RS*, no. 42/09), art. 24.

25 LL, art. 179, point 6.

26 Amendments to the Labour Law (*Official Gazette of the RS*, no. 75/14), art. 75.

27 International Labour Conference, 67th Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981, p. 21. Although as a rule limited to the workplace and working hours, the place and the time of the disciplinary offence may have other determinants, provided that the breach or its consequences are work related. In this sense, „behaviour of employees outside of working hours and the workplace may be seen as a disciplinary offence only if it has or may have a negative effect on the process of work, relationships at work and performance“. Decision of the Constitutional Court of Vojvodina, U-171/83, according to Predrag Jovanović, *Radno pravo*, JP „Službeni glasnik“, Belgrade, 2003, p. 303.

abuse of the sick leave entitlement shows us that even the stronger party to the employment relationship sometimes needs protection, even though abuse in the labour law is usually associated with the unfair and disproportionate requirements of the employers and the abuse of their managerial, normative and disciplinary prerogatives. However, we should keep in mind that, in addition to protecting the interests of employers, regulation of legal consequences of abuse of the sick leave entitlement indirectly contributes to the protection of interests of employees, since it forces the employers to use this reason for dismissal only when justified. Also, protection of employees from the risks of abuse of employer's prerogatives during the leave of absence remains very important in establishing the limits of loyalty to the employers, since many types of employee abusive behaviours violate this obligation. Finally, the risk of abuse of the prerogative to control the behaviour of employees during their absence should be added, since the control measures implemented by the payers of sick pay (employers and health insurance fund) may limit the right of employees to respect for private life, which is something that will be discussed at a later point.

It's not enough to simply suspect the existence of abuse of the sick leave entitlement; in fact an employer must take certain actions to establish if there is a reason for dismissal. In this regard, it should be noted that an employer is obliged to *warn* his employee in writing of the suspected abuse of the sick leave entitlement, before terminating the contract.²⁸ This solution means that a progressive punishment system is in place, at least when an employee behaves in such a way that will allow him to continue to work there. The warning, in this case, represents a preventive measure, one that should prevent the recurrence of misconduct.²⁹ Conversely, in cases of serious disciplinary offences, warnings will not serve a corrective purpose, and will only allow employees to comment on the allegations of the employer that the conditions for dismissal have been met, since the deadline for the response represents an integral and compulsory part of the warning. This creates the conditions for the implementation of the right to a defence, as well as the conditions for implementation of international labour standards on protection of employees in the event of dismissal due to the behaviour of the employee.³⁰

28 LL, art. 180; for interpretation of this provision see Borivoje Živković, „O upozorenju“, *Radno i socijalno pravo*, no. 1–6/2005, pp. 315–330. It's interesting to note that, judging by the practice of the German Federal Labour Court, an employer may dismiss an employee without notice if an employee, in spite of the „glaring“ incapacity for work, is carrying out activities for somebody else during his sick leave. In all other cases, an employer is obliged to warn the absent worker who is carrying out activities for another person that he suspects his absence is not justified, and then the employee is expected to explain in detail why he wasn't able to perform his duties for his employer but was able to conduct business or other activities for another person. Judgement of 26 August 1993, DB 1994, p. 2534, according to Günter Halbach, Norbert Paland, Rolf Schwedes, Otfried Wlotzke, *Labour law in Germany: an overview*, 5th revised and extended edition, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994, pp. 119–120.

29 Borivoje Šunderić, „Funkcije poslodavca“, *Pravo i privreda*, no. 5–8/2002, p. 891.

30 See: International Labour Organization Convention No. 158 concerning termination of employment (*Official Gazette of the SFRY – International Agreements*, no. 4/84), art. 7; International Labour Organization Recommendation No. 166 concerning termination of employment, points 7–13.

2. OBJECTIVES OF THE SICK LEAVE APPROVAL AND THE MANIPULATION

Approval of sick leave is primarily aimed at the speediest recovery of an employee and his return to work. Additional objectives include creation of the conditions for an effective use of healthcare services, immediately upon occurrence of illness or injury, as well as reducing their effects to a minimum.³¹ Besides, approval of sick leave contributes to the prevention of development of serious diseases as well as to the limitation of the spread of infectious diseases in the workplace. In this sense, we can conclude that the main purpose of the approval of sick leave is to *preserve and improve the health and productivity of the employees*. *Protection of economic and social security of employees* can also be added to the list of its objectives, because the paid sick leave ensures *income and job security* for the employees.³²

Although most employees use their sick leave for treatment, recovery and other recognised purposes, there are some who abuse it. Certain behaviours of employees can therefore be qualified as abuse of the sick leave entitlement if the consequences of such behaviours include *getting unwarranted benefits*. This is when employees present a false medical condition or take actions that are contraindicated with their illness or injuries, in order to make a living without having to work. The health insurance system, in accordance with the principle of solidarity and reciprocity, has the need to protect its financial organisation (and financial equilibrium) by ensuring that *the employees are entitled to a paid sick leave only when there are valid reasons for that and only when those reasons actually prevent them from performing their duties for the employer*. This is one of the main reasons, together with the need to lower the cost of health insurance, why most European countries, including Serbia, have promoted for years the reduction in absences from work (the so called reduction of health related absenteeism)³³ as an important goal of their health policy and especially, the prevention of the sick leave abuse.³⁴ This goal seems justified, although

31 Xenia Scheil-Adlung, Lydia Sandner, *Wage continuation during sickness: Observations on paid sick leave provisions in times of crises*, International Labour Organization, Geneva, 2010, p. 4.

32 T. Treu, *op. cit.*, p. 93. In this sense, one can conclude that the sick leave entitlement represents „a prerequisite for access to the healthcare services and an instrument in the fight against discrimination in the workplace“. X. Scheil-Adlung, L. Sandner, *op. cit.*, p. 4.

33 In the last decade, most European countries have adopted changes to health legislation. In most cases, they included *enhancement of control over sick leave*, and the *transfer of the initial costs of sick leave to the employers* and, for the first few days of each new sick leave, to the employees as well. Besides, some countries have opted to *reduce the sick pay*, *limit the length of sick leave* but also to stimulate absent workers whose health has improved, to *work part time* for a while (Stuart C Whitaker, „The management of sickness absence“, *Occupational & Environmental Medicine*, no. 6/2001, p. 420). The decision to transfer costs of the first few weeks of a sick leave to the employers is explained by the fact that the cost of absence represents a significant financial „incentive“ for them to improve the prevention of safe and health risks, the quality of the working conditions and the control over sick leave. It is believed that the implementation of these measures will significantly reduce the number of short-term absences from work. International Labour Organization, *Social security: A new consensus*, International Labour Office, Geneva, 2001, p. 99.

34 Because of significant national differences that exist in terms of the scope of protected persons and the conditions for entitlement to sick leave, it's not easy to compare the legal regulation and

in recent years, the number of absences has been gradually decreasing, mainly due to the decrease in the number of employees (and the consequent reduction in the number of insured persons).³⁵ Besides, it's entirely possible that some employees decide against using the sick leave, even when they have every reason to use it. This is the case where employees work in spite of illness or injury, usually because they cannot allow themselves (or their families) the "luxury" of sick leave, because sick pay is lower than usual salary, except for occupational illness, injury at work and donations of tissues and organs.³⁶ In times of high unemployment rates, employers have a much greater influence over employees than what they are legally granted, especially over employees with atypical employment, who, for fear of losing their jobs, often decide against using sick leave, irrespective of the fact that the temporary incapacity for work is not a valid cause for dismissal. The same goes for the risk of indirect discrimination based on health, especially when determining who has become redundant, where the real reason for dismissal can be someone's prolonged or repeated use of sick leave.

Abuse of sick leave produces a number of adverse consequences for the employer as well as for the health insurance funds. They are not manifested only through the payment of sick pay to the persons whose behaviour goes against objectives of the sick leave, but also through a number of *organizational problems*. The worst of those problems stem from the employer's need to reallocate the tasks, organise overtime work or hire a new person in order to replace the absent worker, which is further complicated by the fact that certain changes in the organisation and management of employees cannot be planned ahead. We should also add here the risks of reduced productivity (and competitiveness) of the company and deterioration of the quality of work, as well as the emergence of new costs (the cost of sick pay, the cost of selecting the candidates for employment, the cost of hiring and training new workers, etc). At the same time, the abuse of the sick leave entitlement has a negative impact on interpersonal relationships in the workplace, since the colleagues of an absent employee are burdened with additional work. Also, the abuse of the sick leave entitlement seriously undermines the relationship between the employer and the absent employee, especially when it comes to mutual loyalty, since in most cases, the abuse of the sick leave violates the principle of good faith and the obligation of loyalty to the employer. And finally, the abuse of the sick

practice of different states and draw general conclusions. And yet, despite these limitations, we can conclude that each year, most countries „lose“, on average, 3–6% of the annual working day fund due to health related absences. According to Paul Edwards, Kay Greasley, *Absence from work*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2010, p. 2.

35 Ljubinka Kovačević, „Actualités juridiques internationales – Serbie: L'arrêt maladie abusif / Les conditions de prescription de dispositifs médicaux“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, no. 2/2012, p. 154.

36 X. Scheil-Adlung, L. Sandner, *op. cit.*, p. 2. This does not exclude work during illness, which is a new concept that the literature has termed *presenteeism*. This is a case where refraining from sick leave is motivated by loyalty to the employer and colleagues, although it is detrimental to the health of the employee, affects the quality of his work, and in case of infectious disease, represents a health risk for everybody in the workplace. P. Edwards, K. Greasley, *op. cit.*, p. 11.

leave represents a valid (“disciplinary”) cause for dismissal. Also, *the consequences that affect the chosen physician or members of the first instance medical commission* should be added here as well, because “when it comes to the abuse of sick leave, the disciplinary responsibility falls onto the person ‘taking’ a sick leave as well as the person ‘giving’ it; each in his own workplace”.³⁷ In this regard, we should bear in mind that an absence of an employee who, through irresponsible actions of his doctor or in another way, obtains a document on incapacitation for work, with the intent to use that approved leave for other purposes – shall not be considered a justified leave of absence. The same goes for the situation when an employee could’ve got his sick leave approved due to his chronic condition or another illness, but decided against requesting a sick leave or simply if he failed to use it for treatment.³⁸

The aforementioned departures from the rules of the sick leave entitlement will affect the sick pay or the employment contract. The Healthcare Law prescribes a *loss or suspension of sick pay* for the period during which the insured (the employee) abused this right. This will mostly be the case if the incapacitation for work was caused intentionally, i.e. by acute intoxication or use of psychotropic substances, or if an employee deliberately tried to prevent his recovery or failed to undergo treatment without proper cause.³⁹ The same qualification can be made if the employee, without proper cause, failed to see his chosen physician so that his capacity for work can be evaluated or if he failed to show up for the medical commission. Abuse of the sick pay entitlement also exists if the employee engages in economic or other activity which generates income during his incapacitation for work, or if he goes travelling without the approval of the relevant medical authority. In all these cases, the employee is not entitled to sick pay (regardless of its payer), for the duration of these circumstances or their consequences. If relevant facts are established after the employee has started using the right to a sick pay, the abuse will result in suspension of sick pay, with the right of the payer to reclaim the payments already made.⁴⁰ In addition, the Law on Health Insurance prescribes that the insured will be penalised

37 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 573/93, of 4 March 1993. In this regard, we should bear in mind that the mistake made by the doctor who approved the sick leave does not affect the employee if the reason for the sick leave really existed: the mistake made by the doctor (e.g. by „starting a sick leave“ on the back of a prescription) may only affect him. Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 856/94, of 16 March 1994, according to Z. Ivošević, B. Šunderić, O. Milisavljević, *op. cit.*, p. 73.

38 The Judgement of the Associated Labour Court of the SR of Serbia, no. 6546/80, of 22 October 1980, according to Dragoljub Simonović, *Radnopravna čitanka. Druga knjiga*, Službeni glasnik, Belgrade, 2009, p. 34.

39 LHI, art. 85, para. 1. Some authors have rightly raised the question on whether one can deliberately cause incapacity for work if it was the result of a *sports activity*. For example, in German case law it is considered that even if a particular sport is linked with a significant health risk, the employee who had an accident playing that sport will not be considered to have deliberately caused his incapacitation for work, assuming he acted in accordance with the rules of the sport, and didn’t clearly exceed his abilities and conditioning during that sports activity. Similarly, it is believed that the employee did not intentionally cause his incapacity for work if he was injured in a car accident, unless it occurred as a result of a serious violation of traffic safety, and the same goes in case of a legal abortion. G. Halbach, N. Paland, R. Schwedes, O. Wlotzke, *op. cit.*, p. 121–122.

40 LHI, art. 85, para. 4.

with a fine of 30.000 to 50.000 dinars if he intentionally causes his incapacity for work, deliberately prevents recovery, fails to report to the chosen physician or medical commission without a valid excuse, goes travelling without their permission during temporary incapacity for work or engages in lucrative activity.⁴¹

2.1. *Establishing the behaviours that are contrary to the objectives of the sick leave entitlement in Serbian and foreign case law*

Generally speaking, an employee can exercise his right to a sick leave *only when he is actually sick and when his temporary incapacity for work is corroborated with the findings and a report from the relevant medical authority, and when he is using that absence for treatment and recovery*. Certain limitations regarding the sick leave entitlement were acknowledged in the Serbian labour and social security legislation, thanks to the standardisation of work of the medical commissions on the length of absence for cases in which the incapacitation for work lasts longer than 30 days.⁴² Listing the examples of cases of abuse of the sick pay in the Law on Health Insurance⁴³ helps prevent abuse of the sick leave entitlement, while criminal legislation prescribes punishment for the insured employees who “simulate or cause illness or incapacity for work or in any other unlawful manner get access to social insurance rights that do not belong to them according to the law and other regulations”.⁴⁴ On the other hand, the provisions of labour legislation reaffirm the right of an employer to terminate the contract in case of abusive behaviour of employees during temporary incapacity for work, while permanent incapacity for work represents the basis for *ex lege* termination of employment.⁴⁵

Contrary to the prevailing solutions in comparative law, which include putting an exhaustive or an indicative list of behaviours that constitute abuse of the sick leave entitlement in the Labour Law, Serbian legislation indicates the reason for dismissal with a generic term “abuse of the sick leave entitlement due to temporary incapacity for work”.

To analyse the content of the reason for dismissal, we can start from the fact that in Serbian legislation, the term abuse of entitlement means exercising a right against the objective for which it was legally established or recognised.⁴⁶ In this regard, the question becomes if the reason for dismissal, that was defined in the Labour Law as “abuse of the sick leave entitlement due to temporary incapacity for work”, exists only when this right is exercised against its objective or does it also

41 LHI, art. 245.

42 Regulation on medical standards for establishing temporary incapacity for work (*Official Gazette of the RS*, no. 100/11).

43 See LHI, art. 85, para. 1.

44 Criminal Code (*Official Gazette of the RS*, no. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12 and 104/13), art. 168; for analysis of this provision see Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Belgrade, 2006, pp. 413–414.

45 LL, art. 176, point 1.

46 Law on obligations (*Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 45/89 and 57/89, and *Official gazette of the FRY*, no. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 and 44/99, and *Official Gazette of the SM*, no. 1/03), art. 13.

cover other abusive forms of exercise of the sick leave entitlement. This dilemma is significantly relativized by the fact that abusive behaviour of an employee, as a general rule, contains several reasons for illicit exercise of the sick leave entitlement, making it at the same time against its objective and contradictory (e.g. performing activities for someone else, in spite of incapacity for work).

On the other hand, the relationship between the aforementioned provision of the Labour Law and the provision of the Law on Health Insurance that establishes the cases in which the insured is not entitled to sick pay, regardless of the payer, remains unclear. Especially because the Labour Law doesn't contain even the imprecise description of the sick leave entitlement due to temporary incapacity for work, nor does it specify if it has to harm the employer (in terms of damages or other adverse effects) to be considered as abuse.⁴⁷ Actual damages should at least consist of the remuneration of the sick pay for the first 30 days of sick leave, while the foregone benefits should at least consist of the lost profits that would've been generated by the employee had he been working.⁴⁸ This vagueness causes difficulties to clearly establish in practice the existence of abuse of the sick leave entitlement, since employers in their unilateral documents, and the same goes for the social partners and their collective agreements, as a rule, do not specify which employee behaviour deviates from the objectives of the sick leave entitlement. This deficiency could be overcome if certain abusive behaviours were listed *exempli causa* in the Labour Law, the collective agreement or the employers' unilateral acts. Employers and employees would then have a clearer picture of interests to be achieved by qualifying abuse of the sick leave entitlement as a just cause for dismissal, of course, with the possibility of dismissal in other non-standardised cases of wrongful exercise of the sick leave entitlement.⁴⁹ In this sense, it is useful to look into the Serbian case law where the view is that the "spirit of the violation of the sick leave entitlement consists of employee behaviour that prevents or hinders recovery",⁵⁰ and that "the failure of workers to follow the doctor's instructions is not, in and of itself, sufficient

47 In this regard, it's interesting to point out the view of the French Court of Cassation on the connection of labour law entitlements and social security law entitlements. Social division of this court believes that non-compliance with the health insurance law provisions, in and of itself, does not constitute a just cause for dismissal. Instead, certain behaviours may be qualified as just cause for dismissal only if they affect the employer, i.e. if they seriously harm company interests. D. Gatamel, *op. cit.*, p. 127.

48 Predrag Jovanović, „Aktuelni aspekti principa zaštite zaposlenih“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, no. 3/2011, p. 156.

49 Ljubinka Kovačević, *Skrivljeno ponašanje zaposlenog i otkaz ugovora o radu – razgraničenje povrede radne obaveze od sličnih otkaznih razloga*, in: Đorđe Ignjatović (ed.), „Kaznena reakcija u Srbiji. IV deo“, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2014, p. 226. Although a successful implementation of the prohibition of abuse of the sick leave entitlement doesn't necessarily depend on enumeration of all interests it serves, the need to ensure legal certainty implies the need to *make the prohibition of abuse more specific by introducing separate rules as much as possible* „in order to be able to know upfront at least which aspects are relevant when evaluating the in/admissibility in exercising certain rights“. Vladimir V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Belgrade, 1997, p. 63.

50 The Judgement of the Associated Labour Court of the SR of Serbia, no. 774/86, according to D. Simonović, *op. cit.*, p. 37.

for a finding of abuse of sick leave”.⁵¹ Besides, the national courts deem that the abuse of the sick leave entitlement exists when “an employee is using the approved sick leave for other purposes instead of treatment, when he is taking actions that prevent recovery or when a healthy employee is using a sick leave, in which case the abuse was perpetrated by the doctor who approved such sick leave”.⁵² Also, older cases affirm the view that the abuse of sick leave to take care of a child “shall be determined in accordance with the health of the child, and not only in accordance with the actions of the employee on sick leave”.⁵³

2.1.1. Failure to follow instructions of the competent medical authority

In addition to the limitations related to establishing and proving the circumstances significant for approval of the sick leave entitlement, the lawmakers are trying to limit the abuse of this entitlement by establishing the obligation of the employees to *follow the doctor’s instructions and take the prescribed therapy* during the temporary incapacity for work. We should also add the obligation of an employee to *refrain from all unauthorised activities*⁵⁴ in the allotted time, *to be submitted to check-ups*, which includes going for a follow-up visit, as well as the right of the payer of the sick pay to organise a visit to the employee in order to check his whereabouts and whether he has taken up another activity during his sick leave etc.

Consistent application of the rules that reaffirm the obligation to follow the instructions of the relevant medical authority however, entails certain problems. Especially because the chosen physician or the first instance medical commission oftentimes don’t provide the guidelines to the employees on how to act during the temporary incapacity for work. Besides, their instructions may be imprecise and vague, and further aggravated by the fact that the healthcare workers usually give them in oral form.

With regards to the obligation of an employee to go for a check-up, it should be noted that some authors make a distinction between *medical and administrative*

-
- 51 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 2717/92, according to D. Simonović, *op. cit.*, p. 38.
 - 52 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 6952/97, according to D. Simonović, *op. cit.*, pp. 46–47.
 - 53 The Judgement of the Associated Labour Court of the SR of Serbia, no. 2878/85, according to D. Simonović, *op. cit.*, p. 36.
 - 54 In some countries the case law reaffirms that during sick leave an employee is obliged to follow the instructions explicitly given to him by his doctor, but also the *instructions that are reasonably expected to be followed by a patient with certain health problems*. For example, the Slovenian High Labour and Social Court concluded that the employee who was granted sick leave due to high blood pressure, spine problems and the risk of stroke abused his sick leave when he performed construction works during his leave. Although the doctor didn’t explicitly forbid him from doing demanding physical labour, the Court thought that such instructions weren’t needed, because it makes sense for such a patient to refrain from physical labour. Therefore, by transporting the waste material in a wheelbarrow, manually moving the building material and doing masonry the employee endangered his health and caused significant health changes, which, in the opinion of the Court, was enough to qualify it as abuse of the sick leave entitlement. Judgement of the Slovenian High Labour and Social Court, VDS03632, Pdp 256/2005, of 30 March 2006.

control.⁵⁵ The first type of check-up aims to verify the medical justification of benefits from compulsory health insurance, while the administrative check-up aims to verify if the insured is in his home, or rather in his place of residence or his domicile. In this regard, it is particularly interesting to point out the guidelines of the International Labour Organisation relating to the supervision of the health of employees. They reaffirm that employers should not require a specialist in occupational medicine to participate in control or verification of the reason for the sick leave. The role of an expert in occupational medicine should instead be limited advising the employers or workers' representatives on the health of workers in the company and health problems that affect their capacity for work, which is why they may look at the sick leave data only in order to identify possible connections between the reasons for absence and the risks in the workplace that may endanger the health of employees.⁵⁶ The aforementioned limitations are explained in the literature in the light of serious ethical dilemmas related to the request to allow an expert in occupational medicine to verify, on behalf of the employer, the reasons for the sick leave which were already established by a chosen physician or a medical commission. This request significantly affects the nature of the relationship between the expert for occupational medicine (a doctor or another healthcare worker) and the employee (as a patient) by calling into question the trust between the patient and the healthcare worker, which is why there is a fear that the employee, by wanting to "reaffirm" his integrity and loyalty to the employer, will exaggerate the symptoms of illness or refuse to discuss other possible (non health related) reasons that affected his absence from work.⁵⁷

2.1.2. *Leaving the place of residence without approval of the competent medical authority*

There are a number of rulings in French case law regarding the scope of employer's authority during the temporary incapacity for work. There is a particularly striking ruling on the legality of the dismissal of an employee who travelled abroad during his sick leave, which the employer learned *via* the postcard that the employee sent from former Yugoslavia to his colleagues with whom he shares an office in Paris.⁵⁸ While it is not difficult to imagine how such behaviour could anger the employer, the French Court of Cassation found that the employer didn't have valid ("serious and real") cause for dismissal, seeing as the employee didn't harm the company's interest with his behaviour. A question remains however, if the employee abused his sick leave entitlement, since the abuse exists not only

55 Jean-Jacques Dupeyroux, Michel Borgetto, Robert Lafore, Rolande Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, 15^e édition, Dalloz, Paris, 2005, pp. 487, 565.

56 International Labour Organization, *Technical and ethical guidelines for workers' health surveillance*, „Occupational Safety and Health Series“, No. 72, International Labour Office, Geneva, 1998, paras. 3.21–3.23.

57 S. C. Whitaker, *op. cit.*, p. 422.

58 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 juin 1998, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 323, according to Philippe Waquet, „La vie personnelle du salarié“, *Droit social*, no. 1/2004, p. 26.

when an employee goes on sick leave without actually being sick, but also when he acts contrary to the prescribed therapy or engages in activities that may prolong the recovery process. Therefore, in cases of abuse of the sick leave entitlement it's important to establish if the employee left the place of residence without the approval of the competent medical authority.

This case of abuse of the sick leave entitlement indicates the importance of regulating the measures of control of the proper use of the sick leave entitlement. The absence of regulation regarding sick leave control is always interpreted as an opportunity for the payers of sick pay (employers and the health insurance fund) to regulate this issue themselves, each one for the period when they pay the sick pay to the employee.⁵⁹ This, however, doesn't grant them absolute freedom, because their normative prerogative must be limited in this subject matter. The minimum threshold is established by the *principle of proportionality*, which says that the control of absence is permitted only if the scale and content of control suit the purpose of this measure, with minimal entry into an employee's private sphere.⁶⁰ However, despite this limitation a question remains if an employee must be warned beforehand that the payer of sick pay suspects abuse of the sick leave entitlement, as well as what will be the consequences if an employee prevents the visit. Equally critical is the question of the manner in which the employer can control whether employees adhere to the instructions of the chosen physician or the first instance medical commission concerning strict rest, restriction of certain movements, refraining from going for a walk etc. This is important because the employee is obliged to follow the doctor's instructions, risking, otherwise, to be fined for the abuse of sick leave.⁶¹ In this regard it should be noted that the domestic case law affirms the view that "failure to comply with the doctor's instructions may or may

59 Milivoje Stamatović, Vojislav Ralević, *Zakon o zdravstvenoj zaštiti: Priručnik sa komentarom, sudskom praksom, službenim pojašnjenjima i prilozima*, Grafosrem, Šid, 1980, p. 100.

60 Luka Tičar, „Varstvo osebnih podatkov in zasebnosti v delovni zakonodaji“, *Delavci in delodajalci*, no. 2–3/2007, pp. 224, 230.

61 Especially because each patient, in terms of the provisions of the Law on Healthcare (*Official Gazette of the RS*, no. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 and 93/14), is obliged to, when using healthcare, „adhere to the instructions and take therapy prescribed by the relevant healthcare worker“ (art. 43). Law on Health Insurance, however, doesn't directly establish the obligation of the insured to adhere, during temporary incapacity for work, to the medical instructions; that obligation stems from the provisions on suspension of sick pay for the insured, whom the chosen physician or the medical commission establishes failure to comply with the treatment instructions (LHI, art. 85, para. 1, point 7). In this regard, we should keep in mind that the healthcare legislation, due to an effort to reduce the number of absences, was amended in some countries so that the sick pay is now explicitly related to the condition to adhere to doctor's instructions. Such a solution was adopted by the French legislator, where the insured is obliged to comply with the doctor's instructions, to undergo check-ups organised by the service for medical control, to respect the schedule of allowed outings and to refrain from all unauthorised activities. Before the amendment was adopted (Loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, *Journal officiel RF*, du 17 août 2004, p. 14598, art. L. 323–6), these obligations were established by legal acts of the health insurance carriers, together with the measures of (medical and administrative) control, and the right of the health insurance fund to punish the insured by withholding payment of all or parts of the outstanding sick pay (*indemnités journalières*). J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, R. Ruellan, *op. cit.*, p. 487.

not be a sign of abuse of the sick leave entitlement”, as it represents “an indication that cannot, without reliable evidence, be sufficient for a finding of breach of work obligation”.⁶² The same view was taken by the Slovenian Supreme Court, in case of an employee who was established by her doctor to have temporary incapacity for work due to an operation of a benign tumour in her finger and who was told to follow the doctor’s instructions and was forbidden from leaving her place of residence except to go see a doctor.⁶³ She, however, decided to go on a summer vacation to the island of Vis, which the Court didn’t deem enough to qualify for abuse of the sick leave entitlement. This is because leaving the place of residence, as well as swimming in the sea didn’t hurt her recovery, especially since her doctor recommended to stretch her fingers in salt water. In this sense, we can conclude that during the sick leave, an employee is forbidden from behaving in a way that will prevent or poorly impact his recovery and that non compliance with doctor’s instructions doesn’t necessarily represent sufficient evidence of abuse of the sick leave entitlement.⁶⁴

The threat of punishment is there even if an employee leaves his apartment and especially if he leaves the place of residence during temporary incapacity for work. Deviations from this rule are allowed if an employee has to leave the apartment or place of residence in order to visit the doctor, or if the chosen physician or the medical commission established that doing so will not harm his recovery. This further means that if an employee wants to travel away from his place of residence during his temporary incapacity for work he must get approval from his doctor or medical commission. We should not forget that the absence of an employee during the control visit, in and of itself, doesn’t mean that he is non compliant, or abusing the sick leave entitlement.⁶⁵

Consistent implementation of the aforementioned rules is however related to certain dilemmas, primarily because the competent medical authority oftentimes fails to provide instructions to the employees on how to behave during incapacity for work, while legislators don’t regulate the way in which an employer can reliably conclude if an employee is adhering to those instructions, or if the competent medical authority has allowed travel, despite the fact that the information regarding instructions and travel is essential for employer’s assessment of abuse of the sick leave entitlement.⁶⁶ Especially because, in accordance with the rules on the protection of

62 This position was taken in deciding on the legality of the dismissal of an employee for refusing to subject himself to a laboratory analysis, as instructed (Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 2717/92, of 27 August 1992, according to: Z. Ivošević, B. Šunderić, O. Milisavljević, *op. cit.*, p. 74). Similar position was taken by the German Federal Labour Court, when it concluded that the refusal of an employee to subject himself to medical testing, in and of itself, cannot be considered a sufficient and valid cause for the employer to suspend sick pay, although it can be one of the criteria for evaluation of the situation in which an employer suspects the incapacitation of the employee for work (Judgement of 3 October 1972, DB 1973, page 144, according to G. Halbach, N. Paland, R. Schwedes, O. Wlotzke, *op. cit.*, p. 123).

63 Judgement of the Supreme Court of Slovenia, VIII Ips 455/2007, according to Etelka Korpič-Horvat, „Ustavnosodna presoja na področju individualnih delovnih razmerij“, *Delavci in delodajalci*, no. 2–3/2011, p. 314.

64 E. Korpič-Horvat, *op. cit.*, p. 314.

65 L. Tičar, *op. cit.*, p. 225

66 *Ibid.*

sensitive personal data, doctors are forbidden to discuss the health of their patients with other people as well as the diagnostic and therapeutic procedures. The data on the employee as a patient represents a *professional secret*, and the doctors have to keep it unless said employee provides a written consent or another type of clear and unambiguous consent, or the court decides differently. Hence in comparative law, the employer's evaluation of adherence to the doctor's instructions during absence from work, mostly comes down to the statement of this fact – was the employee in his apartment during the control visit or not.⁶⁷ The final assessment regarding abuse will depend on whether moving is contraindicated with the illness that the employee has, and if it is, is it preventing a faster recovery and delays his return to work further.⁶⁸ If the illness doesn't require constant lying in bed or strict rest, his absence from the apartment during the control visit doesn't represent a sign of abuse of the sick leave entitlement. For example, if an employee is absent during the control visit because he had to go to the doctor for a check-up, after which he went on to pay his taxes and the type of illness doesn't require constant rest, it isn't going to be considered abuse.⁶⁹ Also an employee who is not at home during the control visit is not abusing the sick leave entitlement if he is absent due to the suspicion of recurrence of rheumatic fever. This would be qualified differently if he had a disease that requires constant bed rest.⁷⁰

2.1.3. Performing lucrative or other activities during sick leave

Violation of loyalty to the employer is particularly evident when an employee performs economic or other activities during his absence from work. The behaviour of the employee is then contradictory to the behaviour an employer can reasonably rely on, because the employee stops working for his employer for medical reasons and yet works for somebody else during that same time. For example, it was confirmed in Serbian case law that an employee is abusing his sick leave entitlement if the sick leave commission finds him operating a machine that he usually operates for his employer, even though he was told to rest.⁷¹ The same applies to an employee who does mechanical work in his friend's garage, despite the fact that

67 Confirmation comes from a large number of judgements in Slovenian courts concerning termination of employment (without notice) due to abuse of the sick leave entitlement. L. Tičar, *op. cit.*, p. 223.

68 The Judgement of the Associated Labour Court of the SR of Croatia, no. SZ-1171/85, of 22 March 1985. Travel to the seaside for faster recovery cannot be qualified as abuse of the sick leave entitlement even when rehabilitation is carried out without professional supervision (The Judgement of the Associated Labour Court of the SR of Croatia, no. SZ-5815/85, of 22 December 1985). According to: Jadranko Crnić, *Disciplinska odgovornost radnika. Primjena novela ZUR-a, republičkih i pokrajinskih propisa o disciplinskoj odgovornosti*, Informator, Zagreb, 1988, pp. 87–88.

69 In Judgement Rev. 6952/97, Supreme Court of Serbia concluded that conditions have not been met to apply the disciplinary measure of dismissal, for an employee who on the day of the control visit by the employer „went to see his doctor and paid his taxes and electrical bills on the way there“. D. Simonović, *op. cit.*, pp. 46–47.

70 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 856/94, of 16 March 1994, according to Z. Ivošević, B. Šunderić, O. Milisavljević, *op. cit.*, p. 73.

71 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. II no. 1356/06, of 23 November 2006, *Izbor sud-ske prakse*, no. 12/2009, p. 56.

he is on sick leave due to issues with the spine,⁷² as well as for an employee who was caught hoeing corn during temporary incapacity for work.⁷³ The abuse of the sick leave entitlement exists if an employee performs agricultural activities on his own or on somebody else's land when he is incapacitated for work. This is why the Serbian Associated Labour Court took a stand that the work on own land should be considered as another activity (besides economic activity) that earns an employee income during temporary incapacity for work.⁷⁴

Similar reasons have prompted the Serbian Supreme Court to qualify the case of a nurse, who was selling produce at the green market during her sick leave, as abuse of the sick leave entitlement, because it couldn't have been considered "a form of therapy", considering her illness.⁷⁵ Adversely, "there is no abuse of sick leave when an employee performs activities that do not hinder recovery or worsen his condition",⁷⁶ as was the case with an employee who attended meetings during his sick leave, because that activity did not aggravate his condition.⁷⁷ Courts had the

72 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. no. 448/07, of 23 May 2007, according to Snežana Andrejević, „Praksa Vrhovnog suda Srbije u sporovima iz radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, no. 1/2008, p. 146.

73 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. no. 1576/07, of 28 November 2007, according to S. Andrejević, *op. cit.*, p. 146. This „streak“ stops with the Judgement of the Appellate Court in Belgrade Gz1 2595/10, of 7 April 2010, which confirmed that there was no abuse of the sick leave entitlement by an employee who sold cigarettes and chewing gum in the street during his sick leave, and did so in a spot where his colleagues and managers saw him. The Court concluded that this activity didn't hinder or delay the employee's recovery in spite of the physical effort needed to stand for long periods of time in the street during the winter. The Court concluded that „if the plaintiff had hindered his recovery, which wasn't the case, the disciplinary offence would have existed, irrespective of his financial situation“. This ultimately means that the only thing relevant to the Court was whether the employee was hindering his recovery, while totally ignoring the fact that by selling stuff during his sick leave he acted contrary to the objective of the sick leave and violated the loyalty principle. According to the Judgement available at <http://bg.ap.sud.rs/cr/art.s/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/gz1-2595-10.html>, 12 March 2012.

74 The legal position of the Council for monitoring social phenomena of the Associated Labour Court, of 8 April 1981, according to Rajko Sudžum, „Prava radnika u slučaju povrede na radu i profesionalne bolesti“, *Savremena praksa*, May 1989, p. 42.

75 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. no. 7002/97, of 21 January 1998, <http://www.vrh.sud.yu>, 17 January 2009. To be compared with the Judgement of the Associated Labour Court of Vojvodina, no. Sz. 903/79, of 28 September 1979 („the employee did not abuse sick leave by working in the field during his sick leave, because it is the opinion of the expert that, for this specific illness, these types of activities will help speed up his recovery“). According to Predrag Jovanović, *Priručnik o odgovornosti radnika i prestanku radnog odnosa*, Grafosrem, Šid, 1985, p. 105.

76 Judgement of the Supreme Court of Serbia, Rev. 1089/2002, according to D. Simonović, *op. cit.*, p. 49.

77 In this case, the employee was on sick leave due to hypertension, and he was advised to leave the house if the weather permitted it and he felt up to it (Judgement of the Appellate Court in Novi Sad, Gz. 155/13, of 6 February 2013, *Izbor sudske prakse*, no. 9/2014, p. 58). A similar view was taken by the Supreme Court of Serbia in a Judgement Rev. 1077/07, of 18 June 2008, in which it was confirmed that the employee, who was on sick leave, but attended the board meeting, didn't abuse the sick leave entitlement, because she didn't aggravate her health, nor hinder her recovery (*Izbor sudske prakse*, no. 6/2009, p. 60). The Judgement of the Appellate Court in Novi

same reasoning with regards to occupational therapy which was prescribed to an employee by the competent medical authority.⁷⁸ Similarly, the case law of the French Court of Cassation has reaffirmed that performance of certain activities during sick leave *don't* automatically imply the violation of loyalty to the employer, unless that specific activity shows that the employee's medical condition has improved and that he is no longer incapacitated for work.⁷⁹ Social division of this court viewed the dismissal of a mechanic as justified, because he was fixing a car (with an assistant), as well as the dismissal of an employee who worked as a mason during his sick leave.⁸⁰ On the other hand, there was no valid cause in the dismissal of an employee who occasionally did some humanitarian work during his leave of absence.⁸¹

3. CONCLUSION

Employee protection in case of dismissal requires a balance between the requirement to protect the dignity of an employee and job security, on the one hand, and the requirement to preserve employer autonomy in matters affecting his business, on the other hand. The latter request includes the right of an employer to dismiss employees for just cause in relation to their behaviour, including the abuse of the sick leave entitlement. This is because in case of abuse, employees gain unwarranted benefits or realise their interests that differ from the interests for which they were granted sick leave and sick pay entitlements. The legal system, therefore, cannot support the fact that these rights are used for achievement of interests that are not related to the treatment and recovery of employees, or improvement of their health and productivity. This is why an employee can be punished by being dismissed, if his behaviour during temporary incapacity for work has the characteristics of abuse.

Implementation of this valid reason for dismissal, however, has faced many problems. Most of these problems are related to the concept of abuse of the sick leave entitlement. Adding to the problem is the fact that the use of the sick

Sad, Gz. 1206/12, of 5 November 2012, is of a similar meaning and yet contains highly peculiar facts. Peculiar because the employee in question held the position of a chairman of the Union of industrial workers, as well as because she interrupted her sick leave at personal request in order to attend a technical seminar in Germany, and then continued her sick leave upon return from the seminar for the same back problems. The Court concluded that she didn't abuse the sick leave entitlement nor breached the work obligation for two reasons. First, because in the period in question she didn't use her right to a paid sick leave, but rather her right to an unpaid leave, which was granted by her employer, and second, because in the opinion and findings of experts, she didn't hinder her recovery by attending the seminar, and the interruption of sick leave, travel and continuation of medical treatment didn't significantly affect the duration of treatment nor lead to the deterioration of her health. *Izbor sudske prakse*, no. 1/2014, p. 59.

78 Judgement of the Associated Labour Court of Serbia, no. 5934/88, according to D. Simonović, *op. cit.*, p. 37.

79 D. Gatumel, *op. cit.*, p. 127.

80 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 21 octobre 2003, according to D. Gatumel, *op. cit.*, p. 127.

81 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 11 juin 2003, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, n° 02-42818, according to Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I: Les relations individuelles de travail*, P.U.F., Paris, 2011, p. 407.

leave entitlement is poorly regulated, especially as it relates to the verification of employees' compliance with the doctor's orders and if they are leaving the place of residence without approval of the competent medical authority. The clearing of these ambiguities would surely contribute to the effective limitation and punishment of abusive employees behaviours during their leave of absence. Besides, certain contribution to the reduction of sick days could come from a consistent implementation of rules related to the responsibility of employers in preventing risks, as well as other aspects of health and safety at work, considering that they have been made responsible for payment of sick pay in the first few weeks of the temporary incapacity for work, which can represent an incentive to take actions towards improving the quality of the working conditions and a more effective control of the appropriate use of sick leave.⁸² At the same time, what contributes to the prevention of abuse of the sick leave entitlement is drafting and implementing modern professional criteria for evaluation of temporary incapacity for work, in order to ensure that the employees are entitled to sick leave only when there are valid reasons for that and only during the time they are *actually* prevented from performing their duties. Hence, there is room to require that when drafting and implementing labour law and social security law provisions that are directly or indirectly related to the temporary incapacity for work, as well as when adjusting them to the society's development needs (especially in light of the requirements for establishing and maintaining the financial equilibrium of the health insurance system), the spirit of the labour and social rights not be undermined. This especially means that the labour and social security legislation and practice must not betray the objectives of the sick leave entitlement, which revolve around preserving and improving the health of the employees, ensuring their income and employment security and eliminating discrimination of employees based on their health or family responsibilities.

REFERENCES

- Snežana Andrejević, „Praksa Vrhovnog suda Srbije u sporovima iz radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, no. 1/2008, pp. 127–162.
- Sylvie Bourgeot, Pierre-Yves Verkindt, „La maladie du salarié au prisme de la distinction de la vie personnelle et de la vie professionnelle“, *Droit social*, no. 1/2010, pp. 56–64.
- Jadranko Crnić, *Disciplinska odgovornost radnika. Primjena novela ZUR-a, republičkih i pokrajinskih propisa o disciplinskoj odgovornosti*, Informator, Zagreb, 1988.
- Jean-Jacques Dupeyroux, Michel Borgetto, Robert Lafore, Rolande Ruellan, *Droit de la sécurité sociale*, 15^e édition, Dalloz, Paris, 2005.
- Paul Edwards, Kay Greasley, *Absence from work*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2010.

82 Frans Pennings, „The responsibility of the modern enterprise in the reduction of sickness and the promotion of reintegration of disabled workers“, in: Yvonne Konijn, Frans Pennings, Albertine Veldman (eds), *Social responsibility in labour relations – European and comparative perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, 2008, pp. 229–230.

- Günter Halbach, Norbert Paland, Rolf Schwedes, Otfried Wlotzke, *Labour law in Germany: an overview*, 5th revised and extended edition, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994.
- Denis Gatumel, *Le droit du travail en France: Principes et approche pratique du droit du travail*, 15^e édition, Édition Francis Lefebvre, Levallois-Perret, 2004.
- International Labour Conference, 67th Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981.
- International Labour Conference, 83rd Session, *Report III (Part 4B), Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Office, Geneva, 1996.
- International Labour Organization, *Protection of workers' personal data. An ILO code of practice*, International Labour Office, Geneva, 1997.
- International Labour Organization, *Technical and ethical guidelines for workers' health surveillance*, „Occupational Safety and Health Series“, no. 72, International Labour Office, Geneva, 1998.
- International Labour Organization, *Social security: A new consensus*, Geneva, International Labour Office, Geneva, 2001.
- Zoran Ivošević, Borivoje Šunderić, Ostoja Milisavljević, *Zaštita prava u sporovima iz radnog odnosa – prvih 500 odluka Vrhovnog suda Srbije, praksa ustavnih sudova i mišljenja ministarstava za rad*, Savremena administracija, Belgrade, 1994.
- Predrag Jovanović, *Priručnik o odgovornosti radnika i prestanku radnog odnosa*, Grafosrem, Šid, 1985.
- Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Službeni glasnik, Belgrade, 2003.
- Predrag Jovanović, „Aktuelni aspekti principâ zaštite zaposlenih“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, no. 3/2011, pp. 141–161.
- Etelka Korpič-Horvat, „Ustavnosodna presoja na području individualnih delovnih razmerij“, *Delavci in delodajalci*, no. 2–3/2011, pp. 311–332.
- Ljubinka Kovačević, „Actualités juridiques internationales – Serbie: L'arrêt maladie abusif / Les conditions de prescription de dispositifs médicaux“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, no. 2/2012, pp. 154–155.
- Ljubinka Kovačević, *Skrivljeno ponašanje zaposlenog i otkaz ugovora o radu – razgraničenje povrede radne obaveze od sličnih otkaznih razloga*, in: Đorđe Ignjatović (ed.), „Kaznena reakcija u Srbiji. IV deo“, University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2014, pp. 213–238.
- Vera Kusovac, „Privremena sprečenost za rad zaposlenog“, *Pravni informator*, no. 5/2012, pp. 40–48.
- Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I: Les relations individuelles de travail*, P.U.F., Paris, 2011.
- Branko Lubarda, „Socijalna prava i dostojanstvo na radu“, *Radno i socijalno pravo*, no. 1/2008, pp. 9–37.
- Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, Emmanuel Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2008.
- Frans Pennings, „The responsibility of the modern enterprise in the reduction of sickness and the promotion of reintegration of disabled workers“, in: Yvonne Konijn, Frans Pennings, Albertine Veldman (eds), *Social responsibility in labour relations – European and comparative perspectives*, Kluwer Law International, The Hague, 2008, pp. 223–238.

- Jean Savatier, „Porté de l’immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle: Cass. soc., 25 et 26 février 2003“, *Droit social*, no. 6/2003, pp. 625–630.
- Xenia Scheil-Adlung, Lydia Sandner, *Wage continuation during sickness: Observations on paid sick leave provisions in times of crises*, International Labour Organization, Geneva, 2010.
- Dragoljub Simonović, *Radnopravna čitanka. Druga knjiga*, Službeni glasnik, Belgrade, 2009.
- Milivoje Stamatović, Vojislav Ralević, *Zakon o zdravstvenoj zaštiti: Priručnik sa komentarom, sudskom praksom, službenim pojašnjenjima i prilogima*, Grafosrem, Šid, 1980.
- Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Rajko Sudžum, „Prava radnika u slučaju povrede na radu i profesionalne bolesti“, *Savremena praksa*, May 1989.
- Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Belgrade, 1990.
- Borivoje Šunderić, „Funkcije poslodavca“, *Pravo i privreda*, no. 5–8/2002, pp. 882–892.
- Luka Tičar, „Varstvo osebnih podatkov in zasebnosti v delovni zakonodaji“, *Delavci in delodajalci*, no. 2–3/2007, pp. 213–230.
- Tiziano Treu, *Labour law and industrial relations in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.
- Vivane Vannes, Laurent Dear, *La rupture abusive du contrat de travail – Théorie et applications*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- Vladimir V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Belgrade, 1997.
- Philippe Waquet, „La vie personnelle du salarié“, *Droit social*, no. 1/2004, pp. 23–29.
- Stuart C. Whitaker, „The management of sickness absence“, *Occupational & Environmental Medicine*, no. 6/2001, pp. 420–424.
- Cyril Wolmark, *La définiton prétorienne. Étude en droit du travail*, Dalloz, Paris, 2007.
- Lea Zore, „Učinki odlučitev pristojnih organov o obstoju zdravstvenih razlogov za zadržanost od dela v delovnih sporih“, *Delavci in delodajalci*, no. 1/2007, pp. 33–54.

Ljubinka Kovačević

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

PROBLEM KONCEPCIJSKOG ODREĐENJA ZLOUPOTREBE PRAVA NA ODSUSTVO SA RADA ZBOG ZDRAVSTVENIH RAZLOGA

REZIME

Zaposlenom koji je, zbog zdravstvenih razloga, privremeno sprečen da obavlja poslove za poslodavca pripada pravo na plaćeno odsustvo sa rada. Korišćenje ovog prava ne može predstavljati opravdani razlog za otpuštanje zaposlenog, osim ako on svesno i smišljeno postupa u cilju odobravanja prava na odsustvo protivno njegovoj nameni ili ako otežava proces ozdravljenja. Sa druge strane, zloupotreba prava na naknadu zarade za vreme privremene sprečenosti zaposlenog za rad je sankcionisana socijalnopravnim (obustava isplate ili gubitak naknade zarade i povraćaj primljenog iznosa) i krivičnopravnim sankcijama (novčana

kazna ili kazna zatvora za osiguranika-zaposlenog koji na protivpravan način postigne da mu se prizna naknada zarade), ne bi li se obezbedilo da zaposleni ostvaruje pravo na odsustvo i naknadu zarade samo ako za to postoje opravdani razlozi i samo dok ga ti razlozi stvarno sprečavaju da obavlja povereni posao.

Srpskim Zakonom o radu nije utvrđen, čak, ni neprecizan, opis sadržine prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad, niti je određeno da li je za postojanje zloupotrebe potrebno da korišćenje prava škodi poslodavcu. S tim u vezi, otvara se pitanje da li zloupotreba prava na odsustvo postoji samo u slučajevima protivciljnog korišćenja ovog prava ili su njome pokriveni i drugi vidovi njegovog abuzivnog ostvarivanja. Budući da je pronalaženje odgovora na ovo pitanje nemoguće bez njegovog smeštanja u jedan širi kontekst, koji određuju ključni aspekti prava zaposlenog na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad, u radu je, najpre, razmotreno pitanje utvrđivanja i dokazivanja okolnosti od značaja za priznavanje prava na odsustvo, kao i posledice prekida rada (i suspenzije osnovnih prava i obaveza iz ugovora o radu). Nakon toga su identifikovani ciljevi priznavanja prava na odsustvo i najvažniji slučajevi njihovog izigravanja. To je uključilo i identifikaciju ponašanja koja se u domaćoj i stranoj sudskoj praksi redovno smatraju suprotnim ciljevima prava na odsustvo.

U razmatranju ovih ponašanja, polazi se od postavke da je priznavanje prava na odsustvo usmereno na oporavak i najbrži mogući povratak zaposlenog na rad, kao i na stvaranje uslova za delotvorno korišćenje usluga zdravstvene zaštite odmah po nastanku bolesti ili povrede, te svodenje njihovih posledica na najmanju meru. Pored očuvanja i unapređenja zdravlja i produktivnosti zaposlenog, priznavanje prava na plaćeno odsustvo ima za cilj i zaštitu ekonomske i socijalne sigurnosti zaposlenog. Određeno ponašanje se, otud, može kvalifikovati kao zloupotreba prava na odsustvo ako ima za posledicu sticanje neosnovanih povlastica, jer zaposleni lažno predstavlja svoje zdravstveno stanje ili preduzima radnje koje su kontraindikovane njegovoj bolesti ili povredi ne bi li, bez rada, ostvarivao sredstva za život. Pojmom zloupotrebe prava na odsustvo pokriveno je i ponašanje kojim se sprečava ili otežava ozdravljenje zaposlenog, s tim što njegovo nepostupanje po uputstvima lekara, samo po sebi, ne može biti dovoljno za zaključak o zloupotrebi. Primena ovih i drugih kriterijuma za kvalifikaciju zloupotrebe prava na odsustvo skopčana je, međutim, sa više izazova, uključujući i neuređenost kontrole korišćenja prava na odsustvo, što zakonske odredbe o otkazu ugovora o radu zbog zloupotrebe ovog prava može lišiti svake pravne sadržine, a time i svrhe potvrđivanja. U tom smislu je u zaključnim razmatranjima ukazano na potrebu da se popune uočene pravne praznine, a određene zakonske odredbe učine jasnijim i izvesnijim.

Ključne reči: Zdravstveno stanje zaposlenog. – Plaćeno odsustvo sa rada. – Abuzivno ponašanje. – Otkaz ugovora o radu. – Obavezno zdravstveno osiguranje. – Sankcije za zloupotrebu prava iz socijalnog osiguranja.

Vanja Bajović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIVIČNO PRAVO I INTERNET

– (Ne)mogućnost suzbijanja kompjuterskog kriminala
klasičnim krivičnopravnim mehanizmima –

Apstrakt: U radu se razmatra pitanje primenjivosti osnovnih krivičnopravnih principa na tzv. sajber prostor i krivična dela učinjena u njemu. Sa materijalnopravnog aspekta kompjuterski kriminal dovodi u pitanje teritorijalni princip, načelo zakonitosti i načelo krivice. Sa procesnog aspekta problemi se ogledaju u neprijavlivanju i neprepoznavanju ovih krivičnih dela, teškoćama u identifikaciji učinioca i prikupljanju digitalnih dokaza, uspostavljanju nadležnosti i t. sl. Stoga se nameću pitanja da li su postojeći krivičnopravni mehanizmi adekvatno sredstvo u borbi protiv kompjuterskog kriminaliteta? Da li prednost dati slobodi Interneta ili jačoj kontroli nad „mrežom“? U kojoj je meri Internet zaista slobodan i da li nam anonimnost i neprepoznatljivost na Internetu zapravo samo pružaju iluziju slobode?

Gljučne reči: Sajber prostor, kompjuterski kriminal, teritorijalni princip, digitalni dokazi.

1. UVOD

Pre par meseci u domaćim medijima pojavila se vest da su hakeri, ulazeći u kompjuterske baze podataka, došli do matičnih brojeva, telefonskih brojeva, brojeva računara i drugih ličnih podataka građana Srbije. Uz prvobitni strah od masovne zloupotrebe i prikriveno divljenje takvoj „računarskoj veštini“ vest je za par dana zaboravljena po principu „svakog čuda tri dana dosta“ i potisnuta naslovima o svirepim ubistvima, milionskim krađama i drugim „realno opipljivim“ krivičnim delima koja se dešavaju u našem okruženju. Opipljiva, „materijalna“ krađa lične karte ili kreditne kartice svakako bi izazvala veću paniku nego „neka tamo“ virtualna krađa matičnog broja i ostalih podataka koja nas i ne brine toliko, sve dok u rukama imamo „originalni“ primerak identifikacionog dokumenta. Dok je u SAD-u prošle godine kompjuterski kriminal prepoznat kao najveća pretnja nacionalnoj bezbednosti koja je odnela prevagu nad terorizmom, špijunažom i oružjem za masovno uništenje,¹ stiže se utisak da je u našoj javnosti još uvek nedovoljno razvijena svest o opasnosti i razmerama ove pojave.

Sa razvojem modernih tehnologija raste i značaj sajber prostora i sve više svakodnevnih aktivnosti se prebacuje u ovu „virtuelnu“ sferu, počevši od trgovine, bankarskog i berzanskog poslovanja, preko saobraćaja, zdravstva, obrazovanja, pa do svakodnevne komunikacije i druženja. Tako je, po nekim procenama, broj internet korisnika u periodu od decembra 2000. do juna 2014. porastao sa 361 milion na 7,2

* docent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 2014 US State of Cybercrime Survey, available at: http://www.pwc.com/en_US/us/increasing-it-effectiveness/publications/assets/2014-us-state-of-cybercrime.pdf

milijarde, odnosno za 741%, uz konstantnu tendenciju daljeg rasta.² Logično da ni kriminalci nisu ostali „kompjuterski nepismeni“ te da uspešno koriste sve prednosti tehnologije koja znatno olakšava pranje novca, preprodaju droge, trgovinu oružjem, dečiju pornografiju i brojna druga krivična dela, a predviđa se da će u narednih dvadesetak godina „tradicionalni“ kriminal u velikoj meri biti zamenjen kompjuterskim kriminalitetom.³ Korišćenjem kompjutera izvršenje krivičnih dela postaje bezbednije, jer ne zahteva fizičko prisustvo učinioca, „jeftinije“ obzirom da su troškovi izvršenja svedeni na minimum, organizovanije, jer omogućava lakšu koordinaciju i razmenu informacija između saučesnika koji se nalaze u različitim delovima sveta, a ova krivična dela sama po sebi imaju globalnu dimenziju jer se žrtve često nalaze na drugom kraju planete. Pored toga, po visini materijalne štete koju izaziva, kompjuterski kriminalitet se smatra najopasnijim oblikom kriminaliteta u ljudskoj istoriji.⁴

Imajući to u vidu nameće se pitanje da li su postojeći krivično pravni mehanizmi adekvatno sredstvo reagovanja na krivična dela izvršena u sajber prostoru ili ta specifična virtuelna oblast koja ne poznaje državne granice i omogućava apsolutnu anonimnost, zahteva posebnu regulativu?

2. PROBLEM DEFINISANJA KOMPJUTERSKOG KRIMINALITETA

Iako se poslednjih godina sve više govori o kompjuterskom kriminalu, visokotehnološkom (*High tech*) kriminalu i sajber (ili kiber) kriminalu, ne postoji jedinstvena opšteprihvaćena definicija ovih pojmova,⁵ pa čak ni saglasnost u pogledu toga da li se radi o istim pojmovima. Po jednom mišljenju sajber kriminal podrazumeva krivična dela kod kojih su računar i računarski podaci predmet napada (unošenje i širenje računarskih virusa, tzv. „hakovanje“ ili neovlašćen pristup računaru i elektronskim podacima, itd.) dok bi kompjuterski kriminal podrazumevao sva krivična dela kod kojih je kompjuter sredstvo izvršenja (računarske ili online prevare,

2 Internet World Stats, Internet Usage Statistics, The Internet Big Picture, World Internet Users and Population Stats, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

3 Kao dokaz za ovu tvrdnju navode se klasična razbojništva izvršena u bankama, koja su između 2011. i 2012. godine opala za 23%. Vidi: Glassberg J, *The Future of Crime: 8 Cyber-Crimes to Expect in Next 20 Years*, FOXBusiness, May 14, 2014, dostupno na: <http://www.foxbusiness.com/personal-finance/2014/05/14/future-crime-8-cyber-crimes-to-expect-in-next-20-years/>

4 Primera radi, 2013 godine 7% kompanija registrovanih u SAD-u pretrpelo je štetu veću od milion dolara, dok je 19% kompanija bilo oštećeno iznosima od 50.000 do milion dolara. PwC US, *US State of Cybercrime Survey*, 2014. Dostupno na: http://www.pwc.com/en_US/us/increasing-it-effectiveness/publications/assets/2014-us-state-of-cybercrime.pdf

Prema procenama UNODC-a godišnji gubici usled kompjuterskog kriminaliteta kreću se u raponu od 555 miliona i 13 milijardi dolara, ali imajući u vidu da se najveći broj ovih krivičnih dela ne prijavljuje, iznosi i premašuju ove cifre. UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*, February 2013, dostupno na: http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf

5 Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u borbi protiv visokotehnološkog kriminala visokotehnološki kriminal se definiše kao „vršenje krivičnih dela kod kojih se kao objekat ili sredstvo izvršenja krivičnih dela javljaju računari, računarski sistemi, računarske mreže, računarski podaci, kao i njihovi proizvodi u materijalnom ili elektronskom obliku.“ (član 2).

sajber terorizam, krađe identiteta, širenje dečije pornografije i t. sl).⁶ Po drugom mišljenju sajber kriminal obuhvata svaku aktivnost u kojoj su kompjuteri ili Internet sredstvo, meta ili mesto kriminalne delatnosti, a kompjuterski kriminal je širi pojam, jer podrazumeva i dela izvršena mimo „mreže“ koja pogađaju samo jedan kompjuterski sistem (primera radi određeni bankomat).⁷ Čisto jezički posmatrano, kompjuterski kriminal bi se odnosio samo na krivična dela izvršena putem računara ili kod kojih je računar objekt zaštite, visokotehnološki kriminal bi pored toga obuhvatao i druga krivična dela izvršena putem tzv. *smart* tj. pametnih uređaja (mobilni telefoni) ili na jednom uređaju (bankomati), dok bi sajber kriminal podrazumevao sva krivična dela izvršena na internetu u tzv. sajber ili kiber prostoru (*cyberspace-u*), što opet nameće problem definisanja ovog prostora.⁸ Za potrebe ovog rada, prihvaćemo definiciju NASA-e koja ovaj prostor određuje kao povezanu mrežu informacija koja uključuje internet, telekomunikacione mreže i kompjuterske sisteme.⁹

Teškoće definisanja ovih pojmova su razumljive, imajući u vidu da je konstantan razvoj moderne tehnologije nemoguće „ukalupiti“ u krute, formalnopravne pojmove. U radu se pojmovi kompjuterskog ili sajber kriminaliteta uzimaju kao sinonimi i obuhvataju sva krivična dela kod kojih je računar odnosno drugi uređaj za prenos elektronskih podataka jedino ili pomoćno sredstvo izvršenja ili objekt zaštite. Tako posmatrana ova krivična dela mogu se svrstati u tri kategorije:

1. Krivična dela kod kojih su objekat napada računar i računarski podaci (širenje računarskih virusa, računarska sabotaža, neovlašćen pristup računaru i računarskim podacima i t. sl.), a koja su u našem pravu regulisana glavom XXVII KZ-a.¹⁰

6 EUROPOL, *High Tech Crimes Within the EU: Old Crimes New Tools, New Crimes New Tools*, August, 2007, dostupno na: https://www.enisa.europa.eu/activities/cert/events/files/ENISA_Europol_threat_assessment_2007_Dileone.pdf

7 Marco Gercke, (Ed.), *Understanding cybercrime: Phenomena, challenges and legal response*, September, 2012., Dostupno na: www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html

8 Reč je naime o terminu koji je u svakodnevnu upotrebu došao iz romana naučne fantastike. Prvi ga je upotrebio pisac V. Gibson (William Gibson) opisujući ga kao „Zajedničku, svakodnevnu halucinaciju milijarde ljudi širom sveta...Grafičko predstavljanje podataka abstrakovanih iz svih kompjutera u ljudskom sistemu. Nezamislivo složeni paralelni svet kreiren iz prostranstva ljudskog uma“ Drugi pisac, M. Benedikt (Michael Benedikt) ga definiše kao „Novi univerzum, paralelni univerzum sačinjen od svetskih kompjuterskih i komunikacionih veza u kome kompjuterski ekran postaje svet, virtuelni svet...carstvo potpunih informacija“. O tome: M. Chawki, *A Critical Look at the Regulation of Cybercrime- a Comparative Analysis with Suggestions for Legal Policy*, Available at: <http://www.crime-research.org/articles/Critical/str>. 6. Sama reč sajber koja se odomaćila u našem jeziku, potiče naime iz starogrčkog termina „kiber“ pa se smatra da je prihvatljivije govoriti o kiber kriminalitetu. Vidi: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog Zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 663.

9 National Security Agency, *Statement for the Record, Lieutenant General Keith Alexander, Commander, Joint Functional Component Command for Network Warfare, Before the House Armed Services Committee, Terrorism, Unconventional Threats, and Capabilities Subcommittee*, May 5, 2009, http://www.nsa.gov/public_info/speeches_testimonies/5may09_dir.shtml

10 Ova krivična dela obuhvataju: oštećenje računarskih podataka i programa, računarsku sabotažu, pravljenje i unošenje računarskih virusa, računarsku prevara, neovlašćen pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka, sprečavanje i ograničavanje pristupa javnoj računarskoj mreži, neovlašćeno korišćenje računara ili računarske mreže, pravljenje, na-

2. Krivična dela koja se mogu izvršiti kako u realnom tako i u „sajber“ okruženju, i kod kojih računar olakšava i modifikuje klasične načine izvršenja. Tu primera radi spadaju različite online prevare, krađe identiteta, krivična dela protiv intelektualne svojine, širenje dečije pornografije i t. sl. Kod ovih krivičnih dela nameće se pitanje da li ih treba tretirati na isti način kao klasična krivična dela ili je neophodna posebna regulativa. Naš zakonodavac posebno reguliše računarsku prevaru koja se od krivičnog dela prevare razlikuje po tome što ne sadrži element dovođenja ili održavanja u zabludi nekog lica (čl. 301 KZ RS), kao i krivično delo iskorišćavanja računarske mreže ili komunikacije drugim tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (čl. 185b).
3. Krivična dela koja se mogu izvršiti samo u realnom, fizičkom prostoru, ali računar može na neki način olakšati njihovo izvršenje. Tako primera radi, učinilac ne može preko računara ubiti ili silovati žrtvu, ali mu internet može olakšati da pronađe i ugovori „dejt“ sa potencijalnom žrtvom. Ilustrativan u tom smislu je slučaj koji je nedavno potresao Srbiju kada su francuski državljani, videvši preko *Facebooka* slike devojčice koja podseća na njihovu ćerku, pokušali da izvrše otmicu deteta. Međutim, pitanje je koliko će dugo ova krivična dela biti izuzeta iz sajber prostora jer razvoj moderne tehnologije sve više približava stvarnosti ono što trenutno zvuči kao naučna fantastika. Po nekim procenama, razvoj pojedinih programa (*Human Malware*) će omogućiti da osoba koja ima u telu određene medicinske implantate (Pejsmejker, insulinske pumpe, i sl.) bude napadnuta tako što bi vešt haker elektronskim putem „probio“ u takav uređaj, što bi imalo fatalne posledice na život i zdravlje pojedinca.¹¹

Pojava i razvoj kompjuterskog kriminaliteta nametnula je nove izazove za zakonodavca, policiju, organe pravosuđa i međunarodne institucije, a pre svega se nametnulo pitanje da li mu pristupiti na „tradicionalan“ način i suzbijati ga klasičnim krivičnopravnim mehanizmima ili je neophodna posebna i nova regulativa.

Po jednom mišljenju postojeća pravna pravila nisu adekvatno sredstvo za regulisanje sajber prostora i ni jedna nacionalna država ne samo da nema prava već nema ni adekvatnih tehničkih mogućnosti da reguliše ovaj prostor.¹² Po drugima, računar predstavlja samo sredstvo izvršenja tradicionalnih krivičnih dela, te ovoj problematici treba pristupiti na tradicionalan način.¹³ Čini se da je drugi pristup

bavljanje i davanje drugom sredstava za izvršenje krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka. O tome opširnije: Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 662–670.

- 11 O tome: Glassberg J, *The Future of Crime: 8 Cyber-Crimes to Expect in Next 20 Years*, FOXBusiness, May 14, 2014, dostupno na: <http://www.foxbusiness.com/personal-finance/2014/05/14/future-crime-8-cyber-crimes-to-expect-in-next-20-years/>
- 12 Susan W. Brenner, „Toward a Criminal Law for Cyberspace: Product Liability and other Issues“, *Journal of Technology Law and Policy*, Vol 1., Fall 2004, str. 1–112, David R. Johnson & David Post, „Law and Borders–The Rise of Law in Cyberspace“, *Stanford Law Review*, num 48, 1996, str. 1372–75.
- 13 Catherine T. Clarke, „From CrimiNet to Cyber-perp: Toward an Inclusive Approach to Policing the Evolving Criminal Mens Rea on the Internet“, *Orlando Law Review*, nu. 75, 1996, str.

prevagnuo u praksi, pa digitalna revolucija u pogledu krivičnog prava nije donela ništa novo osim par novih inkriminacija vezanih za bezbednost računarskih podataka, proširenja pojedinih dokaznih radnji i na elektronsku komunikaciju i osnivanje posebnih odeljenja u okviru suda, tužilaštva i policije, koja bi se bavila visokotehnološkim kriminalitetom. Međutim nameće se pitanje adekvatnosti ovakvog pristupa, budući da je razvoj tehnologije i prebacivanje kriminalnih aktivnosti u tzv. sajber okruženje dovelo u pitanje primenjivost nekih od osnovnih krivičnopravnih principa. Pretpostavljamo da će se ovakav pristup u bliskoj budućnosti pokazati neodrživim imajući u vidu relativnu krutost i statičnost pravnih normi sa jedne i neprestani razvoj modernih tehnologija sa druge strane, te da ovom problemu treba pristupiti drugačije.

3. MATERIJALNO PRAVNI PROBLEMI

Osnovni princip prostornog važenja krivičnog prava je *teritorijalni princip* koji podrazumeva pravo države da primeni svoje krivično zakonodavstvo na sva krivična dela učinjena na njenoj teritoriji. Potreba države da na svojoj teritoriji osigura primenu svog prava utemeljena je na ideološkim i političkim interesima zaštite nacionalnog suvereniteta, te ne iznenađuje da je ovaj princip afirmisan upravo u eri renesanse, kada su se učvršćivale moderne nacionalne države.¹⁴

Teritorijalni princip po logici stvari podrazumeva „teritoriju“ odnosno fizičke granice među državama ustanovljene međunarodnim pravom. U sajber prostoru, za razliku od toga, ne postoje fizičke granice ni teritorijalna ograničenja. Ne radi se o fiksiranom, određenom prostoru, već o konstruisanom prostoru koji funkcioniše po principima koji ne mogu biti kontrolisani ili promenjeni od strane pojedinca. Kao takav, sajber prostor je lako promenljiv i fluidan i ne može se regulisati teritorijalnim pravilima.¹⁵ Iz udobnosti svoje fotelje i uz par poteza na tastaturi moguće je listati današnji *New York Times*, razgledati znamenitosti Luvra, napraviti virtuelnu šetnju Barselonom, obaviti intervju sa poslodavcem u Singapuru, pratiti predavanje na Univerzitetu u Londonu, „skajpovati“ sa poznanicima na drugom kontinentu, ali isto tako i skinuti novac sa računa u bankama fizički lociranim širom sveta. Razvoj

204–05, Jack L. Goldsmith, „Against Cyber anarchy“, *University of Chicago Law Review* num 65“ 1998. I *US Justice Department* smatra da postojeća krivičnopravna regulativa treba da se primenjuje na isti način u cyber svetu kao i u realnom, fizičkom svetu, te da ne treba praviti razliku između krivičnih dela izvršenih putem interneta i krivičnih dela izvršenih korišćenjem ostalih „tradicionalnijih“ sredstava komunikacije. Vidi: *US Department of Justice, The Electronic Frontier: The Challenge of Unlawful Conduct involving the Use of the Internet* (2000), dostupno na: <http://www.politechbot.com/docs/unlawfulconduct.html>

14 Na značaju teritorijalnog principa posebno su insistirali filozofi XVIII veka poput Monteskijea, Rusoa, Voltera I Bekarije. Pre toga je dominirao personalni princip koji je podrazumevao da se svaki pojedinac, bez obzira na teritoriju na kojoj se nalazi, pre svega rukovodi svojim nacionalnim pravom, te i odgovara u skladu sa njim. O tome: A. Kaseze, *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, 2005, str. 326– 329

15 Susan W. Brenner, „Organized Cybercrime? How Cyberspace May Affect the Structure of Criminal Relationships,“ *North Carolina Journal of Law & Technology*, vol. 4, no. 1, str. 37.

kompjuterskog kriminaliteta ozbiljno dovodi u pitanje efikasnu primenu teritorijalnog principa iz više razloga.¹⁶

Klasična krivična dela po pravilu podrazumevaju „teritorijalnu vezu“ između radnje i posledice, te je primaran kriterijum za određivanje mesne nadležnosti mesto izvršenja krivičnog dela. U slučajevima kada je radnja preduzeta na jednom a posledica nastupila na drugom mestu (što je najčešće u okvirima teritorijalne nadležnosti jedne države) primenjuje se princip prioriteta odnosno nadležan je onaj sud pred kojim je prvo pokrenut postupak. Za razliku od toga kod kompjuterskih krivičnih dela maltene je pravilo da radnja i posledica nastupaju na različitim mestima, te ova krivična dela obično podrazumevaju i veliki broj žrtava lociranih u različitim državama, a neretko i na različitim kontinentima. Po nekim procenama, više od 90 % krivičnih dela izvršenih u sajber prostoru sadrži transnacionalni element.¹⁷

Sajberkriminal ne zahteva prostornu bliskost između učinioca i žrtve– kompjuter je jedino sredstvo izvršenja krađe, prevare, napada na privatnost itd. Broj žrtava je neograničen; u minutu ih može biti na hiljade. Primera radi, učinilac može iz udobnosti svoje fotelje „skinuti“ novac sa računara u bankama lociranim u drugim državama, dok ubacivanje virusa u sajber prostor podrazumeva ogroman, najčešće neidentifikovan broj žrtava u najrazličitijim delovima sveta.

Ilustrativan primer u tom smislu je „Love Bug“ virus koji se svojevremeno širio putem elektronske pošte, a u roku od svega nekoliko sati je uništio na hiljade računarskih sistema među kojima i sistem NASA-e i CIA-e i izazvao štetu koja se procenjuje na 10 milijardi dolara.¹⁸ Virus je „kreiran“ na Filipinima i to iz zabave radoznalog studenta, koji možda nikada i ne bi bio otkriven da nije predložio profesoru da za diplomski rad uzme temu „Načini krađe kompjuterskih šifri i upadanje u kompjuterske sisteme“. Predlog je odbijen zbog „nemoralne sadržine“, ali je naveo filipinsku policiju na trag učiniočima ovog krivičnog dela. Međutim, imajući u vidu da krivični zakon Filipina u to vreme nije poznavao krivično delo pravljena i unošenja računarskih virusa, učinilac je ostao nekažnjen i upamćen kao izazivač jednog od „ekonomski najtežih“ ikad zabeleženih krivičnih dela.

Primena teritorijalnog principa bi u ovom slučaju podrazumevala nadležnost države iz koje je učinilac „dejtvoavao“ odnosno u kojoj je fizički lociran kompjuter sa koga je preduzeo radnju izvršenja, odnosno države u kojoj je nastupila posledica. I u vezi sa tim mogu nastati brojni problemi. Ponekad je teško „locirati“ kompjuter

16 Tako i: Nancy E. Marion, „The Council of Europe’s Cyber Crime Treaty: An exercise in Symbolic Legislation“, *International Journal of Cyber Criminology*, Vol 4, 2010, pp. 699–712.

17 UNODC Report, op. cit., str. 55.

18 Korisnik bi primio mail naslovljen kao *I Love You*, sa dodatkom LOVE-LETTER-FOR-YOU.TXT.vbs, čije bi otvaranje automatski zarazilo ne samo njegov kompjuter, već i kompjutere svih osoba čije je e-mail adrese imao u kompjuterskom adresaru a posledica „zaraze“ ogledala se u brisanju ili modifikovanju failova i dokumenata koji su se nalazili u kompjuteru. Predostrožnosti radi, veliki broj kompanija bio je primoran da privremeno obustavi svoju elektronsku poštu dok su pojedine web-strane poput Yahoo-a, eBay, Etrade, morale da obustave pristup korisnicima, što je sve rezultiralo ogromnim finansijskim gubitcima. O tome: M. Ingram, „Love-Bug“ virus damage estimated at \$10 billion, dostupno na: <http://www.wsws.org/en/articles/2000/05/bug-m10.html>, R. Frank, *Philippine Prosecutors Drop Charges in ‘Love Bug’ Case*, Dostupno na: <http://www.wsj.com/articles/SB966862157148570125>

sa koga je učinilac dejstvovao, imajući u vidu da sajberkriminalci lako mogu prikriti identitet, ne ostavljajući materijalne dokaze na mestu izvršenja dela. I kada se „locirana“ odakle je radnja izvršena, moguće je da se učinilac zatekao na teritoriji te države „igrom slučaja“, da ga za nju ništa ne vezuje, te je i primena teritorijalnog principa u takvoj situaciji neadekvatna. Kriterijum posledice je takođe teško primenjiv, imajući u vidu masovnu viktimizaciju do koje dolazi ovim krivičnim delima, kao i teškoće u pogledu ekstradicije učinioca. Ako je primera radi učinilac sa kompjutera lociranog u našoj državi izvršio računarsku prevaru prema francuskom državljaninu, i Srbija i Francuska bi pretendovale na nadležnost. Da bi došlo do izručenja, neophodan je uslov dvostruke kažnjivosti, dakle obe države moraju inkriminisati računarsku prevaru. Pored toga zahteva se i da delo nije izvršeno na teritoriji Republike Srbije, protiv Srbije i njenog državljanina; međutim u navedenom slučaju je radnja izvršenja upravo na našoj teritoriji što automatski isključuje ekstradiciju.¹⁹ Kod kompjuterskog kriminaliteta ova dva principa nužno dolaze u sukob. Ako naša država ne inkriminiše određeno ponašanje izvršeno putem računara, onda je izručenje nemoguće budući da nije ispunjen uslov dvostruke kažnjivosti. Ako ga sa druge strane inkriminiše, izručenje je opet nemoguće budući da je radnja izvršenja na našoj teritoriji.

Kao alternative teritorijalnom principu pominju se personalni princip koji podrazumeva uspostavljanje nadležnosti države čiji je državljanin učinilac, realni princip koji podrazumeva da se krivično pravo jedne države primenjuje na sva krivična dela učinjena na štetu te države ili njenih građana i univerzalni princip koji podrazumeva da bilo koja država može goniti učinioca, bez obzira na njegovo državljanstvo ili mesto gde je delo učinjeno. Navedeni principi se primenjuju supsidijarno i pod određenim uslovima, što opet zavisi od unutrašnje regulative.²⁰ U našem pravu se, primera radi za primenu personalnog i relanog principa zahteva da je delo kažnjivo i u zemlji u kojoj je učinjeno (čl. 10 st. 2. KZ-a), što kod kompjuterskog kriminaliteta opet nameće problem i to sa aspekta načela *zakonitosti*.

Kompjuterski kriminalitet je relativno nova pojava koja ni dan danas u pojedinim državama poput Severne Koreje i pojedinih afričkih država nije regulisana. Navedene države mogu predstavljati „sigurnu luku“ sajber učiniocima, imajući u vidu da bi „dejstvovanje“ sa njihove teritorije sprečavalo ispunjenje uslova dvostruke kažnjivosti. Tako je primera radi, kreator pomenutog „Love Bug“ virusa koji je učinio jedno od ekonomski najtežih, ikada zabeleženih krivičnih dela ostao je nekažnjen, jer krivični zakon Filipina u to vreme nije poznavao krivično delo pravljenja i unošenja računarskih virusa!

Stalni napredak tehnologije i relativna krutost zakonskih odredaba dovodi u pitanje načelo zakonitosti i u smislu podvođenja načina izvršenja pod postojeće zakonske odredbe i iskorišćavanja pravnih praznina koje su u ovoj oblasti neizbežne. Drugim rečima informativno obučeni, tehnički opremljeni i maštoviti sajber kriminalci svakodnevno „izmišljaju“ nove načine za izvršenje dela, dok je zakonodavcu

19 O uslovima za ekstradiciju opširnije: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2014., str. 504–508.

20 O ovim principima opširnije: Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 41–49.

teško, maltene nemoguće da prati sve te promene kako bi „novi“ način izvršenja potpao pod postojeće definicije.

Problem posebno nastaje u situaciji kada određeno ponašanje predstavlja krivično delo sa aspekta jedne, ali ne i sa aspekta druge države. Danas je još uvek iluzorno govoriti o nekakvom univerzalnom krivičnom pravu imajući u vidu moralne, političke i zakonske razlike u pogledu dozvoljenog i nedozvoljenog, prihvatljivog i neprihvatljivog u različitim državama.²¹ Ono što bi se u nekim državama podvelo pod „govor mržnje“ ili čak neko od najtežih krivičnih dela, u drugima je zaštićeno slobodom izražavanja.

Primeru radi, pre par godina je pred francuskim sudom pokrenut postupak protiv kompanije Yahoo koja je na svom web-siteu postavila aukciju za prodaju predmeta sa nacističkom simbolikom, čime je prekršen član R645-1 Krivičnog zakona Francuske koji zabranjuje nošenje ili javno prikazivanje uniformi, znakova ili amblema sa nacističkom simbolikom. Kompanija Yahoo je sa svoje strane osporavala nadležnost francuskog suda pod obrazloženjem da je radnja izvršena (odnosno sporna aukcija postavljena) na teritoriji SAD-a, te da bi izvršenje odluke francuskog suda bilo suprotno I amandmanu američkog ustava koji se odnosi na slobodu izražavanja.²²

Teritorijalni princip podrazumeva pravo države da kažnjava takva ponašanja u granicama svoje teritorije, ali kako sajber prostor ne poznaje teritorijalna ograničenja, niti postoji univerzalno krivično pravo, u navedenim slučajevima ovaj princip je u potpunosti neprimenjiv.

Sajber prostor dovodi u pitanje još jedan od osnovnih krivičnopravnih principa – princip krivice, odnosno individualne subjektivne odgovornosti, sa aspekta subjektivnog odnosa učinioca prema delu, a problem mogu predstavljati i godine učinioca. Granice krivične odgovornosti se razlikuju od države do države, ali imajući u vidu „dostupnost“ računara i kompjutersku pismenost mlađe populacije, sajber izvršioци najčešće su mlađa lica koja bi se po krivičnopravnoj kategorizaciji svrstavala u maloletnike ili čak u decu, koja uopšte ne podležu krivičnoj odgovornosti.²³ Ilustrativan u tom smislu je slučaj 12-godišnjeg dečaka koji je upadom u sistem zaštite za odbranu od poplava u Arizoni doveo u opasnost na hiljade života i izazvao materijalnu štetu koja se procenjuje u stotinama hiljada dolara.²⁴

21 O tome opširnije: Swire PP, „Developments in the Law: The Law of Cyberspace“ *Harvard Law Review*, 112(7), 2005, 1574–1704.

22 Slučaj (*Licra v. Yahoo*) je završen tako što je grupa američkih državljana koji su preživeli Aušvic, u SAD-u podigla tužbu protiv kompanije Yahoo zbog oglašavanja predmeta sa nacističkom simbolikom na web-strani. Yahoo je odlučio da ukloni spornu aukciju, ali je pri tom izričito naglasio da ovakvu odluku „ne treba smatrati izvršenjem francuske presude, već delom moralne obaveze prema Jevrejima u SAD-u“ Više o ovom slučaju: Marc Greenberg, „A Return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo! Case and the Regulation of Online Content in the World Market“, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 18, 2003, pp. 1191–1258.

23 Po nekim statistikama u 79 % slučajeva sajber učinioci su lica mlađa od 30 godina, dok 61% hakera započinje sa „upadima“ u tuđe računarske sisteme u uzrastu između 10 i 15 godina Vidi: UNODC, op. cit., str. 42..

24 M. Chawki, *A Critical Look at the Regulation of Cybercrime– a Comparative Analysis with Suggestions for Legal Policy*, Dostupno na: <http://www.crime-research.org/articles/Critical/>

Prema KZ RS subjektivno obeležje svih krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka je umišljaj, dok se kod većine zahteva i posebna namera.²⁵ Umišljaj podrazumeva intelektualnu (svest o delu) i voljnu komponentu (hoće ili pristaje na izvršenje dela), ali problem nastaje jer hakeri neretko „upadaju“ na mrežu iz zabave, a ne sa namerom da izvrše krivično delo. Po jednom istraživanju, oko 70 % napada na kompjuterske sisteme je motivisano radoznalošću i intelektualnim izazovom učinioca,²⁶ a motivi ponekad čak mogu biti i altruistički. U primeru sa početka ovog teksta, namera učinilaca koji su pribavili lične podatke građana iz baza podataka bila je, po njihovim rečima „da narod vidi koliko je njegova privatnost ugrožena i da je zaštita sistema slaba,“ odnosno kako bi skrenuli pažnju nadležnim organima da pojačaju mere zaštite. I pomenuti „Love bug“ virus, koji je izazvao jednu od najvećih materijalnih šteta u istoriji, kreiran je iz zabave radoznalog studenta i bez namere njegovog daljeg širenja, te po našem pravu učinilac uopšte ne bi mogao biti kažnjen, budući da krivično delo pravljenja i unošenja računarskih virusa postoji samo u slučaju da je virus napravljen sa namerom njegovog unošenja u tuđ računar ili računarsku mrežu. Šire tumačenje „svesti“ i „volje“ kod kompjuterskog kriminaliteta bi sa druge strane ponovo dovelo do problema, čineći nas sve potencijalno odgovornim samim „logovanjem“ na internet. Primera radi, KZ predviđa da će se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do dve godine kazniti lice koje „unese računarski virus u tuđ računar ili računarsku mrežu i time prouzrokuje štetu“ (čl. 300 st. 2). Malo ko od tehnički neobučениh „običnih“ građana može sa sigurnošću znati da li mu je računar zaražen, a opet svako „bagovanje“ programa ili slične poteškoće može ukazivati na tako nešto. Slanjem e-maila sa takvog računara ili prebacivanjem USB-a u drugi računar velika je verovatnoća da će se virus „proširiti“ što opet nameće pitanje krivične odgovornosti učinioca koji je bio svestan da do toga može doći, pa je pristao na tako nešto.

4. PROCESNO PRAVNI PROBLEMI

Problemi nastaju i u procesnom domenu u pogledu vođenja postupka i prikupljanja dokaza, a kao jedna od najvećih prepreka u borbi protiv sajber kriminala navodi se zanemarljiv procenat prijavljenih dela.²⁷

Uprkos daleko većem broju žrtava u poređenju sa klasičnim kriminalitetom,²⁸ po nekim procenama se svega 1 % krivičnih dela učinjenih „na mreži“ prijavljuje

25 Primera radi, za postojanje računarske sabotaže neophodna namera da se onemogući ili omete elektronski prenos i obrada podataka, pravljenje i unošenje računarskih virusa postoji samo u slučaju da je virus napravljen sa namerom njegovog unošenja u tuđ računar ili računarsku mrežu, dok se kod računarske prevare i neovlašćenog korišćenje računara i računarske mreže zahteva namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi.

26 M. D. Goodman and S. Brenner, „The Emerging Consensus on Criminal Conduct in Cyberspace“, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 10, n. 2, 2002, str. 156.

27 Europol, *High Tech Crimes within the EU: Old Crimes New Tools, New Crimes Old Tools*, August, 2007, available at: https://www.enisa.europa.eu/activities/cert/events/files/ENISA_Europol_threat_assessment_2007_Dileone.pdf

28 Po nekim istraživanjima stepen viktimizacije kod ovih KD iznosi između 1 i 17%, dok kod klasičnih KD ta brojka se kreće između 0,1 i 13 %. See: Symantec, *Norton Cybercrime Report*, 2012,

policiji.²⁹ Razlozi za ovo su višestruki. Često ni same žrtve nisu svesne da su žrtve kompjuterskog kriminaliteta. Primera radi, učinilac može upasti u kompjuterski sistem, ukrasti tj. prekopirati određene fajlove i prebaciti ih na svoj računar, a da žrtva i ne primeti tako nešto. Tako je za potrebe jednog istraživanja, namerno „hakovano“ 38.000 računara, od čega je napad u 65 % slučajeva bio uspešan, imajući u vidu da su „skinuti“ svi podaci. Od toga je samo 4 % korisnika primetilo da im je neko „ušao u sistem“, a svega je njih 267 (27 %) prijavilo krivično delo. Drugim rečima, prijavljeno je samo 267 krivičnih dela od „uspešno“ izvršenih 24.700 ?!³⁰

U drugim slučajevima oštećeni neretko prelaze preko sitnih krađa i prevara, računajući da im je gubljenje vremena da se bave komplikovanom pravnom procedurom. Kako kompjuterski kriminal ne zahteva prostornu bliskost između učinioca i žrtve, ova krivična dela neretko karakteriše masovna viktimizacija. Učinilac će radije „skinuti“ par evra sa hiljada računa, nego što će „skinuti“ hiljade evra sa jednog računa – na taj način dešava se da vlasnici i ne primete transakciju, a i ako je primeti radije će povući novac iz banke nego prijavljivati „krađu“ par evra na koju policija teško da bi reagovala. Kompanije, banke i druga pravna lica ponekad svesno zataškavaju krivično delo i „slabost“ elektronske zaštite, iz straha od lošeg marketinga, a u cilju očuvanja ugleda među klijentima i sprečavanja gubitaka u poslovanju. Dodatni faktor je i skepsa i nepoverenje da će policija otkriti sajber učinioca koji može biti lociran i na drugom kraju sveta. U slučaju da je računar „zaražen“ kompjuterskim virusom, radije ćemo zvati IT stručnjaka da reši problem, nego što ćemo policiji prijavljivati da smo žrtve krivičnog dela pravljenja i unošenja računarskih virusa. Društvene mreže danas su možda i najučestaliji način komunikacije među mladima, a neretko se dešava da se „hakuje profil“ otkrivanjem šifre ili da se „skinu“ i zloupotrebe slike i drugi lični podaci. Iako na taj način dolazi do niza krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina (neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka, neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa portreta i snimka itd.) malo ko će se obratiti policiji ili tužilaštvu za rešavanje ovog problema, a mala je verovatnoća da će problem od strane državnih organa i biti rešen u „razumnom roku“, ako bi uopšte ozbiljno i bio uzet u razmatranje. Daleko lakši i efikasniji put je direktno obraćanje moderatorima društvene mreže od kojih će se zahtevati da uklone sporan sadržaj, omogućće promenu šifre ili reaguju na drugi adekvatan način.

Čak i kada je delo prijavljeno, šanse da će učinilac biti identifikovan i kažnjen su daleko manje u poređenju sa klasičnim kriminalitetom. Dok u „realnom svetu“ razbojnik čak ni ispod naočara i „fantomke“ ne može sakriti svoju visinu, težinu, boju kože ili DNK, u sajber prostoru učinilac je primera radi 1792klw@gmail.com. Sajberkriminalci lako mogu prikriti identitet ne ostavljajući fizičke, materijalne dokaze i vidljive posledice na mestu izvršenja, nema svedoka očevidaca koji bi opisali učinioca, a čak ni sama žrtva, kao što smo videli, ne mora znati da je žrtva napada.

available at: http://now-static.norton.com/now/en/pu/images/Promotions/2012/cybercrimeReport/2012_Norton_Cybercrime_Report_Master_FINAL_050912.pdf

29 UNODC, *op. cit.*, str. 118.

30 N. K. Katyal, „Criminal Law in Cyberspace“, *University of Pennsylvania Law Review*, num. 149, 2001., str. 37.

Digitalni dokazi, sa druge strane lako mogu biti izgubljeni, uništeni ili izmenjeni, a postavlja se i problem njihovog dešifrovanja ili enkripcije.³¹ Prilikom prikupljanja digitalnih dokaza neophodna je pomoć internet provajdera. Oni naime imaju mogućnost da nadgledaju saobraćaj na mreži kako bi je zaštitili od opasnih sadržaja i čuvaju podatke i informacije locirane na njihovom domenu kako bi nadležnim organima olakšali prikupljanje dokaza. Međutim, ove informacije se čuvaju samo određeno vreme, te je kod prikupljanja digitalnih dokaza neophodna brza reakcija.

Prikupljanje digitalnih dokaza i „rasvetljavanje slučaja“ kod ovih krivičnih dela se u velikoj meri razlikuje od klasičnog prikupljanja materijalnih dokaza, kao što se razlikuje i sam način izvršenja dela. Pretpostavimo ilustracije radi, neovlašćeni „upad“ u računarski sistem određene banke u cilju pribavljanja protivpravne imovinske koristi. Prvi korak u izvršenju dela je „logovanje“ na mrežu preko svog internet provajdera. U praksi se retko dešava da učinilac delo izvrši neposredno sa svog računara, već je neophodan i „upad“ u nekoliko kompjutera sa slabom zaštitom (tzv. posrednici), a u cilju prikrivanja elektronskih tragova. Dakle, preko posredničkog kompjutera (jednog ili više njih) učinilac, pogađajući šifru, uspeva da sruši sistem elektronske zaštite i sa računara u banci prebacuje određeni iznos na svoj privremeno otvoreni račun. Sve informacije prosleđene preko mreže su zabeležene na serverima i dostupne administratorima koji imaju pregled nad sačuvanim fajlovima.

Prema tome, prvi korak u istrazi je prikupljanje svih podataka koji se nalaze na računaru banke, ali u najvećem broju slučajeva oni ne pružaju neku veliku pomoć. Možemo saznati da je nepoznato lice sa nepoznate lokacije neovlašćeno pristupilo sistemu i eventualno se može pribaviti IP adresa sa koje je pristup izvršen. Kako je pristup izvršen sa posredničkih računara, potrebno je proveriti i sve neovlašćene pristupe tim računarima, takođe preko IP adresa, kako bi se na kraju niza došlo do naloga izvršioca. Na kraju se dolazi do računara sa koga je delo izvršeno, i sa njega se pribavljaju digitalni dokazi koji ukazuju na niz „logovanja“ i upada u različite nezaštićene računarske sisteme. Operativni sistemi naime beleže sve aktivnosti na računaru a čak i izbrisani fajlovi mogu biti rekonstruisani. Do problema dolazi kada se prekine lanac „posrednika“ tj. kompjutera koji su služili da se pristupi sistemu. U tom slučaju je neophodan nadzor nad „mrežom“, čiji obim zavisi od toga gde je instaliran uređaj za nadzor i kako je konfigurisan. Osnovna ideja je da se kriminalna aktivnost može ponoviti ili je u toku, te policija može ponovo „spojiti niz“ pribavljanjem karike koja nedostaje.³²

Zakonikom o krivičnom postupku je u okviru dokazne radnje pretresanja izričito regulisano i „pretresanje računara“ te je u tom smislu predviđeno da se „pretresanje uređaja za automatsku obradu podataka i opreme na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi, preduzima na osnovu naredbe suda i uz pomoć

31 U SAD-u i Velikoj Britaniji je problem rešen tako što odbijanje da se dešifruje određeni sadržaj ili da se otkrije „dešifracioni ključ“ inkriminisan kao krivično delo, što opet nameće problem sa aspekta zabrane samoinkriminacije i prava na odbranu ćutanjem. O tome: Russell G. Smith, „Crime Control in the Digital Age: An exploration of Human Rights Implications“, *International Journal of Cyber Criminology* Vol 1 Issue 2 July 2007, str. 167–179

32 O prikupljanju digitalnih dokaza opširnije: Orin S. Kerr, „Digital Evidence and the New Criminal Procedure“, *Columbia Law Review*, Vol. 105, No. 1, Jan., 2005, str. 279–318.

stručnog lica“ (čl. 152. st. 3.). Takođe se, shodno članu 147. stav 3. mogu i privremeno oduzeti uređaji za automatsku obradu podataka i uređaji i oprema na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi. Ali problem nastaje jer je zakonodavac, štiteći zabranu samooptuženja, izričito isključio okrivljenog od dužnosti da preda računar, omogućavajući mu, štaviše, i da onemogući pristup računaru! Okrivljeni je oslobođen dužnosti predaje predmeta (čl. 149), što znači da mu računar ne može biti privremeno oduzet, već se svi digitalni dokazi moraju pribaviti na licu mesta, opet pod uslovom da sam okrivljeni omogući pristup računaru?! Jer zakon izričito predviđa da je prilikom pretresa držalac ili prisutno lice dužno da omogući pristup računaru i da pruži obaveštenja potrebna za njihovu upotrebu (a isto se odnosi i na mobilne telefone, kao i sve ostale uređaje za obradu podataka odnosno opreme na kojoj se čuvaju elektronski zapisi), osim ako se radi o okrivljenom odnosno licima koja su oslobođena odnosno isključena od dužnosti svedočenja?! (čl. 157 st. 3). Opravdavanje ovih odredbi privilegijom protiv samooptuženja u neku ruku zvuči licemerno, budući da nadležni organi od okrivljenog i bez njegovog pristanka mogu uzeti biometrijske uzorke (čl. 140), uzroke biološkog porekla (čl. 141) ili uzroke za forenzičko-genetičku analizu (čl. 142), ali mu ne mogu oduzeti računar, čak štaviše ne mogu ni pristupiti njegovom računaru! Imajući u vidu ove odredbe, nameće se pitanje kako je uopšte moguće pribaviti digitalne dokaze u našem pravu, ako okrivljeni nije dužan ni da preda računar niti da nadležnim organima omogući pristup istom?! Jedina mogućnost je dakle pribavljanje dokaza od Internet provajdera, što opet nameće problem sa aspekta prava na privatnost, u kojim su slučajevima i pod kojim uslovima Internet provajderi dužni da policiji dostavljaju informacije kojima raspolažu.³³

Prikupljanje dokaza u ovim istragama suočeno je i sa još jednim problemom. Imajući u vidu transnacionalni karakter kompjuterskog kriminaliteta, neretko se dešava da je računar sa koga je izvršeno krivično delo lociran u drugoj državi te da su i digitalni dokazi samim tim locirani na stranom serveru. Kod „klasičnih“ krivičnih dela prikupljanje dokaza u takvom slučaju se vrši putem međunarodne krivičnoppravne pomoći, uz saglasnost i uz pomoć zamoljene države. Međutim, postupanje po klasičnim zamolnicama može trajati po nekoliko meseci pa i godina,³⁴ a u postupcima za sajber kriminal je brzo reagovanje od suštinskog značaja, budući da se digitalni dokazi sa lakoćom mogu izmeniti ili uništiti. Stoga se nameće pitanje da li su nadležni organi jedne države ovlašćeni da prikupljaju digitalne dokaze i podatke sa servera i računara lociranih u drugoj državi, bez znanja i saglasnosti te države, ili to predstavlja povredu teritorijalnog principa i nacionalne suverenosti?

Vrhovni sud SAD-a suočio se, pre par godina sa ovim problemom:

33 U SAD-u je primera radi izričito regulisano da se informacije od Internet provajdera mogu pribavljati samo na osnovu naredbe suda, kada postoji osnovana sumnja da je lice u pogledu koga treba dostaviti informacije o aktivnostima na mreži, izvršilo krivično delo. *Electronic Communication Privacy Act of 1986*, 18 U.S.C. & 2510–22

34 Po nekim procenama, prosek u Italiji za postupanje po zamolnici iznosi godinu dana dok u Španiji iznosi čak dve godine! Vidi: N. Seitz, „Transborder Search: A New Perspective in Law Enforcement?“, *International Journal of Communications Law & Policy*, Issue 9, Autumn 2004, str. 4

Dvojica ruskih državljana ušla su u kompjuterski sistem dvadesetak američkih kompanija i banaka i izvršili niz prevara sa pribavljenim brojevima platnih kartica. Nakon toga su, pod pretnjom da će obelodaniti sve pribavljene podatke, ucenjivali određene kompanije da ih zaposle kao IT stručnjake. Slučaj je dospio pred FBI koji je otvorio lažnu kompaniju i ponudio osumnjičenima posao u Sietlu (operacija "Flyhook"). Došavši u SAD osumnjičeni su lišeni slobode, a FBI agenti su kao dokazni materijal, uz korišćenje „sniffer“ programa „skinuli“ inkriminišuće podatke sa ruskog servera. Na suđenju su okrivljeni tvrdili da je time prekršen IV Amandman Američkog Ustava koji pruža garancije protiv nezakonitog pretresanja i zahtevali su izuzimanje svih digitalnih dokaza uzetih iz računara. Sud je odbio predlog pod obrazloženjem da se IV amandman ne primenjuje jer se radi o kompjuteru koji se nije nalazio u SAD-u i koji nije u vlasništvu američkog državljanina, kao i da su agenti imali opravdan razlog da postupaju bez naredbe za pretres, jer bi u suprotnom svi dokazi bili uništeni.³⁵

Stav suda kasnije je potvrđen i od strane izvršne vlasti, te je u Priručniku američkog Ministarstva pravde o elektronskim dokazima, navedeno da je u takvoj situaciji načelno potrebna saglasnost države u kojoj se ti dokazi nalaze, ali u izuzetnim okolnostima (s tim da US procenjuje kada se radi o takvim okolnostima), kao što je primera radi opasnost od terorističkog napada, moguće je pribaviti podatke sa stranog servera i mimo saglasnosti dotične države ili pre nego što se ona sa tim saglasi.³⁶

Dijametralno suprotan stav zastupljen je u nemačkoj teoriji, gde se ističe da „teritorijalni princip, koji između ostalog podrazumeva i pravo svake države da suvereno odlučuje da li će dozvoliti prikupljanje dokaza i sprovođenje istraga na njenoj teritoriji, ne može biti poništen zbog novih sredstava komunikacije kao što je Internet. Takvi dokazi mogu biti pribavljeni samo uz saglasnost države u kojoj je lociran server, a u suprotnom su nezakoniti i neprihvatljivi.“³⁷

Po Konvenciji Saveta Evrope o sajber kriminalu pristup podacima sa servera lociranih u drugoj državi je dozvoljen i bezuslovan ako se radi o podacima koji su dostupni javnosti,³⁸ međutim kada se radi o krivičnim delima logično je da se ne radi o javnim podacima. Suočeni sa neophodnošću hitnog reagovanja kod prikupljanja digitalnih dokaza, ali i sa potrebom zaštite nacionalne suverenosti i teritorijalnog principa, tvorci Konvencije su rešenje pronašli u uspostavljanju posebnih punktova u svim državama članicama (tzv. mreža 24/7) koji bi bili dostupni 24 sata 7 dana u nedelji u cilju pružanja trenutne pomoći istragama ili radi prikupljanja dokaza

35 United States v. Ivanov, 175 F. Supp. 2d 367 (D. Conn. 2001); United States v. Gorshkov, 2001 WL 1024026 (W.D. Wash. 2001); navedeno prema: Russell G. Smith, Crime Control in the Digital Age: An exploration of Human Rights Implications, International Journal of Cyber Criminology Vol 1 Issue 2 July 2007, p. 173 O ovom slučaju: N. Seitz, *op. cit.*, str. 1–18

36 United States Department of Justice, *Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations*, 2002, pp. 25–27 available at <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/s&smanual2002.pdf>

37 N. Seitz, *op. cit.*, str. 8, Tako i: Ulrich Sieber, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society– COMCRIME– Study 107*, at 106, available at <http://europa.eu.int/InternetServiceProvider/legal/en/comcrime/sieber.doc>

38 Po članu 32a Konvencije Strana ugovornica može, bez dozvole druge Strane ugovornice: da pristupi sačuvanim računarskim podacima koji su dostupni javnosti, bez obzira gde se podaci geografski nalaze.

u elektronskom obliku. Međutim, ove odredbe i dalje ne rešavaju problem prikupljanja digitalnih dokaza u inostranstvu, imajući u vidu da su samo dvadesetčetiri države ratifikovale Konvenciju, te ovo pitanje i dalje ostaje otvoreno.

5. ANONIMNOST KORISNIKA I KONTROLA INTERNETA

Imajući u vidu opasnosti i razmere kompjuterskog kriminaliteta sa jedne, kao i poražavajuću statistiku u pogledu „rasvetljenih slučajeva“ sa druge strane, u teoriji je bilo različitih predloga za rešavanje ovog problema.

Predlagano je uvođenje *odgovornost internet provajdera* za dela učinjena u sajber prostoru, imajući u vidu njihovu značajnu ulogu u ovoj „virtuelnoj“ sferi.³⁹ Internet provajderi mogu da nadgledaju saobraćaj na mreži, da skeniraju sajtove locirane na njihovom domenu kako bi ih zaštitili od piratskog sadržaja, da čuvaju podatke i informacije kako bi nadležnim organima olakšali prikupljanje dokaza, da skeniraju elektronsku poštu kako bi sprečili širenje kompjuterskih virusa itd. Veruje se da bi njihova odgovornost pojačala „eliminisanje“ štetnog sadržaja i kontrolu korisnika na Internetu, tako što bi Internet Provajderi za otvaranje e-mail adrese ili web-strane zahtevali ličnu kartu ili drugi identifikacioni dokument korisnika. Međutim u vezi sa tim opet se nameću dva problema – jedan je problem kontrolisanog interneta o kome će biti reči u daljem tekstu, drugi je problem odstupanja od osnovnog krivičnopravnog načela – načela individualne subjektivne odgovornosti. Odgovornost Internet provajdera za krivična dela učinjena na Internetu predstavljala bi objektivnu i kolektivnu odgovornost za drugoga.

U vezi sa tim nameće se pitanje da li bi internet provajder mogao da bude krivično gonjen po odredbama člana 38 i 39 KZ RS koji regulišu odgovornost urednika, izdavača, štampara i proizvođača za krivična dela učinjena putem štampe ili drugih sredstava javnog informisanja? Po Zakonu o Javnom informisanju jedino one internet strane registrovane u registru medija (uređivački oblikovane internet stranice, internet portali ili elektronska izdanja štampanih novina, radio i TV programa) smatraju se medijem, odnosno sredstvom javnog informisanja (čl. 29 st. 2 Zakona), dok su internet forumi, društvene mreže, blogovi, veb-prezentacije i druge samostalne elektronske publikacije izuzete iz primene ovog zakona (čl. 30 st. 2). Mediji registrovani u registru medija imaju svog urednika, koji odgovara po KZ-u, pa samim tim odgovornost internet provajdera po članu 38 KZ-a ne dolazi u obzir. Čini se da je i član 39 KZ-a koji reguliše odgovornost izdavača, štampara i proizvođača neprimenjiv u ovom slučaju imajući u vidu da se Internet provajder ne može podvesti pod pojam izdavača, štampara ili proizvođača informacije. Pored toga, odgovornost urednika, izdavača, štampara i proizvođača podrazumeva odgovornost za krivično delo izvršeno objavljivanjem *informacije*. Akcenat je dakle na *informaciji* i njenom širenju te bi po logici stvari u obzir najčešće dolazila krivična dela protiv časti i ugleda ili intelektualne svojine, dok odgovornost Internet Provajdera koja se

39 Vidi: N. K. Katyal, „Criminal Law in Cyberspace“, 149 *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, Susan W. Brenner, „Toward a Criminal Law for Cyberspace: Product Liability and other Issues“, *Boston University Journal of Science & Technology Law*, Vol. 10, No. 2, 2004.

zastupa u teoriji podrazumeva subsidijarnu odgovornost za sva krivična dela izvršena na njihovom Internet domenu.

Pored toga bilo je i predloga za uvođenje posebnih licenci ili dozvola za korišćenje interneta. Licence bi se dodeljivale nakon uspešno položene obuke odnosno „kompjuterskog opismenjavanja“ od strane podnosioca prijave, sadržale bi relevantne podatke o korisniku, čime bi omogućile njegov nadzor i praćenje a samim tim, u slučaju izvršenja krivičnog dela olakšale i pronalaženje učinioca. Pristup internetu bez licence bi trebalo sankcionisati, analogno vožnji bez vozačke dozvole ili neovlašćenom posedovanju vatrenog oružja.⁴⁰ Nedolično ponašanje na mreži rezultiralo bi oduzimanjem licence i zabranom daljeg pristupa Internetu. Realizacija ove ideje je suočena sa mnogim problemima. Primera radi, ostaju otvorena pitanja ko bi izdavao te licence, na koliko bi se one obnavljale, ko bi nadgledao Internet u cilju provere da li su samo licencirani korisnici online i t. sl. Pored toga, i ovde se otvara pitanje kontrolisanog interneta, licence mogu biti ukradene, falsifikovane ili na drugi način zloupotrebljene, a ostaje i činjenica da iskusni hakeri, koji uspevaju da „sruše“ najzaštićenije kompjuterske sisteme, ne bi imali nekih velikih problema da pristupe mreži bez licence.

Insistirajući na slobodi Interneta i sprečavanju bilo kakvog vida njegove kontrole, pojedini autori smatraju da je jedina efikasna zaštita na „mreži“ samozaštita korisnika. U tom smislu se navodi da je „oslanjanje na saradnju korisnika interneta daleko efikasnije nego oslanjanje na nadležne državne organe. Ako širenje virusa može biti sprečeno antivirus programima, nabavljanje i instaliranje takvih programa je daleko jeftinije i efikasnije nego pronalaženje izvršioca, vođenje krivičnog postupka i izvršenje krivične sankcije“.⁴¹ Kao što se u „realnom“ svetu štitimo od krađe instaliranjem alarma, zaključavanjem vrata i t. sl., tako je i u sajber prostoru neophodno zaštititi računar posebnim šiframa i programima koji bi neovlašćenim licima makar „otežali“ pristup našem računaru. Nezaštićen računar može biti mnogo veća pretnja za sajber prostor nego nezaštićen automobil ili stan, budući da predstavlja pretnju za sve ostale korisnike jer omogućava i olakšava „napad“ i na druge kompjutere. U tom smislu se posebno insistira na edukaciji korisnika, posebnoj zaštiti veb strana koja bi kroz određene filtere blokirala sumnjive pristupe (tzv. firewalls), obaveznoj zaštiti personalnih računara i t. sl. U vezi sa tim u teoriji se iznose i neke prilično radikalne ideje u smislu davanja prioriteta kod krivičnog gonjenja žrtvama kompjuterskog kriminaliteta čiji je računar bio zaštićen adekvatnim merama,⁴² sankcionisanja lica čiji je računar nezaštićen (analogno kazni za nevezivanje pojasa tokom vožnje), pa čak i odgovornost sa saučesništvo lica koje je, nepreduzimanjem adekvatnih zaštitnih mera, olakšalo izvršenje krivičnog dela u sajber prostoru!⁴³

Navedene ideje samo su hrabro iznošene u pojedinim radovima, ali nikada nisu ozbiljnije uzimane u razmatranje. Razlog za to leži u činjenici da svaki pokušaj ure-

40 N. K. Katyal, „Criminal Law in Cyberspace“, 149 *University of Pennsylvania Law Review*, 2001, str. 81.

41 *Ibid*, str. 82

42 *Ibid*, str. 80–85

43 Susan W. Brenner, „Toward a Criminal Law for Cyberspace: Product Liability and other Issues“, *Journal of Technology Law and Policy*, Vol 1., Fall 2004, pp. 1–112.

đenja Interneta nameće problem njegove kontrole. Jedna od osnovnih karakteristika sajber prostora, koja se neretko navodi kao i njegova najveća prednost je anonimnost korisnika. Polazi se od pretpostavke da sloboda Interneta upravo leži u toj anonimnosti i neprepoznatljivosti na mreži. Ono što se plašimo ili ustručavamo da kažemo pod punim imenom i prezimom možemo pod pseudonimom ili šifrom. Na Internet forumima maltene je nemoguće naići na korisnika koji se potpisuje svojim punim imenom, pa tako, ilustracije radi, na forumu „Moje pravo“ komentarišu i razgovaraju Robin_Hud, Numerius Negidius, Mami, zaslužni građanin, Pripravnik, Skriboman, Pismeni član, Legally Blondy, Mačka iz visokog društva, LuSalome, Manja, Boa, Duksia, itd. „Virtuelno“ sakrivanje iza pseudonima i lažne slike omogućava da se mnogo slobodnije iznese mišljenje, nego kada bi korisnik foruma bio dužan da se predstavi pravim imenom ili još gore nekim identifikacionim podatkom poput lične karte, pasoše ili u slučaju navedenog foruma, brojem indeksa.

Navedena anonimnost svakako da doprinosi izražavanju slobode mišljenja i stoga svaki vid bilo kakve kontrole Interneta po pravilu nailazi na jake otpore, u startu je tabuiziran i neprihvatljiv. Taj virtuelni ili sajber prostor predstavlja jedini prostor gde pojedinac može da bude šta hoće, pretražuje šta ga zanima, gleda sadržaje koji bi možda bili nedostojni njegovog ugleda, pozicije i imidža, slobodno iznosi sve što mu „padne na pamet“, stvara „paralelne veze“ u virtuelnoj stvarnosti, te se svaki vid kontrole Interneta zapravo tumači kao atak na slobodu pojedinca. Poput sakrivanja iza maske, perike, kape i naočara u realnom svetu, tako i sakrivanje iza korisničkog imena daje veću psihološku sigurnost da se ostavi provokativan komentar koji bi se ustručavali da potpišemo punim imenom. Unošenje „pravih“ identifikacionih podataka za pristup internetu svakako bi psihološki ograničilo ove „mogućnosti“ jer bi postojala svest da nas na taj način neko može prepoznati i videti šta gledamo, čitamo, pišemo. Sa druge strane, upravo ta anonimnost u sajber prostoru u velikoj meri doprinosi kompjuterskom kriminalitetu.⁴⁴ Pravila se ne poštuju samo iz straha od krivičnog prava već i iz straha od moralne osude, a veruje se da anonimnost na „mreži“ sprečava razvoj moralnih normi u sajber okruženju,⁴⁵ i ohrabruje pojedinca da pretražuje sadržaje od kojih bi u realnom okruženju zazirao, zabrinut za svoj status i reputaciju. U krajnjem slučaju, dečija pornografija ne bi bila toliko zastupljena na „mreži“ da nema svoje konzumente. Pored toga što „moralno“ olakšava izvršenje krivičnih dela, anonimnost na mreži u najvećoj meri otežava identifikaciju i pronalaženje učinioca krivičnog dela, te se postavlja pitanje da li je ovakvo stanje održivo imajući u vidu sve učestalije „prebacivanje“ svakodnevnih aktivnosti u ovu „virtuelnu“ sferu.

Jedino efikasno sredstvo u borbi protiv tehnološkog kriminaliteta je sama tehnologija, te u tom smislu treba razmisliti o razvoju i promovisanju uređaja koji bi „ulazak“ na mrežu uslovljavali otiscima prsta ili drugim biometrijskim metodama.

44 Anonimnost kursora, mogućnost menjanja identiteta i nedostatak „čuvara“ odnosno represivnih organa se navode kao glavni kriminološki faktori koji doprinose sajber kriminalitetu. Vidi: K. Jaishankar, „Expanding Cyber Criminology with an Avant-Garde Anthology“. In: Jaishankar, K., (ed.) *Cyber Criminology: Exploring Internet Crimes and Criminal Behavior*, Boca Raton, FL: CRC Press, Taylor & Francis Group, 2011.

45 L. Lessing, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 2006., str. 52–60.

Pouzdanost biometrijske identifikacije bi olakšala kako pronalaženje sajber izvršilaca tako i dokazivanje krivičnog dela, pružajući nedvosmislen dokaz da određeno lice koristi određeni nalog.⁴⁶ Pre nego što se ova ideja u startu okarakterise kao stvaranje „Orvelovskog društva“ apsolutne kontrole i nadzora, neophodno je razmisliti da li je internet zaista toliko slobodan i ne-kontrolisan kako nam se čini, ili nam Internet-anonimnost pruža samo iluziju slobode?

Kada naivno pomislimo da nam logovanje pod korisničkim imenom 19842671@gmail.com pruža garanciju slobodnog, neprepoznatljivog „kretanja“ sajber prostorom, setimo se da je jedan čovek (Žilijen Asanž) uspeo da „pročita“ najpoverljivija dokumenta maltene svih vlada, institucija i multinacionalnih kompanija na svetu.⁴⁷ Ako je jedan informativno potkovan građanin uspeo da dođe do dokumenta koja su neuporedivo bolje zaštićena od naših slika i privatnih prepiski, ne čini li nam se onda iluzornom ideja da nam sakrivanje iza pseudonima i korisničkog imena pruža garanciju neprepoznatljivosti?! Upravo je taj pojedinac, Žilijen Asanž, isticao da „Internet nije tehnologija koje ide u prilog slobodi govora, promovisanju ljudskih prava i sloboda, već da se radi o tehnologiji koja predstavlja najveću, ikada osmišljenu špijunsku mašineriju.“⁴⁸ Ostavljajući po strani spekulacije o teorijama zavere, ostaje činjenica da Internet provajderi imaju mogućnost da kontrolišu kompletan saobraćaj na mreži, da je nadzor nad ovim saobraćajem uobičajeno sredstvo kod kompjuterskih istraga i da bi bez ovih mogućnosti svaka borba protiv kompjuterskog kriminaliteta bila izgubljena u samom startu. Neophodno je dakle razbiti iluziju da smo na Internetu u potpunosti anonimni i neprepoznatljivi. Shodno tome, biometrijska identifikacija korisnika ne bi donela ništa novo u pogledu postojećih mogućnosti kontrole Interneta, osim što bi olakšala rasvetljavanje i dokazivanje krivičnih dela.

46 O tome opširnije: V. Bajović, *Criminal Procedure in Cyberspace – The Challenge of Digital Era*, (Predato za konferenciju: „Cyber Deviance Cyber Crime: A Revolution in Socio-Legal Norms“, Onati, Spain, 28–29.5.2015)

47 Tvorac Wikileaks (<https://wikileaks.org/>) Žilijen Asanž (Julian Assange) svakako predstavlja jednu od najkontraverznijih ličnosti XXI veka. Nakon što je Wikileaks 2008 objavio poverljive izveštaje koji se odnose na rat u Iraku i Avganistanu i pustio video-snimak „kolateralne štete“ koji pokazuje kako američki marinci iz helikoptera ubijaju na desetine ljudi i dvoje dece na ulicama Bagdada, tadašnji predsednički kandidat SAD-a Majk Hakerbi (Mike Huckabee) je izjavio kako su ljudi poput Asanža „izdajnici za koje bi svaka kazna blaža od smrtno kazne predstavljala akt milosti“. (vidi: Siddique, H. & Weaver, M. *The Guardian*, Dec. 2010., dostupno na: <http://www.guardian.co.uk/world/2010/dec/01/us-embassy-cables-executed-mike-huckabee>). Američki mediji pozivali su na progon izjavljujući da ga treba „streljati kao Bin Laden“ (Nicholls, J. 2010 Sara Palin v Julian Assange, *The Nation*, 4 Dec. dostupno na: <http://www.thenation.com/blog/156789/sarah-palin-vs-julian-assange#>); te da, „svako ko ima pištolj i ugleda kućkinog sina ne treba da se libi da potegne oružje“ (Fowler, A. & Harley, W., „Sex, Lies and Julian Assange, Four Corners“, *ABC*, 24 July, 2012, dostupno na: <http://www.abc.net.au/4corners/stories/2012/07/19/3549280.htm>). Sa druge strane Žulijen Asanž svakako predstavlja najveću ikonu sajber revolucije, pa ne iznenađuje da je, po glasovima čitalaca, sa razlogom dobio nagradu magazina *Time* za ličnost godine kao i *Mertha Gellhorn* nagradu za slobodno novinarstvo.

48 Iz intervjua sa Asanžom, dostupno na: <http://guerre.libreinfo.org/controle-populations/controle-et-repression/477-internet-machine-espionner.pdf>

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Nastanak modernih evropskih država krajem XVIII i početkom XIX veka pratilo je donošenje sveobuhvatnih zakonskih kodifikacija koje su predstavljale jedan od odraza države, odnosno nacije. Uprkos kasnijim izmenama zakonskih rešenja, osnovni principi ostali su isti – pravo države da inkriminiše i sankcioniše kažnjiva ponašanja na svojoj teritoriji smatra se delom njenog nacionalnog suvereniteta, koga se i dan danas države nerado odriču. Ovi principi dovedeni su u pitanje razvojem modernih tehnologija. Sajber prostor ne poznaje državne granice te ne može biti ni regulisan po ovom teritorijalnom modelu. Za razliku od klasičnog kriminaliteta, ovde nije lako odrediti mesto izvršenja, a razdaljina između radnje i posledice može iznositi na hiljade kilometara. Na desetine banaka u nekoliko različitih država mogu biti opljačkane u minuti, bez svedoka i ikakvih materijalnih dokaza na licu mestu. Sa razvojem tehnologije krivična dela dobijaju i nove pojavne oblike, koje ponekad nije lako podvesti pod postojeće zakonske definicije. Nepostojanje granica i teritorije u sajber prostoru nameće i problem sa aspekta (ne)dozvoljenih sadržaja – ono što se nekim državama podvodi pod govor mržnje ili druga krivična dela, u drugima je zaštićeno slobodom izražavanja.

Sa procesnog aspekta posmatrano, kompjuterski kriminalitet se retko prijavljuje a još teže otkriva i dokazuje. Razlozi za zanemarljiv procenat prijavljenih dela leže u činjenici da često ni same žrtve nisu svesne da su oštećene, korporacije ne prijavljuju napade na njihove kompjuterske sisteme iz straha od lošeg marketinga i gubitka klijenata, a dodatni faktor je i skepsa i nepoverenje u državne organe da mogu da se efikasno nose sa ovom pojavom. Računarski podaci vrlo su osetljivi. Uz svega nekoliko pritisaka na tastaturu oni mogu biti izbrisani i trajno uništeni, čime se onemogućava i identifikacija učinioca krivičnog dela i kasnije prikupljanje dokaznog materijala. Prikupljanje digitalnih dokaza podrazumeva pronalaženje, oduzimanje i kopiranje podataka sa kompjutera osumnjičenog, pribavljanje podataka od strane internet provajdera, prekid i nadzor nad elektronskom komunikacijom i t. sl. Nepostojanje granica u sajber prostoru otvara brojne procesne probleme vezane za nadležnost, prikupljanje dokaza, pružanje međunarodne pravne pomoći i t. sl. I kada se dokazi pribave, u daljem toku postupka ih je neophodno povezati sa osumnjičenim, dokazati da on ima pristup određenom nalogu, da je on izvršio krivično delo sa određenom računara, a ne drugo lice koje ima pristup računaru.

Imajući u vidu konstantan porast, sve veću opasnost i enormne materijalne štete koje ovaj vid kriminaliteta izaziva, čini da je tradicionalan pristup koji nastoji da kompjuterski kriminal „ukalupi“ u postojeće krivičnopravne okvire, neodrživ. Specifičnosti sajber kriminala i sve veći značaj sajber prostora zahteva izdvajanje ove sfere iz postojećih pravnih okvira, njeno jedinstveno regulisanje na globalnom nivou i razvoj posebnih biometrijskih uređaja, svojevrsnih biometrijskih „pasoša“ za ulazak u ovaj prostor.

Vanja Bajović

Law Faculty, University of Belgrade

CRIMINAL LAW AND INTERNET

– (Un)Possibilities of traditional legal tools to fight cybercrime –

SUMMARY

The history of computer crime starts with the occurrence of computer but the last decades are marked with its constant rise and proliferation. However, there still lacks universally accepted definition of this phenomenon, even the consent whether the terms cyber crimes, computer crimes or high tech crimes could be considered as synonyms or not. The paper starts with attempts to explain these issues and recognize the basic forms of computer related crimes.

The central point of research deals with the question whether these crimes could be suppressed with traditional legal mechanisms, since the development of the modern technologies and transfer of daily activities from physical to cyber world, put into the question some of the basic principles of Criminal Law. Principle of territoriality is hardly applicable in non-territorial space; principle of guilt is challenged having in mind young ages and lack of criminal intent of cybercrime offenders; principle of legality (*nulla poena sine lege*) is tested by the new forms of computer crimes. The second part of the paper aims to explain why this approach is unsustainable, explaining non-applicability of these principles to digital environment. In addition to substantive law, the use of computers in criminal activity poses significant challenges for traditional rules of criminal procedure. The problems are related to non-reporting of cybercrimes, difficulties in their detection, investigation and prosecutions, collection of digital and electronic evidence, jurisdictional dilemmas and other procedural issues explained in the third part.

Different theoretical solutions were suggested in order to fight computer crimes more effectively, like liability of Internet Providers, introduction of special Internet licenses or self-protection of the users, but they all pose the problem of Internet control. However, the author states that the Internet is not as free and uncontrolled as we would like to believe and suggests biometrics mechanisms of users- identification. These issues are mentioned in the final part of the paper.

Key words: cyberspace, computer crime, principle of territoriality, digital evidence.

Ivan Đokić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

OSNOVNE CRTE UČENJA O OBJEKTIVNOM URAČUNAVANJU U KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt. U okviru nemačke nauke krivičnog prava razvijeno je učenje o objektivnom uračunavanju na osnovu koga se pomoću normativnih elemenata nastoji rešiti pitanje da li se posledica koja odgovara zakonskom opisu nekog delikta učiniocu može staviti na teret kao njegovo delo. Reč je o teoriji koja se samo delimično oslanja na ranija shvatanja uzročnosti u krivičnom pravu i koja nedostatke ranijih učenja pokušava da prevaziđe tako što u faktičkom kauzalitetu nalazi samo polazište u odgovoru na pitanje da li se učiniocu delo objektivno može pripisati. U toj analizi, osim prirodne povezanosti između radnje izvršenja i posledice, neophodna je i normativna veza u okviru koje se, korišćenjem određenih kriterijuma, najpre razmatra da li je učinilac stvorio pravno relevantnu opasnost i da li se upravo ta, od učinioca stvorena nedozvoljena opasnost (a ne neka druga sa njom nepovezana) realizovala u biću opisanoj posledici. Iako su mnogi aspekti ovog učenja detaljno razrađeni, ono i pored brojnih prednosti još uvek ne predstavlja jedan celovit sistem i zbog složenih kriterijuma nije naišlo na širu primenu u praksi, naročito kada se radi o umišljajnim krivičnim delima. U radu su date samo osnovne postavke ovog komplikovanog shvatanja koje pretenduje da postane opšte učenje u sferi materijalnih delikata.

Ključne reči: uzročnost, objektivno uračunavanje, pravno relevantna opasnost, dozvoljeni rizik, umanjeno rizika, atipičan kauzalni tok.

1. UVOD

Kod posledičnih krivičnih dela postavlja se pitanje da li između radnje izvršenja i nastale posledice postoji uzročna veza, tj. da li upravo učinilac svojim ponašanjem proizvodi zabranjenu posledicu. Po pravilu, utvrđivanje veze između radnje izvršenja i posledice u praksi ne stvara neke naročite probleme. Međutim, poteškoće postoje u slučajevima kada su radnja izvršenja i posledica povezane na jedan udaljen i posredan način.¹ Osim što je potrebna empirijska provera ove povezanosti, novija dogmatika pored faktičkog kauzaliteta nužnim smatra i određene pravne elemente koji vode normativnom odgovoru na pitanje može li se delo učiniocu objektivno staviti na teret. Zbog toga je kauzalna povezanost između radnje izvršenja i posledice samo neophodna, ali ne i dovoljna pretpostavka uračunavanja posledice.² Do konačnog odgovora može li se posledica smatrati delom učinioca dolazi se na osnovu razmatranja koje podrazumeva dva nivoa ispitivanja: najpre, da li je sa aspekta

* asistent, djokic@ius.bg.ac.rs

1 Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München 2011, 77.

2 Theodor Lenckner, u: Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2001, 180.

uobičajenog učenja posledica uzročno povezana sa radnjom izvršenja, i na drugom stepenu, pod uslovom da već na ovom nivou nije isključena odgovornost učinioca, da li mu se na osnovu normativne procene posledica objektivno može uračunati.³

Osnov svakog promišljanja o uračunavanju u krivičnom pravu⁴ je spoznaja da je za ovu granu pravnih normi od značaja ne samo odnos između uzroka i posledice, već pre svega pitanje da li se društveno štetna posledica učiniocu može uračunati kao „njegovo delo.“ Ograničavanje prirodnog (faktičkog) kauzaliteta, zbog neprihvatljivih rezultata široko shvaćene teorije ekvivalencije, vrši se pre svega kroz učenje o objektivnom uračunavanju.⁵ Reč je o učenju koje je, iako još uvek u fazi razvoja, postalo jedna od centralnih tema krivičnopravne dogmatike.⁶ Ovo shvatanje je najpre dobilo priznanje u sferi nehatnih krivičnih dela, dok je u oblasti umišljaj-

- 3 Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2011, 57; Zoran Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2014, 125.
- 4 U krivičnopravnom sistemu uračunavanje se vrši kroz tri nivoa. Najpre, postavlja se pitanje, nezavisno od toga da li je reč o umišljajnom ili nehatnom delu, da li se jedno ljudsko ponašanje može smatrati krivičnom radnjom. Zatim, da li se ostvarena posledica učiniocu može (objektivno) staviti na teret kao biću odgovarajuće nepravo i konačno, da li mu se njegovo delo može subjektivno uračunati, tj. da li je on skrivljeno ostvario nepravo. Merilo za potvrdu tog uračunavanja se menja u zavisnosti od stupnja i dobija bliža određenja. U oblasti krivičnopravne radnje od značaja je šta je čovek u poređenju sa drugim živim bićima u stanju da učini. Merilo uračunavanja je na ovom mestu ono što je „ljudski moguće“ (*Menschenmögliche*). U okviru objektivnog bića se postavlja pitanje šta bi neko u socijalnoj ulozi i poziciji učinioca (npr. kao lekar) mogao da učini i kakve zahteve postavlja pravo. Kriterijum je mogućnost nekoga ko odgovara socijalnom profilu učinioca (*Jemandmögliche*). Konačno, u okviru krivice uračunavanje se usmerava ka individualno konkretizovanim mogućnostima učinioca, uzimajući u obzir njegove lične sposobnosti. Ovde se radi o onome što je lično moguće, odnosno, šta je baš taj čovek mogao da učini kako bi izbegao povredu pravnog dobra (*Selbstmögliche*). J. Wessels, W. Beulke, 64.
- 5 Kristian Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2008, 35–36; vid. Jürgen Baumann, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, 246–250. Ranije vladajuće shvatanje u praksi i teoriji polazilo je od toga da je uzročna povezanost između radnje i posledice sama po sebi bila dovoljna za zasnivanje objektivnog bića, a da proširivanje polja odgovornosti treba korigovati na nivou subjektivnog bića, ili tek na planu krivice (pre svega kroz uslov predviđanja konkretne posledice). Vid. J. Wessels, W. Beulke, 65; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, 371; Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2011, 88. Osim toga što je ovakav načelni pristup pogrešan, jer je problematika uzročne veze između radnje izvršenja i posledice objektivne prirode, on ne daje zadovoljavajući odgovor ni u situacijama kada je posledica neočekivan rezultat slučaja. Vid. J. Wessels, W. Beulke, 65. Osnovu takvog promišljanja činilo je učenje o jednakosti uslova, razvijeno još u drugoj polovini 19. veka. Prema ovom shvatanju, svi uslovi koji doprinose nastupanju posledice jednako su vredni. Kao uzrok u krivičnopravnom smislu smatra se svaki uslov koji se ne može prenebregnuti a da i posledica ne izostane (*condicio sine qua non*). Slabost ovog učenja, osim toga što isuviše proširuje krug relevantnih okolnosti i jednako kauzalnim smatra i sasvim udaljene radnje koje neznatno doprinose nastupanju posledice, počiva na činjenici da ono može da pruži odgovor na pitanje uzročnosti samo u onim slučajevima u kojima je uzročna povezanost inače poznata. Da bi se tvrdilo da jedna posledica otpada ako se određeni uslov zanemari, mora se pre toga znati da taj uslov nju (sa)prouzrokuje. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 77–78. Više o teoriji ekvivalencije na srpskom vid. Igor Vuković, *Primena teorije ekvivalencije u krivičnom pravu – pojedina pitanja*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 2/2006, 47–59.
- 6 T. Lenckner, 179.

nih delikata položaj ovog učenja još uvek sporan.⁷ Govori se o objektivnom uračunavanju zbog toga što se pitanje krivične odgovornosti učinioca rešava na nivou objektivnog bića,⁸ koje prethodi subjektivnom uračunavanju koje se vrši na nivou krivice. Radi se samo o pitanju da li se prouzrokovanje posledice može smatrati ostvarenjem objektivnog bića krivičnog dela.⁹ Zbog toga se, s jedne strane, u slučaju nemogućnosti uračunavanja posledice mora negirati objektivno biće, uz konstataciju da nije ostvareno nepravo krivičnog dela. Potvrda objektivnog uračunavanja, s druge strane, omogućava da se pređe na nivo protivpravnosti i konačno krivice, gde u punoj meri do izražaja dolazi krivičnopravno vrednovanje (koje doduše započinje već na nivou bića krivičnog dela).¹⁰

Osnovna formula od koje se u primeni teorije objektivnog uračunavanja polazi glasi: **posledica se može objektivno uračunati učiniocu koji je stvorio (ili povećao) pravno relevantnu opasnost koja se realizovala u biću opisanoj posledici.**¹¹ Ovo pravilo sadrži samo minimalne pretpostavke uračunavanja, koje u određenim slučajevima zahtevaju dopunu ili ograničenje putem dodatnih kriterijuma.¹² Prema navedenoj formuli za potvrdu objektivnog uračunavanja potreban je potvrđan odgovor na dva pitanja. Najpre, da li je učinilac stvorio pravno relevantnu opasnost, pri čemu se u obzir uzimaju određeni kriterijumi a zatim, ukoliko je taj uslov ispunjen, da li se u nastupeloj posledici realizovala upravo od strane učinioca stvorena pravno relevantna opasnost (a ne neka druga). Oba ova aspekta početne formule su međusobno tesno povezana, delimično se prepliću i jedan od drugoga se teško mogu odvojiti.¹³

2. STVARANJE (POVEĆANJE) PRAVNO RELEVANTNE OPASNOSTI

Uračunavanje posledice je uprkos postojanju faktičkog kauzaliteta isključeno kada radnja izvršenja za zaštitni objekt ne stvara pravno relevantnu opasnost.¹⁴ Ne

7 J. Wessels, W. Beulke, 64. Ističe se ipak da i pored nekih prigovora učenje o objektivnom uračunavanju ima značaj i kod umišljajnih krivičnih dela. K. Kühl, 36–37.

8 Z. Stojanović, 125.

9 U. Kindhäuser, 89.

10 Iako struktura četvorostepenog pojma krivičnog dela započinje krivičnopravnim pojmom radnje, minimalni uslovi da se jedno ponašanje čoveka smatra krivičnom radnjom (društveno relevantno ostvarivanje volje, vid. Z. Stojanović, 102–104) ne daju osnova za tvrdnju da istinsko krivičnopravno vrednovanje započinje na tom prvom stepenu. To je i jedan od argumenata koji ističu autori koji radnju ne smatraju samostalnim elementom u pojmu krivičnog dela. Više o tome vid. I. Vuković, Krivičnopravni pojam i funkcije radnje, *Crimen*, Beograd 1/2012, 73–94.

11 J. Wessels, W. Beulke, 65; C. Roxin, 372; T. Lenckner, 180; K. Kühl, 38.

12 T. Lenckner, 181.

13 J. Wessels, W. Beulke, 65.

14 T. Lenckner, 181. Prema Roksinovom (Roxin) stavu tu pre svega spadaju pravno irelevantni životni postupci. Iako u retkim prilikama i takvi načini ponašanja (šetnja, penjanje uz stepenice, kupanje) mogu dovesti do posledice, oni su pokriveni socijalno adekvatnim rizikom, tako da se eventualna posledica u takvim slučajevima ne može uračunati. C. Roxin, 377. U skladu sa shva-

predstavlja svako stvaranje ili povećanje opasnosti¹⁵ pravno zabranjenu (relevantnu) opasnost u smislu teorije objektivnog uračunavanja. Pravno relevantni nisu svi uslovi u smislu teorije ekvivalencije, iako nije lako reći koji su to uslovi.¹⁶ Ponašanje koje proizvodi posledicu mora biti generalno nedozvoljeno, da bi se smatralo ostvarenjem zakonskog bića. Ali to ne znači da ponašanje u konkretnom slučaju ne sme biti dozvoljeno na osnovu nekog razloga isključenja protivpravnosti, jer objektivno uračunavanje ima za predmet utvrđivanje neprava koje odgovara biću krivičnog dela, nezavisno od nekog osnova opravdanja.¹⁷ Posledica se objektivno može uračunati kada se u njoj realizovala od učinioca stvorena (generalno) nedozvoljena opasnost.¹⁸

S obzirom na to da objektivno uračunavanje počiva na normativnoj vezi, tj. vrednovanju da li se posledica učiniocu može objektivno staviti na teret kao njegovo delo, tj. da li je on mogao da upravlja kauzalnim tokom, u ovoj fazi u obzir se uzimaju određeni kriterijumi, a pre svega: *zaštitni cilj prekršene norme, opšti životni rizik i granice dozvoljenog rizika, doprinos pasivnog subjekta stvaranju opasnosti, nezavisni doprinos trećeg lica, kao i umanjenje već stvorenog rizika.*

tanjem naše dogmatike, socijalno adekvatni karakter ponašanja negira već krivičnopravni pojam radnje. Z. Stojanović, 102–103.

15 U literaturi se uglavnom smatra da se posledica uračunava ne samo učiniocu koji je stvorio, već i onom učiniocu koji je na pravno relevantan način povećao već postojeću opasnost koja se realizovala u posledici. To znači da za posledicu odgovara učinilac koji dovodi u opasnost pravno dobro koje pre toga nije bilo ugroženo, ali i učinilac koji pogoršava situaciju u odnosu na neko već ugroženo dobro (npr. pogorša zdravstveno stanje već obolelog). Povećanje opasnosti postoji i u slučaju da učinilac spreči da jedno dobro koje je već u opasnosti bude spaseno. Npr. neko zadrži vozilo hitne pomoći koje je žurilo da preveze povređenog u bolnicu; ukoliko povređeni usled toga smrtno nastrada, učiniocu se njegova smrt može uračunati ako bi pri pravovremenom transportu u bolnicu postojale veće šanse da povređeni preživi. Ovde može doći do poteškoća zbog toga što nekada nije lako odgovoriti na pitanje iz koje od više opasnosti, koje su imale uticaj na nastupanje posledice, je proizašla posledica, tj. u pojedinim slučajevima susretanja opasnosti koju stvara učinilac sa već postojećom često nije moguće utvrditi u kojoj meri se nastupanje posledice može pripisati jednoj ili drugoj opasnosti. Kako npr. odlučiti ako je povređeni u tako teškom stanju da možda ni pri neometenom prevozu do bolnice ne bi mogao da bude spasen. Da li bi učinilac u takvom slučaju mogao da odgovara za njegovu smrt? Preovlađujuće shvatanje u nauci i praksi negira uračunavanje samo ako je skoro izvesno da do posledice ne bi došlo da učinilac nije preduzeo radnju. Nasuprot tome, novije široko prihvaćeno učenje o povećanju rizika (*Risikoerhöhungslehre*) smatra da je dovoljno da je zabranjena radnja povećala opasnost od nastupanja posledice. Ovom shvatanju se prigovara da deluje protiv principa *in dubio pro reo*, jer sumnja u pogledu toga šta bi se desilo da je izostala zabranjena radnja rezultira u odlučivanju na štetu učinioca. G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 83–84.

16 K. Kühl, 40.

17 U novijoj literaturi se razmatra i pitanje mogu li neki osnovi isključenja protivpravnosti imati uticaja već na planu objektivnog uračunavanja, tj. mogu li se integrisati u učenje o objektivnom biću krivičnog dela. Vid. Jesús-María Silva Sánchez, Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2014, 546–551.

18 U. Kindhäuser, 89.

2.1. Zaštitni cilj prekršene norme

Kada se kaže da objektivno uračunavanje pretpostavlja stvaranje pravno relevantne opasnosti misli se na to da je ta opasnost pravom zabranjena. Pri tome, nije bilo koji prekršaj nekog pravila ponašanja dovoljan za postojanje pravno relevantne opasnosti. Presudan je zaštitni cilj prekršene norme, tj. samo onda kada učinilac prekrši normu koja upravo služi zaštititi odnosnog pravnog dobra, može se govoriti o stvaranju pravno relevantne opasnosti.¹⁹ U konkretnoj posledici dakle treba da se ostvari ona pravno nedozvoljena opasnost čije nastupanje prema zaštitnom cilju odgovarajuće norme treba izbeći.²⁰ Ovo je pitanje pre svega od značaja za nehatne delikte, ali ni kod umišljajnih dela nije zanemarljivo. Odgovor na njega nije lako dati, jer nijedna norma ne daje informaciju protiv kojih (sa zabranjenom radnjom povezanih) opasnosti je usmerena, ali bi ga trebalo tražiti u tome šta je tipična opasnost koju stvara određeno zabranjeno ponašanje. Krivičnopravna zabrana ne može imati cilj da deluje protiv atipične opasnosti.²¹ Ponašanje leži izvan zaštitnog cilja norme kada je ono *per se* nepodesno da naškodi zaštićenom dobru.²² Presudan je dakle jedan teleološki metodološki pristup.²³

Tako, u primeru lica A koje vozeći kroz jedno mesto prekorači dozvoljenu brzinu, ali nikoga svojom neprilagođenom vožnjom ne povredi, pa stigavši u drugo mesto pod njegovo vozilo iznenada podleti jedno dete B koje nastrada, pri čemu A nije mogao izbeći nezgodu, postavlja se pitanje može li se A prekoreti za delo i pored toga što je u mestu gde se nezgoda desila ispravno vozio, jer da je u prvom mestu prilagodio brzinu, na mesto nezgode stigao bi neznatno kasnije, tako da do takve nezgode ne bi ni došlo.²⁴ Pitanje odgovornosti učinioca u ovom slučaju završava se na nivou bića krivičnog dela, jer mu se ostvarena posledica objektivno ne može uračunati, pošto svojim ponašanjem nije stvorio pravno relevantnu opasnost za konkretno delo, iako je prekršio normu zakona kojim se uređuje bezbednost saobraćaja na putevima. Cilj norme kojom se ograničava brzina počiva na zaštiti učesnika u saobraćaju od povećane opasnosti do koje dolazi usled prekoračenja brzine u konkretnom području gde ograničenje važi. Naprotiv, ova zaštitna svrha ne obuhvata i kasniji dolazak u određeno mesto.²⁵

2.2. Opšti životni i dozvoljeni rizik

Ne može se govoriti o stvaranju pravno relevantne opasnosti kada je stepen izazvane opasnosti u toj meri neznatan da ne izlazi iz okvira opšteg životnog rizi-

19 J. Wessels, W. Beulke, 66; T. Lenckner, 182.

20 K. Kühl, 50–51.

21 G. Stratenwerth, L. Kuhlen, 84–85.

22 U. Kindhäuser, 95.

23 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 255.

24 Slično i u primeru kada vozač u raskrsnici prođe na crveno svetlo, ali van raskrsnice u nastavku puta i bez nove nemarnosti prouzrokuje saobraćajnu nezgodu. K. Kühl, 51.

25 J. Wessels, W. Beulke, 66; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 256; vid. Igor Vuković, Struktura nehatnog krivičnog dela, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, Beograd 3–4/2008, 263–264.

ka. Na ovom mestu naročito treba napomenuti da se pri proceni postojanja pravno relevantne opasnosti ne uzimaju u obzir neki sasvim udaljeni uslovi (kao što je npr. začecje jednog budućeg ubice)²⁶ i kauzalni tokovi kojima čovek ne može ovladati, tj. koje ne može kontrolisati.²⁷ Ako primera radi A pošalje B napolje u toku nevremena nadajući se da će ovaj nastradati od udara groma, što se iako malo verovatno zaista i dogodi, nesporno je da kauzalitet u smislu teorije ekvivalencije postoji. Ipak, pošto se nastupanje smrtne posledice zasniva na delovanju prirodnih sila (na koje čovek ne može uticati), naposljetku ovde i zbog ostvarenja opšteg životnog rizika, kao i potpuno nepredvidivog kauzaliteta,²⁸ objektivno uračunavanje mora biti negirano.²⁹

Osim toga, neće postojati pravno relevantna opasnost i pored toga što učinilac svojim ponašanjem stvara realnu opasnost od nastupanja povrede ukoliko je njegovo ponašanje pokriveno dozvoljenim rizikom.³⁰ Ovo je uvek slučaj kada su uprkos svojoj opasnosti određena ponašanja dozvoljena na osnovu društvene prihvatljivosti, zbog prevladavanja korisne funkcije koju ostvaruju u društvenom životu. Tipičan primer je učešće u javnom uličnom saobraćaju u skladu sa pravilima. Npr. nećak nagovori ujaka od koga očekuje bogato nasleđstvo da na put ode avionom, nadajući se da će ujak nastradati usled urušenja aviona, što se zaista i dogodi. Zbog male verovatnoće nastupanja nezgode i opšte društvene korisnosti vazdušnog saobraćaja, stvorena opasnost se kreće u granicama dozvoljenog rizika, tj. radnja nećaka ne stvara pravno relevantnu opasnost. Da je kojim slučajem u avion bila postavljena eksplozivna naprava i da je ta okolnost bila poznata nećaku, upravo zbog posebnog saznanja koje je posedovao nećak (na čemu se temelji i kontrola nad kauzalnim tokom) objektivno uračunavanje posledice (ukoliko usled eksplozije dođe do urušavanja aviona) ne bi izostalo.³¹

2.3. Doprinos pasivnog subjekta stvaranju opasnosti

Onaj ko ima vlast nad dešavanjem ima i odgovornost da niko usled toga ne bude oštećen. Odgovornost je naličje vlasti nad događajem. Učenje o objektivnom uračunavanju je razvilo niz pretpostavki na osnovu kojih se jedan rizik nastupanja

26 K. Kühl, 39.

27 Mogućnost učiniočevog upravljanja kauzalnim tokom predstavlja zahtev koji je jasno istaknut na samom početku razvoja učenja o objektivnom uračunavanju. U. Kindhäuser, 88. Krivičnopravne norme koje imaju za cilj zaštitu određenih dobara, taj cilj mogu da opravdaju samo ako adresatima norme uračunavaju one posledice koje se nalaze u području njihove mogućnosti upravljanja kauzalnim tokom. To znači da se učiniocu ne mogu objektivno uračunati one posledice koje su rezultat uzročne povezanosti nad kojom on nema vlast. Tu spadaju sasvim udaljene radnje (proizvođač oružja ne može sprečiti upotrebu oružja za ubistvo), kauzalitet kojim vladaju prirodne zakonitosti (udar groma koji usmrćuje lice koje je drugi poslao u šumu), neočekivani (neuobičajeni) kauzalni tok (nezgoda prilikom prevoza povređenog u bolnicu je za učinioca događaj kojim on ne vlada). K. Kühl, 52.

28 Dodatni kriterijum koji ističu pojedini autori u ovakvim slučajevima predstavlja mala verovatnoća nastupanja posledice. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 251; K. Kühl, 40; Z. Stojanović, 124.

29 J. Wessels, W. Beulke, 67.

30 K. Kühl, 40.

31 J. Wessels, W. Beulke, 67.

posledice smatra dozvoljenim.³² Polazeći od načela individualne odgovornosti, prema kome svako odgovara za sopstveno ponašanje, može se uz pomoć objektivnog uračunavanja u situacijama saprouzrokovanja opasnosti od strane učinioca i pasivnog subjekta omogućiti razgraničenje područja odgovornosti i adekvatno pripisivanje krivice.³³ Doprinos pasivnog subjekta sopstvenoj viktimizaciji omogućava da iz principa lične odgovornosti proizađe ograničenje mogućnosti objektivnog uračunavanja posledice učiniocu. Najpre, ovde se radi o isključenju onih rizika za koje je pasivni subjekt lično odgovoran.³⁴ Lično preuzimanje rizika od strane pasivnog subjekta isključuje uračunavanje posledice nekom drugom zato što se u tom slučaju ne radi o nedozvoljenom zahvatu u tuđu pravnu sferu.³⁵ Tako se u oblasti delikata protiv života i tela ne može uračunati posledica nekom drugom ako je ona rezultat svesne i slobodno ostvarene opasnosti samog pasivnog subjekta. Zaštitno područje jedne norme koja nosioca pravnog dobra treba da sačuva od zadiranja nekog drugog završava se tamo gde počinje lična odgovornost titulara pravnog dobra. U stvari, radi se o tome da u nedostatku pravno relevantne opasnosti već prvi preduslov objektivnog uračunavanja nije ostvaren.³⁶

Do uračunavanja posledice učiniocu ne dolazi u situaciji jednog neočekivanog ponašanja povređenog nakon ostvarenog dela, za koje je sam povređeni odgovoran. Npr. žrtva koja nakon uboda nožem bude prebačena u bolnicu umre samo zbog toga što se iz religioznih razloga protivi spasonosnoj transfuziji krvi. Smrtna posledica se u ovom slučaju ne može uračunati učiniocu.³⁷

U kojoj meri će doprinos pasivnog subjekta sopstvenoj viktimizaciji ograničavati objektivno uračunavanje zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. Pasivni subjekt mora svesno i odgovorno odlučujuće uticati na stvaranje rizika. Pri tome je neophodno da on bude svestan razmera opasnosti. Toga nema u slučaju da učinilac A zamoli svog komšiju B da se pobrine o njegovim životinjama u terarijumu za vreme dok je on na odmoru, pa B ujede otrovna zmija, usled čega on umre. Lice A je tek nabavilo tu zmiju i usled neopreznosti je smatralo bezopasnom. Lice B nije svesno razmera opasnosti radnje koju preduzima, pa stoga ne postupa na vlastitu odgovornost. Kako je A objektivno stvorio opasnost za B, ali zbog toga što je povredio zahteve brižljivog ponašanja odgovaraće za nehatno lišenje života.³⁸

32 U. Kindhäuser, 96.

33 Osim toga, ovaj pristup doprinosi boljem rešavanju onih slučajeva u kojima se neko treći umišljajno ili nehatno umeša u tok događaja. J. Wessels, W. Beulke, 67.

34 *Ibid.*, 68.

35 U. Kindhäuser, 96.

36 Ipak, polje odgovornosti onog ko sudeluje otvara se onda kada njegova spoznaja (prepoznavanje) opasnosti prevazilazi spoznaju onoga ko se sam dovodi u opasnost svojim ponašanjem. U primeru nećaka koji nagovara ujaka od koga očekuje nasledstvo na let, nadajući se da će ovaj nastradati, što se i desi, nema uračunavanja i stoga što je ujak bio svestan rizika i voljno ga je preuzeo. Drugačije ipak, ako je nećak imao naročito saznanje, tj. znao je da je u avion postavljena bomba. K. Kühl, 62.

37 U. Kindhäuser, 103–104; J. Wessels, W. Beulke, 69. Od suprotnog rešenja u ovakvim slučajevima polazi englesko krivično pravo, koje učiniocu uračunava posledicu na osnovu presedana iz slučaja *Blaue* [1975]. Vid. Nicola Haralambous, *Criminal Law. Directions*, Oxford 2010, 37.

38 U. Kindhäuser, 97–98. Neće biti isključena odgovornost drugoga kada je samo njemu bilo moguće da u potpunosti prepozna konkretnu opasnost, a nosilac pravnog dobra se nalazi u očiglednoj

Pretežno je mišljenje da neće svako doprinošenje pasivnog subjekta predstavljati prepreku objektivnom uračunavanju posledice učiniocu, ali u literaturi ne postoji saglasnost kada je reč o merilu i granicama koje postavlja samougrožavanje i samopovređivanje.³⁹ Prema jednom, u nemačkoj literaturi široko rasprostranjenom gledištu relevantni su pravni kriterijumi izvinjavajućih razloga koji važe u slučaju ugrožavanja (povređivanja) tuđih pravnih dobara. Na taj način će u slučaju samougrožavanja (samopovređivanja) lična odgovornost samo izuzetno biti negirana, npr. zbog duševne bolesti. U svim slučajevima u kojima se ne mogu analogno primeniti pravna merila razloga izvinjenja ostaje lična odgovornost pasivnog subjekta sa posledicom da uračunavanje posledice učiniocu otpada.⁴⁰ Nasuprot tome, suprotno gledište se oslanja na kriterijume koji u slučaju odricanja od sopstvenog dobra važe za delotvornost pristanka povređenog kao osnova opravdanja. Ovo gledište postavlja više kriterijume za potvrđivanje lične odgovornosti pasivnog subjekta, tj. ono češće vodi krivičnoj odgovornosti učinioca.⁴¹

Od svojevolsnog samougrožavanja treba razlikovati pristanak na ugrožavanje koje stvara drugo lice. Razlikovanje ovih konstelacija se vrši na osnovu toga ko upravlja događajem, pri čemu se shodno primenjuje osnov za razgraničenje saizvršilaštva od saučesništva (pre svega pomaganja). Ukoliko je isključiva vlast nad delom u rukama žrtve, radi se o samougrožavanju. U suprotnom će postojati pristajanje na opasnost koju stvara neko drugi. U ovom kontekstu nije dovoljno razjašnjen krivičnopравни pristup pristajanja na ugrožavanje tuđim ponašanjem, pri čemu pasivni subjekt svesno ne pristaje na povredu, tj. posledice tuđeg opasnog ponašanja. Dok lično odlučivanje za samougrožavanje isključuje kažnjavanje nekog drugog, pristanak na to da drugi stvori opasnost ipak podrazumeva granice autonomiji volje, koje određuju polje raspolaganja sopstvenim telesnim integritetom i životom.⁴²

zabludi u odnosu na stvarne razmere opasnosti koju stvara svojim ponašanjem. Ako učinilac svoje bolje spoznajne mogućnosti nehatno ne iskoristi u punoj meri, posledica će se smatrati njegovim delom i on će biti kažnjen za nehatno ostvarenje posledice. J. Wessels, W. Beulke, 69.

39 Prema vladajućem mišljenju u oblasti zloupotrebe opojnih droga doprinos pasivnog subjekta načelno ne negira objektivno stavljanje posledice učiniocu na teret. Npr. ko drugome radi uživanja da drogu dužan je i da mu pruži pomoć, ukoliko tom licu pozli. Davanje drugome opojne droge ipak (zbog svesnog i odgovornog ponašanja drugog) ne zasniva „garantnu obavezu pozivanja hitne pomoći i odgovornost za eventualne posledice, već samo odgovornost u granicama nepružanja pomoći.“ Vid. Igor Vuković, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Beograd 2013, 320–321.

40 J. Wessels, W. Beulke, 70.

41 *Ibid.* U slučaju da su ispunjene pretpostavke nekog osnova izvinjenja nesporno je da treba slediti opšti princip prema kome je samougrožavanje isključeno. Ali kada je reč o ugrožavanju ili odricanju od sopstvenog života, treba se opredeliti za više zahteve koje postavlja drugo stanovište – ne sme se tražiti manje od onoga što je neophodno za punovažnost pristanka povređenog kada je reč o telesnoj povredi ili lišenju života iz samilosti. *Ibid.*

42 U teoriji se ističe i da je sporno razlikovanje između nekažnjivog samougrožavanja i (pri datim uslovima) kažnjivog tuđeg ugrožavanja na koje pasivni subjekt pristaje. Poteškoće razlikovanja npr. u slučaju nezaštićenog polnog odnosa sa licem koje je nosilac HIV virusa govore u prilog tome da obe grupe slučajeva treba tretirati na isti način. *Ibid.*, 71; vid. K. Kühl, 59. Roxsin isključuje biće krivičnog dela kada je pristanak na to da drugi stvori opasnost u svim relevantnim aspektima jednak samougrožavanju. C. Roxin, 402–403.

2.4. Nezavisni doprinos trećeg lica

Sporno je u kojim slučajevima i u kojoj meri treba isključiti objektivno uračunavanje kada se neko treći umišljajno ili nehatno umeša u već započet uzročni tok.⁴³ Iako u takvom slučaju faktička povezanost nije prekinuta (nema prekida kauzaliteta zbog napuštanja učenja o zabrani regresa)⁴⁴ može se uzeti da je prekinuta normativna povezanost koja bi potvrdila uračunavanje. Odgovornost prvobitnog učinioca se u principu završava kada treći potpuno nezavisno stvara jednu novu opasnost koja se sama realizovala u posledici.⁴⁵ Objektivno uračunavanje, i pored tuđeg ponašanja, izuzetno treba potvrditi kada učinilac stvori pravno relevantnu opasnost povredom norme koja upravo služi zaštiti od skrivljenih ponašanja trećih lica. U tom smislu kažnjava se za nehatno lišenje života otac koji u stanu ostavi neobezbeđeno vatreno oružje kojim njegov maloletni sin usmrti drugoga. Takođe, objektivno uračunavanje neće biti isključeno i kada je nakon stvorene opasnosti ponašanje trećega tako specifično povezano sa početnom opasnošću da izgleda kao da je na tipičan način zasnovano u prvobitnoj opasnosti. Npr. učinilac A puca u B hoteći da ga usmrti, ali dok je ovaj bio u samrtnom ropcu, naiđe C koji je u njega ispalio smrtonosni pucanj. U navedenom primeru smrt lica B se ima objektivno uračunati obojici učinilaca.⁴⁶ U skladu sa tim, uobičajeno shvatanje u prvi plan stavlja adekvatnu povezanost. Uračunavanje otpada samo onda kada je ponašanje trećega potpuno izvan opšteg životnog iskustva, tako da se sa njim ne može razumno računati.

Ovde se postavlja pitanje može li se onome ko je stvorio opasnost uračunati povreda pravnog dobra koju pretrpi spasilac koji se svojevolumeno umešao u tok do-

43 Iako se ovo pitanje razmatra na planu stvaranja (povećanja) pravno relevantne opasnosti, ono se može primeniti i u okviru ostvarenja posledice, tj. u odgovoru na pitanje da li se u posledici realizovala opasnost učinioca ili opasnost stvorena radnjom nekog drugog lica (slično važi i za doprinos pasivnog subjekta sopstvenoj viktimizaciji). Shodno tome se ističe da neće svako uplitanje drugoga sprečiti realizovanje od strane učinioca stvorene opasnosti, npr. neka manja greška pri postupanju sa povređenim u nekoj nezgodi ne isključuje objektivno uračunavanje posledice onome koji je nezgodu prouzrokovao, ali gruba lekarska greška naprotiv češće isključuje realizovanje prvobitne opasnosti. U takvim slučajevima treba praviti razliku – da li je neko drugi promenio od prvobitnog učinioca stvorenu opasnost (tada uračunavanje drugom) ili nije (onda odgovara taj drugi, pored prvobitnog prouzrokovala). K. Kühl, 48–49.

44 U starijoj literaturi je zastupano shvatanje o zabrani regresa. Prema ovom učenju, svaka kasnija umišljajna radnja nekog drugog lica prekida od prvobitnog učinioca stvoren uzročni tok, uz argument da kauzalni tok počinje uvek iznova sa poslednjim voljnim aktom. Vid. I. Vuković (2006), 54. Prema novijem učenju o zabrani regresa isključenje odgovornosti se zasniva ne na prekidu kauzaliteta, već na nemogućnosti objektivnog uračunavanja posledice. Jedna varijanta ovog učenja potvrđuje zabranu regresa ako se prvobitni učinilac ponašao u skladu sa svojom socijalnom ulogom, i ako se smisao njegovog ponašanja ne može odrediti ukoliko se posmatra nezavisno od nedozvoljenog riskantnog ponašanja nekog trećeg. Ovo važi pre svega kada je reč o svakodnevnim radnjama, tj. kada socijalni odnos ne pokazuje zajednički deliktini karakter, npr. taksista je po redovnoj ceni doveo razbojnik do mesta izvršenja dela. Prema drugoj varijanti ovog učenja, treba negirati uračunavanje posledice prvobitnom nehatnom učiniocu uvek kada drugi nakon njega umišljajno postupi. Ipak, praksa i savremena teorija ne prepoznaju shvatanje o zabrani regresa kao razlog za odbijanje uračunavanja posledice. U. Kindhäuser, 100–102.

45 Vid. Thomas Frank, „Saw“ (FSK 18), *Juristische Ausbildung*, 10/2006, 784.

46 J. Wessels, W. Beulke, 72.

gađaja.⁴⁷ Npr. da bi sina lica B koji je spavao spasao od sigurne smrti gušenjem, sused C prodire u kuću u kojoj je A podmetnuo požar. Pri tome C nastrada od jedne otpale grede. U principu se odgovornost učinioca za nastalu posledicu isključuje, jer se spasilac svojevolumino umešao u uzročni tok. Učinilac svojim ponašanjem samo daje povoda jednom svesnom samougrožavanju. Iako prema nekim shvatanjima učiniocu uvek treba uračunati posledicu koja proizide iz spasilačkog poduhvata, uverljivo izgleda jedno srednje rešenje. Objektivno uračunavanje postoji kada je učinilac svojim kriminalnim ponašanjem stvorio blisku mogućnost i jedan razuman motiv za preduzimanje spasilačke radnje.⁴⁸ Ovo važi utoliko više kada je spasilac obavezan da se umeša u tok događaja u konkretnom slučaju (zbog čega ne postupa svojevolumino i na sopstvenu odgovornost) na osnovu garantne pozicije (primera radi kao blizak rođak žrtve, npr. otac) ili na osnovu javnopravne obaveze, tj. neke norme (npr. vatrogasac ili policajac). Jedino od početka besmislene i očigledno prekomerno rizične radnje, tj. radnje koje su osetno lakomislene mogu govoriti protiv uračunavanja.⁴⁹ Shodno tome, negira se uračunavanje kada spasilac preduzima riskantnu radnju u želji da spreči bagatelnu štetu, pa pretrpi povredu.⁵⁰

2.5. Umanjenje rizika

U literaturi je nesporno da po pravilu hipotetički kauzalni tok („rezervni uzrok“) kod krivičnih dela činjenja ne negira ni faktičku povezanost između radnje izvršenja i posledice, ni objektivno uračunavanje posledice.⁵¹ Ipak, izuzetak od pravila da se hipotetički kauzalitet ne uzima u obzir predstavlja u teoriji široko zastupano shvatanje o umanjuju rizika.⁵² Ovo stoga što problematika pravno relevantne opasnosti nije pitanje logike ili prirodnih nauka, već stvar kriminalnopolitičke procene.⁵³ Nauka doduše nije definitivno razjasnila da li i u kojoj meri meri kriterijum umanjujenja već stvorenog rizika isključuje objektivno uračunavanje posledice. Pre svega, postavlja se pitanje kada se spasilački motivisano modifikovanje posledice i umanjujenje postojećeg rizika razmatra već na nivou bića krivičnog dela, iz perspektive objektivnog uračunavanja, a kada na drugom mestu, na nivou protivpravnosti (npr. na osnovu pretpostavljenog pristanka ili [opravdavajuće] krajnje nužde).⁵⁴ Jasno je samo da se slučajevi u kojima učinilac modifikuje kauzalni tok tako da za pasivnog subjekta umanjuje opasnost ne mogu se rešiti primenom teorije ekvivalencije.⁵⁵

47 *Ibid.*

48 K. Kühl, 64; C. Roxin, 406.

49 C. Roxin, 406–407; J. Wessels, W. Beulke, 73.

50 U. Kindhäuser, 105.

51 Npr. učinilac je svojevolumino lišio života tuđeg bolesnog psa, kojeg je njegov vlasnik inače želeo da uspava. *Ibid.*, 92.

52 *Ibid.*, 93.

53 C. Roxin, 381.

54 J. Wessels, W. Beulke, 73. Nemačko krivično pravo razlikuje dve vrste krajnje nužde, onu koja opravdava učiniočevo ponašanje i isključuje protivpravnost (§ 34 StGB) i krajnju nuždu koja samo izvinjava učinioca, ne dirajući u postojanje nepravda (§ 35 StGB).

55 C. Roxin, 375–376.

Prema vladajućem shvatanju, objektivno uračunavanje otpada kada neko pri već pokrenutom kauzalnom toku umanjuje rizik nastupanja povrede (ili obim preteće štete)⁵⁶ a da istovremeno ne stvara jednu nezavisnu i drugačiju opasnost po isto dobro.⁵⁷ Uračunavanje posledice se mora negirati zbog nepostojanja pravom neodobrene opasnosti.⁵⁸ Npr. A zamahne batinom hoteci da B udari u glavu, ali R želeći da spasi B skreće udarac tako da B bude pogođen samo u rame i lako povređen. U ovakvom slučaju posledica se ne može objektivno staviti na teret učiniocu koji se pojavljuje u ulozi umanjivača rizika (uprkos saprouzrokovanju posledice njegovim umešanjem), jer njegovo ponašanje za pasivnog subjekta ne stvara pravom neodobrenu opasnost, s obzirom na to da svrha krivičnopravnih normi nije da zabrani one radnje koje su usmerene na sprečavanje povrede nekog pravnog dobra, ili barem umanjjenje štetnog rizika. Konkretna, u svom dejstvu ublažena, posledica ostaje „delo“ prvobitnog napadača.⁵⁹ Drugačiji su slučajevi u kojima spasilac svojim ponašanjem otklanja konkretnu opasnost za pasivnog subjekta, ali pri tome stvara jednu novu, samostalnu pravno relevantnu opasnost koja se ostvaruje u posledici i koja je za pasivnog subjekta manje štetna nego što bi bila prvobitna.⁶⁰ Npr. A naoružan batinom čeka B u zasedi da bi ga napao kada mu se ovaj približi za vreme svoje večernje šetnje. R želeći ovo da spreči obara B jednim udarcem u bradu i pre nego što je A iskočio iz zasede, i na taj način ga sačuva od planiranog napada. Ili, R žuri na sprat zgrade zahvaćene požarom gde je jedno malo dete zarobljeno. On pronalazi dete ali shvata da mu je povratak istim putem usled plamena onemogućen. R shvata da se može spasiti spuštanjem niz oluk, ali pošto ne može na taj način povesti i dete on ga baca u naručje komšije. Dete preživi i pretrpi samo prelom ključne kosti.⁶¹ U oba slučaja učinilac svojim ponašanjem sprečava težu posledicu. S druge strane, nema sumnje da se konkretna posledica koju je prouzrokovao njemu ima uračunati kao njegovo delo.⁶² Ali, jasno je da ove slučajeve nije prikladno rešavati

56 Druga grupa slučajeva koja ovde spada odnosi se na vremensko produžavanje jedne posledice; npr. lekar može lečenjem produžiti život pacijenta za nekoliko dana. Iako je njegovo ponašanje prouzrokovalo stvarno nastupelu (konkretnu) smrt pacijenta, posledica mu se objektivno ne može uračunati, jer bi to protivrećilo opštem interesu krivičnopravnih zabrana i zapovesti koje imaju za cilj očuvanje određenih pravnih dobara. K. Kühn, 43.

57 T. Lenckner, 182.

58 Slučajevi umanjjenja rizika bi se mogli rešiti na planu protivpravnosti (dolazi u obzir npr. [opravdavajuća] krajnja nužda) ali to pretpostavlja da je ostvaren napad na pravno dobro opisan bićem, što upravo nedostaje. C. Roxin, 376.

59 J. Wessels, W. Beulke, 74. Jedno drugačije shvatanje polazi od toga da je učinilac prouzrokovao stvarno nastupelu posledicu. U odnosu na nju se ne može govoriti o umanjnju rizika; naprotiv, rizik konkretne povrede *ramena* je drastično povećan. Zbog toga nema osnova da se negira ostvarenost objektivnog bića telesne povrede, ali do isključenja odgovornosti dolazi tek u stadijumu protivpravnosti, pošto se može smatrati da je pasivni subjekt saglasan sa spasilačkom radnjom, pa se može primeniti pretpostavljeni pristanak. Ako bi se pošlo od toga da je već biće telesne povrede isključeno, učenje o umanjnju rizika bi prekršilo važna krivičnopravna načela. Naročito bi u takvom slučaju autonomija pasivnog subjekta bila ignorisana. Vid. U. Kindhäuser, 94.

60 T. Lenckner, 182; C. Roxin, 376.

61 J. Wessels, W. Beulke, 74; K. Kühn, 44.

62 Vid. U. Kindhäuser, 95.

isključivo na planu uračunavanja posledice, već na drugom nivou. U prvom slučaju nakon potvrđivanja bića krivičnog dela telesne povrede treba ispitati da li su ispunjeni uslovi nekog osnova isključenja protivpravnosti (pretpostavljeni pristanak, [opravdavajuća] krajnja nužda) pri čemu se otvara pitanje da li je učinilac mogao i na neki drugi način otkloniti opasnost. U drugom slučaju otpada već (subjektivno) biće krivičnog dela telesne povrede⁶³, jer ne postoji umišljaj (mogao bi doći u obzir eventualni umišljaj, ali on je negiran spasilačkom voljom), a pri tome ne dolazi u obzir ni nehatna telesna povreda, jer se u ponašanju učinioca ne može uočiti povreda dužne pažnje. U krajnjem slučaju, primena (opravdavajuće) krajnje nužde čini se kao ispravno rešenje.⁶⁴ Od okolnosti konkretnog slučaja dakle zavisi da li će postojati kažnjivo ponašanje i na kom nivou će se to pitanje rešavati.

3. OSTVARENJE POSLEDICE

Osim stvaranja pravno relevantne opasnosti, za potvrdu objektivnog uračunavanja neophodno je da se upravo ta, od učinioca stvorena pravno zabranjena opasnost realizovala u posledici.⁶⁵ Učiniocu se ne može objektivno staviti na teret posledica koja nije adekvatna realizacija pravno relevantne opasnosti koju je on stvorio, već do koje neposredno vodi neka druga, sa njom nepovezana opasnost.⁶⁶ Uslov adekvatnog realizovanja posledice zahteva štaviše tešnju povezanost između ponašanja i posledice nego uzročna povezanost u smislu teorije ekvivalencije,⁶⁷ tako

63 Ukoliko se pođe od, u nemačkoj nauci, vladajućeg stava da je umišljaj pre svega problematika bića krivičnog dela. S obzirom na rešenje iz našeg KZ bila bi negirana krivica.

64 J. Wessels, W. Beulke, 74.

65 Georg Freund, Der praktische Fall – Strafrecht: Spritztour mit dem ultra krassen 3er BMW, *Juristische Schulung*, 5/2001, 476.

66 Vid. U. Kindhäuser, 104. Npr. između lica A i B dođe do žestoke tuče. A u nastupu besa hotеći da ubije B i ciljajući srce zarije mu nož u grudi. Zbog toga što nož pogađa novčanik lica B i ne prodire preterano u grudni koš on pretrpi povredu koja ne izgleda ozbiljno. B ipak umire u bolnici nakon što je posle uspešno izvedene operacije došlo do naknadnih komplikacija i smrti uzrokovanih infekcijom rane. Nesporno je da u ovom slučaju A stvara pravno relevantnu opasnost. Preostaje da se ispita da li se u konkretnoj posledici ostvarila upravo ova opasnost. I ovo se mora potvrditi, jer iako izgleda da povreda nije opasna po život, do smrti dolazi zbog naknadnih komplikacija. Ko drugoga telesno povredi odgovara uglavnom i za dalje štetne posledice ako se one nadovezuju na prethodni kauzalitet i pod uslovom da nisu potpuno atipične, jer je učinilac na pravno relevantan način povećao opasnost od njihovog nastupanja. Posledica u konkretnom slučaju nije potpuno neuobičajena; upravo je povreda povećala rizik nastupanja infekcije. Zbog toga se smrt B može uračunati licu A. Međutim, rezultat bi se promenio ukoliko do smrtnе posledice dođe prilikom transporta lica B u bolnicu usled teške saobraćajne nezgode, jer tu dolazi do sasvim neočekivanog toka događaja. U konkretnoj posledici se nije realizovala opasnost stvorena od učinioca, već jedna nezavisna, koja nije u vezi sa radnjom telesnog povređivanja. Stoga se posledica ne može uračunati učiniocu koji je naneo povredu, ali koji će zbog umišljaja odgovarati za pokušaj ubistva. J. Wessels, W. Beulke, 56, 78. Nemačka sudska praksa u slučaju ovakve vrste prepoznaje bitno odstupanje stvarnog od zamišljenog kauzalnog toka, što na planu stvarne zablude negira subjektivno uračunavanje konkretne posledice sa istim rešenjem (pokušaj ubistva). *Ibid*, 78.

67 K. Kühl, 46. Još je Engiš (Engisch) predlagao da se ostvarenje opasnosti, pored kauzaliteta posmatra kao neopisano obeležje bića krivičnog dela. C. Roxin, 384.

da faktička povezanost između pravno relevantne opasnosti i konkretne posledice ne označava nužno potvrdu objektivnog uračunavanja.⁶⁸ U ovoj fazi je od posebnog značaja *atipičan kauzalni tok i povreda dužnosti učinioca da se ponaša na određeni način, tj. povezanost između protivdužnosnog ponašanja i posledice.*

3.1. Atipičan kauzalni tok

Atipičan kauzalni tok postoji kada je nastupela posledica rezultat događaja koji je u potpunosti izvan uobičajenog toka stvari i opšteg životnog iskustva.⁶⁹ Iako prekoračenje granica dozvoljenog rizika nije potpuno irelevantno za konkretnu posledicu, tok je tako atipičan da se ne može smatrati kao ostvarenje zabranjenog rizika.⁷⁰ Npr. A u nameri da usmrti B puca, ali ga teško telesno povređuje. Međutim, smrt lica B nastupi kao posledica preloma vrata, pošto je B pao sa nosila nakon što je bolničar koji ga je nosio doživeo srčani udar.⁷¹ U ovom slučaju se nije realizovala od učinioca stvorena opasnost, već neka druga, tako da se posledica učiniocu ne može objektivno uračunati kao njegovo delo. Radi se o slučajnoj povezanosti između učiničevog ponašanja i nastupele posledice.⁷² Ili, A i B nezavisno jedan od drugoga daju licu C po dozu otrova koje pojedinačno ne mogu dovesti do smrti, ali do takve posledice dolazi usled njihovog zajedničkog dejstva. Radnja lica B prilikom ocene kažnjivosti ponašanja A (i obrnuto) predstavlja okolnost sa kojom niko nije mogao računati.⁷³ Doduše, krajnje neuobičajeno dešavanje ne isključuje kauzalitet u smislu teorije ekvivalencije, već se u posledici ne realizuje opasnost koju je učinilac stvorio. Kada nekome ko se nalazi u socijalnoj ulozi učinioca nije moguće predvideti posledicu u svom konkretnom obliku, ta posledica je rezultat slučaja. Da li se posledica zasniva na slučaju ili je realizovan od učinioca stvoren uslov, može biti rešeno kroz normativnu ocenu: samo kada je učinilac na pravno relevantan način povećao opasnost nastupanja posledice može se govoriti o tome da se u posledici realizovala od njega stvorena opasnost.⁷⁴ Prema jednom stavu, u navedenim primerima ne može

68 Ne negira povezanost odstupanje kauzalnog toka koje je samo nezatno (nebitno). Tako, u često navođenom primeru kada učinilac baca u vodu neplivača sa visokog mosta, hoteći da ga na taj način usmrti, ali ovaj nastrada tako što glavom udari u konstrukciju mosta, nema sumnje da je ova opasnost od samog početka bila povezana sa padom, tako da konkretna posledica nije slučajna i učiniocu se uprkos odstupanju stvarnog od zamišljenog kauzalnog toka posledica može uračunati. Slično važi i kada učinilac hoće da usmrti drugoga, ali ga telesno povredi, pa ovaj nastrada zbog naknadne infekcije rane. Uostalom, nesporno je da učinilac ne mora da bude svestan svih pojedinosti kauzalnog toka, kada je svestan da od njega stvorena opasnost može dovesti do posledice. *Ibid*, 385–386.

69 U ovoj grupi slučajeva susrećemo se sa kriterijumom adekvatne uzročnosti, koja se u literaturi delimično raspravlja kao samostalna teorija kauzaliteta a delimično kao kriterijum koji je od značaja na planu objektivnog uračunavanja. J. Wessels, W. Beulke, 76.

70 C. Roxin, 388. Tako, vozaču što nepropisno pretiče drugog koji se jako uplaši i doživi srčani udar, ne može se uračunati smrtna posledica. Opasnost usled koje neko od straha doživi srčani udar se zbog nepropisnog ponašanja u vožnji uvek, iako nezatno, povećava. Ali, to povećanje je tako malo da se posledica ne može uračunati. *Ibid*.

71 J. Wessels, W. Beulke, 75.

72 K. Kühl, 46.

73 J. Wessels, W. Beulke, 75.

74 *Ibid*, 75.

se sumnjati u postojanje pravno relevantne opasnosti, jer jedan neočekivan događaj ne menja karakter prvobitnog ponašanja (npr. ubod nožem u predelu grudnog koša bez sumnje stvara pravno relevantnu opasnost po život pasivnog subjekta koji kasnije smrtno nastrada u bolnici usled požara). Drugo mišljenje smatra da dovođenje pasivnog subjekta u situaciju u kojoj posledica može nastupiti ipak ne predstavlja relevantno povećanje opasnosti. Moglo bi se, u svetlu odgovarajućeg konkretizovanja posledice, reći da ubod nožem ne stvara pravno relevantnu opasnost od nastupanja smrti *usled* požara u bolnici. Pođe li se ipak od toga da je prethodno opisanim ponašanjem učinioca stvorena pravno relevantna opasnost, mora se konstatovati da se ova opasnost, zbog neočekivanog (neadekvatnog) uzročnog toka nije realizovala u posledici.⁷⁵ Shodno tome, u prethodno navedenim primerima učinilac može biti kažnjen samo za pokušaj.⁷⁶

Najveće probleme u svakom konkretnom slučaju može zadavati razgraničenje tipičnog od atipičnog kauzalnog toka. Koliko je razgraničenje teško najbolje ilustruju primeri kada telesna konstitucija pasivnog subjekta i stanje njegovog zdravlja odstupa od normalnog. Tako je sporno postoji li uračunavanje kada A baci mali kamen na B i nanese mu beznačajnu posekotinu, ali koja zbog toga što B boluje od hemofilije dovede do njegove smrti.⁷⁷ Ipak, u ovakvim slučajevima često se negira objektivno uračunavanje, zato što se u posledici odrazio povećani rizik čiji je nosilac pasivni subjekt.⁷⁸ Ali, ako usled smrtno opasne povrede nožem pasivni subjekt bude prevezen u bolnicu i nakon uspešne operacije nastrada zbog naknadne infekcije rane, ne dolazi do neuobičajenog kauzalnog toka, tj. posledica i konkretan način njenog prouzrokovanja je u okviru onoga na šta se može računati.⁷⁹ Opasnost, pri tome, ne mora da bude stvorena umišljajnom radnjom; moguća je i nehatno stvorena opasnost. Tako, neće se učiniocu koji nehatno povredi drugoga uračunati njegova smrt ako on zbog povrede ne može da se udalji sa mesta nezgode, pa ga usmrti udar groma, ali hoće kada tipične komplikacije u toku procesa lečenja dovedu do smrtno posledice.⁸⁰

Takođe, sporni su i slučajevi u kojima učinilac ne ostvaruje posledicu neposredno svojim ponašanjem na objektu radnje, već do nje dolazi usled ponašanja pasivnog subjekta u najstojanju da izbegne opasnost. Pri tome, neuračunavanje posledice učiniocu obično se brani u slučajevima kada ponašanje pasivnog subjekta značajno

75 K. Kühl, 46.

76 Suprotno tome, postojao bi dovršeni nehatni delikt u sledećem primeru. Profesionalni vozač A približava se velikom brzinom na autoputu vozilu lica B, ne pridržavajući se neophodnog rastojanja između vozila. B se uplaši i naglo skrene svoje vozilo u desnu traku, pri tome izgubi kontrolu nad vozilom, sklizne sa kolovoza i udari u drvo i nastrada. Pošto kauzalni tok ne stoji sasvim izvan svakog životnog iskustva, A će odgovarati za nehatno lišenje života. J. Wessels, W. Beulke, 75.

77 *Ibid*, 75–76.

78 K. Kühl, 47. Englesko krivično pravo u ovakvim slučajevima primenjuje tzv. *thin skull rule*, koje znači da se učiniocu uračunava svaka posledica koja je uzročno povezana sa njegovom radnjom, bez obzira na to koliko neočekivana bila. Posledica koja nije adekvatan rezultat učiniočevog ponašanja i koja je zbog naročitog zdravstvenog stanja pasivnog subjekta nepredvidiva ne isključuje odgovornost učinioca. N. Haralambous, 36–37.

79 K. Kühl, 46–47.

80 *Ibid*, 47.

odstupa od uobičajenog načina ponašanja. Posledica ipak u svakom slučaju ostaje delo učinioca ako se ponašanje pasivnog subjekta može smatrati shvatljivom reakcijom na osnovu opšteg životnog iskustva. Npr. azilant koji bežeći od naoružane grupe skinhedsa skače kroz zatvorena staklena vrata i pri tome smrtno nastrada. Zbog toga što se u konkretnom slučaju skok kroz vrata može smatrati jednom zamislivom (shvatljivom) reakcijom na neposrednu pretnju, posledica se učiniocima može objektivno staviti na teret.⁸¹

3.2. Povezanost između povrede dužne pažnje i nastupele posledice

Povezanost između protivdužnosnog ponašanja i posledice igra ključnu ulogu kod nehatnih krivičnih dela. Između učiniočevog ponašanja i nastupele posledice mora postojati takva veza da upravo povreda dužne pažnje predstavlja razlog njenog nastupanja.⁸² Rizik stvoren protivdužnosnim ponašanjem ne odražava se u posledici kada bi ona, sa verovatnoćom koja se graniči sa sigurnošću, nastupila i pri alternativnom propisnom ponašanju, tj. i u situaciji da se učinilac pridržavao zahteva dužne pažnje.⁸³ Npr. vozač A povećanom brzinom upravlja svojim motornim vozilom. Iznenada B koji je bio pod dejstvom alkohola podleti pod vozilo i nastrada. Utvrđeno je da A ne bi mogao pravovremeno da zakoči i izbegne nezgodu čak i da nije prebrzo vozio. Drugim rečima, i da je vozač propisno vozio i poštovao granicu dozvoljene brzine došlo bi do iste konkretne posledice. Pošto se shodno tome opasnost prebrze vožnje nije odrazila u posledici, vozač ne može odgovarati za nehatno lišenje života.⁸⁴ U slučajevima kada bi posledica ostvarena povredom dužne pažnje nastupila i da je učinilac poštovao zahteve brižljivog ponašanja (da je vozio dozvoljenom brzinom) negira se objektivno uračunavanje.⁸⁵ Vladajuće shvatanje svoj pristup ovom pitanju temelji na principu *in dubio pro reo*.⁸⁶ Npr. do smrti bicikliste je došlo usled toga što je podleteo pod kamion koji ga je preticao uz nezatno rastojanje. Vozaču kamiona nije bilo moguće da spazi kako je biciklista prilično pijan, što opravdava pretpostavku da bi on podleteo pod prikolicu kamiona i u slučaju da je vozač kamiona držao sigurno odstojanje prilikom preticanja. Na osnovu sumnje u povezanost protivdužnosnog ponašanja i posledice smrt bicikliste se ne može uračunati vozaču kamiona.⁸⁷ Suprotno tome, učenje o povećanju rizika

81 J. Wessels, W. Beulke, 76.

82 I. Vuković (2008), 255.

83 J. Wessels, W. Beulke, 76; T. Lenckner, 184; J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 254.

84 J. Wessels, W. Beulke, 76.

85 K. Kühl, 50.

86 Nemogućnost utvrđivanja svih konkretnih okolnosti, tj. postojanje sumnje u određene činjenice ima se shodno navedenom pravilu rešiti u korist učinioca. Tako i u sledećem slučaju. Učiniilac upravlja motornim vozilom iako je svestan neispravnosti kočionog mehanizma, ali ne znajući da prednji točak nije dobro pričvršćen šrafovim. U jednoj krivini vozač izgubi kontrolu nad vozilom i prouzrokuje nezgodu u kojoj nastrada lice koje je upravljalo vozilom koje je dolazilo iz suprotnog smera. U svemu tome ne može se pozdano utvrditi da li je učinilac kontrolu nad automobilom izgubio usled neispravnog kočionog mehanizma ili zbog defekta na točku, te se ne može reći da se u posledici ostvarila od njega stvorena pravno zabranjena opasnost, pa mu se primenom principa *in dubio pro reo* posledica ne može objektivno uračunati. Vid. G. Freund, 475–477.

87 J. Wessels, W. Beulke, 77.

(*Risikoerhöhungstheorie*), koje je u teoriji razvio Roxin, odlučujući kriterijum uračunavanja vidi u povećanju opasnosti, i ne isključuje uračunavanje, polazeći od toga da bi propisno ponašanje verovatno spasilo život bicikliste.⁸⁸ Ovo učenje potvrđuje objektivno uračunavanje posledice u slučaju sumnje samo onda kada bi verovatnoća njenog nastupanja pri ponašanju učinioca koje je u skladu sa dužnošću bila manja. Zbog toga se i u slučaju bicikliste prema ovom shvatanju lako prepoznaje element povećanja opasnosti već u činjenici nepoštovanja sigurnog odstojanja, što je dovoljno da se vozaču kamiona (uprkos ostajućoj sumnji u pogledu hipotetički zamišljenog toka stvari) uračuna smrt bicikliste.⁸⁹ Protiv učenja o povećanju rizika govori argument da ono previše sužava primenu principa *in dubio pro reo* i da krivična dela povrede *contra legem* pretvara u krivična dela ugrožavanja.⁹⁰

4. UMEMSTO ZAKLJUČKA

Iako je u (nemačkoj) nauci krivičnog prava uložen značajan trud da se precizno odrede uslovi za primenu teorije objektivnog uračunavanja, veliki broj kriterijuma u okviru ovog učenja nije još uvek izgrađen u jedan celovit sistem. Pokušaj da se prevaziđu ograničenja ranijih teorija uzročnosti doveo je do toga da se umesto velikog broja uslova do koje može dovesti primena teorije *condicio sine qua non*, primenjuje veliki broj složenih pravila koja deluju kazuistički, zbog čega se ističe da teorija objektivnog uračunavanja ne sadrži potencijal koji bi joj omogućio da postane jedna opšta teorija krivičnog prava.⁹¹ Uprkos tome, pokušaj da se za razliku od shvatanja u ranijoj literaturi uz pomoć normativnih kriterijuma posledica pripiše određenom licu kao njegovih ruku delo ukazuje na stalni napredak krivičnopravne misli i nastojanje da se pitanje krivične odgovornosti postepeno ispituje u okviru svakog konstitutivnog elementa opšteg pojma krivičnog dela.⁹²

88 Prekoračenje dozvoljenog rizika nepridržavanjem odgovarajućeg odstojanja povećalo je šanse za smrtnu posledicu na pravno relevantan način. C. Roxin, 392. U vezi sa tim pojedini autori ističu da je sporno na osnovu kojih merila utvrditi postojanje povećanja opasnosti i kada primeniti princip *in dubio pro reo*. Npr. na jednoj plaži B spreči A da utopljeniku E baci pojas za spasavanje. Ubrzo nakon toga E se utopi u vodi. Zbog udaljenosti lica A i E, jakih struja i velikih talasa ne može se isključiti da E ne bi dohvatio pojas za spasavanje i da bi se u svakom slučaju utopio. Odstupajući od većinskog shvatanja, pristalice učenja o povećanju rizika prihvataju *in dubio pro reo* pravilo samo pri sumnji koja se odnosi na realne okolnosti (postojeće okolnosti se jedino uzimaju u obzir; u gornjem slučaju udaljenost između lica A i E) ali odbijaju da u korist učinioca tumače sumnju koja je povezana sa hipotetičkim tokom događaja (da li je snaga E bila dovoljna da uprkos ogromnim talasima i jakim strujama on dohvati pojas za spasavanje). J. Wessels, W. Beulke, 77.

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*, 77–78.

91 Z. Stojanović, 126.

92 Čak se i u anglosaksonskom krivičnom pravu gde o tom pitanju odlučuje porota sačinjena od grupe pravnih laika faktički kauzalitet (*but for test*) ne smatra dovoljnim uslovom za uspostavljanje odgovornosti, već se traži i normativna veza (*legal causation*) u okviru koje se ispituje da li je učiniočeva radnja značajno doprinela nastupanju posledice, tj. da li je predstavljala suštinski uslov zabranjenog rezultata. N. Haralambous, 31–35.

Ivan Đokić

Law Faculty, University of Belgrade

ON THEORY OF OBJECTIVE ASCRIPTION IN CRIMINAL LAW

SUMMARY

In the sphere of result crimes German legal literature has developed a theory of objective ascription. It is about a modern approach in the criminal law doctrine which presumes that the forbidden consequence can be attributed to the perpetrator as her deed not only if her action caused that consequence but also if it can be objective ascribed to her according to normative criteria. This analysis goes through two phases. Firstly, it is necessary to show that perpetrator's action is a factual cause of the forbidden consequence and secondly that the perpetrator created a legally relevant danger which realised in the forbidden consequence. In this second normative phase crucial are criteria such as: protective purpose of the violated norm, general life risk and allowed risk, contributory acts of the victim or third-party interventions, risk diminishment or atypical chain of causation and the connection between the obligation of the offender to act in a certain way and realized consequence. The paper gives only basic features of this complicated understanding that aspires to become a general theory in the field of result crimes, but which is not yet fully shaped into a unique system.

Key words: causality, objective ascription, legally relevant danger, allowed risk, risk diminishment, atypical chain of causation.

O LEGITIMNOSTI DELOVANJA ORGANA FORMALNE KONTROLE

Apstrakt. U radu se analizira legitimnost delovanja organa formalne socijalne kontrole. Značaj ovog pitanja ogleda se u činjenici da legitimnost ima prevagu u odnosu na zastrašivanje ili efikasnost organa formalne socijalne kontrole u suzbijanju kriminaliteta kada je u pitanju poštovanje pravnih normi ili saradnja građana sa pomenutim organima. Posle ukazivanja na različite koncepte legitimnosti, predstavljeni su faktori za koje je u brojnim empirijskim istraživanjima utvrđeno da ostvaruju uticaj na formiranje percepcije o legitimnosti delovanja organa formalne socijalne kontrole. Najznačajniji uticaj ostvaruje proceduralna pravda, koja se ogleda u fer vođenju postupka i donošenju odluka. Pored toga, ukazano je uticaj koji na legitimnost ostvaruje distributivna pravda, moralni kredibilitet pravnih normi kao i efikasnost delovanja organa formalne socijalne kontrole u suzbijanju kriminaliteta.

Gljučne reči: legitimnost, proceduralna pravda, distributivna pravda, moralni kredibilitet, efikasnost, saradnja.

1. UVODNE NAPOMENE

Koncept legitimnosti potiče od latinske reči *legitimus* što bi značilo opravdan, pravičan, ispravan.¹ Kriminolozi u poslednje dve decenije pokazuju interesovanje za proučavanje legitimnosti delovanja organa formalne kontrole kao i uticaja legitimnosti na poštovanje pravnih propisa i saradnje sa organima formalne kontrole. Do sada su sprovedena brojna kriminološka istraživanja u kojima je ispitivan uticaj različitih faktora na stvaranje percepcije o legitimnosti delovanja sistema krivičnog progona. Kao nesporna se čini tvrdnja da je legitimnost umnogome uslovljena postojanjem proceduralne pravde pod kojom se podrazumeva fer i neutralan postupak kao i fer i nepristrasno odlučivanje o pravima građana. Pored navedenog, utvrđeno je da određeni uticaj ima i efikasnost delovanja organa formalne kontrole, distributivna pravda, moralni kredibilitet krivičnog prava kao i odsustvo pravnog cinizma. Značaj studija o legitimnosti ogleda se u uticaju na ponašanje ljudi, jer je na osnovu empirijskih podataka utvrđeno da percepcija o legitimnosti utiče na poštovanje pravnih propisa kao i na saradnju sa organima formalne kontrole. Iako je najveći broj autora koji su proučavali koncept legitimnosti došao do zaključaka koji odgovaraju navedenim tvrdnjama, u literaturi se navode i drugačiji predlozi u određenju koncepta legitimnosti. Umesto prvobitnog dvodimenzionalnog pristupa po kome legitimnost čini obaveza na poslušnost i poverenje, po novom konceptu poverenje

* asistent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 J. Tankebe, A. Liebling, Legitimacy and Criminal Justice: An Introduction, in: J. Tankebe, A. Liebling, *Legitimacy and Criminal Justice, An International Exploration*, Oxford, 2013, p. 1–6.

čini zaseban element koji utiče na formiranje percepcije o legitimnosti, dok je sama legitimnost sastavljena od tri segmenta: obaveza na poslušnost, saglasnost između građana i sistema krivičnog progona u pogledu moralnih vrednosti kao i verovanje građana da organi formalne kontrole postupaju u skladu sa internim pravilima. Pored toga, u literaturi se analizira i da li na percepciju o legitimnosti utiču isti faktori u svim društvima.

2. LEGITIMNOST DELOVANJA ORGANA FORMALNE KONTROLE

Poštovanje pravnih propisa kao i saradnja sa organima krivičnog progona ima važnu ulogu na planu suzbijanja kriminaliteta. Ostvarivanje pomenutog cilja nije moguće uz isključivo oslanjanje na poslušnost građana ili na rad policije i krivičnog pravosuđa, već je neophodna njihova saradnja.² Kooperacija se po nekim mišljenjima može ostvariti na dva načina: kroz instrumentalno delovanje koje je zasnovano na premisi da je ljudsko ponašanje motivisano ličnim interesom ili kroz model legitimnosti po kome na poštovanje pravnih normi i saradnju građana sa policijom i krivičnim pravosuđem uticaj ima i percepcija građana o legitimnosti delovanja organa formalne kontrole kao i percepcija o legitimnosti krivičnog prava.

Prvi model saradnje podrazumeva da ljudi poštuju pravne propise ili zbog predviđenih sankcija ili zbog postojanja nekog drugog podsticaja, na primer zato što je policija efikasna u suzbijanju kriminaliteta u lokalnoj zajednici i na taj način utiče na pojačanu saradnju građana. Instrumentalni model, dakle, polazi od pretpostavke da zastrašivanje ima uticaj na poštovanje pravnih propisa. Ipak, rezultati empirijskih studija ne pružaju, ili bar ne u značajnoj meri, podršku takvoj tvrdnji. Propisivanje i izricanje sankcija nema značajan uticaj na pridržavanje pravnih propisa. Zastupnici teorija o zastrašivanju smatraju da će izvesnost i efikasnost u primeni krivičnih sankcija dovesti do manje izvršenih krivičnih dela. Ipak, statistički podaci ne ukazuju na značajnu izvesnost kod kažnjavanja. Tako se na primer navodi da više od polovine težih krivičnih dela ostaje neprijavljeno, dok samo 10% učinilaca ovih dela dobija zatvorsku kaznu.³ Za neka krivična dela je strategija zastrašivanja ipak primenljivija. U pitanju su neka teška krivična dela, poput ubistva, za čija se otkrivanja i dokazivanja ulažu značajna sredstva. Rizik otkrivanja je kod ubistva prilično visok i iznosi i 45% u poređenju sa na primer silovanjem gde je taj rizik 12% ili sa razbojništvom koje se po statističkim pokazateljima otkriva u 4% situacija.⁴ Pri tome, treba imati u vidu da je strategija zastrašivanja primenljivija kada se radi o instrumentalnim delima koja se vrše radi ostvarivanja određenog cilja nego kod ekspresivnih krivičnih dela koja predstavljaju rezultat momentalnog delovanja i koja su sama sebi cilj.⁵

2 Tom R. Tyler, Jeffrey Fagan, Legitimacy and Cooperation: Why Do People Help the Police Fight Crime in Their Communities? *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol.6/231, 2008, p. 233.

3 L. Siegel, *Criminology*, USA, 2010, p. 110.

4 Tom R. Tyler, Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law, *Crime and Justice*, Vol. 30, 2003, p. 283–357.

5 L. Siegel, *op. cit.*, p. 113, T. R. Tyler (2003), *op. cit.*, 305.

Model legitimnosti, sa druge strane, polazi od pretpostavke da percepcija ljudi o legitimnom krivičnom pravu i legitimnom delovanju organa formalne socijalne kontrole utiče na poštovanje propisa kao i na saradnju građana sa ovim organima. Legitimnost podrazumeva da građani veruju da institucija ima pravo da određuje modele ponašanja uz istovremeno postojanje osećaja dužnosti da se ta pravila poštuju.⁶ Ona se određuje kao društvena vrednost⁷, odnosno pravno orijentisana vrednost⁸ koja po rezultatima mnogih sprovedenih studija ima značajniji uticaj na konformizam i kooperaciju nego što je to slučaj sa zastrašivanjem i efikasnošću u suzbijanju kriminaliteta. Indikatori preko kojih se najčešće meri prisustvo legitimnosti su osećaj građana da imaju obavezu na poslušnost i poverenje u organe formalne kontrole.⁹ Po nekim mišljenjima ovo je subjektivna strana legitimnosti koju čini stav građana, odnosno njihovo uverenje da je krivični sistem (odnosno njegovi segmenti) legitiman. Pored obaveze na poslušnost i poverenja, pojedini autori smatraju da subjektivnu legitimnost treba upotpuniti i sledećim indikatorima: postojanje istovetnog moralnog okvira građana i sistema krivičnog progona kao i verovanje građana da ovaj sistem postupa u skladu sa svojim internim pravilima.¹⁰ Pored navedenog, od subjektivne treba razlikovati normativnu legitimnost. Naime, legitimnost se ne može iscrpeti samo u percepciji građana da je krivični sistem legitiman, već je potrebno postojanje i objektivnih kriterijuma koji ukazuju na postojanje ove vrednosti. Za krivični sistem se može smatrati da je normativno legitiman onda kada ispunjava minimalne uslove u pogledu efikasnog, neutralnog i fer postupanja njegovih predstavnika.¹¹ Umesto subjektivne, pojedini autori koriste i termin „empirijska legitimnost“ kako bi napravili razliku u odnosu na normativnu legitimnost.¹² Normativna koncepcija legitimnosti se u teoriji operacionalizuje preko koncepta proceduralne pravde koja je jedan od ključnih prediktora legitimnosti (videti u nastavku teksta).¹³ U literaturi se takođe pravi razlika između institucionalne

- 6 B. Bradford et al., Obeying the Rules of the Road: Procedural Justice, Social Identity, and Normative Compliance, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, n.1, 2015, p. 1–21.
- 7 *Ibid.*
- 8 M. D. Reising, S. E. Wolfe, K. Holtfreter, Legal Cynicism, Legitimacy and Criminal Offending – The Nonconfounding Effect of Low Self-Control, *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 38 No. 12, 2011, p. 1265–1279.
- 9 Tom R. Tyler (2003), *op. cit.*, p. 293–294.
- 10 J. Jackson et al., Developing European Indicators of Trust in Justice, *European Journal of Criminology*, 8(4), 2011, p. 267–285. Ovo je trodimenzionalni koncept legitimnosti. Za razliku od shvatanja Tylera koji legitimnost svodi na obavezu na poslušnost i poverenje građana u rad organa formalne kontrole, ima mišljenja da se radi o odvojenim elementima koji dovode do netačnih rezultata ako se posmatraju kao jedna kategorija. U jednom od istraživanja koje je sprovedeno primenjen je trodimenzionalni koncept legitimnosti, a poverenje u rad policije je posmatrano kao zasebna varijabla. Rezultati su pokazali da poverenje u rad policije utiče na svaki od tri elementa legitimnosti. Vidi: J. Šifrer, G. Meško, M. Bren, Assessing Validity of Different Legitimacy Constructs Applying Structural Equation Modeling, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015, p. 161–187.
- 11 J. Jackson et al. (2011), *op. cit.*, p.
- 12 M. Hough, J. Jackson, B. Bradford, Legitimacy, Trust and Compliance: An Empirical Test of Procedural Justice Theory using the European Social Survey, in: J. Tankebe, A. Liebling, *Legitimacy and Criminal Justice, An International Exploration*, Oxford, 2013, p. 326–352.
- 13 D. Beetham, Revisiting Legitimacy, Twenty Years on, in: J. Tankebe, A. Liebling, *Legitimacy and Criminal Justice, An International Exploration*, Oxford, 2013, p. 19–36.

i lične legitimnosti, što zavisi od toga da li je građanima lično poznat predstavnik organa formalne kontrole.¹⁴

Za stvaranje uverenja o legitimnom pravu kao i o radu organa formalne kontrole presudan je proces *pravne socijalizacije*. On počinje još u detinjstvu i ostvaruje se ili kroz direktan kontakt sa predstavnicima policije, suda ili drugih državnih organa kao i posredno kroz iskustva bliskih ljudi. Kroz proces pravne socijalizacije usvajaju se stavovi i ubedenja o pravu i radu organa formalne kontrole.¹⁵ Od pravne socijalizacije treba razlikovati pojam *pravne svesti* pod kojim se podrazumeva način na koji ljudi razumeju pravo, kakvu imaju predstavu i stavove o pravu i kako ga koriste.¹⁶

Percepcija građana o legitimnom delovanju organa formalne kontrole značajna je za njihov rad. Tako se, na primer, u literaturi navodi da zabrinutost i sumnja građana da se sudske odluke donose na osnovu predrasuda dovodi do usvajanja posebnih pravila za odmeravanje krivičnih sankcija kako bi se ograničilo sudsko odlučivanje, dok smatranje građana da su krivične sankcije blage dovodi u praksi do pooštavanja zakona i uvođenja mandatnih kazni. I za rad policije je važno da građani imaju percepciju o njenom legitimnom delovanju. Sumnja u nepristrasnost policijskog delovanja u nekim sistemima je dovela do uvođenja tzv. rasnog profilisanja koje se zasniva na uzimanju u obzir rasne pripadnosti građana prilikom preduzimanja policijskih akcija.¹⁷ Legitimnost delovanja organa formalne kontrole utiče na redukovanje tenzije između nadređenih i podređenih koji priznaju autoritet sistema, a sa druge strane legitimnost ima i ulogu u ograničavanju vlasti.¹⁸

3. PROCEDURALNA PRAVDA

U literaturi se navodi da na formiranje percepcije građana o legitimnom delovanju organa formalne kontrole najveći uticaj ima njihov kontakt sa predstavnicima policije, tužilaštva, sudova i drugih državnih organa. Sprovedena empirijska istraživanja ukazuju da percepcija o legitimnosti na prvom mestu zavisi od načina postupanja predstavnika ovih organa. Ako je takvo postupanje od strane građana ocenjeno kao fer i nepristrasno, bez obzira da li je ishod postupka povoljan po stranku, vrlo je verovatno da će i percepcija o legitimnosti biti pozitivna.¹⁹ Uticaj proceduralne pravde na percepciju o legitimnosti prvi su proverili Thibaut i Walker sprovođenjem serije simulovanih suđenja. Učesnici ovog istraživanja bili su okrivljeni za određena nedozvoljena ponašanja, a branili su se u dve vrste postupaka –

14 T. R. Tyler, Legitimacy and Criminal Justice: The Benefits of Self-Regulation, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 7/307, 2009, p. 307–359.

15 M. D. Reising, S. E. Wolfe, K. Holtfreter, *op. cit.*, p. 1266.

16 R. Swaner, A. Brisman, Legal Cynicism among Civically-Engaged Youth, *Varstvoslovje*, 4/2014, p. 492–517.

17 T. R. Tyler (2003), *op. cit.* p. 292.

18 J. Jackson et al., Empirical Legitimacy as Two Connected Psychological States, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015, p. 137–160.

19 M. D. Reising, C. Lloyd, Procedural Justice, Police Legitimacy, and Helping the Police Fight Crime Results From a Survey of Jamaican Adolescents, *Police Quarterly*, vol. 12, n. 1, 2009, p. 42–62; T. R. Tyler, Jeffrey Fagan, *op. cit.*, p. 240–241.

adverzijalnom i istražnom (inkvizitorskom). Rezultati su pokazali da su učesnici adverzijalni tip procedure označili kao više fer bez obzira na povoljnost ishoda.²⁰ Kasnije studije ukazale su na značaj dva faktora koji utiču na građane da se pridržavaju donetih odluka. Pored povoljne odluke, drugi presudan element je proceduralna pravda. Ljudi veruju da su odluke fer kada se donose na osnovu objektivnih kriterijuma, nepristrasno i bez predrasuda, dok se kontakt sa predstavnicima vlasti ocenjuje na osnovu poštovanja dostojanstva građana kao i poštovanja njihovih prava. Pored navednog, u literaturi se ističe da element proceduralne pravde čini i postojanje mogućnosti građana da u postupku učestvuju i da iskažu svoje mišljenje. Mogućnost participacije u postupku pruža objašnjenje za veću popularnost medijacije od sudskih sporova. Pojedini autori ističu da osim proceduralne pravde, koja uključuje fer odlučivanje i postupanje, važnu ulogu u kreiranju percepcije o legitimnosti ima i poverenje građana u motive zbog kojih je odluka doneta.²¹

Osim fer donošenja odluke i fer postupanja kao elemenata proceduralne pravde, ima mišljenja da ovaj prediktor legitimnosti može biti upotpunjen tako da se govori o modelu sastavljenom od četiri komponente. Donošenje odluka i način postupanja regulisani su različitim pravnim aktima, ali njihova primena u praksi zavisi od konkretnih predstavnika formalne socijalne kontrole. U mnogim slučajevima odluke koje oni donose rezultat su diskrecione ocene. Zbog toga se smatra da ima osnova za razlikovanje formalnih elemenata proceduralne pravde i neformalnih elemenata koji se zasnivaju na oceni građana o donošenju odluka i postupanju pojedinaca u konkretnim slučajevima. U jednom istraživanju koje sprovedeno i u kome je proceduralna pravda operacionalizovana na navedeni način došlo se do zaključaka da svaki od četiri elementa utiče na stvaranje percepcije o proceduralnoj pravdi.²²

I u istraživanjima u kojima je prihvaćen trodimenzionalni koncept legitimnosti koji obuhvata obavezu na poslušnost, saglasnost između građana i sistema krivičnog progona u pogledu moralnih vrednosti kao i verovanje da ovi organi postupaju u skladu sa pravom, utvrđeno je da proceduralna pravda ima uticaja na svaki od pomenutih elemenata. Percepcija o fer proceduri se pokazala kao najznačajniji prediktor obaveze na poslušnost u poređenju sa distributivnom pravdom i efikasnošću (videti više u nastavku teksta), a rezultati su slični i u pogledu uticaja percepcije o fer proceduri na postojanje istog moralnog okvira građana i organa formalne kontrole. Sa druge strane, uticaj distributivne pravde značajniji je prediktor od proceduralne pravde kada se radi o trećem elementu legitimnosti – verovanju da organi formalne kontrole postupaju u skladu sa pravnim propisima.²³

20 T. R. Tyler et al., *Social Justice in a Diverse Society*, USA, 1997, p. 76–77.

21 T. R. Tyler (2003), *op. cit.* p. 293–294. Proceduralna pravda ima veći značaj i od efikasnosti u suzbijanju kriminaliteta. Iako je za društvo najvažnije da bude zaštićeno tako što će se kriminalitet suzbijati, u literaturi se navodi da građani percepciju o legitimnosti ne donose primarno na osnovu uspeha u ostvarivanju ovog cilja. Ako na primer policija utiče na smanjenje stope kriminaliteta u nekoj lokalnoj zajednici, ali pri tome ne poštuje prava građana percepcija o legitimnosti će biti ugrožena. Navedeno prema: J. Fagan, *Legitimacy and Criminal Justice*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 6/123, 2008, p. 123–140.

22 Više o tome u: S. L. Blader, T. R. Tyler, *A Four-Component Model of Procedural Justice: Defining the Meaning of a „Fair“ Process*, *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 29, n. 6, 2003, p. 747–758.

23 M. Hough, J. Jackson, B. Bradford, *op. cit.*, p. 340–342.

4. UTICAJ OSTALIH FAKTORA NA PERCEPCIJU O LEGITIMNOSTI

Pored nesumnjivog značaja koji na oblikovanje percepcije građana o legitimnom delovanju organa formalne kontrole ima proceduralna pravda, u literaturi se ističe uticaj i drugih faktora. Ovde će biti reči o pravnom cinizmu, efikasnosti organa formalne kontrole, distributivnoj pravdi i moralnom kredibilitetu.

Pravni cinizam obuhvata stavove kojima se negira obavezujuće dejstvo pravnih normi²⁴, odnosno percepciju da se drugi ljudi ne pridržavaju pravnih propisa ili se te norme doživljavaju kao beskorisne.²⁵ Pojedini autori ističu da pravni cinizam nastaje kao posledica trajne izolacije i otuđenja od socijalnih institucija što posebno dolazi do izražaja u dezorganizovanim zajednicima. U njima su češća policijska prekoračenja ovlašćenja i zloupotrebe što doprinosi osećaju izolacije i stvaranju ciničnih stavova. Pored toga, pravni cinizam se određuje kao vrsta tehnika neutralizacije koja se primenjuje pošto je došlo do izvršenja kakvog nedozvoljenog ponašanja. Ova tvrdnja se potkrepljuje rezultatima empirijskih istraživanja koja pokazuju da su cinični stavovi najzastupljeniji kod lica koja su u studijama samooptuživanja navela da su izvršila neko zabranjeno delo,²⁶ kao i kod onih ispitanika koji su potvrdno odgovorili na pitanje da li bi učinili neko od „svakodnevnih krivičnih dela“.²⁷ Pravni cinizam se povezuje sa većom stopom nasilnih dela i sa manjom mogućnošću otkrivanja i hapšenja maloletnih delinkvenata. Adolescenti u zajednicama koje odlikuje prisustvo ovakvih stavova smatraju, slično kao i njihovi roditelji, da je nasilje adekvatan i praktičan način rešavanja određenih situacija, pri čemu nije neophodno da se usvoji model ponašanja koji opravdava nasilje.²⁸ Između pravnog cinizma i proceduralne pravde postoji određena povezanost. No, ne mora nužno značiti da nepostojanje proceduralne pravde u konkretnom slučaju odmah dovodi do usvajanja pravno ciničnih gledišta kao što je moguće i obratno – da lice bez obzira na fer postupanje organa formalne kontrole zadržava takav stav.²⁹ U literaturi se legitimnost određuje i na negativan način – kao nedostatak pravnog cinizma.³⁰

Dok se proceduralna pravda odnosi na fer postupanje, *distributivna pravda* znači fer donošenje odluke, odnosno jednako postupanje prema svim socijalnim

24 A. E. Nivette et al., The Social and Developmental Antecedents of Legal Cynicism, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 52, 2015, p. 270–298.

25 S. Karstedt and S. Farrall, The Moral Economy Of Everyday Crime – Markets, Consumers and Citizens, *British Journal of Criminology*, n. 46, 2006, p. 1011–1036.

26 A. E. Nivette et al., *op. cit.*, 272–274.

27 S. Karstedt and S. Farrall, *op. cit.*, p. 1024. Pod „svakodnevnim krivičnim delima“ autor podrazumeva sva ona ponašanja koja se nalaze između kriminaliteta u odelima i kriminaliteta na ulici i obuhvataju na primer prevaru, prevaru u osiguranju, prevaru potrošača itd.

28 B. Soller, A. L. Jackson, C. R. Browning, Legal Cynicism and Parental Appraisals of Adolescent Violence, *British Journal of Criminology*, n. 54, 2014, p. 568–591.

29 R. Swaner, A. Brisman, *op. cit.*, p. 499.

30 T. R. Tyler (2003), *op. cit.*, p. 310. U jednom sprovedenom istraživanju ispitivano je da li se pravni cinizam kao i percepcija o legitimnosti pojavljuju samo kao posredni faktori između nedostatka samokontrole i kriminalnog ponašanja. Međutim, rezultati su pokazali da nedostatak samokontrole, pravni cinizam kao i percepcija o legitimnosti ostvaruju nezavistan uticaj na vršenje krivičnih dela. Više o tome u: M. D. Reisig, S. E. Wolfe, K. Holtfreter, *op. cit.*, p. 1265–1279.

grupama. Obe vrste fer postupanja imaju uticaja na percepciju o legitimnosti, ali rezultati sprovedenih studija pokazuju da veći značaj ima proceduralna pravda.³¹ U skladu sa napred pomenutom trodimenzionalnom koncepcijom legitimnosti, u literaturi se sve više pronalaze gledišta koja distributivnu pravdu svrstavaju u koncept poverenja građana u delovanje organa formalne kontrole. Pored distributivne pravde, koncept poverenja obuhvata i stav o proceduralnoj pravdi kao i efikasnosti delovanja.³² Prema rezultatima pojedinih istraživanja, na distributivnu pravdu kao i na proceduralnu pravdu i legitimnost najviše utiče kontakt sa predstavnicima organa formalne kontrole a posebno policije.³³

Od distributivne pravde treba razlikovati *moralni kredibilitet*. Po jednom gledištu moralni kredibilitet krivičnog prava predstavlja segment distributivne pravde i postoji ukoliko se kažnjavaju oni koji to zaslužuju, štite oni koji su nevini, a učinoci kažnjavaju srazmerno težini krivičnih dela.³⁴ Po drugom shvatanju u pitanju je zaseban element od koga zavisi percepcija o legitimnosti. Postojanje moralnog kredibiliteta zavisi i od toga da li se građani saglašavaju da određena ponašanja budu propisana kao krivična dela. Legitimnost, na koju utiče ovako određen moralni kredibilitet, može biti umanjena kako u slučaju sankcionisanja dela koja građani ne vide kao društveno opasna u meri da zaslužuju krivično pravnu reakciju, tako i u slučaju da zakon kao krivično delo ne predviđa ponašanje koje građani vide kao društveno opasno. Isto važi i u slučaju faktičke dekriminalizacije kada se pravna norma retko ili uopšte ne primenjuje, a građani smatraju da je potrebna oštrija reakcija organa formalne kontrole na određeno nedozvoljeno ponašanje.³⁵ Moralni kredibilitet pravnih normi se ne dovodi u pitanje kod krivičnih dela *mala in se*, već kod nekih lakših krivičnih dela (to bi npr. mogla biti „svakodnevna krivična dela“ o kojima je već bilo reči). Na moralni kredibilitet krivičnog prava utiče više faktora. Na prvom mestu se navodi hiperinkriminalizacija. Inkriminisanje brojnih ponašanja kao krivičnih dela otežava njihovo razgraničenje u odnosu na ponašanja koja su regulisana drugim pravnim propisima, a osim neefikasnosti dovodi i do problema na planu društvene osude, jer građani neće smatrati da je izrečena sankcija „zaslužena“ ako se na primer radi o odgovornosti koja se kosi sa principom *nulla poena sine culpa*³⁶ ili je u pitanju neko bagatelno krivično delo.³⁷ Drugo, moralni kredibilitet biće doveden u pitanje u društvima u kojima postoji sukob različitih društvenih grupa u pogledu određenja koje ponašanje zaslužuje da bude inkriminisano (kao primeri se

31 T. R. Tyler, Jeffrey Fagan, *op. cit.*, p. 253.

32 N. Guzy, H. Hirtenlehner, Trust in the German Police: Determinants and Consequences for Reporting Behavior, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015, p. 203–229; G. Meško, K. Eman, Legitimacy of Policing in Central and Eastern Europe: Results from a Cross-National Law Student Survey, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015, p. 231–260.

33 G. Meško, K. Eman, *op. cit.*, p. 254.

34 J. Fagan, *op. cit.*, p. 129–130.

35 *Ibid.*

36 U pitanju je striktna odgovornost koja postoji u anglosaksonskom pravu, a za naše pravo bi se kao primer mogla navesti odgovornost urednika, izdavača, štampara i proizvođača.

37 P. H. Robinson, J. M. Darley, The Utility of Desert, *Northwestern University Law Review*, vol. 91, n. 2, 1997, p. 453–499.

navode inkriminisanje abortusa, čija dopuštenost po jednom mišljenju predstavlja primer legalizovanog ubistva, i pokreti za zaštitu životinja). Pojedini autori smatraju da za poštovanje krivičnog prava ključnu ulogu ima moralni kredibilitet zbog čega predlažu njegovo usaglašavanje sa percepcijom građana.³⁸ Za razliku od kaznenog populizma koji se u kreiranju politike suzbijanja kriminaliteta zasniva na proceni mišljenja građana, ovde je reč o novom obliku populizma koji podrazumeva veću uključenost građana u sistem krivičnog progona. U zavisnosti od njihovih stavova, odgovor na kriminalitet može biti punitivniji, ali može uključiti i dekriminalizaciju ili blaže kažnjavanje.³⁹ No, ovakvi predlozi podvrgnuti su kritikama zbog nekoliko razloga. Prvo, građani svoju percepciju o kriminalitetu najčešće stiču na osnovu medijskog izveštavanja. Drugo, postavlja se i pitanje metodologije koja je korišćena u ispitivanju stavova o kriminalitetu. Takođe, ne mora značiti da će u svim društvima nezadovoljstvo građana sa kaznenom politikom sudova istovremeno značiti i nepostojanje percepcije o legitimnosti. Kao primer se navodi Holandija u kojoj se u poslednjih nekoliko decenija javnost izjašnjava za potrebu represivnijeg odgovora na kriminalitet, dok istovremeno postoji izraženo poverenje u rad sudova.

Istraživanja pokazuju da ljudi najmanje poverenja imaju u rad sudova od svih organa formalne socijalne kontrole. Navedeno je rezultat nezadovoljstva koje se u tako sprovedenim istraživanjima iskazuje u pogledu izrečenih krivičnih sankcija. Najveći broj ispitanika smatra da su izrečene krivične sankcije, a posebno kazna zatvora, previše blage. Ipak, kako to pojedini autori ističu, stavovi građana o izrečenim krivičnim sankcijama kao i uopšte o krivičnom pravu ne treba da se izjednače sa znanjem koje se o tome poseduje. Pored toga, ne treba zanemartiti činjenicu da na uopštena pitanja o učiniocima krivičnih dela i krivičnim sankcijama ljudi odgovaraju polazeći pre svega od atipičnih slučajeva o kojima su saznali putem medijskog izveštavanja kao i od učinioca najtežih krivičnih dela. U istraživanju koje je sprovedeno u Velikoj Britaniji kako bi se utvrdilo u kojoj meri se predstava građana o izrečenim krivičnim sankcijama poklapa sa realnim podacima utvrđeno je postojanje značajne nesrazmere. Tako je na primer najveći broj građana ocenio da je svega 50% učinilaca silovanja u toj godini bilo osuđeno na kaznu zatvora, dok je zapravo taj procenat bio znatno viši – 97%. Slično je utvrđeno i za krivična dela razbojništva i teške krađe učinjene provaljivanjem. Interesantno je da najveći broj respondenata pored zatvorske i novčane kazne nije znao da navede neku od alternativnih krivičnih sankcija. Tako je na primer samo 30% ispitanika znao za postojanje uslovne osude. Oko tri četvrtine ispitanika smatralo je i da je stopa kriminaliteta porasla u poslednje dve godine, a kao jedan od glavnih uzročnika tog porasta su naveli blagu kaznenu politiku sudova.⁴⁰

Kako bi se ustanovilo da li građani zaista imaju tako izražen punitivni stav ili je u pitanju način postavljanja pitanja u istraživanju koje se sprovodi, u jednom od ispitivanja prikupljanju informacija pristupljeno je na nešto drugačiji način. Res-

38 *Ibid.*

39 J. V. Roberts, J. W. de Keijser, Democratising punishment: Sentencing, community views and values, *Punishment & Society*, vol. 16, n. 4, 2014, p. 474–498.

40 M. Hough, J. V. Roberts, Sentencing trends in Britain, Public knowledge and public opinion, *Punishment and Society*, vol. 1, 1999, p. 11–26.

pondenti su prvo upitani da li podržavaju zakonsku mogućnost da se učiniocu koji je učinio treće krivično delo izrekne kazna doživotnog zatvora (*three-strikes law*). Odgovor je pokazao da se velika većina (88%) ispitanika slaže sa takvim zakonskim rešenjem. Ipak, kada su pored tog opšteg pitanja građani upitani i da li se slažu sa izricanjem kazne doživotnog zatvora u konkretno opisanim slučajevima, saglasnost je bila znatno manja i iznosila je 17%. Do sličnih rezultata došlo se i kada je u pitanju izražavanje mišljenja respondenata u pogledu izricanja smrtne kazne.⁴¹

Kada je u pitanju *efikasnost delovanja*, u literaturi se navode različiti podaci o uticaju ove varijable na legitimnost. Nesporno je da efikasnost utiče na percepciju o legitimnosti, ali je značaj ovog faktora znatno manji u poređenju sa proceduralnom pravdom.⁴² Ipak, zanimljivo je da je u zemljama u tranziciji primetan uticaj koji efikasnost delovanja organa formalne kontrole ima na percepciju o legitimnosti.⁴³ Prema rezultatima sprovedenih istraživanja efikasnost ostvaruje uticaj i na saradnju građana sa organima formalne kontrole, a posebno sa policijom (o tome videti u nastavku teksta). U istraživanjima koja prihvataju trodimenzionalni koncept legitimnosti utvrđeno je da posle proceduralne pravde efikasnost ima najveći uticaj na obavezu na poslušnost. Slično važi i kada se radi o istovetnom moralnom okviru građana i organa formalne kontrole i percepciji o legalitetu.⁴⁴

5. UTICAJ LEGITIMNOSTI NA SARADNJU GRAĐANA SA ORGANIMA FORMALNE KONTROLE

Značaj analiziranja percepcije o legitimnosti ogleda se u uticaju koji ona ostvaruje na poštovanje pravnih propisa kao i saradnju građana sa organima formalne kontrole. Na prvom mestu je potrebno naglasiti da se u sprovedenim istraživanjima pravi razlika između saglašavanja sa pravnim propisima od aktivnog pristupa građana koji se sastoji u saradnji.⁴⁵ Na poštovanje pravnih propisa kao i na saradnju utiču različiti faktori. Karakteristično je da se dele na one koji imaju instrumentalni karakter i one koje odlikuje normativna priroda. Instrumentalni model, o kome je bilo reči u prvom delu teksta, podrazumeva da građani poštuju pravne norme zbog rizika da bi u suprotnom mogli biti kažnjeni, zbog toga što veruju da su organi formalne kontrole efikasni u otkrivanju i sprečavanju vršenja krivičnih dela ili zbog postojanja pozitivne percepcije o distributivnoj pravdi. Ima mišljenja da se ovim elementima može priključiti i strah od viktimizacije koji se vidi kao

41 J. V. Roberts, *Public Opinion and Mandatory Sentencing, A Review of International Findings, Criminal Justice and Behavior*, vol. 30, n. 4, 2003, p. 483–508.

42 Tako u: M. D. Reisig, J. Tankebe, G. Meško, *Procedural Justice, Police Legitimacy, and Public Cooperation with the Police Among Young Slovene Adults, Varstvoslovje*, n. 2, 2012, p.147–164; T. R. Tyler (2003), *op. cit.* p. 318.

43 Tako su na primer u jednom istraživanju Dvoršek, Maver i Meško utvrdili da su žrtve imovinskih krivičnih dela bile zadovoljne reagovanjem policije ukoliko su učinioci bili otkriveni (policajska efikasnost) bez obzira što policijski službenici nisu postupali ljubazno (proceduralna pravda). Navedeno prema: G. Meško, K. Eman, *op. cit.*, p. 233.

44 J. Šifrer, G. Meško, M. Bren, *op. cit.*, p. 168–170.

45 T. R. Tyler, Jeffrey Fagan, *op. cit.*, p. 247.

racionalno objašnjenje zbog kojeg ljudi poštuju propise i saraduju sa organima formalne kontrole.⁴⁶ Efikasnost delovanja najčešće se meri preko sledećih indikatora: uspešnost organa formalne kontrole u otkrivanju učinilaca, uspešnost u suzbijanju kriminaliteta i procene o stanju u lokalnoj zajednici.⁴⁷ Što se tiče normativnog modela, polazi se od pretpostavke da ljudi poštuju pravne propise jer veruju da je to ispravno ponašanje, a ne zato što su rukovođeni ličnim interesom. Razlog je zapravo legitimnost delovanja organa formalne kontrole. Pored legitimnosti, ističe se i da moralna shvatanja ljudi imaju ulogu na planu poštovanja pravnih propisa, odnosno da će ljudi kršiti propise ukoliko oni odudaraju od njihovih moralnih shvatanja.⁴⁸ Prema rezultatima istraživanja, instrumentalni faktori imaju određenog uticaja na ponašanje građana koje je saglasno pravu i koje je usmereno na kooperaciju, ali značajniji su normativni elementi. Kod dvodimenzionalnog modela legitimnosti, akcenat je na uticaju proceduralne pravde koja dovodi do poverenja u rad organa formalne kontrole i obaveze na poslušnost, a zatim i do poštovanja propisa i saradnje. Kod trodimenzionalnog modela poverenje se tretira kao odvojen element koji zajedno sa proceduralnom pravdom utiče na percepciju o legitimnosti i na saradnju sa organima formalne kontrole. U istraživanju u kojem je legitimnost definisana na trodimenzionalan način došlo se do sledećih rezultata: obaveza na poslušnost kao segment percepcije o legitimnosti ima uticaja na saradnju ali se efikasnost (policije) pokazala kao značajniji faktor, dok je postojanje istovetnog moralnog okvira imalo direktan uticaj na poštovanje pravnih propisa a posredno i na saradnju. U istom istraživanju upoređen je i uticaj dvodimenzionalnog koncepta legitimnosti i zaključeno je da poverenje u rad policije ima uticaja poštovanje pravnih propisa i saradnju što nije utvrđeno za drugi element legitimnosti – obavezu na poslušnost.⁴⁹

6. ZAKLJUČAK

U radu je analizirana legitimnost delovanja organa formalne socijalne kontrole. Značaj ovog pitanja ogleda se u činjenici da na poštovanje pravnih normi kao i saradnju sa pomenutim organima najveći uticaj ima percepcija građana o legitimnosti. Iako je ustanovljeno da u nekim slučajevima na ponašanje saglasno pravu uticaj ima i zastrašivanje kao jedna vrsta generalne prevencije i efikasnost organa formalne socijalne kontrole u suzbijanju kriminaliteta, nesporno je da je najveći značaj ima legitimnost. Pored tradicionalnog gledanja na legitimnost koja obuhvata poverenje u rad sistema krivičnog progona kao i osećaj dužnosti da se poštuju propisi, u novijoj literaturi predstavljen je i trodimenzionalni koncept legitimnosti koji

46 J. Jackson et al., *op. cit.*, p. 151.

47 T. R. Tyler, Jeffrey Fagan, *op. cit.*, p. 246.

48 T. R. Tyler (2009), *op. cit.*, p. 328–329. Do sličnih zaključaka došli su i drugi autori ispitujući šta ljudi misle o „svakodnevnim krivičnim delima“ o kojima je bilo reči u tekstu. Došli su do zaključka da su moralna shvatanja pojedinaca važan prediktor saradnje. Ljudi su iskazali spremnost da pomognu organima formalne kontrole tako što će podnositi krivične prijave ili pružati dokaze zato što pomenuta krivična dela smatraju nedopuštenim ponašanjem. Navedeno prema: J. Jackson et al., *op. cit.*, p. 152.

49 J. Šifrer, G. Meško, M. Bren, *op. cit.*, p. 170–175.

obuhvata obavezu na poslušnost, saglasnost između građana i sistema krivičnog progona u pogledu moralnih vrednosti kao i verovanje da ovi organi postupaju u skladu sa pravom. Analizom brojnih sprovedenih istraživanja o legitimnosti utvrđeno je da najveći uticaj na stvaranje pozitivne percepcije građana o legitimnosti ima proceduralna pravda, koja podrazumeva fer sprovođenje postupka kao i donošenje odluke. Osim proceduralne pravde, uticaj na legitimnost ima i distributivna pravda koja znači jednako postupanje prema svim građanima. Moralni kredibilitet takođe ima određeni uticaj na legitimnost, a smatra se da postoji ukoliko se kažnjavaju oni koji to zaslužuju, štite oni koji su nevin, a učinioci kažnjavaju srazmerno težini krivičnih dela. Ukazano je da su stavovi građana o navedenim segmentima moralnog kredibiliteta krivičnog prava prevashodno oblikovani izveštavanjem medija o kriminalitetu, kao i da način sprovođenja istraživanja i postavljanja pitanja koja obuhvataju konkretne situacije, a ne isključivo opšta pitanja, utiču na dobijanje preciznije slike o stavovima građana u pogledu moralnog kredibiliteta krivičnog prava. Takođe, na legitimnost, ali u jednom obrnutom smislu, utiče pravni cinizam tako da se može reći da postojanje pravno ciničnih stavova isključuje postojanje legitimnosti. Još jedan faktor koji se uzima u obzir prilikom ispitivanja legitimnosti je efikasnost organa formalne socijalne kontrole u suzbijanju kriminaliteta. Iako je utvrđeno da je njegov značaj manji u poređenju sa proceduralnom pravdom, rezultati pojedinih istraživanja pokazuju da se efikasnosti u nekim društvima pridaje više pažnje u oblikovanju percepcije o legitimnosti. Naposljetku, ukazano je na značaj legitimnosti u poštovanju pravnih propisa i saradnje građana sa organima formalne socijalne kontrole. Pored instrumentalnog modela, koji se zasniva na premisi da ljudi poštuju zakon zbog straha od kazne, zbog efikasnosti sistema krivičnog progona u suzbijanju kriminaliteta ili zbog distributivne pravde i koji jeste primenljiv kod nekih krivičnih dela, normativni model počiva na pretpostavci da ljudi poštuju zakon jer smatraju da je to ispravno uraditi, a do takvog stava se dolazi zbog legitimnosti delovanja organa formalne socijalne kontrole.

LITERATURA

- D. Beetham, Revisiting Legitimacy, Twenty Years on, in: J. Tankebe, A. Liebling, *Legitimacy and Criminal Justice, An International Exploration*, Oxford, 2013.
- S. L. Blader, T. R. Tyler, A Four-Component Model of Procedural Justice: Defining the Meaning of a „Fair“ Process, *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 29, n. 6, 2003.
- B. Bradford et al., Obeying the Rules of the Road: Procedural Justice, Social Identity, and Normative Compliance, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, n.1, 2015.
- J. Fagan, Legitimacy and Criminal Justice, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 6/123, 2008.
- N. Guzy, H. Hirtenlehner, Trust in the German Police: Determinants and Consequences for Reporting Behavior, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015.
- M. Hough, J. Jackson, B. Bradford, Legitimacy, Trust and Compliance: An Empirical Test of Procedural Justice Theory using the European Social Survey, in: J. Tankebe, A. Liebling, *Legitimacy and Criminal Justice, An International Exploration*, Oxford, 2013.

- M. Hough, J. V. Roberts, Sentencing trends in Britain, Public knowledge and public opinion, *Punishment and Society*, vol. 1, 1999.
- J. Jackson et al., Developing European Indicators of Trust in Justice, *European Journal of Criminology*, 8(4), 2011.
- J. Jackson et al., Empirical Legitimacy as Two Connected Psychological States, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015.
- S. Karstedt and S. Farrall, The Moral Economy Of Everyday Crime – Markets, Consumers and Citizens, *British Journal of Criminology*, n. 46, 2006.
- G. Meško, K. Eman, Legitimacy of Policing in Central and Eastern Europe: Results from a Cross-National Law Student Survey, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015.
- A. E. Nivette et al., The Social and Developmental Antecedents of Legal Cynicism, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 52, 2015.
- M. D. Reising, C. Lloyd, Procedural Justice, Police Legitimacy, and Helping the Police Fight Crime-
Results from a Survey of Jamaican Adolescents, *Police Quarterly*, vol.12, n.1, 2009.
- M. D. Reising, J. Tankebe, G. Meško, Procedural Justice, Police Legitimacy, and Public Cooperation with the Police Among Young Slovene Adults, *Varstvoslovje*, n. 2, 2012.
- M. D. Reising, S. E. Wolfe, K. Holtfreter, Legal Cynicism, Legitimacy and Criminal Offending –The Nonconfounding Effect of Low Self-Control, *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 38 No. 12, 2011.
- J. V. Roberts, Public Opinion and Mandatory Sentencing, A Review of International Findings, *Criminal Justice and Behavior*, vol. 30, n. 4, 2003.
- J. V. Roberts, J. W. de Keijser, Democratising punishment: Sentencing, community views and values, *Punishment & Society*, vol. 16, n.4, 2014.
- P. H. Robinson, J. M. Darley, The Utility of Desert, *Northwestern University Law Review*, vol. 91, n. 2, 1997.
- L. Siegel, *Criminology*, USA, 2010.
- B. Soller, A. L. Jackson, C. R. Browning, Legal Cynicism and Parental Appraisals of Adolescent Violence, *British Journal of Criminology*, n. 54, 2014.
- R. Swaner, A. Brisman, Legal Cynicism among Civically-Engaged Youth, *Varstvoslovje*, 4/2014.
- J. Šifrer, G. Meško, M. Bren, Assessing Validity of Different Legitimacy Constructs Applying Structural Equation Modeling, in: G. Meško, J. Tankebe, *Trust and Legitimacy in Criminal Justice, European Perspectives*, Springer, 2015
- J. Tankebe, A. Liebling, Legitimacy and Criminal Justice: An Introduction, in: J. Tankebe, A. Liebling, *Legitimacy and Criminal Justice, An International Exploration*, Oxford, 2013.
- T. R. Tyler et al., *Social Justice in a Diverse Society*, USA, 1997.
- T. R. Tyler, Procedural Justice, Legitimacy and the Effective Rule of Law, *Crime and Justice*, Vol. 30, 2003.
- T. R. Tyler, Jeffrey Fagan, Legitimacy and Cooperation: Why Do People Help the Police Fight Crime in Their Communities? *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol.6/231, 2008.
- T. R. Tyler, Legitimacy and Criminal Justice: The Benefits of Self-Regulation, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 7/307, 2009.

Natalija Lukić

Law Faculty, University in Belgrade

LEGITIMACY OF FORMAL SOCIAL CONTROL AGENCIES

SUMMARY

This paper analyses legitimacy of formal social control agencies. The author has presented different concepts of legitimacy. According to one approach legitimacy consists of two segments: trust in authorities and obligation to obey the law. In newly literature a trodimensional concept of legitimacy is offered and it comprises the obligation to obey the law, moral alignment or normative justifiability and perceived legality. The importance of research of legitimacy can be seen in the fact that legitimacy encourages compliance with the law as well as citizens' cooperation with formal social control agencies. There are several factors that contribute to perception of legitimacy. Based on many conducted studies it can be concluded that the most significant factor is certainly procedural justice. Procedural fairness shapes people's perceptions of legitimacy and it involves neutrality, consistency in the application of rules and the absence of personal bias. Although the influence of procedural justice is obvious and confirmed in many studies, other factors shape perceptions of legitimacy as well. Distributive justice refers to the fairness and the equal distribution of services. Furthermore, moral credibility of criminal law includes perceptions that law punishes those who deserve it, protect those who do not and allocate punishments in proportion to the severity of criminal offences. If there is a gap between perceptions of enforcement of criminal law and criminal behavior, it is more possible that people will not comply with the law. Although media plays an important role in shaping these perceptions, conducted research have shown that if questions used in surveys are formulated to include concrete situations instead of general assertions, it can be realized that people express punitive attitudes only to some degree. Attention is also paid to legal cynicism and effectiveness of formal social control agencies. Legal cynicism could be defined in a negative way as lack of legitimacy. Effectiveness is also of importance for legitimacy and some studies indicate that this is especially true for societies in transition. When it comes to the question of significance of legitimacy for compliance and cooperation the literature points to two different models. One is instrumental model, based on the assumption that people comply with the law because of the deterrence effect, effectiveness or distributive justice. On the other hand, normative perspective refers to people's willingness to respect legal norms because they think it is the right thing to do. Their willingness to comply with the law as well as to cooperate and help formal social control agencies is based on the perceptions of legitimacy.

Key words: legitimacy, procedural justice, distributive justice, effectiveness, moral credibility, compliance, cooperation.

Ivana Marković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NEKA OSNOVNA PITANJA U VEZI SA OBJEKTIVNOM STRANOM PROTIVPRAVNOSTI

Apstrakt: Rad se sadržinski nadovezuje na ranije priloge o pojedinim osnovima isključenja protivpravnosti koji nisu predviđeni Krivičnim zakonikom, tako što teži da pojasni pojedina opšta pitanja protivpravnosti kao takve. Nakon postavljanja relacije između normi zabrane i normi dopuštenja, sledi analiza odnosa predviđenosti u zakonu i protivpravnosti, koji se može postaviti na nekoliko načina. Tu je najbitniji zaključak da ta dva elementa predstavljaju zasebne celine, koje kao takve imaju svoju funkciju i da ih ne treba veštački spajati u jedan element, ali da su ujedno toliko povezani da zajedno čine nepravo, što utiče na određivanje materijalne strane protivpravnosti, o čemu se u radu takođe govori. Pored toga, predstavljeni su principi koji bi mogli biti zajednički imenitelj izrazito heterogenih opravdavajućih situacija, kao i dejstvo osnova isključenja protivpravnosti, pri čemu je, između ostalog, istaknuta mogućnost stepenovanja neprava.

Ključne reči: predviđenost u zakonu, protivpravnost, osnovi isključenja protivpravnosti, formalna protivpravnost, materijalna protivpravnost, nepravo, društvena opasnost.

1. UVOD

Pojedina opšta, objektivna pitanja¹ u vezi sa protivpravnošću u krivičnopravnoj dogmatici ostaju mahom u senci pojedinih njenih osnova isključenja, prevashodno nužne odbrane i, u nešto manjoj meri, krajnje nužde. O nekim od tih karakteristika će u ovom radu biti reči, kao svojevrsnom opštem delu i, ujedno, nadovezivanju na razloge isključenja o kojima je u ranijim prilikama već bilo reči.²

* asistent, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs

1 O subjektivnim obeležjima osnova isključenja protivpravnosti vid.: I. Vuković, O subjektivnim protivpravnosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 2/2011, str. 122–141.

2 To su sledeći razlozi isključenja protivpravnosti: pristanak povređenog, preduzimanje medicinskog zahvata, povrede nanete u okviru sportskog krivičnog prava, telesno kažnjavanje dece. Ovim radom se zaokružuje deo celine koji se odnosi na pojedina opšta pitanja objektivne strane protivpravnosti, kao i na pojedine osnove koji, kao takvi, nisu izričito priznati u našem pravu. Oni predstavljaju rezultat rada na Projektu br. 179051 „Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“ Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Srbije. Više o tome: I. Marković, *Pristanak povređenog u krivičnom pravu*, u: (ur. Đ. Ignjatović) *Kaznena reakcija u Srbiji I deo*, Beograd 2011, str. 282–296; I. Marković, *Preduzimanje medicinskog zahvata kao osnov isključenja protivpravnosti – sa posebnim osvrtom na nepostojanje pristanka pacijenta*, u: (ur. Đ. Ignjatović) *Kaznena reakcija u Srbiji II deo*, Beograd 2012, str. 306–324; I. Marković, *Körpverletzungen im Sport – eine strafrechtliche Gratwanderung*, u: (ur. Đ. Ignjatović) *Kaznena reakcija u Srbiji III deo*, Beograd 2013, str. 295–308; I. Marković, *Telesno kažnjavanje dece u krivičnopravnom kontekstu*

Pre nego što se osnovi „rasprše“ na bezbroj heterogenih činjeničnih stanja, oni bi nužno trebalo da pođu od svoje baze koja je kompaktnija, prožeta određenom dihotomijom, tj. odnosom dva činioca, i to idući od opšteg ka posebnom: normama zabrane i dopuštenja, predviđenošću u zakonu i protivpravnošću kao povezanim elementima opšteg pojma krivičnog dela, formalnom i materijalnom stranom protivpravnosti, monističkim i pluralističkim teorijama, te dvodeobom u okviru pluralističkih teorija. Razmatranje pojedinih opštih pitanja značajno je zbog toga što se osnovi isključenja protivpravnosti u tolikoj meri razlikuju, da nije jednostavno pronaći zajednički imenitelj, pored njihovog jednoobraznog dejstva na postojanje krivičnog dela.

2. NORME ZABRANE I NORME DOPUŠTENJA

Polazna osnova analize protivpravnosti jeste karakter krivičnopravnih normi. Pretnji krivičnom sankcijom prethodi, naime, formulisanje normi ponašanja, koje zakonodavac smatra toliko značajnim za pravni mir u zajednici, da njihovo kršenje prati primena najstrože sankcije koju poznaje pravni poredak. Te norme su sadržane u pojedinim zakonskim opisima bića dela iz osnovnog i sporednog krivičnog zakonodavstva; one su u njima tipizirane, što znači da predviđenost neke radnje u zakonu znači da ona poseduje odlike neprava koje odgovara tipu određenog krivičnog dela.³ Ako se činjenično stanje konkretnog slučaja poklapa sa zakonskim opisom, onda bi trebalo da znači da je to ponašanje protivpravno.

Ne postoji, međutim, uvek poklapanje između određenosti u zakonu i protivpravnosti. Tako, telesna povreda naneta napadaču u situaciji nužne odbrane biće opravdana, odnosno njena protivpravnost isključena. Pravni poredak poznaje pored normi zabrane, i norme dopuštenja, kojima se pod određenim uslovima dozvoljava odstupanje od zabrana. Drugim rečima, posledice koje kršenje zabrane nosi sa sobom u konkretnom slučaju neće važiti. Takva pravila dopuštenja sadržana su u osnovima isključenja protivpravnosti. Ona se ne mogu uneti već u zakonski opis bića, jer ona, kako smo već rekli, sadrže tipizirano nepravo i nema mesta unošenju svih potencijalnih situacija njegovog isključenja. Ne samo da bi se opis bića time preopteretio, već je i teško zamislivo formulisati odredbu tako da obuhvata i pravilo (opis bića), i bezbrojne izuzetke (osnove isključenja protivpravnosti), a da se time ne krši načelo određenosti, segment načela zakonitosti. Pritom, ukoliko se nastanak osnova isključenja protivpravnosti shvati kao jedan otvoren, dinamičan, razvoju društva prilagođen proces,⁴ onda se tim pre ovakvo legislativnotehničko regulisanje čini teško zamislivim.

vršenja roditeljskog prava, u: (ur. Đ. Ignjatović) *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo*, Beograd 2014, str. 285–300.

- 3 H.-H. Jescheck/Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, S. 323.
- 4 Dinamika svakako ne podrazumeva i neograničenost. Vid. npr. rad I. Vuković, „O socijalno-etičkim granicama nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nesrazmere dobara“, *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza“*, Zbornik radova II, Kosovska Mitrovica 2011.

Zaključna ocena o postojanju neprava zasniva se, prema tome, na dva misaona postupka: u prvom, utvrđuje se ispunjenost zakonskog opisa, u drugom postojanje osnova isključenja protivpravnosti. Potvrđan odgovor na oba pitanja isključuje treći element opšteg pojma, samim tim i krivično delo. Delovanjem osnova opravdana radnja ostaje, pak, predviđena u zakonu; ni ona, niti njena posledica se ne mogu negirati, ali se mogu pravno tolerisati, što je delovanjem opravdavajućeg osnova i učinjeno. Time postaje jasno da je predviđenost samostalni stepen krivičnopravnog ocenjivanja, koji predstavlja signal upozorenja o tome gde se proteže granica norme zabrane (tzv. apelativna funkcija predviđenosti u zakonu).⁵ Ovo je ujedno argument protiv predloga za spajanjem predviđenosti u zakonu i protivpravnosti u jedan element opšteg pojma krivičnog dela.

3. PROTIVPRAVNOST I PREDVIĐENOST U ZAKONU

Ukoliko je neko ljudsko ponašanje u zakonu označeno kao krivično delo; ukoliko je ispunjen zakonski opis krivičnog dela, ono će po pravilu biti i protivpravno.⁶ Poštujući redosled u opštem pojmu krivičnog dela, i još više njihovo logičko prožimanje, predviđenost može da postoji bez protivpravnosti, ali ne i obrnuto; protivpravnost pretpostavlja prethodnu ispunjenost zakonskog opisa. O bližem određenju ove, kako je rečeno u prethodnom delu, nesumnjivo postojeće povezanosti predviđenosti u zakonu i protivpravnosti postoji nekoliko shvatanja.

3.1. *Predviđenost u zakonu kao ratio essendi protivpravnosti*

Najpre, govori se o tome da je predviđenost u zakonu *ratio essendi* (razlog postojanja) protivpravnosti,⁷ iz čega proizlazi da smo utvrđivanjem ispunjenosti zakonskog opisa utvrdili da je ponašanje protivpravno. Tome protivreči, između ostalih, primer kada telesna povreda lica A nije protivpravna, jer ju je lice B nanelo u nužnoj odbrani. Protivrečnost će se razrešiti ako se pojam zakonskog opisa shvati toliko široko, da se smatra ispunjenim tek kada je delo i protivpravno, tj. kada ne postoje osnovi isključenja protivpravnosti, čime oni, sa svoje strane, postaju delovi zakonskog opisa bića. Međutim, pošto baš oni ne smeju da postoje da bismo konstatovali predviđenost dela u zakonu, oni naposljetku čine tzv. negativna obeležja bića krivičnog dela,⁸ nasuprot pozitivnim obeležjima koja treba da postoje (elementi koji čine zakonski opis). Prema ovoj teoriji o negativnim obeležjima bića, koju

5 Jescheck/Weigend, *ibid.*, S. 324.

6 Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 21. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd 2014, str. 141.

7 W. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Springer Verlag, Berlin 2005, S. 180.

8 W. Gropp, *ibid.* Zastupnici teorije o negativnim obeležjima bića krivičnog dela su: K. Engisch, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, *ZStW* 70 (1958), S. 566; A. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, *JZ* 1956, S. 353; B. Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, *GA* 1985, S. 341.

je još u 19. veku postavio nemački teoretičar A. Merkel,⁹ osnovi isključenja protivpravnosti su jedino iz legislativnotehničkih razloga (da se ne bi morali ponavljati u svakoj odredbi posebnog dela) izdvojeni iz opisa bića i stavljani „ispred zgrade“.¹⁰ Prema ovoj teoriji, osnovi isključenja protivpravnosti razvijaju svoje dejstvo ranije, tj. isključuju već predviđenost dela. Drugim rečima, oni zajedno čine jedan sveobuhvatni opis neprava, koji sadrži sve odlike (pozitivne i negativne, pisane i nepisane, činjenja i nečinjenja)¹¹ na osnovu kojih se utvrđuje nepravo, što iz šire vizure posmatrano znači da se opšti pojam krivičnog dela svodi na dva (iz ugla nemačke dogmatike), odnosno tri (iz ugla srpske dogmatike) elementa opšteg pojma: radnje, u zakonu predviđenog neprava i krivice.¹²

Premda postoji izvesna logička koherentnost ovakvog rešenja (*Roxin* napominje da je često samo pitanje stilskog koncipiranja zakona da li će neko obeležje zasnivati [kao deo zakonskog opisa] ili isključiti nepravo [kao osnov isključenja protivpravnosti],¹³ a da bi se sistematskim spajanjem ova dva elementa, ovaj prvi [predviđenost u zakonu] oslobodio svih nesigurnosti koje formulisanje zakona nosi sa sobom, nepravo bi bilo jasnije, tako da bi tek tako postala u punom smislu *ratio essendi* ovog drugog elementa [protivpravnosti]; te da postoje krivična dela, poput silovanja, kod kojih je opravdavajuća situacija učiniočeva teško zamisliva, kada se predviđenost u zakonu i nepravo faktički poistovećuju),¹⁴ kritike ovog shvatanja su ipak prevagnule.

Kao prvi od dva glavna argumenta ističe se to da se ovakvim spajanjem briše razlika između bitno drugačijih „nije predviđeno u zakonu kao krivično delo“ i „opravdano je“.¹⁵ Ona ipak (treba da) postoji, s obzirom na to da osnov isključenja protivpravnosti deluje opravdavajuće, a da postoje i ponašanja koja nisu propisana kao krivična dela, ali koja jesu protivpravna. Primera radi, ako lice A na parking u iz prtljažnika lica B uzme vuneno čebe da bi ga privremeno koristio kao podlogu za svoj piknik, on time ne vrši krivično delo, ali krši norme građanskog prava (varijanta a). U postavci istog primera, lice A ovoga puta uzima čebe da bi ugasio požar

9 A. Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Enke-Verlag, Stuttgart 1889, S. 82.

10 Tako bi, na primer, kompletirana odredba naročite teške telesne povrede iz člana 121. stava 2. KZ glasila: „Ko drugog teško telesno povredi ili mu zdravlje naruši tako teško da je usled toga doveden u opasnost život povređenog ili je uništen ili trajno i u znatnoj meri oštećen ili oslabljen neki važan deo njegovog tela ili važan organ ili je prouzrokovana trajna nesposobnost za rad povređenog ili trajno i teško narušenje njegovog zdravlja ili unakaženost, kazniće se zatvorom od jedne do osam godina, osim ako je radnja bila neophodno potrebna radi odbijanja istovremenog, protivpravnog napada ili radi otklanjanja istovremene, neskrivljene opasnosti koja se na drugi način nije mogla otkloniti.“ Ovako široka formulacija sadrži pritom samo dva osnova isključenja protivpravnosti (nužnu odbranu i krajnju nuždu).

11 C. Roxin, *Strafrecht AT I*, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2006, S. 287.

12 *Ibid.*; W. Gropp, *op. cit.*, S. 181.

13 Tako, ukoliko je tuđa pokretna stvar oduzeta u uslovima krajnje nužde, onda nema ni subjektivnog obeležja bića krađe „namere prisvajanja protivpravne imovinske koristi“, što znači da osnov isključenja protivpravnosti negira ostvarenost zakonskog opisa krivičnog dela. C. Roxin, *op. cit.*, S. 288.

14 *Ibid.*

15 Th. Lenckner in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* 37. Aufl., Beck, München 2010, S. 145.

koji je izbio u motoru njegovog automobila. Uništenje i oštećenje tuđe stvari u ovoj varijanti slučaja pokriveno je ispunjenošću uslova krajnje nužde, posebno u pogledu uslova srazmernosti prilikom otklanjanja opasnosti, jer je automobil dobro veće vrednosti od čebeta (varijanta b).¹⁶

Poimanjem osnova isključenja protivpravnosti kao negativnih obeležja bića bi, Welzel-ovim rečima rečeno, „ubistvo čoveka u nužnoj odbrani pravno bilo isto kao i ubistvo komarca: oba postupka stoje van zakonskog opisa bića.“¹⁷ U prvom slučaju ne bi bili ostvareni samo negativni elementi, a u drugom ni negativni, ni pozitivni elementi bića. Premda je ishod isti; to nesumnjivo nisu iste krivičnopravne situacije.¹⁸ Izlaz bi se mogao videti u različitom vrednovanju pojedinih obeležja bića, čime bi se opet došlo do sadašnjeg opšteg pojma krivičnog dela sa svoja četiri (u Nemačkoj tri) elementa, što je ujedno i drugi argument protiv ove teorije, jer se time ne bi otišlo dalje od (prostog) terminološkog doprinosa,¹⁹ odnosno vratili bismo se na početak.

3.2. Predviđenost u zakonu kao indicija protivpravnosti

Ukoliko je neko ponašanje u zakonu predviđeno kao krivično delo, postoji pretpostavka da je ono i protivpravno. Shvatanja o opsegu pretpostavke variraju; od toga da je ona i više od toga, da zasniva protivpravnost²⁰ do toga da delo predviđeno u zakonu ne znači da je ono po pravilu protivpravno,²¹ već da predstavlja samo povod da se razmišlja o protivpravnosti u konkretnom slučaju.²² Srednji put i većinski prihvaćeno stanovište u opisu bića vidi indiciju²³ protivpravnosti.²⁴

Ono što je manje sporno, to je oborivost te pretpostavke: ukoliko dođe u obzir primena nekog osnova isključenja protivpravnosti, treći element opšteg pojma krivičnog dela biće njime isključen. Stoga se protivpravnost definiše putem dve negacije: kao odsustvo osnova koji je isključuju.

3.3. Predviđenost u zakonu kao *ratio cognoscendi* protivpravnosti

Određenje *ratio cognoscendi* znači da je ispunjen zakonski opis samo sredstvo pomoću kog se prepoznaje tipično protivpravno ponašanje. Predviđenost u zakonu

16 W. Gropp, *op. cit.*, S. 181.

17 Cit. prema: *ibid.*, S. 182.

18 U prvom slučaju mora da dođe do primene krivičnog prava da bi se došlo do zaključka da krivično delo ne postoji, dok je drugi slučaj krivičnopravno skoro irelevantan, jer je već na prvi pogled, tj. već na nivou elemenata predviđenosti u zakonu jasno da da tog elementa nema, pa samim tim ni krivičnog dela. Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 142.

19 W. Gropp, *op. cit.*, S. 182.

20 Stojanović, *op. cit.*, str. 141.

21 E. Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, Mohr, Tübingen 1984, 6/15.

22 W. Gropp, *op. cit.*, S. 182.

23 Pod indicijom se podrazumeva okolnost, koja sa određenim stepenom verovatnoće, ukazuje na određeno činjenično stanje. [Http://www.duden.de/rechtschreibung/Indiz](http://www.duden.de/rechtschreibung/Indiz), pristup stranici: 18. mart 2015.

24 Tako Jescheck/Weigend, *op. cit.*, S. 244 ff.; F. Haft, *Strafrecht AT*, Beck, München 2004, S. 65.

svodi se time na stepen provere, dok se ocena ponašanja kao protivpravnog vrši tek nakon što se raspravi i odrično odgovori na pitanje postojanja osnova isključenja protivpravnosti.²⁵

Smatramo da nije toliko bitno „etiketirati“ njihov odnos i striktno se opredeliti za neki od ponuđenih modela (za koje je upitno da li se uopšte u potpunosti međusobno isključuju),²⁶ već je od većeg značaja da se odredi njihovo dejstvo. Osnova svega toga jeste činjenica da se radi o zasebnim, a povezanim elementima.

4. DVE STRANE PROTIVPRAVNOSTI

Protivpravnost (en. *illegality, unlawfulness*; de. *Rechtswidrigkeit*, it. *antigiuridicità*) je ocena o nedopuštenosti jednog dela sa stanovišta pravnog poretka;²⁷ ona je protivnost normi koja zabranjuje izvesno ponašanje (tzv. prohibitivna norma) ili koja naređuje određeno ponašanje (tzv. imperativna ili preceptivna norma),²⁸ ili najjednostavnije rečeno, shodno Naglerovoj klasičnoj definiciji, ona je „protivrečnost pravu“.²⁹ Govoreći o odnosu sa predviđenošću u zakonu, utvrdili smo da ukoliko je neko ljudsko ponašanje u zakonu označeno kao krivično delo; ukoliko je ispunjen zakonski opis krivičnog dela, da će ono po pravilu biti i protivpravno.³⁰ To ilustruje nepobitnu vezu između dva elementa opšteg pojma.³¹ Čak i više od toga; oni se sinergički spajaju u nepravo. Pri tome se protivpravnost shvata kao svojstvo radnje opisane u biću; tačnije, njena protivrečnost zabranama i zahtevima krivičnog prava, dok se pod nepravom podrazumevaju predviđenost u zakonu i protivpravnost, tj. predmet ocene protivpravnosti, uključujući sâmu vrednosnu ocenu.³²

25 W. Gropp, *op. cit.*, S. 183.

26 Štaviše, kako smatra Bačić, nema nekih značajnijih razlika između stava da zakonsko biće samo indicira protivpravnost, da je ono tek nagoveštava (da je zakonsko biće *ratio cognosendi* protivpravnosti) i stava da je ono već *ratio essendi* protivpravnosti, da je ono tipizirano nepravo. Oba ova stajališta otklanjaju mišljenje da je zakonsko biće vrednosno neutralno i da mu je funkcija samo u tome da opiše spoljnu stranu čovekovog ponašanja; oba ova stajališta stoje na poziciji da zakonsko biće ne daju osnovu za definitivnu ocenu protivpravnosti jednog čina; razlikuju se ipak u shvatanju o materijalnom sadržaju onoga što obuhvata zakonsko biće, o sadržaju neprava, ali – po ovim stajalištima – u zakonskom biću ipak je sadržan temelj za protivpravnost. F. Bačić, *Krivično pravo – Opći dio*, 2. izdanje, Zagreb 1980, str. 191. On, pored toga, poistovećuje svojstva indikativnosti i prepoznatljivosti.

27 F. Bačić, *ibid.*, str. 185.

28 Lj. Lazarević, *Krivično pravo Opšti deo*, 21. izdanje, Savremena administracija, Beograd 2000, str. 126.

29 J. Nagler, *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, Festschrift für Karl Binding, Leipzig 1911.

30 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 141.

31 Da budemo potpuno precizni, nepravo je spoj prva tri elementa opšteg pojma (ovde je, dakle, i radnja uključena).

32 H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11. Auflage, De Gryuter, Berlin 2010, S. 52.

4.1. Formalna protivpravnost

Protivpravnost ima svoju formalnu i materijalnu stranu.³³ Formalna protivpravnost oslanja se na vezu sa elementom prethodnikom; protivpravno može biti samo ono ponašanje čoveka koje je u zakonskom opisu krivičnog dela određeno kao zabranjeno i kažnjivo; u krivičnom pravu protivpravnost je uvek i jedino ono nepravo koje je sadržano u zakonskom opisu bića dela.³⁴ Ovo je izraz načela zakonitosti i zahtevā za pravnom sigurnošću (garantivna funkcija krivičnog prava).³⁵

Krivični zakonik Srbije³⁶ ne daje definiciju protivpravnosti, što ne samo da nije nužno, već je s aspekta razvoja osnova isključenja protivpravnosti prednost, jer predstavlja jedan ograničavajući faktor manje. KZ u svom Opštem delu protivpravnost pominje izričito u članu 14. (kao treći element opšteg pojma krivičnog dela) i u članu 19. (kao atribut napada kod nužne odbrane), a sistematskim i teleološkim tumačenjem ovde se dodaju član 18. (delo malog značaja) i član 20. (krajnja nužda).

U Posebnom delu se kod više krivičnih dela kao oznake protivpravnosti pominju pridevi „neovlašćeno“³⁷ (na primer kod povrede tajnosti pisama i drugih pošiljki iz člana 142, neovlašćenog prisluškivanja i snimanja iz člana 143, neovlašćenog iskorišćavanja autorskog dela ili predmeta srodnog prava iz člana 199, odavanja poslovne tajne iz člana 290, neovlašćene trgovine iz člana 243, neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga iz člana 246, itd), „protivpravno/protivzakonito“ (na primer kod sprečavanja političkog, sindikalnog i drugog udruživanja i delovanja iz člana 152, povrede prava glasanja iz člana 155, oduzimanja maloletnog lica iz člana 191, protivpravnog zauzimanja zemljišta iz člana 218, protivpravnog oduzimanja stvari od ubijenih iz člana 379) ili „suprotno propisima/kršeći propise“ (na primer zloupotreba prava na štrajk iz člana 167, zagađenje životne sredine iz člana 260, ubijanje i zlostavljanje životinja iz člana 269, zločin protiv čovečnosti iz člana 371). Ovo je učinjeno da bi se s jedne strane uputilo na relevantna podzakon-

33 Ovakvu podelu poznaje i T. Živanović. Protivpravnost sa formalnog gledišta jeste protivpravnost izvesnom pravnom propisu (normi) u obliku napada na izvesno krivičnopravno dobro. U materijalnom smislu je to protivnost izvesnom pravnom propisu (normi) u obliku napada na izvesnu krivičnopravnu individualnu ili kolektivnu potrebu postojanja društva – države. Lj. Lazarević, *op. cit.*, str. 126. Implicitno je pominje i Stojanović, kada govori o delu malog značaja: „U pogledu njegove pravne prirode (dela malog značaja, prim. I. M.), mada to nije sasvim jasno kao kod nužne odbrane i krajnje nužde, može se braniti stav da je i ovde reč o osnovu koji isključuje protivpravnost (u materijalnom smislu). Naime, iako u konkretnom slučaju neko činjenično stanje može u potpunosti biti podvedeno pod zakonski opis nekog krivičnog dela, čime je istovremeno ostvaren i element predviđenosti u zakonu, mali značaj konkretnog dela ukazuje na nedostatak krivične protivpravnosti u materijalnom smislu. S obzirom na izričitu krivičnopravnu normu koja kaže da nije krivično delo ono delo koje je malog značaja, reč je o osnovu koji u našem krivičnom zakonodavstvu isključuje i formalnu krivičnu protivpravnost.“ Z. Stojanović (2012), *op. cit.*, str. 99, 100. Liszt je formalnu protivpravnost smatrao pozitivnopravnom kategorijom, dok je u materijalnoj video kriminalnopolitički princip. C. Roxin, *op. cit.*, S. 604.

34 F. Bačić, *op. cit.*, str. 188.

35 *Ibid.*

36 Krivični zakonik, „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

37 Ovo je, od pomenutih, najčešće korišćen pridev koji označava protivpravnost.

ska akta koja su nužna u tumačenju i primeni određene odredbe (legislativnotehnički *ratio*), a s druge strane da bi se utvrdila protivpravnost kao element zakonskog opisa, jer inkriminisano ponašanje često čine državni organi u okviru svoje dužnosti, a što bi se isključilo ili konstatovanjem neispunjenosti zakonskog opisa³⁸ ili bi se opravdalo putem osnova isključenja protivpravnosti (izvršenje krivičnih sankcija je *par excellence* primer protivpravnog lišenja slobode iz člana 132. KZ). Pored toga se kod određenih delikta zahteva da je pribavljena imovinska korist protivpravna.

4.2. Materijalna protivpravnost

Materijalna protivpravnost se odnosi na ostvarenje zakonskog opisa bića i s njim povezanu povredu odgovarajuće krivičnopravne norme uspostavljene radi zaštite određenog dobra; njome se izražava društveno opasna povreda pravnog dobra koja se nije mogla u dovoljnoj meri suzbiti vankrivičnopravnim merama.³⁹ Ona je, zapravo, oznaka za društvenu opasnost.⁴⁰ Sada se može postaviti pitanje: Zar društvena opasnost nije materijalna strana predviđenosti u zakonu? Podsetimo se specifičnog odnosa predviđenosti u zakonu i protivpravnosti: oni zajedno čine nepravo; jedno ga konstituiše, a drugo potvrđuje ili isključuje. Neispunjenjem osnova isključenja protivpravnosti, potvrđeno je nepravo. Veza je toliko nepobitna, da možemo da kažemo da je društvena opasnost zapravo materijalna strana nepravna, čime ćemo pomiriti shvatanja o njoj kao materijalnoj strani predviđenosti o zakonu i njoj kao materijalnoj strani protivpravnosti. Ni iz čega ne proizlazi da se društvena opasnost mora nužno „opredeliti za jednu stranu“, tj. pripisati samo jednom elementu,⁴¹ posebno ako su ta dva elementa toliko usko povezana kao što su to predviđenost u zakonu i protivpravnost.

Praktični značaj materijalne protivpravnosti je trostruk. Ona, najpre, omogućava nivelisanje nepravna. Formalna protivpravnost, pak, ne dozvoljava stepenovanje i kvalitativno razlikovanje: krađa 200.000 RSD je krivično delo koliko i krađa 20.000 RSD; u oba slučaja se krši prohibitivna norma iz člana 203. KZ. Isto tako je silovanje formalno protivpravno koliko i narušavanje nepovredivosti stana. Međutim, materijalna protivpravnost krađe 200.000 RSD nadmašuje protivpravnost krađe 20.000 RSD deset puta, dok društvena opasnost silovanja premašuje višestruko i sadržinski drugačije prevazilazi štetu narušene nepovredivosti stana. Pošto kvantitet i kvalitet materijalnog nepravna značajno saodređuju stepen krivice⁴² i deluju dalje u fazi odmeravanja kazne, kroz ublažavanje kazne (prekoračenje granica nužne odbrane, nehatno izazvana opasnost kod krajnje nužde i prekoračenje njenih granica), oslo-

38 Pošto čine deo zakonskog opisa, mora se utvrditi njihovo (ne)postojanje.

39 C. Roxin, *op. cit.*, S. 601.

40 Protivpravnost nije samo odnos dela i krivičnopravne norme; njegova bit nije samo u povređivanju te norme. Krivično pravo ne kažnjava učinioca zato što je povredio normu, već što je povređujući tu normu iz zakonskog bića dela povredio pravno dobro radi čije zaštite je uspostavljeno dotično zakonsko biće dela i odgovarajuća krivičnopravna norma. *Ibid.*

41 Uostalom, umišljaj i nehat kao subjektivna strana bića, elementi i oblici krivice takođe ne poznaju jednoznačnost/sistematsku ekskluzivnost u smislu pripadanja samo jednom elementu opšteg pojma.

42 Roxin, *ibid.*, S. 603.

bođenje od kazne (prekoračenje granica nužne odbrane usled jake razdraženosti ili prepasti izazvane napadom i prekoračenje granica krajnje nužde pod naročito olakšavajućim okolnostima) i kroz olakšavajuće/otežavajuće okolnosti (stepen krivice, jačina ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra), jasno je da materijalno nepravo bitno utiče na vrstu i visinu kazne.

Drugi momenat u kom materijalna strana protivpravnosti igra važnu ulogu jeste prilikom primene norme, kada se neko ponašanje prema svom jezičkom značenju može podvesti pod određeni krivičnopravni opis, ali suštinski, prema svom društvenom sadržaju i značaju ne odgovara tipu delikta.⁴³ Tipičan primer toga su slučajevi koji su „socijalno adekvatni“. Društveno prihvatljiv bi tako bio novogodišnji poklon namenjen vaspitačicama u vrtiću svoje dece ili blago uvredljive šale izrečene u krugu porodice.

Naposletku, materijalna protivpravnost ima uticaja i prilikom razvoja i formulisanja principa razloga isključenja protivpravnosti, što se, čak i u laičkoj sferi, najčešće ilustruje krilaticom „više koristi nego štete“.

Možemo zaključiti da je formalna protivpravnost jedan kruti, tzv. da-ili-ne-pojam,⁴⁴ odnosno ili-ili-pojam (ili je nešto protivpravno, ili to nije), dok materijalna protivpravnost sadrži visok stepen fleksibilnosti (na primer, lišenje života nekog lica iz koristoljublja, radi izvršenja ili prikrivanja drugog krivičnog dela, iz bezobzirne osvete ili iz drugih niskih pobuda je društveno štetnije od „običnog“ ubistva i stoga biva kvalifikovano kao teško ubistvo).⁴⁵ Karakter materijalne protivpravnosti je onaj segment protivpravnosti koji ga čini dinamičnim i otvorenim za društvena shvatanja, samim tim i za prihvatanje novih osnova isključenja protivpravnosti koji bi bili u skladu sa promenjenom svešću zajednice u pogledu nekih novih okolnosti (npr. dozvoljeni rizik u kontekstu visoko industrijalizovanog društva, pojačanog saobraćaja, novih vidova zabave dobija na značaju; najpre je zabranjeno telesno kažnjavanje dece od strane nastavnika, da bi se u poslednje vreme zabrana proširila i na roditelje, itd).

5. STRUKTURA OSNOVA ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI

5.1. Principi osnova isključenja protivpravnosti

Sporno je da li se izrazito heterogeni osnovi isključenja protivpravnosti mogu zasnivati na opštim načelima, i ako mogu, ostaje da se reši koji bi to principi bili. S tim u vezi razvila su se dva pravca razmišljanja.

Zastupnici monističkih teorija teže da sve pojedinačne razloge svedu na jedan jedinstven princip. O tome koji bi to princip bio, ne postoji, pak, jedinstven stav. Taj princip, da bi ispunio ono što se od njega očekuje (sveobuhvatnost – kapacitet da se pod njegovo okrilje sažmu svi osnovi isključenja), mora nužno da ostane apstrak-

43 Roxin, *ibid.*

44 Tako F. Haft, *op. cit.*, S. 66.

45 Član 114, tačka 5. KZ.

tan⁴⁶ i sadržinski skroman. Tako se pominje načelo svrhe („ostvarenje od strane zakonodavca pravno priznate, ispravne svrhe adekvatnim sredstvom“ – von Dohna,⁴⁷ von Liszt),⁴⁸ načelo „više koristi nego štete“ („u materijalnom smislu je pravno valjano delovanje koje u svojoj opštoj tendenciji generalizuje i državnoj zajednici pruža više [ideološke, kulturalne] koristi nego što štete čini“ – Sauer),⁴⁹ načelo „prednosti poštovanja dobra pre povrede dobra“ (Schmidhäuser)⁵⁰ ili načelo „vrednosne kolizije“ koja će se rešiti „vaganjem vrednosti“ (Noll).⁵¹

Nasuprot tome postoje pluralističke teorije koje, sledeći Mezger-a,⁵² opravdanje svode na dva glavna principa – „princip pretežnog interesa“ (*Prinzip des überwiegenden Interesses*) i „princip nepostojećeg interesa“ (*Prinzip des mangelnden Interesses*), odnosno prema Blei-u, na „princip pretežnog interesa“ i „princip nepostojećeg neprava“.⁵³ Primeri prvog principa, kada odmeravanjem sukobljenih interesa, važniji interes potiskuje interes za zaštitom povređenog dobra, bili bi nužna odbrana, krajnja nužda, pravo lišenja slobode (građansko hapšenje⁵⁴/vršenje službene dužnosti). U vezi sa drugim načelom, kada se „ovlašćeno lice“ odriče pravne zaštite svog dobra, te samim tim ni pravni poredak nema više osnova da ga štiti, mogu se navesti pristanak povređenog,⁵⁵ pretpostavljeni pristanak i administrativna dozvola. Prednost bi trebalo dati načelu nepostojećeg interesa, jer tu nema sukoba, karakterističnog za drugu situaciju. Interes koga nema jer se povukao, ne može se suprotstaviti drugim interesima.⁵⁶

Roxin ovde polazi od ideje da je svrha svih razloga isključenja protivpravnosti ta da se suprotstavljene interese regulišu na društveno ispravan način,⁵⁷ on uspostavlja „princip socijalno ispravne regulacije interesa i protivinteresa“.⁵⁸ Time se obuhvataju i slučajevi kolizije podjednako vrednih „dobara“, „vrednosti“ (na primer, kada lekar biva u isto vreme pozvan od strane dvojice teško bolesnih pacijenata, kada tre-

46 C. Roxin, *op. cit.*, S. 616.

47 Graf zu Dohna, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905, S. 48.

48 F. von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 21. Auflage, De Gruyter, Berlin 1919.

49 W. Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre*, De Gruyter, Berlin 1955, S. 56.

50 E. Schmidhäuser, *Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht*, Festschrift für Karl Lackner, De Gruyter, Berlin 1987, S. 88.

51 P. Noll, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, *ZStW* 77 (1965), S. 1.

52 E. Mezger, *Strafrecht*, 3. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1949, S. 204.

53 H. Blei, *Strafrecht AT*, 8. Auflage, Beck, München 1977, § 36 I.

54 Hapšenje pri izvršenju krivičnog dela (član 292. Zakonika o krivičnom postupku): „(1) Svako može uhapsiti lice zatečeno pri izvršenju krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti. (2) Uhapšeni će se odmah predati javnom tužiocu ili policiji, a ako to nije moguće, mora se odmah obavestiti jedan od tih organa koji će postupiti u skladu sa odredbama ovog zakonika (čl. 291 i 293).“ „*Sl. glasnik RS*“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

55 Više o tome: I. Marković (2011), *op. cit.*, str. 282–296.

56 Ako lekar L pruži prvu pomoć licu Ž, onesvešćenoj žrtvi saobraćajne nezgode, neadekvatnim sredstvima I tako ga povredi, biće opravdan kroz pretpostavljeni pristanak, a ne kroz krajnju nuždu. F. Haft, *op. cit.*, S. 68.

57 Roxin, *op. cit.*, S. 617.

58 C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, Berlin 1973, S. 15.

ba da odluči kome će pružiti pomoć),⁵⁹ dok se odrednicom o socijalnoj ispravnosti razrešenje ove kolizije upućuje na adresu materijalne protivpravnosti (kada će isključenje neprava naposljetku zavisiti od socijalne ispravnosti/nepostojeće društvene štetnosti ponašanja).⁶⁰ Njegova, suštinski takođe pluralistička, teorija spaja koncept vaganja interesa sa komponentom društvene ispravnosti, naglašavajući time značaj materijalne protivpravnosti kao glavnog kriterijuma regulacije.

Vladajuće shvatanje se priklonilo pluralističkim teorijama, imajući u vidu da je upravo heterogenost glavna odlika potencijalno opravdavajućih situacija, te da se ne može sprovesti jedna konačna sadržinska sistematizacija, nego se materijalnoj protivpravnosti može samo dati forma na određeni način. To se čini pomoću određenih društvenih, nazovimo ih pomoćnih ili pod-principa, poput održavanja pravnog poretka u celosti (pravo ne mora da se povuče pred nepravom),⁶¹ neophodnosti, srazmernosti, garancije slobode i, posebno, autonomije pojedinca. Na oblikovanje osnova isključenja protivpravnosti nadovezuje se njihovo dejstvo.

5.2. Dejstvo osnova isključenja protivpravnosti

Prilikom određivanja smisla pojedinih osnova treba, dakle, poći od pojma materijalne protivpravnosti, jer opravdanje znači da je radnja iz zakonskog opisa, iako sama po sebi krši jednu opštu prohibitivnu normu, u konkretnom slučaju takva da su ugrožavanje ili povreda zaštićenog dobra zarad viših vrednosti prihvatljive i da cilj učinioca ne zaslužuje prekor. Time, drugim rečima, u potpunosti ili većim delom otpadaju ili se nivelišu nepravu radnje (zbog neprekorivosti svrhe) i posledice (kroz vaganje dobara).⁶² Pri tome krajnja ocena ponašanja nije pozitivna, već se opisom bića obuhvaćeno ponašanje toleriše, opravdava. Dozvoljeni su zahvati u pravna dobra napadača, povređenog koji daje pristanak, vlasnika itd. (nosioca dobra na koje se odnosi norma dopuštenja), dok povrede pravom zaštićenih interesa trećih lica ostaju protivpravna.⁶³

Grubo rečeno, dejstvo svih osnova isključenja protivpravnosti je isto – svi oni deluju opravdavajuće, čime se isključuje u prvom koraku protivpravnost, a u drugom krivično delo uopšte. Delo je ili protivpravno, ili to nije. „Fini rad“ vidljiv je kod neprava koje se može stepenovati.

To nepravu, o kom govorimo sve vreme, je nepravu krivičnog prava⁶⁴ koje se jedino isključuje, dok ostale vrste neprava opstaju.⁶⁵ Ono je jedna specifično krivično-

59 Roxin (2006), *op. cit.*, S. 617.

60 Roxin, *ibid.*

61 <http://www.juraexamen.info/wp-content/uploads/Rechtswidrigkeit.pdf>, pristup stranici: 2. april 2015. godine.

62 Jescheck/ Weigend, *op. cit.*, S. 325–326.

63 Jescheck/Weigend, *op. cit.*, S. 333.

64 Pored toga, postoji i nepravu građanskog prava, nepravu upravnog prava, nepravu međunarodnog prava, itd.

65 Stojanović, govoreći o tome da u građanskom pravu krajnja nužda nema iste domašaje kao nužna odbrana, te da prema rešenju u našem pravu (članu 161. Zakona o obligacionim odnosima), za razliku od nužne odbrane, gde napadaču ne pripada pravo na naknadu štete, lice koje je ošteće-

nopravna materija, jer pretpostavlja predviđenost u zakonu (osnovnog ili sporednog krivičnog zakonodavstva), pošto, shodno načelu zakonitosti, najpre treba da utvrdimo da li postoji zakonska odredba pod koju se može podvesti određeno činjenično stanje. Pogled je, prema tome, isprva usmeren na krivično pravo („zoom-in“). U narednom koraku negativne provere protivpravnosti, fokus se udaljava ne bi li obuhvatio celokupni pravni poredak iz kog mogu poteći osnovi isključenja protivpravnosti („zoom-out“). Osnovi nisu materija koju ekskluzivno reguliše krivično pravo, s obzirom na njegov supsidijarni karakter, već opravdavajući razlozi mogu poticati iz celokupnog pravnog sistema (jedinственost pravnog poretka). Tako će, primera radi, najavljena zabrana telesnog kažnjavanja dece iz sfere građanskog prava značajno ograničiti/potpuno ukinuti telesno kažnjavanje dece koje se vrši u okviru roditeljskog prava kao osnova isključenja protivpravnosti u sferi krivičnog prava.⁶⁶

Materijalna strana protivpravnosti sa mnoštvom svojih činilaca, interesa i kombinacija, u svojoj konstantnoj promeni koja prati društvene tokove, ne dopušta nekakvu katalogizaciju osnova, još manje njihovo konačno navođenje. Ono je izuzetak od pravila i kao takva ne podleže imperativu predvidivosti. Pored toga, njihovi izvori mogu biti kako pisani, tako i nepisani, stoga nije uvek neophodna prethodna zakonodavčeva aktivnost, što sa svoje strane doprinosi dinamici nastanka i modifikacija osnova.⁶⁷ Priznavanjem običajno- i nadpozitivnopranih razloga ne krši se garantivna funkcija krivičnog prava već zbog toga što se tu radi o sužavanju, ne o proširivanju kažnjivosti.⁶⁸ Isto važi za restriktivno tumačenje postojećih osnova. S druge strane, oni se ne mogu tumačiti dalje od svog jezičkog značenja, jer bi se time proširila kažnjivost *contra legem*.

Načelno važi da osnovi isključenja protivpravnosti mogu da postoje jedni pored drugih,⁶⁹ ali postoje i situacije kada uži osnov isključenja protivpravnosti čini deo šireg osnova,⁷⁰ pa bi zbog načela *lex specialis* delovao on.

no radnjama preduzetim u stanju krajnje nužde ima pravo da zahteva naknadu štete od lica od kojih je šteta otklonjena, ispravno zaključuje da krajnja nužda isključuje protivpravnost u krivičnom pravu, ali da šteta pričinjena u situaciji krajnje nužde ipak ostaje ponašanje koje je protivno pravu. Z. Stojanović, Krajnja nužda i nužna odbrana, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2–3/11, str. 24. Isti autor, govoreći na drugom mestu o delu malog značaja i izričitoj krivičnopravnoj normi koja isključuje njegovu formalnu krivičnu protivpravnost, ističe da time nije isključena protivpravnost uopšte. Delo iako nije protivpravno u smislu krivičnog prava, može ostati protivpravno sa aspekta neke druge grane prava. Z. Stojanović (2012), *op. cit.*, str. 144–145.

66 Više o telesnom kažnjavanju dece kao osnovu isključenja protivpravnosti: I. Marković (2014), *op. cit.*, str. 285–300.

67 Štaviše, nacionalni zakonodavac neće uvek ni imati direktnu mogućnost uticaja na njihovo formiranje i modifikovanje (npr. kod represalija u ratu).

68 Jescheck/Weigend, *op. cit.*, S. 328.

69 U pogledu odnosa krajnje nužde i nužne odbrane u srpskom pravu vid. Z. Stojanović (2011), *op. cit.*

70 Specijalitet bi postojao bilo zato što sužava uslove šireg osnova ili zato što mimo opravdavajućeg dejstva isključuje ili dodaje pravne posledice (npr. naknada štete). Warda ovo naziva „specijalitetom u funkcionalnom smislu“. G. Warda, *Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Reinhart Maurach*, Müller Verlag, Karlsruhe 1972, S. 166. Tako se, na primer, idući od opšteg ka posebnom, mogu postaviti pristanak povređenog – pretpostavljeni pristanak – preduzimanje medicinskog zahvata.

6. ZAKLJUČAK

Govoreći o objektivnoj strani protivpravnosti, dolazi se do nekoliko zaključaka. Najpre, predviđenost u zakonu i protivpravnost su dva zasebna elementa opšteg pojma, uprkos svojoj nepobitnoj bliskosti. Čak i kada bi se „dogmatski fuzionirali“ u jedan element, ništa se time ne bi postiglo, jer bi nanovo bilo neophodno zasebno procenjivanje najpre opisa bića, pa potom i sūd o njegovoj protivpravnosti.⁷¹ Njihova povezanost se ispoljava u tome što zajedno čine nepravu.

Iz neprava kao rezultata tog spoja, proističe da se društvena opasnost može shvatiti ne samo kao materijalna strana predviđenosti, već i kao materijalna strana protivpravnosti.⁷² Otvorenost društvene opasnosti je svojevremeno (prilikom donošenja važećeg KZ) bila jedan od razloga da se ona, kao jedini materijalni element, izmesti iz opšteg pojma krivičnog dela, jer je lako prerastala u arbitrarnost.⁷³ U kontekstu protivpravnosti, društvena opasnost je ublažila tu svoju crtu i ne kosi se sa garantivnom funkcijom krivičnog prava jer se ovde radi o sužavanju kriminalne zone uzimanjem u obzir izmenjenih društvenih okolnosti i shvatanja o tome šta se i pod kojim uslovima može tolerisati,⁷⁴ tj. kada nema krivičnog dela. U tom svetlu dinamike može se postaviti pitanje smislenosti opstanka nekih postojećih osnova isključenja protivpravnosti (poput dela malog značaja u senci oportuniteta krivičnog gonjenja), uvođenja novih i modifikacije postojećih (poput dve vrste krajnje nužde).⁷⁵ Iako je pravo strogo formalizovan sistem, materijalna strana protivpravnosti čini ovu oblast prilagodljivom, ne dozvoljava njenu katalogizaciju, a nepostojanje zakonske definicije protivpravnosti dozvoljava sudskoj praksi i teoriji da se uključe u dobroj meri u razvitak i preciziranje osnova i njihovih uslova. Stoga se može govoriti

71 Stojanović (2014), *op. cit.*, str. 143.

72 Dok se društvena opasnost kao materijalna strana predviđenosti u zakonu označava kao zakonodavni motiv inkriminisanja (Stojanović [2014], *op. cit.*, str. 136, 137), dotle se društvena opasnost kao materijalna strana protivpravnosti može nazvati motivom opravdanja.

73 Stojanović naglašava da se pored svih nastojanja, nije uspelo doći do opštih materijalnih kriterijuma za određivanje granica krivičnopravne zaštite. Nastojanja koja se vezuju za kriterijume kao što je materijalni pojam krivičnog dela, društvena opasnost, zaštitni objekt i dr., i pored izvesnog doprinosa, ne pružaju jedan teorijski i praktično upotrebljiv koncept za rešavanje ovog izuzetno složenog pitanja. Više o tome: Stojanović (2014), *ibid.*, str. 69, 70.

74 Osnovi isključenja protivpravnosti su, pored svrhe kazne, verovatno jedno od glavnih polja upliva etike i filozofije prava u krivično pravo. Poznat je primer Karneadesove daske; misaoni eksperiment koji se pripisuje grčkom filozofu Karneadesu i kojim su se bavili, između ostalih, Ciceron i Kant, a koji se tiče se situacije dvojice brodolomnika čiji je jedini spas plutajuća daska koja, pak, može da izdrži težinu samo jednog od njih. Pitanje koje se postavlja da li će brodolomnik, koji je ubio ovog drugog da bi se domogao daske, biti odgovoran za ubistvo ili se može pravdati putem instituta krajnje nužde. Problem dodeljivanja nedovoljnih resursa i ubistvo drugog lica radi spasavanja sopstvenog života nije samo filozofski primer, već je oživeo u slučaju „R. v. Dudley and Stephens“ iz 1884. godine, kada je ubijen jedan član posade da bi se ostali brodolomnici, hraneći se njegovim mesom, preživeli brodolom. Više o mogućnosti vaganja ljudskog života u specifičnim uslovima: Ch. Jäger, Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, *ZStW* 115, 2003, S. 765.

75 Tu bi se radilo o krajnoj nuždi kao osnovu isključenja protivpravnosti (osnov opravdanja) i o krajnjoj nuždi kao osnovu isključenja krivice (osnov izvinjenja). Najpoznatije po ovakvom rešenju jeste nemačko krivično pravo.

o dinamici⁷⁶ razloga isključenja protivpravnosti, u duhu gesla *ius criminale semper reformandum est*, nasuprot relativnoj statičnosti predviđenosi u zakonu.⁷⁷

LITERATURA

- Bačić F., Krivično pravo – Opći dio, 2. izdanje, Zagreb 1980.
- Blei H., Strafrecht AT, 8. Auflage, Beck München 1977.
- Drohna Graf zu, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, 1905.
- Engisch K., Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958).
- Gropp W., Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Springer Verlag, Berlin 2005.
- Haft F., Strafrecht AT, Beck, München 2004.
- <http://www.juraexamen.info/wp-content/uploads/Rechtswidrigkeit.pdf>, pristup stranici: 2. april 2015. godine.
- Jäger Ch., Die Abwägbarkeit menschlichen Lebens im Spannungsfeld von Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, ZStW 115, 2003.
- Jescheck H.-H./Weigend Th., Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- Kaufmann A., Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956.
- Lazarević Lj., Krivično pravo Opšti deo, 21. izdanje, Savremena administracija, Beograd 2000.
- Lenckner Th. in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 37. Aufl., Beck, München 2010.
- Liszt F. von, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 21. Auflage, De Gruyter, Berlin 1919.
- Marković I., Körperverletzungen im Sport – eine strafrechtliche Gratwanderung, u: (ur. Đ. Ignjatović) Kaznena reakcija u Srbiji III deo, Beograd 2013.
- Marković I., Preduzimanje medicinskog zahvata kao osnov isključenja protivpravnosti – sa posebnim osvrtom na nepostojanje pristanka pacijenta, u: (ur. Đ. Ignjatović) Kaznena reakcija u Srbiji II deo, Beograd 2012.
- Marković I., Pristanak povrednog u krivičnom pravu, u: (ur. Đ. Ignjatović) Kaznena reakcija u Srbiji I deo, Beograd 2011.
- Marković I., Telesno kažnjavanje dece u krivičnopravnom kontekstu vršenja roditeljskog prava, u: (ur. Đ. Ignjatović) Kaznena reakcija u Srbiji IV deo, Beograd 2014.
- Merkel A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Enke-Verlag, Stuttgart 1889.
- Mezger E., Strafrecht, 3. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1949.
- Nagler J., Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Festschrift für Karl Binding, Leipzig 1911.
- Noll P., Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965).

76 Pored dinamike, kao specifičnosti koja odlikuje osnove isključenja protivpravnosti u odnosu na ostale institute krivičnog prava, možemo navesti mogućnost postojanja nepisanih izvora osnova, kao i negativan način njihovog formulisanja.

77 Statičnost je, imajući u vidu aktivnosti srpskog zakonodavca i učestalost donošenja zakona o izmenama i dopunama KZ, u našem slučaju relativizovana.

- Roxin C., Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, De Gruyter, Berlin 1973.
- Roxin C., Strafrecht AT I, 4. Aufl., C. H. Beck, München 2006.
- Sauer W., Allgemeine Strafrechtslehre, De Gruyter, Berlin 1955.
- Schmidhäuser E., Strafrecht AT, Mohr, Tübingen 1984.
- Schmidhäuser E., Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Festschrift für Karl Lacker, De Gruyter, Berlin 1987.
- Schünemann B., Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985.
- Stojanović Z., Krajnja nužda i nužna odbrana, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2–3/11.
- Stojanović Z., Krivično pravo – opšti deo, 21. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd 2014.
- Vuković I., „O socijalno-etičkim granicama nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nezazneme dobara“, Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza“, Zbornik radova II, Kosovska Mitrovica 2011.
- Vuković I., O subjektivnim protivpravnosti u krivičnom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 2/2011.
- Warda G., Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Festschrift für Reinhart Maurach, Müller Verlag, Karlsruhe 1972.
- Welzel H., Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, De Gruyter, Berlin 2010.

Zakonski izvori:

- Krivični zakonik, „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.
- Zakonik o krivičnom postupku, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

Ivana Marković

Juristische Fakultät der Universität Belgrad

EINIGE GRUNDLEGENDE FRAGEN ZUR OBJEKTIVEN SEITE DER RECHTSWIDRIGKEIT

ZUSAMMENFASSUNG

In der Arbeit geht es darum, die Ausgangsbasis der Vielzahl von Rechtfertigungsgründen näher zu beleuchten. Dabei geht es um mehrere Zweiteilungen; zunächst von Verbotsnormen und Erlaubnissätzen, danach um Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit in ihrer zweifellos bestehenden Verbindung, die teilweise fälschlicherweise als Gleichsetzung verstanden wird. Dieses Verhältnis kann auf mehrere Arten und Weisen dargestellt werden, wobei Indiziertheit das meistzitierte Stichwort bildet. Der wichtigste Verknüpfungspunkt zwischen den beiden Elementen besteht darin, dass sie gemeinsam das Unrecht bilden.

Diese Erkenntnis spiegelt sich in dem materiellen Gehalt der Rechtswidrigkeit wider, die sich als Sozialschädlichkeit zu erkennen gibt und von dreifacher praktischer Bedeutung ist. Während die formelle Rechtswidrigkeit ein strikter „Ja-oder-Nein-Begriff“ ist (eine Tat ist entweder rechtswidrig, oder sie ist es nicht), ermöglicht sein materieller Counterpart die für die Rechtfertigungsgründe so typische Dynamik und Offenheit, die es erlauben, sich an die veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse, die Garantiefunktion des Strafrechts wahrend, anzupassen.

Zur Struktur der Rechtfertigungsgründe sei gesagt, dass sie sich, der herrschenden Meinung zufolge, auf pluralistische Ansätze beziehen; vordergründig auf das Prinzip des mangelnden Interesses und das Prinzip des überwiegenden Interesses. Die Wirkung aller Rechtfertigungsgründe ist gleich: eine Tat wird gerechtfertigt, von der Rechtsordnung toleriert; nicht aber als positiv bewertet. Der unumgängliche Tatbestand ist dabei auf das Strafrecht bezogen, während sie die Rechtfertigungsgründe aus der gesamten Rechtsordnung herleiten lassen. Die eingangs erwähnte Dynamik der Rechtfertigungsgründe; die Möglichkeit, ungeschriebene Rechtfertigungsquellen miteinzubeziehen, die Abstufungsmöglichkeiten usw. stellen Besonderheiten der Rechtfertigungsgründe dar.

Schlüsselwörter: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Rechtfertigungsgründe, formelle Rechtswidrigkeit, materielle Rechtswidrigkeit, Unrecht, Sozialgefährlichkeit.

EKOLOŠKI KRIMINALITET

Apstrakt: U ovom radu, autor je nastojao da fenomen ekološkog kriminaliteta prikaže sa društvenog, uzročno-kauzalnog aspekta. Istovremeno, rad ne pledira da društvene osnove ekološkog kriminaliteta obeleži kao jedine i apsolutne, tj. rad nije rezultat monofaktorskog pristupa problemu, već pokušaj da se ukaže na društveno strukturisane uslove i uzroke odnosnog kriminaliteta, naročito izdvajajući ekonomski, industrijski i kulturalno-sociološki kauzalni aspekt. U tom smislu je i materije izložena, oslanjajući se na tripartitnu podelu uslova i uzroka, u skladu sa osnovnim karakteristikama svake od pomenutih društvenih kategorija. Ipak, na samom početku, dat je nešto opširniji uvod u temu, sa ciljem da stvori osnovu za čitanje daljeg teksta i razradu materije. U njemu su izložena određena teorijska shvatanja samog pojma ekološkog kriminaliteta, ali i učinjena određena terminološka objašnjenja radi otklanjanja eventualnih nejasnoća jezičke prirode.

Na nekoliko mesta je ukazivano na globalni značaj koji ekološki kriminalitet danas ima, kao i na stanje razvoja integrisanja odnosno pojave, u ključna društvena pitanja, naročito od druge polovine XX veka. U tu svrhu razmatrana je normativna strana problema, naročito uvidom u krivičnopravne odredbe, ali one odredbe koje sadrže ratifikovani međunarodni dokumenti.

Osnovna hipoteza, koja je u radu promatrana je da na fenomen ekološkog kriminaliteta jednako utiču svi, u radu, razmatrani društveni uslovi i uzroci, te da je rešavanju problema iz domena ekološkog kriminaliteta neophodno prići na multidisciplinarni i interdisciplinarni način, primenom triangulacionih metoda. Takođe, razmatrane su i mogućnosti, pre svega profilaktičkog delovanja, u cilju suzbijanja ekološkog kriminaliteta, a u vezi sa tim, neposredno pred zaključna razmišljanja, dat je uvid u moguće i očekivane načine ponašanja aktivnih subjekata ekološkog kriminaliteta, pre svega sa kriminološkog aspekta.

Ključne reči: ekologija, kriminalitet, uzroci, uslovi, društvene kategorije, kriminologija.

1. UVODNA RAZMATRANJA I OPŠTI POJAM EKOLOŠKOG KRIMINALITETA

U skladu sa epistemološkim pravilom: „Ako se tvrdi da je uzrok neke pojave sve, onda to istovremeno znači i ništa.“¹, u ovom radu će biti razmatrani isključivo eklatantni društveni uslovi i uzroci ekološkog kriminaliteta. Ostavljajući po strani određeni značaj i ostalih društvenih uticaja, ali i individualnih uzroka, kao što su biološki ili psihološki, koji u određenim teorijskim konceptima predstavljaju primarne uzroke za objašnjavanje kriminalnog ponašanja, rad ne promovise monofaktorski pristup eksplicaciji uzroka ekološkog kriminaliteta u smislu apsolutizacije društvenih faktora, već analizira kauzalitet društvenih kategorija, pre svega industrije, ekonomije i kulture sa jedne i vršenja zločina koji se mogu svrstati pod pojam ekološkog kriminaliteta, sa druge strane.

Uprkos sve većem integrisanju rešavanja ovog međudržavnog i nadnacionalnog pitanja u korpus nacionalnih propisa i međunarodnih pravnih akata i nesumnjive aktuelizacije ove teme, u teoriji i postojećoj literaturi se do kraja 20. veka nije mogla naći opšta definicija eko-

* dobitnik druge nagrade na IV nagradnom tematu Sekcije za kriminologiju Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu na temu „Ekološki kriminalitet“

1 Ignjatović Dj., *Kriminologija*, Beograd 2011, str. 92.

loškog kriminaliteta, „... iako se sam ovaj pojam, poput aksioma, koristi preko 20 godina.“² Pojedini autori koji su se bavili ovim pitanjem ponudili su svoja obrazloženja pomenutog teorijskog lutanja u traženju odgovarajuće, opšte definicije ekološkog kriminaliteta, a čini se da je najadekvatnije ono koje ističe „...u svetu usvojenu praksu jednostavnog nabiranja onoga što se smatra ekološkim kriminalitetom.“³ Takva praksa *per se* nije uvek i pogrešna, ali praveći distinkciju između normi koje su formulisane isključivo radi zaštite nekog ekološkog zaštitnog objekta i onih kojima je primarni cilj zaštita nekog drugog zaštitnog objekta u krivično-pravnom smislu, ali koje mogu sekundarno štiti i neki ekološki zaštitni objekt, nailazimo na teškoće, jer se u postupku određivanja opšte definicije ekološkog kriminaliteta, obuhvatanjem onih normi koje sekundarno štite ekološki zaštitni objekt povređuje već postojeća i u teoriji prihvaćena klasifikacija, dok bi njihovo izostavljanje vodilo do nepotpunog promatranja i shodno tome, dovelo do formulisanja nepotpune opšte definicije ekološkog kriminaliteta. Otuda proizilazi da definicija ekološkog kriminaliteta može biti data u svom užem i širem smislu. U prvom slučaju, ekološki kriminalitet obuhvatiće sva ona krivična dela, u našoj teoriji nazvana i prava ekološka krivična dela⁴, koja primarno štite ekološke vrednosti kao što su: vazduh, zemljište, voda, biljni i životinjski svet, a *contrario* ekološki kriminalitet u širem smislu⁵ čine i ona krivična dela koja su prvenstveno namenjena zaštititi nekih drugih vrednosti, ali koja mogu u konkretnoj situaciji služiti zaštititi nekih, već pomenutih ekoloških dobara. Takva dela se u našoj literaturi nazivaju nepravna ekološka krivična dela⁶ Naša teorija poznaje i kategoriju sporednih ekoloških krivičnih dela⁷ koja nisu normirana u važećem Krivičnom zakoniku, već u drugim posebnim zakonima koji čine tzv. dopunsko krivično zakonodavstvo⁸. Dodatnu poteškoću svakako predstavlja i činjenica da postoje i oni akti koji po svojoj sadržini, *de facto*, jesu ekološki štetna činjenja i propuštanja, ali iz nekih razloga nisu inkriminisana, što, nesumnjivo, stvara problem i prilikom statističkog praćenja odnosne pojave, jer se Republički zavod za statistiku, kao osnovni izvor statističkih podataka rukovodi zvaničnim podacima, što dalje implicira da predmet takve statističke obrade mogu biti samo činjenice predviđene i normirane zakonskim ili, što je ređi slučaj, podzakonskim odredbama. Dakle, korišćenje statističkog metoda u ovom slučaju podrazumeva institucionalistički stav prema pomenutom kriminološkom metodu.

Konačno, radi otklanjanja nekih terminoloških nejasnoća, potrebno je i ponaosob definisati i pojmove poput kriminaliteta i ekologije. Definicija kriminaliteta kao ukupnosti svih zločina u određenom vremenu i prostoru⁹, čini se kao najprihvaćenija u naučnim krugovima. Ipak, potrebno je na ovom mestu učiniti i napomenu u pogledu zločina kao samostalno posmatranog pojma. Naime, on se u teoriji definiše u užem i širem smislu¹⁰, što ima suštinske implikacije na sagledavanje odnosne teme. U užem smislu, pojam zločina obuhvatio bi samo dela koja predstavljaju kršenje krivičnihopravnih normi i time eliminisao razmatranje ostalih delikata poput prekršaja i privrednih prestupa. U ovom radu pretežno je

2 Joldžić V., *Ekološki kriminalitet*, doktorska disertacija, Beograd, str. 24.

3 *Ibidem*, str. 25.

4 Jovašević D., *Ekološki kriminalitet u Srbiji*, u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), *Ekologija i pravo*, Niš 2011. str. 225–255.

5 Joldžić V., *op. cit.*, str. 28.

6 Jovašević D., *op. cit.*, str. 225–255.

7 *Ibidem*.

8 Zakoni Republike Srbije koji predviđaju sporedna ekološka krivična dela su: Zakon o zdravlju bilja, Zakon o sredstvima za zaštitu bilja i Zakon o genetički modifikovanim organizmima, svi pomenuti zakoni doneti su 2009. god.

9 Ignjatović Đ., *op. cit.*, str. 22.

10 *Ibidem*, str. 24.

zastupana uža koncepcija pojma zločin, s tim da su radi šire vizure sagledavanja ekološkog kriminaliteta paralelno sa ekološkim krivičnim delima razmatrani i ostali ekološki delikti kao „sveukupnost ljudskih ponašanja kojima se povređuju ili ugrožavaju društvene vrednosti koje određuju uslove za čuvanje, unapređenje i zaštitu životne i radne sredine čoveka“¹¹. Uvođenje krivičnopravne odgovornosti za pravna lica¹² 2008. godine obogaćuje užu koncepciju zločina dajući svojstva krivičnog dela protivpravnom u zakonu određenom činjenju i propuštanju pravnih lica.

Ekologija se najčešće definiše kao nauka o „celini neprekidne interakcije živog i neživog na planeti“¹³ ili „nauka čiji je predmet proučavanja odnosa živih bića prema njihovoj sredini, njihov međusobni odnos u sredini i uticaj sredine na živa bića“¹⁴.

Ekološki kriminalitet čine svi oni zločini upereni neposredno (sva krivična dela iz glave XXIV KZ Republike Srbije) protiv nekog ekološkog dobra, ali i oni koji posredno, sekundarno, (nepravna ekološka krivična dela) ostvaruju negativne ekološke posledice.

Zločini koji se mogu podvesti pod ekološki kriminalitet uglavnom predstavljaju sredstvo za ostvarivanje imovinskog interesa, a u prilog tezi o dominantnom imovinskom elementu u ekološkom kriminalitetu ide i činjenica da ekološki kriminalitet ima mnoge karakteristike podvrsta imovinskog kriminaliteta, kao što su: kriminalitet belog okovratnika, kriminalitet korporacija i organizovani kriminalitet. Štaviše, među najčešća dela belog okovratnika ubrajaju se ona koje se odnose na kršenje propisa o kvalitetu hrane i nedozvoljeno zagađivanje čovekove okoline¹⁵, što, svakako potpada pod pojam ekološkog kriminaliteta. Izuzetak od uočenog imovinskog motiva prilikom vršenja zločina uperenih protiv kakvih ekoloških dobara, jesu učinjena ekološka krivična dela u vezi sa ratnim sukobima. U tom smislu, negativne ekološke posledice su propratnog karaktera, i više su posledica vojnih strategija i ciljeva.

Posledice ekoloških krivičnih dela po pravilu su temporalnog karaktera, što znači da se njihovo negativno dejstvo ne primećuje momentalno. U vezi sa tim, često su radi otkrivanja posledica ekoloških krivičnih dela potrebna razna merenja i ispitivanja koja iziskuju korišćenje određenih tehnoloških sredstava kao i posedovanje stručnog znanja. Takvo stanje stvari dodatno otežava otkrivanje ekološki štetnih dela protivnih krivičnopravnim normama.

2. UZROCI EKOLOŠKOG KRIMINALITETA

Na prvi pomen uzroka ekološkog kriminaliteta u laičkoj svesti se intuitivno javlja pomisao na vrtoglavi razvoj industrijske proizvodnje, naročito od sredine prošlog veka, želja privrednih subjekata za ostvarivanjem što većeg profita, kulturološki obrasci itd., što se ne može odbaciti kao netačno, ali svaka nauka, pa tako i kriminologija, pledira da svoja objašnjenja kauzaliteta između određenih pojava, ponudi na osnovu sistematski i metodički prikupljenih znanja. U tom smislu, potrebno je svaku tvrdnju u vezi sa odgovorom na pitanje – šta je uzrok ekološkog kriminaliteta –, posmatrati kroz prizmu teorijskih okvira¹⁶, što znači sagledati ih u kontekstu sistematizovanih ideja koje teže da objasne kriminalitet uop-

11 Jovašević D., *op. cit.*, str. 225–255.

12 Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, („Sl. Glasnik RS“, br. 97/2008).

13 Lilić. S., u saradnji sa Drenovak M., *Ekološko pravo*, Beograd 2010. str. 15.

14 Konstantinović – Vilić S., Žunić N., *Ekofeminizam – razumevanje odnosa feminizma i ekologije*, u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), *Ekologija i pravo*, Niš 2011, str. 23–39.

15 Ignjatović Đ., *op. cit.*, str. 111.

16 Teorije korišćene u ovom radu preuzete su iz: Ignjatović Đ., *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009.

šte, a naravno da, analogno pravnom načelu „ko može više, može i manje“, mogu objasniti i ekološki kriminalitet, kao jedan segment celine.

2.1. Ekonomska uslovljenost

Većina naših autora koji su se bavili ovom problematikom u drugoj polovini prošlog veka, isticali su značaj ekonomskog faktora kao primarnog, smatrajući ga osnovom ekološkog kriminaliteta. Pre bilo kakvog upuštanja u dalje analiziranje ekonomskih uticaja na ekološki kriminalitet, neophodno je istaći da u stvaranju negativnih posledica po ekološka dobra, u najvećem delu participiraju pravna lica kao privredni subjekti, i to ne u kvantitativnom smislu, jer se ekološki štetna ponašanja pojedinaca, tj. fizičkih lica u većoj meri pojavljuju u pravosudnim statistikama, već u kvalitativnom smislu. Činjenica je da ekološki štetne aktivnosti ili neaktivnosti privrednih subjekata kao pravnih lica, a naročito onih čija se delatnost može podvesti pod tzv. „tešku industriju“, generiše veći intenzitet ugrožavanja, povrede ili uništenja nekog ekološkog dobra u manjoj jedinici vremena. U našoj teoriji, pojedini autori su dodatno produbili ovaj stav, konstatujući da je zakonodavac „...posebnu pažnju posvetio ponašanju odgovornih lica unutar pravnih lica, a pre svega, mada ne i samo, privrednih subjekata.“¹⁷ Zbog toga će najveći segment razmatranja skupa ekonomskih uzroka ekološkog kriminaliteta biti analiziran kroz prizmu poslovanja privrednih pravnih lica. Shodno teoriji istorijskog materijalizma¹⁸, inicijalni momenat nastanka svih pojava oblika kriminaliteta jeste prerastanje „...iz rodovskog i besklasnog u klasno društvo“¹⁹. Upravo je u jednom klasnom društvu, ekonomski faktor, jedan od onih koji predstavljaju kriterijum razvrstavanja klasa ili društvenih grupa. U tom smislu neophodno je napomenuti „tri hijerarhijske lestvice“ stratifikacijskog modela društvene strukture (Maks Veber) čiji jedan deo, pored političke i kulturne, čini i ekonomska²⁰. Uzimajući u obzir klasnu stratifikaciju društva, jasno je da najviša klasa sa sobom nosi i najveće privilegije i društvene mogućnosti, usled čega oni koji su unutar nje, teže da svoj položaj sačuvaju, dok oni izvan nje u najvećem broju slučajeva, gravitiraju ka njoj.

Analizirajući etiologiju ekološkog kriminaliteta u okvirima ekonomskih uslova, potrebno je odrediti osnovni ekonomski motiv i razlog vršenja mnogih, pa tako i ekoloških krivičnih dela. Svakako da je to profit,²¹ koji može biti shvaćen i kao nagrada (pozitivno pojačavanje) koja predstavlja motiv za vršenje ekoloških zločina u skladu sa teorijom društvenog učenja²² (Ronald Ejker). U skladu sa teorijom društvenog pritiska²³ (Robert Merton), vršenje ekoloških zločina usled težnje za ostvarivanjem profita, objašnjava se suprotnošću između dominantnim kulturnim obrascima nametnutih ciljeva i nemogućnosti njihovih ostvarivanja legalnim sredstvima. U uslovima današnje prevlasti kapitalističkog kulturnog i društvenog obrasca u odnosu na ostale, jasno je da se ostvarivanje profita može shvatiti kao nametnuti cilj, koji je lakše ostvariti nepoštovanjem određenih propisa kao što su oni koji obavezuju na ugradnju filtera, prečišćivača i mnogih drugih redukcionih aparata. Ukoliko se osvrnemo na formulaciju naših pozitivnih odredbi koje normiraju ovu materiju, a takva je situacija i u gotovo svim svetskim zakonodavstvima, primetićemo dve vrste dužnosti u vezi sa odnosnom materijom. Prva je preventivnog karaktera i predstavlja izbegavanje o svom

17 Joldžić V., *op. cit.*, str. 119.

18 Ignjatović Đ. (2009), *op. cit.*, str. 62.

19 Joldžić V., *op. cit.*, str. 117.

20 Mitrović M., Bovan S., *Osnovi sociologije prava*, Beograd 2013, str. 107.

21 Joldžić V., *op. cit.*, str. 120.

22 Ignjatović Đ. (2009), *op. cit.*, str. 80–83.

23 *Ibidem*.

trošku, štetnih posledica, ugradnjom filtera i sličnih uređaja i tome slično.²⁴ Druga grupa dužnosti odnosi se na obavezno otklanjanja nanete štete po principu materijalne odgovornosti. Jasno je da je u oba slučaja neophodno odreći se određenih materijalnih sredstava ili izvesnog budućeg prihoda što, naravno, nije u interesu niti jednog *homo economicus*-a. Ugradnja filtera, zaštitnih uređaja, redukcionih aparata, ali i njihovo redovno održavanje kao i popravka, iziskuju određene troškove koji će ostvariti svoj efekat na cenu finalnog proizvoda, a preko nje i na profit. Ukoliko se pomenuti troškovi uračunaju u cenu finalnog proizvoda, to će dovesti do rasta te cene, što dalje implicira manju konkurentnost tog proizvoda na tržištu. Druga mogućnost je da se zadrži konkurentna cena, ali će u svakom slučaju epilog biti isti, a to je manji profit,²⁵ što racionalnom ekonomskom subjektu, svakako, nije interes.

Može se govoriti i o ekonomskom uzroku ekološkog kriminaliteta iz ugla države, a ne samo privrednih subjekata, tj. o načinima na koje država svesno ili nesvesno stimuliše aktuelne i potencijalne učinioce, pre svega, ekoloških krivičnih dela, a potom i delikata. Naime, sankcijama zbog kršenja prethodno pomenutih propisa, daleko su izloženiji, pored fizičkih lica i pravna lica sa privrednom delatnošću, koja ne posluju sa velikim приходima, ne zapošljavaju veliki broj ljudi i čija delatnost nije od vitalnog značaja za funkcionisanje jednog društva. Jednostavno, često i oštro sankcionisanje privrednih giganta, ugrozilo bi njihovo poslovanje, a samim tim i radnu egzistenciju velikog broja zaposlenih u takvim sistemima, što bi vodilo ka većoj stopi nezaposlenosti i otvaranju čitavog niza socijalno-ekonomskih pitanja, koja, *de facto* jesu veliki pritisak na svaku državnu vlast. Takođe, gledano iz ugla državne vlasti, daleko je isplativije progledati kroz prste i tolerisati, ponekad i flagrantno, kršenje relevantnih propisa koji štite kakvo ekološko dobro od strane velikih privrednih sistema koji na ime poreske obaveze u državni budžet uplaćuju velika novčana sredstva, nego striktno primenjivati pravne norme koje bi, eventualno, mogle voditi i ka prestanku takvog pravnog lica. Veoma je značajna i vrsta delatnosti, jer će i u tom slučaju ekološki interes biti potisnut u želji da se stanje u državi učini funkcionalnim²⁶. Može se zaključiti dakle, da veći privredni sistemi u prethodno pomenutom smisli, ali i njihova odgovorna lica, imaju neku vrstu „faktičkog imuniteta“²⁷

Udeo pojedinaca, ali ne u smislu odgovornih lica unutar pravnih lica, već fizičkih lica, takođe treba obuhvatiti prilikom izlaganja o ekonomskom skupu uzroka ekološkog kriminaliteta, jer, iako je u prethodnom delu teksta konstatovano da u stvaranju negativnih posledica po ekološka dobra u većoj meri učestvuju privredni subjekti kao pravna lica, to ne znači da ekološka krivična dela i delikte pojedinaca treba zanemariti. Šta više, uzimajući u obzir zvanične podatke državnih organa²⁸, očigledno je da se u ukupnom broju prijavljenih ekoloških krivičnih dela, najveći broj odnosi na ona čiji je izvršilac u redovnim slučajevima fizičko lice²⁹, što samo ukazuje veći stepen dostupnosti takvih lica pravosudnim organima.

24 Joldžić V., *op. cit.*, str. 121.

25 *Ibidem*, str. 120.

26 Uzmimo za primer mogućnost da prilikom iskopavanja uglja određeni elektro-privredni gigant krši neku krivično-pravnu normu usmerenu na zaštitu kakve ekološke vrednosti. Postoji izvesna mogućnost da bi *stricto iuris* ponašanje državne vlasti ugrozilo poslovanje tog privrednog sistema, a samim tim i distribuciju električne energije koja svakako jeste od vitalne važnosti.

27 Ignjatović Đ., *op. cit.*, str. 111.

28 Čavoški A., Trajković D., *Analiza statističkih podataka o kaznenopravnoj zaštiti životne sredine u Srbiji*, Beograd 2011.

29 Tako je prema podacima prikupljenih u okviru Analize statističkih podataka o kaznenopravnoj zaštiti životne sredine u Srbiji, 2009. i 2010. godinu, najčešće podnošena prijava za krivično delo

Konačno, kao odgovor ekonomski motivisanim učiniocima, u svetu je razrađena praksa uvođenja ekoloških poreza. Ekološki porezi su ekonomski instrument za suzbijanje ekološkog kriminaliteta, primenjiv, pre svega, na pravna lica. Strategija uvođenja ekoloških poreza podrazumeva da oni preuzimaju funkciju cena koje u okviru tržišta regulišu tržišne odnose.³⁰ Ovaj ekonomski instrument zasnovan je na tezi o postojanju negativnih eksternih efekata, koji moraju biti uključeni u tržišnu cenu proizvoda ili aktivnosti koja štetno utiče na ekološku ravnotežu u prirodi,³¹ čime bi oni, svakako bili umanjeni.

2.2. *Kauzalna veza ekološkog kriminaliteta sa industrijsko-tehnološkim razvojem*

Inicijalna euforija koja je obuzela društvo nakon industrijske revolucije, nije ostavljala prostora za skepticizam i sagledavanje negativnih aspekata potpune transformacije proizvodnog sistema. Naravno da je u ono vreme bilo teško zamisliti do kakvih sve štetnih uticaja može doći usled nedostatka razvijene ekološke svesti, koja se, do pojave prvih ekoloških katastrofa, svodila na tradicionalnu svest o očuvanju i poštovanju prirode kao takve, ali bez empirijske osnove, tj. iskustvenog doživljaja kakve ekološke katastrofe. Ekološka svest u modernom smislu i nije mogla postojati, jer se čovek u vreme pre industrijske revolucije i neposredno nakon nje nije susretao sa većim, veštački izazvanim prirodnim katastrofama i ekološkim kriminalitetom uopšte, u smislu u kojem se danas susreće. Jednostavno, nije mogao shvatiti do kakvih sve posledica mogu dovesti dela, danas svrstana pod pojam ekološkog kriminaliteta.

Ukupna industrijska proizvodnja je „u vremenu od 1950.–1975. godine uvećana za približno pet puta“³², a danas je tendencija razvoja iste još dinamičnija. Takva tendencija podrazumeva povećanu potrošnju sirovina i energije, koja nužno vodi ka remećenju prirodnog balansa. Znatno deo materije koja je uneta u proizvodni proces „ne završava kao formirano i trajno korišćeno dobro“³³, već se vraća u ekosferu, negativno utičući na prirodnu ravnotežu. Osnovni motiv industrijskog načina proizvodnje i primene nove tehnologije nesumnjivo je ekonomske prirode, što ukazuje na jaku međusobnu povezanost ekonomskih i industrijsko-tehnoloških uzroka ekološkog kriminaliteta. Otuda pojedini autori naglašavaju da je suprotstavljanje ekološkom kriminalitetu ekonomski, a ne tehnološki problem.³⁴ Korišćenje raznovrsnih veštačkih supstituta prirodnih materijala i resursa, što je karakteristika novog proizvodnog koncepta, daleko je jeftinije i proizvođačima obezbeđuje veći profit. Naime, svaki ekonomski racionalan proizvođač teži niskim troškovima proizvodnje, koji, zapravo dovode do masovnog korišćenja antropogenih materijala umesto prirodnih. Problem je u tome što ti supstituti ne mogu na odgovarajući način biti asimilovani u prirodi i upravo ta nerazgradivost inicira štetne posledice. Sledstveno tome, autor nikako ne podstiče smanjenje tehnološkog progresa i inovativne delatnosti u tom sektoru, već ukazuje na neophodnost uzimanja u obzir i ekoloških kriterijuma i ciljeva u pomenutim procesima. „Zbog toga se novi pristup razvoju mora zasnivati na novoj percepciji nauke i tehnologije i dominantno u

pustošenje šuma (čl. 274 KZ), zatim šumska krađa (čl. 275 KZ), nezakonit lov (čl. 276 KZ), nezakonit ribolov (čl. 277 KZ) i ubijanje i zlostavljanje životinja (čl. 269 KZ)

30 Lončarević – Horvat O., *Pravna prosudba ekoloških poreza*, u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), *Ekologija i pravo*, Niš 2011. str. 629–645.

31 Ilić – Popov G., *Ekološki porezi*, str 28.

32 Joldžić V., *op. cit.*, str. 124.

33 *Ibidem*, str. 124.

34 *Ibidem*, str. 125.

okviru nove ekološke, umesto dosadašnje tehno-ekonomske paradigme³⁵ Potrebno je, prema novom konceptu održivog razvoja, izvršiti optimizaciju odnosa tehnologije, ekonomije, tj. društva uopšte sa prirodom, ali uzimajući u obzir ekološke kriterijume.³⁶

Analizirajući tehnološki progres, koji je u svakom slučaju inherentan industrijskom načinu proizvodnje, na taj način što tekovine savremene tehnologije predstavljaju neku vrstu instrumenta industrijske proizvodnje, dolazi do izražaja njena kontradiktornost. Ta kontradiktornost koja je ujedno i specifikum industrijsko-tehnološkog skupa faktora ekološkog kriminaliteta, ogleda se u tome što savremenu tehnologiju apostrofiranu kao jedan od uzroka ekološkog kriminaliteta možemo posmatrati i kao mogućnost za preventivno delovanje na ekološki štetne posledice ili za njihovo otklanjanje. Dakle, stiče se utisak da se tehnologija u odnosu na ekološki štetne posledice bori sama protiv sebe i da je u situaciji da neprestano razvija načine za neutralizaciju svojih štetnih efekta

2.3. Kulturološki uticaji

Statistički pokazatelji³⁷ koji se odnose na države sa najvećim stepenom zagađenja vazduha³⁸, najvećim udelom industrijske u ukupnoj proizvodnji³⁹ i one sa najvećim BDP⁴⁰ ukazuju na određene nepravilnosti, što objašnjavanje uzroka ekološkog kriminaliteta čini još kompleksnijim. Ukoliko smo definisali ekonomsku i industrijsko-tehnološku osnovu kao dva primarna uzroka ekološkog kriminaliteta, očekivano bi bilo da se zemlje sa najrazvijenijom industrijskom proizvodnjom i najvišim BDP pojavljuju i kao one sa najvećim stepenom zagađenja bilo kog dela svog ekososa. Korišćenjem komparativnog metoda i uzimanjem u obzir statistički prikazanog stanja stvari, jasno je da to nije tako. Razlog takve diskrepancije trebalo bi potražiti u odnosu čoveka prema „skupu svih duhovnih i materijalnih tvorevina ljudskog društvenog rada i delovanja koje predstavljaju vrednost za čoveka“⁴¹, tj. odnosu čoveka prema određenim kulturološkim kategorijama. Dakle, sagledavanje ekoloških delikata u najširem smislu i sa kulturološkog aspekta, upotpunjava eksplikaciju kauzalnosti ekološkog kriminaliteta i društvenih kategorija, nerazmatranih prilikom analize ekonomske determinante i industrijsko-tehnološkog razvoja. Kulturalne kriminološke teorije specifične su po tome što zločin i njegovu kontrolu sagledavaju kao kulturni fenomen⁴², tj. ne postavljaju kao ključno kriminološko pitanje „šta je zločin i koji su njegovi uzroci“⁴³, već predstavu o zločinu stvorenu, pre svega, u masovnim medijima. Dakle, iako pobornici ovakvih ideja svesno odbacuju težnju za otkrivanjem uzroka kriminaliteta, oni svakako, na posredan način, ukazuju na kauzalnost određenih kulturoloških kategorija i kriminaliteta. Radi otklanjanja terminoloških nejasnoća potrebno je istaći da kultura shvaćena u širem smislu, obuhvata i

35 Cifrić I., *Socijalna ekologija – prilozi zasnivanju discipline*, Zagreb 1989.

36 Pokrajac S., *Tehnologija i koncepcija održivog razvoja*, *Ekonomski anali*, Beograd 1999, str. 9.

37 U prvih pet zemalja sa najzagađenijim vazduhom nalaze se redom od najvećeg ka manjem stepenu zagađenja Pakistan, Katar, Avganistan, Bangladeš i Iran. Kina predvodi države sa najrazvijenijom industrijskom proizvodnjom, a slede je SAD, Japan, Nemačka i Rusija Najveći BDP per capita ima Katar, a slede Luksemburg, UAE i Singapur.

38 <http://www.news.com.au/travel/world-travel/countries-with-the-worst-air-pollution-ranked-by-world-health-organisation/story-e6frfqai-1227040198863>, (16.11.2014)

39 <http://en.wikipedia.org/wiki/Industry> (16.11.2014)

40 <http://www.vesti-online.com/Stampano-izdanje/08-01-2012/Top-lista/192789/Najbogatije-drzave-na-svetu/print>, (16.11.2014)

41 Mitrovic M., Bovan S., *op. cit.*, str. 167.

42 Ignjatović Đ. (2009), *op. cit.*

43 *Ibidem*.

ekonomiju kao i industriju i tehnologiju, kojima je u radu ipak dat samostalan značaj usled opšte naučne saglasnosti o njihovom dominantnom uticaju na ekološki kriminalitet u odnosu na neke druge kulturološko-društvene kategorije.

Odnos ljudi prema ekološkom kriminalitetu i strategijama njegovog suzbijanja, može se pratiti kroz više faza, a sve one se odnose na transformaciju shvatanja ekološkog kriminaliteta od lokalnog ka globalnom fenomenu.

Činjenica da se na listi država sa najvećim stepenom zagađenosti vazduha nalaze države koje su se razvijale uz državnu vlast koja je uslovljavala ekonomske, privredne i sve ostale društvene odnose koji predstavljaju antipod onih koji su iznedrili kapitalizam i industrijsku revoluciju, ukazuje na prvobitnu strategiju industrijski i ekonomski razvijenih zemalja da sve one proizvodne procese koji štetno utiču na okolinu obavljaju daleko od svojih teritorija. To su činile tzv. „transferom tehnologije“. On se može shvatiti i kao jedan oblik opšte društvene globalizacije, koja je na snazi već nekoliko decenija. „Najčešće se radi o izvozu tehnologija industrijski razvijenih zemalja severne hemisfere u zemlje nerazvijenog juga, po pravilu bivše kolonije“⁴⁴, odnosno „Nove i čiste tehnologije uvode se u razvijenim zemljama, ali se stare „prljave“ privredne grane (rudarstvo, energetika, brodogradnja, metalurgija, teška, hemijska, tekstilna i druga industrije) sele u nerazvijene delove sveta“⁴⁵. Može se zaključiti da je ovakav pristup bio prvi stadijum u rešavanju ekoloških problema, karakterističan po tome što je delovao na lokalnom nivou i što su ga, razume se, primenjivale ekonomski i industrijski razvijene države. Ovakav pristup vezan je za razvoj ekološke svesti u društvu, jer je i ona morala proći razvojni put od lokalnog ka globalnom. „Činjenica je da danas u svetu postoje brojne i veoma značajne regionalne razlike u stepenu ugroženosti životne sredine, ali bez obzira na to planovi, programi i akcije njene zaštite i unapređenja predstavljaju globalni problem, tj. problem cele planete i savremenog čovečanstva.“⁴⁶ U periodu nakon Drugog svetskog rata u mnogim nerazvijenim zemljama koje danas imaju visok nivo zagađenosti životne sredine otvarani su razni proizvodni kompleksi od strane razvijenih država ili njihovih preduzeća čija se delatnost, gotovo bez izuzetka, može svrstati pod tzv. prljavu ili tešku industriju, bez poštovanja bilo kakvih ekoloških standarda. Naravno da je motiv ovakvog poslovanja ekonomske prirode, a to je prodor na tržište tih nerazvijenih država i ostvarivanje bolje pozicije u međudržavnoj trgovini, ali činjenica da su nove i čiste tehnologije uvođene ili zadržavane u ekonomski i industrijski dominantnim zemljama, nesumnjivo ukazuje na ekološki *ratio*. Ideja koja se zasnivala na izmeštanju zagađujućih proizvodnih delatnosti daleko od svoje teritorije, ne odričući se profita koji one donose, ubrzo se pokazala kao neodrživa. Razvoj, pre svega prirodnih nauka, samim tim i ekološke svesti u društvu, definiše globalni karakter ekološkog kriminaliteta, što je uslovljalo etabliranje nove strategije u rešavanju ekološkog pitanja. Ona je oličena u formulisanju zajedničke ekološke politike izražene u nizu konvencija i konferencija koje su se počele održavati početkom 70-ih godina 20. veka. U našoj literaturi se naročito ističe uticaj održavanja velikih svetskih konferencija na podizanje svesti javnosti o ekološkim pitanjima. Analizom sadržaja međunarodnih ekoloških konvencija se u velikoj meri otkriva šta se smatralo najvećom pretnjom po ekološka dobra, koje su to ekološke vrednosti bile najugroženije, ali i predložene načine za suzbijanje ekološkog kriminaliteta. Period početka 8. decenije 19. veka od nemerljive je važnosti za odnos društva prema ekološkim problemima, jer su u tom periodu osnovane i prve međunarodne organizacije ekoloških aktivista, što, takođe svedoči o porastu tzv. ekološke svesti. Ona obuhvata saznanje o tome da se prirodni resursi na različite načine oštećuju i iscrpljuju, da će ubuduće biti teško živeti na zdrav i bezbedan način, te da se modernizaciji života mora

44 Kosanović S., *Ekološki kriminalitet*, Pravni fakultet univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2009.

45 Lilić S., u saradnji sa Drenovak M., *op. cit.*

46 Bataveljić D., *Obnovljivi izvori energije – alternativa koja budi nadu – u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), Ekologija i pravo*, Niš 2011. str. 53–71.

pristupiti na način koji garantuje uslove za održanje egzistencije.⁴⁷ Ipak, negde je i dalje приметna prevlast ekonomskog u odnosu na ekološko razmišljanje o čemu svedoče brojni slučajevi neslaganja prilikom definisanja međunarodnih osnovnih principa ekološkopravne zaštite i strategije suzbijanja ekološkog kriminaliteta. To neslaganje izraženo u „sukobu interesa razvijenih zemalja, s jedne strane, i zemalja u razvoju, s druge strane“⁴⁸ odnosilo se na odbijanje razvijenih država, da potpišu protokole⁴⁹ koji bi uticali na smanjenje njihovog profita, koje bi *de facto* nastupilo usled mnogobrojnih predviđenih ograničenja proizvodnih procesa, koji su označeni kao veoma štetni. Uprkos tome, stavljanje ekološkog pitanja pod okrilje UN i instituta Međunarodnog prava, utiče na progres ekološke svesti u društvu.

Imajući u vidu da su mnogi autori period i društvo u kome živimo nazvali informatičkim, potrebno je ukazati na važnost i uticaj svih medija kao posrednika u prenošenju informacija, a vrlo često i izvora informacija u informacionom procesu. U mnogim ranijim kriminološkim tekstovima o povezanosti kriminaliteta i medija isticano je da su mediji jedno od najmoćnijih sredstava kreiranja stava i svesti društva o bilo kom pitanju, pa tako i ekološke svesti. Od ažurnosti, stručnosti, tačnosti itd. medijskih izveštaja o nekom ekološkom problemu, u mnogome će zavisti buđenje svesti društva o predmetu izveštavanja, što, svakako, jeste prvi korak u rešavanju kakvog ekološkog problema, bilo preventivno, bilo otklanjajući već nastale negativne posledice. Naravno da u velikom broju slučajeva vlasnici najkorišćenijih medijskih sredstava odbijaju da izveštavaju o ekološkom kriminalitetu, dajući prednost senzacionalnijim kriminalnim radnjama kao i komercijalnijim temama, uopšte. U vezi s tim, jasno je da odsustvo ekoloških tema, samim tim i tema vezanih za ekološki kriminalitet u medijskom prostoru otupljuje oštricu neformalne socijalne kontrole i sankcionisanja te vrste kriminaliteta, jer se stiče utisak opšte društvene nezainteresovanosti. Mediji u većini slučajeva utiču na davanje efemerne dimenzije ekološkim problemima, na taj način što neposredno, nakon neke velike ekološke katastrofe, njoj daju enorman medijski prostor i pažnju, koji traju samo u momentima neposredno nakon takvih katastrofa. Takav medijski pristup utiče na širenje panike i neracionalno sagledavanje problema. Čini se da bi manji, ali konstantniji medijski prostor i pažnja doprineli podizanju opšte ekološke svesti u cilju prevencije ekološkog kriminaliteta. Takođe, primećeno je da mediji daleko jači uticaj, kada je reč o programu ekološkog sadržaja, ostvaruju na lokalnom, nego na globalnom nivou. Naime, „lokalne radio i TV stanice u odnosu na nacionalne, imaju prednost prisnijeg i kvalitetnijeg odnosa sa svojim konzumentima“.⁵⁰ S obzirom na to, neophodno je podići nivo zastupljenosti ekološkog programa, pre svega u lokalnim medijskim sredstvima, jer ljude, svakako više zanima ono što se događa u njihovoj neposrednoj blizini.

Značaj obrazovanja, takođe, može biti od uticaja prilikom razmatranja ekološkog kriminaliteta. Podaci javnih tužilaštava Republike Srbije⁵¹ za 2009. i 2010. godinu pokazuju da su učinioci ekoloških krivičnih dela mahom lica sa osnovnom stručnom spremom, manji broj lica ima srednju stručnu spremu, dok lica sa visokom stručnom spremom kao izvršiocima ekoloških krivičnih dela, nema u evidenciji. To otvara mogućnost da se stepen obrazovanja može dovesti u vezu sa stepenom ekološke svesti.⁵² Ipak, potrebno je primetiti da je takav stav relativnog karaktera, te da se odnosi samo na fizička lica kao učinioce ekoloških

47 Koncept održivog razvoja.

48 Kosanović S., *op. cit.*

49 Primer odbijanja SAD i osmogodišnjeg oklevanja Rusije da potpišu protokol iz Kjota (1997)

50 Đorđević V., Pitanja ekološke svesti – mediji u formiranju urbane javnosti, u: Mimica Z., I Grad Z. (ur.), *Rani radovi polaznika alternativne akademske obrazovne mreže 2001 – 2003*, Beograd 2004, str. 373–395.

51 Čavoški A., Trajković D., *op. cit.*

52 *Ibidem.*

krivičnih dela. Odgovorna lica unutar pravnih lica su uglavnom lica sa visokom stručnom spremom, te u odnosu na njih, malopredajna konstatacija nije adekvatna. Oslanjajući se na isti izvor podataka, očigledno je da su učinioci ekoloških krivičnih dela mahom muškarci, što daje povoda za tumačenje pola kao uzroka ekološkog kriminaliteta. Naravno da se takvo stanje stvari može objasniti pozivanjem na uspostavljene kulturološko-društvene obrasce, odnosno da objašnjenje dominantne prisutnosti muškaraca kao učinilaca ekoloških krivičnih dela leži u društvenim činjenicama, što objašnjavaju kriminološke teorije o muškosti. Pitanja uticaja pola na ekološki kriminalitet razmatrana su i u našoj literaturi.⁵³

2.4. Odnos subjekata ekološkog kriminaliteta prema svom delu

Analiziranje načina na koji učinioci ekoloških krivičnih dela reaguju na svoju ekološki štetnu delatnost od velike je praktične važnosti pri procesima neformalne i formalne socijalne kontrole. Čini se da se razmatranje ponašanja subjekata ekološkog kriminaliteta, neminovno, mora odvijati u skladu sa dve već postojeće kriminološke teorijske koncepcije. Radi se o teoriji o šizofreniji zločina⁵⁴ (Rodžer Burk) i tehnikama neutralizacije⁵⁵ (G. Sajks i D. Maca). Ponašanja subjekata ekološkog kriminaliteta, dakle učinioaca ekoloških krivičnih dela, a potpuno je ista situacija i sa ekološkim deliktima, može se objasniti teorijom o šizofreniji zločina. Naime, teško da postoji pojedinac koji se neće složiti sa konstatacijom da je zaštita životne sredine od vitalnog značaja za čovečanstvo ili pojedinac koji bilo kakvo ugrožavanje i povređivanje iste smatra pozitivnim. Jednostavno, radi se o tome da pojedinac ima dvostruke vrednosne kriterijume u smislu da svaki ekološki štetan akt bilo kog drugog pojedinca treba oštro osuditi, čak i strategijom nulte tolerancije, dok se sopstveni isti ili slični akti ne tretiraju na takav način. Konkretno, pojedinac se zalaže za suzbijanje, u ovom slučaju ekološkog kriminaliteta, dok sam vrši isti. Dobar primer za ovu konstataciju svakako jesu dešavanja u vezi sa potpisivanjem protokola iz japanskog grada Kjoto, gde su SAD deklarativno podržale mere protiv suzbijanja emisije štetnih gasova, odbivši pri tom da taj protokol i same potpišu i tako sebe formalno obavežu na poštovanje pomenutog protokola.

Tehnike neutralizacije se po pravilu primenjuju *post factum*, a njihovo centralno pitanje, „zašto ljudi krše norme u čiju osnovanost veruju?“⁵⁶, u skladu je sa pomenutom kontradiktornošću kada se radi o situaciji postojanja određene svesti o značaju životne sredine, a sa druge strane njenim ugrožavanjem i povređivanjem. Ipak, u okviru tih tehnika izdvajaju se tri koje su, čini se najprimenljivije na polju ekološkog kriminaliteta. U tom smislu, brojna su poricanja odgovornosti, što je vrlo podesno za subjekte ekološkog kriminaliteta, usled komplikovanog procesa dokazivanja iste. Slično je i sa poricanjem nanesenih povreda, jer su posledice ekološkog kriminaliteta uglavnom neposredno i momentalno teško vidljive. Shodno tome, može se istaći da su ekološka krivična dela, temporalna krivična dela. Imajući u vidu da su brojni radovi o ekološkom kriminalitetu, ekološka krivična dela označili kao krivična dela bez žrtve⁵⁷, što je u razmatranju kulturološkog skupa uzroka ekološkog kriminaliteta već istaknuto, jasno je zašto je poricanje postojanja žrtve, veoma primenjiva neutralizaciona tehnika.

53 Konstantinović – Vilić S., Žunić N., op. cit.

54 Ignjatović Đ., op. cit., str 88.

55 Ignjatović Đ. (2009), op. cit.

56 *Ibidem*.

57 Batrićević A., Ekološka krivična dela – zločini bez žrtve? *Temida*, Beograd 2013.

3. ZAKLJUČAK

Razmotrivši ekološki kriminalitet sa društvenog aspekta, može se zaključiti da je na njegovom uzdizanju u rang najopasnijih društvenih problema u poslednja dva veka urađeno mnogo. U budućnosti treba nastojati da se ekološki kriminalitet rešava preventivno, uspostavljanjem odgovarajućih profilaktičkih mera. Današnje generacije su u odnosu na one sa početka industrijskog razvoja u prednosti, oslanjajući se na decenijama uspostavljane načine za suzbijanje ekološkog kriminaliteta, empirijska saznanja o tome šta znači, kako zapravo izgleda i koje su posledice velikih ekoloških havarija poput one u Bopalu (1984.), koja se smatra jednom od najvećih industrijskih havarija ili one u Černobilju (1986.). To što kod ekoloških zločina nije jednostavno definisati konkretnu žrtvu ili više njih, ne znači da oni nemaju svoju žrtvu. Ekološki zločini utoliko su podmukliji, što se njihovi efekti, po pravilu ostvaruju ne samo na sadašnjim, već i na budućim generacijama, a činjenica da je ekološki zločin učinjen na bilo kom mestu, potencijalna pretnja za celu planetu, iziskuje da se njegovom suzbijanju pristupi kolektivno i sa najvećim stepenom društvene odgovornosti. Ekološki kriminalitet primer je kako jedna društveno negativna pojava može ujediniti ceo svet, jer njegova dejstva ne poznaju administrativne granice.

LITERATURA

- Batričević A., Ekološka krivična dela – zločini bez žrtve ? *Temida*, Beograd 2013.
- Batavljčić D., Obnovljivi izvori energije – alternativa koja budi nadu – u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), *Ekologija i pravo*, Niš 2011.
- Cifrić I., *Socijalna ekologija – prilozi zasnivanju discipline*, Zagreb 1989.
- Ilić – Popov G. Ekološki porezi
- Ignjatović Dj., *Kriminologija*, Beograd 2011.
- Ignjatović Đ., *Teorije u kriminologiji*, Beograd 2009.
- Joldžić V., *Ekološki kriminalitet*, doktorska disertacija, Beograd.
- Jovašević D., Ekološki kriminalitet u Srbiji, u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), *Ekologija i pravo*, Niš 2011.
- Konstantinović – Vilić S., Žunić N., Ekofeminizam – razumevanje odnosa feminizma i ekologije, u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), *Ekologija i pravo*, Niš 2011.
- Kosanović S., *Ekološki kriminalitet*, Pravni fakultet univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2009.
- Lončarević – Horvat O., Pravna prosudba ekoloških poreza, u: Dimitrijević P., i Stojanović N., (ur.), *Ekologija i pravo*, Niš 2011.
- Lilić. S., u saradnji sa Drenovak M., *Ekološko pravo*, Beograd 2010.
- Mitrović M., Bovan S., *Osnovi sociologije prava*, Beograd 2013.
- Pokrajac S., Tehnologija i koncepcija održivog razvoja, *Ekonomski anali*, Beograd 1999.
- Đorđević V., Pitanja ekološke svesti – mediji u formiranju urbane javnosti, u: Mimica Z. I Grac Z. (ur.), *Rani radovi polaznika alternativne akademske obrazovne mreže 2001 – 2003*, Beograd 2004.
- Čavoški A., Trajković D., *Analiza statističkih podataka o kaznenopravnoj zaštiti životne sredine u Srbiji*, Beograd 2011.
- Krivični zakonik („Sl. Glasnik RS“, br. 85/2005).
- <http://www.news.com.au/travel/world-travel/countries-with-the-worst-air-pollution-ranked-by-world-health-organisation/story-e6frfqai-1227040198863>, Pristup (16.11.2014.)
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Industry>, Pristup (16.11.2014.)
- <http://www.vesti-online.com/Stampano-izdanje/08-01-2012/Top-lista/192789/Najbogatije-drzave-na-svetu/print>, Pristup (16.11.2014.)

Aleksandar Stevanović

Law Faculty, University of Belgrade

ENVIRONMENTAL CRIME

SUMMARY

The aim of the article is to review some basic issues of the environmental crime. It was done by using multidisciplinary and interdisciplinary methods. The analysis is focused on the social aspect of the phenomenon, especially taking into account the economic, industrial and cultural interaction and causality. The article shows that all of these social categories have equal influence on the occurrence of the studied phenomenon and that mentioned social categories deserve identical treatment in science.

Also, in this paper, the author discusses a number of important issues related to the normative side of environmental crime, analyzing the norms of criminal legislation and ratified international documents. According to this, it was demonstrated that in terms of creating legal preconditions for solving this issue has already done a lot, especially from the second half of the twentieth century.

However, the author has pointed to cases of non-compliance with certain documents, even by the large countries of the world, which means that there is still need for further development of the system of compliance of the normative framework. Critical analysis of environmental crime was supported by corresponding criminological theories and relevant statistics in order to validate the hypothesis of interaction of the social influences on the environmental crime and their equal importance. The author specifically emphasizes the importance of environmental awareness, since the paper has shown that its lack opens up opportunities for the expression of all other social causes and represents a kind of general preconditions. It is examined the circle of potential reactions of the active subjects of the environmental crime according to applicable criminological theories. For the summing up, the paper determines environmental crime as a global problem, what is shown in the article by using several examples.

Key words: ecology, crime, causes, preconditions, social categories, criminology.

CONTENTS

FOREWORD	VII
<i>Zoran Stojanović</i> SYSTEM OF PENALTIES IN CRIMINAL LAW OF SERBIA AND THE NEED OF ITS FURTHER IMPROVEMENT	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> STATE CRIME	25
<i>Milan Škulić</i> THE GENERAL NOTION OF A CRIMINAL OFFENSE IN THE UNITED STATES – THE SIMILARITIES AND DIFFERENCES IN RELATION TO THE SERBIAN CRIMINAL LAW	47
<i>Goran P. Ilić</i> ABOUT ILLEGAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS	75
<i>Nataša Delić</i> CRIMINALISATION <i>VERSUS</i> DECRIMINALISATION – THE STATUS AND PERSPECTIVES OF THE SPECIAL PART OF THE SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION.....	88
<i>Milovan M. Mitrović</i> CRIME AND PUNISHMENT ABOVE SERBIA – CONTRIBUTION TO THE DIALECTICS OF CRIMINAL ACTIVITIES IN SERBIA	105
<i>Boris Begović</i> THE POSTULATE ON RATIONAL OFFENDER: THE CORNER STONE OF ECONOMIC ANALYSIS OF CRIME	121
<i>Djordje Djordjević</i> CODE OF MISDEMEANOR AND CRIMINAL CODE – COMPLIANCE PROBLEMS.....	143
<i>Igor Vuković</i> ON JUSTIFIABILITY OF SO-CALLED CRIMINAL OFFENCES COMMITTED “WITH OWN HAND”	155

<i>Marija Karanikić Mirić</i> INHERITABILITY OF CLAIMS FOR COMPENSATION OF NON-PECUNIARY DAMAGE	172
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> EXPERIMENTAL STUDIES OF THE EFFECTIVENESS OF CRIME CONTROL INTERVENTIONS: SIGNIFICANCE AND LIMITATIONS	192
<i>Ljubinka Kovačević</i> THE PROBLEM OF DEFINING THE CONCEPT OF ABUSE OF SICK LEAVE ENTITLEMENT	212
<i>Vanja Bajović</i> CRIMINAL LAW AND INTERNET -(UN)POSSIBILITIES OF TRADITIONAL LEGAL TOOLS TO FIGHT CYBERCRIME	236
<i>Ivan Đokić</i> ON THEORY OF OBJECTIVE ASCRIPTION IN CRIMINAL LAW	255
<i>Natalija Lukić</i> LEGITIMACY OF FORMAL SOCIAL CONTROL AGENCIES.....	272
<i>Ivana Marković</i> EINIGE GRUNDLEGENDE FRAGEN ZUR OBJEKTIVEN SEITE DER RECHTSWIDRIGKEIT	285
<i>Aleksandar Stevanović</i> ENVIRONMENTAL CRIME.....	301

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

V deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

31

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 Sima Avramović

Dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dizajn korica

Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema

Natalija Lukić

Ivana Marković

Grafičko uređenje

Jovan Đorđević

Tiraž

100

ISBN 978-86-7630-568-1

Štampa

Dosije studio, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

43.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija.

Deo 5 / urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet
Univerziteta, 2015 (Beograd : Dosije studio). – VIII, 314 str. ; 24
cm. – (Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 31)

"...rezultat rada na projektu br. 179051 'Kaznena reakcija u Srbiji
kao ključni element pravne države'..." --> kolofon. – Tiraž 100. –
Str. VII–VIII: Predgovor / urednik. – Napomene i bibliografske
reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu radova. – Abstracts;
rezimeī.

ISBN 978-86-7630-568-1

1. Игњатовић, Ђорђе [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство – Србија – Зборници

б) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 216618764

U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (5 izdanja)
2. KORUPCIJA – OSNOVNI POJMOVI I MEHANIZMI ZA BORBU (Ilić G. ed.)
3. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – I (Ignjatović Đ. ed.)
4. Pradel Ž.: ISTORIJAT KRIVIČNIH DOKTRINA (prevod. Perić O.)
5. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – II (Ignjatović Đ. ed.)
6. Ignjatović Đ.: METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA KRIMINALITETA sa metodikom izrade naučnog rada (2 izdanja)
7. Delić N.: NOVA REŠENJA OPŠTIH INSTITUTA U KZS
8. Klark R.: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
10. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – III (Ignjatović Đ. ed.)
11. Pradel Ž.: KOMPARATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIJE U KRIMINOLOGIJI
13. Bajović V.: SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE – Usporedno-pravni prikaz
14. Sabo D.: OD ANTROPOLOGIJE DO KOMPARATIVNE KRIMINOLOGIJE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z, Kolarić D: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
16. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – IV (Ignjatović Đ. ed.)
17. Hulsman L., Bernat de Celis J.: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA
19. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI (Ignjatović Đ. ed.)
20. Felson M.: ZLOČIN I SVAKODNEVNI ŽIVOT (prevod: Lukić N.)
21. Wolfgang M., Ferakuti F.: POTKULTURA NASILJA (prevod: Ljubičić D.)
22. Zolo D.: KO KAŽE HUMANOST... Rat, pravo i globalni poredak (prevod: Katanić Z.)
23. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI II (Ignjatović Đ. ed.)
24. Ignjatović Đ.: KOMPARACIJA KRIMINALITETA I KAZNENE REAKCIJE: SRBIJA – EVROPA
25. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI III (Ignjatović Đ. ed.)
26. Delić N.: NOVA REŠENJA U POSEBNOM DELU KZ SRBIJE
27. Lukić N.: SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA
28. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI IV (Ignjatović Đ. ed.)
29. Stojanović, Z., Kolarić, D.: KRIVIČNOPRAVNO SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA, TERORIZMA I KORUPCIJE
30. Begović, B.: EKONOMSKA ANALIZA GENERALNE PREVENCIJE
31. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI V (Ignjatović Đ. ed.)

ISBN 978-86-7630-568-1

