

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

III DEO

priredio
Đorđe Ignjatović



Biblioteka

CRIMEN

25

*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, 2013.

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

www.ius.bg.ac.rs

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

III deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2013.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
<i>Zoran Stojanović</i> PROPISIVANJE I PRIMENA KRIVIČNOG DELA UGROŽAVANJA SIGURNOSTI U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> IZVRŠENJE VANZAVODSKIH KRIVIČNIH SANKCIJA I MERA: MEĐUNARODNI IZVORI	17
<i>Milan Škulić</i> OSNOVI MALOLETNIČKOG PREKRŠAJNOG PRAVA	41
<i>Milovan M. Mitrović</i> DRUŠTVENA JAVNOST, JAVNO MNJENJE I ORGANIZOVANI KRIMINALITET U SRBIJI	65
<i>Boris Begović</i> ZATVORSKA POPULACIJA I KRIMINAL: POSTOJI LI UZROČNO-POSLEDIČNA VEZA?	82
<i>Dorđe Đorđević</i> KAZNENOPRAVNI ASPEKT ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE	99
<i>Nataša Delić</i> KRIVIČNA DELA FALSIFIKOVANJA U KZS	113
<i>Goran P. Ilić</i> <i>Milan Marković</i> CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW – OVERVIEW OF THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA	153
<i>Igor Vuković</i> PRISTANAK POVREĐENOG KAO OSNOV ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI	168

Marija Karanikić Mirić

GRAĐANSKOPRAVNA ODGOVORNOST

ZBOG USKRAĆIVANJA POMOĆI 187

Biljana Simeunović-Patić

TEORIJA NEUTRALIZACIJE: AKTUELNI NAUČNI STATUS,

PRIMENA I ZNAČAJ 210

Ljubinka Kovačević

ZABRANA PRINUDNOG RADA U MEĐUNARODNOM PRAVU,

SA POSEBNIM OSVRTOM NA GRANICE

OBAVEZNOG RADA ZATVORENIKÂ 220

Vanja Bajović

TERET DOKAZIVANJA U KRIVIČNOM POSTUPKU 246

Ivan Đokić

KRIVIČNA DELA KVALIFIKOVANA TEŽOM POSLEDICOM 265

Natalija Lukić

ETIOLOGIJA SEKSUALNOG KRIMINALITETA I RECIDIVIZMA

NJEGOVIH UČINILACA 280

Ivana Marković

KÖRPERVERLETZUNGEN IM SPORT

– EINE STRAFRECHTLICHE GRATWANDERUNG 295

PREDGOVOR

Treća tematska monografija pod naslovom *Kaznena reakcija u Srbiji* počinje radom prof. dr Zorana Stojanovića u kome se tretira jedno za praksu značajno, a u krivičnoj literaturi zanemareno krivično delo: ugrožavanje sigurnosti. Pored predloga da se izmeni zakonski opis ovog dela, autor kritikuje propisivanje njegovog novog, najtežeg oblika kojim se izmenama Krivičnog zakonika (KZ) iz 2009. u naš pravni sistem vraćaju elementi verbalnog političkog krivičnog dela, uz institucionalizovanje različite zaštite „običnih“ građana u odnosu na nosioce najviših državnih funkcija i delatnike u oblasti informisanja. Rad dr Đorđa Ignjatovića bavi se rešenjima koja se u međunarodnim izvorima Ujedinjenih nacija (*Tokijska pravila*) i evropskih institucija (*Probaciona pravila Saveta Evrope*) preporučuju državama za normativno uređenje izvršenja vanzavodskih krivičnih sankcija. Podsećanje na osnovne smernice navedenih dokumenata ima poseban značaj u ovom trenutku kada se u Srbiji radi na donošenju posebnog Zakona o probaciji. Iako svoj rad ne smatra pionirskim, prof. dr Milan Škulić u svom prilogu po prvi put u našoj literaturi sistematski izlaže osnove maloletničkog prekršajnog prava kao skupa normi krivičnog materijalnog, procesnog i izvršnog prava koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima prekršaja. Autor smatra da su daleko problematičnija rešenja sadržana u materijalno pravnim nego u procesno pravnim pravilima koja regulišu ovu materiju.

Prof. dr Milovan Mitrović proučava značaj javnosti za funkcionisanje društvenih institucija, aktuelne crte javnog mnjenja u Srbiji i njegov odnos sa organizovanim kriminalitetom. Najzad, autor piše i o „tabloidizaciji medija“ kod nas i ukazuje da je njena posledica fenomen koji označava kao „proizvodnja afera“, a govori i o mehanizmima olakog usvajanja zakonskih rešenja koja su neprimenjiva u našim uslovima. U nastojanju da objasni karakter veza između populacije lica smeštenih kaznene ustanove i stope kriminaliteta u nekoj sredini, prof. dr Boris Begović posle konsultovanja obimne, uglavnom strane, literature i metodoloških pitanja kod ovakvih istraživanja još jednom uverava čitaoce u brojne teškoće koje su prepreka kausalnom objašnjenju etiologije kriminalnog ponašanja. Aktuelnost ovog rada naglašena je činjenicom da Srbija spada u nekoliko država sa najvišom stopom osuđenih lica u Evropi. Prof. dr Đorđe Đorđević svoj prilog je posvetio krivičnom i prekršajnom progonu diskriminatorskog odnosa prema pojedincima, pre svega na osnovu njihovog nacionalnog opredeljenja. Autor se posebno kritički odnosi prema kazuističkom određivanju bitnih elemenata ovakvih krivičnih dela i prekršaja u našem zakonodavstvu koje za posledicu ima često i nepotrebno ponavljanje istih izraza.

U tekstu koji po svom obimu višestruko prevazilazi uobičajene standarde koji se podrazumevaju za radove ovakve vrste, prof. dr Nataša Delić razmatra sva dela u

kojima se pojavljuje neki oblik falsifikovanja i to u tri glave KZ: kod krivičnih dela protiv izbornih prava, protiv privrede i protiv pravnog saobraćaja. Zbog broja dela koja su bila predmet razmatranja i njihove raznovrsnosti (jedino zajedničko im je da sadrže neki oblik krivotvorenja), rad i nema pravi zaključak, jer se „Završne napomene“ svode na izlaganje o sticaju tih dela sa nekim drugim inkriminacijama u KZ. Koautorski rad prof. dr Gorana P. Ilića bavi se konstitucionalizacijom krivičnog prava. U tekstu napisanom na engleskom jeziku, autori iznose tvrdnju da su kroz praksu Ustavnog suda Srbije postavljeni odgovarajući standardi koji u krivičnoj oblasti obavezuju nosioce sve tri grane vlasti u Republici.

Docent dr Igor Vuković bavi se pristankom povređenog kao osnovom za isključenje protivpravnosti krivičnog dela i na osnovu proučavanja nemačke i naše krivične literature ukazuje na različite pravne situacije koje ne mogu biti rešene na pravno identičan način. Građansko pravna odgovornost zbog uskraćivanja pomoći u fokusu je interesovanja priloga dr Marije Karanikić Mirić, koja skreće pažnju na ustavni osnov i način na koji se u dve fundamentalne grane prava – građanskom i krivičnom – uspostavlja odgovornost onoga ko ne pruži neophodnu pomoć licu čiji su život i zdravlje očigledno ugroženi. Učenje o tehnikama neutralizacije, kojim su američki kriminolozi obogatili teorijski korpus svoje nauke, podstaklo je dr Biljanu Simeunović Patić da se pozabavi njegovom primenljivošću u objašnjenju pojedinih oblika kriminalnog ponašanja i viktimizacije. Upravo zbog toga što do sada nije bilo više istraživanja koja bi mogla biti osnov za empirijsku verifikaciju ključnih stavova ove u teorije, a i zbog naziva Projekta (*Kaznena reakcija u Srbiji*), šteta je što u tekstu nema osvrta na mogućnosti da se kod nas testiraju neke od ključnih tvrdnji autora teorije (Sykes i Matza): na primer mogući doprinos medija opravdanju prestupničkog ponašanja kroz „kompromitovanje onih koji osuđuju“ ili opravdanje koje se traži u tvrdnji „o višoj lojalnosti“ u slučaju pravdanja „naših“ (navijača, npr.) za nedela koja su izvršili. Docent Kovačević Ljubinka u svom prilogu piše o dopuštenosti obaveznog rada osuđenika i to u kontekstu standarda UN i Saveta Evrope i jurisprudencije više evropskih institucija. Važnost ovog pitanja posebno je istaknuta zbog činjenice da je naš Zakon o izvršenju krivičnih sankcija iz 2006. prvi put ukinuo obavezu osuđenika da rade (to je sada isključivo njihovo pravo) sa ozbiljnim posledicama na penitencijarni sistem (ukidanje do tada vrlo uspešnih privrednih pogona, povećanje izdvajanja za kaznene ustanove iz budžeta Republike). Međutim, osuđenici su i dalje u obavezi da određen broj sati dnevno posvete održavanju čistoće prostorija u kojima borave i drugim tekućim poslovima u zavodu.

Asistent mr Vanja Bajović nastoji da u svom radu nađe odgovor na niz pitanja koja se postavljaju u vezi sa teretom dokazivanja u krivičnom postupku, naročito u svetlu rešenja koja su usvojena u ZKP iz 2011. Mr Ivan Đokić piše o krivičnim delima kvalifikovanim težom posledicom, asistent Natalija Lukić o etiologiji seksualnih delikata i faktorima koji dovode do recidivizma njihovih učinilaca, a asistent Ivana Marković se u radu na nemačkom jeziku koncentrisala na krivične aspekte povreda nastalih na sportskim nadmetanjima.

Kao i prethodne kolektivne monografije iz ove serije, i ovu krase bogatstvo tematike i višedisciplinarni karakter problema kojima se bave istraživači na Projektu broj 179051 koji već treću godinu finansira Ministarstva nauke Republike Srbije. Skoro svi radovi u Zborniku sadrže brojne predloge kojima se nastoji unaprediti naš kazneni sistem – i to ne samo zakonodavstvo, nego i praksu subjekata zaduženih za kontrolu kriminaliteta. Čak i prilozi koji imaju prevashodno teorijski karakter mogu, kroz doprinos razumevanju procesa kriminalizacije i viktimizacije, dati podsticaj za traženje novih, celishodnijih i humanijih formi kontrole društveno nepoželjnih ponašanja.

u Beogradu,
septembra 2013.

UREDNIK

PROPISIVANJE I PRIMENA KRIVIČNOG DELA UGROŽAVANJA SIGURNOSTI U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE

Apstrakt: U radu se razmatraju i analiziraju bitna obeležja krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti iz člana 138. Krivičnog zakonika Srbije. Posebna pažnja se posvećuje pretnji kao radnji izvršenja ovog krivičnog dela. Osim rešavanja nekih složenih problema sa kojima se sudska praksa susreće, cilj rada je bio i da ukaže na adekvatnije zakonsko propisivanje ovog krivičnog dela. Tako, predlaže se da zakonski opis ovog krivičnog dela više ne sadrži posledicu, tj. da posledica bude apstraktna opasnost. Zahtevanje da je došlo do osećaja ugrožene sigurnosti kod pasivnog subjekta nepotrebno je i neopravdano, a vodi i dodatnim problemima u primeni ove inkriminacije. Svaka pretnja da će se napasti na život i telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica ukoliko je shvaćena ozbiljno, bila bi dovoljna za postojanje krivičnog dela. Osim toga, autor smatra da je propisivanje novog, najtežeg oblika 2009. godine kojim se pruža pojačana krivičnopravna zaštita licima koja obavljaju političke funkcije i poslove u oblasti javnog informisanja bila neopravdana. Time ovo krivično delo koje za cilj ima zaštitu osnovnog prava svakog građanina da se oseća sigurnim, poprima izvesne karakteristike verbalnog političkog delikta.

Ključne reči: ugrožavanje sigurnosti, pretnja, osećaj lične nesigurnosti, pasivni subjekt krivičnog dela.

1. CILJ KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE

Osećaj lične sigurnosti pojedinca u svakom društvu ima veliki značaj. Bez njega se ne može zamisliti ni ostvarivanje drugih osnovnih prava i sloboda. Osim društvenih i moralnih normi koje služe ostvarivanju lične sigurnosti, neophodno je da se njeno ostvarivanje obezbedi i pravnim, pa i krivičnopravnim normama. Propisivanjem ovog krivičnog dela zakonodavac je hteo da pruži krivičnopravnu zaštitu lične sigurnosti građana. Lična sigurnost u smislu ovog krivičnog dela shvata se u subjektivnom smislu, tj. kao osećaj sigurnosti. To znači da namera zakonodavca nije bila da na ovaj način zaštiti ličnu bezbednost pojedinca, te stoga za postojanje krivičnog dela nije potrebno da ona bude i objektivno ugrožena.¹ Ukoliko je i objektivno bio ugrožen život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica, po pravilu

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

1 Kao što ističe Jakovljević, „KZ pruža veliki broj oblika zaštite lične sigurnosti ličnosti građanina“, ali se time „zakonodavac nije zadovoljio već je hteo da obezbedi i subjektivnu stranu lične sigurnosti koja je sadržana u ličnom osećanju samog čoveka da je njegova ličnost pravno zaštićena“, pa se otuda „kao objekt ovog krivičnog dela pojavljuje samo osećanje lične sigurnosti“. Up. D. Jakovljević, *Krivična dela protiv sloboda i prava građana*, Beograd, 1969, str. 110.

će postojati neko drugo, teže krivično delo (što, između ostalog, zavisi i od umišljaja učinioca). Dovoljno je da se pretnjom prouzrokuje osećaj lične nesigurnosti, odnosno ugroženosti. Između lične sigurnosti u objektivnom i subjektivnom smislu, šire posmatrajući, ipak postoji određena veza. Ukoliko je u jednom društvu objektivno obezbeđena lična sigurnost, izvesno je da će se njegovi članovi i subjektivno osećati sigurnim. Bez obzira na to, ratio ove inkriminacije je samo zaštita pojedinca od napada na njegovo spokojstvo, odnosno osećaj sigurnosti.

Ovo krivično delo je poznato i u stranom krivičnom zakonodavstvu. Ono se obično naziva pretnjom. Česta su rešenja kod kojih je pretnja usmerena na izvršenje nekog (po pravilu težeg) krivičnog dela.² Iako pitanje za šta će zakonodavac vezati pretnju jeste važno, još je važnije pitanje kod propisivanja bića ovog krivičnog dela da li je opravdano u njega uneti i posledicu. Rešenje za koje se opredelio Krivični zakonik Srbije jeste da se kod ovog krivičnog dela zahteva nastupanje posledice, tj. ono je postavljeno kao posledično krivično delo. U većini stranih zakonodavstava nije potrebno da je nastupila posledica u vidu osećaja lične nesigurnosti ili u nekom drugom obliku. Polazi se od neoborive pretpostavke da pretnja određenog intenziteta uvek ima određene negativne reperkusije po ličnu bezbednost onoga kome je upućena. Naprotiv, rešenje u Krivičnom zakoniku Srbije zahteva nastupanje posledice čime se, s jedne strane, kriminalna zona sužava, a s druge strane favorizuje se (neopravdano) onaj učinilac koji je pretnju uputio pasivnom subjektu koji je natprosečno hrabar, ili je lakomislen pa pretnju ozbiljno ne shvata i sl. Osim toga, takvo rešenje bi moglo da vodi i tome da se krivičnopravno reaguje i u slučaju da je pretnja upućena posebno osetljivim osobama kojima je dovoljno sasvim malo da se oseće lično ugroženim.

Osim analize ovog krivičnog dela, ovaj rad će se pre svega baviti pitanjem koje je vezano za izneti problem, a to je da li je opravdano da krivično delo ugrožavanja sigurnosti bude posledično krivično delo, ili ima više argumenata da ga zakonodavac postavi kao delatnosno krivično delo (ili kao krivično delo apstraktne opasnosti). Takođe, u vezi sa zakonskim oblikovanjem ovog krivičnog dela, posebnu pažnju zaslužuje i pitanje da li je opravdana pojačana krivičnopravna zaštita određenih lica. Drugim rečima, da li je osećaj sigurnosti nekih kategorija lica zaista naročito ugrožen i da li je zbog toga neophodno da zakonodavac obezbedi pojačanu zaštitu njihovom osećaju lične sigurnosti?

2. RADNJA IZVRŠENJA KRIVIČNOG DELA

Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela (stav 1) sastoji se u upotrebi pretnje da će se napasti na život ili telo nekog lica ili njemu bliskog lica čime se ugrožava sigurnost tog lica. Pretnju ovde treba shvatiti u uobičajenom smislu, tj. onako kako se ona i inače shvata u krivičnom pravu. Ona predstavlja stavljanje u

2 Tako, KZ Nemačke u § 241 (stav 1) propisuje da krivično delo postoji u slučaju da se nekome (ili njemu bliskom licu) preti izvršenjem krivičnog dela za koje je propisan zatvor u trajanju od najmanje jedne godine (Verbrechen). Delo kojim se preti mora biti upravljeno protiv lica kome se preti, ili protiv njemu bliskog lica. Up. Eser/Eisele in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, p. 2154–2155.

izgled određenog (budućeg) zla licu kojem se pretilo,³ a da pri tome ostvarivanje tog zla na bilo koji način zavisi od volje lica koje pretilo. Dovoljno je da lice koje pretilo predstavi licu kome pretilo da ostvarivanje zla zavisi od njegovog (posrednog ili neposrednog) uticaja.⁴ Ukoliko to nije slučaj, tj. ako se radi o opomeni kod koje lice koje stavlja u izgled drugom licu neko zlo čije ostvarivanje ne zavisi od njega, neće postojati ovo krivično delo, čak ni onda ako je upućivanje te opomene bilo upravljeno na to da izazove osećaj ugroženosti kod lica kome je upućena. Samo zastrašivanje nekog lica stavljanjem u izgled nekog zla koje mu se može dogoditi, a da pri tome lice koje vrši zastrašivanje to zlo ni implicitno ne dovodi u vezu sa sobom, samo po sebi nije inkriminisano.⁵

Može se pretiti i nečinjenjem, tj. da će se propuštanjem neke radnje dogoditi neko zlo licu kome se pretilo.⁶ Pri tome, nije nužno da lice koje pretilo propuštanjem neke radnje ima položaj garanta, odnosno tu se ne primenjuju pravila koja se odnose na dogmatiku krivičnih dela propuštanja, već je presudno delovanje pretnje na pasivnog subjekta.⁷

Pojam pretnje kod ovog krivičnog dela se ne razlikuje u odnosu na druga krivična dela kod kojih se ona javlja kao bitan element bića krivičnog dela. Postoji samo jedna značajna razlika između pretnje kao radnje izvršenja ovog krivičnog dela i pretnje koja predstavlja radnju izvršenja drugih krivičnih dela. Ta razlika se ne tiče pojma, već usmerenosti pretnje. Ona je ovde, moglo bi se reći, sama sebi cilj, dok je kod drugih krivičnih dela sredstvo za postizanje nekog drugog cilja, ili deo radnje izvršenja koji služi tome da se preduzme drugi deo radnje izvršenja tog krivičnog dela. Ipak, reći da je pretnja kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti sama sebi cilj nije sasvim prihvatljivo ako se ima u vidu rešenje u KZ Srbije.⁸ Ona je upravljena na ugrožavanje sigurnosti lica kome se pretilo. No, za razliku od krivičnog dela prinude, ona nema za cilj da se utiče na ponašanje pasivnog subjekta. Ukoliko bi to bio slučaj, makar i tako što bi se putem stvaranja osećaja ugroženosti uticalo na neko lice da nešto učini, ne učini, ili trpi postojalo bi samo krivično delo prinude.

- 3 Ukoliko je reč o zlu koje se već ostvaruje, a ne koje tek treba da se ostvari, to onda gubi karakter pretnje i poprima karakteristike sile kao drugog oblika prinude. Tako i R. Rengier, *Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 3. Auflage, München, 2000, p. 124.
- 4 Između ostalih, vid. W. Küper, *Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen*, 7. Auflage, Heidelberg, 2008, p. 105.
- 5 Mantovani ističe da se to može smatrati prazninom u krivičnopravnoj zaštiti. Vid. F. Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, IV edizione, CEDAM, 2011, p.334, nap.125.
- 6 Tako Th. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 60. Auflage, München, 2013, p. 1664.
- 7 *Ibid.*, p. 1664. Starija nemačka sudska praksa i jedan deo teorije, polazeći od opštih načela koja važe za krivična dela nečinjenja, zahtevali su kod pretnje propuštanjem da postoji dužnost činjenja. Međutim, kod pretnje nije odlučujuće da li lice koje pretilo time da neće preduzeti nešto zbog čega će nastupiti određeno zlo po pasivnog subjekta ima obavezu da preduzme tu radnju ili ne. Više o tome Eser/Eisele, *op. cit.*, p. 2145.
- 8 Ta konstatacija stoji i razlika između pretnje kao sredstva i cilja dolazi u potpunosti do izražaja u onim zakonodavstvima u kojima se za postojanje ovog krivičnog dela ne zahteva nastupanje određene posledice, tj. u kojima je sama pretnja inkriminisana. To je slučaj, na primer, sa italijanskim krivičnim zakonodavstvom čiji krivični zakonik u članu 612 predviđa krivično delo pretnje („minaccia“). F. Mantovani, *op. cit.*, p. 333.

Naravno, pretnja mora biti ozbiljna i moguća pri čemu je merodavno kako je pretnju shvatilo lice kome je ona upućena. Na primer, i pretnja praznim vatrenim oružjem, ako pasivni subjekt ima pogrešnu predstavu da je ono puno, može ugroziti njegovu sigurnost. U stvari, zabluda pasivnog subjekta u pogledu toga da li je pretnja ozbiljna i moguća nije relevantna za ocenu pitanja da li je pretnja ozbiljna i moguća. Moglo bi biti sporno da li se ozbiljnost pretnje uvek ocenjuje isključivo sa aspekta žrtve, pa i onda kada ogromna većina građana takvu pretnju ne bi shvatila ozbiljno. Na primer, da li postoji pretnja u smislu ovog krivičnog dela ako se preti ugrožavanjem ili povredom života ili tela pomoću crne magije, vraćanjem i sl. Ako je pasivni subjekt izrazito sujeverna osoba koja veruje da se pretnja može ostvariti na taj način, a učinilac je svestan toga, trebalo bi uzeti da je i takva pretnja ozbiljna, te da se i takvom pretnjom može izvršiti krivično delo ugrožavanja sigurnosti.⁹ Ipak, konstataciji da se ozbiljnost pretnje uvek ocenjuje sa aspekta pasivnog subjekta, treba dodati da ona i objektivno mora izgledati tako da se može shvatiti ozbiljno, makar i samo od strane određenog manjeg broja lica, kao u navedenom slučaju.

S druge strane, ako pasivni subjekt pretnju nije shvatio ozbiljno, krivično delo ugrožavanja sigurnosti neće postojati. Bilo da se uzme da ne postoji pretnja jer ona mora biti ozbiljna sa aspekta pasivnog subjekta, bilo pak da pretnja nije prouzrokovala posledicu, ovog krivičnog dela nema. U tom slučaju bi mogao postojati pokušaj krivičnog dela koji nije kažnjiv. Ovo znači da postojanje krivičnog dela u određenoj meri zavisi i od držanja pasivnog subjekta, njegovog fizičkog i psihičkog stanja i njegovog stava prema upućenoj pretnji.¹⁰ Podobnost pretnje da bude shvaćena ozbiljno i da prouzrokuje posledicu zavisi i od niza drugih faktora koje treba pažljivo utvrđivati i vrednovati u svakom konkretnom slučaju. Osim njene sadržine i načina na koji je upućena, od značaja su i mesto i vreme, kao i određene karakteristike učinioa kao što su njegova sklonost ka vršenju krivičnih dela i ostvarivanju pretnji.¹¹

Ovde se, međutim, radi o kvalifikovanoj pretnji, tj. onoj kojom se stavlja u izgled tačno određeno zlo: da će se napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica. Nije neophodna, kao kod nekih krivičnih dela, pretnja da će se „neposredno“ napasti na život ili telo, tj. dovoljna je i pretnja napadom koji nije vremenski i prostorno ograničen. Pošto život i telo, načelno, uživaju široku krivičnopravnu zaštitu, svaki napad na život ili telo (osim ako ne postoji neki osnov isključenja protivpranosti) predstavlja krivično delo, tako da se ovde u stvari radi o pretnji da će biti učinjeno neko krivično delo protiv života ili tela ili pak neko drugo krivično delo kome to nije primarni zaštitni objekt, ali čijim izvršenjem se takođe napada na život ili telo. Napad treba shvatiti tako da obuhvata kako pretnju povredom, tako i pretnju ugrožavanjem života ili tela.

Pretnja da će se naneti neko drugo teško zlo, ovde nije relevantna. Međutim, ukoliko ostvarivanje tog drugog zla podrazumeva i ugrožavanje života i tela, trebalo bi uzeti da postoji kvalifikovana pretnja u smislu ovog krivičnog dela (na primer, ako se preti nekom licu da će mu biti zapaljena kuća noću za vreme dok u njoj spava sa porodicom).

9 Tako i F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I*, Milano, 2008, p. 154–155.

10 Tako Fiandaca/Musco, *Diritto penale, Parte speciale, Vol. II, tomo primo, I delitti contro la persona*, quarta edizione, Torino, 2013, p. 223.

11 *Ibid.*, p. 222–223.

Način na koji je pretnja upućena nije presudan, To može biti verbalno, pisano, znacima, crtežima, konkludentnim radnjama, pokazivanjem određenih predmeta, pucanjem iz vatrenog oružja u vazduh i sl.¹² Nije neophodno ni da je pretnja neposredno upućena, tj. može biti posredno upućena preko nekog drugog lica. U tom slučaju je interesantno pitanje krivičnog položaja lica koje je prenelo pretnju, tj. da li je ono saizvršilac ili pomagač, ili uopšte nije saučesnik u ovom krivičnom delu što zavisi od više okolnosti, između ostalog, i od njegovog subjektivnog stava. S obzirom na to da pretnja može biti direktna i indirektna, eksplicitna i implicitna, pa stoga i određena i neodređena, postavlja se pitanje stepena određenosti pretnje. Sasvim neodređena pretnja nije dovoljna.¹³

Naša sudska praksa je stvorila pojam tzv. uslovne pretnje kod koje se radi o tome da ostvarivanje određenog zla zavisi od radnje lica kome je pretnja upućena. Sudska praksa uzima da u tom slučaju ne postoji pretnja u smislu krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti.¹⁴ Ovo pitanje ima veliki praktični značaj jer se često pretnja uslovljava nekim postupkom lica kome se pretilo. Iako je to u našoj sudskoj praksi nesporno, to pitanje nije tako jednostavno. Nema razloga, niti se to može videti iz obrazloženja sudskih odluka, zašto pretnja koja je uslovljena nekim postupkom pasivnog subjekta ne bi mogla biti radnja izvršenja krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti. Možda bi se moglo tvrditi da u takvim slučajevima ne može doći do posledice ovog krivičnog dela, tj. da se lice kome je pretnja upućena samim tim što preduzima radnju od koje zavisi ostvarenje pretnje, ne može osetiti ugroženim.¹⁵ Taj argument ipak nije dovoljno ubedljiv. Mada je zakonsko rešenje drugačije, tj. nije potrebno nastupanje posledice u vidu osećaja ugrožene sigurnosti, u stranoj literaturi se zauzima stav da pretnja u načelu može biti i uslovljena.¹⁶ Ni za naše pravo, iako unošenje posledice u zakonski opis ovog krivičnog dela ima određeni značaj za rešavanje ovog pitanja, nije opravdano generalno negirati mogućnost po-

12 Vid. F. Antolisei, *op. cit.*, p. 153. Vid. i Eser/Eisele, *op. cit.*, p. 2155.

13 U nekim slučajevima to može predstavljati ozbiljan problem. Tako, na primer, da li postoji pretnja u smislu krivičnog dela iz člana 138. KZ u situaciji kada okrivljena u sudskom hodniku saopšti privatnoj tužilji koja je bila okružena svojom rodbinom da će „nju i njihovu decu srediti“. Sud je zaključio da se iz same sadržine izgovorenih reči ne može zaključiti šta treba da se dogodi licu kome su te reči bile upućene, a imajući u vidu i mesto gde se to dogodilo, pa je zbog toga ukinuo prvostepenu presudu kojom je okrivljena oglašena krivom krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti iz člana 138. KZ (Okružni sud u Čačku, KŽ 236/07). Iako ova odluka ne deluje sasvim ubedljivo, jer izraz „srediću te“ često podrazumeva napad na život i telo, ipak ni suprotan stav ne bi bio sasvim ubedljiv i bez određenih dilema. Naime, može se tvrditi da taj izraz može da se odnosi čak i na nešto što uopšte nije protivpravno, a kamoli da predstavlja pretnju napada na život i telo. Na primer, može se shvatiti i kao tvrđenje da će se dobiti sudski spor, ili pak da će se naneti neko drugo zlo koje ne predstavlja napad na život ili telo.

14 Tako, na primer, kada optužena uputi privatnoj tužilji pretnju da će je ubiti ako je vidi na svom imanju, Okružni sud u Čačku (KŽ. br. 388/04), kao i prvostepeni sud, smatrali su da se radi o pretnji koja se ima ostvariti tek u slučaju ostvarenja uslova navedenog u rečima optužene čime je ona uslovljena, pa da zato ne postoji krivično delo ugrožavanja sigurnosti.

15 Taj se argument nazire u obrazloženju presude Okružnog suda u Žižicu KŽ 520/09 kojom je potvrđen stav prvostepenog suda da kod uslovne pretnje ne može biti reči o krivičnom delu ugrožavanja sigurnosti.

16 Tako za italijansko krivično pravo vid. F. Antolisei, *op. cit.*, Milano, 2008, p. 153 (kao na primer u slučaju ako neko kaže: „ako učiniš to, razbiću ti glavu“.

stojanja krivičnog dela u slučaju uslovljene pretnje. Naime trebalo bi kao jedan od kriterijuma uzeti da ono je čime je pretnja uslovljena nešto što je protivpravno, tj. da to mora biti protivpravni akt lica kome je pretnja upućena. Zašto se, na primer, reči upućene drugom licu „ubiću te ako izađeš na ulicu“ ne bi mogle shvatiti kao radnja izvršenja ovog krivičnog dela? Od značaja za rešavanje ovog pitanja je i dovođenje u vezu sa posledicom krivičnog dela u smislu da ako lice kome je pretnja upućena preduzima radnju kojom je ostvarenje pretnje uslovljeno a da pri tome to kod njega nije praćeno osećajem lične ugroženosti.

Pretnja mora biti upućena određenom licu, ili određenim licima, tj. u ulozi pasivnog subjekta se može naći i više lica (u tom slučaju će postojati teži oblik krivičnog dela iz člana 138).¹⁷ Ako je reč o više lica, mora se raditi o jednoj pretnji inače bi postojao sticaj krivičnih dela. Ukoliko se pretnja odnosi na neodređeni broj lica, neće postojati ovo krivično delo.¹⁸

Pretnju može uputiti i duševno poremećeno lice, pa i dete. Pitanje uračunljivosti za postojanje pretnje nije relevantno, ako je lice kome je ona upućena pretnju shvatilo ozbiljno. Iako u tom slučaju ne može postojati krivično delo ugrožavanja sigurnosti, a prema detetu, naravno, ne mogu biti primenjene nikakve krivične sankcije, kada je u pitanju neuračunljivo lice mogu biti ostvareni uslovi za primenu mere bezbednosti iz člana 81. ili člana 82. KZ.¹⁹

3. POSLEDICA KRIVIČNOG DELA

Posledica krivičnog dela jeste ugrožena sigurnost pasivnog subjekta koja se manifestuje u njegovom osećaju nesigurnosti. To znači da se posledica određuje subjektivno i nije potrebno da je sigurnost i objektivno bila ugrožena.²⁰ Taj stav je opšteusvojen u našoj sudskoj praksi i teoriji.²¹ On je, svakako, opravdan i ne treba

17 Da adresat pretnje (jedan ili više) mora biti određen, nesporno je i u inostranoj literaturi. Up. Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München, 2011, p. 1121.

18 Ispravno je uzeo Apelacioni sud u Beogradu da taj uslov nije ostvaren u slučaju kada je okrivljeni preko svog profila na „Fejsbuku“ pretio svim eventualnim učesnicima gej parade, te da stoga nisu ostvareni bitni elementi ovog krivičnog dela jer takva pretnja nije individualizovana (AS u Beogradu, Kž Po3, 9/11).

19 Upućena pretnja, kao i priroda i stepen duševne poremećenosti, u kontekstu ostalih okolnosti konkretnog slučaja, može ukazivati na to da postoji „ozbiljna opasnost“ od vršenja nekog protivpravnog dela u zakonu predviđenog kao krivičnog dela, što je uslov za primenu mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi, a s obzirom da se pretnja odnosi na napad na život i telo, može postojati i opasnost od vršenja nekog težeg dela što je uslov za primenu mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi.

20 Iako ispravno konstatuje da je posledica ovog krivičnog dela „sâmo osećanje ugroženosti pasivnog subjekta“, Jakovljević istovremeno smatra da je „za postojanje svršenog krivičnog dela potrebno da je napad izazvao konkretnu opasnost za život ili telo pasivnog subjekta“. Up. D. Jakovljević, op. cit. str. 112–113. Ovo se ne bi moglo prihvatiti jer je jasno da postoje slučajevi pretnje koja je od strane pasivnog subjekta shvaćena kao ozbiljna pretnja, a da pri tome realno život ili telo pasivnog subjekta nisu bili ni najmanje ugroženi (npr. pretnja praznim pištoljem).

21 Tako, na primer, Srzentić ističe da „za postojanje ovog krivičnog dela nije dakle potrebno da je pretnjom bio ugrožen život lica kome je pretnja upućena ili njegov telesni integritet, dovoljno je da je, prema konkretnim okolnostima slučaja, pretnja objektivno izazvala strah, uznemirenost,

ga dovoditi u pitanje. Međutim, on ne proizlazi nužno iz samog jezičkog tumačenja, pa bi bilo opravdano, ako se u zakonskom opisu zadrži posledica, da se ona na drugačiji način formuliše (npr. „ko naruši duševno spokojstvo nekog lica“ ili sl).

Podrazumeva se da je pasivni subjekt saznao za pretnju.²² Pretnja ne pretpostavlja prisustvo pasivnog subjekta, već njenu percepciju, odnosno saznanje od strane žrtve.²³ Sve dok ne sazna za pretnju, postoji (dovršeni) pokušaj krivičnog dela koji je kažnjiv samo kod najtežeg oblika iz stava 3. Ukoliko nema osećaja ugroženosti pasivnog subjekta, sud se neće ni upuštati u pitanje da li je pretnja objektivno mogla da ugrozi njegovu sigurnost.²⁴ I onda kada postoji radnja izvršenja, tj. kada je pretnja shvaćena ozbiljno od strane pasivnog subjekta, moguće je da ona ne proizvede kod njega osećaj nesigurnosti. To vodi tome da jedna ista radnja u jednom konkretnom slučaju može prouzrokovati posledicu, a u drugom ne može. Postojanje krivičnog dela zavisi i od karakternih crta pasivnog subjekta, tj. od toga da li je on, pojednostavljeno rečeno, hrabar, ili nije, ili je u tom pogledu na nivou prosečnog građanina. To je slabost ovako postavljene inkriminacije jer vodi nesigurnosti i nejednakoj primeni, tj. postojanje krivičnog dela u velikoj meri zavisi od procene suda o tome da li se pasivni subjekt osećao nesigurno ili nije.

Onda kada pasivni subjekt zbog određenih psihičkih svojstava (npr. duševno poremećeno lice ili malo dete) ne može da shvati sadržaj i ozbiljnost pretnje, nema ovog krivičnog dela, odnosno radilo bi se o nekažnjivom nepodobnom pokušaju.²⁵ Ukoliko pasivni subjekt zbog nekih svojih fizičkih nedostataka (npr. ako je u komatoznom stanju, ako je gluv ili slep i sl.) ne može da sazna sadržaj pretnje, krivičnog dela takođe nema.²⁶ Izuzetno, krivično delo bi moglo da postoji ako bi se to shvatilo kao pretnja koja je upućena nekome drugom licu koje je u bliskom odnosu sa licem koje ne može da razume pretnju (npr. roditelji takvog lica).²⁷ Međutim, postavlja se

uzbuđenost ili slično stanje ugroženosti života ili tela“ (N. Srzentić u: Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine, Beograd, 1981, str. 194–195). Takođe i Lazarević konstatuje da je krivično delo „svršeno kad je pretnjom stvoreno osećanje ugroženosti kod lica kome se preti“. Up. Lj. Lazarević, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 1981, str. 313.

22 N. Srzentić, *op. cit.*, str. 195; Lj. Lazarević, *op. cit.*, str. 313.

23 Tako Fiandaca/Musco, *op. cit.*, p. 223.

24 Na primer, kada je okrivljena uz uvredljive reči kazala i „likvidiraću te“, sud je na osnovu izjave privatne tužilje da na ranije slične izjave od strane okrivljene „nije davala ni pet para“ ne verujući da bi joj okrivljena mogla ozbiljno nauditi, zaključio da te reči nisu mogle kod nje stvoriti osećaj ugroženosti, te da stoga nema elemenata krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti (Okružni sud u Beogradu Kž. 284/01).

25 Kambovski, iako prihvata vladajuće shvatanje da je nužno da je pasivni subjekt sposoban da shvati ozbiljnost pretnje te da se kod njega moguće prouzrokovati osećaj lične nesigurnosti, ipak misli da je opravdano da se napravi izuzetak u smislu da pasivni subjekt može biti i lice koje nije sposobno da shvati upućenu pretnju i koje ne poseduje osećaj za ličnu sigurnost. S obzirom da u tom slučaju ne bi mogla biti prouzrokovana posledica, ovaj autor predlaže da se ozbiljnost pretnje i postojanje posledice utvrđuje prema standardu prosečnog građanina. Vid. V. Kambovski, *Kazneno pravo, Posebni deo*, četvrto izdanje, Skopje, 2003, str. 117. Iako u prilog ovom stavu idu neki kriminalno-politički argumenti, on se pravno-dogmatski ne može braniti.

26 Ovo je nesporno i u italijanskom krivičnom pravu, iako rešenje iz člana 612 italijanskog KZ ne zahteva nastupanje posledice. Up. F. Antolisei, *op. cit.* p. 154.

27 *Ibid.*, p. 154.

pitanje kako rešiti suprotnu situaciju, tj. ako je neko lice podložno zastrašivanju i ako mu u tom pogledu treba vrlo malo. Moguće je da usled duševne poremećenosti pasivni subjekt bude preterano osetljiv, te da se oseti ugroženim i zbog nečega što objektivno nije bila pretnja upravljena na napad na život ili telo. U ovakvim i sličnim slučajevima (nije nužno da je reč o duševno poremećenom licu) za postojanje krivičnog dela nije dovoljno nastupanje posledice. Nešto što objektivno nije pretnja da će se napasti na život ili telo, čak i onda ako prouzrokuje osećanje ugroženosti kod nekog lica jer je pogrešno shvaćena (ili je znatno preuveličana), ne može predstavljati radnju izvršenja ovog krivičnog dela, te zbog toga ono neće postojati.

Neophodno je da posledica vremenski nastupi neposredno po saznoj pretnji.²⁸ Samo izuzetno, ako bi pasivni subjekt naknadno saznao neke okolnosti koje upućuju na ozbiljnost pretnje i mogućnost njenog ostvarenja, osećaj ugroženosti kao posledica može nastupiti i posle određenog vremenskog intervala pošto je pretnja upućena.

4. SUBJEKTIVNO BIĆE KRIVIČNOG DELA

Krivično delo se može učiniti samo sa umišljajem. Pre svega, kod učinioca mora postojati umišljaj u odnosu na pretnju koju upućuje. Neophodno je da umišljaj obuhvati i to kako će pretnja biti shvaćena od strane pasivnog subjekta, tj. kao ozbiljna pretnja da će se napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica.²⁹ Nije dovoljno da umišljaj obuhvata samo pretnju kao radnju izvršenja. On mora obuhvatiti i posledicu, tj. mora biti upravljn na ugrožavanje sigurnosti pasivnog subjekta. Pretnja mora biti usmerena na ugrožavanje sigurnosti lica kome se preti.³⁰ Ukoliko umišljaj učinioca obuhvata više od toga, radiće se o pokušaju nekog težeg krivičnog dela koji bi konzumirao krivično delo ugrožavanja sigurnosti (npr. pokušaj ubistva). No, ako bi se radilo o nekažnjivom pokušaju (pokušaj lake telesne povrede), moglo

28 Taj stav prihvata i naša sudska praksa. Tako, Okružni sud u Beogradu zaključuje da je „tvrdnja tužioca da je tek po dolasku u svoj stan osetio ozbiljni strah i ugroženost neuverljiva, jer je neloogično da se tužilac upusti u raspravu sa okrivljenim, a strah oseti tek kasnije kada više nije bio u neposrednom kontaktu sa okrivljenim“. Kasniji poziv policije radi intervencije ovaj sud objašnjava narušenim komšijskim odnosima (presuda Kž. br. 1813/04).

29 U nekim slučajevima, naročito ako je pretnja atipična, potrebno je da umišljaj učinioca obuhvati i neke posebne karakteristike pasivnog subjekta zbog kojih učinilac smatra da će on pretnju shvatiti ozbiljno.

30 Tahović smatra da to nije nužno, odnosno da „delo postoji bez obzira na to iz kojih se razloga preti i šta se time želi postići“. Up. J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957, str. 370. Iako je time hteo da ukaže na razliku u odnosu na pretnju kod krivičnog dela prinude koja za cilj ima da se utiče na pasivnog subjekta da nešto učini ili ne učini ili trpi, ipak se taj stav ne može prihvatiti. Kod krivičnog dela prinude pretnja se javlja kao sredstvo kojim se želi uticati na ponašanje pasivnog subjekta, što kod ugrožavanja sigurnosti nije slučaj, ali ni tu ona nije sama sebi cilj s obzirom na to da je zakonski opis ovo krivično delo postavio kao posledično krivično delo (to se odnosilo i na KZ Jugoslavije iz 1951. godine) tako da pretnja kao radnja izvršenja mora biti upravljena na ostvarenje posledice, a to je ugrožavanje sigurnosti nekog lica. U slučaju kada zakonski opis ovog krivičnog dela ne bi sadržao posledicu (što je slučaj sa većinom rešenja u stranom krivičnom zakonodavstvu), ta razlika bi bila još više izražena i gore citirana konstatacija bi odgovarala tako postavljenom biću krivičnog dela.

bi biti sporno da li postoji krivično delo ugrožavanja sigurnosti. Ipak, moglo bi se tvrditi da umišljaj da se nanese laka telesna povreda obuhvata samim tim i umišljaj da se ugrozi sigurnost nekog lica. Zato bi u tom slučaju trebalo uzeti da postoji dovršeno krivično delo ugrožavanja sigurnosti. Međutim, ako je umišljaj upravljen na nešto drugo a ne na krivično delo čijim izvršenjem se istovremeno ugrožava i sigurnost nekog lica (npr. neumesna šala), krivično delo neće postojati.

U vezi sa umišljajem kod učinioca mora postojati i znanje (ili bar prihvatanje mogućnosti) da će pretnja prouzrokovati ugrožavanje sigurnosti lica kome je pretnja upućena kao posledicu ovog krivičnog dela.

U pogledu intelektualnog elementa umišljaja može doći do toga da učinilac smatra da pasivni subjekt pretnju neće shvatiti ozbiljno, odnosno uopšte do toga da smatra da ona kod njega neće izazvati osećaj nesigurnosti kao posledicu krivičnog dela. U tom slučaju moglo bi se raditi o stvarnoj zabludi (i otklonjiva stvarna zablu- da bi isključivala krivično delo).

5. ODNOS SA DRUGIM KRIVIČNIM DELIMA

U slučaju ostvarenja pretnje neće postojati i krivično delo ugrožavanja sigurnosti, već samo laka ili teška telesna povreda, odnosno krivično delo ubistva, tj. radiće se o prividnom idealnom sticaju.³¹

Dalje, sticaj je prividan i ukoliko je pretnja usmerena da pasivni subjekt nešto učini, ne učini, ili trpi. U tom slučaju postojaće samo krivično delo prinude. Kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti pretnja ne predstavlja oblik prinude u smislu da se njome utiče na volju pasivnog subjekta. Ona je usmerena na ugrožavanje sigurnosti, odnosno stvaranje osećaja nesigurnosti pasivnog subjekta. Neophodno je da to bude konačni cilj učinioca, jer ako on hoće da izazivajući taj osećaj kod pasivnog subjekta utiče i na njegovo ponašanje, tj. da on zbog toga nešto učini, ne učini ili trpi, onda će i u tom slučaju postojati samo krivično delo prinude.

Dakle, po pravilu će krivično delo ugrožavanja sigurnosti biti supsidijerno kako u odnosu na krivično delo čijim se izvršenjem pretnja (pa i u odnosu na njegov pokušaj, osim kada je u pitanju laka telesna povreda čiji pokušaj nije kažnjiv), tako i u odnosu na krivično delo prinude.³² Što se tiče odnosa sa drugim krivičnim delima koja u svom biću imaju pretnju kao bitni elemenat, takođe je po pravilu sticaj prividan i prednost treba dati tom drugom krivičnom delu.³³

31 Ovde treba ukazati na jednu nelogičnost zakonskog rešenja. Naime, pretnja lakom telesnom povredom (što bi se moglo smatrati osnovnim oblikom krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti) bi trebalo da bude lakše krivično delo nego sama laka telesna povreda. Međutim, nije problem toliko činjenica što je u oba slučaja zaprećena ista kazna, koliko to što se delo koje je lakše goni po službenoj dužnosti (ugrožavanje sigurnosti koji je učinjeno pretnjom lakom telesnom povredom), dok se sama laka telesna povreda goni po privatnoj tužbi.

32 Supsidijarni karakter ovog krivičnog dela je nesporan kako u domaćoj tako i u stranoj literaturi. Vid. na primer R. Rengier, *op. cit.*, p. 151.

33 To ne mora uvek biti supsidijaritet, već se može raditi i o specijalitetu kao, na primer, kod krivičnog dela nasilja u porodici.

6. KVALIFIKOVANI OBLICI

Osim osnovnog oblika (stav 1) krivično delo ugrožavanja sigurnosti ima teži i najteži oblik (član 138. st. 2. i 3). Teži oblik iz stava 2. postoji u slučaju da je ostvarena jedna od tri kvalifikatorne okolnosti: da je delo učinjeno prema više lica; da je delo izazvalo uznemirenost građana; kao i ako je delo izazvalo teške posledice. U prvom slučaju potrebno je da je jednom radnjom ugrožena sigurnost više lica. Ako bi to bilo učinjeno sa više vremenski i prostorno nepovezanih radnji, postojao bi sticaj krivičnih dela.³⁴ Pod pojmom više lica u našoj teoriji i sudskoj praksi podrazumeva se najmanje dva lica (na primer, pravno shvatanje VSS od 31. maja 1993. godine). Pretnja ne mora biti neposredno upućena svim licima, tj. nije neophodno da je ona upućena pojedinačno, niti se zahteva neposredan kontakt učinioca sa svim licima kojima se preti. Dovoljno je da je ona neposredno saopštena samo jednom licu, ukoliko se odnosi i na druga, tačno određena lica.³⁵ U svakom slučaju, sva lica moraju biti pojedinačno određena ili se iz pretnje može nesumnjivo zaključiti na koja se lica ona odnosi.³⁶

Uznemirenost građana je osećaj koji je stvoren kod građana s obzirom na način izvršenja, odnosno karakter pretnje pre svega ako zlo kojim se preti posredno može i njih da ugrozi. Uznemirenost građana u smislu ove kvalifikatorne okolnosti postoji i onda kada je ta uznemirenost stvorena kod jednog tačno određenog kruga, odnosno grupe lica. Na primer, ako je izvršenjem dela došlo do uznemirenja cele porodice biće ostvarena ova kvalifikatorna okolnost (tako VSS Kž. 478/98). Iako to nema veći praktični značaj, ovde se kao problem može javiti razgraničenje sa prethodnom kvalifikatornom okolnošću. Osnovni kriterijum jeste posledica, kao i krug lica kod kojih se ona javlja. Uznemirenost predstavlja niži stepen ugrožavanja spokojstva, tj. tu nije došlo do osećaja lične ugroženosti i nesigurnosti. Drugo, uznemirenost se ne mora javiti kod tačno određenih lica kao što je to slučaj sa posledicom kada je delo učinjeno prema više lica.

Treća kvalifikatorna okolnost (teške posledice) je sasvim neodređena i predstavlja primer generalne klauzule. Ona je uneta u zakonski tekst posle ukidanja instituta osobito teškog slučaja koji je ukinut upravo zbog nedovoljne određenosti, tako da se u ovom slučaju time nije ništa dobilo. Iako sa aspekta *lex certa* ova kvalifikatorna okolnost ne zadovoljava, ona ima svoje kriminalno-političko opravdanje. Izvesno je da usled izvršenja osnovnog dela iz stava 1. mogu nastupiti određene teške posledice koje se ne bi mogle rešavati putem sticaja krivičnih dela. Na primer, ako pasivni subjekt usled upućene pretnje ne sme da izađe iz stana, te zbog toga ne ide na posao pa zato dobije otkaz. Moguće su i druge teške posledice, pre svega po

34 Za rešavanje pitanja da li će postojati sticaj osnovnih oblika krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti, ili jedan kvalifikovani oblik, od značaja je i subjektivni elemenat, odnosno subjektivna povezanost učinjenih dela. Ukoliko je ugrožena sigurnost više lica preduzimanjem više radnji, ali su sva ta dela bila obuhvaćena jednim istim umišljajem učinioca, onda za pravnu kvalifikaciju kao jednog težeg oblika postaje irelevantno da li je ono izvršeno jednom ili sa više radnji.

35 Tako, ovaj teži oblik postoji u slučaju kada se zapreti oštećenom da će biti pobijeni i on i njegova žena i deca (OS u Beogradu, Kž. br. 2110/04).

36 Taj stav je usvojen u našoj sudskoj praksi i teoriji. Vid. na primer N. Srzentić, *op. cit.*, str. 195.

pasivnog subjekta koji usled osećaja ugrožene lične sigurnosti ne može da ostvaruje neka svoja osnovna prava, ili kada u stanju straha za svoj život ili telo svojim postupcima doprinosi nastupanju teški posledica.³⁷

Dok je prva kvalifikatorna okolnost (da je delo učinjeno prema više lica) potrebno da bude obuhvaćena umišljajem, u odnosu na drugu i treću može postojati i nehat jer se radi o težoj posledici u smislu člana 27. KZ.

Najteži oblik ovog krivičnog dela (stav 3) postoji ukoliko je delo učinjeno prema određenom pasivnom subjektu: predsedniku Republike, narodnom poslaniku, predsedniku Vlade, članovima Vlade, sudiji Ustavnog suda, sudiji, javnom tužiocu i zameniku javnog tužioca, advokatu, policijskom službeniku i licu koje obavlja poslove od javnog značaja u oblasti informisanja u vezi sa poslovima koje obavlja. Ovaj oblik krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti uveden je u krivično zakonodavstvo Srbije 2009. godine. On je, kao i veći broj drugih rešenja, na liniji zaoštavanja represije, što je inače osnovna karakteristika Novele iz 2009. godine. Imajući u vidu da ovo krivično delo obuhvata i ponašanja koja objektivno ne ugrožavaju bezbednost onih prema kome su upravljena, ovaj oblik ima i izvesne karakteristike verbalnog političkog delikta. Tako postavljenoj inkriminaciji nije mesto u Glavi četrnaestoj Krivičnog zakonika, jer su u njoj krivična dela čijim se propisivanjem štite osnovna prava i slobode čoveka i građana, a ne prava državnih funkcionera i novinara. Što se sudija i tužioca tiče, oblici pretnje koji su vezani za vršenje njihove funkcije već su inkriminirani krivičnim delom iz člana 336b (ometanje pravde). Imajući u vidu da je izmenama i dopunama iz 2009. propisana stroža kazna za osnovni i teži oblik, nije bilo opravdano propisivati i najteži oblik učinjen prema nosiocima izvršne i sudske vlasti i novinarima i zapretiti ga kaznom zatvora od jedne do osam godina (ista kazna je, na primer, propisana za krivično delo ubistva na mah). Time su diskriminirani ostali građani, jer proizlazi da je osećanje sigurnosti navedenih lica mnogo vrednije i značajnije. Argument da su ta lica zbog funkcije koju obavljaju često u situaciji da im se upućuju pretnje te da se zbog toga češće mogu osetiti ugroženim nego ostali građani, nije dovoljno ubedljiv. Pre svega, ovde nije reč o objektivnoj ugroženosti već o ličnom osećanju nesigurnosti. Zatim, postoje i druga lica koja su u vršenju funkcije ili određenog posla još više izložena pretnjama od navedenih lica. Najzad, pretnja nije dovedena u vezu sa funkcijom koja ta lica vrše (jezičkim tumačenjem uslova, „u vezi sa poslovima koje obavlja“ dolazi se do zaključka da se to odnosi samo na lica koja obavlja poslove u oblasti javnog informisanja). Umesto što je predviđena kao kvalifikatorna okolnost, okolnost kome je pretnja upućena mogla bi se eventualno uzeti u obzir prilikom odmeravanja kazne kao otežavajuća okolnost. Ako se, pak, i objektivno radi o ozbiljnom ugrožavanju, to bi moglo da predstavlja pripreme radnje za krivično delo ubistva predstavnika najviših državnih organa (član 310) koje su kažnjive (član 320). Ako je u pitanju takva

37 Okružni sud u Beogradu (Kž. 1964/04) smatrao je da su izazvane teške posledice kada je učinilac provalio u hotelsku sobu oštećenog držeći u ruci skalpel uz pretnje da će ga ubiti, usled čega je oštećeni uplašen za svoj život skočio kroz prozor sa prvog sprata sa visine od pet metara i tom prilikom zadobio teške telesne povrede. Sud je smatrao i to da je učinilac u odnosu na težu posledicu osnovnog krivičnog dela postupao sa nesvesnim nehatom, jer je bio dužan i mogao biti svestan da provaljujući u toku noći u sobu oštećenog koji je spavao i upućujući mu pretnje, može doći do težih posledica.

pretnja (npr. oružjem) koja bi se mogla okvalifikovati kao pokušaj dela iz člana 310. ili člana 114. KZ, onda su takvi slučajevi već zaprećeni adekvatnom kaznom. Neprihvatljivo je da se za pripremanje ubistva predstavnika najviših organa vlasti može izreći zatvor od jedne do pet godina, a ako im se samo ugrozi sigurnost pretnjom, onda i do osam godina, kako je bilo propisano Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2009. Reč je o očiglednoj neusklađenosti, jer prema propisanoj kazni proizlazi da je pripremanje ubistva navedenih lica lakše delo nego ako se pretnjom ugrozi njihov osećaj lične sigurnosti (čak ni to nije potrebno, jer je i pokušaj kažnjiv, tj. nije potrebno ni da su za pretnju saznali). To su bili razlozi zašto je Predlog ZID KZ iz 2012. godine predviđao brisanje najtežeg oblika krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti. Međutim, Narodna skupština je samo delimično uvažila navedene razloge iz obrazloženja Predloga. Ovaj najteži oblik krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti nije brisan, tj. navedene kategorije lica i dalje imaju pojačanu krivičnopravnu zaštitu, ali propisana kazna nije od jedne do osam godina kao što je to ranije bio slučaj, već od šest meseci do pet godina. To je ipak prihvatljivije, jer se bar otklanja prigovor da je propisana ista kazna kao kod nekih drugih, nesporno teških krivičnih dela. Međutim, propisana kazna i dalje vodi tome da je pokušaj ovog oblika kažnjiv, za razliku od osnovnog (stav 1) i težeg oblika (stav 2) čiji pokušaj nije kažnjiv. To znači da je dovoljno da je nekom od navedenih lica upućena pretnja napada na život ili telo (za koju to lice ne mora ni saznati), pa da se učinilac nađe u kriminalnoj zoni.

Pored najviših državnih i pravosudnih funkcionera, ovaj oblik će postojati i onda kada se ugrožavanje sigurnosti izvrši prema licu koje obavlja poslove od javnog značaja u oblasti informisanja u vezi sa poslovima koje obavlja. ZID KZ/2009 uveo je kategoriju lica koja obavljaju „poslove od javnog značaja“ predviđajući kod nekih krivičnih dela njihov kvalifikovani oblik ukoliko je delo učinjeno prema licu koje takve poslove obavlja i pri tome je, zbog neodređenosti ove formulacije, dao i zakonsko tumačenje tog pojma u članu 112. stav 32.³⁸ Međutim, ovde se najteži oblik krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti ograničava samo na ona lica koja te poslove obavljaju u oblasti javnog informisanja (u zakonskom opisu je omaškom izostalo „javnog“). Ostavljajući po strani kriminalno-političku procenu zakonodavca da su od pet oblasti koje se navode u članu 112. stav 32. najugroženija lica koja obavljaju poslove u oblasti javnog informisanja, postavlja se pitanje da li i u ovom slučaju važi navedena interpretativna odredba. Naime, sporno je da li to mogu biti samo lica čije obavljanje profesije u oblasti javnog informisanja ima povećani rizik za njihovu bezbednost (što se zahteva kod određivanja pojma poslova od javnog značaja), ili je ovde dovoljno samo da je krivično delo prema njima učinjeno u vezi sa poslovima koje obavljaju. Ovde, ipak, treba tražiti, kao i u ostalim oblastima koje se navode u članu 112. stav 32, da su to lica koja su posebno ugrožena, odnosno čije obavljanje profesije u oblasti javnog informisanja dovodi do povećanog rizika za njihovu bezbednost.

Ako bi se pošlo od stava da je opravdano pružati pojačanu krivičnopravnu zaštitu određenim kategorijama lica zato što je zbog funkcije ili posla koji obavljaju njihov osećaj lične sigurnosti u većoj meri ugrožen, postavlja se pitanje da li je srp-

38 Više o tome Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izdanje, Beograd, 2012, str. 384–385.

ski zakonodavac našao pravi odgovor kada je kao te kategorije identifikovao samo političare i novinare? Šta je sa licima koja pripadaju određenim društvenim, verskim, nacionalnim, etničkim i drugim grupama? Zar se pripadnici LGBT populacije ne osećaju posebno ugroženim i zar njima zaštita nije potrebna od političara? Možda bi trebalo razmisliti da se sa političarima i novinarima izjednače (u tom pogledu) pripadnici LGBT populacije kao i pripadnici nekih etničkih zajednica (npr. Romi). Dakle, sa istim argumentima pojačanu krivičnopravnu zaštitu bi zasluživali političari, novinari, homoseksualci i Romi. Verovatno bi se mogla dodati još neka kategorija čiji je osećaj lične sigurnosti pojačano ugrožen. Mogao bi za opredeljivanje šta je opravdano propisati kao kvalifikatornu okolnost biti izabran i neki drugi kriterijum (npr. da li krivično delo učinjeno zbog mržnje prema pasivnom subjektu zbog njegove pripadnosti određenoj socijalnoj grupi, profesiji ili određenoj političkoj orijentaciji itd). Međutim, ovakvom pristupu ne idu u prilog neki razlozi načelnog karaktera. Svi građani imaju pravo na ličnu sigurnost i sve ih treba na jednak način zaštititi. Ne negirajući činjenicu da neko zbog funkcije ili posla koji vrši može biti izložen i dodatnom riziku da mu budu ugrožena ili povređena osnovna dobra, pa i lična sigurnost, može biti opravdano da se posebnim inkriminacijama pruži adekvatna dodatna krivičnopravna zaštita. Ali, tome nije mesto kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti koje ima univerzalni karakter jer se njegovim propisivanjem štite osnovna prava svih građana da se osećaju sigurno. Izdvajanje ovih kategorija lica vodi i svojevrsnoj „politizaciji“ ovog krivičnog dela i zloupotrebi medija.³⁹

7. ZAKLJUČAK

Krivično delo ugrožavanja sigurnosti stvara određene probleme u sudskoj praksi. Jedan od glavnih uzroka za to jeste postavljanje ove inkriminacije kao posledičnog krivičnog dela kod kojeg se posledica određuje pomoću subjektivnog kriterijuma. I onda kada pretnju napada na život ili telo pasivni subjekt shvata ozbiljno, zakonodavac smatra da samim tim nije ugrožena i njegova sigurnost u konkretnom slučaju. Iako je i kod nekih drugih krivičnih dela teško utvrđivati činjenice iz subjektivne sfere, ovde nije nužno niti opravdano postojanje ovog krivičnog dela dvo-

39 To se naročito odnosi na novinare s obzirom da u slučajevima u kojima su oni žrtve ovog krivičnog dela dolazi do pristrasnog angažovanja medija i organizovanog pritiska na pravosuđe. Kao primer se može navesti slučaj novinarkе jedne televizijske stanice kojim su naši mediji bili zauklupljeni izvesno vreme. Ostavljajući po strani postupanje pravosuđa, način na koji je komentarisana ovaj slučaj u našim medijima za rezultat je imao i ostvarenje krivičnog dela nedozvoljenog komentarisanja sudskih postupaka. Bez obzira što uvođenje tog krivičnog dela nije imalo svoje opravdanje (ono od 1. januara 2013. godine više ne postoji u KZ Srbije), ono je bilo na snazi pa je trebalo pokrenuti krivični postupak, ili bar podneti krivičnu prijavu protiv onih koji su na nedozvoljeni način komentarisali ovaj krivični postupak u medijima. To, opet (iz političkih, a ne pravnih razloga) nije bilo realno očekivati. Ne ulazeći u pravnu analizu tog dosta složenog slučaja, on se ovde navodi samo kao loš primer pritiska medija na pravosuđe. Iako bi se naši pravni argumenti protiv odluke Apelacionog suda u Beogradu KŽ1 6051/10 od 15.3.2011. godine kojim je ukinuta prvostepena odluka i predmet vraćen Prvom osnovnom sudu na ponovno suđenje (koji je u ponovljenom suđenju doneo osuđujuću presudu), ono što je usledilo posle toga pokazalo je da neki naši mediji imaju ambicije da uzmu pravdu u svoje ruke i da sude i samom pravosuđu zbog konkretnog slučaja u kome se kao oštećeni javlja novinar.

struko uslovljavati subjektivnim kriterijumom. Naime, prvi put kada se utvrđuje da li postoji radnja izvršenja ozbiljnost pretnje se ocenjuje sa aspekta pasivnog subjekta, i drugi put kada se utvrđuje da li je nastupila posledica, potrebno je utvrditi da je pretnja kod pasivnog subjekta dovela do osećaja lične nesigurnosti. Čemu, osim uslova da je pretnju napada na život ili telo shvatio ozbiljno, kod pasivnog subjekta zahtevati i nastupanje osećaja nesigurnosti? Zašto bi se u (relativno retkim) slučajevima kada se radi o hrabrom ili lakomislenom, neopreznom i sl. pasivnom subjektu favorizovao učinilac time što krivično delo ne bi postojalo (odnosno postojao bi nekažnjivi pokušaj kod oblika iz st. 1. i 2) zato što se on nije osetio ugroženim? Zbog tih atipičnih i retkih slučajeva nije opravdano zakonski opis ovog krivičnog dela postaviti tako da on obuhvata i posledicu čije bi se postojanje moralo utvrđivati u svakom konkretnom slučaju. Ima više opravdanja da se ono postavi kao krivično delo ugrožavanja čija posledica bi bila apstraktna opasnost.⁴⁰ Zakonodavac bi morao da pođe od neoborive pretpostavke da ozbiljna pretnja da će se napasti na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica kod prosečnog građanina uvek stvara osećaj lične nesigurnosti, odnosno da takva pretnja ugrožava njegovu sigurnost.

Druga intervencija zakonodavca koja bi imala svoje opravdanje tiče se kvalifikovanog oblika iz stava 3. Iako je Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz decembra 2012. godine propisana nešto niža kazna za ovaj oblik, protiv njegovog postojanja idu već izneti načelni razlozi, a i dosadašnja primena ne ide u prilog njegovom zadržavanju. Međutim, poznato je da je mnogo lakše uneti novo krivično delo nego iz KZ izbaciti neko postojeće, a pogotovo kao u ovom slučaju, ako se ono tiče nekih posebnih interesa određenih uticajnih društvenih grupa.

Rešenja u stranom zakonodavstvu nameću i pitanje da li bi bilo opravdano da se umesto pretnje da će se napasti na život i telo predvidi pretnja da će se prema pasivnom subjektu ili prema njemu bliskom licu učiniti neko krivično delo. To, svakako, odmah postavlja i pitanje koje krivično delo. Da li samo neko teže krivično delo i kako postaviti tu granicu (da li samo s obzirom na zaprećenu kaznu ili i s obzirom na vrstu). Ipak, čini se da za ovu intervenciju zakonodavca nema dovoljno opravdanja. Rešenje koje zahteva usmerenost pretnje na napad na život ili telo sasvim zadovoljava. Kao što je već rečeno, svaki napad na život ili telo (osim ako ne postoji neki osnov isključenja protivpranosti) predstavlja krivično delo, tako da se ovde u stvari radi o pretnji da će biti učinjeno neko krivično delo protiv života ili tela ili neko drugo krivično delo čijim se izvršenjem takođe napada i na život ili telo. Da li proširivati pretnju i na pretnju „drugim teškim zlom“, što nije nepoznato našem Krivičnom zakoniku kod nekih krivičnih dela, ostaje pitanje za razmišljanje. Postoje razlozi i za i protiv. Jedan od razloga protiv jeste da time zakonski opis bića krivičnog dela postaje neodređeniji, dok jedan od razloga koji ide u prilog tome jeste da je opravdana široka krivičnopravna zaštita osnovnih dobara čoveka, ukoliko se ona na drugi način ne mogu efikasno zaštititi.

40 To je slučaj sa nemačkim i italijanskim krivičnim pravom (§ 241 nemačkog i član 612 italijanskog KZ). Ni austrijski Krivični zakonik ne zahteva nastupanje posledice, ali ipak zahteva subjektivnu usmerenost pretnje, tj. kod učinioca mora postojati namera da lice kome upućuje pretnju dovede u stanje straha i uznemirenosti (§ 107). Međutim, austrijski KZ ne ograničava pretnju samo na pretnju da će se napasti na život ili telo, već govori o „opasnoj pretnji“.

LITERATURA

- Antolisei, F.: *Manuale di diritto penale, Parte speciale, I*, Milano, 2008.
- Eser/Eisele in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010.
- Fiandaca/Musco: *Diritto penale, Parte speciale, Vol. II, tomo primo, I delitti contro la persona*, quarta edizione, Torino, 2013.
- Fischer, Th.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 60. Auflage, München, 2013
- Jakovljević, D.: *Krivična dela protiv sloboda i prava građana*, Beograd, 1969.
- Kambovski, V.: *Kazneno pravo, Poseben del*, četvrto izdanje, Skopje, 2003
- Küper, W.: *Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen*, 7. Auflage, Heidelberg, 2008.
- Lackner/Kühl: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München, 2011.
- Lazarević, LJ.: *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 1981.
- Mantovani, F.: *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, IV edizione, CEDAM, 2011.
- Rengier, R.: *Strafrecht, Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 3. Auflage, München, 2000.
- Srzentić, N.: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd, 1981.
- Stojanović, Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izdanje, Beograd, 2012
- Tahović, J.: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957.

Zoran Stojanović

Faculty of Law, University of Belgrade

DETERMINATION AND IMPLEMENTATION OF THE
CRIMINAL OFFENSE OF ENDANGERING SECURITY
IN CRIMINAL LAW OF SERBIA

SUMMARY

This paper discusses and analyzes the essential elements of the crime of endangering the personal security (Article 138. Criminal Code of Serbia). In addition to solving some of the complex problems facing the judicial practice in the application of this offense, which is mainly related to its conduct as a threat to attack life or limb, the objective of this study was to point out the appropriate legal regulation of these offense. Thus, it is suggested that the legal definition of the offense no longer contains the result (feeling of insecurity), i.e. that the result would be only an abstract danger. Demanding that a feeling of insecurity of affected subject is necessary, leads to additional problems in the implementation of this offense. Any threat of attacks on life and limb of victim or person close to him if taken seriously, would be sufficient for the existence of the crime. In addition, the author believes that the amendment introducing the new form of these offense from 2009th year, which

provides intensified criminal law protection to persons who carry out political functions and to persons in the area of the public information was unjustified, because the goal of this offense is to protect the fundamental right of every citizen to feel safe and not to protect the feelings of politicians and journalists.

Key words: endangering personal security, threat, feeling of insecurity, the passive subject of offense.

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

IZVRŠENJE VANZAVODSKIH KRIVIČNIH SANKCIJA I MERA: MEĐUNARODNI IZVORI

Apstrakt. U radu je posle određivanja sadržine pojmova „alternative kazni zatvora“, „van-zavodske krivične sankcije“ i „vaninstitucionalni tretman“ ukratko prikazana sadržina međunarodnih izvora koji daju osnov za normativno uređenje modela izvršenja alternativnih odn. vanzavodskih krivičnih sankcija i mera. Prikazane su aktivnosti i akti doneti od strane Svetske organizacije (pre svega njena *Tokijska pravila*) i institucija na Starom kontinentu. Posebna pažnja posvećena je *Probacionim pravilima Saveta Evrope* čije odredbe su detaljno analizirane, kao i Komentari Evropskog odbora za probleme kriminaliteta na ova *Pravila*.

Aktuelnost pitanja kojima se bavimo u ovom radu posebno je naglašena zbog činjenice da je u našoj Republici u toku rad na Zakonu o probaciji kojim bi ova materija trebalo da bude izdvojena iz Zakona o izvršenju krivičnih sankcija u poseban Zakon o probaciji.

Ključne reči: kazna zatvora, alternative, vanzavodske krivične sankcije, probacija, Ujedinjene nacije, Savet Evrope.

UVOD

Od nastanka, kazna zatvora izaziva brojne kontroverze i kritike. Lišavanje slobode kao sankcija za učinjeni zločin osporavano je kako sa konceptualnog, tako i sa praktičnog stanovišta. /01*/ Kada se radi o prvoj grupi kritika, Michael Foucault /1990/ ukazuje na neke koje su izrekli pripadnici Klasične škole u doba kada je, na prelazu iz Srednjeg u Novi vek, počelo uvođenje ove sankcije u evropske kaznene sisteme. Kritičari su tvrdili: da sud koji je ovu kaznu izrekao nema nikakve ingerencije u pogledu njenog izvršenja (za ovo su zaduženi upravni organi); da se na ovaj način – dugotrajnim držanjem antidruštveno orijentisanih pojedinaca zajedno stvara „unutrašnja armija neprijatelja“; da kažnjavanje na ovaj način omogućava kriminalcima da žive bolje no dobar deo „časnog“ stanovništva; i da su ljudi koji borave u kaznionicama definitivno izgubljeni za društvo – njihov jedini izbor je kriminalitet. /02*/

Očigledno, ovakve kritike nisu dale rezultat – primena ove kazne se nezadrživo širila Starim kontinentom, ne toliko zbog nastojanja da brutalno srednjovekovno kažnjavanje zameni humanijim postupanjem sa prestupnicima, /03*/ koliko zbog toga što je novovekovnom načinu proizvodnje i društvene kontrole više odgovaralo da eksploatiše i disciplinuje „neprijatelje društva“ nego da ih fizički eliminiše ili sakati zbog učinjenog zlodela. /04*/ U decenijama koje su sledile, širi se primena ova kazne, da bi već pred kraj XIX veka, ona postala najčešće izricana krivična sankcija.

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

U stoleću koje je za nama, i pored toga što je skoro sve što je u vezi sa ovom kaznom predmet kritike, /05*/ ona je postala osnovni način reagovanja na kriminalno ponašanje, /06*/ a takvo stanje zadržalo se u velikoj većini država i u ovom Milenijumu. /07*/

Takva orijentacija dovela je do niza negativnih posledica od kojih je najvažnija bila prenaseljenost kaznenih ustanova i veliki porast troškova za održavanje penitencijarnog sistema. /08*/ Očigledna nedelotvornost ove kazne (indikator je visok povrat) i činjenica da kriminološka istraživanja pokazuju da za veliki deo osuđeničke populacije lišenje slobode ne predstavlja odgovarajuću sankciju doveli su do pokušaja da se rešenje potraži u primenu **alternativa kazni zatvora**.

U najširem značenju, alternativne krivične sankcije su sve one mere koje se primenjuju prema učiniocu krivičnog dela, a ne podrazumevaju njegovo lišavanje slobode. Jedan od prvih autora koji pokušao da sistematizuje ovu materiju bio je Norman Bishof koji je ukazao da se izraz „alternative zatvoru“ koristi u tri značenja – kao naziv za: (1) mere i zakonska rešenja kojima je cilj da se spreči izvođenje prestupnika pred sud; /09*/ (2) posebne mere nezavodskog karaktera izrečene od suda; i (3) sredstva kojima se za vreme trajanja zatvaranja nastoje otkloniti negativne posledice lišavanja slobode. Ovaj autor smatra da se alternativama mogu nazvati samo mere navedene pod (2) koje naziva „nezavodskim merama“ i deli ih na:

- alternativne mere uz kontrolu ili nadzor nad prestupnikom. To su: – uslovna osuda i uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom – rad u korist zajednice i prinudni rad – posebne nezavodske mere za osobe sa mentalnim ili poremećajima u ponašanju – proterivanje iz određenog mesta ili područja – oduzimanje određenih prava, dozvola, profesionalnog statusa,
- alternativne mere koje ne uključuju kontrolu ili nadzor nad prestupnikom: – sudska opomena – odlaganje izvršenja presude; – novčane obaveze: novčana kazna, naknada štete, konfiskacija i naknada izgubljenog i
- mešovite mere: – kombinacija bezuslovnog zatvaranja i nezavodske mere; – spajanje više nezavodskih mera.

Pre svega, valja se složiti sa stavom navedenog autora da mere usmerene na diverzifikaciju krivičnog postupka ne predstavljaju alternative kazni zatvora u pravom smislu reči jer se njima se izbegava primena svih kazni (a ne samo kazne zatvora). One su deo mehanizma depenalizacije, kao šireg pojma od dekarceracije. /10*/ Takođe, ni treća vrsta mera ne spada u prave alternative kazni zatvora jer je ona već izrečena, a to što se režim zatvaranja u izvesnoj meri liberalizuje čime se umanjuju deprivacije zatvorenih lica (razni režimi poluslobode kakve su „kuće na sredokračić“ – e. *half way houses*“) ne utiče na osnovnu činjenicu da su ona lišena slobode.

Ovde bi dalje, trebalo ukazati i na razliku između pojmova zatvaranje i lišavanje slobode. Prvi je uobičajeno povezan sa smeštajem lica u kaznene (penitencijarne) ustanove ili u terminologiji našeg krivičnog izvršnog prava – u kaznene zavode. Ovo razlikovanje je od značaja za temu kojom se u ovom radu bavimo utoliko što pored zatvaranja, postoje pravom regulisane mnoge situacije u kojima je neko lišen slobode od strane nadležnih državnih organa i službi iako mu nije izrečena kazna zatvora. Pri tome ne radi se samo o pritvorenicima, nego i o svim drugim situaci-

jama u kojima su pripadnici službe obezbeđenja različitih ustanova, čak i građani, ovlašćeni da zadrže neko lice zatečeno u izvršenju krivičnog dela do dolaska policije.

Navedeno razlikovanje važno je kod mera čija namena je da se izbegnu loše posledice boravka osuđenih lica u (inače u mnogim zemljama prenaseljenim) penitencijarnim ustanovama. Najznačajnija je *kućno zatvaranje* – odn. omogućavanje licu osuđenom na kaznu zatvora da je izdržava u svom stanu. Radi se, dakle o modalitetu izvršenja ove kazne, kakvih je u dugoj istoriji kažnjavanja bilo više. /11*/

Najzad, trebalo bi objasniti zašto se koristi izraz „alternativa“ (od latinskog *alter* = drugi) ili, rečeno drugačije – ko i u kom smislu ima izbor između dve mogućnosti? /12*/ Pre svega, sud ima mogućnost da bira između kazne zatvora i neke druge krivične sankcije. U tom smislu, moglo bi se, na prvi pogled reći da skoro sve ostale krivične sankcije predstavljaju alternative kazni zatvora. /13*/ Od admonitivnih (sudska opomena, uslovna osuda ili probacija) preko vaspitnih mera, mera bezbednosti, do ostalih kazni propisanih u krivičnom pravu. /14*/

Stvar komplikuje to što mnogi autori smatraju da je lice kome se sudi to koje ima pravo izbora: ono može odbiti da pristane na obaveze koje mu sudija ima nameru ustanoviti u zamenu za boravak u kaznenoj ustanovi (ne pristaje na rad u javnom interesu) ili svoje nepristajanje na sankciju izraziti neispunjenjem tih obaveza – na primer kod uslovne osude da ne izvrši novo krivično delo u navedenom periodu („vremenu kušnje“) ili ne ispuni druge obaveze propisane uz uslovnu osudu i uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom. U izvesnom smislu, u ovako određene alternative spada i novčana kazna koja, slučaju da je osuđeni ne plati, može biti zamenjena kaznom zatvora („supletorni zatvor“). Po toj logici, samo mere bezbednosti i sudska opomena ne predstavljaju alternative u navedenom značenju, kao i vaspitne mere kod maloletnika. Dakle – sem navedenih – sve druge krivične sankcije mogu se transformisati u kaznu zatvora, što jasno govori o tome da ona predstavlja osnovnu meru sankcionisanja punoletnih učinilaca krivičnih dela. /15*/

Jedan od najpoznatijih krivičara – komparativista našeg doba Jean Pradel /2009/ smatra da tradicionalno postoje samo dve osnovne vrste kazni: A. one koje oduzimaju slobodu učinioaca; i B. one kojima se oduzima njegova imovina; pored njih, u naše vreme postoje još dve kategorije kazni: C. „nove kazne“ – tu spadaju:

c1. kazne povezane sa nekom penitencijarnom ustanovom (razni modeli poluslobode) /16*/ i

c2. mere različite od lišenja slobode. Ovde nabroja: 1. mere kojima se kazna zatvora suspenduje (angloamerička probacija i francusko – belgijska uslovna osuda); /17*/ 2. rad u opštem interesu; 3. različite zabrane i obaveze; /18*/ 4. moralne sankcije (objavlivanje presude, lično izvinjenje žrtvi i opomena ili ukor); i 5. neizricanje kazne (situacije kada sud utvrdi krivicu učinioaca, ali konstatuje da u konkretnom slučaju ni jedna kazna nije neophodna). /19*/

Sa pojmom „alternative kazni zatvora“ povezan je i termin „**vaninstitucionalni**“ ili „**vanzavodski tretman**“. On obuhvata skup postupaka koji se prema učiniocima krivičnih dela preduzimaju u zajednici, izvan kaznene ustanove namenjene izvršenju kazne zatvora. Logika ovakvog postupanja je da će u sredini u kojoj učinioci lakših krivičnih dela koji nemaju kriminalne sklonosti (najčešće primarni pre-

stupnici) i u kojima inače žive biti lakše na njih uticati da ne ponove krivično delo nego u zavodskim ustanovama koje, čak i uz sve pokušaje humanizovanja životnih uslova zatvorenika ne predstavljaju pogodan ambijent za ostvarivanje tog cilja. /20*/ Za ovakav tretman nadležni su državni organi ili od njih ovlašćene organizacije. /21*/ Čini se da je zbog toga bolje ovakvo postupanje označavati kao VANZAVODSKI nego vaninstitucionalni TRETMAN.

Posle ovakvog terminološkog razjašnjenja, koje je bilo nužno jer i u ovoj oblasti kriminoloških nauka vlada zbrka pojmova, preći ćemo na pravila koja se odnose na izvršenje krivičnih sankcija vanzavodskog karaktera i to ona koja su sadržana u najvažnijim međunarodnim izvorima.

NORMATIVNI OKVIR ZA IZVRŠENJE KRIVIČNIH SANKCIJA VANZAVODSKOG KARAKTERA – MEĐUNARODNI IZVORI

A. Inicijative na svetskom planu

Za razvoj ideje o potrebi uvođenja alternativa kazni zatvora poseban značaj imali su međunarodni skupovi koje je organizovala Organizacija Ujedinjenih nacija (UN). Na Petom kongresu UN o sprečavanju kriminaliteta i postupanju sa prestupnicima (Ženeva, 1975) ukazano je na potrebu širenja kaznenog sistema alternativama zatvaranju; ovo drugo bi trebalo primenjivati samo prema prestupnicima čije zadržavanje je neophodno iz razloga zaštite društva. I na kongresima UN koji su sledili, kao i u dokumentima koje su usvojili organi Svetske organizacije ukazivano je na značaj alternativa kazni zatvora. Tako je na VI kongresu (Karakas, 1980) usvojena Rezolucija 8 o alternativama kazni zatvora; na VII kongresu (Milano, 1985) Rezolucija br. 16 o smanjenju zavodske populacije, alternativama zatvorskoj kazni i socijalnoj integraciji učinilaca; Ekonomski i socijalni savet je rezolucijom 1986/10 o alternativama kazni zatvora zatražio od generalnog sekretara da u sklopu priprema za VIII kongres – uz pomoć regionalnih instituta UN – pripremi izveštaj o vaninstitucionalnom postupanju sa učiniocima i izvrši pripreme za oblikovanje standardnih minimalnih pravila o tome. Zahvaljujući tome, na Osmom kongresu UN koji je održan 1990. u Havani pod nazivom 'Politika krivičnog pravosuđa u odnosu na probleme zatvora, ostalih krivičnih sankcija i alternativnih mera' prezentovan je dokument A/CONF. 144/12 *Alternative zatvoru i smanjivanje zavodske populacije* u kome je istaknuto da predstavlja rezime i analizu iskustava velikog broja država članica u smanjivanju negativnih efekata zatvaranja i primene nezatvorskih mera, ali i inicijativa međudržavnih i nevladinih organizacija. Posebna pažnja posvećena je razvoju novih mera i njihovoj primeni u različitim fazama krivičnog postupka i delotvornosti u alterniranju kazne zatvora. Razmatra se i pitanje smanjivanja zavodske populacije. Posebno se preporučuje primena alternativa u fazi pre suđenja, ali i širenje primene ovakvih mera tokom sudskog postupka, kao i posle osude (misli se naročito na uslovni otpust – *e. parole*). /22*/

Tokijska pravila

Kao rezultat navedenih napora usvojen je dokument 45/110 *Standardna minimalna pravila za alternativne kaznene mere*, poznata i kao *Standardna minimalna pravila za vaninstitucionalne mere* ili *TOKIJSKA PRAVILA*. Pre nego što pređemo na izlaganje rešenja sadržanih u ovom dokumentu, trebalo bi naglasiti da se u rezoluciji koja ih prati države članice pozivaju da ova pravila uključe u svoje politike i praksu; od njih se istovremeno zahteva da svakih pet godina, počev od 1994. izveštavaju o sprovođenju ovih pravila, a od generalnog sekretara da svakih pet godina (počev takođe od 1994.) Veće za prevenciju i kontrolu kriminaliteta izveštava o sprovođenju *Tokijskih pravila*. Prioritet u radu ovog veća je upravo praćenje njihove primene.

1. Opšta načela

a. Osnovni ciljevi

Ovde se insistira na značajnijem uključivanju zajednice u upravljanje kaznenim pravosuđem, naročito u pogledu postupanja prema učiniocima krivičnih dela i jačanja njihovog osećaja odgovornosti prema društvu. Pravila treba realizovati uzimajući u obzir političke, ekonomske, socijalne i kulturne uslove koji postoje u datoj državi, kao i ciljeve njenog kaznenog pravosudnog sistema. Pri tom, neophodno je uspostaviti ravnotežu između prava učinioca dela, prva žrtve i brige društva za javnu bezbednost i prevenciju kriminaliteta. Primena alternativa trebalo bi da smanji upotrebu kazne zatvora i racionalizuje politiku kaznenog pravosuđa, uzimajući u obzir ljudska prava, zahteve za socijalnom pravdom i rehabilitacione potrebe učinioca.

b. Područje primene alternativnih krivičnih mera

Tokijska pravila primenjuju se na osumnjičene, optužene ili osuđene (za sve ove kategorije usvojen je zajednički naziv „učinilac“), bez obzira u kojoj fazi se nalazi postupak protiv njih. Izričito se naglašava da primena ovih Standardnih minimalnih pravila ne sme zavisiti od rase, pola, jezika, religije, političkih ili drugih određenja, nacionalnog i društvenog porekla, posedovanja imovine, rođenja ili drugog statusa.

Treba obezbediti toliko širok krug alternativnih mera koje treba da zadovolje sledeće uslove: – da se mogu prilagoditi izvršenom delu i učiniocu; – da garantuju zaštitu društva; i – da omoguće da se izbegne kazna zatvora (kako pre suđenja, tako i posle izricanja kazne). Treba podsticati primenu novih mera, uz pažljivo proučavanje i ocenjivanje njihovih efekata. Istovremeno, alternativne mere ne bi trebalo da onemoguće dosledno kažnjavanje.

Alternativne mere treba koristiti rukovodeći se načelom minimalne intervencije. U svakom slučaju gde je to moguće treba izbegavati formalni ili sudski postupak i ohrabrivati postupanje sa učiniocem u zajednici u skladu sa načelom vladavine prava i njegovom zaštitnom funkcijom. Upotreba alternativnih mera je deo napora usmerenih ka depenalizaciji i dekriminalizaciji.

c. Zaštitna funkcija prava

Uvođenje, sadržina i primena alternativnih mera propisuje se zakonom. Izbor se vrši na osnovu sledećih kriterijuma: vrste i težine izvršenog dela, ličnih svojstava i prošlosti učinioca, svrhe kažnjavanja i prava žrtve. Sudska i druga slična tela koja (u svim fazama procesa) imaju diskreciono ovlašćenje da primene ovakve mere moraju ga koristiti odgovorno u skladu sa vladavinom prava.

Alternativne mere koje učiniocu nameću neku obavezu, mogu se primeniti samo uz pristanak učinioca. Odluka o nametanju alternativnih mera podleže i posle primene reviziji sudske ili druge nadležne vlasti. Takođe, učinilac kome je određena neka od ovih mera ima pravo na žalbu sudskom ili sličnom telu u pogledu stvari koje se tiču njegovih prava. U slučaju da su povređena njegova međunarodno priznata ljudska prava, treba predvideti mehanizme za naknadu štete i ispraviti nepravilnosti.

Alternativne mere ne smeju sadržati medicinske i psihološke eksperimente na učiniocu i nepotrebne rizike od fizičkog ili mentalnog povređivanja. U svakom trenutku, neophodno je zaštititi dostojanstvo učinioca, a njegova prava ne mogu se ograničiti više od onoga što je predviđeno u inicijalnoj odluci o primeni alternativne mere. Pravo na privatnost učinioca i njegove porodice mora biti zagarantovano. Dosije učinioca je strogo poverljive prirode i ne sme se omogućiti uvid u njega trećim licima (izuzev onih koja imaju neposredne veze sa izrekom presude).

2. Faza koja prethodi suđenju

U ovom delu govori se o ovlašćenju policije, tužilaštva ili drugih organa koji se bave krivičnim slučajevima da – kada to smatraju opravdanim i ukoliko je u skladu sa rešenjima sadržanim u pravnom sistemu – puste učinioca pod unapred navedenim uslovima. Ukoliko se radi o izvršiocima lakših krivičnih dela, tužilac im može nametnuti odgovarajuće alternativne mere.

Pritvor pre suđenja treba koristiti samo kao krajnju meru u krivičnom postupku. On ne sme trajati duže no što je neophodno da se ostvari zaštita društva, prevencija kriminaliteta ili poštovanje zakona i prava žrtava. Primenjuje se humano i uz poštovanje ljudskog dostojanstva. Učinilac ima pravo žalbe na odluku o određivanju pritvora nadležnom sudskom ili drugom organu.

3. Suđenje i presuda

Ukoliko postoji mogućnost primene alternativne mere, sud pri donošenju odluke mora imati u vidu rehabilitacione potrebe učinioca, zaštitu društva i interese žrtve, koju treba konsultovati kada god je to moguće.

U ovoj fazi sudu je za donošenje presude od velikog značaja izveštaj o činjenicama koje se odnose na socijalno stanje učinioca koje je uticalo na njegovo prestupništvo, kao i na vršenje konkretnog dela („izveštaj o socijalnoj situaciji učinioca“). Izveštaj sastavljaju ovlašćeni organi i on se mora zasnivati na činjenicama, biti objektivna i nepristrasna, sa jasno formulisanim predlogom.

Sud može doneti sledeće odluke:

- izreći verbalne sankcije (opomena, ukor, upozorenje);
- uslovno odustati od gonjenja;
- izreći statusne kazne;
- odrediti imovinske i novčanu kaznu (u fiksnom ili u iznosu dnevne zarade);
- narediti konfiskaciju ili eksproprijaciju imovine;
- izreći obavezu da se žrtva obešteti ili joj se povrati oduzeta stvar;
- obustaviti izvršenje kazne ili je izreći uz odloženu primenu;
- izreći uslovnu osudu uz sudski nadzor;
- narediti rad u korist zajednice;
- uputiti na centar za (socijalno) staranje;
- izreći kućno zatvaranje; ili
- (bilo koju) drugu meru vaninstitucionalnog postupanja.

4. Faza posle presude

U cilju sprečavanja institucionalizacije /23*/ i pomoći učiniocu u ranoj fazi pre (konačnog) otpuštanja iz kaznene ustanove, nadležni organi moraju imati na raspolaganju više alternativnih mera:

- puštanje na odsustvo i u ustanove poluotvorenog tipa;
- dozvola izlaska iz zavoda u cilju radnog angažovanja ili obrazovanja;
- različiti oblici uslovnog otpusta;
- otpuštanje sa izdržavanja kazne;
- amnestija odn. pomilovanje.

5. Primena alternativnih mera

a. Nadzor

Svrha nadzora je smanjenje verovatnoće da će lice ponovo izvršiti krivično delo. Najprikladniji oblik nadzora mora se odrediti u svakom pojedinačnom slučaju, a neophodno je periodično ga preispitivati i, po potrebi, prilagoditi novim činjenicama. Učiniocu – uz nadzor – treba pružiti psihološku, socijalnu i materijalnu pomoć.

b. Uslovi

Ako nadležni organ oceni da učiniocu treba nametnutu neke uslove, pre te odluke treba da uzme u obzir potrebe društva, ali i prava učinioca i žrtve. Ti uslovi treba da budu praktični, precizni i malobrojni. Pre no što budu primenjeni, učinilac mora dobiti objašnjenje (usmeno i pismeno) pod kojim uslovima će doći do primene mere, a posebno koje su njegove obaveze i prava. U skladu sa napretkom u ponašanju učinioca, ovi uslovi mogu biti promenjeni.

c. Primena tretmana

U toku primene alternativne mere, u nekim slučajevima je potrebno razviti različite šeme postupanja kao što su radna terapija, grupna terapija, rezidencijalni programi i specijalizovani tretmani namenjeni različitim kategorijama učinilaca – sve u cilju kretanja u susret potrebama tog lica. Terapije vode profesionalci sa odgovarajućim obrazovanjem i praktičnim iskustvom. O preduzetim postupcima vodi se posebna evidencija.

Onda kada se zaključi da je tretman neophodan, treba se potruditi da bi se shvatilo prethodno iskustvo učinioca, njegove sposobnosti, inteligencija, vrednosti koje prihvata, a posebno okolnosti koje su dovele do vršenja dela. U tretman može biti uključena zajednica i sistem društvene podrške primeni alternativnih mera.

d. Disciplina i kršenje uslova

Alternativne mere mogu se promeniti ili ukinuti ako učinilac ne postupi po uslovima koji su mu predočeni. Tu odluku donosi zakonom određeno telo posle temeljnog preispitivanja činjenica dobijenih od nadležnog službenika.

Neuspeh u primeni alternativne mere ne mora rezultirati nametanjem zatvorske kazne. Njena primena dolazi u obzir samo ako ne postoji tom slučaju odgovarajuća alternativa. Hapšenje i zadržavanje učinioca u takvim situacijama moguće je propisati samo zakonom.

Ako dođe do izmene ili ukidanja alternativne mere, učinilac ima pravo na žalbu sudskom ili drugom nadležnom, nezavisnom organu.

6. Osoblje

Pri zapošljavanju na poslovima primene alternativnih sankcija nedopuštena je bilo kakva diskriminacija kandidata. Lica koja se imenuju moraju lično biti prikladna za vršenje ovih poslova i – uvek kada je to moguće – imati odgovarajuće stručno obrazovanje i praktično iskustvo. Te kvalifikacije treba unapred jasno propisati. Osoblju treba pružiti prikladan status, dodeliti odgovarajuću platu i pogodnosti u skladu sa prirodom posla. Takođe, potrebno je omogućiti im stručni razvoj i napredovanje u karijeri.

Pre stupanja na dužnost, osoblje mora proći obuku koja uključuje upoznavanje sa prirodom alternativnih mera, svrhom nadzora i modalitetima njihove primene. I po stupanju na posao, osoblje je dužno da unapređuje svoja znanja i stručne sposobnosti u okviru službe u kojoj rade.

7. Volonteri i drugi resursi zajednice

Sudelovanje javnosti javlja se kao glavni faktor učvršćivanja veza između učinioca koji je podvrgnut primeni alternativne mere, porodice i zajednice. U ovom sklopu, važno je obezbediti razumevanje i saradnju javnosti. Vladine agencije, privatni sektor i širu javnost treba podsticati da podržavaju volonterske organizacije koje promovišu nezavodske mere.

U tom cilju, trebalo bi redovno održavati konferencije, seminare i druge oblike aktivnosti koji podstiču svest o potrebi učešća javnosti u primeni alternativnih mera. U tu svrhu treba koristiti i uticaj medija.

Pre odluke da se angažuju volonteri, treba pažljivo proučiti i odbrati one koji pokazuju najviše sposobnosti i interesovanja za posao. Zatim ih treba obučiti za aktivnosti koje će vršiti. Volonteri moraju biti osigurani od nezgode, povrede i odgovornosti za štetu nanetu trećim licima u vršenju dužnosti. Oni imaju pravo na naknadu troškova koji su u tom sklopu nastali, a potrebno je i odati im i javno priznanje za ono što čine za dobrobit zajednice.

8. Istraživanje, planiranje, utvrđivanje politike i procena

Poseban napor treba uložiti da se javne i privatne organizacije uključe u organizaciju i promociju istraživanja o alternativnim merama. Potrebno je izučavati probleme sa kojima se suočavaju klijenti, lekari, zajednica i oni koji donose političke odluke.

Programe za alternativne mere treba sistematski planirati i provoditi kao integralni deo kazneno popravnog sistema. Nužno je vršiti redovne procene efekata njihove primene, kao i periodične revizije radi procene ciljeva, funkcionisanja i efikasnosti alternativnih mera.

Povezivanje relevantnih službi i međunarodna naučna saradnja mogu značajno doprineti razvoju sistema alternativnih sankcija.

Na ovaj način, predstavljen je ukratko sadržaj najvažnijeg dokumenta UN o zavodskim krivičnim sankcijama, /24*/ a sada ćemo se pozabaviti stanjem u Evropi.

2. NORMATIVNE AKTIVNOSTI NA STAROM KONTINENTU

Na evropskom kontinentu odlučujući uticaj na širenje sistema nezavodskih sankcija ima Savet Evrope, odn. njegove institucije, a pre svih Komitet ministara država članica koji je usvojio veći broj rezolucija i preporuka koje su od značaja za ovu materiju. Ovde ćemo navesti samo neke koje se neposredno odnose na mere i sankcije koje se sprovode vaninstitucionalno:

- Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili uslovno oslobođenim licima (ETS br. 51)
- Preporuka br. R (92)16 o Evropskim pravilima o sankcijama i merama koje se sprovode u zajednici;
- Preporuka br. R (99)19 o medijaciji u krivičnim stvarima;
- Preporuka br. R (99)22 o prenaseljenosti zavoda i porastu zavodske populacije;
- Preporuka br. R (2000)22 o poboljšanju primene Evropskih pravila o sankcijama i merama koje se sprovode u zajednici;
- Preporuka br. R (2003)22 o uslovnom otpustu; i

– Preporuka br. R (2006)6 o pružanju pomoći žrtvama krivičnih dela.

Uzimajući u obzir navedene i druge dokumente Saveta Evrope /25*/ i već navedena *Tokijska pravila*, na 1075. sastanku Saveta ministara država članica 20. januara 2010. usvojena je Preporuka CM/Rec(2010)1 o Probacionim pravilima Saveta Evrope, a istog dana usvojeni su i Komentari Evropskog odbora za probleme kriminaliteta (CDPC) na Probaciona pravila Saveta Evrope (u daljem tekstu *Komentari CDPC*).

Probaciona pravila Saveta Evrope

Sistematika *Pravila* je sledeća: u Delu prvom ukazuje se na područje važenja, primenu, definicije i osnovna načela; Deo drugi odnosi se na organizaciju i osoblje; Deo treći na odgovornost i odnose sa drugi agencijama; Deo četvrti na probacione poslove; Deo peti na postupak nadzora; Deo šesti na ostale poslove agencija za probaciju; Deo osmi na postupke povodom prigovora, kontrolu i praćenje; Deo osmi na istraživanje, ocenjivanje, saradnju sa medijima i javnošću. Posebno je dat Rečnik korišćenih pojmova, već smo naglasili da deo dokumenta predstavljaju i *Komentari CDPC* koje ćemo dati zajedno sa izlaganjem osnovnih odredaba Probacionih pravila.

Deo I

Probacionim pravilima uređuje se osnivanje i rad agencija za probaciju, ali se ona primenjuju i na ostale (državne, nevladine i komercijalne) organizacije kada vrše poslove određene ovim pravilima. Ni jedno od pravila sadržanih u dokumentu ne može se tumačiti tako da isključuje bilo koji relevantan međunarodni instrument zaštite ljudskih prava i standarde u pogledu postupanja sa učiniocima krivičnih dela.

DEFINICIJE

Probacija – izraz se odnosi na primenu (implementaciju) mera i sankcija zakonom propisanih i namenjenih učiniocu krivičnog dela, a koje se sprovode u zajednici. Uključuje niz aktivnosti i intervencija, u koje spadaju nadzor, vođenje i pomoć, a njihovi ciljevi su socijalna integracija učinioca i doprinos sigurnosti zajednice.

U *Komentarima CDPC* se ističe da je probacija „poznat pojam koji ... se odnosi na nadzor nad učiniocima krivičnih dela koji se vrši u zajednici i na organizacije koje su zadužene za njegovo obavljanje“. Probacija takođe naglašava i uslovljenost: ako lice ponovi krivično delo ili ne postupa u skladu sa propisanim uslovima, može biti vraćeno pred sud i biti kažnjeno. Definicija takođe ističe zakonski osnov određivanja ovakvog nadzora, kao što se naglašava i da se kao odgovor na izvršena krivična dela ovde pojavljuje nadzor i da je određena i svrha postupanja.

Agencija za probaciju (AZP) – u pitanju je svako zakonom određeno telo koje sprovodi gore navedene zadatke, a uz to (zavisno od rešenja u nacionalnom pravnom sistemu) oni mogu uključiti i pružanje informacija i saveta pravosudnim i dru-

gim telima koja donose odluke, vođenje i pružanje podrške učiniocima krivičnih dela za vreme dok su lišeni slobode u cilju njihovog pripremanja za izlazak iz zavoda i resocijalizacije; praćenje i podrška licima koja su puštena na slobodu; intervencije restorativne pravde; i pružanje pomoći žrtvama krivičnih dela.

Sankcije i mere koje se sprovode u zajednici – njihova primena podrazumeva da učinioci krivičnih dela ostaju u zajednici, ali uključuje i neka ograničenja njihove slobode utvrđivanjem uslova i/ili obaveza. U pitanju su sankcije koje izriče nadležno pravosudno ili upravno telo, zatim i bilo koja mera koja se preuzima pre odluke o sankciji ili umesto nje, kao i sprovođenje kazne zatvaranja izvan zavodske ustanove.

Naknadna podrška – u pitanju je proces reintegracije učinioca krivičnog dela u zajednicu na konstruktivan, planiran i nadgledan način. Sprovodi se dobrovoljno i posle njegovog puštanja na slobodu. Ovaj izraz treba razlikovati od „resocijalizacije“ koja se odnosi na zakonom predviđeno uključivanje posle puštanja na slobodu.

OSNOVNA NAČELA

- *Svrha delovanja agencija:* cilj AZP je da se smanji broj krivičnih dela izvršenih u povratu. Sa učiniocima tih dela uspostavljaju se pozitivni odnosi što omogućava da ih nadgledamo (to – tamo gde je potrebna – uključuje i kontrolu), vodimo i pružamo pomoć i unapređujemo njihovu socijalnu integraciju. Na taj način, probacija doprinosi sigurnosti zajednice i pravičnosti suđenja.

- *Poštovanje prava učinilaca i žrtava:* AZP moraju poštovati ljudska prava učinilaca krivičnih dela. Sve njihove aktivnosti preduzimaju se uz poštovanje ljudskog dostojanstva, zdravlja, sigurnosti i dobrobiti tih lica. Takođe, u slučajevima kada agencije za probaciju rešavaju pitanja vezana za žrtve krivičnih dela, one moraju poštovati njihova prava i potrebe. /26*/

- *Individualizacija:* AZP moraju u potpunosti uzeti u obzir pojedinačne karakteristike, okolnosti i potrebe učinilaca krivičnih dela kako bi se omogućilo pravedno i pravično postupanje u svakom pojedinačnom slučaju.

- *Nediskriminacija:* Agencije moraju sprovesti intervencije bez pravljenja razlika po bilo kom osnovu: poput pola, rase, boje kože, jezika, invaliditeta, seksualne orijentacije, političkog ili drugog opredeljenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, povezanosti sa nacionalnom manjinom, imovine, rođenja ili drugog statusa. /27*/

- *Načelo minimalne intervencije:* granice intervencije su određena na taj način da prilikom primene bilo koje od sankcija i mera, AZP ne smeju učiniocu nametnuti teret ili ograničenja veće od onih koji bi u takvom slučaju mogli, na osnovu težine učinjenog dela ili zbog rizika od njegovog ponovnog vršenja, bili nametnuti odlukom suda ili upravnog organa.

- *Načelo dobrovoljnosti:* koliko god je to moguće, AZP od učinilaca krivičnih dela moraju tražiti pristanak i saradnju za aktivnosti koje prema njima preduzimaju. Za svaku intervenciju pre konačnog utvrđivanja krivice učinioca krivičnog dela, potreban je njegov informisani pristanak /28*/ koji ne utiče na pretpostavku nevinosti. /29*/

- *Nacionalna prava regulativa:* ustanovljavanje AZP, njihove nadležnosti i odnosi sa drugim državnim organima i ostalim telima uređuje se nacionalnim zakonodavstvom.

- *Odgovornost javne vlasti*: čak i kada poslove iz ove oblasti obavljaju druge agencije ili volonteri, javne vlasti su odgovorne za probaciju. /30*/
 - *Status i finansiranje*: AZP će biti obezbeđen odgovarajući položaj, priznanje (orig. 'recognition') i odgovarajuća sredstva. /31*/
 - *Odnos sa drugim telima i organizacijama*: tela koja donose odluke trebalo bi, tamo gde je to prikladno, da koriste stručne savete i saraduju sa AZP u cilju smanjivanja recidivizma i kao podršku korišćenja alternativa zatvaranju. /32*/
- AZP u cilju socijalne integracije učinilaca krivičnih dela partnerski saraduju sa drugim javnim ili privatnim organizacijama i lokalnim zajednicama. Koordinisan i komplementaran među-agencijski i interdisciplinarni rad pretpostavka je odgovora na često složene potrebe učinilaca, ali i zahteva zajednice za jačanjem sigurnosti.
- *Etičnost i profesionalnost*: sve aktivnosti i intervencije koje preduzimaju AZP moraju biti u skladu sa najvišim nacionalnim i međunarodnim etičkim i profesionalnim standardima.
 - *Pravo na pravni lek*: radi pobijanja odluka koje se odnose na probaciju moraju biti dostupne nepristrasne i delotvorne procedure za podnošenje prigovora.
 - *Kontrola rada*: AZP će biti predmet redovne vladine inspekcije i nezavisnog nadgledanja. /33*/
 - *Istraživanja*: nadležna tela trebalo bi da povećaju delotvornost probacionog rada podsticanjem istraživanja koja će se koristiti za usmeravanje probacione politike i prakse. /34*/
 - *Odnosi sa javnošću*: mediji i javnost obaveštavaju se o radu AZP u cilju podsticanja boljeg razumevanja njihove uloge i važnosti u društvu. /35*/

Deo II

ORGANIZACIJA

Struktura, status i sredstva AZP moraju odgovarati obimu i značaju poslova koji su im povereni. Nezavisno o toga da li probacione usluge pružaju javne ili privatne organizacije, one deluju u skladu sa uputstvima u pravilima koje određuju nadležna tela. Angažovanje privatnih agencija za vršenje probacionih poslova mora, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, biti odobreno od strane nadležnih tela.

OSOBLJE

Status i rad osoblja važna su pretpostavka da AZP zadobiju poverenje ostalih pravosudnih agencija i civilnog društva. Nadležna tela doprinose ostvarenju tog cilja davanjem odgovarajućih sredstava, sprovođenjem selekcije i zapošljavanjem osoblja, obezbeđivanjem odgovarajuće naknade i dobrim upravljanjem.

Izbor osoblja mora se vršiti po unapred određenim kriterijumima koji naglašavaju integritet, humanost, stručne sposobnosti i ličnu podobnost za obavljanje ovih složenih poslova.

Početnu obuku prolaze svi zaposleni, tokom karijere oni moraju unapređivati svoja znanja i sposobnosti, a zaposlenima se, u skladu sa dužnostima koje obavljaju, mora omogućiti odgovarajuće usavršavanje. Posebna pažnja posvećuje se obuci i osposobljavanju za korišćenje diskrecionih odluka kako bi ih zaposleni donosili u skladu sa zakonom, etikom, politikom organizacije, kao i najsavremenijih metodoloških standarda i kodeksa ponašanja. Takođe, specijalna obuka obavlja se sa zaposlenima koji rade sa učiniocima specifičnih krivičnih dela, kao i sa žrtvama koje su posebno ranjive ili imaju naročite potrebe.

Brojnost osoblja mora biti dovoljna za delotvorno obavljanje poslova. Svaki od zaposlenih mora imati toliki broj predmeta koji mu omogućava da efikasno i humano nadzire, usmerava i pomaže učiniocima krivičnih dela i (gde je to moguće i celishodno) njihovim porodicama i žrtvama. U slučaju da je broj izvršilaca manji od potrebnog, rukovodstvo (uprava) agencije odgovorno je za rešavanje te situacije i mora davati uputstva osoblju koji zadaci su prioritetni.

Za konkretne aktivnosti, odgovaraju zaposleni. Sa druge strane, uprava mora osigurati kvalitet probacionih poslova kroz rukovođenje, usmeravanje, praćenje i motivisanje osoblja. Ona mora nastojati da razvije i održava delotvornu saradnju sa drugim agencijama i partnerima, volonterima, organima javne vlasti, medijima i javnošću.

Naknade, beneficije i uslovi zapošljavanja moraju biti u funkciji privlačenja i zadržavanja odgovarajućeg osoblja. Ukoliko su u nekim probacionim poslovima angažovani volonteri, i njima moraju biti obezbeđeni podrška i odgovarajuća sredstva.

Deo III

Ovde se izlaže o odnosima sa drugim agencijama i o odgovornosti. Pre svega, AZP se povezuju sa pravosudnim telima i pružaju im informacije koje se odnose na verovatan uticaj lišenja slobode i izvodljivost mera i sankcija kojima se ona ne oduzima (uopšteno i u konkretnom slučaju). One saraduju i sa drugim subjektima pravosudnog sistema, potpornim agencijama i širim civilnim društvom, sve u cilju delotvornijeg sprovođenjem njihovih zadataka i obaveza. AZP podstiču i pomažu one agencije koje su zadužene za davanje podrške učiniocima krivičnih dela.

Bez obzira da li su AZP i zavodske službe deo iste organizacije ili su samostalne službe, one moraju blisko saradivati kako bi doprinele uspešnom prelasku iz zavodskih uslova života u zajednicu van ustanove.

Tamo gde za to postoje uslovi, sklopiće se partnerski sporazumi između agencija. U njima će biti precizirani uslovi saradnje i pomoći – kako uopšte, tako i u konkretnom slučaju. U okviru koji određuju nacionalni pravni sistemi prilikom svakog uspostavljanja partnerskih odnosa među agencijama, biće formalno određena jasna pravila o profesionalnoj tajni, zaštiti podataka i razmeni informacija.

AZP podnose redovno nadležnim telima opšte izveštaje i povratne informacije o svom radu.

Deo IV

U delu koji se odnosi na probacione poslove izlaže se o savetodavnim izveštajima, radu u javnom interesu, merama nadzora, radu sa porodicom učinioca krivičnog dela, elektronskom nadzoru, resocijalizaciji i naknadnom staranju.

IZVEŠTAJI ZA POTREBE KRIVIČNOG POSTUPKA

Ukoliko je to predviđeno u nacionalnom pravu, AZP mogu za potrebe vođenja krivičnog postupka pripremati izveštaje o licima za koja se sumnja da su učinioci krivičnih dela čime pomažu pravosudnim telima da donesu odluku o njihovom gonjenju, a ako je ono preduzeto – o tome koje bi sankcije ili mere bile odgovarajuće. Ovakvi izveštaji moraju se bazirati na nedvosmisleno utvrđenim činjenicama, koje treba proveravati i dopunjavati u toku postupka.

Licima o kojima se sastavlja izveštaj treba pružiti priliku da se uključe u njegovu pripremu, a gde je to moguće, u izveštaju treba navesti mišljenje tog lica ili njegovog pravnog zastupnika.

OSTALI SAVETODAVNI IZVEŠTAJI

Nacionalni pravni sistem može predvideti i da AZP pripremaju savetodavne izveštaje za potrebe nadležnih tela koje su od značaja za donošenje odluka vezanih za puštanje učinioca krivičnog dela u zajednicu (o izvodljivosti takvog postupka, posebnim uslovima koji bi trebalo da budu ispunjeni ili o bilo kojoj intervenciji koja je potrebna u pripremanju za to puštanje). I ovde je, na isti način kao i u prethodnom slučaju, potrebno da se u pripremu izveštaja uključi učinilac krivičnog dela.

RAD U JAVNOM INTERESU

U *Pravilima* je data sledeća definicija ovog oblika krivične reakcije:

„Rad u javnom interesu je sankcija ili mera koja podrazumeva od strane AZP organizovanje i nadgledanje neplaćenog rada za opšte dobro zajednice, a predstavlja stvarnu ili simboličnu naknadu za štetu koju je prouzrokovao učinilac krivičnog dela.“

Ovaj rad ne sme biti stigmatizujuće prirode, a AZP će nastojati da identifikuje i koristi radne zadatke koji podržavaju razvoj veština i socijalnu integraciju učinioca. Rad ne sme imati za cilj sticanje profita, a prilikom izbora poslova, AZP uzimaju u obzir sigurnost zajednice i neposrednih korisnika radova.

Mere za zaštitu zdravlja i sigurnosti moraju na odgovarajući način štititi učinioca krivičnih dela kojima je određena ova mera i one ne smeju biti manje od onih koje važe za ostale radnike.

Da bi se obezbedili poslovi koji su prikladni veštinama i potrebama učinilaca krivičnih dela, AZP sastavljaju šeme rada u javnom interesu, pri čemu posebnu pažnju posvećuju potrebama žena, lica sa invaliditetom, mlađih i starih učinilaca krivičnih dela. Učinioci će biti konsultovani o vrsti poslova koje treba da obavljaju.

MERE NADZORA

Ako je to zakonom date zemlje predviđeno, AZP mogu pre, tokom ili posle suđenja sprovoditi nadzor: za vreme dok je učinilac pušten iz pritvora da se brani

sa slobode, oslobođenja uz jemstvo, uslovnog odustajanja od krivičnog gonjenja, uslovne osude ili pretnje kaznom i ranijeg otpusta sa izdržavanja kazne.

Nadzor mora uzeti u obzir raznovrsnost i specifičnost potreba konkretnog učinioca. On se ne sme svesti samo na kontrolu, jer predstavlja i sredstvo da se učinioci posavetuju i motivišu, kao i da im se pomogne. Trebalo bi da bude kombinovan sa ostalim intervencijama koje sprovode AZP i druge agencije na planu tretmana, obuke, razvoja veština i omogućavanja zapošljavanja.

RAD SA PORODICOM UČINIOCA

Nacionalno zakonodavstvo može predvideti da AZP (direktno ili angažovanjem partnerskih organizacija) nude podršku, savet i informacije porodicama učinioca krivičnih dela.

ELEKTRONSKI NADZOR

Ovaj način praćenja može biti deo probacionog nadzora i tada se kombinuje sa intervencijama čiji je cilj ostvarenje rehabilitacije i davanja podrške uzdržavanju od ponavljanja krivičnih dela. Uzimajući u obzir težinu izvršenog krivičnog dela i rizik po bezbednost zajednice, određuju se intenzitet i modalitet elektronskog nadzora.

RESOCIJALIZACIJA

U skladu sa uspostavljenom odgovornošću za nadzor nad učiniocem krivičnog dela posle njegovog puštanja na slobodu, AZP moraju saradivati sa zavodskim vlastima, učiniocima, njihovim porodicama i zajednicom, kako bi se pripremili za izlazak na slobodu i njihovu reintegraciju u društvo. Posebno je bitno uspostavljanje kontakata AZP sa nadležnim službama u zavodima, kako bi se dala podrška socijalnoj i profesionalnoj integraciji ovih lica po puštanju na slobodu.

U tu svrhu, AZP će se osigurati potreban pristup zatvorenicima radi pripremanja njihovog puštanja na slobodu i planiranja njihove resocijalizacije, u cilju osiguranja kontinuiranog staranja nad njima. Nadzor posle prevremenog otpusta ima za cilj ostvarenje resocijalizacionih potreba, poput zapošljavanja, rešavanja stambenog pitanja, obrazovanja, osiguranja njegovog postupanja u skladu sa uslovima otpusta – sve u cilju smanjenja rizika ponovnog vršenja krivičnog dela i izazivanja štete većih razmera.

NAKNADNO STARANJE

Kada ispune obaveze predviđene za period posle puštanja na slobodu, AZP mogu (ako je to predviđeno u nacionalnom pravnom sistemu) učiniocima krivičnih dela ponuditi usluge naknadnog staranja na dobrovoljnoj bazi, kao pomoć u nastavku života u skladu sa zakonom.

RAD SA STRANCIMA I DOMAĆIM DRŽAVLJANIMA OSUĐENIM U INOSTRANSTVU

Ukoliko dođe do prenosa probacionih poslova prema učiniocima krivičnih dela koji su strani državljanima, ta lica moraju biti obavještena o svojim pravima u ovom postupku. Treba uspostaviti i održavati trajnu i neposrednu saradnju sa relevantnim

probacionim službama u zemljama njihovog porekla jer to omogućava sklapanje sporazuma o povratku učinilaca u svoje države.

Takođe, AZP moraju, uz saglasnost nacionalnih tela, ostvariti neprekinut kontakt i davati podršku domaćim državljanima kojima je izrečena kazna u inostranstvu, kao i podsticati ih da koriste relevantne agencije koje mogu dati podršku njihovom povratku.

Deo V

Ova celina bavi se različitim procedurama u postupku nadzora – od procene, planiranja, intervencije, do vođenja evidencija i zaštite poverljivosti informacija.

PROCENA UČINIoca

Pre i tokom nadzora, kada je to potrebno, sprovede se procena učinioca krivičnog dela koja mora sadržati svestrano sagledavanje slučaja, uključujući rizike, pozitivne faktore, intervencije neophodne za izlaženje u susret potrebama i reagovanje učinioca na ove intervencije. Procena je trajan proces i njena tačnost i relevantnost se periodično proverava.

Učiniocima treba omogućiti da aktivno doprinose ovakvoj proceni, što uključuje uvažavanje njegovih stavova i želja, kao i ličnih napora i odgovornosti za izbegavanje ponovnog vršenja krivičnih dela. Učinilac će biti upoznat sa postupkom i rezultatima procene.

Vršenje procene se posebno preporučuje u sledećim slučajevima:

- u vreme određivanja sankcije ili mere ili kada se razmatraju alternative krivičnom postupku;
- na početku perioda za koji je određen nadzor;
- kad god je došlo do značajnih promena u životu učinioca;
- kada se razmatra promena prirode i nivoa nadgledanja; i
- na kraju sprovođenja mere nadzora.

Osoblje se mora obučiti za vršenje procena, kako bi razumelo potencijalne vrednosti i ograničenja postupka.

PLANIRANJE

Na osnovu početne procene, nadležna tela izrađuju plan rada za primenu svih sankcija i mera i unose ga u odgovarajući dosije. U njemu se navode intervencije koje će se izvršiti, tako da on usmerava rad AZP i omogućava osoblju i učiniocima krivičnih dela da procene napredak u ostvarivanju postavljenih ciljeva. Posle revizije procene, plan rada će se (na osnovu toga) takođe revidirati.

Trebalo bi da plan bude dogovoren i usaglašen sa učiniocem krivičnog dela.

INTERVENCIJE

Cilj intervencije je rehabilitacija učinioca i njegovo odvratanje od vršenja novih krivičnih dela. AZP bi trebalo omogućiti korišćenje različitih metoda postupanja

koji se zasnivaju na interdisciplinarnom pristupu i saznanjima koja proizlaze iz relevantnih istraživanja.

Učiniocima krivičnog dela mora biti prethodno u potpunosti upoznat sa svakom predloženom intervencijom. Potrebno je uložiti napor kako bi se obezbedilo njegovo aktivno učestvovanje u tim intervencijama.

U postupku pripreme intervencije, AZP moraju, kada je to potrebno, pozvati na saradnju agencije za podršku. Nezavisno od broja lica koja daju doprinos radu sa učiniocima krivičnih dela, u svakom pojedinom predmetu mora se znati ko je odgovorni zaposleni čiji zadatak je da: proceni, elaboriše i koordiniše opšti plan rada, a zatim da osigura kontakt sa učiniocem i njegovo poštovanje postavljenih uslova. Ovo je posebno važno kada se rad sa učiniocem odvija kroz više intervencija ili ako je uključeno više agencija.

PERIODIČNA I KONAČNA OCENA

Nivo ostvarenog napretka pojedinog učinioca krivičnog dela ocenjuje se u redovnim vremenskim intervalima, a ona utiče na plan rada tokom preostalog vremena nadzora. Ocenjivanje se ulaže u dosije, a može biti predmet i naknadnih izveštaja telu koje donosi odluku.

Premet ocene su i mera u kojoj je dogovoreni plan jasno određen, sproveden i koliko željenih efekata je proizveo. AZP moraju imati mogućnost (tamo gde za to postoji potreba) da telu koje donosi odluke postavljaju zahteve da izmeni ili okonča nadzor.

U dokumentu kojim se vrši ocenjivanje unosi se i stav učinioca o primerenosti nadzora.

Na kraju perioda nadzora vrši se konačno ocenjivanje. Učiniocima krivičnih dela ukazuje se da ova procena ostaje u njihovim dosijeima i da se na nju mogu pozvati u budućnosti.

SPROVOĐENJE I PRIDRŽAVANJE

Delovanje AZP mora biti takvo da se učinioci krivičnih dela pridržavaju pravila kojima im je određen nadzor i uslova u njima. U tom cilju, agencije se ne oslanjaju isključivo na pretnju sankcijama koje su predviđene za slučaj nepridržavanja.

Učinioci moraju biti potpuno svesni šta se od njih traži, koje su dužnosti i odgovornosti probacionog osoblja i koje su posledice nepridržavanja. Ako do toga dođe, probaciono osoblje mora delovati aktivno i bez odlaganja. Pri izboru odgovora na ovakvo postupanje učinioca, trebalo bi uzeti u obzir okolnosti zbog kojih je došlo do nepridržavanja.

VOĐENJE EVIDENCIJA I TAJNOST PODATAKA

Sve agencije za probaciju vode tačnu i ažurnu evidenciju u propisanoj formi. Ona obično sadrži lične podatke o licima na koje se odnose, o primenjenoj sankciji ili meri, o kontaktima lica sa agencijom i poslovima koji su s tim u vezi obavljani. Takođe, evidencija sadrži i prethodne procene, plan, intervencije i ocene.

Ovde se primenjuju pravila o poverljivosti i zaštiti podataka predviđena nacionalnim zakonodavstvom. Podaci se mogu dati samo drugim nadležnim agencijama, na osnovu striktnih procedura i mogu biti korišćeni samo za jasno određene svrhe.

Evidencije pomažu utvrđivanju odgovornosti. Uprave su dužne da ih redovno proveravaju i moraju biti dostupne za formalne kontrole. AZP moraju imati mogućnost da podnose izveštaje pravosudnim i drugim nadležnim telima. U njima se navode izvršeni poslovi, napredak učinilaca krivičnih dela i njihovo pridržavanje pravila koja su im predočena.

Učinioci imaju, u skladu sa rešenjima predviđenim u nacionalnom zakonodavstvu, pravo pristupa svojim dosijeima pod uslovom da se time ne vredi pravo na privatnost drugih. Učinioci imaju pravo da ospore sadržaj ovih evidencija.

Deo VI

Kao ostali poslovi AZP navode se u ovom delu rad sa žrtvama krivičnih dela, prakse restorativne pravde i prevencija kriminaliteta.

RAD SA ŽRTVAMA KRIVIČNIH DELA

U slučajevima koji su predviđeni, AZP pružaju usluge žrtvama krivičnih dela čime im pomažu u suočavanju sa posledicama učinjenog dela, uzimajući pri tom u obzir različitost njihovih potreba. Ako za tim postoji potreba AZP se povezuju sa službama za pomoć žrtvama krivičnih dela kako bi pomogle zadovoljenju njihovih potreba.

Kada su AZP u kontaktu sa žrtvama i traže njihovo mišljenje, ove treba na prikladan način obavestiti da odluke vezane za određivanje sankcije učiniocu ne zavise samo od štete koja je učinjena žrtvi, nego i od čitavog niza drugih činilaca.

Čak i kada AZP nisu u kontaktu sa žrtvama, intervencije moraju poštovati njihova prava i potrebe, a neophodno je i da podignu svest učinilaca krivičnih dela o šteti koju su naneli žrtvi i odgovornosti za nju.

PRIMENA MEHANIZAMA RESTORATIVNE PRAVDE

Ako su AZP uključene u procese restorativne pravde, prava i obaveze učinilaca krivičnih dela, žrtava i zajednice moraju biti jasno određeni i potvrđeni. U tu svrhu, probaciono osoblje treba da prođe kroz odgovarajuću obuku. Nezavisno od vrste posebne intervencije koja se vrši, glavni cilj je pružanje zadovoljenja za učinjeno zlo.

PREVENCIJA KRIMINALITETA

Stručnost i iskustvo AZP mogu, u skladu sa odredbama nacionalnog prava, biti korišćeni za razvoj strategija čiji cilj je smanjenje kriminaliteta.

Deo VII

Ovde su uređeni postupci povodom prigovora, kontrola i praćenje rada subjekata zaduženih za sprovođenje probacije. Tako se od pravnog sistema zemlje očekuje da odredi jasne, dostupne i delotvorne procedure za ispitivanje i odgovor na prigovore vezane za vršenje probacije. Ti postupci trebalo bi da budu pravični i sprovedeni u skladu sa načelom nezavisnosti. Podnosilac prigovora mora biti pravovremeno obavešten o postupku i rezultatima ispitivanja.

Zadatak AZP je da osiguraju postojanje pouzdanih sistema za praćenje i unapređivanje sopstvene prakse i osigurati ispunjavanje potrebnih standarda. AZP su odgovorne pred nadležnim telima i nad njima se sprovodi redovna kontrola vlade ili nezavisno praćenje i dužne su potpuno saradivati u postupcima takvog nadzora. Rezultati nezavisnog praćenja se objavljuju.

Deo VII

U celini posvećenoj istraživanjima, saradnji sa medijima i javnošću, ukazuje se pre svega kako se politika i praksa probacije moraju u najvećoj meri zasnivati na činjenicama, zbog čega je obaveza javne vlasti da obezbedi sredstva potrebna za nepristrasno istraživanje i ocenjivanje. Revizija važećih zakonskih rešenja, politike i prakse zasniva se na jasnim naučnim rezultatima i istraživanjima koja su u skladu sa međunarodno priznatim standardima.

Mediji i javnost redovno dobijaju činjenice o radu AZP. Potrebno je informisati ih o svrsi i rezultatima probacionog rada jer se na taj način bolje razume njihova uloga i važnost u društvu.

Nadležna tela se podstiču da objavljuju redovne izveštaje o napretku na polju probacije. Akti koji se odnose na smernice za delovanje i rezultate koje su ostvarile AZP moraju biti dostupni drugim agencijama, korisnicima usluga i javnosti – nacionalnoj i međunarodnoj – u cilju promovisanja poverenja i unapređivanja standarda i prakse probacije.

DODATAK: REČNIK KORIŠĆENIH POJMOVA

Ovde su navedeni bitni pojmovi koji se u dokumentu koriste. Podsećamo da su na početku *Probacionih pravila Saveta Evrope* takođe date definicije četiri bitna pojma: „probacija“, „agencija za probaciju“, „sankcije ili mere koje se sprovode u zajednici“ i „naknadna podrška“. U navedenom Dodatku se ponavljaju njihove odredbe, a od novih pojmova objašnjeni su: – procena; – pomoć; – prigovor; – uslovi i obaveze; – kontrola; – prevencija kriminaliteta; – telo koje donosi odluku; – odvratanje; – prevremeni otpust; – ocenjivanje; – primena (implementacija); – intervencija; – organ pravosuđa; – nacionalno pravo; – učinilac krivičnog dela; – nadzor posle otpuštanja na slobodu; – rehabilitacija; – resocijalizacija; – restorativna pravda; – nadzor; – žrtva; i – volonter. /36*/

ZAKLJUČAK

Nastojanje da se pravni sistem obogati novim sankcijama i merama koje ne podrazumevaju lišenje slobode jedna je od najznačajnijih karakteristika krivičnih nauka i prakse sa kraja prošlog i početka ovog veka. Iako za najveći deo čovečanstva kazna zatvora i dalje predstavlja osnovni oblik formalne reakcije na kriminalitet, alternative ovoj sankciji ili kako se još nazivaju i „vanzavodske sankcije i mere“ polako je potiskuju u mnogim zemljama.

Da bi se taj proces nastavio, nije dovoljno samo predvideti mogućnost izricanja više ovakvih alternativa u krivičnom zakonu. To je tek prvi korak. Iskustvo govori da je isto tako važno normativno urediti postupak izvršenja nezavodskih sankcija i mera jer bez toga, stanje se u praksi neće promeniti. U tom cilju stvorena su *Tokijska pravila* Ujedinjenih nacija i *Probaciona pravila Saveta Evrope* koja ukazuju na moguća rešenja i principe kojih se države trebaju pridržavati kako bi novi model kaznene reakcije mogao da bude delotvoran.

Za Republiku Srbiju, u kojoj se krivična represija – kako u fazi vođenja postupka (pritvor) tako i posle izricanja sankcije (kazna zatvora) – uglavnom svodi na lišavanje slobode, jedan od prioriteta je unošenje u krivično izvršno pravo rešenja iz pomenutih međunarodnih dokumenata jer je to najsigurniji put da se naše kaznene ustanove rasterete svih onih učinilaca krivičnih dela prema kojima nije neophodno primeniti lišenje slobode.

Zbog toga će biti interesantno u kojoj će meri pisci Zakona o probaciji (na kome se upravo radi) uzeti u obzir principe i konkretna rešenja koje promovišu dva navedena međunarodna dokumenta usvojena u cilju ograničavanja hipertrofije zatvaranja kroz primenu probacije shvaćene u najširem smislu – kao ukupnost svih mera i sankcija koje se sprovode van zavodskih ustanova. One uključuju nadzor, vođenje i pomoć.

Cilj probacije (socijalna integracija učinioca i jačanje sigurnosti zajednice) ne može se ostvariti bez poštovanja ključnih načela od kojih su najvažnija: poštovanje prava učinilaca krivičnih dela i njihovih žrtava, nediskriminacije, individualizacije, dobrovoljnosti i minimalne intervencije.. Da bi agencije za probaciju odgovorile zahtevima koji se pred njih postavljaju, posebnu pažnju treba posvetiti određivanju njihovog položaja u sistemu organa krivične represije, izboru i statusu osoblja i mehanizmima za praćenje i kontrolu njihovog rada.

Očigledno je da širenje mehanizama vanzavodskog postupanja sa prestupnicima predstavlja ozbiljan izazov za moderne krivične sisteme i koristi koje bi ono moglo doneti (smanjenje stope povrata, rasterećenje prenaseljenih kaznenih zavoda i smanjenje troškova sistema formalne socijalne kontrole kriminaliteta) trebalo bi da motiviše one koji u ovoj oblasti odlučuju da pruže iskrenu podršku ovom trendu.

NAPOMENE

01*/ Ove druge, koje se odnose na pitanje uslova u kojima osuđenici žive nećemo ovde razmatrati jer se ona, uz malo volje i uložениh sredstava mogu rešiti bez većih problema.

- 02*/ Takvi prigovori mogli su se čuti i kasnije. Čuveni kriminolog Herman Mannheim konstatovao je pre više od šest decenija: „Teško je u istoriji metoda kažnjavanja naći tako fascinantan problem kao što je koren ideje da se lišenje slobode (samo po sebi) može koristiti kao sredstvo kažnjavanja“ /Mannheim H, 1939:45/. Jedan od najznačajnijih abolicionista druge polovine XX veka Louk Hulsman /2010/ kaznu zatvora navodi kao tipičan primer birokratskog odnosa kaznenog mehanizma prema devijantima. On kritikuje i socijalni (diskriminišući) karakter ove kazne.
- 03*/ Kako dosta naivno veruju na primer Michael Welch /2005/ i Todd Clear sa saradnicima /2006/.
- 04*/ Ta gledišta zastupaju Georg Rusche o Otto Kirchheimer /1994/ u svojoj poznatoj knjizi o kažnjavanju i društvenoj strukturi, kao i Michael Ignatieff /1978/, David Rothman /1971/ i M. Foucault /1997/.
- 05*/ Navešćemo samo ključni problem: šta god da se postavljalo kao cilj zatvaranja, nije se u tome uspelo. Ako je svrha bila odmazda da bi se zastrašivanjem odvratilo od ponovnog vršenja zločina – penitencijarni povrat je bio i ostao visok; ako je cilj bio izdvajanje zatvorenika, oni su nalazili načine komuniciranja (i međusobno i sa spoljašnjim svetom) i u najstrožijim režimima izolacije; ako je cilj bilo uticaj na osuđenike, opravdano se postavlja pitanje – kako se može pripremati za život na slobodi u ustanovama čija osnovna osobina je da predstavljaju negaciju slobode?
- 06*/ Čemu pogoduje i primena ideja abolicionističkog pokreta koji je u međuvremenu pre svega na Starom kontinentu doveo do ukidanja smrtno kazne (Savet Evrope kao uslov nekoj državi da pristupi Organizaciji postavlja da nema kapitalne kazne u registru krivičnih sankcija).
- 07*/ U polovini država koje učestvuju u projektu međunarodne komparacije stanja kriminaliteta i kaznene politike (objavljaju se u publikacijama *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*) kazna zatvora učestvuje sa više od 50% u strukturi krivičnih sankcija izrečenih punoletnim licima –v. Ignjatović /2013/.
- 08*/ U dokumentu *Strategija za reformu sistema izvršenja zavodskih sankcija u Srbiji* iz 2005. napominje se da je budžet Uprave za izvršenje krivičnih sankcija te godine iznosio oko 26 miliona evra (od čega su 80% činile plate zaposlenih). Prema najnovijim izjavama predstavnika te Uprave iz 2013, troškovi našeg penitencijarnog sistema na godišnjem nivou porasli su na 60 miliona evra.
- 09*/ Radi se o rešenjima čiji cilj je skretanje (e. *diversion*) krivičnog postupka u nepenalnom pravcu.
- 10*/ Depenalizacija je proces otklanjanja mogućnosti primene kazne, a dekarceracija smanjivanje kruga slučajeva u kojima se može primeniti kazna lišenja slobode.
- 11*/ Deportacija u kažnjeničke kolonije, prekomorske teritorije, osuda na boravak na galijama ili u moderna vremena: smeštaj osuđenika na brodove umesto u prenatrpane kaznonice.
- 12*/ To je i osnov za razlikovanje „alternativa“ od „supstituta“ kazne zatvora. Ove druge su mere i sankcije koje isključuju mogućnost izricanja lišenja slobode izvršiocima nekog krivičnog dela: umesto nje, zakonodavac je predvideo neku drugu sankciju i time isključio primenu zatvaranja na učinioce.
- 13*/ Ne radi se samo o situacijama u kojima je u posebnom delu krivičnih zakona navedeno da je sankcija za neko krivično delo na primer „novčana kazna ili zatvor do ...“. Mehanizmi ublažavanja kazne čak i za dela za koja je predviđena jedino kazna zatvora omogućavaju da ona može biti alternirana sa novčanom ili nekom drugom kaznom.
- 14*/ Odmah treba reći da je sporno spadaju li mere bezbednosti zavodskog karaktera u ovu kategoriju, jer se one primenjuju na posebne kategorije učinilaca krivičnih dela ili preciznije 'krivičnih dela u objektivnom smislu' /Stojanović, 2012/.
- 15*/ U tom pogledu kao da se malo toga promenilo od sredine prošlog veka kada je Noval Morris /1965/ konstatovao: „Kazna zatvora je danas srž svetskih kaznenih sistema. U glavama ljudi, to je prva stvar na koju se pomisli kada se pomene kažnjavanje; ona je srce svih važećih sistema krivičnog prava. Nezavisno od toga što je u vreme nastanka bila smatrana privremenim nužnim zlom, iako su njeni rezultati nezadovoljavajući i nudi malo nade za budućnost“.
- 16*/ Ovaj autor ukazuje na potrebu razlikovanja između 'poluslobode' (one ublažavaju izolaciju lica osuđenog na zatvor) i 'poluzatvora' (samostalna kazna kojom se lice obavezuje da određen broj sati – o vikendu ili praznicima – provede u zavodskoj ustanovi).

- 17*/ U početku, osnovna razlika bila je u tome što se kod uslovne osude odlaže izvršenje izrečene kazne zatvora, a kod probacije se odlaže samo njeno izricanje. Osim toga, uz odlaganje se kod probacije predviđala mogućnost obavezivanja prestupnika na određena činjenja ili uzdržavanja, dok u kontinentalnom sistemu uslovne osude takva mogućnost nije bila predviđena. Vremenom, ova dva modela su se približila i u svetu danas postoji mnoštvo kombinovanih varijacija ove admonitivne sankcije.
- 18*/ Ove prve mogu biti povezane sa vršenjem profesionalne ili radne delatnosti ili se odnositi na druge zabrane (približavanja nekoj osobi, uznemiravanja i slično).
- 19*/ Kao što su na primer institut *absolute discharge* u Ujedinjenom Kraljevstvu i na Kipru ili 'oproštaj kazne' u Francuskoj.
- 20*/ Američki kriminolog Gresham Sykes je u svom poznatom delu *Zatvorenička zajednica* iz 1958. najbolje opisao deprivacije kojima su izložena ta lica –v. Sykes /2009/
- 21*/ Ovde ne bi spadali postupci koji se prema osuđenim licima primenjuju u vreme kada, po odobrenju penitencijarne vlasti, borave izvan zavodskih ustanova (u većini sistema izvršenja, osuđeniku je dozvoljeno da koristi vikend, nagradno odsustvo ili godišnji odmor van zavoda).
- 22*/ U skladu sa navedenim i dokument je podeljen na sledeće celine: I– Faza pred suđenje (Zadržavanje; Prekid krivičnog postupanja); II– Faza suđenja (Kratkotrajne kazne zatvora; Novčane kazne; Odlaganje izricanja kazne, uključujući probaciju; Radna obaveza (e. *work duty*); Rad u korist zajednice; Ostale alternative); III– Faza posle osude (Polusloboda i poluzatvor; Uslovni otpust; ostale mere); IV– Uključivanje javnosti.
- 23*/ Najpoznatije delo o institucionalizaciji napisao je Donald Clemmer (*Osuđenička zajednica*, prvo izdanje objavljeno 1940) –v. Clemmer /2009/.
- 24*/ Angažovanje Svetske organizacije nije okončano usvajanjem *Tokijskih pravila*. Na svim kongresima UN i posle njihovog usvajanja pominju se nezavodske sankcije kao jedan od prioriteta na planu kontrole kriminaliteta. Tako su u Deklaraciji (*O sveobuhvatnim strategijama za globalne promene: prevencija kriminaliteta i sistem krivičnog pravosuđa i njihov razvoj u svetu koji se menja*) poslednjeg, do ovog trenutka održanog, XII kongresa (Salvador, Brazil, 2010) alternative kazni zatvora pomenute na dva mesta – u delu 27. snažni se preporučuje njihova primena (kao i mehanizmi restorativne pravde i ostala sredstva koja skreću postupak protiv maloletnika u nepenalnom pravcu), a u delu 51. to isto se čini u odnosu na punoletna lica.
- 25*/ Pre svega *Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda* iz 1950. i *Evropska pravila o zatvaranju* iz 1987. Za njihove osnovne odredbe od značaja za pravo izvršenja krivičnih sankcija –v. Ignjatović /2010/.
- 26*/ *Komentari CDPC* naglašavaju da su u pitanju kako stvarne tako i potencijalne žrtve krivičnih dela.
- 27*/ Kako se to sa pravom ističe u *Komentarima CDPC*, to ne znači da će se isti postupci preduzimati prema svim manjinskim i etničkim grupama jer bi to takođe bilo pogrešno, kao i početna predrasuda da svaka takva grupa nužno razlikuje od većinske.
- 28*/ U originalu: '*offenders informed consent*'. Ovaj termin u dokumentu se koristi više puta i, kako se navodi u *Komentarima CDPC*, radi se o pristanku kome prethodi upoznavanje lica sa svim bitnim elementima (a pre svega sa implikacijama davanja odn. uskraćivanja saglasnosti) na osnovu kojih učinilac može doneti odluku.
- 29*/ Davanje saglasnosti u takvim situacijama nikako ne treba smatrati priznavanjem krivice. Ne samo da na to izričito skreću pažnju *Komentari CDPC*, nego je i logično da se lice protiv koga postoji osnov za gonjenje saglasi sa merama koje su blaže od lišavanja slobode iako je svesno da nije izvršilo krivično delo koje mu se pripisuje.
- 30*/ *Komentari CDPC* podsećaju da su probacioni poslovi u nekim pravosudnim sistemima povereni drugim agencijama ili telima javne vlasti, nezavisnim, dobrotvornim ili nevladinim organizacijama. U neke od tih poslova mogu biti uključene i firme koje posluju po komercijalnim pravilima. U svim takvim slučajevima, javne vlasti moraju posedovati snažne i odgovarajuće sisteme nadzora nad poštovanjem pravila postupanja, budući da za to one snose odgovornost.
- 31*/ Probacioni rad je, kako se navodi u *Komentarima CDPC*, ključni element pravednog i humanog krivično pravnog sistema. Zbog toga se AZP moraju obezbediti bitni resursi za njihovo delova-

- nje. U suprotnom, desiće se ono što se zbiva sa penitencijarnim ustanovama: kao što one mogu postati „prenaseljene“, tako i zaposleni u ovim agencijama mogu biti preopterećeni brojem slučajeva kojima se bave, na štetu ostvarenja svrhe probacije.
- 32*/ Tela koja odlučuju, a pre svega organi pravosuđa trebalo bi da, pri donošenju sopstvenih odluka uzmu u obzir vrednost znanja i veština zaposlenih u AZP (te odluke trebalo bi da budu pravedne i delotvorne). Međutim, kako se to izričito naglašava u *Komentarima CDPC*, mišljenja AZP ostaju u svakom slučaju savetodavna i ne mogu predstavljati mešanje u nezavisnost tela sudske vlasti koja uvek sama odlučuje hoće li i u kojoj meri postupiti po tom savetu.
- 33*/ *Komentari CDPC* posebno ističu potrebu nezavisnog praćenja i istih takvih istraga koje za predmet imaju rad AZP.
- 34*/ Probaciona praksa mora biti predmet kritičkog istraživanja kako bi se utvrdila njena delotvornost i ostvarenje zacrtanih ciljeva. Proučavaju se druge posledice te prakse, od kojih neke mogu biti i neželjene. Zbog toga, u *Komentarima CDPC* posebno se ističe značaj učesća univerziteta i drugih istraživačkih ustanova u takvim proučavanjima jer se na taj način obezbeđuje nepristrasnost i daje autoritet rezultatima. Ovi poslednji trebalo bi da budu javni kako bi mogli da usmeravaju politiku i praksu probacionog rada.
- 35*/ *Komentari CDPC* sadrže konstataciju kako je uobičajeno da javnost u velikom broju zemalja ima malo razumevanja za ono što AZP rade. Zato se ove agencije i javnu vlast pozivaju da, preko medija ili neposredno, utiču da javnost da prihvati i podrži probacioni rad kao način suprotstavljanja kriminalitetu.
- 36*/ U Rečniku se pravi razlika između tri srodna pojma: „rehabilitacija“ je širi koncept koji označava niz intervencija u cilju odvratanja učinioca od daljeg činjenja krivičnih dela i njihovo vraćanje u status lica koje poštuju zakon; „resocijalizacija“ započinje za vreme izdržavanja kazne lišenja slobode“ i predstavlja reintegraciju učinioca u zajednicu na pozitivan i vođen način; i najzad, „naknadna podrška“ je oznaka za „proces reintegracije učinioca krivičnog dela na dobrovoljnoj osnovi i posle puštanja na slobodu, u zajednici, na konstruktivan, planiran i nadziran način“.

LITERATURA

- Clear T, Cole G. and Reising M. /2006/: *American Corrections*, Belmont
- Clemmer D. /2009/: Prizonizacija –in: Ignjatović Đ: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Foucault M. /1990/: *Predavanja*, Novi Sad (prevod)
- Foucault M. /1997/: *Nazirati i kažnjavati – rođenje zatvora*, Beograd (prevod)
- Hulsman L. /2010/: *Izgubljene kazne – krivični sistem pod znakom pitanja*, Beograd (prevod)
- Ignatieff M./1978/: *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution*, London
- Ignjatović Đ. /2010/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, 4 izd, Beograd
- Ignjatović Đ./2013/: *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*, Beograd
- Morris N. /1965/: Prison in evolution –in: *Criminology in Transition – Essays in Honor of Herman Mannheim* (Grygier T. et al. eds.), London
- Predel Ž. /2009/: *Komparativno krivično pravo – sankcije*, Beograd (prevod)
- Rothman, D. /1971/: *The Discovery of the Asylum, Social Order in the New Republic*, Boston
- Rusche G. i Kirchheimer O. /1994/: *Kazna i društvena struktura*, Novi Sad (prevod)
- Stojanović Z. /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Sykes G. /2009/: Muke zatvorenika –in: Ignjatović Đ: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Welch M. /2005/: *Ironies of Imprisonment*, Thousand Oaks

Đorđe Ignjatović

Law Faculty, University of Belgrade

EXECUTION OF NON-CUSTODIAL SANCTIONS AND MEASURES: INTERNATIONAL RULES

SUMMARY

Attempt to enrich the legal system with new penal sanctions and non-custodial measures is one of the most important characteristics of criminal justice sciences and practice of the last century and of the beginning of this century. Although for the great majority of mankind the imprisonment remains the main form of formal reaction to crime, in many countries it is slowly being repressed by alternatives or so-called non-custodial measures.

In order to continue this process, it is not enough only to predict these alternatives in the criminal code. It is just the first step. Experience shows that it is also important to normatively regulate the enforcement of non-custodial sanctions and measures, because without it, the situation will not change in practice. This was the reason for creation of the Tokyo Rules of UN as well as the Council of Europe Probation Rules that suggest possible solutions and principles that the governments should adhere to in order to make the new model of punitive response effective.

In the Republic of Serbia, the criminal repression – in the phase of the criminal proceeding (detention) and after the imposition of sanction (imprisonment) – is mainly based on the deprivation of liberty. Because of that, one of the priorities is to enact legal solutions from these international documents in order to reduce the number of prisoners who should not be sentenced to imprisonment.

Therefore, it will be interesting to see to what extent the authors of the Serbian Probation Act (that is currently being created) will take into account the principles and concrete solutions, promoted by the two mentioned international instruments and adopted in order to limit the hypertrophy of the deprivation of liberty through the use of probation in the broadest sense – as the totality of all measures and sanctions that are enforced outside the prisons. These include supervision, guidance and assistance.

The aim of the probation (social integration of the offender and strengthening community safety) can not be achieved without respect of the basic principles of which the most important are: respect of the offenders rights and rights of their victims, nondiscrimination, individualization, voluntary and minimal intervention... In order for the agencies for probation to respond to requirements placed upon them, special attention should be paid to determination of their position in the system of criminal repression organs, selection and status of staff and mechanisms to monitor and control their work.

Obviously, the expansion of mechanism of non-custodial treatment of offenders is a serious challenge for the modern criminal justice system and the benefits it could bring (reducing recidivism rate, reducing prison overcrowding and reducing the costs of the formal social control system of crime) should motivate those in this area to decide to provide sincere support to this trend.

Key words: imprisonment, alternatives, non-custodial sanctions, probation, UN, Council of Europe.

Milan Škulic*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

OSNOVI MALOLETNIČKOG PREKRŠAJNOG PRAVA

Apstrakt. U radu se objašnjavaju osnovne karakteristike položaja maloletnika kao učinilaca prekršaja, pri čemu se kao poseban teorijski pojam definiše maloletničko prekršajno pravo. Posebna se pažnja poklanja analiziranju pravila novog Zakona o prekršajima koja se odnose na starosnu granicu sposobnosti maloletnika da odgovara za prekršaj, sistem prekršajnih sankcija i uslove pod kojima se one mogu izreći maloletnicima, te specifičnosti položaja maloletnika prema kojem se vodi prekršajni postupak.

Autor zaključuje da je prekršajno pravo i inače, prilično zapostavljeno u našoj teoriji, a da to posebno važi kada se radi o položaju maloletnika kao učinilaca prekršaja. U nekim aspektima je položaj maloletnika povoljniji kada odgovaraju za učinjeno krivično delo nego kada se na odgovornost pozivaju za učinjeni prekršaj, što nije logično, niti za tako nešto ima bilo kakvog razumnog opravdanja.

Ključne reči: prekršajno pravo, kazneno pravo, maloletnici kao učinioци prekršaja, starosna granica odgovornosti za prekršaj, prekršajni postupak, prekršajne sankcije za maloletnike.

UVODNA RAZMATRANJA O PREKRŠAJNOM PRAVU I OSNOVNIM OSOBENOSTIMA POLOŽAJA MALOLETNIKA KAO UČINIOCA PREKRŠAJA

Prekršajno pravo je neka vrsta „mini krivičnog prava“, a prekršajni postupak predstavlja svojevrsni „mini krivični postupak“. Prekršajno pravo se uobičajeno smatra delom „kaznenog prava“ u širem smislu, koje obuhvata više grana prava koje su srodne, imaju iste ciljeve i koje se međusobno dopunjavaju, a tu pored krivičnog prava, koje se ponekad označava i materijalnim krivičnim pravom, spadaju krivično procesno pravo, krivično izvršno pravo i prekršajno pravo.¹ U teoriji se ističe i da je odnos krivičnog prava i prekršajnog prava određen pre svega, vrstom i karakterom delikata koje ove dve grane prava predviđaju, a to su: krivična dela i prekršaji, pri čemu je reč o srodnim deliktima, kojima imaju izvesna zajednička obeležja, pri čemu je odnos između krivičnog dela i prekršaja odavno predmet rasprave, naročito u pogledu pitanja da li je razlika između te dve vrste delikata kvalitativna ili samo kvantitativna.²

Prekršaj u opštem smislu je delikt koji po svojim formalnim obeležjima uglavnom odgovara ili bolje rečeno, trebalo bi da odgovara opštem pojmu krivičnog

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

1 Z.Stojanović, *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2008., str. 25.

2 Z.Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 19. izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2012., str. 9.

dela,³ ali je stepen napada na određena pravom zaštićena dobra kod njega daleko niži nego kada se radi o krivičnim delima, pa to i predstavlja *ratio legis* da se takav delikt formalno definiše kao prekršaj, a ne kao krivično delo.⁴ Isto kao što se u pogledu materijalnih pitanja, Zakon o prekršajima ispoljava kao *lex specialis* u odnosu na Krivični zakonik koji je *lex generalis*,⁵ takav odnos, kada je reč o prekršajnom postupku, postoji i između Zakona o prekršajima i Zakonika o krivičnom postupku. Ukoliko se kao učinilac prekršaja, odnosno „osumnjicheni/okrivljeni“ u prekršajnom postupku, pojavljuje maloletnik (koji formalno ni u prekršajnom postupku nema status „okrivljenog“, kao što takvo procesno svojstvo nema ni u krivičnom postupku), tada se (što će se detaljnije objasniti u daljem tekstu), kao relevantan zakonski izvor, pojavljuje i Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.

Kao i kada se radi o krivičnom delu i kod prekršaja mora postojati *protivpravnost* kao jedan od bitnih elemenata opšteg pojma prekršaja, ali kako sama protivpravnost nije dovoljna da određeno ponašanje bude krivično delo,⁶ ona sama po sebi, nije dovoljna ni da postoji prekršaj. Ne može se načelno govoriti o *stepenu protivpravnosti* koji bi se suštinski razlikovao kod prekršaja i krivičnog dela, jer određeno ponašanje, odnosno činjenje (tzv. komisivni delikti) ili nečinjenje (tzv. omisivni delikti),⁷ može biti ili protivpravno ili saglasno pravu. Ne može nešto, u vidu određene manifestacije ljudskog ponašanja, bilo činjenja, bilo relevantnog nečinjenja, biti manje ili više protivpravno, ali može biti manje ili više značajno, sa stanovišta povrede ili ugrožavanja određenog pravnom zaštićenog dobra.

Da bi određeno činjenje ili nečinjenje bilo prekršaj, dovoljno je da je propisano odgovarajućim propisom, koji za razliku od krivičnog dela (načelo zakonitosti – *nullum crimen, nulla poena, sine lege*),⁸ *ne mora biti isključivo zakon*. Nai-

-
- 3 Prema članu 2 Zakona o prekršajima, prekršaj je protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija. Formalno se ovde ne zahteva i *postojanje krivice*, kao subjektivnog elementa opšteg pojma prekršaja (poput *objektivno-subjektivnog pojma krivičnog dela*), ali ipak, ako nema krivice ne može biti ni prekršaja, jer tada prekršaj može postojati u objektivnom smislu (a on je tako u stvari i definisan u Zakonu o prekršajima), ali ne postoji *odgovornost* za njega. Ovo proizlazi iz člana 18 Zakona o prekršajima, shodno kojem fizičko lice odgovara za prekršaj koji mu se može pripisati u krivicu, zato što je bilo uračunljivo i učinilo prekršaj sa umišljajem ili iz nehata, a bilo je svesno ili je bilo dužno i moglo biti svesno da je takav postupak zabranjen.
 - 4 Shodno našoj nekadašnjoj krivičnopravnoj terminologiji (iz vremena „socijalističkog krivičnog prava“), te u skladu sa tadašnjim opštim pojmom krivičnog dela, čiji je materijalni element bila *društvena opasnost*, prekršaji su bili delikti za koje se smatralo da je njihov stepen „društvene opasnosti“ značajno niži, nego što je to bio slučaj sa krivičnim delima.
 - 5 U daljem tekstu će se za Zakon o prekršajima, povremeno koristiti i skraćenica ZOP.
 - 6 Više o tome: Z.Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012., str. 63.
 - 7 Krivično delo je učinjeno *nečinjenjem* kad zakon propuštanjem da se preduzme određeno činjenje predviđa kao krivično delo, a nečinjenjem može biti učinjeno i krivično delo koje je zakonom određeno kao činjenje, ako je učinilac propuštanjem dužnog činjenja ostvario obeležja tog krivičnog dela (član 15 KZ Srbije). Više o krivičnim delima nečinjenja: I.Vuković, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013., str. 21 – 29.
 - 8 Više o tome: M.Škulić, Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010, Beograd, 2010., str. 66 – 128.

me, prema članu 4 Zakona o prekršajima prekršaji se mogu propisivati zakonom ili uredbom, odnosno odlukom skupštine autonomne pokrajine, skupštine opštine, skupštine grada i skupštine grada Beograda, a organi ovlašćeni za donošenje propisa o prekršajima mogu propisivati samo sankcije predviđene ovim zakonom i u granicama koje su određene Zakonom o prekršajima.

Dok je u našem krivičnom zakonodavstvu kao zakonski element pojma krivičnog dela, postojala i društvena opasnost,⁹ koja u stvari, predstavlja ono što se u savremenom krivičnom pravu smatra suštinskim elementom *materijalnog pojma* ili materijalnopravnog aspekta krivičnog dela, odnosno njegove „materijalne komponente“,¹⁰ moglo se smatrati da je stepen društvene opasnosti kod prekršaja načelno znatno niži nego kada se radi o krivičnim delima, što suštinski i jeste tako, ali kako sada društvena opasnost više ne egzistira kao formalni element opšteg pojma krivičnog dela,¹¹ može se konstatovati da su prekršaji manje „značajni“ delikti ili kao što je prethodno objašnjeno, kod njih je stepen protivpravnosti načelno niži nego kada se radi o krivičnim delima.

Konačno i sada, kada društvena opasnost više nije segment opšteg pojma krivičnog dela, već je dovoljno da se radi o radnji čoveka (činjenje ili nečinjenje, odnosno propuštanje dužnosti činjenja), koja je protivpravna, zakonom propisana kao krivično delo i skrivljena, postoji određeno implicitno „vrednovanje“ stepena značaja određenog delikta, pa tako pod određenim Krivičnim zakonikom propisanim uslovima, određeno delo neće biti krivično delo, iako su ispunjeni svi formalni uslovi, tj. bez obzira što određeno delo sadrži obeležja krivičnog dela. Do toga dolazi ukoliko su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi: 1) stepen krivice učinioaca je nizak, 2) u pitanju je delo za koje je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna, 3) štetne posledice takvog dela su odsutne ili su one neznatne, te 4) opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije. Tada se radi o *delu malog značaja* (član 18 KZ),¹² što u nekim situacijama ne isključuje mogućnost da takvo delo ipak bude odgovarajući prekršaj.

9 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 bi 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 većeg praktičnog 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 immanentna svakom delu koje je inače ispunjavalo sve ostale zakonske uslove da se smatra krivičnim.

10 Grupa autora, *Komentar krivičnog zakona SFRJ*, „Savremena administracija“, Beograd, 1986., str. 33.

11 Prema članu 14 stav 1 Krivičnog zakonika Srbije, krivično delo je ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno.

12 Više o tome: Z.Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2012., str. 99 – 100.

U jednom praktičnom kriminološko-fenomenološkom smislu, treba imati u vidu da često u praksi vršenje prekršaja može biti i svojevrsni „uvod“ u činjenje daleko ozbiljnijih delikata,¹³ što je naročito tipično kada je reč o deci i maloletnicima.¹⁴ Zato je izuzetno važno da se materiji prekršajnog prava, kad je reč o onom njenom delu koji je posvećen maloletnicima kao učiniocima prekršaja, odnosno licima protiv kojih se vodi prekršajni postupak zbog postojanja odgovarajućeg stepena sumnje da su učinili konkretni prekršaj, pokloni odgovarajuća pažnja. To je posebno značajno kada je reč o prekršajnom postupku, kao osobenom „deliktnom postupku“, koji po svojim suštinskim obeležjima u stvari, predstavlja neku vrstu izrazito sumarne „krivične“ procedure, koja se odlikuje nizom izuzetaka, uglavnom usmerenih na stvaranje uslova za brže i jednostavnije odlučivanje o predmetu postupka, u odnosu na klasični opšti ili skraćeni krivični postupak.

2. POJAM MALOLETNIČKOG PREKRŠAJNOG PRAVA

Prilikom definisanja maloletničkog prekršajnog prava, a s obzirom na prethodno objašnjeni *odnos prekršajnog prava i krivičnog prava*, treba poći od *definicije maloletničkog krivičnog prava*.

Izraz „maloletničko krivično pravo“ nije idealan, jer se ovde u stvari, ne radi o nekom posebnom, „specijalnom“ krivičnom pravu koje bi primenjivali sami maloletnici (a na šta u izvesnoj meri asocira atribut „maloletničko“), niti je u pitanju nekakvo potpuno posebno krivično pravo, u odnosu na opšte krivičnopravne norme, ali je ovaj izraz već postao prilično uobičajen i ima odgovarajuće uporište i u primerima iz uporednog prava,¹⁵ iako bi možda, u terminološkom smislu, nešto korektniji bio izraz „krivično pravo za maloletnike“. Naime, radi se o normama krivičnog prava (materijalnog, procesnog i izvršnog), koje se pod određenim uslovima primenjuje u odnosu na maloletnike, odnosno onda kada se radi o maloletnim učiniocima krivičnih dela,¹⁶ a u određenoj meri i kada su u pitanju maloletna lica, koja su oštećena određenim krivičnim delima.

Maloletničko krivično pravo suštinski predstavlja deo krivičnog prava kao grane zakonodavstva. Isto kao i krivično pravo uopšte, i maloletničko krivično pravo se u prvom redu deli na materijalno maloletničko krivično pravo i proces-

13 Više o tome: M.Bajer i S.Kljajić, *Kasniji životni put delinkventne dece*, Zagreb, 1990., str. 60 – 61.

14 Više o tome: M.Škulić, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije“, Beograd, 2003., str. 15 – 65.

15 Na primer, u Nemačkoj u teoriji, ali i u praksi, se prilično često i u stvari, sasvim rutinski koriste termin „Jugendstrafrecht“. Više o tome: F.Schaffstein und W.Beulke, *Jugendstrafrecht – Eine systematische Darstellung*, 14., aktualisierte Auflage, „Verlag W. Kohlhammer“, Stuttgart, 2002, str. 1 – 10.

16 Kada je u pitanju *procesno maloletničko krivično pravo*, onda izraz maloletni „učinilac krivičnog dela“ treba ipak shvatiti sa određenom nužnom rezervom (mada ni ovde ipak, nije moguće uvek biti sasvim terminološki korektan), jer iako maloletnik u terminološkom smislu nema status okrivljenog i na njega se svakako odnosi *pretpostavka nevinosti*, pa se stoga, sve do eventualnog pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka odlukom kojom se utvrđuje da je maloletnik učinio krivično delo koje je predmet postupka, može govoriti jedino o maloletniku u odnosu na kojeg postoji *osnovana sumnja* da je učinio krivično delo.

no maloletničko krivično pravo, a moguće je govoriti i o izvršnom maloletničkom krivičnom pravu.¹⁷

Materijalno maloletničko krivično pravo sadrži norme kojima se utvrđuje starosna granica za snošenje krivice (starosna granica krivične odgovornosti, odnosno odgovornosti maloletnika za krivično delo), kao i sistem krivičnih sankcija za maloletnike, te sistem drugih mera koje se mogu primeniti prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, pri čemu se normama materijalnog krivičnog prava s jedne strane, utvrđuju vrste krivičnih sankcija i drugih mera za maloletnike, te uslovi pod kojima se takve krivične sankcije maloletnicima mogu izreći, a mere u odnosu na maloletnike primeniti.

Procesno maloletničko krivično pravo predstavlja skup normi kojima se reguliše postupak prema maloletnicima, tj. poseban krivični postupak koji se vodi kada postoji osnovana sumnja da je maloletnik učinio krivično delo, a u ovu oblast spadaju i norme kojima se reguliše položaj maloletnih lica kao oštećenih u krivičnom postupku.

Izvršno maloletničko krivično pravo sadrži norme kojima se utvrđuju pravila izvršenja krivičnih sankcija za maloletnike, kao i pravila primene drugih mera koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela.

Na temelju prethodno izloženih definicija različitih segmenata maloletničkog krivičnog prava, mogu se, shodno i veoma slično tome, definisati i odgovarajući vidovi maloletničkog prekršajnog prava.

Materijalno maloletničko prekršajno pravo sadrži norme kojima se utvrđuje starosna granica odgovornosti maloletnika za prekršaj, kao i sistem prekršajnih sankcija za maloletnike, te sistem drugih mera koje se mogu primeniti prema maloletnim učiniocima prekršaja, pri čemu se normama materijalnog prekršajnog prava s jedne strane, utvrđuju vrste prekršajnih sankcija i drugih mera za maloletnike, te uslovi pod kojima se takve prekršajne sankcije maloletnicima mogu izreći, kao i mere koje se u odnosu na maloletnike mogu primeniti.

Procesno maloletničko krivično pravo predstavlja skup normi kojima se reguliše postupak prema maloletnicima, tj. poseban prekršajni postupak koji se vodi kada postoji osnovana sumnja da je maloletnik učinio prekršaj.

Izvršno maloletničko krivično pravo sadrži norme kojima se utvrđuju pravila izvršenja prekršajnih sankcija za maloletnike, kao i pravila primene drugih mera koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima prekršaja.

3. MALOLETNIK KAO UČINILAC PREKRŠAJA I STAROSNA GRANICA ODGOVORNOSTI ZA PREKRŠAJ

U okviru *Glave VI Zakona o prekršajima (Odredbe o maloletnicima)*, uređuju se osnovi prekršajnog prava položaja maloletnika, onda kada se maloletnik pojavljuje kao učinilac prekršaja, gde je od bitnog značaja, pre svega, sistem prekršajnih sank-

17 Više o tome: M.Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011., str. 79 – 80.

cija za maloletnike, ali tu spadaju i neka druga pitanja, koja se u stvari, formalno ni ne odnose na maloletnike, ili bar ne isključivo na maloletnike, već se tiču dece kao učinilaca prekršaja, te posebne zakonske mogućnosti da se na odgovarajući način, prekršaj deteta „pripíše“ njegovom roditelju, odnosno drugom licu sa kojim se takav „učinilac“ prekršaja nalazi u posebnom odnosu. To znači da su, kada je reč o maloletniku kao učiniocu prekršaja, odnosno osnovnim elementima tzv. *materijalnog prekršajnog prava*, kada u vezi prekršaja učinjenog od strane deteta, pod određenim uslovima, prekršaj može biti „pripisan“ drugim licima koja su u određenom odnosu sa detetom, od značaja pre svega, sledeća pitanja:

1. starosna granica odgovornosti za prekršaj;
2. mogućnost da za učinjeni prekršaj deteta „odgovaraju“ druga lica koja imaju određeni relevantni odnos sa detetom koje je učinilo prekršaj, odnosno protivpravno delo koje je propisano kao prekršaj, a za koje dete zbog svog uzrasta ne snosi krivicu;
3. sistem prekršajnih sankcija koje se mogu izreći maloletnicima.

3.1. Starosna granica odgovornosti za prekršaj

U članu 71 stav 1 ZOP-a, koja je inače, pogrešno naslovljena kao – „odgovornost maloletnika za prekršaj, utvrđeno je da se prema maloletniku koji u vreme kada je učinio prekršaj nije navršio četrnaest godina (dete) ne može voditi prekršajni postupak. Zakonodavac ovde postupa na sličan način kao što se kod nas decenijama čini u krivičnom materijalnom zakonodavstvu, te određeni minimalni starosni uzrast definiše kao *procesnu prepreku*, odnosno procesnu smetnju, umesto da u stvari, odredi da lice koje nema navršen određeni uzrast uopšte ne može da se smatra učiniocem konkretnog delikta.

Kada je reč o prekršajima, kao što smo to u prethodnim izlaganjima već donekle objasnili, čini se da zakonodavac pokušava da prekršaj definiše potpuno objektivno, a da onda uz tako objektivno definisan delikt, ustanovi posebne uslove koji su potrebni za prekršajnu odgovornost, što je u stvari, donekle slično našem ranijem krivičnom materijalnom pravu,¹⁸ pre stupanja na snagu Krivičnog zakonika iz 2006.

18 U našoj *tadašnjoj krivičnopravnoj teoriji* u stvari, nije ni bilo sasvim izvesno da li je KZ SFRJ utvrđivao objektivni ili objektivno-subjektivni pojam krivičnog dela, a sama tadašnja zakonska formulacija je donekle ostavljala prostora za različita tumačenja. Tako se u jednom poznatom komentaru iz tog vremena konstatuje da u teoriji postoje različita shvatanja o tome da li opšti pojam krivičnog dela treba da bude shvaćen potpuno objektivno ili objektivno-subjektivno, ali da u svakom slučaju, „nema kažnjivosti, ako ne postoje međusobno povezane komponente – krivično delo i krivična odgovornost“, odnosno za kažnjivost je potrebno „jedinstvo objektivnih i subjektivnih uslova“. Više o tome: Grupa autora, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, „Savremena administracija“, Beograd, 1986., str. 32 – 33.

Inače, u ovom pogledu je interesantan i primer iz istorije našeg krivičnog prava, tj. iz vremena Kraljevine Jugoslavije, čiji Krivični zakonik od 27. januara 1929. godine uopšte nije sadržavao opšti pojam krivičnog dela, već se ograničavao 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 deobi krivičnih dela na zločinstva i prestupe (§ 15 stav 1), pravila o određenim osnovima isključenja protivpravnosti, pravila o uslovima

godine.¹⁹ Stoga se i član 71 ZOP-a, naslovljava kao „odgovornost maloletnika za prekršaj“, iako se u stvari, u sadržaju odredbi tog člana s jedne strane, uopšte i ne govori o *odgovornosti*, a s druge strane, čak iako bi smatrali da se tom normom implicitno reguliše odgovornost maloletnika koji u vreme činenja prekršaja, nije navršio određeni uzrast, tu se tada u stvari, potpuno obrnuto, radi ne o odgovornosti maloletnika, već o njegovoj neodgovornosti.

Odredbom člana 71 stav 2 ZOP-a, propisano je da se na maloletnika starosti od navršenih četrnaest do navršenih osamnaest godina koji učini prekršaj, primenjuju odredbe Glave VI Zakona o prekršajima, dok se ostale odredbe Zakona o prekršajima primenjuju, samo ako nisu u suprotnosti sa tim odredbama.

3.2. *Odgovornost roditelja, usvojitelja, staratelja ili hranitelja deteta i maloletnika*

Zakon o prekršajima sadrži i norme kojima se u ovu granu kaznenog prava uvodi i jedan vrlo specifičan oblik *odgovornosti*, koji u nekim aspektima donekle i na pravi pogled, deluje kao *objektivna odgovornost*²⁰, ali se u stvari, tu više radi o jednoj vrsti specifične *garantne odgovornosti*, tj. obliku odgovornosti za drugog. Postoje *dva vida* takve odgovornosti:

- prvi je *supstitutivnog karaktera* – tada se radi o slučaju da određena lica odgovaraju za prekršaj *umesto drugog lica*, koje inače, s obzirom na svoj uzrast, ne može da odgovara za prekršaj, a
- druga je *paralelnog karaktera* – kada određena lica odgovaraju za prekršaj i onda kada za prekršaj „paralelno“ ili „istovremeno“, odgovara i lice koje ga je i učinilo.

Oba ovakva oblika odgovornosti za prekršaj su izuzetno sporna, kako u teorijskom, tako i u praktičnom smislu, nisu svojstvena savremenom pravu, te ih je moguće žestoko i argumentovano kritikovati.

Kada je dete učinilo prekršaj zbog propuštanja dužnog nadzora roditelja, usvojitelja, staratelja, odnosno hranitelja, a ova lica su bila u mogućnosti da takav nadzor

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 zatorva 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 vinošti 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.

19 Ovo rešenje u novom Zakonu o prekršajima u suštini nije adekvatno, jer nema logike da se u okviru jedne grane kaznenog prava i to one koja je po logici stvari, manje kompleksna, pa i važna od grane koja se smatra osnovnim „stubom“ kaznenog prava, a to je krivično pravo, određeni osnovne instituti uređuju na bitno drugačiji način u odnosu na njihovo normativno rešavanje u tom „bazičnom kaznenom pravu“, tj. u krivičnom pravu.

20 Više o tome: J.Čirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008., str. 11 – 22.

vrše, roditelji, usvojitelj, staratelj odnosno hranitelj deteta kazniće se za prekršaj, kao da su ga sami učinili (član 72 stav 1 ZOP). U ovom slučaju se lica koja su propustila „dužni nadzor“ u odnosu na dete koje je učinilo prekršaj, a koje zbog uzrasta ne može da za njega odgovara, pozivaju na odgovornost za prekršaj, umesto deteta. Radi se o svojevrsnoj *zamenskoj (supstitutivnoj) odgovornosti* za prekršaj drugog lica.

Zakonom se može propisati da će za prekršaj koji je učinio maloletnik odgovarati i roditelji, usvojitelj, staratelj, odnosno hranitelj maloletnika starog od navršenih četrnaest do navršenih osamnaest godina ako je učinjeni prekršaj posledica propuštanja dužnog nadzora nad maloletnikom, a bili su u mogućnosti da takav nadzor vrše (član 72 stav 1 ZOP). U ovom slučaju lica koja su propustila „dužni nadzor“ nad maloletnikom koji je učinio prekršaj, odgovaraju za prekršaj zajedno sa samim neposrednim učiniocem prekršaja, tako da ovde u stvari, za isti prekršaj odgovara više lica, od kojih je jedno zaista učinilac konkretnog prekršaja, a druga lica odgovaraju za *isti taj prekršaj*, ako se utvrdi da su njihove radnje, odnosno bolje rečeno njihova propuštanja u odnosu na nadzor u pogledu kojeg je postojanja dužnost da ga vrše, u odgovarajućoj *uzročnoj vezi* sa učinjenim prekršajem. U izvesnom smislu ovaj oblik *odgovornosti za prekršaj drugog*, donekle liči na jedan znatno „ozbiljniji“ međunarodno-krivičnopравни institut, koji se svodi na relevantno *nečinjenje*, odnosno propuštanje odgovarajućeg „nadzora“ u pogledu kojeg je postojala dužnost da se on vrši, a to je *komandna odgovornost*.²¹

Osim roditelja, usvojitelja, staratelja ili hranitelja, zakonom se može propisati da će za prekršaj maloletnika odgovarati i druga lica za koja je propisana obaveza vršenja nadzora nad maloletnikom koji je učinio prekršaj (član 72 stav 3 ZOP).

Konačno, ovde treba imati u vidu i da propuštanje nadzora nad detetom, odnosno maloletnim licem može predstavljati određeno krivično delo drugih lica koja su imala dužnost da vrše takav nadzor, pa je i iz tog razloga, izuzetno sporna mogućnost da roditelji i druga lica u svojstvu „garanta“ u odnosu na dete, odnosno maloletnika kao učinioca prekršaja, odgovaraju *umesto* deteta, odnosno *zajedno* sa maloletnikom, onda kada između njihovog propuštanja dužnosti nadzora i delinkventnog ponašanja deteta, odnosno maloletnika, postoji određena uzročna veza. Naime, u mnogim situacijama, a naročito onda kada maloletnik konstantno ili često čini prekršaje, odnosno uopšte, upušta se u delinkventno ponašanje, a oceni se da je to posledica propuštanja roditeljskog nadzora, odnosno relevantnog nadzora lica koja po zakonu imaju dužnost odgovarajućeg staranja o maloletniku, može postojati krivično delo iz člana KZ Srbije – zapuštanje ili zlostavljanje maloletnog lica.²²

Kao i inače, i ovde bi trebalo smatrati da ako se određenim radnjama (u vidu činjenja ili nečinjenja, odnosno propuštanja dužnosti činjenja), istovremeno čine i krivično delo i prekršaj, prednost treba dati *težem deliktu*, tj. tada će postojati krivično-

21 Više o tom obliku odgovornosti za krivično delo: M.Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije“, Beograd, 2005., str. 178 – 205.

22 Više o tom krivičnom delu: Z.Stojanović i N.Delić, *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga“, Beograd, 2013., str. 106 – 108. Uporedi: M.Škulić, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije“, Beograd, 2003., str. 382 – 385.

no delo, ali ne istovremeno i prekršaj, što je normativnom smislu slično prividnom idealnom sticaju po osnovu *inkluzije*, slično kao i kada se radi o „konkurenciji“ više krivičnih dela učinjenih istom prilikom, odnosno istom radnjom izvršenja.²³

3.3. Prekršajne sankcije prema maloletnicima

Sledeće prekršajne sankcije se mogu izreći maloletnicima: 1) sankcije koje su isključivo „kreirane“ za maloletnike (kako mlađe, tako i starije maloletnike), a to su – vaspitne mere; 2) druge prekršajne sankcije koje se inače, mogu izreći i punoletnim licima kao učinioци prekršaja, a koje se pod određenim uslovima i uz odgovarajuće specifičnosti, mogu izreći i starijim maloletnicima, a to su: 1) kazneni poeni, 2) kazna, koja može biti: a) novčana kazna ili b) kazna maloletničkog zatvora, te 3) zaštitna mera.

Zakonodavac uobičajenom krivičnopravnom podelom na mlađe i starije maloletnike, limitira mogućnost da se mlađim maloletnicima izriču prekršajne sankcije koje su po svom karakteru teže, odnosno ozbiljnije.

Maloletniku koji je u vreme izvršenja prekršaja navršio četrnaest, a nije navršio šesnaest godina (*mlađi maloletnik*) mogu se izreći samo vaspitne mere, a maloletniku koji je u vreme izvršenja prekršaja navršio šesnaest godina, a nije navršio osamnaest godina (*stariji maloletnik*) može se izreći vaspitna mera, kazneni poeni ili kazna (član 73 st. 1 i 2 ZOP).

Ako je zbog prirode prekršaja to neophodno, zaštitna mera se može izreći maloletniku uz vaspitnu meru ili kaznu. Samo sud može maloletniku izreći vaspitnu meru, novčanu kaznu, kaznene poene, kaznu maloletničkog zatvora i zaštitnu meru (član 73 stav 3 ZOP).

3.3.1. Vaspitne mere

Maloletnicima se mogu izreći sledeće vaspitne mere (član 74 ZOP): 1) mere upozorenja i usmeravanja, gde spadaju: a) ukor i b) posebne obaveze; te 2) mere pojačanog nadzora.

Mere upozorenja i usmeravanja se izriču ako su kumulativno ispunjena dva uslova, koja se oba svode na odgovarajuću procenu nadležnog organa, odnosno sudije za prekršaje u konkretnom slučaju: 1) kad je takvim merama potrebno uticati na ličnost maloletnika i njegovo ponašanje i 2) kada su one dovoljne da se postigne svrha takvih mera.

Mere pojačanog nadzora izriču se kad za vaspitavanje i razvoj maloletnika treba preduzeti trajnije vaspitne mere i to uz odgovarajući stručni nadzor i pomoć.

Pri izricanju vaspitnih mera uzimaju se u obzir sledeće okolnosti (član 78 stav 1 ZOP): 1) starost maloletnika, 2) stepen duševnog razvoja maloletnika, 3) psihičke

23 Više o tome: Z.Stojanović, (Komentar), op., cit., str. 264., Citirani autor ovaj slučaj prividnog idealnog sticaja objašnjava sledećim primerom: „Inkluzija je u stvari, poseban oblik konsumpcije gde se neko delo koje se ostvaruje kroz neko teže delo ukazuje kao bagatelno u odnosu na to teže delo (npr. kada prilikom ubistva pucanjem iz vatrenog oružja dolazi do ostvarenja bića krivičnog dela oštećenja tuđe stvari oštećenjem odeće žrtve).

karakteristike i motivi zbog kojih je maloletnik učinio prekršaj, 4) dotadašnje vaspitanje maloletnika, okolina i uslovi pod kojima je živeo, 5) težina prekršaja, 6) da li je maloletniku već pre toga bila izrečena vaspitna mera, kao i 7) sve ostale okolnosti koje utiču na izbor vaspitne mere kojom će se najbolje postići svrha vaspitanja.

Radi utvrđivanja okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom izricanja vaspitne mere, sud mora saslušati roditelje i usvojitelja maloletnika, njegovog staratelja i druga lica koja mogu pružiti potrebne podatke (član 78 stav 2 ZOP).

Izvršenje izrečene mere može se obustaviti ili se izrečena mera može zameniti drugom vaspitnom merom, ako kumulativno nastupe sledeće okolnosti: 1) kada se posle donošenja odluke kojom je izrečena vaspitna mera pojave okolnosti kojih nije bilo u vreme donošenja odluke ili se za njih nije znalo, te 2) ukoliko bi te okolnosti bile od uticaja na donošenje odluke (član 79 ZOP).

Ako je od pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena neka od vaspitnih mera ili posebnih obaveza proteklo više od šest meseci, a izvršenje nije započeto, sud će ponovo odlučiti o potrebi da se izvrši izrečena mera ili posebna obaveza ili da se zameni nekom drugom vaspitnom merom ili posebnom obavezom (član 80 stav 1 ZOP), a sud je dužan da vodi posebnu evidenciju za svakog maloletnika kome je izrečena vaspitna mera (član 80 stav 2 ZOP).

3.3.1.1. Ukor

Ukor se izriče maloletniku prema kojem nije potrebno preduzeti trajnije vaspitne mere, a naročito kad se iz njegovog odnosa prema učinjenom prekršaju i njegove spremnosti da ubuduće ne čini prekršaje može zaključiti da će izrečenom vaspitnom merom biti postignuta svrha ove mere (član 75 stav 1 ZOP).

Pri izricanju ukora maloletniku će se ukazati na društvenu neprihvatljivost njegovog postupka, kao i na mogućnost izricanja i druge vaspitne mere ukoliko maloletnik ponovo učini prekršaj (član 75 stav 2 ZOP).

3.3.1.2. Posebne obaveze

Ukoliko sud oceni da je odgovarajućim zahtevima i zabranama potrebno uticati na maloletnika i njegovo ponašanje, može maloletniku odrediti jednu ili više posebnih obaveza i to (član 76 ZOP): 1) da se izvini oštećenom; 2) da u okviru svojih mogućnosti, popravi ili nadoknadi štetu koju je prouzrokovao; 3) da ne posećuje određena mesta i izbegava društvo određenih lica koja na njega negativno utiču; 4) da se podvrgne odvikavanju i lečenju od zavisnosti od alkohola i drugih psihoaktivnih supstanci; 5) da se radi učenja ili provere znanja saobraćajnih propisa uputi u nadležnu ustanovu za osposobljavanje vozača; 6) da se, bez naknade, uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove ekološkog, socijalnog ili lokalnog značaja; te 7) da se uključi u rad sportskih i drugih sekcija u školi uz pedagoški nadzor nastavnika.

Izvinjenje maloletnika oštećenom je posebna obaveza koja se po logici stvari, sprovodi jednokratno i svodi se na odgovarajuću *izvinjavajuću izjavu* maloletnika, te u pogledu te obaveze naravno, nije propisan ni neki poseban rok za njenu realizaciju, dok je zakonodavac za ostale posebne obaveze propisao kako maksimalni rok

njihovog trajanja, tako još i jedan poseban uslov koji se odnosi na potrebu da one ne deluju destruktivno u odnosu na druge „redovne“ dužnosti maloletnika. To znači da posebne obaveze, osim izvinjenja oštećenom, koje se ostvaruje jednokratno, ne mogu trajati duže od šest meseci i ne smeju ometati maloletnikovo školovanje ili zaposlenje.

Kada je reč o posebnoj obavezi maloletnika da popravi ili nadoknadi štetu koju je prouzrokovao, sud će odrediti visinu, oblike i način popravljanja štete, pri čemu lični rad maloletnika na popravljanju štete može trajati najviše do 20 časova u periodu od mesec dana i mora biti tako raspoređen da ne smeta redovnom školovanju ili zaposlenju maloletnika.

Sud će prilikom izricanja posebnih obaveza upozoriti maloletnika da se zbog neispunjenja određenih obaveza, one mogu zameniti drugom obavezom ili vaspitnom merom, izvršenje posebnih obaveza sprovodi se uz nadzor organa nadležnog za poslove starateljstva koji o izvršavanju obaveza obaveštava sud.

3.3.1.3. Mere pojačanog nadzora

Vaspitne mere pojačanog nadzora izriču se ako je potrebno da se prema maloletniku izvrši trajnija mera vaspitanja (član 77 stav 1 ZOP). Meru pojačanog nadzora od strane roditelja, usvojitelja ili staratelja, sud će izreći kada su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi: 1) ako su roditelji, usvojitelj ili staratelj propustili da vrše potrebnu brigu i nadzor nad maloletnikom, te 2) ukoliko su ta lica u mogućnosti su da takav nadzor vrše, a pri tom se to od njih s osnovom može očekivati.

Ako roditelji, usvojitelj ili staratelj ne mogu vršiti pojačani nadzor nad maloletnikom, maloletniku će se izreći pojačan nadzor organa starateljstva (član 77 stav 2 ZOP). Mere pojačanog nadzora kako od strane roditelja, usvojitelja i staratelja, tako i one koje sprovodi organ starateljstva, su uvek ograničenog trajanja. One mogu trajati najmanje tri meseca, a najduže jednu godinu (član 77 stav 3 ZOP).

3.3.2. Kažnjavanje starijih maloletnika

Starijem maloletniku može se izreći kazna samo kada su kumulativno ispunjena dva uslova (član 81 stav 1 ZOP): 1) postojanje odgovarajućeg intelektualnog i voluntativnog kapaciteta učinioca prekršaja – ako je stariji maloletnik u vreme kada je učinio prekršaj, prema svojoj duševnoj razvijenosti mogao shvatiti značaj svoje radnje i upravljati svojim postupcima, te 2) ozbiljnost i težina učinjenog prekršaja, te značaj subjektivnih okolnosti kod učinioca – ako zbog težih posledica prekršaja ili većeg stepena krivice starijeg maloletnika, ne bi bilo opravdano da se primeni vaspitna mera.

Kazna maloletničkog zatvora starijem maloletniku može se izreći izuzetno pri čemu se mora imati u vidu priroda prekršaja, lične osobine i ponašanje maloletnika, a kada se ova kazna izrekne ona ne može biti duža od 30 dana (član 81 st. 1 i 2 ZOP). Imajući u vidu u teoriji i praksi opštepoznatu činjenicu o izuzetno lošem efektu kratkotrajnih zatvorskih kazni, kao i to da se maloletnički zatvor u Srbiji i kada su u pitanju maloletnici kao učinioci krivičnih dela, izuzetno retko izriče (u svega 0,5 do 1,5 % slučajeva), potpuno je nejasan i u stvari, bilo kakvim valjanim ra-

zlozima, skoro neobjašnjiv *ratio legis* mogućnosti da se maloletnik za prekršaj može kazniti maloletničkim zatvorom.

Maloletnom učiniocu prekršaja ne može se izrečena novčana kazna zameniti kaznom maloletničkog zatvora, već će se naplatiti prinudnim putem, u skladu sa zakonom (član 81 stav 3 ZOP).

3.3.3. Izricanje vaspitne mere ili kazne za prekršaje u sticaju i dejstvo nastupanja punoletstva maloletnika

Ako je maloletnik učinio više prekršaja u sticaju sud će pri izboru vaspitnih mera jedinstveno ceniti sve prekršaje i izreći samo jednu meru (član 82 stav 1 ZOP). Kazna izrečena maloletniku konsumira bilo vaspitne mere, tako da ako sud za neki od prekršaja utvrdi kaznu, a za druge prekršaje vaspitne mere, izreći će samo kaznu (član 82 stav 2 ZOP), a na isti način sud postupa i ako se posle izrečene vaspitne mere, odnosno kazne utvrdi da je maloletnik pre ili posle njenog izricanja učinio prekršaj.

Ako je maloletni učinilac prekršaja pre ili u toku prekršajnog postupka postao punoletan, primenjivaće se odredbe o maloletnicima, osim zakonskih pravila koja se odnose na vaspitne mere (član 83 stav 1 ZOP), a ako je maloletnik postao punoletan posle donošenja odluke kojom je izrečena vaspitna mera, obustavlja se izvršenje te mere (član 83 stav 2 ZOP).

4. MALOLETNIK PREMA KOME SE VODI PREKRŠAJNI POSTUPAK

Položaj maloletnika prema kojem se vodi prekršajni postupak je u nizu bitnih elemenata uređen veoma slično položaju koji u skladu sa Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, ima maloletnik prema kojem se vodi krivični postupak.

4.1. Opšte pravilo o primeni zakonskih odredbi u prekršajnom postupku koji se vodi prema maloletniku

U prekršajnom postupku prema maloletniku primenjuju se odredbe Glave XXXIII Zakona o prekršajima, a ostale odredbe prekršajnog postupka predviđene ZOP-om, samo ako nisu u suprotnosti sa odredbama propisanim u Glavi XXXIII (član 291 ZOP).

Ako drugačije nije propisano Zakonom o prekršajima, u prekršajnom postupku prema maloletniku shodno se primenjuju odredbe Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.

Na ovaj je način Zakon o prekršajima u njegovom delu koji se odnosi na prekršajni postupak prema maloletniku, definisan kao *lex specialis* u odnosu na Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika, koji je *lex generalis* i koji se shodno primenjuje onda kada u Zakonu nema posebne regulative u odnosu na određeno pitanje. Primarna je primena Zakona o prekršajima,

a kada određeno pitanje njime nije uređeno, primenjuje se shodno Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika. S druge strane, treba imati u vidu i da je deo Zakona o prekršajima koji se odnosi na položaj maloletnika u prekršajnom postupku, *lex specialis*, u odnosu na ostali deo Zakona o prekršajima koji se tiče punoletnih lica, a koji je *lex generalis*.

Prema članu 71 stav 2 Zakona o prekršajima, na maloletnika starosti od navršenih četrnaest do navršenih osamnaest godina koji učini prekršaj, primenjuju se odredbe glave VI (*Odredbe o maloletnicima*), a ostale odredbe Zakona o prekršajima samo ako nisu u suprotnosti sa tim odredbama sadržanim u Glavi VI.

Postupak prema maloletnicima koji se vodi zbog postojanja osnovane sumnje da je maloletnik učinio prekršaj, predstavlja poseban prekršajni postupak, a u pravno-tehničkom smislu ovo proizlazi iz normi sadržanih u Glavi Zakona o prekršajima, kojima se na odgovarajući način, modifikuju opšte norme prekršajnog postupka. Takva podela proizlazi s jedne strane iz vrste krivičnog dela, odnosno prekršaja povodom koga se postupak vodi, a sa druge strane iz određenih svojstava lica prema kojem se konkretan delikt (krivični ili prekršajni) postupak vodi. Suština je u tome da se u određenom postupku primenjuju neka posebna pravila u odnosu na pravila koja važe u opštem, odnosno redovnom krivičnom postupku. U pogledu svih onih procesnih situacija, koje se u posebnom krivičnom ili prekršajnom postupku ne regulišu, važe pravila koja egzistiraju u redovnom krivičnom, odnosno prekršajnom postupku, a takvo postupanje može biti izričito naloženo normama Zakonika o krivičnom postupku, odnosno Zakona o prekršajima ili se mogu primenjivati opšta pravila o *analognom postupanju*. Na taj se način odnos između redovnog (opšteg) krivičnog postupka ili prekršajnog postupka i nekog posebnog krivičnog, odnosno prekršajnog postupka (u ovom slučaju krivičnog postupka prema maloletnicima, odnosno postupanja prema maloletniku u prekršajnom postupku), ispoljava kao relacija između *lex generalis-a* i *lex specialis-a*.

Dakle, ovde posebno treba imati u vidu da je i sam Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica *lex specialis* u odnosu na Zakonik o krivičnom postupku,²⁴ koji je *lex generalis* kada se radi o krivičnoj proceduri. Naime u Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika propisano je da se njegove odredbe koje se tiču postupka prema maloletniku, ali i odredbe koje su uopšte krivičnoprocesnog karaktera (gde spadaju i oni krivični postupci u kojima se maloletno lice pojavljuje kao oštećeni određenim vrstama krivičnih dela, kada postoji rizik od visokog stepena tzv. sekundarne viktimizacije), primenjuju primarno, jer je reč o *lex specialis* –u, ali da se

24 Postupak prema maloletnicima više nije regulisan odredbama Zakonika o krivičnom postupku, već su sve odredbe ovog posebnog krivičnog postupka sadržane u Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (čl. 42 – 85 ZM).

Kada je reč o krivičnoprocesnim odredbama ovaj Zakon sadrži *dve grupe* takvih odredbi: 1) odredbe koje se odnose na postupak prema maloletnicima i 2) odredbe koje se odnose na krivični postupak u kome se maloletno lice pojavljuje kao oštećeno određenom kategorijom krivičnih dela, koje i ne predstavljaju neki poseban krivični postupak, već se njima samo modifikuju određena pravila krivičnog postupka u kome se pojavljuje oštećeni koji spada u određenu posebnu starosnu kategoriju.

onda kada nešto nije uređeno tim odredbama, shodno primenjuju pravila sadržana u Zakoniku o krivičnom postupku, koji je u tom pogledu *lex generalis*,

Iz ovoga proizlazi i jedna vrlo interesantna situacija kada je reč o primeni normi koje se odnose na prekršajni postupak koji se vodi prema maloletniku, jer se tu može govoriti o tome da *tri relevantna zakona* kao izvora prava prekršajnog postupka prema maloletnicima u smislu svog mesta u pravnom sistemu i odnosa jedan prema drugome, ali i međusobno, imaju sledeća svojstva:

- *lex specialis* – Zakon o prekršajima, pri čemu je jedan njegov deo (odredbe sadržane u Glavi XXXIII), *lex specialis* u odnosu na ostale odredbe Zakona o prekršajima, koje su *lex generalis*;
- *lex generalis* i *lex specialis* – Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica);
- *lex generalis* – Zakonik o krivičnom postupku.

Kada je reč o navedenim relevantnim zakonim – prvi je Zakon o prekršajima koji je *lex specialis* u odnosu na drugi zakon – Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, koji je *lex generalis* za ZOP, ali je sam taj zakon takođe *lex specialis* u odnosu na treći zakon – Zakonik o krivičnom postupku koji je *lex generalis*.

Ovakav međusobni odnos ovih zakona zahteva odgovarajuću analizu osnovnih normativnih rešenja svakog od ovih zakona, kada je reč o prekršajnom postupku koji se vodi prema maloletniku.

4.2. *Predprekršajni postupak prema maloletniku – analogno primenjivanje normi ZKP-a koje se odnose na prekrivični/predistražni postupak*

Izraz „predprekršajni postupak“ prema maloletniku nije zakonskog karaktera, ali iz prethodno objašnjenog međusobnog odnosa tri relevantna zakona u ovoj oblasti (Zakon o prekršajima, Zakon maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica i Zakonik o krivičnom postupku), postoji i pravilo da se pre formalnog pokretanja prekršajnog postupka prema maloletniku, u mnogim situacijama u odnosu na maloletnika vrše određene radnje koje spadaju u tzv. predprekršajni postupak, a u kojem se po analogiji primenjuju norme kojima se u Zakoniku o krivičnom postupku reguliše prekrivični postupak, odnosno predistražni postupak, kada je u pitanju novi ZKP iz 2011. godine, čija će celovita primena da započne od 1. oktobra 2013. godine.²⁵

Kao što je prethodno objašnjeno u postupku koji se prema maloletniku vodi, odnosno koji se u nekim situacijama može voditi, pre formalnog pokretanja prekršajnog postupka, primenjuju se po analogiji norme Zakonika o krivičnom postupku, kojim se reguliše prekrivični, odnosno predistražni postupak.

U postupku koji se vodi prema maloletniku, a koji prethodi prekršajnom postupku, primenjuju se po analogiji pravila kako Zakonika o krivičnom postupku,

25 Više o tome: M.Škulić, *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije – novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013., str. 75 – 91.

koja se odnose na taj uglavnom neformalni procesni stadijum, tako i pravila Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnika. Slična pravila postoje i u novom Zakoniku o krivičnom postupku od 2011. godine, kada se radi o *predistražnom postupku* (čija celovita primena verovatno počinje u oktobru 2013. godine), a najvažniji aspekti te krivičnoprocesne regulative, koja je od značaja i u prekršajnoprocesnom smislu, se tiču:

- 1) prikupljanja obaveštenja od maloletnika, odnosno vođenje informativnog razgovora sa njim, te
- 2) postupanja policije kada postoji osnovana sumnja da je dete učinilo delo koje po svojim objektivnim obeležjima predstavlja prekršaj

4.2.1. Prikupljanje obaveštenja od maloletnika u pretkrivičnom/ predistražnom postupku i analogno tome u „predprekršajnom“ postupku

Od maloletnika se u pretkrivičnom postupku mogu prikupljati obaveštenja, kao i od bilo kojeg drugog građanina, shodno opštim zakonskim odredbama,²⁶ ali i uz primenu određenih posebnih pravila.

Kada se od maloletnika prikupljaju obaveštenja, tj. sa njim obavlja tzv. informativni razgovor, policija to čini *u prisustvu* određenih maloletniku bliskih lica, tj. roditelja, usvojioca, odnosno staraoca maloletnika, a prikupljanje obaveštenja obavlja *policajac za maloletnike*, koji je službeno lice organa unutrašnjih poslova koje je steklo posebna znanja iz oblasti prava deteta i prestupništva mladih.

Zakonom nije uređena u praksi moguća situacija da policija iz objektivnih razloga ne može da obezbedi prisustvo u Zakonu označenih lica (roditelji maloletnika itd.), prikupljanju obaveštenja od maloletnika, do čega posebno može doći, ne samo kada maloletnik uopšte nema roditelje, već i kada se radi o maloletniku koji je bez stalnog boravišta, „prepušten sam sebi“, odnosno „ulici“, socijalno zapušten i tsl. Ova se situacija može rešiti primenom drugih opštih propisa po kojima prava i dužnosti roditelja odnosno zakonskih zastupnika maloletnih lica, onda kada su roditelji, odnosno zakonski zastupnici sprečeni da vrše svoja prava i dužnosti ili kada čak, uopšte ne postoje, vrši organ starateljstva, koji i inače, može ostvarivati službeni nadzor nad vršenjem roditeljskog prava. Stoga bi u situaciji kada maloletnik nema roditelje, odnosno druga bliska lica, ili se oni ne mogu pronaći, odnosno njihovo prisustvo obezbediti, prikupljanje obaveštenja od maloletnika u pretkrivičnom postupku od strane policije, trebalo realizovati uz prisustvo predstavnika organa starateljstva.

4.2.2. Postupanje kada je dete učinilo delo koje je protivpravno i zakonom propisano kao prekršaj

Kada je reč o krivičnim delima i mogućnošću da se određeno delo koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo, a učinjeno od strane lica koje u vreme izvršenja takvog dela nije imalo navršenih 14 godina, pripiše krivici njegovog

26 Više o tome: M.Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2011., str. 713 – 725.

učinioca, važi pravilo da takvo delo nije krivično delo, jer se *ne može pripisati u krivicu* tog lica. Tada postoje sva objektivna obeležja krivičnog dela (delo čoveka, protivpravnost i propisanost u zakonu, odnosno drugom propisu koji se donosi na osnovu zakona), ali nema krivice, jer učinilac takvog dela (kod kojeg su ispunjeni svi objektivni elementi krivičnog dela, ali ne postoji krivica kao subjektivni element), objektivno nije sposoban da snosi krivicu. Na isti način se reguliše i objektivna (ne) sposobnost deteta, tj. lica koje u vreme izvršenja delikta nije navršilo četrnaest godina života, da učini prekršaj. Doduše, kao što je prethodno objašnjeno, u Zakonu o prekršajima se krivica za učinjeni prekršaj ne smatra formalno elementom (subjektivnim) opšteg pojma prekršaja, ali bez krivice ne može postojati odgovornost za učinjeni prekršaj, a kako dete, tj. lice koje u vreme izvršenja prekršaja nije navršilo četrnaest godine, ne može biti krivo, ono praktično ne odgovara za prekršaj, a ako bi se primenila logika Krivičnog zakonika, tada njegovo delo formalno i ne bi bilo prekršaj, jer je delo učinjeno bez Lica koja u vreme izvršenja krivičnog dela nisu navršila 14 godina ne mogu odgovarati krivično delo, bez obzira na realan stepen zrelosti njihove ličnosti ili bilo koje druge subjektivne okolnosti. Starosna granica odgovornosti za krivično delo, odnosno starosna granica sposobnosti za snošenje krivice, je definisana u objektivnom smislu i vezana je samo za uzrast lica u vreme izvršenja dela. Isto važi i u odnosu na odgovornost za prekršaj.

Kada javni tužilac za maloletnike utvrdi da lice protiv kojeg je podneta krivična prijava ili predlog oštećenog za pokretanja postupka, u vreme izvršenja krivičnog dela *nije navršilo četrnaest godina*, odbaciće krivičnu prijavu ili predlog oštećenog, a rešenje o odbacivanju se dostavlja organu starateljstva radi preduzimanja mera iz njegove nadležnosti. Ukoliko sud u toku postupka utvrdi da maloletnik u vreme izvršenja krivičnog dela nije navršio četrnaest godina, krivični postupak će se obustaviti, a rešenje o obustavljanju postupka se dostavlja organu starateljstva radi preduzimanja mera koje spadaju u njegovu nadležnost. Slično se postupa i kad se radi o prekršajnom postupku, odnosno činjenju dela koje objektivno predstavlja prekršaj, od strane lica koje u vreme izvršenja takvog dela, nije imalo navršenih 14 godina. Takvim se licima njihovo delo objektivno ne može pripisati u krivicu.

Deca su apsolutno nesposobna da odgovaraju za prekršaj, jer i kad njihovo delo objektivno predstavlja prekršaj (delo čoveka, protivpravnost i propisanost u zakonu, odnosno drugom propisu), nema odgovornosti za učinjeni prekršaj, tj. nema subjektivne komponente, jer je takvo delo učinjeno bez krivice, za koju lice koje nema navršenih 14 godina u vreme činjenja dela, objektivno nije sposobno da je snosi. S druge strane, ovde treba imati u vidu i prethodno objašnjenu mogućnost da tada, pod određenim uslovima za takav „prekršaj“ koji u stvari, postoji samo u objektivnom smislu, kada je reč o njegovom „izvornom“ učiniocu, odgovaraju roditelji deteta učinioca, odnosno određena druga lica koja su propustila sprovođenje određenog dužnog nadzora, pa je usled toga dete učinilo prekršaj. Kada je reč o prekršajima, tu postoje i neke druge specifičnosti kojih nema kada se radi o krivičnim delima, odnosno situacijama kada dete učini delo koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo.

Potrebno je razlikovati dve situacije, kada se radi o činjenju dela koje je protivpravno i zakonom propisano kao prekršaj, od strane lica (deteta), koje u vreme izvršenja takvog dela, nije navršilo četrnaest godina:

- 1) kada prekršajni postupak još nije pokrenut i
- 2) kada je prekršajni postupak već pokrenut, a tokom postupka se ustanovi da je delo koje je protivpravno i zakonom propisano kao prekršaj, učinilo dete.

U skladu sa članom 71 Zakona o prekršajima, prema maloletniku koji u vreme kada je učinio prekršaj nije navršio četrnaest godina (dete) ne može se voditi prekršajni postupak. Kad se prekršajni postupak *ne može voditi*, treba smatrati da se on *ne može ni pokrenuti*.

Zakonodavac ovde nenavršenih četrnaest godina u vreme izvršenja prekršaja, odnosno dela (činjenja ili nečinjenja), koje je protivpravno i zakonom, odnosno drugim propisom predviđeno kao prekršaj, tretira kao *apsolutnu procesnu smetnju*, ali iz toga u stvari, proizlazi da dete ne može prekršajno da odgovara, odnosno prekršaj deteta može postojati u objektivnom smislu, ali kako dete nije sposobno za snošenje krivice, on za svoj objektivni prekršaj ne odgovara.

Slično kao što smo to objašnjavali u vezi izvršenog protivpravnog dela koje je zakonom propisano kao krivično delo, od strane deteta, a kada ne treba podnositi krivičnu prijavu, ni u ovakvom slučaju ne treba pokretati prekršajni postupak, jer se on ne može voditi protiv lica koje u vreme izvršenja prekršaja nije imalo određeni zakonom propisani uzrast. To znači da ovlašćeni organ u ovakvom slučaju ne treba da podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Pod ovlašćenim organom treba podrazumevati sledeća lica: ovlašćeni inspektori, javni tužilac i drugi organi i organizacije, koje vrše javna ovlašćenja u čiju nadležnost spada neposredno izvršenje ili nadzor nad izvršenjem propisa u kojima su prekršaji predviđeni (član 179 Zakona o prekršajima). Kada je reč o maloletnicima, tu će po logici stvari, u praksi, a naročito ako su u pitanju ozbiljniji prekršaji, kao podnosilac zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, doći u obzir javni tužilac. Tada, tj. onda kada je prekršaj učinilo dete (lice koje u vreme izvršenja prekršaja nije imalo navršenih četrnaest godina), praktično je samo potrebno obavestiti druge organe iz domena socijalne zaštite, a pre svega, organ starateljstva, eventualno školske organe i sl.

Ovde treba imati u vidu i prethodno već objašnjeni član 72 Zakona o prekršajima, kojim je propisano da kada je dete učinilo prekršaj zbog propuštanja dužnog nadzora roditelja, usvojitelja, staratelja, odnosno hranitelja, a ova lica su bila u mogućnosti da takav nadzor vrše, roditelji, usvojitelj, staratelj odnosno hranitelj deteta kazniće se za prekršaj kao da su ga sami učinili.

Pored toga, zakonom se može propisati da će za prekršaj koji je učinio maloletnik odgovarati i roditelji, usvojitelj, staratelj, odnosno hranitelj maloletnikastarog od navršenih četrnaest do navršenih osamnaest godina ako je učinjeni prekršaj posledica propuštanja dužnog nadzora nad maloletnikom, a bili su u mogućnosti da takav nadzor vrše. Osim roditelja, usvojitelja, staratelja ili hranitelja, zakonom se može propisati da će za prekršaj maloletnika odgovarati i druga lica za koja je propisana obaveza vršenja nadzora nad maloletnikom koji je učinio prekršaj. Ako se radi

o ovakvoj situaciji, u obzir dolazi *pokretanje prekršajnog postupka protiv lica koja su propustili da vrše potreban nadzor nad detetom* koje je učinilo prekršaj, a koje za prekršaj ne može odgovarati jer u vreme kada ga je učinilo, nije imalo navršenih četrnaest godina.²⁷

Odredbama člana 299 Zakona o prekršajima, uređuje se „postupanje prema detetu“ u prekršajnom postupku.

Kad sud utvrdi da maloletnik u vreme izvršenja prekršaja nije imao navršenih četrnaest godina obustaviće prekršajni postupak (član 299 stav 1 ZOP).

Kada se prekršajni postupak obustavi jer sud utvrdi da učinilac u vreme izvršenja dela nije imao navršenih četrnaest godina, sud će o prekršaju koji je učinjen obavestiti sledeće subjekte: 1) roditelja, 2) usvojitelja, 3) staratelja maloletnika (ako maloletnik ima staratelja), kao i 4 organ starateljstva. Sud po potrebi može obavestiti i školu odnosno organizaciju u kojoj je maloletnik smešten (član 299 stav 2 ZOP).

Navedene zakonske norme nisu sasvim korektne ni u terminološkom, niti u pravno-tehničkom smislu, a osnovne greške su sledeće:

- 1) pogrešno definisanje *učinioca dela* – ne radi se o maloletniku, već o detetu, jer je u pitanju lice koje još nije navršilo četrnaest godina, odnosno u vreme izvršenja dela nije imalo taj uzrast;
- 2) pogrešno definisanje *učinjenog dela* – ne radi se o prekršaju učinjenom od strane deteta, jer dete ni ne može učiniti prekršaj, već samo delo koje je protivpravno i zakonom, odnosno drugim propisom propisano kao prekršaj, ali koje se formalno ne smatra prekršajem, jer se ne može pripisati krivici njegovog učinioca, s obzirom da on zbog svog uzrasta (nenavršenih 14 godina), objektivno nije sposoban da snosi krivicu, kako u krivičnompravnom, tako i u prekršajnompravnom smislu;²⁸
- 3) pogrešno označavanje *predmeta obaveštavanja* određenih subjekata – roditelji, usvojitelji itd., se ne obaveštavaju o učinjenom „prekršaju“ deteta, jer se

27 Naravno, ovo je objašnjenje za postupanje u formalnom smislu i prema „slovu zakona“, koji proteže prekršajnu odgovornost i na roditelje i druga lica koja imaju „dužnost nadzora“ u odnosu na dete „prekršajno neodgovornog učinioca prekršaja“, a u prethodnom tekstu smo već objasnili da ovo rešenje nije dobro ni u materijalnom prekršajnompravnom smislu, jer se svodi na, neku vrstu „komandne odgovornosti, ili u stvari, svojevrsne odgovornosti za drugog i donekle se približava „objektivnoj odgovornosti“, slično kao što se nekad u nekim drugim granama prava, odgovara za štetu nastalu usled „opasne stvari“ ili učinjenu od strane domaćih životinja u odnosu na koje je njihov vlasnik propustio dužnost odgovarajućeg nadzora.

28 Doduše, ovde je primenjen čist krivičnopravni rezon, jer prema Krivičnom zakoniku Srbije od 2006. godine, krivično delo se definiše objektivno-subjektivno, pa ako nema krivice, nema ni krivičnog dela, dok se u Zakonu o prekršajima prekršaj u stvari, definiše čisto objektivno, a krivica predstavlja uslov da učinilac prekršaja u objektivnom smislu, za njega odgovara.

Nije logično da se u okviru istog pravnog sistema jedna vrsta delikta (krivično delo) definiše u opštem smislu objektivno-subjektivno, a druga vrsta delikta (prekršaj), čisto objektivno, ali ako se objektivna definicija prekršaja poveže sa pravilima o odgovornosti za prekršaj (subjektivni element), onda bi se moglo smatrati da u širem smislu bez krivice učinioca, ne može postojati ni prekršaj. Konačno, kako se za „prekršaj“ ne može odgovarati, njegovo se postojanje ne bi u postupku moglo ni utvrditi, što onda znači da se i u ZOP-u prekršaj makar implicitno definiše u objektivno-subjektivnom smislu.

formalno (kao što je prethodno već objašnjeno uopšte ni ne radi o prekršaju, jer nama njegovog subjektivnog elementa), već o delu koje je protivpravno i zakonom propisano kao prekršaj, a koje je učinilo dete.

4.3. Hitnost postupanja prema maloletniku u prekršajnom postupku

Hitnost postupanja prema maloletniku u prekršajnom postupku je propisana članom 292 Zakona o prekršajima u kojem se navodi da je *prekršajni postupak prema maloletniku hitan*.

I inače se smatra da „pravda koja nije brza, u velikoj meri gubi karakter pravde“. Naravno, *brzina se ne sme pretvoriti u brzopletost*. Postupak prema maloletnicima bi načelno morao da bude sproveden brzo i efikasno, jer maloletnik *vremenom prelazi u drugu starosnu kategoriju*, što bitno utiče i na očekivane i moguće efekte kako krivičnog, tako i prekršajnog postupka koji se vodi prema njemu. S druge strane, socijalni ambijent koji je načelno od velikog značaja kada se radi uopšte o maloletničkoj delinkvenciji, pa i njenim (materijalnim i procesnim) krivičnopravnim i prekršajnopravnim aspektima, po pravilu, nameće potrebu brzog rešavanja određenog pitanja.

Organi koji učestvuju u postupku prema maloletniku, kao i drugi organi i ustanove od kojih se traže obaveštenja, izveštaji ili mišljenja, dužni su da *postupaju najhitnije* kako bi se postupak što pre završio.

Pre izricanja vaspitne mere ili kazne maloletniku, pribaviće se mišljenje nadležnog organa starateljstva, osim ako je u međuvremenu maloletnik postao punoletan. Ako nadležni organ starateljstva ne dostavi mišljenje u roku od šezdeset dana, sud može maloletniku izreći ukor ili novčanu kaznu i bez mišljenja organa starateljstva, vodeći računa o duševnoj razvijenosti, osetljivosti i ličnim svojstvima maloletnika.

Pri preduzimanju radnji prema maloletniku u njegovom prisustvu, a naročito pri njegovom saslušanju, lica koja učestvuju u postupku dužna su da postupaju obazrivo, vodeći računa o duševnoj razvijenosti, osetljivosti i ličnim svojstvima maloletnika.

4.4. Poseban način pozivanja maloletnika u prekršajnom postupku

Maloletnik se *primarno poziva posrednim putem*, tj. preko roditelja, odnosno zakonskog zastupnika. Međutim, *supsidijarno i uslovljeno* – ako pozivanje maloletnika preko roditelja, odnosno zakonskog zastupnika nije moguće zbog potrebe da se hitno postupa ili iz drugih opravdanih razloga, maloletnik se može pozivati i lično (član 293 stav 1 ZOP).

Ako se maloletnik ne poziva preko roditelja, odnosno zakonskog zastupnika, sud koji vodi prekršajni postupak će ih obavestiti o pokretanju postupka (član 293 stav 2 ZOP). Maloletniku se ne mogu dostavljati pismena isticanjem na oglasnu tablu suda (član 293 stav 3 ZOP).

4.5. Posebna obaveza svedočenja u prekršajnom postupku prema maloletniku

Niko ne može biti oslobođen od dužnosti da svedoči o određenim okolnostima koje se tiču psihološkog statusa maloletnika i njegovog mikro-socijalnog ambijenta

(član 294 Zakona o prekršajima). To su okolnosti potrebne za: 1) ocenjivanje duševne razvijenosti maloletnika, 2) upoznavanje ličnosti maloletnike, te 3) upoznavanje prilika u kojima maloletnik živi.

Ratio legis ove odredbe je utemeljen na karakteru postupka prema maloletnicima (kako krivičnog, tako i prekršajnog), koji je načelno, u velikoj i čak pretežnoj mjeri orijentisan na psihološko-socijalnu analizu ličnosti maloletnika i njegovih relevantnih životnih okolnosti.²⁹

4.6. Razdvajanje i spajanje prekršajnog postupka prema maloletniku

Kad je maloletnik učestvovao u izvršenju prekršaja zajedno sa punoletnim licima, postupak prema njemu će se razdvojiti i sprovesti po odredbama ovog zakona (član 295 stav 1 ZOP). Radi se o *primarnom pravilu*, ali se od njega *supsidijarno može odstupiti*.

Postupak prema maloletniku može se voditi zajedno sa postupkom protiv punoletnih lica i sprovesti po opštim odredbama Zakona o prekršajima samo ako je spajanje postupka neophodno za svestrano razrešenje stvari (član 295 stav 2 ZOP). Rešenje o razdvajanju, odnosno spajanju postupka donosi postupajući sudija, a protiv tog rešenja nije dozvoljena žalba (član 295 stav 3 ZOP).

4.7. Procesna prava roditelja i staratelja maloletnika prema kojem se vodi prekršajni postupak

Određena lica koja su po definiciji bliska maloletniku, a njega od njih imaju i zakonsku dužnost odgovarajućeg nadzora nad maloletnikom, imaju i posebna prava, uključujući i pravo na dokaznu inicijativu u prekršajnom postupku koji se vodi prema maloletniku.

Ratio legis ove zakonske mogućnosti je, kako težnja da se što je moguće šire zaštite prava maloletnika u prekršajnom postupku, tako i nastojanje da se obezbedi odgovarajuće reagovanje u odnosu na maloletnika, od strane onih lica koja imaju posebne dužnosti nadzora nad maloletnikom. Konačno, neka od tih lica (kao na primer, roditelji) i prema odredbama samog Zakona o prekršajima (o čemu je pisano u prethodnom tekstu), čak mogu i sama pod određenim uslovima snositi odgovornost ako maloletnik koji je bio, odnosno trebao da bude, pod njihovim nadzorom, učini prekršaj.

U postupku prema maloletnicima, organ starateljstva, roditelji, odnosno zakonski zastupnik maloletnika imaju pravo da se upoznaju sa tokom postupka, da u toku postupka stavljaju predloge i da ukazuju na činjenice i dokaze koji su važni za donošenje pravilne odluke (član 296 ZOP).

4.8. Načelo oportuniteta prekršajnog gonjenja maloletnika

Načelo oportuniteta je suprotan princip načelu legaliteta oficijelnog krivičnog gonjenja i u mnogim radovima se ono ni ne izlaže kao posebno ili osobeno krivičnoprocesno načelo već samo kao jedan procesni opozit načelu legaliteta (izuze-

29 Više o tome: M.Škulić, op.cit., str. 326.

tak u odnosu na to načelo), a ogleda se u postupanju „po oportunitetu“, tako da se krivično gonjenje ne mora obavezno preduzeti iako su ispunjeni svi traženi uslovi koji proizlaze iz načela legaliteta, već se shodno proceni svrsishodnosti krivičnog gonjenja u određenom slučaju, gonjenje može ili ne mora preduzeti, pri čemu je kriterijum za negonjenje u nekim nacionalnim (uporednim) krivičnim postupcima povezan sa na primer, visokim troškovima postupka,³⁰ ili se zasniva na nekim svojstvima optuženog.³¹ Načelo oportuniteta, osim u krivičnom postupku, postoji pod određenim uslovima i u prekršajnom postupku, gde bi ono u stvari, s obzirom na značaj delikta, u praksi, moralo da ima i znatno veću ulogu.

Slično kao što onda kada u pogledu maloletnika postoji osnovana sumnja da je učinio krivično delo, a kada javni tužilac za maloletnike, pod određenim uslovima, ne mora da pokrene krivični postupak, već može postupiti po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja,³² to načelo se može primeniti i kada se radi o prekršaju maloletnika. Radi se o slučaju *neceleshodnosti vođenja prekršajnog postupka* prema maloletniku u konkretnom slučaju.

Za razliku od krivičnog postupka, gde je načelo oportuniteta u domenu ovlašćenja javnog tužioca za maloletnike,³³ kao izuzetak u odnosu na načelo legaliteta oficijelnog krivičnog gonjenja, u prekršajnom postupku se radi o ovlašćenju suda.

Sud može odlučiti da se ne vodi prekršajni postupak prema maloletniku ako smatra da ne bi bilo celishodno da se postupak vodi s obzirom na prirodu prekršaja i okolnosti pod kojima je prekršaj učinjen, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva (član 297 stav 1 ZOP).

U slučaju da je sud ocenio da ne bi bilo celishodno da se maloletnik prekršajno goni, obustaviće se prekršajni postupak, a o učinjenom prekršaju obavestiće se roditelj, usvojitelj, staratelj, odnosno hranitelj maloletnika i organ starateljstva radi preduzimanja mera u okviru njihovih ovlašćenja.

4.9. Pravo na podnošenje žalbe protiv odluke donesene u prekršajnom postupku koji je vođen prema maloletniku

Protiv odluke donete u postupku kojom je maloletniku izrečena sankcija za prekršaj žalbu mogu izjaviti, pored lica, koja i inače spadaju u titulare prava na žal-

30 Osim primera koji se odnosi na zahteve ekonomičnosti postupka, citirani autori kao sledeće primere mogućeg postupanja po načelu oportuniteta navode: slučaj krivičnog negonjenja „iz obzira prema određenom optuženom koji se nalazi na visokom položaju ili radi izbegavanja nekog javnog skandala, odnosno iz spoljnopolitičkih razloga“, što inače, svakako može da bude osnov postupanja prema nekoj vrsti faktičkog i istovremeno nelegalnog oportuniteta, ali se takvi razlozi teško mogu u pravnoj državi opravdati, tako da budu formalna podloga za nezapočinjanje krivičnog gonjenja, iako su za to inače, ispunjeni svi zakonom traženi uslovi.

31 Više o tome: E. Kern und C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 14. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1976, str. 61.

32 Više o tome: M. Škulić, *Načelo oportuniteta krivičnog gonjenja i maloletnička delinkvencija*, u zborniku Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu „Oportunitet krivičnog gonjenja, Canada-Serbia, Judicial Reform Project, Beograd, 2009., str. 97 – 111.

33 Više o tome: M. Škulić, *Princip oportuniteta u krivičnom postupku prema maloletnicima I*, Izbor sudske prakse – stručno informativni časopis, „Glosarium“, br. 7–8/97, Beograd, 1997, str. 66–68.

bu u prekršajnom postupku (član 259 ZOP), još i staratelj, brat, sestra i hranitelj maloletnika (član 298 ZOP), a navedena lica mogu izjaviti žalbu u korist maloletnika i protiv njegove volje.

Ratio legis ove norme je da se što je moguće više zaštite prava maloletnika, što je od posebne važnosti kada se radi o izboru najadekvatnije prekršajne sankcije u konkretnom slučaju.

4.10. Isključenje javnosti u prekršajnom postupku prema maloletniku

U postupku prema maloletniku uvek će se isključiti javnost (član 300). Slično pravilo postoji i u krivičnom postupku koji se vodi prema maloletniku.

Prema pravilima Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivično-pravnoj zaštiti maloletnih lica, kada se sudi maloletniku, uvek će se isključiti javnost, a veće može dozvoliti da glavnom pretresu prisustvuju lica koja se bave zaštitom i vaspitavanjem maloletnika ili suzbijanjem prestupništva mladih.

U toku glavnog pretresa veće može narediti da se, osim javnog tužioca za maloletnike, branioca i predstavnika organa starateljstva, iz zasedanja udalje sva ili pojedina lica, a za vreme izvođenja pojedinih dokaza ili govora stranaka, veće može narediti da se maloletnik udalji iz zasedanja. Ovakav izuzetak u vidu da određena lica ipak prisustvuju postupku prema maloletniku u kojem inače, nema javnosti, nije moguć u prekršajnom postupku koji se vodi prema maloletniku.

Nepridržavanje odredaba o tajnosti postupka koji se vodi prema maloletniku predstavlja odgovarajuće krivično delo.³⁴

Kada je reč o krivičnom postupku koji se vodi prema maloletniku, u sudskoj praksi se ustalilo shvatanje da postoji povreda odredbe krivičnog postupka kojom se zabranjuje javnost suđenja maloletniku, ukoliko se u presudi koja je doneta u opštem krivičnom postupku u pogledu krivičnog dela punoletnog optuženog, *navedu puna imena i prezimena* maloletnih saučesnika, s obzirom da se i na taj način prouzrokuju štetne posledice po maloletnike, što i predstavlja *ratio legis* zabrane javnog suđenja maloletnicima.³⁵ Smatramo da se isti rezon po analogiji, a posebno sa osloncem na i inače postojeće pravilo o *shodnoj primeni* krivičnopravnih odredbi, pa samim tim i prakse, može primeniti i kada se radi o maloletniku koji je odgovarao za prekršaj učinjen u saučesništvu sa punoletnim licima.

5. ZAKLJUČAK

Slično kao što je i prekršajno pravo, kao grana kaznenog prava u veoma „dubokoj senci“ krivičnog prava, kao „bazičnog“ segmenta kaznenog prava i kao nekakvog svog „starijeg brata“, prilično zapostavljeno u teoriji, ni maloletničkom prekršajnom pravu se ne poklanja dovoljno pažnje. U stvari, bez ikakve pretenzije da

34 O.Perić, *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Beograd, 2005, str. 187.

35 Vrhovni sud Srbije Kž. br. 2857/64, od 28.12.1964., – Prema: Z.Jekić: *Krivično procesno pravo*, Beograd, 1994., str. 427 – 428.

se ovaj rad prikaže kao nekakav „pionirski poduhvat“, činjenica je da se do sada kod nas, praktično nije ni govorilo o maloletničkom prekršajnom pravu, kao što se ni inače, skoro uopšte nije poklanjala pažnja teorijskom analiziranju položaja maloletnika kao učinilaca prekršaja. Ovo je verovatno posledica, ne samo u izvesnoj meri manje „atraktivnosti“ prekršajnog prava, kao neke vrste „sažetog“, „uprošćenog“ „pojednostavljenog“, odnosno znatno „jednostavnijeg“ vida kaznenog prava u odnosu na krivično pravo, već i istorijskog razvoja našeg prekršajnog prava, koje se kod nas do skoro čak smatralo delom upravnog, a ne kaznenog prava u širem smislu. To se tiče i faktičkog položaja sudija za prekršaje, koje se tek u relativno novije vreme, zaista postale *sudije*. Naime, tek su nedavno „organi“ za prekršaje postali *sudovi*, odnosno segment „prave“ sudske vlasti u pravnom sistemu.

Kako je sada nesporno da su „sudovi za prekršaje“ zaista *sudovi*, te da su „sudije za prekršaje“, „prave“ *sudije*, potrebno je da se i prekršajnom pravu kao nekoj vrsti „mini“ krivičnog prava, pokloni znatno više pažnje, što se odnosi kako na materijalno prekršajno pravo, tako i na procesno prekršajno pravo, u pogledu kojeg se na primer, vezano za neke relativno skorije odluke Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu, kao značajan problem javlja delovanje načela *ne bis in idem* u pogledu odluka donesenih u odnosu na isti predmet u prekršajnom i krivičnom postupku. Prekršajno pravo je s obzirom na svoj odnos sa krivičnim izvršnim pravom, nešto manje specifično u pogledu problematike izvršenja prekršajnih sankcija, ali i tu postoje značajne osobenosti ove grane prave. Sve ovo što inače važi i za prekršajno pravo uopšte, odnosi se i na maloletnike kao učinioce prekršaja, odnosno položaj maloletnika u materijalnom, procesnom i izvršnom prekršajnom pravu, tako da je bar u onoj meri u kojoj se danas poklanja pažnje maloletničkom krivičnom pravu, potrebno analogno tome, određenu pažnju usmeriti i na maloletničko prekršajno pravo.

Položaj maloletnika u mnogim svojim elementima nije dobro rešen u novom Zakonu o prekršajima, a nedostaci nekih odredbi tog Zakona su daleko izraženiji kada je reč o materijalnom prekršajnom pravu, nego kada su u pitanju norme prekršajnog postupka koji se vodi prema maloletniku. To se odnosi kako na pravno-tehnički prilično loše rešen problem starosne granice prekršajne odgovornosti maloletnika, odnosno njegove sposobnosti da odgovara za prekršaj, tj. analogno tome „nesposobnosti“ deteta da odgovara za prekršaj (što za praksu i nije preterano bitno), tako i na sistem prekršajnih sankcija za maloletnike, što je u praksi izuzetno važno, a koji u mnogim svojim aspektima, ispoljava velike ne samo pravno-tehničke, već i suštinske slabosti, što je u prethodnom tekstu već relativno detaljno objašnjeno. Neke od tih slabosti Zakona za prekršaje koje se tiču položaja maloletnika kao učinilaca prekršaja su takve, da je skoro moguće zaključiti da je *de facto* ponekad povoljniji položaj maloletnika koji je učinio krivično delo, nego onoga koji je učinio prekršaj.

Milan Škulić

Faculty of Law, University of Belgrade

THE BASICS OF THE JUVENILE'S MISDEMEANOR LAW

SUMMARY

In the article are explained the basic characteristics of the position of Juveniles as perpetrators of misdemeanor. In the article is defined from theoretical point of view the notion of Juveniles misdemeanor law. Special attention is focused on the analyzing of the rules of the new Serbian Code of Misdemeanor about age limit of responsibility for misdemeanor, system of misdemeanor sanctions for juveniles and conditions under these they may be applied and other specifics of position of juveniles in the misdemeanor procedure.

Author concludes that misdemeanor law is in Serbian legal theory rather neglected and that is especially valid when we speak about the position of juveniles as perpetrators of misdemeanor.

In some aspects is the position of juveniles who commit misdemeanors better when they are criminal responsible, then when they are responsible for misdemeanor. That is not logical and for that also there is no any reasonable explanation.

Key words: Misdemeanor Law, Penal Law, Juveniles as Perpetrators of Misdemeanor, Age Limit of Responsibility for Misdemeanor, Misdemeanor Procedure, Misdemeanor Sanctions for Juveniles.

DRUŠTVENA JAVNOST, JAVNO MNJENJE I ORGANIZOVANI KRIMINALITET U SRBIJI

Apstrakt. Ovaj rad se sastoji iz tri dela. U prvom delu se ukazuje na značaj javnosti kao političke kategorije, kao i na uticaje javnog mnjenja na funkcionisanje svih društvenih institucija.

U drugom delu razmatra se sistemski kontekst aktuelnog javnog mnjenja i organizovanog kriminaliteta u Srbiji. Danas, moderna (pre svega elektronska) sredstva masovnih komunikacija, ne samo što izbijaju u prvi javni plan svakodnevnog društvenog života, nego u dubinskoj strukturi društva postaju deo osnovne trijade moći koju čine *novac, vlast i informacije*. U ovom „Bermudskom trouglu“ društvene moći, informacije su uglobljene između vlasti i novca, kao spona među njima i najpogodniji most preko kojeg uticajne društvene grupe prelaze iz ekonomske u političku i iz političke u ekonomsku moć. Organizovani kriminalitet je interesna struktura koja se manifestuje kao koalicija, kao konkurencija ili kao nepomirljiva međusobna borba raznih kriminalnih aktera. Zato sociološka analiza organizovanog kriminaliteta u Srbiji mora pre svega da se usredsredi na objašnjenje sprege novca, vlasti i medija koja presudno utiče na oblikovanje javnog mnjenja. U takvim okolnostima javno mnjenje se nužno tabloidizuje. Svaka medijska afera sa dosijeom organizovanog kriminaliteta u svojoj pozadini ima neke i nečije, više ili manje prikrivene, ekonomske i političke interese. Bez analize ovih interesa nije moguće ni racionalno objašnjenje, ni valjano razumevanje, pa ni efikasno sprečavanje štetnih posledica nerazrešenih javnih afera po društvo i državu.

U trećem delu kritički se ukazuje na *simulakrum* slobodnog javnog mnjenja i njegovu tabloidizaciju u Srbiji. Umesto kritičkog suda slobodne javnosti na javnoj sceni se smenjuju političke i kriminalne afere koje se ne razrešavaju. U tim aferama se nerazdvojno prepliću politički, ekonomski i kriminalni interesi. Njima se ruši ugled političkih protivnika, ekonomskih konkurenata, ali i svih društvenih institucija. Pošto je organizovani kriminalitet u Srbiji i srodnim društvima sistemski devijacija, njegovo pravno obuzdavanje mora da bude sistemsko. To znači da je u Srbiji danas od svega najvažnija temeljna reforma globalnih društvenih institucija. Ona izostaje i pored smenjivanja na vlasti svih političkih garnitura koje su se pojavile na političkoj sceni u Srbiji za poslednje dve decenije.

Ključne reči: organizovani kriminalitet, javno mnjenje, tabloidizacija medija, institucionalne reforme.

1. KRITIČKA JAVNOST JE KISEONIK DRUŠTVENIH INSTITUCIJA

Javnost u društvenom životu je kao vedar i vetrovit dan u godini, ono što omogućuje prozračnu svežinu i odgovorno delovanje i ponašanje svih aktera u institucijama i organizacijama koje se bave poslovima od opšteg društvenog značaja. U srpskom jeziku reč „javnost“ je imenska izvedenica od glagola „javiti“, što znači po-

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

slati ili doneti neku vest, ili obaveštenje (informaciju) i označava društveno stanje u kojem postoji otvoreno i glasno obaveštavanje drugih (i od drugih obaveštavanje) o bitnim stvarima. U ličnom i društvenom životu javnost delovanja oslobađa ljude od straha da im drugi ne rade nešto iza leđa, nešto iznenadno i po njih loše i štetno i tako podstiče egzistencijalno bazična osećanja ljudske slobode i sigurnosti. Javnost delovanja podrazumeva otvorenost prema drugima kojom se istovremeno podstiče sveopšta moralna odgovornost i obezbeđuje zaštita drugih od naših loših namera i postupaka. Etičko utemeljenje kategorije javnosti, dakle, počiva na pretpostavci realnog postojanja i mogućnosti tačnog prepoznavanja *opšteg dobra* u međuljudskim društvenim odnosima.

Javnost je u osnovi politička kategorija, jer politika je klasično polje javnog društvenog života, za razliku od ekonomije koja pokriva i ispunjava privatnu stranu društva. Iako ove dve funkcionalne sfere uvek utiču jedna na drugu, međusobno su čvrsto povezane i uzajamno komplementarne, one su se još u antičkoj Grčkoj pojmovno i u praktičnom društvenom životu razlikovale kao *polis* (grad, država) i kao *oikos* (dom, kuća) – kao ono što je u društvu javno i ono što je privatno. U antičkom Rimu, ova ranije uobičajena razlika pravno je uobličena tako što su se razlikovale dve osnovne (i komplementarne) grane prava, javno i privatno pravo. Strukturna povezanost i funkcionalna komplementarnost javnih i privatnih poslova najbolje se ogleda u činjenici da država kao javna ustanova počinje pravno da uređuje privatne odnose, čime se sfera privatnog čvršće vezuju za javnu sferu. U srednjem veku ova razlika između javnog i privatnog nije tako vidljiva, da bi se u osvit novog doba ponovo javila u obliku razlike između *države* i *građanskog društva*, koju su jasno uočavali i isticali mislioci evropskog prosvetiteljstva, poput Hobsa, Rusoa, Hegela i mnogih drugih.

U savremenim građanskim društvima javno i privatno se još više prepliću i prožimaju, ali se i dalje ne samo pojmovno nego i praktično-politički razlikuju. *Liberalni model* politike polazi od političke samosvesti čoveka i građanina koji svoje privatne interese projektuje na javni plan, očekujući od države, kao javno-političke ustanove, da i ona priznaje i štiti individualna prava i privatne interese svojih građana. Građanska javnost u takvom razumevanju politike ima za cilj da politički prosvetuje građane i osigurava demokratsku kontrolu državne vlasti.

U nastojanju da se, uz fenomen javnosti i mas medija, definišu pojmovi koji se na ove fenomene odnose ili su sa njima povezani, mnogi autori su iznosili razne ideje. Među najznačajnijim pokušajima pojmovnog određenja jesu oni koji se odnose na *javno mnjenje*. Svi se slažu da sintagma *javno mnjenje* u sebi sadrži dva bitna aspekta: *javnost* i *mišljenje*.

Javnost kao elemenat javnog mnjenja može da se shvati bar na tri različita, ali, ipak, međusobno povezana načina:

1. Javno mnjenje je *mišljenje većeg broja ljudi* o „javnim pitanjima“ ili „javnim stvarima“, odnosno o pitanjima od zajedničkog interesa neke društvene grupe, a ne o onome što je interes pojedinaca (što bi bilo privatno mišljenje, čak i kad se javno iznosi). Sa druge strane, javno mnjenje se ne formira kao činjenični sud, nego samo kao kolektivni stav o nekom otvorenom javnom pitanju.

2. Javno mnjenje je *otvoreno izneto mišljenje*, koje je dostupno svim drugima (široj javnosti) i koje zato *nije tajno*.
3. Javno mnjenje je *mišljenje skupine, a ne pojedinaca*, mada neki pojedinci unutar skupine mogu da imaju veći uticaj na formiranje grupnog stava od drugih. Poznato je da javno mnjenje prvenstveno kreiraju moćni i uticajni pojedinci, ali se ono oblikuje i spontano – na gradskim trgovima i ulicama, u kafanama i drugde gde se odvija masovna javna komunikacija. Danas su *sredstva masovne komunikacije* glavni instrument kojim se služe oni koji kreiraju javno mnjenje najširih društvenih slojeva. Sredstva masovne komunikacije („mas-mediji“) omogućuju prenošenje i mišljenja uglednih i kompetentnih pojedinaca o javnim problemima koja unose racionalne sadržaje u masovno javno mnjenje.

Građanski konzervativci su isticali protivrečnu prirodu građanske javnosti i javnog mnjenja koje nastaje kao nestalna (pa i varljiva) rezultanta mnoštva subjektivnih težnji koje nastoje da se politički objektivizuju u obliku pravnih normi i državnih odluka. Takvo javno mnjenje sadrži mnoštvo pojedinačnih i grupnih motiva i interesa, pa se lako ideološki upotrebljava i zloupotrebljava. U tom smislu konzervativci su pomogli da se uoči značajna razlika između pojmova *mnjenja* i *mišljenja* i njihovog udela u društvenoj javnosti.

Mnjenje (ili mnenje) je mentalno stanje većeg broja ljudi koje vlada njihovim glavama, koje se pre nego što se glasno artikuliše najavljuje uznemiranim „brujanjem“ unutar nekog kolektiva. To je nestalno i varljivo „mišljenje mnoštva“, mešavina emocija i razuma, iracionalnih i racionalnih sadržaja, pogodno za ideološku manipulaciju masama i nepogodno kao osnova za ozbiljne političke projekte. Mnjenje često prate javne erupcije emocija koje mogu da pokrenu mase na demonstracije, ali ne mogu da iznađu racionalno rešenje ni za jedan društveni problem.

Mišljenje o javnim pitanjima, kad je izneto logički „jasno“ i politički „glasno“, predstavlja racionalnu podlogu za demokratski odgovornu politiku. Za razliku od mnjenja kao „mišljenje mnoštva“, iza svakog javno iznetog mišljenja uvek stoji konkretan pojedinac sa svojim ličnim imenom i prezimenom, koji je više ili manje u stanju da ga argumentovano zastupa i brani, svojim znanjem i autoritetom. Bez takvog argumentovanog i javno iznetog mišljenja o javnim stvarima i pitanjima od zajedničkog interesa, kojeg iznose ugledni i kompetentni pojedinci, nema dobrih političkih projekata i racionalnog rešavanja problema.

Kritička javnost se razvija onda kada je uočeno da je slobodno javno mnjenje neophodan preduslov politički odgovorne i demokratske vlasti. Javna kritika omogućuje da vladavina moćnih pred građanima bude „prozračna“ (danas je pomodno reći „transparentna“), što smanjuje verovatnoću da se ona zloupotrebljava. Zato se štampa označava kao „sedma sila“ u politici, a sloboda štampe i svih drugih masovnih medija smatra se jednim od važnih političkih preduslova za efikasnu i demokratsku kontrolu vlasti. U tom smislu Karl Marks je u svojoj kritici birokratije slobodnu i kritičku javnost suprotstavljao birokratskoj tajnosti koja se ogleda u fetišizovanju „službene tajne“ i uvođenju „cenzure“ kojom se sprečava otkrivanje poverljivih informacija.

Ideal slobodne javnosti danas je pomućen činjenicama koje potvrđuju snažan uticaj političke propagande, stranačke agitacije ili ideološke manipulacije koje se sprovode putem masovnih medija. Umesto da slobodna javnost kritikuje i kontroliše vlast, dešava se nešto dijametralno suprotno: svemoćna vlast kontroliše sredstva masovnih komunikacija i pomoću njih oblikuje poslušno javno mnjenje. Glavna posledica prigušene slobode medija jeste *manipulativna javnost* kojom se služi neodgovorna vlast oblikujući poslušno i servilno javno mnjenje. Stoga je neophodna kritička analiza svih protivrečnih aspekata masovnih komunikacija i javnog mnjenja koje pritom nastaje. Nije svejedno ko se služi masovnim medijima, kakve poruke šalje, s kojim ciljevima i zbog kakvih sve interesa, a naročito je važno kakve su posledice masovnog komuniciranja na ljude kao ličnosti i na njihovo društvo i kulturu. Ovo su stalno otvorena pitanja na koja nema jednoznačnog i za svagda datog odgovora.

Sociološki pristup masovnim komunikacijama omogućuje da se masovni mediji i sam proces komunikacije razmatraju u sklopu globalnog društvenog sistema, a to znači u vezi sa strukturama moći i vlasti u dotičnom društvu, sa potrebama, interesima i vrednostima društvenih aktera (stvaralaca, prenosilaca i primalaca poruka). Različiti društveni sistemi (autokratski ili demokratski) očigledno je, modeliraju veoma različite tipove javnog mnjenja, koristeći ista i sve savršenija tehnička sredstva masovnih komunikacija i metode socijalno-psiholoških uticaja na ljude kao pojedince i na masovnu publiku.

Protivrečna priroda masovnih komunikacija i kontroverzna uloga masovnih medija u modernim društvima ogleda se u tome što s njima mogu biti povezani veoma različiti, pa i međusobno suprotni društveni fenomeni. Manipulativni potencijal masovnih medija je ogroman, a njihova zloupotreba skoro je bezgranična. Masama se prvo „ispira mozak“, a potom se „puni glava“ porukama kojima se sugerije šta kupovati, kuda putovati, koga glasati, s kim ratovati i koga izabrati kao saveznika, pa čak i koga treba voleti ili mrzeti. Danas se preko mas-medija virtuelno stvaraju jedni događaji, a isto tako se potiru neki drugi, realni (ono što nije zabeleženo u novinama ili preneto na televiziji kao da se nije ni desilo, a ono što je kao događaj proizvedeno samo u medijima utiče na realne odnose više nego bilo koji stvarni događaj). Javno mnjenje danas uveliko kreiraju profesionalne marketinške agencije za „odnose sa javnošću“ (*Public Relations – P.R.*) koje unajmljuju i dobro plaćaju interesne lobi grupe da o njima ili o njihovim klijentima stvore poželjnu sliku u javnosti.

Pored svega što se danas zna o medijskim manipulacijama, njihova *pozitivna uloga* u savremenim društvima je neosporna. Bez slobode medija i društvene javnosti ne bi bilo demokratskog društva i odgovorne vlasti – ni onoliko koliko ih ima (tamo gde ih ima). Sa druge strane, masovni mediji su važan element društvenog života i izvan javne politike. Preko masovnih medija ogroman broj građana dolazi do širokog znanja i korisnih informacija, kakve ranije nije mogao da stekne, a koje podižu opšti kvalitet njihovog ličnog i društvenog života.

Upotreba i zloupotreba medija ne mogu se razjasniti, razumeti, pa ni razlikovati, ako se analiza medijskog delovanja izmesti iz svog sociološki najrelevantnijeg kontek-

sta – iz strukture stvarnih interesa aktera i realne strukture njihove relativne moći (ili nemoći). U tom smislu i sociološka analiza kriminaliteta u Srbiji, u svetlu konkretne društvene javnosti i javnog mnjenja koje oblikuju aktuelna sredstva masovnih komunikacija nužno zalazi u dva komplementarna analitička polja. Jedno je **dijalektika moći**, shvaćena kao protivrečno i dinamično jedinstvo legalnih i nelegalnih, legitimnih i nelegitimnih interesa i zainteresovanog društvenog delovanja. Drugo analitičko polje je **etika delovanja i ponašanja**, shvaćena kao harmonično i postojano jedinstvo vrednosti i pravila koja ispunjavaju i grade sve legalne i legitimne institucije javnog društvenog života, kao normativni okvir društvenog delovanja grupa i pojedinaca (a naročito onih najuticajnijih).

Razni društveni akteri – pojedinci, organizacije i institucije – međusobno se razlikuju ne samo po polju (i domenu) nego i po poželjnom stilu svog javnog društvenog delovanja. To znači da se o istoj stvari od javnog značaja na jedan način, sebi primerenim stilom, oglašavaju tabloidi, a na drugi način ozbiljniji mediji, obični građani i kompetentni pojedinci, nezavisni analitičari i profesionalna udruženja, opozicione i vladajuće političke stranke, a od svih njih drugačije bi morali javno da reaguju nadležni državni organi. U sferi društvene javnosti važi **sociološka zakonitost** da je za ozbiljnu i odgovornu javnost najštetnija tajnovitost društvenih odnosa i delovanja, a odmah potom tendenciozno širenje glasina, ali i neartikulisana galama i sveopšta buka u kojoj se ne razaznaju različiti glasovi, ne prepoznaju glasonošne i ne vide izvori, sredstva i pravci širenja raznih vesti. Iskustveno je potvrđena pravilnost, recimo, da se o kriminalnim radnjama i postupcima u nekom društvu pre i glasnije oglašavaju tabloidni nego ozbiljni mediji, da o tome uvek počne da se „šuška“ među običnim ljudima pre nego što progovore oni koji o tome više i bolje znaju, da o tamnoj strani društvenih odnosa opozicija pre i tačnije progovori nego vlast, da zvanični državni organi obično najduže čekaju, često i zakasne, a kad deluju, to čine aposteriori i naknadno, a ne i preventivno.

Javna klima i status odgovorne javnosti u raznim tipovima sistema i konkretnim društvima upravo se razlikuju po tome kako se u njima uspostavljaju i odvijaju odnosi između navedenih i drugih javnih aktera. Nije zdrava javna klima niti je moguća odgovorna javnost u društvima u kojima o kriminalnim radnjama i postupcima čute ozbiljni mediji, a galame tabloidi; oglašavaju se mediji, a o njihov glas se oglašuju državni organi (policija, tužilaštvo i sudovi); kad policija bolje saraduje sa tabloidima nego sa tužilaštvom i kad policija i tužilaštvo preko tabloida vrše javni pritisak na sudove. Nije dobro ako se opozicija umesto javne kritike vlasti u parlamentu okrene tabloidima radi kompromitovanja vlasti, jer se time više omalovažava ugled države nego što se demokratski ograničava neodgovorna vlast. Još je gore ako vlast posegne za tabloidnim ucenjivanjem opozicije, umesto da pojača efikasnost državnih institucija i tako podigne nivo sopstvene javne odgovornosti, ali i odgovornosti opozicije za opšte društveno dobro.

Najgore je, ipak, kad se uspostavi „neprincipijelna kriminalna koalicija“ u kojoj svi govore u glas, a niko nikog ne čuje, niti za državu i poštene građane iko išta praktično i valjano preduzima; kad tabloidi u rukama vlasti „pljuju“ po pripadnicima opozicije i obrnuto. Kad se policija u tabloidima žali na opstrukcije tužilaštva, tužilaštvo na neefi-

kasnost sudova, a svi oni, zajedno ili odvojeno, na otvorene i prikrivene političke pritiske i razne druge sistemske i grupne, formalne i neformalne prepreke i blokade. Tako se ulazi u stanje duboke društvene *anomije*, u bezakonje koje ne razlikuje normalne od patoloških društvenih pojava, kad se uspostavlja svojevrsna kriminalna oligarhija, simbiozom kriminalaca sa državnim zvaničnicima (policajcima, carinicima, tužiocima, sudijama, ministrima, predsednicima partija, vlada, parlamenata i država). Tada se razaraju svi moralni kulturni obrasci, trule osnovne društvene ustanove, blokiraju sve državne i javne službe, potapaju prosveta, zdravstvo, pravosuđe, vojska i privreda, obesmišljava kultura i podriva svaka vera u skoro izbavljenje od svekolikog vladajućeg zla u obliku organizovanog kriminaliteta i „kleptokratije“ (lopovske oligarhije) kao pratećeg fenomena razorenih društava.

Nešto malo bolje od najgoreg je stanje u kojem tabloidi „otkrivaju“ kriminalce, jer „ozbiljnim“ medijima to ne priliči, kad policija o tome „nije obavještena“, a tužilaštvo i sudovi „nemaju dovoljno dokaza“. Tabloidi u savremenim društvima ponekad poprimaju ulogu koju je nekad imala „svirala od zove“ koja je na vetru svima oglašavala da su „u cara Trajana kozje uši“. Neko to mora i treba da kaže, pa makar tabloidno, ako jasno i glasno ne govore neki drugi – na ozbiljniji, činjenično zasnovaniji i društveno odgovorniji način.

2. SISTEMSKI KONTEKST AKTUELNOG JAVNOG MNJENJA I ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA U SRBIJI

Cilj ovog rada nije sistematsko ispitivanje svih medijskih derivacija procesa eksterne i interne kriminalizacije srpskog društva, već samo jedno početno i hipotetičko sociološko razmatranje strukturne podloge organizovanog kriminaliteta u Srbiji, uz fenomenologiju nekoliko medijsko-manipulativnih obrazaca koji su sve to pratili.

Osnovna pretpostavka ovog razmatranja je da su aktuelno javno mnjenje i organizovani kriminalitet, onakvi kakvi su oni po svojim skrivenim svojstvima i vidljivim manifestacijama danas u Srbiji – strukturno i istorijski gledano – dva niza funkcionalno komplementarnih i uzročno povezanih društvenih fenomena, dve strane iste sistemski neuređene, a u velikoj meri i socijalno-patološke, pa i kriminalne društvene realnosti.

Sistemske pristup sociološkom razmatranju odnosa javnog mnjenja i organizovanog kriminaliteta oslanja se, s jedne strane na strukturnu analizu celine državnog institucionalnog sistema, a sa druge na funkcionalnu analizu uloge ključnih državnih i drugih društvenih institucija, na projektovane ciljeve i funkcionalne blokade njihovog javnog delovanja.

Strukturna analiza nam ukazuje na socijalnu armaturu i normativnu konstituciju državnog institucionalnog sistema kao celine, kao i na stepen njegove unutarnje harmonizacije i njegov uticaj na posebna područja sveukupnog društvenog života. Srbija je danas u strukturnom smislu okljaštrena i dezintegrisana, a u istorijskom smislu neizgrađena, nedovršena i dezorijentisana država i to determiniše sve glavne društvene procese i odnose u savremenom srpskom društvu.

Funkcionalna analiza ukazuje na pozitivne i negativne efekte delovanja posebnih segmenata institucionalnog sistema na funkcionalne kapacitete sistema kao celine, na očekivane efekte i realne prepreke u delovanju najvažnijih društvenih institucija: zakonodavnih, izvršnih, sudskih, policijskih, vojnih, privrednih, zdravstvenih, prosvetnih, verskih, medijskih.

Strukturalna, funkcionalna i istorijska analiza su izrazito *komplementarne*, jer se u tom slučaju znatno povećava njihova eksplikativna vrednost. Otuda se s velikom pouzdanošću može zaključiti da u neefikasnom sistemu nijedna posebna institucija ne može da bude efikasna, kao što ni sistem nije moguće harmonizovati ako su njegove vitalne institucije blokirane i neefikasne u svome društveno očekivanom delovanju. Zato je realno da se očekuju mnogo veći praktični efekti posebnih reformi unutar državnog sektora (zakonodavnih tela, uprave, pravosuđa, vojske, policije) onda kada su one međusobno koordinirane i kad su sinhronizovane sa reformama sektora građanskog društva (privrede, zdravstva, prosvete, javnog informisanja, sporta i drugog) nego onda kad su reforme parcijalne i ograničene samo na jedan poseban sektor.

U sociološkom smislu moglo bi se zaključiti da je za svako društvo presudno važna stabilnost i funkcionalnost države kao okosnice institucionalnog sistema kao celine, a ne samo nekog njenog funkcionalnog segmenta (vojske, policije, tužilaštva, sudova, kaznenih zavoda, medija). Sistemski gledano, za svako društvo je važan način na koji se uređuju odnosi neformalne i formalne moći, sa potrebama i interesima različitih društvenih aktera (pojedinaца i grupa) u okvirima globalnih i posebnih institucija.

U dobro uređenim sistemima institucionalno privilegovan status imaju univerzalnije ljudske i društvene potrebe, opštiji i širi grupni interesi, u odnosu na lične privilegije i parcijalne interese ekskluzivnih grupa. Zato je retorička antiteza *moćni pojedinci – jake institucije*, sociološki gledano lažna dilema: stabilan, funkcionalan i razvojno održiv je samo onaj društveni sistem u kojem su jake i funkcionalne institucije, a takve su samo one institucije koje apsorbuju spontanu energiju svih društvenih slojeva i produktivno koriste kreativnu snagu istaknutih pojedinaca. U istorijskom smislu, bile su, jesu i uvek će biti perspektivne samo one države koje imaju racionalnu i jaku pravnu konstituciju, odgovornu političku i mudru kulturnu elitu, preduzimljive privredne elite i zdravo motivisane srednje i široke radne slojeve stanovništva.

Sociološki analitički okvir je pre svega globalan, a u njemu pravo pitanje nije odnos pojedinaca i institucija nego je ključan antinomijski odnos između javnog i privatnog interesa, odnosno pitanje optimalne i efikasne sistemsko-institucionalne zaštite i javnog i privatnog dobra i njihove što preciznije političke artikulacije i pravne regulacije. U sistemskoj sociološkoj analizi polazna pretpostavka je da je *država* osnovno i najvažnije javno dobro koje obezbeđuje sva druga i privatna i javna dobra, kao i lična i kolektivna prava i dužnosti. U neuređenoj državi nezaštićena su sva lična prava, kao i privatna svojina, bez obzira na njen obim i globalni značaj. I obrnuto, najzaštićenija su lična prava i privatna svojina onda kada se nasrtaji na njih smatraju nasrtajima na državu samu. Shodno tome, može se zaključiti da je organi-

zovani kriminalitet, figurativno rečeno, neka vrsta protivprirodnog bluda, neprincipijelna interesna koalicija protivdržavnih ličnih i grupnih interesa koja na jedan način ugrožava javna, a na drugi način pljačka privatna dobra – stvarajući sveprisutnu ličnu i kolektivnu, životnu i imovinsku nesigurnost.

Organizovani kriminalitet je teška i duboka sistemska devijacija koja se kao maligni tumor širi po svim organima društvenog tkiva. On nema jedan isti uzrok u svim društvima, kao što nema jedan te isti oblik pojavljivanja i spoljnog prepoznavanja, pa ni njegova sociološka dijagnoza ili pravno-kriminološka terapija i prognoza ne može da bude jednoobrazna i do kraja standardizovana. Kad se kaže da organizovani kriminalitet ima sistemske korene i uzroke, obično se misli da se on začinje, ojačava i širi u sistemima u kojima je nizak nivo *opšteg socijalnog imuniteta* na razne socijalno-patološke viroze kao što su moralna dekadencija društvenih elita, ali i duhovna pometnja, materijalno siromašenje i opšte beznađe širokih slojeva naroda.

Srbija se u poslednje dve decenije suočava sa višestrukim, spolja i iznutra koordiniranim, akcijama političkog, pravno-konstitucionalističkog, pa i nasilnog razbijanja srpske države kao globalne institucije. Sve to se odvija istovremeno sa haotičnim procesima postsocijalističke transformacije ideoloških paradigmi, političkog i privrednog sistema, svojinskih odnosa i modela upravljanja društvenim poslovima. Organizovani kriminalitet nije samo ružno naličje ovog nimalo lepšeg lica savremenog srpskog društva nego je, na paradoksalan način, jedna njegova očekivana funkcionalna dopuna. Slaba država i razoreno srpsko društvo ne samo što nisu mogli da se odupru organizovanom kriminalitetu, nego su s njim napravili „neprincipijelnu koaliciju“ javnih i privatnih interesa. To je omogućilo da se raširi „maligno partnerstvo“ države i kriminalaca u kojem su država i društvo postali taoci kriminalnih grupa, dok su najviši kriminalci došli u posed nekih instrumenata državne vlasti.

Paradoksalno je da su se u ovom „smrtnom zagrljaju“ srpske države i društva sa organizovanim kriminalitetom, više ili manje, našla sva sredstva javnog informisanja u Srbiji. U toj istoj zamci našla se i strateška medijska antiteza *kritička javnost – aktuelno javno mnjenje*. Povremena galama u tabloiziranom javnom mnjenju, u kojem jedna afera potiskuje i prekriva drugu pre nego što se prethodna razjasni i razreši, latentno sprečava efikasnu javnu kontrolu nad poslovima od javnog značaja i uspostavljanje društveno odgovorne kritičke javnosti u Srbiji.

Nekad se za novine govorilo da su u društvu predstavljale „sedmu silu“. Danas se za moderna (pre svega elektronska) sredstva masovnih komunikacija slobodno može reći da ona u postindustrijskim ili informatičkim društvima izbijaju u prvi javni plan svakodnevnog društvenog života, te da u glavnoj dubinskoj strukturi društva postaju deo osnovne trijade moći koju čine *novac, vlast i informacije*. U ovom „Bermudskom trouglu“ društvene moći informacije su uglobljene između vlasti i novca, kao spona među njima i najpogodniji most preko kojeg uticajne društvene grupe prelaze iz ekonomske u političku i iz političke u ekonomsku moć, a u stvari se stabilno oslanjaju na tronožac *ekonomska – politička – manipulativna moć*.

Kritička sociološka analiza organizovanog kriminaliteta i u Srbiji, kao i u svakom drugom savremenom društvu, mora pre svega da se usredsredi na analitičko razmađijavanje sprege novca, vlasti i medija koja presudno utiče na oblikovanje

javnog mnjenja. Svaka medijska afera sa dosijeom organizovanog kriminaliteta u svojoj pozadini ima neke i nečije, više ili manje prikrivene, ekonomske i političke interese, bez čijeg poznavanja nije moguće ni njeno racionalno objašnjenje, ni valjano razumevanje, pa ni efikasno sprečavanje štetnih posledica po društvo i državu. Organizovani kriminalitet je interesna struktura koja se manifestuje kao koalicija, kao konkurencija ili kao nepomirljiva međusobna borba raznih kriminalnih aktera.

Idealno-tipski gledano, najjači imunitet u odnosu na organizovani kriminalitet imaju države i društva u kojima institucionalni sistem počiva na legitimnoj političkoj vlasti, na pošteno ili bar legalno zarađenom novcu i na tačnim i pravovremenim informacijama. I obrnuto: organizovani kriminalitet buja u sistemima gde se politička vlast osvaja medijskim manipulacijama, a koristi se za lično zgrtanje novca i pribavljanje nove medijske podrške radi produženja i uvećanja postojeće vlasti. U takvom kontekstu borba protiv organizovanog kriminaliteta često poprima izgled mitskog dvoboja sa višeglavom aždajom kojoj, čim odsečete jednu glavu, umesto nje izrastu nove tri. Umesto medijski indukovanih političkih kampanja „borbe protiv organizovanog kriminaliteta“ mnogo je efikasnije sistemsko konsolidovanje institucija pravne države. Pojedinačna ili grupna hapšenja kriminalaca, čak i onda kada iza njih ne stoje manipulativni motivi, u pravno neuređenom sistemu mogu se svesti na „rat sa vetrenjačama“ ili na „lov na komarce“ bez isušivanja močvare.

Otvoreno je pitanje, s krajnje neizvesnim odgovorom, u kojoj meri današnja Srbija predstavlja zapuštenu „socijalnu močvaru“ koja podseća na „malu baru s mnogo krokodila“ u kojoj krupni kriminalci proždiru sitne, a i jedni i drugi, zajedno sa svojim političkim zaštitnicima, ne samo što blokiraju moderan razvoj, nego opasno urušavaju državu i dubinski razaraju srpsko društvo. Da bi se u Srbiji organizovani kriminalitet iskorenio ili bar smanjio, ograničio i stavio pod relativno efikasnu državnu kontrolu, moralo bi se istražiti šta mu je prethodilo, šta mu je od toga pogodovalo, kako se „zapatio“ i kao velika epidemija proširio. Sve to je imalo nekakvu medijsku pratnju i odjeke u javnom mnjenju, koje valja međusobno uporediti po vremenskim fazama i funkcionalnim područjima.

Strukturno i funkcionalno gledano, današnja Srbija je više skrpljena nego sastavljena od institucionalnih ostataka druge (SFR) i treće (SR) Jugoslavije i kao takva tvorevina ona je u svim vitalnim nacionalnim i socijalnim funkcijama veoma nefunkcionalna: sa ideološki prurušenom političkom elitom čije su stare i latentne unutarnje frakcije prerasle u novo manifestno višestranačje; sa neproduktivnom tajkunsko-pljačkaškom buržoazijom koja je izrasla iz jednopartijske nomenklature i ostala oslonjena na višestranačku plutokratiju, te je privredno nesposobna za zdravo preduzetništvo i ozbiljnu konkurenciju; sa prekobrojnog (zaostalom saveznom, republičkom, pokrajinskom i lokalnom) administracijom, nesposobnom i sistemski korumpiranom, koja više guši nego što reguliše vitalne društvene procese; sa razbijenim i socijalno degradiranim srednjim slojevima, egzistencijalno ojađenim radništvom i izumirujućim seljaštvom.

Istorijski, Srbija je, kao mitski „čardak ni na nebu ni na zemlji“, razapeta između propale socijalističke Jugoslavije, iz koje se prekasno i pogrešno izvlačila, i krizom ugrožene Evropske Unije, kojoj se bezuspešno okreće: opet prekasno, kad bi je drugi, kad bi mogli i smeli, rado napustili (čak i oni koji su pre dve decenije razbijali Jugo-

slaviju sa sloganom „Evropa zdaj“); i opet pogrešno, bezalternativno i preskupo, po tuđem scenariju u kojem su neposredno vidljivi ogromni nacionalni i državni gubici (srpskih istorijskih teritorija, najvrednijih prirodnih resursa, državnog suvereniteta, nacionalnog identiteta, dostojanstva i slobode); i kad su sasvim varljivi i krajnje neizvesni neki budući, neznano kakvi dobici. Glavni istorijski argument za „EU bez alternative“ u krajnjoj liniji svodi se na paradoksalnu i sociološki tačnu konstataciju: aktuelna politička i privredna oligarhija sama je nesposobna da uredi Srbiju kao pravnu državu i njom racionalno i demokratski upravlja, da modernizuje srpsko društvo i tako mu osigura održiv politički, ekonomski i kulturni razvitak. Kao takva, srpska politička oligarhija nema autonoman reformski kapacitet ni unutarnji demokratski legitimitet te je podložna najrazličitijim stranim ucenama. Od kontinuiranih spoljnih pritisaka i ucena vladajuća vrhuška u Srbiji pokatkad ima veću ili manju korist – koja je obično dovoljna, a ponekad i presudna, da „kooperativni“ među njima dođu i da se održavaju na vlasti – iako narod i država od toga uvek imaju veliku štetu .

Takvi kakvi su, oni su u stanju da se u današnjoj i budućoj Srbiji održe na vlasti i funkcionišu samo kao *kompradorska oligarhija* koju čine domaći i lokalni agenti stranih, najpre mentora i donatora, a kasnije neokolonijalnih gospodara i eksploatora. Model njihove ekonomske politike neki su promovisali (dok ga drugi kritikuju) ali ga i jedni i drugi pomalo naivno nazivaju neoliberalnim. Čini se da se i ovde radi samo o novom ideološkom simulakrumu o „potpuno slobodnom tržištu“, kao pogodnoj maski za suštinski stara, a danas samo ideološki redizajnirana globalna neoimperijalna i neokolonijalna zapadna nastojanja da se ovlada siromašnijim delovima sveta. Snagu ovih novih globalizacijskih talasa „mangupi u našim redovima“ (čitaj korumpirani političari i organizovani kriminalci) rešili su da „skrenu na svoju vodenicu“ i tako prisvoje (privatizuju) javna društvena dobra i zavladaju siromašnim društvenim slojevima. Njima je neoliberalni verbalizam poslužio kao pseudo-teorijska maska, kao „prašina u oči“ koju zbunjenim i neorganizovanim građanima bacaju organizovane kriminalne grupe. Oni se uglavnom regrutuju kao bogata i uticajna klijentela političkih frakcija propadajuće socijalističke nomenklature, koja se svim sredstvima bori za očuvanje svojih starih privilegija. Organizovani kriminalitet nije spoljnje naličje nego je unutarnja suština takve plutokratske strukture. Kriminalna priroda političke (stranačke) plutokratije ostaje latentna sve dok se maskira raznim floskulama, za neuke, naivne i osiromašene mase često i privlačnim medijsko-manipulativnim simulakrumima kao što su „otvoreno društvo“, „slobodno tržište“, „nezavisni mediji“, „evroatlantske integracije“, „bolji život“ i tome slično.

Nijedan korak na putu sistematskog kriminalizovanja srpskog društva u poslednjim decenijama nije bio napravljen bez odgovarajućih medijskih manipulacija kojima su praćene sve krupnije društvene promene. To je bilo očigledno kad su uništavane domaće banke, da bi se dovele strane (jedni su prethodno socijalistički ozakonili piramidalnu štednju i tako opljačkali svoje naivne građane, a potom svet-ski rekordnom inflacijom opljačkali domaće banke, u koje su drugi, neoliberalni demokratski pučisti, potom upadali sa oružjem i plenili zaostalo, pre nego što bi ih i formalno ugasili). Isto se dešavalo kad su isti ti od preostalih državnih banaka uzimali jeftine kredite (koje po starom socijalističkom maniru sami nikad neće vratiti) da bi njima još jeftinije, uz političke veze, kupovali višestruko podcenjena srpska

preduzeća, rasprodavali njihove magacine sirovina i gotove robe, mašine, objekte i placeve, a radnike masovno izbacivali na ulice – sve to naočigled vlasti, a najčešće uz njihovu prećutnu saglasnost ili otvorenu asistenciju.

Podrazumevalo se da su „neoliberalni dobitnici tranzicije“, prema nekim samo njima znanim pravilima „loповske koalicije“, međusobno delili nesrazmerno velike i prebrzo stečene profite. Ti kriminalni ekstraprofiti bili su direktno srazmerni samo sa ogromnim štetama koje su nanete srpskoj privredi i masama obesposlenih „gubitnika tranzicije“ koji su tako surovo gurnuti u socijalnu bedu i ljudsko beznađe. Pritisnuti egzistencijalnom nuždom i ozlojeđeni evidentnom tranzicionom nepravdom, neki među „tranzicionim gubitnicima“ i sami su se kriminalno povezali sa sebi sličnima. Neki su se kriminalno povezali sa onim prvima (sa „dobitnicima“) – kao njihova lična pratnja, kao plaćene ubice, sitni ulični narkodileri ili kao izvršioци najprljavijih i najrizičnijih poslova za novopečene „kriminalce belih okovratnika“. Nema dana i nema novina, a da se neki njihov spektakularan zločin ne objavi u sredstvima masovnih komunikacija. U tabloidima, često i na naslovnim stranama i uz toliko perverzних detalja da se slobodno možemo zapitati da li se u takvim medijima takvi zločini i njihovi protagonisti besplatno reklamiraju kao „negativni heroji“, „crni biseri“ ili nekako slično. U suštini, takvo tabloidno javno promovisanje kriminalaca latentno nosi perverzni potencijal, opasan po mentalno zdravlje naroda, a naročito mladih osoba i nezrelih ličnosti. Stoga, kao i samo kriminalno delo, tabloidno promovisanje kriminalaca zaslužuje oštru sistemsku društvenu reakciju i primerenu sankciju koja kod nas redovno izostaje.

Ozbiljniji mediji i t.zv. istraživačko novinarstvo suočavaju se sa nekim drugim problemima onda kada javno analiziraju uzroke, manifestacije i posledice organizovanog kriminaliteta. Za njih je veliki profesionalni izazov svojevrsan paradoks koji se ogleda u činjenici da kriminalnu spregu interesa korumpiranih javnih poslenika i novopečених bogataša nije teško analitički prepoznati i teorijski objasniti, ali je jako rizično (i u moralnom i u egzistencijalnom smislu) javno je identifikovati i personalizovati. To je praktični problem sa kojim se često suočavaju i ozbiljni tužioци. Ako u takvim delikatnim situacijama mediji obmanu, a tužioци zakažu, sudijama može da bude još teže da dokažu kao kriminal nešto što se „golim okom može videti“, ali čemu nedostaju neki čvršći dokazi. Ponekad se dešava da se medijske afere upletu u istragu, da mediji namerno ili nenamerno prerano otkriju neku pravno relevantnu činjenicu i upozore kriminalce da na vreme unište dokaze koji bi ih mogli teretiti u sudskom procesu. Medijska istraga i t.zv. istraživačko novinarstvo društveno su najkorisniji onda kada bude uspavanu javnost i glasno upozoravaju oficijelne državne organe (policiju, tužilaštvo i sud) da odgovorno i blagovremeno vrše svoju ulogu. U protivnom, kad mediji zamene tužioce i sudije, i kad su najozbiljniji i najodgovorniji, mogu da budu i štetni. U tome postoji samo jedan izuzetak i on se odnosi na situacije kad su tužioци i sudije korumpirani, te su i sami u sprezi sa kriminalcima. Tada je kritička javnost poslednja odbrana javnog dobra, a istraživačko novinarstvo uvažena javna delatnost od najvišeg društvenog interesa, koju uspešno mogu da nose samo moralno odgovorne i građanski hrabre osobe.¹

1 Ogroman je broj najrazličitijih napisa o kriminalitetu u svim oblastima našeg društvenog života koji se objavljuje u različitim sredstvima javnog informisanja u Srbiji. Najindikativniji su oni koji

3. SIMULAKRUM SLOBODNOG JAVNOG MNJENJA U SRBIJI: KALEIDOSKOP JAVNIH AFERA UMEŠTO KRITIČKOG SUDA SLOBODNE JAVNOSTI

Najnovije kritičke i u osnovi postmoderne studije o uticaju savremenih mas-medija na društvo posebno ističu njihov manipulativni potencijal i okolnost da se pomoću medija kreira jedan *virtuelni svet* koji potiskuje i ugrožava onaj stvarni i dosadašnji. Jedan od najuticajnijih savremenih teoretičara mas-medija, francuski postmodernista Žan Bodrijar (*Jean Baudrillard*) u svojoj knjizi *Simulakrumi i simulacija* (1985) takav svet naziva „svetom hiperrealnosti“ u kojem se „*simulacijom stvaraju simulakrumi*“. Simulakrum je „kopija bez originala“ (ili „original falsifikata“ kako je glasio naslov jednog našeg filma). Taj pojam sugerise da se „pomoću modela stvara nešto stvarno, bez porekla i stvarnosti“ – nešto „stvarno nestvarno“ što postaje „nadstvarno“: kao što teritorija više ne prethodi karti i ne nadživljava je, nego sada geografska karta prethodi teritoriji; kao „procesija simulakruma“ karta stvara i „začinje teritoriju“.

Bodrijar ukazuje da savremena društva više ne oblikuju ekonomske sile (kako su tvrdili marksisti) nego znaci i slike koje prenose mas-mediji. On zato govori o „rastvaranju života“ i njegovom „preseljavanju na televiziju“. Važnije je šta se vidi na televiziji, nego ono što se stvarno dogodilo; ili, dogodilo se samo ono što je televizija prikazala, a što nije prikazano nije se ni dogodilo. Ovakav Bodrijarov pristup fenomenu masovnih medija na tragičan način je potvrđen u sukobima pre, u toku i posle poslednjeg rata u bivšoj Jugoslaviji, ali i na primerima ratova u Iraku ili oko medijskog odnosa prema spektakularnim terorističkim akcijama (poput rušenja kula *Svetskog trgovačkog centra* u Njujorku).

se tiču prava i pravosuđa, gde se neposredno i posredno susreću i sudaraju, a morali bi se i razrešavati, svi glavni tokovi kriminala, sa odnosima moći (vlasti, novca i informacija). Nema dana i nema novina u kojima se ne objavljuju tekstovi o raznim aspektima organizovanog kriminaliteta i njegovim pipcima u srpskoj politici, pravosuđu, policiji, zdravstvu, školstvu, sportu i drugde. Za ilustraciju navodim jedan „slučajni slučaj“, samo naslove članaka objavljenih jednog dana u jednim novinama (*Politika*, utorak 15. januara, 2013) u kojima se postavljaju pitanja o kojima bi se mogli napisati debeli i zanimljivi sociološko-pravni i kriminološki trktati: A. Petrović, „Pravosudni javašluk – sudije ostale neocenjene“, s. 9; D. Čarnić, „Agencija o oduzimanju imovine“, s. 9; O. Milanović, „Dekan i sud“, s. 5. Posebno je indikativan poslednji tekst, uvodnik za rubriku, u kojem se autor napisa pita kako je moguće da ista ličnost, koja se nekoliko godina uopšte ne pojavljuje na sudu „zbog bolesti“, može za isto to vreme da drži predavanja, ispite i obavlja sve druge profesorske i dekanse dužnosti na Pravnom fakultetu u Kragujevcu??? Ovaj kratki i samorazumljivi napis otvara i mnoga druga važnija javna pitanja od onog o vrsti „bolesti“ jednog dekana jednog (državnog) pravnog fakulteta. To su pitanja o karakteru našeg pravosuđa, o korupciji u politici, zdravstvu i školstvu, tamo gde je nipošto ne sme biti i tamo gde je ona moralno i društveno najrazornija. Dovoljan je, dakle, jedan kratak javni napis da nas upozori da ovde nije „bolestan“ samo jedan pacijent, nego su bolesne mnoge važne institucije – pravosudne, zdravstvene i školske – a najverovatnije i čitav sistem. To je sistem u kojem je bilo moguće da pomoćnik ministra prosvete bude uhapšen zbog prodaje ocena, a da resorni ministar ne zatraži njegovu smenu i sam ne ponudi svoju ostavku, niti to pitanje i jednom i drugom postavi premijer vlade; u kojem profesori koji su doktorirali na temi organizovanog kriminaliteta organizuju prodaju pravničkih diploma; da u kriminalnim radnjama sudeluju profesori sa visokim funkcijama u pravosudnom sistemu Srbije i da uprkos tome, a najverovatnije upravo zbog toga, ostaju nekažnjeni.

Rat za teritorije prilikom raspada Jugoslavije prethodno je „začet“ u medijima, kad su iscrtavane najrazličitije karte budućih država kojima su mnogi podstrekivani na praktične sukobe. Sličnim manipulativno-propagandnim modelom (i metodom) poslužili su se i oni koji su pomoću zapadnih medija (SNN-a, BBC-a i drugih) tobože štitali ljudska prava, a u stvari razbijali Jugoslaviju; kad su „da bi uspostavili mir“ otpočeli rat („humanitarno bombardovanje“); kad simulakrumom „multietničkog Kosova“ pokrivaju i maskiraju „etničko čišćenje“ i progon Srba sa Kosova i Metohije kao uvod u njegovo otimanje od Srbije; kad od stvarnih zločinaca prave televizijske žrtve, a od žrtava medijskim satanizovanjem stvaraju zločince; sve do osuda ili oslobađajućih presuda u Haškom tribunalu – i mnogo toga sličnog što je beskrupulozno simulirano pre, za vreme i posle tragičnih jugoslovenskih sukoba.

Medijskim simulacijama oblikovani su simulakrumi kojima se kamufliraju stvarna obeležja konkretnih društvenih aktera i pomeraju uobičajena značenja raznih socijalnih tipova: „uspešnog“ ili „poštenog“ čoveka, „patriote“ ili „izdajnika“, „junaka“ ili „kukavice“, „demokrate“ ili „radikala“, „građanina“ ili „seljaka“, „Evropljanina“ (mondijaliste) ili „Balkanca“ („Srbina-nacionaliste“), „bizn(m)ismena“ ili „tajkuna“, „intelektualca“ ili „malograđanina“, „radnika“ ili „neradnika“ – kao i mnogih drugih antitetičkih javnih žigova kao što su na primer „prva“ i „druga“ (danas neki počinju da govore i „treća“) Srbija. Kritička sociološka analiza navedenih i drugih simulakruma nalaže ne samo razmađijavanje postsocijalističkog ideološkog prevrata koji se još dramatično odigrava u savremenom srpskom društvu nego, takođe, i podrobnju dubinsku analizu značajnih promena vrednosnih orijentacija pojedinaca i grupa i mesta univerzalnih vrednosti (slobode, pravde, istine, dostojanstva) u našem institucionalnom sistemu i kulturnim obrascima.

Agresivno medijsko i javno žigosanje svih i svakoga, svega i svačega, svakodnevno u Srbiji proizvodi po nekoliko afera koje jedna drugu prekrivaju, tako da ostaju medijski, politički, pravno i moralno nerazrešene i potanjaju u kolektivnu podsvest egzistencijalno oštećenih i socijalno frustriranih masa. Iz patologije kolektivnog nesvesnog u patološku tabloidnu javnost izbijaju samo frustrirani pojedinci koji sve više čine monstruozne zločine i u najužem porodičnom krugu. Za društvo su još opasnije socijalne psihoze frustriranih društvenih grupa čija pomerena agresivna reakcija obično pogađa njima najbliže, slabe i nevine, jer do stvarnih i udaljenih vinovnika njihove nevolje njihov gnev ne može da dosegne.

Tabloidni kaleidoskop afera danas je način medijskog rata ne samo vlasti i opozicije nego svih sa svima². U nekim ranijim vremenima promovisan je bio model

2 Ovih (februarskih) dana besni medijsko-političko prepucavanje vlasti i opozicije u Srbiji oko odgovornosti za preduktivanje (vlasti) ili za „uznemiravanja javnosti“ (od strane opozicije) povodom registrovanih otrovnih sastojaka u mleku koje se prodaje u supermarketima. Način na koji se medijski prati jedan objektivno ozbiljan problem potpuno zbunjuje građane i znatno uvećava ionako veliku štetu proizvođačima mleka. Činjenica je da su sve druge medijske afere koje su ovoj prethodile, pa i one koje se tiču predsednika najveće opozicione stranke, sasvim utihnule. Indikativno je da je jedan od najčitanijih tabloida u Srbiji to prokomentarisao objavljenim tekstom „Mlekom zalivaju afere“. I zaista, aferaški odnos prema ozbiljnom problemu s mlekom, nimalo nije doprineo njegovom racionalnom rešavanju, ali je veoma efikasno ugasio („zalio“) mnoge prethodne afere koje se itekako tiču političke sudbine visokih funkcionera (predsednika vlade, gradonačelnika Beograda, bivših i sadašnjih ministara).

javnih polemika „knjigom na knjigu.“ Čak i kad se radilo o knjigama-pamfletima, sa niskim kulturnim nivoom polemike od koje niko od učesnika nije imao neke veće koristi, društvena šteta od takvih javnih sporova nije bila velika. Takve polemike su ostajale u mnogo užem krugu obrazovanih ljudi, te nisu imale socijalnu dubinu, širinu i razorno dejstvo kakvo imaju današnje tabloidne javne afere. Žargonski rečeno (a rečnik žargona i jeste preovlađujući diskurs tabloida) i u pamfletima je često više bilo „pljuvanje po protivniku“ nego argumentovane kritike. Međutim, današnje tabloidno „aferaško pljuvanje“ je neselektivno, jer ne kompromituje samo protivnike nego i naše državne institucije, a često i srpski narod kao takav – uz implicitne (pa i eksplicitne) polurasističke i (samo)podcenjivačke ocene nacionalnog karaktera, po modelu „takvi smo mi Srbi“. Tako se potpuno obesmišlja svaka javna kritika i onoga što treba i što se u ozbiljnom društvu mora kritikovati – kao nedostatak društvenih institucija, političkih akcija, kulturnih projekata i neodgovornih javnih delatnika. Aferaško javno mnjenje zaglušuje i ometa njihovu ozbiljnu javnu kritiku, a naročito onu kojom se jačaju društvene institucije. Javne afere mogu da uruše ugled i teško kompromituju i najmoćnijeg pojedinca i najvažnije institucije, ali politički i moralni mutljag koji one stvaraju nikome ne dozvoljava nikakvu katarzu. U tom smislu je veoma važno da se javna kritika razluči od javne diskvalifikacije i kompromitacije ljudi i ustanova, a pogotovo naroda i države.

Današnje tabloidne afere, kao postmoderni produkt masovne instant komunikacije, imaju kratak vek trajanja, zastarevaju kao dnevne novine i brzo iščezavaju kao pokretne slike sa televizijskih ekrana. One se danas postpremijerno (a ponekad i predpremijerno) fejsbukovsko-tvitterski reproduktuju na elektronskim mrežama i opstaju u sferi alternativne javnosti. S ovom alternativnom fejsbukovsko-tviterovskom javnošću još uvek se nije ozbiljno suočila savremena sociološko-komunikološka teorija, ni toliko koliko bi bilo potrebno da bi pouzdanije mogla da opiše njene važnije pojavne oblike, a pogotovo njene kratkoročne i dugoročne društveno-kulturne, socijalno-psihološke i antropološke implikacije. Medijski značaj raznih elektronskih portala i alternativnih komunikativnih mreža sve je veći u savremenim društvima. Ipak, ove mreže će još dugo ostati alternativne, što znači da neće sasvim zameniti konvencionalna sredstva masovnih komunikacija, nego će sa širenjem internetske infrastrukture postajati njihova sve značajnija funkcionalna dopuna.

Konvencionalna sredstva javnog informisanja u pravno i demokratski uređenoj državi danas imaju, a imaće i ubuduće, zadatak da obezbede javni uvid svih građana u sva pitanja od interesa za državu i njene građane. Manipulacije s javnošću poslova od opšteg društvenog značaja najčešće se opravdavaju neophodnošću da se neke informacije od strateškog značaja za državu i neke druge institucije smatraju više ili manje poverljivim, što znači da predstavljaju neku vrstu državne, poslovne, profesionalne, privatno-grupne ili lične tajne koja ne sme postati dostupna drugima, a naročito protivnicima (ili neprijateljima) i konkurentima u istom interesnom polju.

Na ovoj opštoj pretpostavci u različitim društvima i okolnostima uspostavljaju se različiti odnosi između javnih i poverljivih informacija na skali čiji je jedan ekstrem *klaustrofobična zatvorenost*, a drugi *dezintegrativna prozračnost*. Uređena društva su uređena pored ostalog i zato što u njima postoji autoritet kojem se može verovati da ne obmanjuje kad nešto objavljuje, ali mu se veruje da ima jake i dru-

tveno opravdane razloge kad se javno uzdrži od objavljivanja nekih poverljivih informacija.

Današnja Srbija i savremeno srpsko društvo, na žalost njenih građana, mnogo su bliži jednom od dva ekstrema nego optimalnoj ravnoteži oko zlatne sredine. Zato je javni autoritet javnih poslenika u Srbiji još poodavno na veoma niskom nivou – kako kod onih na najvažnijim državnim funkcijama, tako i onih nižih u njihovoj oligarhijskoj stranačkoj nomenklaturi. Toga su svesni, pre svih drugih, najviši partijski i državni funkcioneri i njihovi niži lokalni poslušnici, tako da im ni na pamet ne pada da javno otkrivaju svoje prave (uglavnom po državu, društvo i građane loše i štetne) namere. Oni se zato svim snagama upiru da takve svoje namere prikriju od onih za koje očekuju da bi za njih mogli da glasaju. Njima nipošto ne odgovara nezavisna, kompetentna i kritička javnost, nego nešto što je demagoški izvikano kao „transparentnost“ a stvarno se radi o vešto simuliranom simulakrumu javnog mnjenja.

Međutim, taj manipulativni simulakrum nema neograničenu upotrebnu vrednost, a naročito je opasan i štetan onda kada on postane glavno sredstvo neodgovorne vladavine bahatih političara. U okolnostima egzistencijalne bede i životnog beznađa širokih narodnih masa, među onima koji su kao gubitnici u tranziciji, ratovima, poslovima, karijerama izgubili ono što su nekad imali, ili među onim drugima koji nikad nisu bili ni dostigli nivo politički samosvesnih građana, mnogi su skloni da se u očaju zakače i za takve manipulativne simulakrume i da u neodgovornim i neiskrenim političkim vođama vide svoje „spasitelje“, a previde stvarne „davitelje“. S njima se medijski najlakše manipuliše, ali je to i najopasnija grupacija politički manipulisanih. Ko na takav manipulativni način i uz podršku ljuto frustriranih masa dođe na vlast, ne može izbeći grdne nevolje dok je na vlasti, a može se nadati još većim problemima kad ga prevarene i razočarane mase poteraju sa vlasti. Tako se dolazi do apsurdnog paradoksa da oni koji manipulišu javnošću u javnim poslovima, bivaju prinuđeni da sve više i više obmanjuju, sve veći i veći broj ljudi (i potencijalnih građana) – da bi od početka „uspešno“ izbegavali *sud javnosti*, a da na kraju ne bi mogli da uteknu od *javnih suđenja*. Racionalna je pretpostavka da bi nosioci političke vlasti koji žele da izbegnu najgori epilog, makar zbog sebe samih i vlasti do koje im je stalo, morali u nekom trenutku da naprave ne samo taktičko-demagoški nego i strateško-razvojni zaokret. To je glavni razlog za još jednu drugu (više optimističku nego realnu) pretpostavku da je i u savremenom srpskom društvu došlo krajnje vreme za takav zaokret u odnosu na *spregu vlasti, medija i kriminala kao armaturu organizovanog kriminaliteta*.

Ako se traga za realnim i mogućim promenama postojećeg nepovoljnog stanja u savremenom srpskom društvu nameće se zaključak da je od svega najvažnija temeljna reforma globalnih društvenih institucija koja izostaje i pored smenjivanja na vlasti svih političkih garnitura koje su se pojavile na političkoj sceni u Srbiji za poslednje dve decenije. Za sve to vreme na Srbiju postoji kontinuirani spoljni pritisak, koji je često bio neprimeren zbog stvarne nesaglasnosti sa univerzalnim normama međunarodnog prava i zbog očigledne antisrpske pristrasnosti velikih zapadnih sila pre, za vreme i posle razbijanja Jugoslavije. Traumatično srpsko iskustvo sa spoljnim pritiscima stvara manevarski prostor za svakojake unutarsrpske političke manipulacije sa t.zv. evroatlantskim integracijama ili sa pravnim reformama u svojinskim od-

nosima, pravosuđu, državnoj upravi, vojsci, finansijkom sektoru, prosveti, socijalnoj politici, informisanju i drugde – sve sa obrazloženjem, a često i izgovorom, da se reforme sprovode na dotični način prvenstveno zbog „harmonizacije sa pravom EU“.

Rezultat takve političke taktike našeg pravnog reformisanja jeste evidentno kampanjsko usvajanje (ponekad i prepisivanje) zakona koji se masovno ne sprovode – bilo zbog neprilagođenosti našim okolnostima, bilo zbog korupcije. Tako se stvara *interregnum* u kojem se stvarno ne sprovode ni stari ni novi zakoni, pravni haos koji je veoma pogodno tlo za bujanje organizovanog kriminaliteta. Stvarni zaokret ogleđao bi se u političkom opredeljenju za *strategiju autonomnog razvoja srpskih državnih institucija* kojom bi se očuvalo sve što je vredno u nacionalnoj pravnoj tradiciji i prihvatilo sve što vredi u evropskom modernom pravu, a može se primeniti i kod nas – zbog nas samih, a ne zbog bilo kakvog kampanjskog „harmonizovanja“ sa bilo kim drugim. Elementarna je egzistencijalna mudrost da se pre bilo kakvog „harmonizovanja“ sa drugima, moramo uzajamno i međusobno harmonizovati sami sa sobom – u svim bitnim legalnim i legitimnim (i javnim i tajnim) aspektima našeg društvenog (kolektivnog i ličnog) života.

LITERATURA

- Bodrijar, Žan (1991): *Simulakrumi i simulacija*, Svetovi, Novi Sad.
- Đorđević, Đorđe (2012): „Koruptivna krivična dela i kaznena politika“; u zborniku: *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primjene)* ured. Džerard Selman i drugi, Istočno Sarajevo, s. 239–258.
- Javno mnjenje* (1994): ur. LJ. Bačević, Institut društvenih nauka, Beograd.
- Kok, Hal (1994): *Šta je demokratija?*, Beogradski krug, Beograd
- Korupcija, vlast, država* (2004. prvi deo, 2005. drugi deo); priredili Verica Barać i Ivan Zlatić, izd. Zadruga „Res publica“, Beograd.
- Mek Kvejl, Denis (1976): *Uvod u sociologiju masovnih komunikacija*, Glas, Beograd
- Mitrović, Milovan (2005): *Sociologija*, Pravni fakultet, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2007a): „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji“, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet, Beograd, 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 fakultet u Beogradu, Beograd, 2011, s. 126–138.
- Mrvić, Nataša – Ćirić, Jovan (2004): *Sukob javnog i privatnog interesa u trouglu moći, novca i politike*, Vojnoizdavački zavod, Beograd.
- Rouz-Ejerman, Suzan (2007): *Korupcija i vlast. Uzroci, posledice i reforma*, Službeni glasnik, Beograd.
- Habermas, Jürgen (1969): *Javno mnjenje*, Kultura, Beograd
- Ćirić, Jovan (2001): *Društveni uticaji na kaznenu politiku*, Institut za uporedno pravo, Beograd.

Milovan M. Mitrović

University of Belgrade, Faculty of Law

SOCIAL PUBLIC, PUBLIC OPINION AND ORGANIZED CRIMINALITY IN SERBIA

SUMMARY

This paper consists of three parts. The first part focuses on the importance of general public, regarded as a political category, and also focuses on the influence that public opinion has on functioning of all social institutions.

The second part discusses the systemic context of current public opinion and organized criminality in Serbia. Now days, modern (mostly electronic) mass media, are not only in the center of everyday social life, but at the same time, they are in the depth structure of the society, becoming the part of the basic triad of power which consists from money, political authority and information. In this „Bermuda Triangle“ of social power, information is situated between political authority and money, as a link between them. It is the most stable bridge, used by various influential social groups for transforming their economical into political power and vice versa. Organized criminality is an interest structure which manifests itself as a coalition, or as a competition or as irreconcilable struggle among various criminal sides. Accordingly the sociological analysis of organized crime in Serbia must be focused on explaining loops of money, power and the mass media that have a crucial influence on shaping of public opinion. In these circumstances, public opinion necessarily gets tabloid attributes. Each and every media affair, with a mark of organized crime in its background, hides someone's, more or less covert, economical and political interests. Without analysis of these interests, it is not possible to rationally explain and understand, nor to effectively prevent adverse consequences of these unresolved public scandals for the society and the state.

In third part, it is critically pointed on a simulacrum of the free public opinion and its tabloidisation in Serbia. Instead of free critical judgment from general public, in the public arena, we have a series of political and criminal scandals that are not being resolved. In case of these scandals, there are inextricably intertwined political, economic and criminal interests. They are used for bringing down reputation of political opponents, economic competitors, as well as all other social institutions. Because organized criminality in Serbia, and in all other related societies, originates from systematic deviation, its legal management should be systematic also.

This means that the most important thing of all in Serbia today, should be a fundamental reform of global social institutions. It has been absent, despite government rotation of all political structures that emerged on the political scene in Serbia in the last two decades.

Key words: organized criminality, public opinion, media tabloidisation, institutional reform.

Boris Begović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

Centar za liberalno-demokratske studije

ZATVORSKA POPULACIJA I KRIMINAL: POSTOJI LI UZROČNO-POSLEDIČNA VEZA?¹

Apstrakt: Pokazalo se da postoji snažna uzročno-posledična veza između zatvorske populacije i kriminala. Taj zaključak se zasniva na nalazima u pogledu mehanizama koji leže u osnovi te veze, a posledica su efekata zatvorske kazne. Razdvajanje dejstva pojedinih mehanizama, odnosno efekata zatvorske kazne do koga se došlo, na analitičkom i empirijskom planu, poput razdvajanje dejstva onesposobljavanja i specijalne prevencije, nije samo od akademskog značaja, u smislu spoznaje karaktera navedene uzročno-posledične veze, već je relevantno sa stanovišta kaznene politike. Pojedini identifikovani mehanizmi mogu da imaju suprotan smer dejstva, tako da konkretan zaključak o rezultatu navedene uzročno-posledične veze može da se donese tek na osnovu nalaza empirijskog istraživanja. Ta istraživanja su pokazala da porast zatvorske populacije dovodi do pada nivoa kriminala, mada su zabeležene različite elastičnosti između ove dve promenljive: snaga navedene uzročno-posledične veze razlikuje se od slučaja do slučaja. Brojni metodološki problemi koji neminovno prate empirijsko istraživanje ove veze, poput endogenosti objašnjavajuće promenljive (povećani nivo kriminala dovodi do porasta zatvorske populacije), rešeni su na odgovarajući način. Navedeni nalazi omogućavaju da se, na teorijskom planu, definiše optimalna zatvorske populacija, kao ona pri kojoj je minimizovana suma društvenih troškova koje stvara izdržavanje zatvorske kazne, uključujući i društvene troškove kriminala. Dalja razmatranja na normativnom planu treba usmeriti i ka istraživanju alternativnih vrsta kazni, kako bi se formulisala optimalna kompozicija kazni, imajući u vidu sve efekte koje pojedine kazne generišu. Za bilo kakvo empirijsko istraživanje veze između veličine zatvorske populacija i nivoa kriminala potrebna je javna baza podataka o kriminalu koja obuhvata statistiku krivičnih dela. Srbija danas nema takvu bazu podataka.

Ključne reči: zatvorska kazna, kriminal, onesposobljavanje, prevencija: specijalna, generalna, resocijalizacija.

1. UVOD

Veličina zatvorske populacije predstavlja rezultat kaznene politike i njene primene. To znači da je zatvorska populacija promenljiva veličina na koju vlasti mogu da utiču, menjajući kaznenu politiku i način njene promene. Što su duže zatvorske kazne i što se češće izriču, dakle što se uvećava verovatnoća njene primene, veća je i *ceteris paribus* zatvorska populacija. Ovakve promene donose i promene društvenih

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

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

troškova te kazne. Direktnih, poput troškova izgradnje, održavanja i funkcionisanja zatvora, i indirektnih, poput oportunitetnih troškova vremena lica na izdržavanju zatvorske kazne – zatvorenika. Ključno je pitanje, međutim, kako veličina zatvorske populacije, odnosno kaznena politika koja je do nje dovela, utiče na nivo kriminala, odnosno na iznos društvenih troškova koje kriminal generiše. U krajnjoj liniji, poređenjem promene društvenih troškova kriminala i društvenih troškova kaznene politike i njene primene koja dovodi do promene zatvorske populacije mogu se doneti zaključci o poželjnosti određene kaznene politike i njene promene.

Imajući to u vidu, cilj rada je da ispita da li postoji uzročno-posledična veza između veličine zatvorske populacije i nivoa kriminala i da odredi njen karakter. Ovakav cilj rada uslovio je i njegovu strukturu. Prvo se razmatraju osnovni teorijski nalazi na planu efekata zatvorske kazne, odnosno mehanizama kojima ta kazna utiče na kriminal. Potom se razmatraju mogućnosti za razdvajanje dejstva različitih efekata te vrste kazne. To razmatranje prati i pregled nalaza empirijskih istraživanja i, konačno, zaključak.

2. EFEKTI ZATVORSKE KAZNE

Savremena literatura iz oblasti ekonomske analize kriminala (Avio, 1998, Shavell, 2004 i Marvel, 2010) beleži da zatvorska kazna ima nekoliko različitih efekata na kriminal, odnosno na pojedinca koji odlučuje da li će učiniti krivično delo.

Prvi efekat je onesposobljavanje učinioca krivičnog dela koji izdržava zatvorsku kaznu: on se onemogućava da čini (nova) krivična dela. Ovo onesposobljavanje je apsolutno u odnosu na činjenje krivičnih dela van zatvora. Izvesno je, međutim, da zatvorenik nije onesposobljen za činjenje krivičnih dela u samom zatvoru, mada je zatvorski bezbednosni režim veoma strog, pa se stoga umanjuje verovatnoća, doduše ne isključuje mogućnost, činjenja novih krivičnih dela u samom zatvoru.² Onesposobljavanje zatvorenika da učini krivično delo nije povezano sa njegovom motivacijom da li da učini takvo delo ili ne – onesposobljavanje deluje nezavisno od te motivacije. Jednostavno, čak i da želi da učini krivično delo, on to ne može. Ovim se otvara analitički problem razdvajanja više efekta zatvorske kazne. Dok zatvorenik boravi u zatvoru ne znamo da li on ne čini krivična dela zbog toga što je onesposobljen da ih čini ili zbog toga što ne želi da ih čini, što se svodi na specijalnu prevenciju, tj. na odvracanje pojedinca od činjenja krivičnog dela.

Ovakvo, direktno onesposobljavanje koje stvara zatvorska kazna deluje bez ikakve docnje.³ Onog trenutka kada se započne sa izvršavanjem te kazne, zatvorenik se onesposobljava za činjenje (novih) krivičnih dela. Štaviše, ukoliko pre početka izdržavanja zatvorske kazne, tokom krivičnog gonjenja, budući zatvorenik bude pritvoren, tj. živi u režimu veoma sličnom zatvorskome, onesposobljavanje čak i prethodi početku izdržavanja zatvorske kazne.

2 U ovom radu se zanemaruje činjenje krivičnih dela u samom zatvoru, odnosno ne razmatraju se ta krivična dela.

3 Shavell (1987) je sačinio formalni model optimalnog onesposobljavanja koji se zasniva na pretpostavci da zatvorska kazna generiše samo onesposobljavanje i na poređenju društvenih troškova kriminala (društvenih troškova krivičnih dela koje bi učinio osuđenik da nije na izdržavanju zatvorske kazne) i društvenih troškova izvršenja zatvorske kazne.

Pored direktnog, u literaturi (Marvell, 2010) se pominje i indirektno onesposobljavanje. Sledeći mehanizam indirektnog onesposobljavanja može da dovede do pada ukupnog nivoa kriminala. Mnoga krivična dela čine grupe kriminalaca – radi se o „udruženom“ (zločinačkom) poduhvatu. Pojedinci iz takve grupe vremenom prevazilaze inherentni problem asimetrije informacija u delatnostima u kojima postoji rizik kažnjavanja (Gambetta, 2009) i stiču poverenje jedni u druge, što je neophodno za realizaciju zajedničkog poduhvata kojim se krši zakon (Glaeser *et al.*, 1996). Ukoliko jedan od njih bude zatvoren, ostatak grupe može da, u nedostatku odgovarajuće zamene, prestane da vrši krivična dela ili bar umanjí njihovu frekvenciju (Donohue, 2005). Ipak, ništa ne garantuje da će se zaista prestati sa činjenjem krivičnih dela – može doći do prilagođavanja i to tako što će se ostatak pojedinaca iz te grupe preorijentisati na činjenje nekih drugih krivičnih dela za koja nije potrebno grupno delovanje.

Međutim, do daleko većeg prilagođavanja dolazi zbog toga što onesposobljavanje određenog broja kriminalaca u obavljanju njihove delatnosti, time što su na izdržavanju zatvorske kazne, stvara prazan prostor u njihovim kriminalnim aktivnostima (Ehrlich, 1981 i Miles i Ludwig, 2007). Zbog toga dolazi do supstitucije ponude kriminala u toj specifičnoj vrsti kriminalne delatnosti kojom su se ti zatvorenici bavili. Ukoliko do supstitucije dođe isključivo onim ljudima koji su se do tada bavili nekom drugom kriminalnom delatnošću, tada dolazi do opadanja kriminala upravo u toj oblasti, tj. dolazi do istiskivanja kriminalne radne snage iz jedne kriminalne delatnosti u drugu, pa onda opada nivo kriminala u onoj delatnosti odakle se istiskuje kriminalna radna snaga. Na primer, ukoliko zatvorsku kaznu izdržavaju trgovci narkoticima – dileri, njihovo mesto u toj delatnosti ostaje slobodno, pa mogu da ga zauzmu kriminalci koji se do tada nisu bavili ovom kriminalnom delatnošću, već su činili neka druga krivična dela, na primer, džeparjenje. Shodno navedenom, nivo, odnosno stopa džeparanja opada usled ovakvog, indirektnog onesposobljavanja.

Ne sporeći da ovakav mehanizam postoji, postavlja se pitanje dejstva ovog efekta zatvorske kazne na ukupan nivo kriminala. Ukoliko se pretpostavi da navedena supstitucija nikada ne dovodi do „regrutovanja“ novih kriminalaca, odnosno do toga da nova krivična dela počinju da čine oni koji ih do tada, dok nije došlo do supstitucije ponude, nisu ni činili, onda je neminovno da efekat indirektnog onesposobljavanja na ukupan nivo kriminala praktično ne postoji, budući da je on već sadržan u direktnom onesposobljavanju. Indirektno onesposobljavanje dovodi samo do preraspodele aktivnosti između različitih kriminalnih delatnosti, tj. različitih krivičnih dela. Međutim, ukoliko dođe do „regrutovanja“ novih kriminalaca, odnosno do toga da nova krivična dela počinju da čine oni koji ih do tada, dok nije došlo do supstitucije ponude, nisu ni činili, onda indirektno onesposobljavanje samo za sebe uvećava nivo kriminala – u tom slučaju indirektni efekti onesposobljavanja su takvi da ublažavaju efekte direktnog onesposobljavanja, što znači da ne dolazi do onakvog umanjenja nivoa kriminala do kakvog bi došlo da dejstvuje isključivo direktno onesposobljavanje.⁴

4 Ehrlich (1981) je sačinio formalni model kojim se iskazuju efekti direktnog i indirektnog onesposobljavanja. Ukoliko se dogodi da onesposobljavanje, odnosno njegovi efekti koji ostavljaju

Očigledno je da su direktni efekti onesposobljavanja značajniji i da trenutno deluju na obaranje nivoa kriminala, dok su indirektni efekti neizvesni, ne zna se da li će oni uvećati nivo kriminala ili ne, nešto su slabijeg dejstva i deluju sa određenom, mada ne prevelikom docnjom.⁵

Veoma je značajno uočiti da sa napuštanjem zatvora, odnosno sa završetkom izdržavanja zatvorske kazne, efekat onesposobljavanja trenutno nestaje, bar kada se radi o direktnim efektima onesposobljavanja. I indirektni efekti onesposobljavanja nestaju, mada postoji određena docnja, a pitanje je da li će u potpunosti nestati. Ova karakteristika vremenske distribucije efekata vezana za završetak izvršenja zatvorske kazne veoma je bitna za razlikovanje različitih efekata te kazne, naročito za razlikovanje onesposobljavanja u odnosu na specijalnu prevenciju i resocijalizaciju.

Sledeći efekat zatvorske kazne je generalna prevencija, koja se svodi na podsticaje svim zainteresovanima da ne čine krivična dela, bez obzira na to da li su ih ranije činili ili ne. Drugim rečima, radi se o pojedincima koji su u prilici da učine krivično delo, ali ih mogućnost da posledica tog činjenja bude zatvorska kazna motiviše da ga ne čine – odvrća ih od kriminala.⁶ Zatvorska kazna predstavlja umanjene korisnosti pojedinca, odnosno generiše negativnu korisnost, što svaki pojedinac uzima u obzir pri racionalnoj kalkulaciji da li da učini krivično delo ili ne. Što je duža zaprećena zatvorska kazna i što je veća verovatnoća njenog izvršenja, veća je očekivana vrednost zatvorske kazne, odnosno veća očekivana negativna korisnost koja iz nje proizlazi, tako da to stvara podsticaj potencijalnim učiniocima krivičnih dela da ih ne čine – jedan od osnovnih nalaza modela ekonomske analize kriminala (Becker, 1968).

Izvesno je da je dužina trajanja zatvorske kazne faktor negativne korisnosti koju ona stvara – što je duža kazna, veća je *ceteris paribus* negativna korisnost. Ostaje, međutim, otvoreno pitanje o karakteru te veze. Polinsky i Shavell (1999) identifikuju i teorijski obrazlažu tri vrste ovakve veze. Jedna vrsta je linearna veza u kojoj produženje zatvorske kazne dovodi do proporcionalnog povećanja negativne korisnosti zatvorenika. Druga vrsta su svojevrsni „rastući prinosi“ negativne korisnosti – produženje zatvorske kazne dovodi do iznadproporcionalnog povećanja negativne korisnosti. To se može objasniti time što produžetak odvojenosti od porodice i prijatelja dovodi do iznadproporcionalne negativne korisnosti zatvorenika. Treća vrsta su svojevrsni „opadajući prinosi“, što znači da produženje zatvorske kazne dovodi do ispodproporcionalnog povećanja negativne korisnosti zatvorenika. Dodatno vre-

prazan prostor u kriminalnim delatnostima, ne dovode do „regrutovanja“ novih kriminalaca, onda se govori o jediničnoj elastičnosti onesposobljavanja. „Regrutovanje“ novih kriminalaca dovodi do obaranja te elastičnosti. Što je viši nivo generalne prevencije, veća je verovatnoća da će navedena elastičnost biti jedinična.

- 5 Upravo zbog ovakvih karakteristika direktnog i indirektnog onesposobljavanja, Miles i Ludwig (2007) uvode kategoriju neto onesposobljavanja, implicitno pretpostavljajući da dolazi do „regrutovanja“ novih kriminalaca, što znači da elastičnost onesposobljavanja neće biti jedinična.
- 6 Pojedini autori (Stojanović, 2007) generalnu prevenciju dele na negativnu, koja se poistovećuje sa odvrćanjem pojedinca od toga da učini krivično delo, i pozitivnu, koja „za cilj ima učvršćivanje društvenih i moralnih normi čije usvajanje od strane pojedinca predstavlja najjaču branu vršenju krivičnih dela“. Ne ulazeći u razmatranje opravdanosti navedene podele, u ovom radu se razmatra isključivo generalna prevencija u smislu odvrćanja pojedinca od toga da učini krivično delo.

me provedeno na izdržavanju zatvorske kazne generiše sve manju i manju dodatnu negativnu korisnost, što znači da postoji opadajući, mada stalno pozitivan granični proizvod. Razlozi za ovakav karakter prinosa vremena provedenog na izdržavanju zatvorske kazne leži u tome što sama presuda, odnosno njeno sprovođenje, odnosno zatvaranje dovodi do jednokratnih efekata (gubitak reputacije na tržištu radne snage, na primer), odnosno prvo vreme izdržavanja zatvorske kazne je najteže, budući da se tada novopridošli zatvorenik prilagođava novonastaloj situaciji, što znači da se na samom početku kazne generiše najveći deo negativne korisnosti. Naravno, karakter prinosa vremena zatvorske kazne je individualna stvar i zavisi od svakog pojedinca.⁷ Zasad ne postoje empirijski nalazi o karakteru prinosa vremena zatvorske kazne na negativnu korisnost onih koji je izdržavaju, tako da ne znamo da li dominiraju rastući ili opadajući prinosi.

Postojanje nelinearne veze, odnosno mogućnost postojanja rastućih ili opadajućih prinosa vremena zatvorske kazne na negativnu korisnost, uslovljava da ni generalna prevencija, isto tako kao ni specijalna, ne raste proporcionalno dužini zatvorske kazne. U tom smislu, poznavanje karaktera funkcije negativne korisnosti od velike je važnosti sa stanovišta generisanja željenog iznosa generalne, odnosno specijalne prevencije. Uslovni otpust, odnosno prevremeno (uslovno) puštanje zatvorenika na slobodu opravdano je sa stanovišta generalne i specijalne prevencije u slučaju opadajućih prinosa zatvorske kazne, ali može biti kontraproduktivno u slučaju rastućih prinosa.⁸

Nadalje, izvesno je da generalna prevencija koja proizlazi iz zatvorske kazne ima docnju u dejstvu. Ukoliko, na primer, dođe do zaoštavanja kaznene politike, tako što se uveća očekivana vrednost zatvorske kazne, odnosno očekivana vrednost negativne korisnosti koju ta kazna generiše, kako zaprećenom kaznom, tako i uvećanjem verovatnoće njene primene, potrebno je vreme da ta nova informacija dođe do svih zainteresovanih, tj. do onih koji razmatraju da li da učine neko krivično delo ili ne. Zbog toga generalna prevencija neminovno deluje sa docnjom. To znači da porast zatvorske populacije neće neposredno dovesti do umanjenja kriminala, budući da je potrebno da prođe određeno vreme kako bi došlo do efekata na planu generalne prevencije.

7 Polinsky i Shavell (1999) koji su teorijski obrazložili ove vrste prinosa, odnosno nelinearnosti, vrstu prinosa vremena zatvorske kazne na nivou pojedinca vezuju za njegov odnos prema riziku. Iako je korisnost, svaka, pa tako i negativna, subjektivna kategorija, ipak postoje neke objektivne okolnosti koje uslovljavaju raspored negativne korisnosti tokom vremena provedenog u zatvoru. Stoga ostaje otvoreno pitanje da li je karakter prinosa u potpunosti subjektivna kategorija, odnosno da li se može poistovetiti sa drugom subjektivnom kategorijom, poput odnosa pojedinca prema riziku.

8 Da li je uslovni otpust kontraproduktivan ili ne zavisi od odnosa društvene koristi sa stanovišta generalne prevencije od produženog vremena zatvorske kazne i društvenih troškova do kojih to produženje dovodi. Pri tome treba voditi računa o tome da se razlikuju diskontne stope kojima kriminalci budući negativnu korisnost pretvaraju u sadašnju vrednost i diskontne stope kojima društvo buduće društvene troškove od dodatnog vremena provedenog u zatvoru pretvara u njihovu sadašnju vrednost. Sledeći Shavella i Polinskog (1999), može se pretpostaviti da su društvene diskontne stope niže od diskontnih stopa kriminalaca, kako stvarnih, tako i potencijalnih. Štaviše, što je viša diskontna stopa koju koriste pojedinci za pretvaranje budućih u sadašnje vrednosti negativne korisnosti, niža je generalna prevencija koju generiše zatvorska kazna, odnosno dodatno vreme provedeno u zatvoru.

Specijalna prevencija odnosi se na odvrćanje onog pojedinca koji izdržava zatvorsku kaznu. Mehanizam je istovetan onom u slučaju generalne prevencije, samo što se u ovom slučaju odnosi na one pojedince koji su u pogledu te kazne stekli neposredno iskustvo. To iskustvo negativne korisnosti koju generiše izdržavanje zatvorske kazne predstavlja podsticaj da više ne čini krivična dela, kako se ne bi opet izlagao takvo, iskustvu. Specijalna prevencija deluje tek po isteku zatvorske kazne, budući da dejstvo onesposobljavanja tokom te kazne „pokriva“ dejstvo specijalne prevencije – ona ne može da se razdvoji od (snažnijeg) dejstva onesposobljavanja. Tek posle isteka zatvorske kazne dolazi do tog razdvajanja. Ukoliko je specijalna prevencija delotvorna, ne dolazi do recidivizma, u suprotnom, upravo postojanje recidivizma pokazuje nedelotvornost specijalne prevencije. Najzad, specijalna prevencija neminovno deluje sa velikom docnjom u odnosu na izricanje i započinjanje izvršenja kazne – punim iznosom izdržane zatvorske kazne.

Konačno, zatvorska kazna pruža mogućnost za resocijalizaciju zatvorenika, odnosno osuđenika. Očekivana resocijalizacija, kojom bi se umanjio kriminal, odnosno sprečio recidivizam, čime je ona komplementarna sa specijalnom prevencijom, može se postići na dva načina, bar kako ih vidi ekonomska teorija kriminala. Jedna su investicije u ljudski kapital osuđenika, kako bi, u trenutku isteka zatvorske kazne, bio osposobljen za ona zanimanja koja su u skladu sa zakonom, kojima bi mogao da ostvari veću očekivanu neto korisnost nego bavljenjem kriminalnom. Drugi način je uticaj na moral osuđenika, kako bi se kod njega razvile odgovarajuće moralne kočnice kriminalnom ponašanju, odnosno odluci da se s njim započne. Ekonomski model kriminala ne poznaje ovakva ograničenja ponašanju pojedinaca, ali prihvata da dodatne kočnice tom ponašanju, poput navedenih, troškove kršenja zakona čine višim, pa time umanjuju očekivanu neto korisnost od bavljenja kriminalom. I resocijalizacija deluje sa docnjom u iznosu pune zatvorske kazne. To, na analitičkom planu, stvara problem, budući da je onda prilično teško razdvojiti efekte specijalne prevencije i resocijalizacije, s obzirom na to da ih karakteriše istovetna docnja.

Ovim su razmotreni mehanizmi kojima zatvorska kazna utiče na smanjenje nivoa kriminala. Problem je, međutim, u tome što zatvorska kazna stvara i podsticaje za bavljenje kriminalom po isteku te kazne.⁹ Prvi mehanizam na tom planu su ulaganja u specifičan ljudski kapital potreban za obavljanje krivičnih dela. Upravo zatvori predstavljaju pogodan okvir za razmenu iskustava i specifično „školovanje“ u pogledu praktičnih znanja i veština potrebnih za obavljanje kriminalnih delatnosti (Glaeser *et al.*, 1996). Drugi mehanizam vezan je za prevazilaženje problema asimetrije informacija, jednog od najvećih problema pri udruživanju radi obavljanja kriminalnih delatnosti (Gambetta, 2009). Budući da bivanje u zatvoru, odnosno izdržavanje višegodišnje zatvorske kazne, predstavlja verodostojan signal da se zaista radi o istinskom kriminalcu, a ne o policijskom doušniku, zatvori omogućavaju da se prevaziđe problem asimetrije informacija i time pospešuju stvaranje kriminalnih

9 Pritkin (2008) je ponudio sveobuhvatan pregled velikog broja mehanizama kojima zatvorska kazna može da utiče na uvećanje nivoa kriminala. Utisak je, međutim, da je najveći broj mehanizama opisanih u tom pregledu jednostavno neuverljiv ili je njihov efekat, ukoliko postoji, trivijalan. Stoga se u daljem toku rada pažnja posvećuje samo onim efektima koji su priznati u literaturi i za koje je opravdano pretpostaviti da generišu netrivialne efekte.

organizacija i mreža (Glaeser *et al.*, 1996 i Bayer *et al.*, 2003). Treće, čak i ukoliko su pre odlaska u zatvor osuđenici imali nekakve moralne skrupule koje su umanjivale verovatnoću da se upuste u kriminal (očigledno je da nisu bile dovoljne), te moralne skrupule mogu da se izgube u zatvoru (brutalizacija), teškim životnim uslovima koje on nameće i u neposrednom kontaktu sa najtežim kriminalcima, fenomen u kriminologiji poznat kao kriminalna zaraza (Ignjatović, 2005), tako da se uvećava verovatnoća da otpušteni zatvorenik opet učini krivično delo (Banister *et al.*, 1973). Konačno, zatvorenici posle izlaska iz zatvora imaju teškoće da nađu posao u delatnosti koja je u skladu sa zakonom. Sama činjenica da su osuđivani i da su izdržali zatvorsku kaznu poslodavcima daje signal da ih ne treba zapošljavati, odnosno da zapošljavanje tih ljudi znači preuzimanje određenog rizika (Western *et al.*, 2001 i Vieraitis *et al.* 2007).¹⁰

Shodno svemu navedenom, postoji veliki broj uzročno-posledičnih veza na osnovu kojih se može tvrditi da povećana zatvorska populacija utiče na umanjenje nivoa kriminala i to na različite načine. Na analitičkom planu se, naravno, postavlja pitanje koji mehanizam dominira, odnosno kolika je relativna snaga mehanizama uzročno-posledične veze. To nije samo pitanje od akademskog značaja, već ima i veoma velike implikacije za kaznenu politiku. Ukoliko, na primer, onemogućavanje usled izdržavanja zatvorske kazne ima snažniji efekat na umanjenje nivoa kriminala u odnosu na generalnu prevenciju, onda nije poželjno da se pristupa amnestiji ili uslovnom otpustu iz zatvora. Isto tako, ukoliko onemogućavanje dominira, nije poželjno zatvorsku kaznu zamenjivati nekom drugom, na primer, novčanom, koja ne generiše onesposobljavanje, već ima samo efekat specijalne i generalne prevencije.

Nadalje, bitno je ustanoviti relativnu snagu onih mehanizama koji umanjuju nivo kriminala sa povećanjem zatvorske populacije i onih koji dovode do njegovog uvećanja, kako bi se doneo zaključak o rezultanti, odnosno o shodnom dejstvu svih navedenih mehanizama kojima zatvorske kazna, odnosno zatvorska populacija utiče na nivo kriminala.

Postavlja se i sledeće analitičko pitanje. Da li povećanje zatvorske populacije na jednom području, odnosno u jednoj državi, koja neprikosnovenno formuliše i sprovodi svoju kaznenu politiku, dovodi do promene nivoa kriminala u drugim državama? Naime, zaoštavanje kaznene politike u jednoj državi može da dovede do migracija kriminalaca u druge države koje imaju nešto popustljiviju kaznenu politiku ili nešto manje efikasno sprovode zakon. U pitanju je prelivanje kriminala – fenomen poznat kao efekat pomeranja (*displacement*).¹¹ To znači da se smanjuje nivo kriminala na jednom području, a uvećava na nekom drugom, a sve je to posledica zaoštavanja kaznene politike na samo jednom području. Otvoreno je pitanje kako

10 Do ovakvog dejstva zatvorske populacije na kriminal dolazi tek po izlasku iz zatvora, dakle sa prestankom dejstva onesposobljavanja. Zbog toga se kao objašnjavajuća promenljiva u empirijskim istraživanjima ovog uticaja koristi broj otpuštenih zatvorenika, ali se mora kontrolisati ukupna zatvorska populacija, odnosno njena neto promena u posmatranom periodu (Vieraitis *et al.*, 2007). Pri tome radi se o neto efektu zatvorske kazne, odnosno zatvorske populacije na kriminal, dakle dejstvu ovih faktora na povećanje nivoa kriminala, umanjenom za efekat specijalne prevencije.

11 Više o efeku pomeranja videti u: Ignjatović (2005).

se ova promena odražava na ukupan nivo kriminala na oba posmatrana područja. Ukoliko na „prijemnom“ području dođe do efekta multiplikacije, može da se dogodi da ukupan nivo kriminala na ta dva područja poraste iako je došlo do zaoštavanja kaznene politike.¹²

Kada se razmatra specijalna i generalna prevencija, kao i resocijalizacija, tada je, pored veličine zatvorske populacije, potrebno istražiti efekte još jedne promenljive veličine: uslova života u zatvoru (Klick i Tabarrok, 2010). Što su teži uslovi života u zatvoru, tj. nepovoljniji uslovi izdržavanja zatvorske kazne, može se, usled uvećanja negativne korisnosti koju takva zatvorska kazna generiše, očekivati snažnija specijalna i generalna prevencija, odnosno stvaranje snažnijih podsticaja da se ne čine krivična dela, kako bi se izbegli teški uslovi izdržavanja te kazne.¹³ U tom smislu, pogoršanje zatvorskih uslova ima ekvivalentan efekat produženju kazne, odnosno čak uvođenju smrtne kazne (Katz *et al.*, 2003). Kao otežani uslovi života u zatvoru mogu se izdvojiti i udaljenost zatvora u kome se izdržava kazna od mesta boravišta (Bedard i Helland, 2004), što dovodi do porasta nivoa generalne prevencije.¹⁴

Ne sporeći ove nalaze, može se postaviti pitanje da li postoje mehanizmi kojim otežani zatvorski uslovi dovode do rasta kriminala. Izvesno je da otežani zatvorski uslovi pojačavaju dejstvo onih, već pomenutih mehanizama kojima zatvorska kazna uvećava nivo kriminala. Oni još više umanjuju ili eliminišu bilo kakve moralne skrupule (brutalizacija), omogućavaju, odnosno praktično prinuđuju zatvorenike da uđu u kriminalne mreže koje su već uspostavljane i pospešuju investicije u specifičan ljudski kapital potreban za produktivno bavljenje kriminalnim delatnostima, a stvaraju i takvu stigmatu da je zatvorenici koji su izdržali kaznu teško da nađu redovan posao u delatnostima koje su u skladu sa zakonom (Chen i Shapiro, 2007). Svi ovi elementi uslovljavaju povećanje verovatnoće da će bivši zatvorenik nastaviti da se bavi kriminalom, tako da uslovljavaju uvećanje nivoa kriminala.¹⁵ Shodno tome, ove posledice otežanih uslova izdržavanja zatvorske kazne imaju suprotan smer dejstva u odnosu na specijalnu i generalnu prevenciju.

12 Empirijsko istraživanje preliivanja kriminala u SAD koje su na dugoj vremenskoj seriji (1929–1992) podataka sprovedli Marvell i Moody (1998) pokazalo je da efekat pomeranja ipak nije značajan. Štaviše, pokazalo se da postoji i efekat slepog putnika – onesposobljavanje kriminalaca u jednoj saveznoj državi dovodi do umanjenja nivoa kriminala u drugoj, budući da onesposobljavanje putem zatvorske kazne neminovno sprečava i migraciju.

13 Bedard i Helland (2004) ukazuju na trend svesnog i sistematskog pogoršanja životnih uslova u zatvorima u SAD. Ovaj trend je, ipak, uglavnom vezan za retribuciju, motiv koji se zasniva na premisi da stvaranje negativne korisnosti za učinioce krivičnih dela samo po sebi dovodi do povećanja korisnosti žrtve, njenih bliskih, kao i društva u celini. U današnje vreme se retribucija sve manje navodi kao motiv kažnjavanja, ali svakako da, makar skrivena, postoji kao jedan od motiva za promene kaznene politike.

14 U slučaju ženske zatvorske populacije u nekoliko američkih saveznih država (najveće obuhvaćene analizom su Kalifornija i Njujork) pokazalo se (Bedard i Helland, 2004) da je realokacija zatvorske populacije na taj način da se za 64 km (40 kopnenih milja) povećala udaljenost od mesta boravišta dovela do umanjenja nivoa nasilničkog kriminala za 6%.

15 Chen i Shapiro (2007) su pokazali na relativno malom uzorku zatvorenika SAD koji su služili zatvorsku kaznu u zatvorima sa različitim uslovima (nivoima bezbednosti) da se nivo stopa recidivizma povećava sa pogoršanjem zatvorskih uslova.

Očigledno je da postoje mehanizmi uticaja zatvorske kazne na kriminal sa suprotnim smerom dejstva, tako da se njihovo delovanje delimično ili u potpunosti kompenzuje. Naravno, na empirijskom planu može se doći do zaključka koji od ovih faktora imaju snažnije dejstvo – koji od njih pretežu. Isto tako, postavlja se i pitanje razdvajanja efekata različitih mehanizama.

3. RAZDVAJANJE EFEKATA ONESPOSABLJAVANJA I PREVENCIJE

Značajno analitičko, pa time i empirijsko pitanje jeste razdvajanje dejstva onesposobljavanja, s jedne strane, i specijalne i generalne prevencije, s druge. Ovo razdvajanje nije samo od akademskog značaja, već ima i značajne implikacije na vođenje kaznene politike. Na primer, ukoliko među efektima zatvorske kazne dominira onesposobljavanje i ukoliko zaista postoji već pomenuta nelinearnost formi opadajućih prinosa zatvorske kazne na specijalnu i generalnu prevenciju, što znači da se dobar deo generalne i specijalne prevencije ostvaruje već samim zatvaranjem i prvim periodom zatvorske kazne, onda je prevremeno puštanje iz zatvora, odnosno amnestija zatvorenika, kontraproduktivna kaznena politika, koja dovodi do rasta nivoa kriminala. Takođe, ukoliko dominira efekat specijalne i generalne prevencije nad onesposobljavanjem, tada će zaoštavanje kaznene politike, otelotvoreno, u, na primer, povećanju zaprećene kazne zatvora uz nepromenjenu verovatnoću njenog izvršenja, simultano dovesti do dve poželjne posledice: opadanja nivoa kriminala i pada zatvorske populacije.

Teorijski model onesposobljavanja (Avi-Itzhak i Shinner, 1973) uveo je u literaturu meru onesposobljavanja (λ), koja predstavlja broj krivičnih dela koji bi osuđenik izvršio u posmatranom periodu da ne izdržava zatvorsku kaznu. Ova mera vezana je za značajne analitičke probleme. Prva je ta što se radi o meri ne stvarnog, nego hipotetičkog stanja. Ne radi se o tome koliko krivičnih dela osuđenik nije izvršio, nego koliko bi ih izvršio da nije u zatvoru. Drugo, ova mera je krajnje individualna, a može se pretpostaviti da su osuđenici krajnje heterogen skup. Treće, navedena mera u sebi već sadrži dejstvo specijalne prevencije, tako da ne može da se razdvoji dejstvo ova dva mehanizma. Konačno, empirijski se veoma teško može doći do vrednosti λ . Za to su se koristile ankete zatvorenika (Piquero i Blumenstein, 2007), a takve ankete su krajnje nepouzdate i uzorci su krajnje nereprezentativni. Upravo su navedene analitičke slabosti uslovile zaključak da ovo i ne predstavlja plodotvornu oblast istraživanja (Mils i Ludwig, 2007), a svakako da ne uspeva sa razdvoji efekat onesposobljavanja od efekta specijalne prevencije.¹⁶

Pitanje recidivizma jasno pokazuje potrebu razdvajanja efekata onesposobljavanja i specijalne prevencije (odvrćanja). Prevremeno puštanje zatvorenika, u svakom pojedinačnom slučaju, predstavlja uverenje zvaničnika da je efekat specijalne prevencije dovoljno snažan, odnosno da onesposobljavanje više nije potrebno da bi se predupredilo činjenje krivičnog dela – rizik recidivizma je dovoljno nizak. Na

16 Tematski broj časopisa *Journal of Quantitative Criminology* (Vol. 23, No. 2, 2007) posvećen je upravo temi istraživanja i, naročito, merenja efekta onesposobljavanja.

određeni način, razmatranje mogućnosti prevremenog puštanja iz zatvora predstavlja svojevrsnu individualizaciju kazne. Uklanjanjem mogućnosti za takvu individualizaciju stvaraju se podsticaji koji mogu da dovedu do neefikasnih ishoda. Pokazalo se (Kuziemko, 2013) da je uklanjanje te mogućnosti za određena krivična dela, odnosno obaveza izdržavanja punog iznosa zatvorske kazne, dovela do povećanja stope recidivizma.¹⁷ To se obrazlaže nedostatkom podsticaja za uspešno realizovanje programa resocijalizacije, pre svega onih za ulaganje u sopstveni ljudski kapital, budući da je realizacija tog programa predstavljala uslov za prevremeno uslovno otpuštanje, pa zatvorenici nemaju podsticaj da u tim programima učestvuju. Takođe, uklanjaju se i podsticaji za saradnju za zatvorskim osobljem, pa stoga opada i nivo discipline, pa se pojačava dejstvo onih, ranije navedenih faktora kojima zatvorska kazna uvećava verovatnoću bavljenja kriminalom po njenom isteku. Iako se s pravom zaključuje da se radi o alokativnoj neefikasnosti (istovremeno se uvećava i zatvorska populacija, što uvećava troškove resursa angažovanih na izvršenju te kazne, i nivo kriminala, što uvećava društvene troškove koje on generiše), ostaje nejasno da li je to posledica slabljenja rehabilitacije ili pojačavanja dejstva specifičnih faktora (brutalizacija, ulazak u kriminalne mreže itd.) kojima se uvećava verovatnoća bavljenja kriminalom, budući da je jasno da ovom promenom nije mogla da se umanjiti, već samo uveća specijalna prevencija.

Zaoštavanja kaznene politike u praksi predstavljaju prirodni eksperiment na osnovu kojeg se mogu spoznati relativna snaga efekata onesposobljavanja i efekta prevencije. Na primer, izmene krivičnog zakona Kalifornije iz 1982. godine, poznate kao *Proposition 8*, dovele su do zaoštavanja kaznene politike za određena krivična dela i za povratnike. Ukoliko u relativno kratkom vremenskom periodu (nekoliko prvih godina) po stupanju ovakvog zaoštavanja na snagu, odnosno od početka njegove primene, dođe do umanjenja nivoa kriminala, to je umanjenje isključivo posledica delovanja generalne prevencije, budući da je potrebno vreme u primeni ovog zakona da bi došlo do značajne promene onesposobljavanja koje se iskazuje u povećanju zatvorske populacije. Drugim rečima, ovakva zakonska promena ne donosi, na kratak rok posmatrano, nikakvu promenu u pogledu onesposobljavanja, pa se celokupno umanjenje nivoa kriminala može pripisati delovanju generalne i specijalne prevencije (Kessler i Levitt, 1999).¹⁸ Pokazalo se da su rezultati u domenu smanjenja nivoa kriminala ovom izmenom kaznene politike, kao i uvođenje mandatorne kazne doživotnog zatvora za treće (ozbiljno) krivično delo, uslovljeni i stvaranjem pogrešnih podsticaja, poput umanjenja granične kazne, što je po nekim nalazima dovelo do povećanja nivoa kriminala u slučaju najtežih krivičnih dela.¹⁹

17 Ovaj nalaz se zasniva na prirodnom eksperimentu za koji je poslužila promena kaznene politike u američkoj saveznoj državi Džordžiji u kojoj je eliminisana mogućnost prevremenog puštanja na slobodu i uvedena obaveza izdržavanja punog iznosa zatvorske kazne (Kuziemko, 2013).

18 Empirijsko istraživanje koje je sprovedeno na ovakvoj istraživačkoj strategiji nije dalo jednoznačne zaključke u pogledu toga u kojoj meri i za koja krivična dela je navedena promena kaznene politike dovela do jačanja specijalne i generalne prevencije. Istu istraživačku strategiju primenio je i Abrams (2012).

19 Marvell i Moody (2001) i Kovandzic *et al.* (2002), na osnovu empirijskih istraživanja koje su sproveli dolaze do zaključka da su navedene promene dovele do povećanja stope ubistava. Radi

Amnestija predstavlja prirodni eksperiment koji takođe omogućava da se razdvoje efekti onesposobljavanja i (specijalne i generalne) prevencije. Radi se o tome da amnestija dovodi do trenutnog eliminisanja efekta onesposobljavanja za određeni deo zatvorske populacije, a da pri tome ne dovodi do slabljenja specijalne i generalne prevencije (Barbarino i Mastrobuoni, 2012). S jedne strane, jasno je da uskoro ne može doći ni do kakve nove amnestije, što je relevantno i za generalnu i za specijalnu prevenciju, a prema specifičnim odredbama amnestije koja je bila predmet ovog istraživanja, deo kazne koji nije izdržan dodaje se na eventualnu novu zatvorsku kaznu u slučaju recidivizma, što znači da je ojačana specijalna prevencija.²⁰ U tom smislu, celokupan porast nivoa kriminala do koga dolazi pri ovakvoj amnestiji posledica je gubitka onesposobljavanja.²¹

Levitt (1998) je pronašao zanimljiv način da analitički i empirijski razdvoji dejstvo onesposobljavanja i prevencije. U svojoj analizi polazi od pretpostavki da su krivična dela zamenljiva i da kriminalci slobodno odlučuju koja će krivična dela da čine, tako da postoji supstitucija ponude kriminala. S jedne strane, ukoliko dođe do uvećanja očekivane vrednosti kazne za jedno krivično delo (usled uvećanja verovatnoće otkrivanja učinioca, njegove pravosnažne osude ili uvećanjem zaprećene kazne), uvećava se generalna prevencija, pa se stvaraju podsticaji da se zainteresovani kriminalci preorijentišu da čine druga krivičnih dela, čija se relativna očekivana vrednost kazne umanjila (apsolutna je ostala ista, pa se stoga relativna neminovno umanjila) – treba očekivati povećanje broja krivičnih dela čija se relativna očekivana vrednost kazne smanjila i umanjeње onih čija se uvećava. S druge strane, navedena promena kaznene politike, odnosno njene primene nema efekata na relativno onesposobljavanje za izabrana dva kaznena dela, budući da onesposobljavanje utiče na umanjeње nivoa činjenja svih krivičnih dela. To znači da sve promene nivoa kriminala koje su posledica promene relativne očekivane vrednosti kazne treba pripisati dejstvu generalne prevencije.²²

se o tome što je uvođenje mandatorne kazne doživotnog zatvora za treće krivično delo, bez obzira na to o kom se krivičnom delu radi, stvorilo podsticaje kriminalcima da to treće krivično delo bude praćeno (sticaj) ozbiljnim krivičnim delom, kojim bi se možda treće krivično delo prikrilo – na primer, ubistvo svedoka. Ipak, Shepard (2002) je, koristeći drugi postupak empirijskog istraživanja, došla do zaključka da je navedena promena kaznene politike umanjila i stopu ubistava, doduše ne u onoj meri u kojoj je umanjila činjenje drugih krivičnih dela.

- 20 Drago *et al.* (2009) su empirijski pokazali postojanje snažne specijalne prevencije do koje dolazi sa ovakvim rešenjem prilikom amnestije, odnosno reforme kaznene politike.
- 21 Taj porast nivoa kriminala je čak ublaženom specijalnom i generalnom prevencijom. U tom svetlu treba posmatrati nalaz da su amnestije u Italiji u XX veku kojima je bilo obuhvaćeno i do 35% zatvorske populacije dovele do porasta nivoa kriminala za 20% do 35% (Barbarino i Mastrobuoni, 2012) – da nije došlo do jačanja specijalne i generalne prevencije, porast nivoa kriminala bio bi još veći.
- 22 Empirijski nalazi dobijeni primenom ovakve istraživačke strategije doveli su do toga da se mogu razlučiti ona krivična dela kod kojih onesposobljavanje deluje snažnije od specijalne i generalne prevencije (silovanje), ona u kojima su ti efekti podjednaki (razbojništvo) i ona u kojima deluje slabije (imovinski kriminal). Rezultati ukazuju na to da se 75% ukupnog dejstva zatvorske kazne na nivo imovinskog kriminala može pripisati specijalnoj i generalnoj prevenciji (Levitt, 1998).

4. EMPIRIJSKA ANALIZA: GLAVNI NALAZI I OSNOVNI METODOLOŠKI PROBLEMI

Dostupna empirijska istraživanja veze zatvorske populacije i kriminala uglavnom se odnose na SAD. Pri tome radi se o dve vrste istraživanja. Prvu čini analiza vremenskih serija pri kojoj se kao objašnjavajuća promenljiva koristi veličina ukupne zatvorske populacije. Drugu čine istraživanja na grupisanim uporednim podacima u vremenu i na panelu podataka, pri čemu se kao objašnjavajuća promenljiva koristi veličina zatvorske populacije na nivou pojedinačne savezne države ili pojedinačnih okruga unutar saveznih država. Pregled dobijenih rezultata pokazuje da je u najvećem broju slučajeva registrovana statistički značajna veza između zatvorske populacije i nivoa kriminala i to tako da je ocena koeficijenta uz zatvorsku populaciju negativna, što znači da uvećanje zatvorske populacije umanjuje nivo kriminala i da umanjenje zatvorske populacije uvećava nivo kriminala. Budući da je koeficijent uz zatvorsku populaciju kao objašnjavajuću promenljivu u stvari koeficijent elastičnosti nivoa kriminala u odnosu na tu populaciju, pokazalo se da se vrednosti tog koeficijenta dobijene ovim istraživanjima kreću između 0 i -2 . U proseku taj koeficijent iznosi -1 , što znači da uvećanje zatvorske populacije za 1% dovodi do smanjenja nivoa kriminala za 1%. Značajno je upravo to da je zanemarljivo mali broj istraživanja dobio ocenu parametra koja je bliska nuli, odnosno koja nije statistički značajno različita od nule. Obično su upravo ta istraživanja metodološki najviše problematična.

Razlika u rezultatima koja se dobija posledica je znatnih metodoloških problema koji se javljaju pri ovakvim empirijskim istraživanjima. Prvi problem je pitanje agregacije podataka. Izvesno je da uzročno-posledični mehanizam kojim zatvorska populacija utiče na nivo kriminala različito deluje u slučaju bitno različitih krivičnih dela, tako da je metodološki ispravno da se krivična dela grupišu i istražuju, ako ne već pojedinačna krivična dela, odnosno njihove manje grupe: ubistvo, silovanje, nanošenje teških telesnih povreda, razbojništvo, teška (provalna) krađa, krađa, itd. Međutim, u velikom broju istraživanja došlo je do agregiranja na daleko višem nivou: ili se radi samo o ukupnom kriminalu (sva registrovana krivična dela), ili se primenjuje samo podela na nasilnički i imovinski. Ovakav nivo agregacije veoma često dovodi do nepouzdanih rezultata empirijske analize.

Sledeći metodološki problem odnosi se na specifikaciju regresionog modela, i to u dva smisla. Jedan je specifikacija veze između objašnjavajuće promenljive i promenljive koja se objašnjava. Ključno pitanje je da li se pretpostavlja postojanje konstantne ili promenljive elastičnosti (Spelman, 2008). Ukoliko se dopusti mogućnost promenljive elastičnosti, otvara se pitanje da li elastičnost raste ili opada sa povećanjem zatvorske populacije. Leidka *et al.* (2006) su došli do nalaza o opadajućoj elastičnosti, odnosno opadajućim prinosima rasta zatvorske populacije na nivo kriminala. Budući da sa povećanjem zatvorske populacije njom bivaju obuhvaćeni sve manje i manje opasni kriminalci, ovakav rezultat je intuitivan. Međutim, Spelman (2008) je došao do nalaza o rastućoj elastičnosti, odnosno o rastućim prinosima, što prilično neverljivo objašnjava demografskim promenama.

Drugi problem specifikacije je izostavljanje relevantne (kontrolne) promenljive. To su one promenljive koje utiču na nivo kriminala, a nisu povezane sa veličinom zatvorske populacije. Ukoliko se izostave relevantne promenljive, ocena parametara uz zatvorsku populaciju je pristrasna nagore, dakle ona je viša nego što zaista jeste. U slučaju panela podataka, otvara se mogućnost da se uvođenjem tzv. fiksnih promenljivih za određeno područje ili određenu godinu obuhvate oni faktori čije dejstvo nije iskazano, što umanjuje navedeni problem, ali je ovo rešenje vezano isključivo za modele koji se zasnivaju na panelu podataka.

Empirijska analiza veze zatvorske populacije i nivoa kriminala podrazumeva rešavanje značajnog metodološkog problema: fenomena simultanosti, odnosno endogenosti objašnjavajuće promenljive. Radi se o tome da nivo kriminala kao promenljive koja treba da se objasni utiče na nivo zatvorske populacije, objašnjavajuće promenljive. Naime, uvećanje nivoa kriminala dovodi *ceteris paribus*, putem uvećanja broja privođenja, optuživanja i pravosnažnih osuđujućih presuda, i do uvećanja broja učinilaca krivičnih dela koji izdržavaju zatvorsku kaznu – do uvećanja zatvorske populacije. To znači da je objašnjavajuća promenljiva endogena. Ovakva pojava dovodi do pristrasnosti, najčešće potcenjenosti ocene parametra uz objašnjavajuću promenljivu, čime se gubi pouzdanost analize. Ekonometrijska teorija ponudila je nekoliko rešenja za ovaj problem.

Prvo i verovatno najrasprostranjenije je korišćenje instrumentalne promenljive. To je promenljiva koja je visoko korelisana sa objašnjavajućom promenljivom, ali nije korelisana sa promenljivom koja se objašnjava, osim preko objašnjavajuće promenljive. Za ocenu ovakvog ekonometrijskog modela koristi se metod dvostepenih najmanjih kvadrata, pri čemu se u prvom stepenu tog postupka koristi instrumentalna promenljiva. Jedno od najznačajnijih empirijskih istraživanja veze između zatvorske populacije i nivoa kriminala (Levitt, 1996) zasniva se upravo na korišćenju instrumentalne promenljive i to broja parnica protiv države zbog prenatrpanosti zatvora. Radi se o tome da u SAD različite neprofitne organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava u slučaju prenatrpanosti zatvora i loših uslova izdržavanja kazne tuže državu i traže otpust zatvorenika. Frekvencija tih parnica je dobra instrumentalna promenljiva, budući da je visoko korelirana sa zatvorskom populacijom, a nije korelirana sa nivoom kriminala.²³

Uobičajeni metod koji se koristi za rešavanje problema endogenosti objašnjavajuće promenljive jeste i upotreba promenljive sa docnjom. Ukoliko se za objašnjavanje neke promenljive koristi objašnjavajuća promenljiva čija se vrednost uzima sa vremenskim pomakom u odnosu na promenljivu koja se objašnjava, onda se ne može govoriti o simultanosti, budući da objašnjavajuća promenljiva neminovno

23 Johnson i Raphael (2011) koriste nešto složeniju instrumentalnu promenljivu koja se zasniva na dinamičkom modelu prilagođavanja zatvorske populacije pri nekoj dramatičnoj egzogenoj promeni (šoku) koje je izvede iz stabilnog stanja. Ona odstupanja zatvorske populacije u odnosu veličine dobijene u modelu predstavljaju instrumentalnu promenljivu koja nije korelirana sa nivoom kriminala. Nasuprot tome, Spelman (2013) traži instrumentalnu promenljivu ne za zatvorsku populaciju, već za objašnjavajuću promenljivu – nivo kriminala. Ta promenljiva se traži u onim njenim faktorima koji nisu vezani za kaznenu politiku, ali odgovarajuća instrumentalna promenljiva ipak nije nađena.

prethodi promenljivoj koja se objašnjava. Problem sa ovim pristupom leži u tome što objašnjavajuće promenljive ne moraju da imaju dejstvo sa docnjom, tako da se gubi teorijska opravdanost ovakvog postupka. U konkretnom slučaju odnosa između zatvorske populacije i nivoa kriminala, onesposobljavanje koje je posledica izdržavanja zatvorske kazne deluje bez ikakve docnje, tako da korišćenje promenljive sa docnjom može da dovede do potpuno pogrešnih rezultata.

Takođe, smer uzročno-posledične veze može da se ustanovi korišćenjem Grangerovog testa. Međutim, taj test se zasniva na korišćenju promenljivih sa docnjom i testiranju međusobnih uzročno-posledičnih veza. U uslovima u kojima, poput slučaja veze između zatvorske populacije i kriminala neki mehanizmi deluju sa manjom docnjom (generalna prevencija, na primer), neki sa većom docnjom (specijalna prevencija i resocijalizacija), a neki bez ikakve docnje (onesposobljavanje), ovakav test uzročno-posledične veze nije naročito pogodan i može da dovede do pogrešnih rezultata.

Ipak, na empirijskom planu verovatno da najveću teškoću predstavlja razdvajanje uticaja različitih mehanizama kojima zatvorska kazna utiče na kriminal. Jedno od rešenja je korišćenje prirodnog eksperimenta, tj. situacije u kojoj se menja kaznena politika, pa se može pratiti efekat tih promena na nivo kriminala. Pokazalo se da su takvi eksperimenti korišćeni u SAD i Italiji u cilju razdvajanja efekata zatvorske kazne i za bolje razumevanje podsticaja koje stvara određena kaznena politika, odnosno uzročno-posledičnih veza kazne i kriminala.

Prirodni eksperiment je amnestija koja je u Srbiji proglašena u jesen 2012. godine. Nažalost, mala je mogućnost praćenja operativnih podataka o krivičnim delima, a ne postoji ni javna baza podataka o kriminalu koja uključuje statistiku krivičnih dela, tako da se postavlja pitanje da li će uopšte i postojati mogućnost da se za empirijska istraživanja efekata zatvorske populacije na kriminal u Srbiji iskoristi ova prilika.

5. ZAKLJUČAK

Istraživanje uzročno-posledične veze između zatvorske populacije i kriminala pokazalo je svu složenost veze između kriminala, odnosno krivičnog dela i kazne. Ipak, nedvosmisleno se pokazalo da uvećanje zatvorske populacije, što je odraz zaostrenej kaznene politike i njene efikasnije primene, umanjuje nivo kriminala. Pri tome su identifikovani brojni mehanizmi, čak i neki koji imaju suprotan smer dejstva. Ipak, najbitnije je, bar za početak, doći do saznanja o snazi svodnog delovanja svih tih mehanizama, odnosno doći do podataka elastičnosti nivoa kriminala u odnosu na zatvorsku populaciju.

Identifikacija pojedinačnih mehanizama kojim zatvorska populacija deluje na kriminal, poput onesposobljavanja i generalne prevencije nije samo od akademskog značaja, već je važna za vođenje kaznene politike, bez obzira na to da li se radi o, na primer, razmatranju amnestije ili o pooštavanju zaprečenih kazni. Bogata rasprava na tu temu različitih mehanizama dejstva zatvorske populacije otkriva kom-

pleksnost navedenih veza i teškoće u pogledu donošenja jednoznačnog zaključka u pogledu poželjnosti određenih kaznenih politika.

Sva navedena razmatranja predstavljaju osnovu za donošenje suda o optimalnoj zatvorskoj populaciji kao onoj veličini pri kojoj je minimizovana suma društvenih troškova koje stvara izvršenje zatvorske kazne. Širenje navedenog normativnog razmatranja treba da obuhvati i razmatranja alternativnih vrsta kazni, naročito onih čiji su troškovi izvršenja značajno manji ili čak bliski nuli, vodeći računa o tome kakve efekte imaju alternativne kazne, ne samo u pogledu specijalne i generalne prevencije, nego i onesposobljavanja i resocijalizacije. Verovatno da se radi o tome da je potrebno odrediti optimalnu kaznu ili njihovu kombinaciju za svako krivično delo ponaosob.

A što se Srbije tiče, bez uspostavljanja javne baze podataka kriminala, tj. svakom dostupne statistike kriminala, istraživači ovog fenomena i dalje koračaju u mestu. Ne mogu da upotrebe svoja teorijska i metodološka znanja, budući da empirijski ne mogu da istražuju vezu između nivoa kriminala i veličine zatvorske populacije, kao ni vezu između nivoa kriminala i bilo kog drugog fenomena.

LITERATURA

- Avi-Itzhak, B. i Shinner, R. (1973), Quantitative models in crime control, *Journal of Criminal Justice*, Vol. 1, ss. 185–217
- Abrams, D. (2012), Estimating the deterrent effect of incarceration using sentencing enhancements, *American Economic Journal: Applied Economics*, Vol. 4, ss. 32–56
- Avio, K.L. (1998), The economics of prison, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 6, ss. 134–175
- Banister, P.A. *et al.* (1973), Psychological correlates of long-term imprisonment, *British Journal of Criminology*, Vol. 13, ss. 312–330
- Barbarino, A. i Mastrobuoni, G. (2012), The incapacitation effect of incarceration: Evidence from several Italian collective pardons, *IZA Discussion Paper No. 6360*, Bonn: Institute for the Study of Labor
- Bayer, P. *et al.* (2003), Building criminal capital behind bars: Social learning in juvenile corrections, *Working Paper*, New Haven: Yale University
- Becker, G.S. (1968), Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, ss. 169–217,
- Bedard, K. i Helland, E. (2004), The location of women's prisons and the deterrence effect of „harder“ time, *International Review of Law and Economics*, Vol. 24, ss. 147–167
- Chen, M.K. i Shapiro, J.M. (2007), Do harsher prison conditions reduce recidivism? A discontinuity-based approach, *American Law and Economic Review*, Vol. 9, ss. 1–29
- Donohue, J.J. (2005), Guns, crime, and the impact of state right-to-carry laws, *Fordham Law Review*, Vol. 73, ss. 623–652
- Drago, F. *et al.* (2009), The deterrent effects of prison: Evidence from a natural experiment, *Journal of Political Economy*, vol. 117, ss. 257–280
- Ehrlich, I. (1981), On the usefulness of controlling individuals: An economic analysis of rehabilitation, incapacitation, and deterrence, *American Economic Review*, Vol. 71, ss. 307–322

- Gambeta, D. (2009), *Codes of the Underworld: How Criminals Communicate*, Princeton and Oxford: Princeton University Press
- Glaeser, E.L. et al. (1996), Crime and social interactions, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111, ss. 507–48
- Ignjatović, Đ. (2005), *Kriminologija*, VI izdanje, Beograd: Službeni glasnik
- Johnson, R. i Raphael, S. (2011), How much crime reduction does the marginal prisoner buy?, *Journal of Law and Economics*, Vol. 55, ss. 275–310
- Katz, L. et al. (2003), Prison conditions, capital punishment and deterrence, *American Law and Economics Review*, Vol. 5, ss. 318–343
- Kessler, D. i Levitt, S.D. (1999), Using sentence enhancements to distinguish between deterrence and incapacitation, *Journal of Law and Economics*, Vol. 42, ss. 343–364
- Klick, J. i Tabarrok, A. (2010), Police, prisons, and punishment: The empirical evidence on crime deterrence, u: Benson, B.L. I Zimmerman, P.R. (ur.), *Handbook on the Economics of Crime*, Cheltenham: Edward Elgar, ss. 127–144
- Kovandzic, T.V. et al. (2002), Unintended consequences of political popular sentencing policy: The homicide promoting effects of „three strikes“ in the U.S. cities (1980–1999), *Criminology and Public Policy*, Vol. 1, ss. 399–424
- Kuziemko, I. (2013), How should inmates be released from prison? An assessment of parole versus fixed-sentence regimes, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 128, ss. 371–424
- Leidka, R.V. et al. (2006), The crime-control effect of incarceration: Does scale matter?, *Criminology and Public Policy*, Vol. 5, ss. 245–276
- Levitt, S.D. (1996), The effects of prison population size on crime rates: evidence from prison overcrowding litigation, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111, ss. 319–351
- Levitt, S.D. (1998), Why do increased arrest rates appear to reduce crime: Deterrence, incapacitation, or measurement error?, *Economic Inquiry*, Vol. 36, ss. 353–372
- Marvel, T.B. (2010), Prison population and crime, u: Benson, B.L. I Zimmerman, P.R. (ur.), *Handbook on the Economics of Crime*, Cheltenham: Edward Elgar, ss. 145–183
- Marvel, T.B. i Moody, C.E. (1998), The impact of out-of-state prison population on state homicide rates: Displacement and free-rider effects, *Criminology*, vol. 26, ss. 513–535
- Marvel, T.B. i Moody, C.E. (2001), The lethal effects of three-strikes laws, *Journal of Legal Studies*, Vol. 30, ss. 89–106
- Miles, T.J. i Ludwig, J. (2007), The silence of the lambdas: Detering incapacitation research, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 23, ss. 287–301
- Piquero, A.R. i Blumenstein, A. (2007), Does incapacitation reduce crime?, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 23, ss. 267–285
- Polinsky, A.M. i Shavell, S. (1999), On the disutility and discounting of imprisonment and the theory of deterrence, *Journal of Legal Studies*, Vol. 28, ss. 1–16
- Pritkin, M.H. (2008), Is prison increasing crime?, *Wisconsin Law Review*, Vol. 39, ss. 1049–1108
- Shavell, S. (1987), A model of optimal incapacitation, *American Economic Review*, vol. 77, Papers and Proceedings, ss. 107–110
- Shavel, S. (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Mass: Harvard University Press
- Shepard, J.M. (2002), Fear of the first strike: the full deterrent effect of California's two- and three-strikes legislation, *Journal of Legal Studies*, Vol. 31, ss. 159–201

- Spelman, W. (2008), Specifying the relationship between crime and prisons, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 24, ss. 149–178
- Spelman, W. (2013), Prisons and crime: backwards in high heels, *Journal of Quantitative Criminology*, u štampi
- Stojanović, Z. (2007): *Krivično pravo: opšti deo*, XIV izdanje, Beograd: Pravna knjiga
- Vieraitis, L.M. et al. (2007), The criminogenic effects of imprisonment: Evidence from state panel data, 1974–2002, *Criminology and Public Policy*, Vol. 6, ss. 589–622
- Western, B. et al. (2001), The labor market consequences of incarceration, *Crime and Delinquency*, Vol. 47, ss. 410–427

Boris Begović

Faculty of Law, University of Belgrade

PRISON POPULATION AND CRIME: IS THERE ANY CAUSALITY?

SUMMARY

It has been demonstrated that there is a strong causality between prison population and crime. This finding is founded on the insights on mechanisms of the causality embedded in the effects of the imprisonment. The ability to distinguish the different effects of imprisonment that was achieved, both from the analytical and empirical point of view, is not only of the academic relevance, as it provides more knowledge on the causality, but it is also relevant for the penal policy. Some of the identified mechanism can have countervailing effects, hence the final conclusion about the effect of the causality can be made only on the empirical ground. The empirical research findings provide evidence that an increase in prison population makes level of crime to decrease. Numerous methodological issues that are inevitable in the case of the empirical research of the link between prison population and crime, like the endogeneity of the explanatory variable (increased crime level increases the prison population), has been sorted out in an appropriate way. These finding enable for optimal prison population to be specified as the population that minimized social costs of imprisonment, including the social costs of crime that are prevented. Further normative considerations should be focused to the punishment that is alternative to imprisonment, aiming to specification of optimal portfolio of punishments, taking into account all effects of every punishment. On the empirical research ground, for any research of that kind there must be a public database on crime. For the time being Serbia does not have one.

Key words: imprisonment, crime, incapacitation, deterrence: special, general, rehabilitation.

Dorđe Đorđević*

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

KAZNENOPRAVNI ASPEKT ZAŠTITE OD DISKRIMINACIJE¹

Apstrakt. Zabrana diskriminacije predstavlja jedno od osnovnih načela savremenog društva. Kao takvo ono je prisutno u mnogim međunarodnim pravnim aktima kao i u ustavima savremenih država. U tom smislu i naš Ustav proklamuje ovo načelo i garantuje zaštitu od svake vrste diskriminacije. Ova zaštita se realizuje odgovarajućim pravnim merama, među kojima su svakako na prvom mestu mere kaznenopravne zaštite koja podrazumeva krivičnopravnu i prekršajnopravnu zaštitu.

Krivičnopravna zaštita od različitih oblika diskriminacije ostvaruje se u našem pravu propisivanjem i primenom određenih inkriminacija, među kojima su najznačajnije one koje se odnose na krivično delo povrede ravnopravnosti, krivično delo rasne i druge diskriminacije i krivično delo povrede ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti. Ovim krivičnim delima zabranjena je svaka vrsta diskriminacije, a ravnopravnost građana kao značajna društvena vrednost u potpunosti je zaštićena od najtežih oblika napada. Međutim, ovu društvenu vrednost treba zaštititi i od onih manjih, ali takođe štetnih i nepoželjnih napada što se čini odredbama prekršajnog prava. U tom smislu od posebnog značaja su prekršajnopravne odredbe iz Zakona o zabrani diskriminacije, Zakona o ravnopravnosti polova, Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom i dr.

Ključne reči: ljudska prava, zabrana diskriminacije, Ustav Srbije, Krivični zakonik, krivično zakonodavstvo, prekršajno zakonodavstvo.

1. ZABRANA DISKRIMINACIJE U MEĐUNARODNOM PRAVU

Stalna borba za promovisanje i ostvarivanje ljudskih prava jedna je od osnovnih karakteristika većine savremenih društava. Da bi se taj cilj u što većoj meri ostvario neophodno je angažovanje svih društvenih snaga i to ne samo na nacionalnom, već i na globalnom planu. U toj borbi najvažnija su, svakako, pravna sredstva, pa se utvrđivanje i ostvarivanje ljudskih prava vrši kako instrumentima nacionalnog, tako i međunarodnog prava. Ovakav dvostruki sistem pravnog regulisanja ljudskih prava u savremenom društvu je nužan, jer značaj koji se pridaje ljudskim pravima pre-

* redovni profesor, djordje.djordjevic@kpa.edu.rs

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

vazilazi nacionalne okvire i obuhvata korpus ljudskih prava u celini u razmerama celokupnog savremenog ljudskog društva. Jedinstveno pravno regulisanje ljudskih prava na međunarodnom i nacionalnom planu pokazuje se kao neophodno, s jedne strane zbog univerzalnog značaja pravnog regulisanja u ovoj oblasti, a s druge i zbog mogućnosti ostvarivanja osnovnih ljudskih prava na određenom nivou nezavisno od njihovog utvrđivanja i njihove realizacije u uslovima koji postoje u pojedinim državama.

Zabrana diskriminacije predstavlja jedan od osnovnih principa na kojima počivaju sva savremena demokratska društva i jedan od neophodnih preduslova za ostvarivanje mnogih drugih ljudskih prava.² U tom smislu ona je proklamovana i garantovana mnogim međunarodnim pravnim aktima kao i ustavima savremenih država.

Na međunarodnom planu najveći značaj u promovisanju ovog načela imaju dokumenti Ujedinjenih nacija, a zatim i dokumenti Saveta Evrope i Evropske unije.³ Kad su u pitanju dokumenti Ujedinjenih nacija onda svakako treba poći od Povelje Ujedinjenih nacija koja u svom članu 55 tačka c) obavezuje sve članice na „sveopšte poštovanje i uvažavanje ljudskih prava kao i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru“.⁴ Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, u svom članu 2. proklamuje da „svakome pripadaju sva prava i slobode proglašene u ovoj Deklaraciji bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.“⁵ Na sličan način i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija 1966. u svom članu 26. proklamuje zabranu svake diskriminacije propisujući da su sva „lica jednaka pred zakonom i imaju pravo bez ikakve diskriminacije na podjednaku zaštitu zakona. U tom smislu, zakon mora da zabranjuje svaku diskriminaciju i da obezbedi svim licima podjednaku i uspešnu zaštitu protiv svake diskriminacije, naročito u pogledu rase, boje, pola, jezika, vere, političkog ili drugog ubeđenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovnog stanja, rođenja ili svakog drugog stanja“.⁶

Od dokumenata donetih od strane Saveta Evrope najveći značaj po pitanju zabrane diskriminacije ima Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koja u svom članu 14. koji govori o zabrani diskriminacije i ističe da se „Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status“.⁷ Ovom odredbom zabrana

2 Knežević-Bojović A, Matić M, Beker K, Hrvat A: *Zabrana diskriminacije*, Beograd, 2013, str. 9.

3 Vidi: Knežević-Bojović A, Matić M, Beker K, Hrvat A: *Zabrana diskriminacije*, Beograd, 2013, str. 9–13.

4 Povelja Ujedinjenih nacija, www.tuzilastvorz.org.rs, pregledano 15.6.2013.

5 Universal Declaration of Human Right, *Zbirka međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 8–11.

6 *Pravosudne multilateralne konvencije* (urednik V. Todorović), Beograd, 2005, str. 50.

7 *Pravosudne multilateralne konvencije* (urednik V. Todorović), Beograd, 2005, str. 6.

diskriminacije nije određena kao neko samostalno, nazavisno pravo, već je njeno polje primene ograničeno na prava koja su garantovana ovom konvencijom.⁸

Međutim, pored ovih međunarodnih dokumenata kojima se proklamuje zabrana svake vrste diskriminacije, brojni su i međunarodni akti koji se odnose na zaštitu od diskriminacije po jednom osnovu ili u jednoj oblasti. Tako su Ujedinjenje nacije 1965. godine donele Konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije,⁹ 1966. godine Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima,¹⁰ 1979. godine Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena,¹¹ 1989. godine Konvenciju o pravima deteta,¹² 2006. godine Konvenciju o pravima osoba sa invaliditetom,¹³ i mnoge druge. I Savet Evrope je donosio takve akte o sprečavanju diskriminacije pojedinih kategorija lica ili diskriminacije u pojedinim oblastima, kao što je, na primer, Konvencija o zaštiti dece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja¹⁴ i Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici.¹⁵

Naša zemlja je potpisnik svih pomenutih međunarodnih dokumenata što između ostalog stvara i obavezu na inkorporisanje principa iz ovih međunarodnih akata u naše nacionalno zakonodavstvo, što naša zemlja dosledno i čini.

2. ZABRANA DISKRIMINACIJE NA NACIONALNOM NIVOU

Većina savremenih država prihvata ovo načelo međunarodnog prava i zabranu svakog oblika diskriminacije utvrđuje kao jedno od osnovnih ljudskih prava unoseći ga u svoje ustave. Tako, na primer, Ustav Francuske (član 1), Ustav Nemačke (član 3, stav 2. i 3), Ustav Italije (član 3), Ustav Belgije (čl. 10, 11), Ustav Ruske federacije (član 19, stav 2), Ustav Španije (član 14), Ustav Rumunije (član 4, stav 2), Ustav Švajcarske (član 8, stav 2. i 4),¹⁶ kao i ustavi većine savremenih država ovo pravo proklamuju već u svojim uvodnim poglavljima, najčešće u glavi o osnovnim ljudskim pravima i slobodama. Na isti način postupile su i sve zemlje u okruženju, bivše republike SFRJ, unoseći ovo načelo već u prva poglavlja svojih ustava, pa ono postoji u Ustavu Hrvatske (član 3), Ustavu Slovenije (član 14), Ustavu Makedonije (član 9), Ustavu Crne Gore (član 8), Ustavu BiH (član II, tačka 4), Ustavu Federacije BiH (deo II, član 2, stav 1, tačka d) i Ustavu Republike Srpske (član 10).¹⁷

8 Knežević-Bojović A., Matic M., Beker K., Hrvat A.: *Zabrana diskriminacije*, Beograd, 2013, str. 19.

9 Sl. list. SFRJ, br. 31/67

10 Sl. list. SFRJ, međunarodni ugovori, br. 15/90 i 2/97

11 www.ljudskaprava.gov.rs, pregledano 15.6.2013.

12 Sl. list. SRJ, međunarodni ugovori br. 13/02

13 Sl. glasnik RS, br. 42/09.

14 Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 1/2010

15 Gasmi G.: Komentar Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, u publikaciji „*Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*“, Beograd, 2012, str. 23.

16 www.legislationline.org, pregledano 15.6.2013.

17 www.legislationline.org, pregledano 15.6.2013.

I naša zemlja kao potpisnik svih pomenutih međunarodnih akata unela je ovaj princip u naš ustav. Članom 21. Ustava Srbije¹⁸ garantuje se jednakost svih pred Ustavom i zabranjuje se „svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta“. Ustavom je takođe utvrđeno da se sva zajemčena ljudska i manjinska prava neposredno primenjuju, a da se, ako je to Ustavom izričito predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, zakonom može propisati način ostvarivanja ovih prava pri čemu to ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava (član 18. Ustava). Međutim, proklamovanje određenih ljudskih prava dobija svoj potpuni smisao tek onda kada im pravni poredak pruži potpunu i efikasnu pravnu zaštitu. Ona se ostvaruje odgovarajućim pravnim merama, među kojima su svakako na prvom mestu kaznenopravne mere s obzirom na to da su kazne najstroža vrsta pravnih mera zaštite.

Poslednjih godina u našoj zemlji doneti su brojni novi propisi koji treba da obezbede sveobuhvatnu primenu i zaštitu načela ravnopravnosti građana i zabrane diskriminacije kroz propisivanje, između ostalog, i određenih kaznenih mera prema onima koji to ne poštuju. U tom smislu, od naročitog značaja je donošenje Zakona o zabrani diskriminacije¹⁹ koji je u celini posvećen doslednoj primeni ovog načela u svim oblastima društvenog života, kao i nekih drugih propisa koji to treba da učine u pojedinim oblastima ili u odnosu na pojedine društvene grupe. Takav je, na primer, slučaj sa Zakonom o ravnopravnosti polova,²⁰ Zakonom o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom,²¹ Zakonom o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina,²² Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom²³ i dr. Osim toga i mnogi drugi zakoni iz raznih oblasti sadrže antidiskriminatorske odredbe (na primer, Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, Zakon o radu, Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, Zakon o javnom informisanju i dr). Time je stvoren solidan pravni osnov za dalju izgradnju sistema propisa i institucija za njihovu primenu koji treba da obezbedi doslednu realizaciju ustavnog načela o zabrani diskriminacije. U tom cilju Vlada Republike Srbije i Kancelarija za ljudska i manjinska prava nedavno je usvojila i Strategiju prevencije i zaštite od diskriminacije za period od 2013. do 2018. godine. Cilj ove strategije je „Poštovanje ustavnog načela zabrane diskriminacije, prema licu, odnosno grupi lica s obzirom na njegovo/njeno lično svojstvo, a posebno osetljivih društvenih grupa (nacionalnih manjina, žena, LGBT osoba, osoba sa invaliditetom, starijih, dece, izbeglica, interno raseljenih lica i drugih ugroženih migrantskih grupa, pripadnika različitih veroispovesti i lica s obzirom na njihovo zdravstveno stanje)“²⁴

18 www.parlament.gov.rs, pregledano 15.6.2013.

19 Službeni glasnik RS, broj 22/09

20 Službeni glasnik RS, broj 104/09

21 Službeni glasnik RS, br. 33/06

22 Službeni list SRJ, br. 11/02; 57/02

23 Službeni glasnik RS, 36/09 i 32/13

24 www.ljudskaprava.gov.rs

Pomenuti Zakon o zabrani diskriminacije prvi je zakon u Srbiji u kome je data definicija pojma diskriminacije i diskriminatorskog postupanja. To je učinjeno tako što su u članu 2, u kome je određeno značenje pojedinih izraza koji se u Zakonu koriste, pojmovi „diskriminacije“ i „diskriminatorskog postupanja“ definisani kao „svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima“ (član 2, stav 1. Zakona o zabrani diskriminacije).

Svakako najstoži vid pravne zaštite ovog principa jeste kaznenopravna zaštita koja se ostvaruje odredbama krivičnog i prekršajnog prava. Krivičnopravna zaštita rezervisana je, naravno, za najteže napade na ravnopravnost građana i najteže vidove diskriminatorskog postupanja, a prekršajnopravna za sve druge, lakše slučajeve, gde ipak postoji potreba da učinilac za takvo ponašanje bude kažnjen.

3. ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U NAŠEM KRIVIČNOM PRAVU

U našem krivičnom pravu zaštita od diskriminacije ostvaruje se u prvom redu propisivanjem krivičnog dela povrede ravnopravnosti (član 128. KZ Srbije).²⁵ Ovo krivično delo nalazi se u Krivičnom zakoniku u grupi krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina. Ono je dato veoma uopšteno i njime se inkriminiše svaka povreda ravnopravnosti bez obzira o kakvoj vrsti diskriminacije je reč.

Krivično delo se sastoji u uskraćivanju ili ograničavanju drugome nekog prava ili davanju drugome kakvih povlastica ili pogodnosti zbog nekih njegovih svojstava po kojima se on razlikuje od drugih.²⁶ Dakle, postoje dve alternativno određene radnje ovog krivičnog dela. Prva od njih pojavljuje se u dva oblika: kao uskraćivanje ili kao ograničavanje prava drugome, a druga radnja se sastoji u davanju drugome kakvih povlastica ili pogodnosti. Prava koja se uskraćuju ili ograničavaju mogu biti prava čoveka i građanina utvrđena Ustavom, zakonima, drugim propisima, drugim opštim aktima i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Povlastice ili pogodnosti mogu biti različite privilegije kojima se neko stavlja u povoljniji položaj u odnosu na druge.

Uskraćivanje ili ograničavanje prava ili davanje povlastica i pogodnosti u odnosu na druge treba da se vrši zbog nekog određenog svojstva lica kome se to čini. Ta svojstva mogu biti: nacionalna ili etnička pripadnost ili nepripadnost, rasna pripad-

25 Kosanovic M., Gajin S., Milenkovic D.: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, str. 32.

26 Đorđević Đ.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, str. 34.

nost ili nepripadnost, verska pripadnost ili nepripadnost, političko ili neko drugo uverenje, pol, jezik kojim govori, vrsta ili stepen obrazovanja, društveni položaj, socijalno poreklo, imovno stanje i neko drugo lično svojstvo.²⁷ Dakle, može se reći da je radnja ovog krivičnog dela, najkraće rečeno, diskriminatorsko postupanje, pritom shvatajući ovaj pojam onako kako je on određen u brojnim međunarodnim dokumentima, pa i u našem Zakonu o zabrani diskriminacije, o čemu je već bilo reči. Posledica ovog krivičnog dela je povreda ravnopravnosti lica prema kome se ovo krivično delo čini u odnosu na druga lica.

Kao izvršilac osnovnog oblika ovog krivičnog dela može se pojaviti svako lice, ali praktično to najčešće mogu da budu lica koja po svom službenom položaju ili po nekom drugom osnovu odlučuju o pravima koja se ovim krivičnim delom uskraćuju ili ograničavaju ili o povlasticama i pogodnostima koje se ovim krivičnim delom daju u različitim prilikama.²⁸ Ako ovo krivično delo učini službeno lice u vršenju službene dužnosti postojaće teži oblik ovog krivičnog dela.

Krivičnopravna zaštita od pojedinih oblika diskriminacije obezbeđuje se u našem KZ i nekim drugim inkriminacijama, kao što je, na primer, slučaj sa krivičnim delom rasne i druge diskriminacije (član 387. KZ). Ovo krivično delo doživelo je značajne izmene u Zakonu o izmenama i dopunama KZ iz septembra 2009. godine. Pomenutim izmenama ono je znatno prošireno tako da je njime obuhvaćen i tzv. „govor mržnje“ zasnovan na pripadnosti žrtve određenoj društvenoj grupi ili nekom njenom ličnom svojstvu, kao i pretnje izvršenjem krivičnog dela upućene pripadnicima takve grupe ili licima sa određenim ličnim svojstvima.²⁹

Prvi oblik ovog krivičnog dela sastoji se u kršenju osnovnih ljudskih prava i sloboda zajemčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i međunarodnim ugovorima ratifikovanim od strane naše zemlje do koga dolazi na osnovu razlike u rasi, boji kože, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom drugom ličnom svojstvu pasivnog subjekta. Ovaj oblik ima dosta sličnosti sa pomenutim krivičnim delom povrede ravnopravnosti čiji je zaštitni objekt širi nego kod ovog dela.³⁰ Ima mišljenja da je jedna od razlika između ovih dela u tome što kod povrede ravnopravnosti zaštita odnosi na građane (državljanu) Srbije,³¹ dok krivično delo rasne i druge diskriminacije sadži opštu zabranu svake diskriminacije i kršenja međunarodno priznatih ljudskih prava, ali o tome postoje i drugačija mišljenja.³² Drugi oblik ovog dela odnosi se na proganjanje organizacija i pojedinaca koji se zalažu za ravnopravnost ljudi, a treći inkriminiše tzv. Rasističku propagandu.³³ Četvrti i peti oblik dela, kao što je već rečeno, uneti su u ovu inkriminaciju izmenama i dopunama KZ iz septembra 2009. godine. Četvrtim oblikom zabranjuje se širenje ili na drugi način činjenje dostupnim tekstova, slika ili teorija koje zagovaraju ili podstiču

27 Stojanović Z., Perić O.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2006, str. 53.

28 Lazarević Lj.: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 407.

29 Kosanovic M., Gajin S., Milenkovic D.: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, str. 33

30 Lazarević Lj.: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 407.

31 Stojanović Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 809.

32 Lazarević Lj.: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 406, 957.

33 Simić I., Trešnjev A.: *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010, str. 271.

mržnju, diskriminaciju ili nasilje zasnovano na pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili nekom ličnom svojstvu, a petim svaka javna pretnja izvršenjem krivičnog dela za koje je zaprećena kazna zatvora veća od četiri godine prema nekom licu ili grupi lica zbog njihove pripadnosti nekoj društvenoj grupi ili zbog nekog ličnog svojstva.

Krivično delo povrede ugleda zbog rase, verske, nacionalne ili druge pripadnosti (član 174. KZ), iako se nalazi u grupi krivičnih dela protiv časti i ugleda, takođe se smatra krivičnim delom diskriminacije.³⁴ Naime, diskriminatorskim postupanjem ne samo što se povređuju osnovna ljudska prava i ljudi neopravdano dovode u neravnopravan položaj, već se često povređuju i čast i ugled pojedinca zbog njegove pripadnosti nekoj društvenoj grupi ili nekog njegovog ličnog svojstva. Ovo krivično delo je pod ovim imenom i sa ovom sadržinom uneto u KZ Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz septembra 2009. godine,³⁵ umesto do tada postojećeg krivičnog dela povrede ugleda naroda, nacionalnih i etničkih grupa SCG. Pomenutim izmenama to krivično delo je značajno prošireno, pa se može odnositi i na zaštitu prava o kome se govori u ovom radu. Zaštitni objekt kod ovog krivičnog dela jesu čast i ugled pojedinca ili grupe lica koji mogu biti povređeni na različite načine i iz različitih razloga.

Radnja krivičnog dela sastoji se u javnom izlaganju poruzi nekog lica ili grupe lica zbog njihove pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, zbog njihovog etničkog porekla ili nekog drugog ličnog svojstva. Kao izlaganje poruzi smatra se vređanje ili klevetanje nekog lica ili grupe lica³⁶ što u ovom slučaju znači da se izlaganje poruzi uzima kao zajednički pojam za uvredu i klevetu. Prema tome, elemente ovog krivičnog dela sačinjavaju elementi koji postoje kod krivičnih dela uvrede i klevete,³⁷ tako da se može reći da je u pitanju izjava omalovažavanja kojom se vređa nečija čast ili ugled ili iznošenje i pronošanje nečeg neistinitog što može da škodi časti i ugledu tog ili tih lica.

Posle donošenja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz decembra 2012. godine kojim je ukinuto krivično delo klevete postavlja se pitanje da li gore navedene radnje karakteristične za klevetu ostaju radnje ovog krivičnog dela ili sa ukidanjem klevete kao krivičnog dela treba smatrati da te radnje više nisu radnje ni ovog krivičnog dela. Prvo stanovište se čini ispravnijim jer se pretpostvalja da bi zakonodavac, da je hteo da radnju klevete izbac i iz ovog krivičnog dela, verovatno izmenio njegovu formulaciju tako što bi umesto izraza „ko javno izloži poruzi lice ili grupu...” upotrebio izraz „ko javno uvredi...” ili „ko javno omalovaži...” čime bi jasno bilo stavljeno do znanja da se radnja ovog krivičnog dela sastoji samo u vređanju. Ovako se stiče utisak da se ukidanjem krivičnog dela klevete kod ovog krivičnog dela nije ništa promenilo (zakonski tekst kojim je određeno ovo krivično delo nije pretrpeo nikakve izmene), odnosno da će ovo delo postojati, imajući u vidu

34 Kosanovic M., Gajin S., Milenkovic D.: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, str. 33.

35 Službeni glasnik RS, br. 72/2009

36 Lazarević Lj.: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 503.

37 Stojanović Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 428.

teorijski pojam klevete, i ako neko javno iznosi ili pronosi nešto neistinito što može da škodi časti ili ugledu nekog lica ili grupe lica, a to čini zbog njihove pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, etničkog porekla ili nekog drugog ličnog svojstva. Izlaganje poruzi kod ovog krivičnog dela treba da je učinjeno javno,³⁸ što znači putem štampe, radija, televizije ili drugih sličnih sredstava ili na javnom skupu. U svemu ostalom kod ovog krivičnog dela stoji ono što važi kod krivičnih dela uvrede i klevete.³⁹

Ovo krivično delo neće postojati, shodno članu 176. KZ, ako se izvršilac uvredljivo izrazio u okviru ozbiljne kritike u naučnom, književnom ili umetničkom delu, u izvršavanju službene dužnosti, novinarskog poziva, političke delatnosti, u odbrani nekog prava ili zaštiti opravdanih interesa ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da učinilac to nije učinio u nameri omalovažavanja, ili ako dokaže istinitost svoga tvrđenja ili dokaže da je imao osnovanog razloga da veruje u istinitost onog što je iznosio ili prenosio, što znači da se nalazio u neotklonjivoj stvarnoj zabludi.⁴⁰ Ukoliko je ovo krivično delo učinjeno putem štampe ili drugih sredstava javnog informisanja mogu se primeniti i posebne odredbe Krivičnog zakonika o odgovornosti za krivična dela učinjena putem štampe i drugih sredstava javnog informisanja.

Pored pomenutih krivičnih dela koja nesporno imaju diskriminatorški karakter u literaturi se pojavljuje mišljenje da i neka druga krivična dela mogu imati elemente diskriminatorškog postupanja. U tom kontekstu govori se i o krivičnim delima genocida (član 370. KZ), zločina protiv čovečnosti (član 371. KZ), organizovanja i podsticanja na izvršenje genocida i ratnih zločina (član 375. KZ), trgovine ljudima (član 388. KZ), zasnivanja ropskog odnosa i prevoz lica u ropskom odnosu (član 390. KZ), kao i o većem broju krivičnih dela protiv polne slobode (čl. 178–186. KZ) i protiv braka i porodice (čl. 187–197. KZ).⁴¹ Nama se čini da je ovakvo shvatanje krivičnopravne zaštite od diskriminacije preširoko, jer se radi o krivičnim delima čiji je zaštitni objekat daleko širi i koja se samo delimično, u pojedinim slučajevima, mogu odnositi na problematiku zaštite ravnopravnosti građana.

4. ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U NAŠEM PREKRŠAJNOM PRAVU

Prekršajnopravna zaštita, kao vid kaznenopravne zaštite od različitih oblika diskriminacije, ostvaruje se propisivanjem brojnih prekršaja u zakonima i podzakonskim aktima koji se bave zaštitom ravnopravnosti i zabranom diskriminacije. U tom smislu od posebnog značaja je već pomenuti Zakon o zabrani diskriminacije.

38 Lazarević Lj.: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 503.

39 Vidi: Mrvić-Petrović N.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, str. 16. i 120; Đurđić V., Jovašević D.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2010, str. 63. i 66; Đorđević Đ.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, str. 62. i 64.

40 Stojanović Z., Perić O.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2006, str. 94.

41 Kosanović M., Gajin S., Milenković D.: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, str. 34.

Ovaj zakon u okviru svojih kaznenih odredbi sadrži i veći broj prekršaja kojima se garantuje i štiti ravnopravnost građana i zabranjuje svaka vrsta diskriminacije. U svom poglavlju VIII pod nazivom „Kaznene odredbe“ (čl. 50–60) Zakon o zabrani diskriminacije propisuje veći broj prekršaja koji se sastoje u različitim oblicima diskriminatornog postupanja. Neki od ovih prekršaja odnose se na pojedine oblike diskriminacije prema nekom ličnom svojstvu (pol, starosna dob i sl), neki na diskriminaciju u pojedinim oblastima (zasnivanje radnog odnosa, pružanje usluga, javno istupanje i sl), a neki na diskriminaciju uopšte (diskriminatorsko postupanje). Tako, na primer, kod prekršaja iz člana 55. govori se o polnoj diskriminaciji, prekršaja iz člana 57. o diskriminaciji dece prema polu, a kod prekršaja iz člana 56. o zabrani izjašnjavanja o seksualnoj orijentaciji. Dakle, kod ovih prekršaja izričito je rečeno da se odnose na diskriminaciju prema polu. Za razliku od njih kod prekršaja iz člana 51 (narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa), člana 52 (odbijanje pružanja usluga), člana 54 (otežavanje ili onemogućavanje upisa u vaspitnu ili obrazovnu ustanovu) i člana 60 (odbijanje pružanja zdravstvenih usluga) do diskriminatornog postupanja dolazi zbog nekog ličnog svojstva lica, što može biti pripadnost polu odnosno rodu, verska pripadnost, rasa, nacionalnost ili neko drugo lično svojstvo. Prekršaj iz člana 50. odnosi se na zabranu svakog diskriminatornog postupanja od strane službenog ili odgovornog lica u organu javne vlasti. Kao učinioci ostalih prekršaja iz ove grupe uglavnom se pojavljuju sve kategorije mogućih učinilaca prekršaja.⁴²

Na osnovu detaljnije analize pomenutih odredaba stiče se utisak da se zakonodavac trudio da posebnim prekršajnopравnim odredbama detaljno pokrije sve situacije u kojima može doći do pojedinih oblika diskriminacije i predvidi kazne za učinioce ovakvih delikata. Ipak, čini se da je to učinjeno nedovoljno promišljeno i da su zato pojedina rešenja nelogična i necelishodna. Ovo se naročito odnosi na nepotrebna preklapanja između pomenutih prekršaja i njihovo nedovoljno jasno razgraničenje kako međusobno, tako i sa nekim drugim prekršajima, pa i krivičnim delima.⁴³ Primera za to ima dosta.

Tako je, na primer, prekršaj iz člana 60 (odbijanje pružanja zdravstvenih usluga) koji je gotovo u potpunosti sadržan u prekršaju iz člana 52 (odbijanje pružanja usluga). Učinioci mogu biti ista lica (pravno lice, preduzetnik, odgovorno lice i fizičko lice odnosno zdravstveni radnik), a učiniocima su zaprećene i potpuno iste kazne, pa se ne vidi ni jedan razlog za paralelno postojanje ova dva prekršaja. Po takvoj logici moglo se i odbijanje pružanja usluga u drugim oblastima propisati kao poseban prekršaj što bi naravno bilo potpuno besmisleno. Isto tako pomenuti član 60 (odbijanje pružanja zdravstvenih usluga) dobrim delom se poklapa sa članom 58. koji govori o „zanemarivanju ili uznemiravanju lica na osnovu starosnog doba u pružanju zdravstvenih ili drugih javnih usluga“. Takođe su u pitanju isti učinioci i zaprećene iste kazne. Veoma je sličan slučaj i kad su u pitanju prekršaji iz člana 57 (diskriminacija dece prema polu) i iz člana 55 (polna diskriminacija). Iako se ovde pojavljuju nešto veće razlike u opisu prekršaja, činjenica da se radi o istoj vrsti dis-

42 Dorđević Đ.: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2013, str. 37.

43 Dorđević M.: Odnos prekršajnog i krivičnog prava, u publikaciji „*Prekršajna odgovornost*“, Beograd, 2002, str. 25–26.

kriminacije, da se kao učinioci pojavljuju iste kategorije lica i da su i ovde zaprećene iste kazne za učinioce govori o tome da se i ovde radi o nepotrebnom dupliranju odredaba. Doslednost u ovakvom pristupu mogla bi da dovede i do posebnih prekršaja koji bi se sastojali u polnoj diskriminaciji kod omladine, kod starih lica i sl. Takođe, kad je u pitanju prekršaj iz člana 50 ovog zakona (diskriminatorско postupanje), moguće je da dođe do preklapanja ovog prekršaja sa nekim drugim prekršajem iz ovog zakona. Doduše ovaj prekršaj se odnosi na diskriminatorско postupanje službenog odnosno odgovornog lica u organu javne vlasti što značajno sužava krug mogućih učinilaca ovog prekršaja, ali je ipak moguće da neko od tih lica učini neki od gore pomenutih prekršaja. To je je i izričito propisano u čl. 51, 52, 55, 56, 57 i 60 ovog zakona gde se upravo odgovorna lica u organu javne vlasti pojavljuju kao mogući učinioci tih prekršaja. Postavlja se pitanje koji će prekršaj postojati ako odgovorno lice u organu javne vlasti učini radnju koja odgovara prekršaju iz člana 55 (polna diskriminacija), a koja ujedno predstavlja i diskriminatorску radnju iz člana 50? Problem bi se mogao rešiti primenom pravila o prividnom idealnom sticaju po osnovu specijaliteta, ali dodatni problem stvara i činjenica da zaprećene kazne nisu iste, odnosno kazna za polnu diskriminaciju je manja nego za diskriminatorско postupanje iz člana 50. Zakona.

Ipak, daleko najveći problem kada su u pitanju prekršaji iz Zakona o zabrani diskriminacije predstavlja njihovo razgraničenja od krivičnog dela povrede ravnopravnosti iz člana 128. KZ o kojem je u ovom radu već bilo reči. Naime, kod većine ovih prekršaja radnja njihovog izvršenja većim ili manjim delom, a negde i u celini, istovremeno predstavlja i radnju pomenutog krivičnog dela. Tako, na primer, radnja prekršaja iz člana 50. Zakona o zabrani diskriminacije (diskriminatorско postupanje) predstavlja ujedno i radnju krivičnog dela povrede ravnopravnosti, jer svi oblici diskriminatorskog postupanja u potpunosti potpadaju pod odredbu o ovom krivičnom delu, s tim što će, ako se kao učinilac javi službeno lice, postojati teži oblik ovog krivičnog dela (član 128, stav 2. KZ).⁴⁴ Veoma slična situacija postoji i kad su u pitanju pomenuti prekršaji iz čl. 51, 52, 54, 55, 57. i 60. čije se radnje izvršenja takođe većim delom uklapaju u radnju krivičnog dela povrede ravnopravnosti ukoliko se kao učinilac pojavljuje fizičko lice. Čak i kada se kao učinilac neke od tih radnji pojavljuje pravno lice postoji mogućnost, shodno odredbama Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela,⁴⁵ da i ono odgovara za krivično delo povrede ravnopravnosti, ako su ispunjeni uslovi za njegovu odgovornost.⁴⁶

Radnje pojedinih prekršaja iz ovog zakona mogu predstavljati i radnje nekih drugih krivičnih dela iz KZ. Tako, na primer, jedna od alternativno propisanih radnji prekršaja iz člana 53. Zakona o zabrani diskriminacije koja se sastoji u uskraćivanju prava pojedinim licima da „privatno ili javno iznesu, odnosno postupe shodno svojim uverenjima“ ujedno predstavlja i radnju krivičnog dela „povrede slobode govora i javnog istupanja“ iz člana 148. KZ.

44 Đorđević M., Đorđević Đ.: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Beograd, 2010, str. 150.

45 Službeni glasnik RS, br. 97/08

46 Vidi: Vrhovšek M.: *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*, Beograd, 2008, str. 108–115.

Imajući u vidu gore izneto stiče se utisak kao da je zakonodavac propisujući pojedine prekršaje u Zakonu o diskriminaciji zaboravio na postojanje krivičnog dela povrede ravnopravnosti, pa i nekih drugih krivičnih dela iz našeg KZ. Krivično delo povrede ravnopravnosti je, kao što je već rečeno, u KZ dato veoma uopšteno, tako da se gotovo svi mogući oblici povrede ravnopravnosti i diskriminacije mogu podvesti pod ovu odredbu. Ovo naravno može stvoriti određene probleme u praksi oko razgraničenja pomenutih delikata, pa bi bilo veoma dobro prilikom eventualnih izmena i dopuna Zakona o diskriminaciji pojedine odredbe o prekršajima precizirati, a pojedine izostaviti kao nepotrebne.

Slični problemi javljaju se i kad su u pitanju prekršaji iz Zakona o ravnopravnosti polova, Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom i nekih drugih antidiskriminacionih zakona. Prekršaji iz ovih zakona često se preklapaju sa prekršajima iz Zakona o zabrani diskriminacije, a ponekad i sa pomenutim krivičnim delima iz KZ. Tako, na primer, prekršaj iz člana 53. Zakona o ravnopravnosti polova čini ustanova (pravno lice) ako izvrši „diskriminaciju zasnovanu na polu u vezi sa: uslovima za prijem i za odbijanje prijema u ustanovu; uslovima i mogućnostima pristupa stalnom obrazovanju, uključujući sve programe za obrazovanje odraslih i programe funkcionalnog opismenjavanja; uslovima za isključenje iz procesa obrazovanja, naučnog rada i stručnog usavršavanja; načinom pružanja usluga i davanja pogodnosti i obaveštenja; ocenom znanja i vrednovanjem postignutih rezultata; uslovima za sticanje stipendija i drugih vrsta pomoći za školovanje i studije; uslovima za izbor ili sticanje zvanja, profesionalnog usmeravanja, stručnog usavršavanja i sticanja diploma; uslovima za napredovanje; dokvalifikaciju ili prekvalifikaciju“ (član 53. Zakona o ravnopravnosti polova). Veliki deo pobrojanih alternativno postavljenih radnji izvršenja ujedno predstavlja i radnje izvršenja pojedinih prekršaja iz Zakona o zabrani diskriminacije, kada se kao osnov diskriminacije pojavljuje pripadnost polu. Za prekršaj može biti kažnjeno i odgovorno lice u ustanovi.

Prekršaj iz člana 55. Zakona o ravnopravnosti polova čini odgovorno lice u sredstvu javnog informisanja „ako se informacijom objavljenom u tom sredstvu vređa dostojanstvo lica s obzirom na pripadnost određenom polu, povređuje ravnopravnost lica prema polnoj pripadnosti ili podstiče takvo povređivanje“. Ovakvo određena radnja ovog prekršaja velikim delom se poklapa sa radnjom već pomenutog krivičnog dela povrede ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti s tim što je radnja pomenutog krivičnog dela određena šire pa se ne mora odnositi samo na izlaganje poruzi zbog pripadnosti određenom polu, što prekršaj može učiniti samo odgovorno lice, a krivično delo svako fizičko lice i što prekršaj može biti učinjen samo objavljivanjem u sredstvu javnog informisanja, a krivično delo svakim javnim izlaganjem poruzi. Krivično delo je dakle postavljeno daleko šire nego ovaj prekršaj iz Zakona o ravnopravnosti polova, ali se stiče utisak da bi svaki ovakav prekršaj ujedno imao i elemente pomenutog krivičnog dela. Ovo naravno stvara probleme oko razgraničavanja ovih delikata i otvara dilemu o opravdanosti i celishodnosti propisivanja ovakvog prekršaja. Što se tiče prekršaja iz člana 54. Zakona o ravnopravnosti polova koji ima čak devet oblika možemo konstatovati da većina ovih oblika takođe predstavlja i neki od prekršaja iz Zakona o zabrani diskriminacije, a može predstavljati i krivično delo povrede ravnopravnosti.

Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom takođe predviđa brojne prekršaje (čl. 46–52) koji u stvari predstavljaju posebne oblike prekršaja iz zakona o zabrani diskriminacije (mada je ovaj drugi zakon donet kasnije). Tako, na primer, ovaj zakon predviđa kao prekršaj odbijanje pružanja usluga licima sa invaliditetom (član 47), diskriminaciju dece, učenika i studenata prilikom prijema u vaspitnu odnosno obrazovnu ustanovu (član 49), odbijanja prevoza lica sa invaliditetom (član 51), i dr. Dodatnu nelogičnost daje činjenica da su zaprećene kazne za ove prekršaje uglavnom iste ili čak niže nego one za odgovarajuće prekršaje iz Zakona o zabrani diskriminacije. Problematika razgraničenja od pomenutih krivičnih dela i ovde je prisutna u punoj meri.

Primeri ovakve vrste ima i kad su u pitanju drugi antidiskriminacioni zakoni.

5. ZAKLJUČAK

Iz prethodnog izlaganja možemo, između ostalog, da zaključimo da je u poslednje vreme u našem kaznenom pravu prilikom propisivanja kaznenih delikata sve češće prisutan izrazito kazuistički pristup. U želji da posebno istakne sve moguće situacije koje želi da inkriminiše zakonodavac svaku od njih nabraja i propisuje kao zaseban delikt (krivično delo ili prekršaj), bez dovoljnog nivoa uopštenosti, ne prezajući od nepotrebnog ponavljanja.⁴⁷ Osim toga često se ne vodi računa o već postojećim odredbama u drugim zakonima pa dolazi do delimičnog ili potpunog preklapanja prekršaja, a u nekim slučajevima i do situacija da se u novim propisima propisuju kao prekršaji neka ponašanja koja su u Krivičnom zakoniku već propisana kao krivična dela! Takvih primera, kao što smo videli, ima i u oblasti kaznenopravne zaštite od diskriminacije.

No nezavisno od toga, generalno gledano, stoji ocena da je načelo zabrane diskriminacije u našoj zemlji ne samo proklamovano Ustavom, nego i u potpunosti pravno zaštićeno. U okviru ove zaštite posebno značajnu ulogu ima kaznenopravna zaštita koja se ostvaruje odredbama krivičnog i prekršajnog prava. Iako se ova zaštita može oceniti kao sveobuhvatna i celovita uočavaju se određene nedorečenosti i nedoslednosti kada su u pitanju pojedine odredbe kojima se ona ostvaruje. Ovo se posebno odnosi na neke prekršaje iz Zakona o zabrani diskriminacije i drugih antidiskriminacionih zakona među kojima ima puno preklapanja i dupliranja, kako između samih prekršaja, tako i između nekih od ovih prekršaja i pojedinih krivičnih dela iz KZ. To zahteva izvesne izmene ovih propisa u smislu njihovog preciziranja, a sve u cilju njihove adekvatnije primene i što bolje zaštite ravnopravnosti građana.

47 Najkarakterističniji primer ove vrste bio je ne tako davno (2002–2005. godine) uvođenje u tadašnji Krivični zakon Srbije devet posebnih krivičnih dela korupcije u različitim oblastima (korupcija u zdravstvu, korupcija u prosveti itd). Pored ovih krivičnih dela i tada je u KZ Srbije postojalo krivično delo zloupotrebe službenog položaja čiji su pomenuta krivična dela bila samo posebni oblici i kao takva potpuno nepotrebna, što je i rezultiralo njihovim brzim ukidanjem.

LITERATURA

- Đorđević Đ.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, Kriminalističko-policijska akademija
- Đorđević Đ.: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2013, Kriminalističko-policijska akademija
- Đorđević M.: Odnos prekršajnog i krivičnog prava, u publikaciji „*Prekršajna odgovornost*“, Beograd, 2002, Glosarijum
- Đorđević M., Đorđević Đ.: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Beograd, 2010, Projuris
- Đurđić V., Jovašević D.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2010, Nomos
- Gasmi G.: Komentar Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, u publikaciji „*Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*“, Beograd, 2012, Uprava za rodnu ravnopravnost, Ministarstvo rada i socijalne politike Republike Srbije
- Knežević-Bojović A., Matić M., Beker K., Hrvat A.: *Zabrana diskriminacije*, Beograd, 2013, Udruženje tužilaca i javnih tužilaca Srbije
- Kosanovic M., Gajin S., Milenkovic D.: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, Program Ujedinjenih nacija za razvoj, Kancelarija u Srbiji
- Lazarević Lj.: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, Savremena administracija
- Mrvić-Petrović N.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik
- Pravosudne multilateralne konvencije* (urednik V. Todorović), Beograd, 2005, Projuris
- Stojanović Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, Službeni glasnik
- Simić I., Trešnjev A.: *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010, Ing-pro
- Stojanović Z., Perić O.: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2006, Pravna knjig
- Vrhovšek M.: *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*, Beograd, 2008, Intermeks

Djordje Djordjević

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

PENAL LAW ASPECT OF PROTECTION
FROM DISCRIMINATION

SUMMARY

Principle of prohibition of discrimination is one of the fundamental standards of modern society. As such, it is present in many international legal acts, as well as constitutions of modern states. Likewise, Serbian constitution proclaims the principle of equality and protection against any kind of discrimination. This protection is enforced with various legal measures, in the first place with the measures of penal law that includes criminal law and administrative penal law.

Criminal law protection of discrimination is achieved by regulation and enforcement of certain criminal offences. Among them the most important ones are Violation of equality, Ruining the Reputation based on grounds on race, religion, national origin, or any other affiliation and Racial and Other Discrimination. With these criminal offences, equality, being highly important social value, is absolutely protected against severe types of offences. However, this value should be protected against minor offences as well, because they can also be very harmful and unwanted. That is achieved with norms of administrative penal law. In that sense, Law on Prohibition of Discrimination and Law on Gender Equality have special importance.

Key words: human rights, prohibition of discrimination, Constitution of Serbia, Criminal Code, criminal legislation, administrative penal legislation.

KRIVIČNA DELA FALSIFIKOVANJA U KZS

Apstrakt: Autor u radu razmatra krivična dela falsifikovanja koja su predviđena u Krivičnom zakoniku Srbije. Data krivična dela nalaze se u tri glave krivičnih dela: protiv izbornih prava (Glava petnaesta), protiv privrede (Glava dvadeset druga) i protiv pravnog saobraćaja (Glava trideset druga). U glavi krivičnih dela protiv izbornih prava postoje dva krivična dela falsifikovanja, to su: sastavljanje netačnih biračkih spiskova (član 158) i falsifikovanje rezultata glasanja (član 161). U glavi krivičnih dela protiv privrede postoji pet krivičnih dela falsifikovanja, to su: falsifikovanje novca (član 223), falsifikovanje hartija od vrednosti (član 224), falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica (član 225), falsifikovanje znakova za vrednost (član 225) i falsifikovanje znakova, odnosno državnih žigova za obeležavanje robe, merila i predmeta od dragocenih metala (član 245). U glavi krivičnih dela protiv pravnog saobraćaja postoji tri krivična dela falsifikovanja, to su: falsifikovanje isprave (član 355), posebni slučajevi falsifikovanja isprave (član 356) i falsifikovanje službene isprave (član 357). Pravna priroda i značaj ovih krivičnih dela opredelili su sadržinu i strukturu rada u kome su prikazana i analizirana osnovna i dopunska obeležja njihovih bića. U datom kontekstu, povodom pojedinih pitanja koja se detaljnije razmatraju, autor iznosi relevantna teorijska stanovišta i navodi stavove sudske prakse, a takođe formuliše i određene zaključke koje potkrepljuje odgovarajućim argumentima.

Gljučne reči: falsifikovanje, krivično delo, Krivični zakonik Srbije.

UVODNE NAPOMENE

Krivična dela falsifikovanja¹ koja su predviđena u Krivičnom zakoniku Srbije (KZ) iz 2006. godine nalaze se u tri glave krivičnih dela: protiv izbornih prava (Glava petnaesta): sastavljanje netačnih biračkih spiskova (član 158. KZ) i falsifikovanje rezultata glasanja (član 161. KZ); protiv privrede (Glava dvadeset druga): falsifikovanja novca (član 223. KZ), falsifikovanje hartija od vrednosti (član 224. KZ), falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica (član 225. KZ), falsifikovanje znakova za vrednost (član 225. KZ) i falsifikovanje znakova, odnosno državnih žigova za obeležavanje robe, merila i predmeta od dragocenih metala (član 245. KZ) i protiv pravnog saobraćaja (Glava trideset druga): falsifikovanje isprave (član 355. KZ), posebni slučajevi falsifikovanja isprave (član 356. KZ) i falsifikovanje službene isprave (član 357. KZ).

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

1 Falsifikat – a) lažna izrada, lažno izdanje, lažni prikaz; b) izvrtanje činjenica, lažno predstavljanje. Falsifikovati – (na)praviti lažno radi obmane, prevare, krivotvoriti. Grupa autora, *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad, 2007, 1431. Falsifikovati – krivotvoriti – stvarati radi obmane, iskrivljavati, patvoriti. P. Ćosić i saradnici, *Rečnik sinonima*, Beograd, 2008, 279.

Iako navedena krivična dela falsifikovanja pripadaju različitim grupama krivičnih dela i shodno tome imaju različite objekte zaštite, ono što ih povezuje jeste radnja izvršenja koja se sastoji u falsifikovanju odgovarajućeg predmeta koji ima karakter objekta radnje. Kod svih krivičnih dela falsifikovanja, izuzev krivičnog dela sastavljanje netačnih² biračkih spiskova, termin „falsifikovanje“ javlja se u samom nazivu krivičnog dela. Kod većine datih krivičnih dela (falsifikovanje novca, falsifikovanje hartija od vrednosti, falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica, falsifikovanje znakova za vrednost, falsifikovanje znakova, odnosno državnih žigova za obeležavanje robe, merila i predmeta od dragocenih metala, falsifikovanje isprave i posebni slučajevi falsifikovanja isprave) inkriminisano je pravljenje i preinačenje predmeta koji imaju karakter objekta radnje. Pravljenje podrazumeva stvaranje odgovarajućeg predmeta koji ima značaj objekta radnje, a preinačenje njegovu izmenu. U tom smislu se kod krivičnog dela falsifikovanja isprave navodi da je u pitanju tzv. materijalni falsifikat. Prilikom formulacije ovih krivičnih dela zakonodavac za označavanje radnje izvršenja upotrebljava trajni glagol „napravi“ i „preinači“. Radi se o krivičnim delima sa indiferentnim brojem činjenja i otuda postoji jedno krivično delo kako u slučaju istovremenog preduzimanja više radnji izvršenja, tako i onda kada se radnje izvršenja ponavljaju u određenim vremenskim razmacima (član 112. stav 30. KZ). Za postojanje ovih krivičnih dela značajna je ukupnost preduzetih delatnosti budući da se ona po prirodi stvari vrše ponavljanjem pojedinačnih radnji izvršenja. Kod preostalih krivičnih dela falsifikovanja (sastavljanje netačnih biračkih spiskova, falsifikovanje rezultata glasanja i falsifikovanje službene isprave) zakonodavac inkriminiše neistinitu sadržinu odgovarajućih predmeta koji imaju karakter objekta radnje, što se, kada je reč o službenim ispravama označava kao tzv. intelektualni falsifikat.

KRIVIČNA DELA FALSIFIKOVANJA KOJA SU PREDVIĐENA U GLAVI KRIVIČNIH DELA PROTIV IZBORNIH PRAVA (GLAVA PETNAESTA):

Glava krivičnih dela protiv izbornih prava je kod nas prvi put propisana donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Srbije (ZID KZS) iz 1994. godine („Službeni glasnik SRS“, broj 47/94). Do tada su se ova krivična dela nalazila u glavi koja je nosila naziv Krivična dela protiv samoupravljanja čiji su zaštitni objekt bili samoupravni društveni odnosi kao vrsta društvenih odnosa od posebnog značaja. Krivična dela protiv izbornih prava bila su svrstana u ovu glavu krivičnih dela iz razloga što se smatralo da se putem izbornih prava ostvaruju i određena samoupravna prava.

2 Tačno je ono što je istinito, što odgovara objektivnom stanju, što adekvatno označava stvarno, realno stanje, tj. sa njim se podudara. Netačno je ono što označava objektivnu nesaglasnost sa stvarnošću. Lažno u sebi sadrži ono što je objektivno netačno i nameru dovođenja ili održavanja u zabludi. Vid. N. Delić, *Psihologija iskaza pojedinih učesnika u krivičnom postupku*, Beograd, 2008, 52. I 62.

Danas su krivična dela protiv izbornih prava sasvim opravdano izdvojena u samostalnu glavu. Objekt zaštite ovih krivičnih dela jesu izborna prava. U savremenom demokratskom društvu izborna prava spadaju u red najvažnijih prava građana. Odredbom člana 52. Ustava Republike Srbije svim punoletnim i poslovno sposobnim državljanima naše zemlje garantovano je pravo da biraju i da budu birani. Krivičnopravna zaštita izbornih prava opravdana je samo u slučajevima kada su u pitanju najvažnija izborna prava i najteži oblici njihove povrede. Predviđenim krivičnim delima štite se aktivno i pasivno biračko pravo građana i sam izborni postupak.

Većina krivičnih dela iz ove grupe, među kojima su i krivična dela falsifikovanja, imaju blanketnu dispoziciju. Propisi koji su značajni sadržani su u mnogobrojnim aktima među kojima posebno treba izdvojiti sledeće: Zakon o izboru narodnih poslanika („Službeni glasnik RS“, br. 35/00, 57/03, 72/03, 75/03, 18/04, 85/05, 101/05, 28/11, 36/11 i 104/11), Zakon o izboru predsednika Republike („Službeni glasnik RS“, br. 1/90, 79/92, 73/02, 18/04, 111/07 i 104/09) i Zakon o lokalnim izborima („Službeni glasnik RS“, br. 33/02, 37/02, 42/02, 129/07, 34/10 i 54/11).

Sastavljanje netačnih biračkih spiskova (član 158. KZ) – Objekt zaštite krivičnog dela sastavljanje netačnih biračkih spiskova koje je predviđeno odredbom člana 158. KZ jeste regularnost izbornog postupka i referendumu koja zavisi od tačnosti biračkih spiskova.

Izborima se smatraju izbori za narodne poslanike, predsednika Republike, organe autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave i drugi izbori koji se raspisuju i vrše na osnovu Ustava i zakona (član 112. stav 13. KZ). Referendumom se smatra izjašnjavanje građana na kojem se odlučuje o pitanjima za koja je to utvrđeno Ustavom ili zakonom (član 112. stav 14. KZ).

Krivično delo čini ko u nameri uticanja na rezultate izbora ili na referendumu, sačini netačan birački spisak.

Radnja izvršenja je sačinjavanje netačnog biračkog spiska koji može biti od uticaja na regularnost izbora.³ Sačinjavanje netačnog biračkog spiska u osnovi podrazumeva sačinjavanje biračkog spiska koji sadrži netačne podatke, tj. neupisivanje u birački spisak lica koje ima aktivno biračko pravo, brisanje iz biračkog spiska lica koje ima aktivno biračko pravo ili upisivanje u birački spisak lica koje nema aktivno biračko pravo.

Neupisivanje u birački spisak ostvaruje se propuštanjem obaveze da se u spisak glasača upiše lice koje za to ispunjava zakonom propisane uslove. U pitanju je radnja nečinjenja. Brisanje iz glasačkog spiska predstavlja aktivnu delatnost, tj. činjenje kojim se iz spiska glasača briše neko lice i pored toga što ispunjava zakonom propisane uslove da bude na spisku glasača. Upisivanje u birački spisak podrazumeva da se u spisak glasača upisuje lice koje ne ispunjava zakonom propisane uslove.

Birački spisak je javna isprava koja se vodi po službenoj dužnosti i u koje se birači upisuju prema mestu prebivališta, odnosno poslednjeg prebivališta (lica koja imaju boravište u inostranstvu i lica koja se nalaze na odsluženju vojnog roka ili vojnoj vežbi).

3 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2012, 489.

S obzirom na ovako definisanu radnju izvršenja ovo krivično delo ima sličnosti sa krivičnim delom povreda prava glasanja (član 155. KZ) kojim se štiti mogućnost korišćenja aktivnog izbornog prava. Ostvarenje datog prava zavisi od toga da li su obezbeđene odgovarajuće zakonom predviđene pretpostavke kao što su birački spiskovi. Osim aktivnog izbornog prava, ovim krivičnim delom štiti se i sloboda glasanja kao i sloboda opredeljenja prilikom glasanja. Osnovni oblik krivičnog dela povrede prava glasanja (stav 1) čini ko drugog u nameri da mu onemoguću vršenje prava glasanja, protivzakonito ne upiše u spisak glasača, izbriše iz tog spiska ili ga na drugi protivpravan način spreči ili omete da glasa. Radnja izvršenja predviđena je alternativno i može se sastojati u sledećem: neupisivanju nekog lica u spisak glasača, brisanju nekog lica iz spiska glasača i na drugi način sprečavanju ili ometanju nekog lica da glasa. Da bi postojalo krivično delo, potrebno je da se činjenje ili nečinjenje koje predstavlja radnju izvršenja vrši nezakonito, tj. protivpravno, što znači suprotno odgovarajućim propisima. Krivično delo je dovršeno kada je pasivni subjekt sprečen ili ometen da glasa. Sprečavanje podrazumeva onemogućavanje glasanja i ono se u slučajevima neupisivanja u spisak glasača i brisanjem iz tog spiska podrazumeva. Iako, za razliku od sprečavanja, ometanje pretpostavlja da je pasivni subjekt glasao uprkos preduzimanju određenih radnji u cilju njegovog sprečavanja da glasa, ovde treba smatrati da je krivično delo dovršeno kada je pasivni subjekt ometen u smislu da je onemogućen da glasa. To znači da dovršeno krivično delo u svakom slučaju podrazumeva da pasivni subjekt nije iskoristio svoje pravo glasanja.⁴ Prema zakonskoj odredbi, izvršilac krivičnog dela može biti svako lice. Prilikom neupisivanja u spisak birača i brisanja iz spiska izvršilac može biti samo lice koje je u skladu sa odgovarajućiom propisima, u faktičkoj mogućnosti da to učini. Na subjektivnom planu zahteva se umišljaj kao i namera da se drugom onemoguću glasanje. Shodno prethodno rečenom, dovršeno krivično delo pretpostavlja ostvarenje date namere. Propisana kazna je novčana kazna ili zatvor do jedne godine.⁵

Isto kao krivično delo povreda prava glasanja i krivično delo sastavljanje netačnih biračkih spiskova dovršeno je okončanjem radnje izvršenja. Ono što suštinski razlikuje ova dva krivična dela je to što se kod krivičnog dela sastavljanje netačnih biračkih spiskova radnja izvršenja preduzima u nameri uticanja na rezultate izbora ili na referendumu i dovršeno krivično delo ne pretpostavlja ostvarenje date namere. Subjektivna strana krivičnog dela podrazumeva direktni umišljaj i odgovarajuću nameru.

4 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava, Posebni deo, Druga knjiga (Krivična dela protiv opštih dobara)*, Beograd, 1923, 49.

5 Teži oblik krivičnog dela predviđen u stavu 2. čini ko silom ili pretnjom prinudi drugog da na izborima, glasanju o opozivu ili na referendumu vrši ili ne vrši pravo glasanja ili da glasa za određenog kandidata ili protiv njega, odnosno predloga. Radnja krivičnog dela sastoji se u prinudavanju nekog lica u pogledu vršenja, odnosno nevršenja prava glasanja ili u prinudavanju nekog lica u pogledu opredeljenja, odnosno neopredeljenja za određenog kandidata. Silu i pretnju kao načine preduzimanja radnje izvršenja treba shvatiti kao kod krivičnog dela prinude (član 135. KZ). Prinudavanje treba da se odnosi na glasanje na izborima, glasanje o opozivu ili referendumu. Krivično delo je dovršeno kada je pasivni subjekt usled prinudavanja glasao, odnosno nije glasao, kao i kada je pasivni subjekt usled prinudavanja glasao za određenog kandidata ili protiv njega. Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Relevantan oblik krivice je umišljaj. Predviđena kazna je zatvor od tri meseca do tri godine. Vid. Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2013, 60–61.

Treba smatrati da i kod krivičnog dela sastavljanje netačnih biračkih spiskova izvršilac faktički može biti samo lice koje je ovlašćeno za sačinjavanje biračkog spiska. Otuda, ne bi postojalo ovo krivično delo ukoliko bi delatnost koja ima karakter radnje izvršenja preduzelo lice koje od strane opštinske uprave za to nije ovlašćeno. Propisana kazna je novčana kazna ili zatvor do tri godine.

Falsifikovanje rezultata glasanja (član 161. KZ) – Objekt zaštite krivičnog dela falsifikovanja rezultata glasanja koje je predviđeno odredbom člana 161. KZ jeste ostvarivanje izborne volje glasača. Cilj krivičnog dela je iskrivljavanje rezultata glasanja na taj način što se postignuti rezultati glasanja netačno prikazuju.⁶

Krivično delo čini član organa za sprovođenje izbora ili referendumu ili drugo lice koje vrši dužnosti u vezi sa glasanjem, koji dodavanjem ili oduzimanjem glasačkih listića ili glasova pri prebrojavanju ili na drugi način izmeni broj glasačkih listića ili glasova ili objavi neistinit rezultat glasanja.

Alternativno propisana radnja izvršenja može se ostvariti na jedan od sledećih načina: a) dodavanjem ili oduzimanjem glasačkih listića ili glasova pri prebrojavanju, b) na drugi način izmenom broja glasačkih listića ili broja glasova ili v) objavljivanjem neistinitih rezultata glasanja.

Dodavanje ili oduzimanje glasačkih listića ili glasova pri prebrojavanju podrazumeva da se rezultati menjaju tako da ne odgovaraju stvarnom stanju. Izmena broja glasačkih listića ili broja glasova se na drugi način može izvršiti npr. tako što se glasački listić učini nevažećim njegovim prepravljavanjem. Objavljivanje neistinih rezultata glasanja po jednom mišljenju podrazumeva neistinito upisivanje rezultata glasanja u odgovarajuće dokumente, nezavisno od toga da li je neposredno objavljivanje rezultata glasanja, koje je izvršeno usmeno ili pismeno, bilo ispravno, odnosno odgovaralo pravom stanju stvari.⁷ Po drugom mišljenju pak, treća radnja izvršenja podrazumeva objavljivanje (u užem smislu) rezultata glasanja koji ne odgovaraju utvrđenim rezultatima.⁸

Krivično delo je dovršeno preduzimanjem bilo koje delatnosti koja ima karakter radnje izvršenja.

Objekt radnje jesu glasački listići ili glasovi. I pored toga što se u zakonskom tekstu koristi plural, za postojanje krivičnog dela dovoljno je da je radnja izvršenja preduzeta u odnosu na jedan glasački list, odnosno glas.

Izvršilac krivičnog dela može biti član organa za sprovođenje izbora ili referendumu ili drugo lice koje vrši dužnosti u vezi sa glasanjem. Iako ima mišljenja da je za postojanje krivičnog dela na subjektivnom planu dovoljan i eventualni umišljaj,⁹ treba smatrati da se krivično delo može izvršiti samo sa direktnim umišljajem. Propisana kazna je zatvor od šest meseci do pet godina.

6 D. Atanacković, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 1981, 211.

7 Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd, 1995, 291.

8 Z. Stojanović, (2012), 492. Upor. LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, 468.

9 *Ibid.*

KRIVIČNA DELA FALSIFIKOVANJA KOJA SU PREDVIĐENA U GLAVI KRIVIČNIH DELA PROTIV PRIVREDE (GLAVA DVADESET DRUGA):

Glava krivičnih dela protiv privrede u našem pravu je prvi put propisana donošenjem Krivičnog zakonika iz 1951. godine („Službeni list FNRJ“, br. 13/51, 19/51, 30/59, 11/62 i 31/62 i „Službeni list SFRJ“, br. 15/65 i 15/67). Iako su krivična dela protiv privrede zbog njihove specifične prirode u određenom broju zemalja primarno integralni deo sporednog zakonodavstva, kod nas je prilikom njihovog propisivanja bila prihvaćena koncepcija, zadržana i danas, prema kojoj je većina ovih krivičnih dela regulisana u posebnoj glavi u zakoniku, dok sporedno krivično zakonodavstvo predviđa manji broj krivičnih dela karakterističnih za pojedine privredne oblasti.

Glavu krivičnih dela protiv privrede čine mnogobrojna i raznovrsna krivična dela. Po pitanju objekta krivičnogopravne zaštite krivičnih dela propisanih u ovoj glavi, u teoriji postoji shvatanje da je to privredni sistem zemlje, odnosno njegovi pojedini segmenti. Budući da je privreda jedna od najznačajnijih oblasti života koja podrazumeva različite oblike povezivanja u procesu proizvodnje i raspodele robe i usluga u cilju zadovoljavanja raznovrsnih potreba, postoji neposredan interes države da na određeni način učestvuje u privrednom životu zemlje. Ovu svoju ulogu država ostvaruje preko odgovarajuće normativne aktivnosti, tj. donoseći propise kojima se uređuju sadržina i oblik osnovnih privrednih odnosa. Pošto se privredni odnosi ostvaruju na različitim nivoima i u njima učestvuju mnogobrojni privredni subjekti, njihovo usklađivanje pretpostavlja bogatu i raznovrsnu normativnu regulativu. Osim što reguliše osnovne privredne odnose koji determinišu privredu zemlje, država kao najznačajniji privredni subjekt obezbeđuje i odgovarajuće društvene uslove koji su pretpostavka za realizaciju datih privrednih odnosa. Zbog značaja koji ovi uslovi imaju za nesmetano ostvarivanje odgovarajućih privrednih odnosa i privredu u celini, treba smatrati da prvenstveno u ovoj oblasti, s obzirom na prirodu i značaj dobra koje se štiti, krivičnogopravna intervencija može biti opravdana i nužna.¹⁰

Krivična dela falsifikovanja koja se nalaze u glavi krivičnih dela protiv privrede međusobno su veoma slična po konstrukciji njihovih bića, odnosno, sva krivična dela propisana su po ugledu na krivično delo falsifikovanja novca. Ono što ova krivična dela razlikuje jeste objekt radnje, a predmeti koji to mogu biti su: novac, hartije od vrednosti, platne kartice, znaci za vrednost i znaci, odnosno državni žigovi za obeležavanje robe, merila i predmeta od dragocenih metala. Zajedničko novcu, hartijama od vrednosti i platnim karticama jeste što se radi o predmetima koji imaju određenu finansijsko-komercijalnu vrednost koju može da realizuje lice koje datim predmetima raspolaže.

S obzirom na to da se kod svih krivičnih dela falsifikovanja iz ove glave, pored pravljenja i preinačenja, kao radnje izvršenja javljaju i upotreba (kod falsifikovanja

¹⁰ U tom smislu Z. Stojanović ističe da krivičnim pravom ne treba štiti privredne odnose same po sebi, već uslove koji omogućavaju slobodu i ravnopravnost privređivanja, odnosno nesmetano delovanje ekonomskih i tržišnih mehanizama. *Ibid.*, 663.

novca zakonodavac govori o stavljanju u opticaj) kao i pribavljanje lažnog odnosno preinačenog predmeta koji ima karakter objekta radnje, postavlja se pitanje da li je reč o pravom ili prividnom sticaju krivičnih dela. U teoriji i praksi nesporno je da je se radi o prividnom sticaju. Međutim, iako ima mišljenja da se primenjuje princip konsumpcije,¹¹ odnosno da pravljenje ili preinačenje (i pribavljanje) predstavlja prethodno nekažnjivo delo koje izvršenjem naknadnog dela tj. upotrebom, gubi svoju samostalnost, smatramo da pitanje prividnog sticaja treba razmatrati u okviru principa supsidijariteta. Razlog tome leži u činjenici da je prethodno krivično delo, pravljenje i preinačenje, po prirodi stvari obuhvaćeno nepravom naknadnog dela i da se shodno tome, prethodni stadijum kažnjava jedino ako izostane naknadni stadijum, tj. upotreba, kao drugo krivično delo.

Primenom principa specijaliteta isključen je sticaj između krivičnih dela falsifikovanja iz glave krivičnih dela protiv privrede i krivičnog dela prevare (član 208. KZ) koje je predviđeno u glavi krivičnih dela protiv imovine.

Falsifikovanje novca (član 223. KZ) – Objekt zaštite krivičnog dela falsifikovanja novca koje je predviđeno u članu 223. KZ jeste regularnost monetarnog sistema, tj. nesmetano funkcionisanje finansijskog tržišta koje predstavlja neophodnu pretpostavku za stabilan privredni život.¹²

Novac je osnovno sredstvo razmene roba i usluga. To je njegova najvažnija funkcija. Shodno tome, novac ima veliki značaj za privredni sistem zemlje. Novac po svojoj pravnoj prirodi predstavlja ispravu o dugu (hartija od vrednosti) bankarskog sistema koja se nalazi u posedu lica izvan bankarskog sistema (nebankarskih subjekata) radi obavljanja plaćanja. Osnovne vrste novca su: gotov novac u opticaju – sastoji se iz novčanica i kovanog novca i depozitni novac – javlja se u formi različitih bankarskih depozita koji se mogu prenositi čekovima ili zameniti za gotov novac. Stvaranje novca vrši bankarski sistem kao celina. Čine ga poslovne banke i centralna banka. Poslovne banke stvaraju depozitni novac, a centralna banka stvara gotov novac. Gotov novac ima vrednost samo dok se nalazi u opticaju. Kupovna moć novca formira se na osnovu ponude i tražnje.¹³

Krivično delo falsifikovanja novca ima nekoliko oblika.

Odredbom stava 1. predviđen je osnovni oblik krivičnog dela koji postoji kada neko napravi lažni novac u nameri da ga stavi u opticaj kao pravi ili u istoj nameri preinači pravi novac.

Radnja izvršenja propisana je alternativno i može se ostvariti u vidu pravljenja lažnog novca u nameri da se stavi u opticaj kao pravi ili u vidu preinačenja pravog novca u nameri da se stavi u opticaj.

Pravljenje lažnog novca podrazumeva izradu lažnog novca.¹⁴ Potrebno je da se lažni novac bitno ne razlikuje od pravog novca, tj. da je reč o uspelom falsifikatu.

11 Grupa autora, redaktor N. Srzentić, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 1986, 552. i 554.

12 F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte speciale, II*, Milano, 2008, 85.

13 M. Labus, *Osnovi ekonomije*, Beograd, 2007, 171. i E. Vukadin, M. Labus, *Ekonomska politika za pravnike*, Beograd, 2012, 113, 115. i 127.

14 Falsifikovanje papirnog novca vrši se ručno, mašinskom ili kombinovanom tehnikom, koja podrazumeva mašinsko štampanje ručno izrađenih novčanica. Može se vršiti i skraćivanjem origi-

Smatra se da je reč o uspelom falsifikatu kada lažni novac liči na pravi novac u toj meri da se ne može lako razlikovati od pravog novca (*imitatio vera*). Ne zahteva se takav stepen sličnosti da se samo pažljivim poređenjem može uočiti razlika u odnosu na pravi novac, već je dovoljno da se lažni novac na osnovu sličnosti može upotrebiti kao pravi (VSS Kž. 10/07).¹⁵ Isti stav po tom pitanju zastupa i nemačka sudska praksa (BGH NJW 54, 564, NJW 95, 1845).¹⁶ Ukoliko je u pitanju neuspeli falsifikat, iako ima mišljenja da se tada radi o krivičnom delu prevare,¹⁷ treba smatrati da postoji nepodoban pokušaj krivičnog dela falsifikovanja novca (član 31. KZ).¹⁸

Preinačenje pravog novca podrazumeva prepravljnje novca na taj način što se vrše odgovarajuće izmene njegove nominalne vrednosti. To znači da radnju izvršenja ne predstavljaju neznatne promene forme koje ne dovode do promene nominalne vrednosti novca.¹⁹ Po pravilu, krivično delo se vrši tako što se važeći novac prepravlja na veću nominalnu vrednost. Iako u domaćoj literaturi nailazimo na mišljenje da ovo krivično delo podrazumeva isključivo povećanje nominalne vrednosti novca,²⁰ kao ispravan treba prihvatiti stav da povećanje nominalne vrednosti novca ne mora uvek biti krajnji cilj njegovog preinačenja (BGH NJW 52, 312).²¹ Postoji mišljenje da krivično delo, pored izmene nominalne vrednosti novca, obuhvata i promenu odnosno smanjenje njegove unutrašnje vrednosti, koje se primera radi, kod metalnog novca može izvršiti elektrolizom, određenim hemijskim postupcima ili struganjem.²²

Da bi postojalo krivično delo, i u jednom i u drugom slučaju, potrebno je da se radnja izvršenja koja se sastoji u pravljenu lažnog novca ili preinačenje pravog novca, preduzima u nameri da se lažni, odnosno preinačeni novac stavi u opticaj. U tom smislu se u nemačkoj literaturi naglašava da je kod učinioaca neophodno postojanje tzv. „ciljane volje.“²³

nalnih novčanica tako što se od izrezanih delova više autentičnih novčanica sastavlja nova novčanica, kao i prepravljnjm nevažećih novčanica. Falsifikovanje metalnog novca vrši se na dva načina: prvi (jednostavniji i manje precizan) je livenje metalnog novca u specijalnim kalupima i drugi način (precizniji) je štancovanje, odnosno utiskivanje reljefa putem jakog pritiska pomoću specijalno izrađenih matrica. Vid. Ž. Aleksić, M. Škulić, M. Žarković, *Leksikon kriminalitike*, Beograd, 2004, 409.

15 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5, 34. „Lažni novac će imati izgled pravog onda kada je sličan pravom novcu. Bez značaja je u kojoj meri je sličan.“ T. Živanović, (1923), 281.

16 A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar, München*, 2001, 1302.

17 D. Atanacković, (1981), 427, Grupa autora, redaktor N. Srzentić, (1986), 551. i J. Tahović, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 1953, 305.

18 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica, 2010, 556. i F. Bačić, *Krivično pravo, Posebni dio*, Zagreb, 1992, 246.

19 A. Schönke, H. Schröder, (2001), 1303. Ukoliko se preinačuje novac koji nije u opticaju, tako da dobije izgled novca koji je u opticaju, neće postojati preinačenje, već pravljenje lažnog novca. J. Tahović, (1953), 305.

20 T. Živanović, (1923), 282, M. Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb, 1930, 311. i Grupa autora, redaktor, N. Srzentić, (1986), 552.

21 A. Schönke, H. Schröder, (2001), 1302.

22 F. Antolisei, (2008), 86.

23 A. Schönke, H. Schröder, (2001), 1302.

Krivično delo je dovršeno preduzimanjem radnje izvršenja uz postojanje odgovarajuće namere.

Pokušaj krivičnog dela je kažnjiv u skladu sa odredbom člana 30. KZ (VSS Kp. 8/05).²⁴

Objekt radnje jeste novac, preciznije rečeno, gotov novac. Krivičnopravni pojam novca određen je odredbom člana 112. stav 23. KZ u kojoj se navodi da je novac metalni i papirni novac ili novac izrađen od nekog drugog materijala koji je na osnovu zakona u opticaju u Republici Srbiji ili u stranoj državi. To znači da objekt radnje može biti kako domaći, tako strani novac koji je u opticaju. Neće postojati krivično delo ukoliko je u pitanju novac koji je van optičaja, odnosno novac koji ima numizmatičku ili drugu vrednost.²⁵ Međutim, smatra se da smislu ove inkriminacije odgovara to da se uzme da objekt radnje može biti i novac koji je povučen iz optičaja, u roku u kome se još uvek može zameniti za novi novac, kao i novac koji treba tek staviti u optičaj.²⁶

Za postojanje krivičnog dela nije relevantan broj napravljenih, odnosno preinačenih novčanica ili kovanica.²⁷ Zbog prirode krivičnog dela, odnosno objekta zaštite, isključena je mogućnost primene instituta delo malog značaja (član 18. KZ).

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Subjektivnu stranu krivičnog dela čine direktni umišljaj i odgovarajuća namera. Predviđena kazna je zatvor od dve do dvanaest godina i novčana kazna.

Lakši oblik krivičnog dela predviđen u stavu 2. postoji kada neko pribavlja lažni novac u nameri da ga stavi u optičaj kao pravi ili kada lažni novac stavlja u optičaj.²⁸

Pribavljanje lažnog novca podrazumeva dolaženje u posed lažnog novca. Smatra se da krivično delo ne pretpostavlja isključivo faktički posed lažnog novca, tako da ono postoji i onda kada je lažni novac naručen.²⁹ Za postojanje krivičnog dela

24 I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, osma knjiga*, Beograd, 2008, 165.

25 Ne bi postojalo krivično delo u slučaju pravljenja i stavljanja u optičaj nekog izmišljenog novca ili novca neke izmišljene zemlje. F. Bačić, (1992), 246.

26 Z. Stojanović, (2012), 665.

27 T. Živanović, (1923), 283.

28 Odredbom člana 258. stav 2. KZ Crne Gore je kao radnja izvršenja, osim pribavljanja lažnog novca u nameri stavljanja u optičaj i stavljanja u optičaj lažnog novca, predviđeno još i prenošenje lažnog novca u nameri da se stavi u optičaj kao pravi. Ovaj oblik radnje izvršenja unet je kao posledica usaglašavanja zakonodavstva Crne Gore sa Okvirnom odlukom Evropske Unije o unapređenju zaštite putem krivičnih i drugih sankcija protiv falsifikovanja novca u vezi sa uvođenjem evra (2000/383/JHA) i obuhvata uvoz, izvoz kao i svaki transport lažnog novca na teritoriji Crne Gore. Iz istog razloga je u članu 258. stav 6. predviđeno da krivično delo falsifikovanja novca i svi njegovi oblici postoje i u slučaju kada se radi o novčanicama ili metalnom novcu koji je napravljen korišćenjem legalnih sredstava i originalnih materijala, ali kršenjem prava ili uslova pod kojim ovlašćeni organi mogu izdavati valutu. To znači da krivično delo postoji u slučaju da u Crnoj Gori dođe do pravljenja veće količine novca tj. evra nego što je dozvoljena kvota. Budući da Crna Gora nije ovlašćena da pravi novac tj. evro, data odredba bi značaj imala jedino u tom smislu što je moguće primeniti krivično pravo Crne Gore na lice koje je ovo krivično delo izvršilo u nekoj zemlji članici Evropske Unije, pod uslovom da ne dođe do ekstradicije. Z. Stojanović, (2010), 557–558.

29 A. Schönke, H. Schröder, (2001), 1303.

nije bitno na koji način je lažni novac pribavljen (VSS Kž.I 350/07).³⁰ To može biti kupovina (po pravilu, po nižoj ceni od naznačene nominalne vrednosti), zamena, krađa i drugo. Pribavljanje lažnog novca mora biti u nameri njegovog stavljanja u opticaj (VSS Kž. 1519/03).³¹ Nemačka sudska praksa zauzima stanovište da namera stavljanja u promet lažnog novca postoji i onda kada lažni novac pribavlja kolekcionar budući da u svakom trenutku ima mogućnost da lažni novac stavi u promet kao da je pravi (BGH 255, JR 76, 294).³²

Iako je u zakonskom tekstu upotrebljen trajni glagol „pribavlja“, krivično delo je dovršeno ukoliko je, uz postojanje odgovarajuće namere, preduzeta bar jedna delatnost koja ima karakter radnje izvršenja (VSS Kž.I 1168/92).³³ Za postojanje krivičnog dela nije neophodno da je lažni novac stavljen u opticaj, već je dovoljno da je takav novac pribavljen u nameri stavljanja u opticaj (VSS Kž.I 350/07).³⁴ Shodno tome, Vrhovni sud Srbije zauzima sledeća stanovišta: „ne mogu se prihvatiti navodi branioca da nema krivičnog dela iz razloga što nije dokazana namera okrivljenih da falsifikovani novac stave u opticaj, s obzirom na to da je prvookrivljeni pribavio lažni novac, i to kolor reprodukcije novčanica u apoenima od 100 i 50 evra u ukupnom iznosu od 19.050 evra, a potom ih dao drugookrivljenom koji ih je, u skladu sa dogovorom, čuvao skrivene u starom neispravnom televizoru koji se nalazi u prostoriji koja služi kao ostava. Zaključak suda jeste da je između okrivljenih postojao dogovor i da je postojala namera oba okrivljena da falsifikovani novac stave u opticaj, na šta pre svega ukazuje mesto gde su falsifikovane novčanice držane, odnosno sakrivene“ (Kž. 1868/04)³⁵ i „isključena je mogućnost primene instituta dobrovoljnog odustanka u slučaju kada je okrivljeni nakon pribavljanja lažnog novca odustao od njegovog stavljanja u opticaj jer je krivično delo dovršeno samim pribavljanjem lažnog novca u nameri da se stavi u opticaj kao pravi“ (Kž. 686/00).³⁶

Smatra se da pokušaj krivičnog dela postoji kada su preduzete delatnosti upravljene na pribavljanje lažnog novca, ali učinilac nije uspeo da takav novac pribavi.³⁷

Stavljanje lažnog novca u opticaj podrazumeva različite delatnosti čijim preduzimanjem lažni novac cirkuliše u prometu kao da je pravi (VSS Kž. 2461/05).³⁸ Lažni novac je stavljen u opticaj kada je upotrebljen na bilo koji podoban način. To se najčešće ostvaruje njegovom predajom drugom licu (VSS Kz. 350/07).³⁹ Krivično delo postoji i kada je lažni novac dat kao poklon ili donacija.⁴⁰ U italijanskoj

30 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5, 36.

31 I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravne materije, šesta knjiga*, Beograd, 2005, 51.

32 A. Schönke, H. Schröder, (2001), 1303.

33 Z. Stojanović, (2012), 665.

34 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5, 36.

35 I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravne materije, sedma knjiga*, Beograd, 2006, 136.

36 Sudska praksa, Beograd, 2002/9, 16.

37 LJ. Lazarević, (2006), 615.

38 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 165.

39 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5, 36.

40 F. Antolisei, (2008), 87.

literaturi zastupljeno je gledište da postojanje krivičnog dela implicira prihvatanje falsifikovanog novca od strane drugog lica.⁴¹ Međutim, to ne znači da je za dovršeno krivično delo potrebno trajno, odnosno „definitivno“ prihvatanje lažnog novca od strane drugog lica i shodno tome, sudska praksa zauzima sledeće stavove: „okrivljena je lažni novac stavila u opticaj i time je krivično delo dovršeno u slučaju kada je svedoku koji je na ulici menjao devize dala novčanicu od 50 evra da bi joj zamenio za dinare i pošto je svedok kome je novčanica bila sumnjiva pozvao policiju, okrivljena je iz njegove ruke uzela novčanicu i počela da beži“ (OS u Beogradu Kž. 3299/03)⁴² i „krivično delo je dovršeno bez obzira na to što je oštećeni primio novčanicu pod uslovom da će proveriti njenu ispravnost, a zatim je vratio kada je utvrdio da je lažna“ (OS u Beogradu Kž. 1795/01).⁴³ U nemačkoj doktrini ističe se da je za postojanje krivičnog dela dovoljno da lažni novac „bude dostupan drugom licu“, npr. sakriven na određenom mestu.⁴⁴ U italijanskoj teoriji postoji stav da stavljanje u promet lažnog novca podrazumeva i njegovo ubacivanje u automat za samoposluživanje.⁴⁵ Krivično delo je dovršeno stavljanjem lažnog novca u opticaj (SS Kps. 18/94).⁴⁶

Pod pojmom lažnog novca ovde treba shvatiti i preinačeni novac.

Ukoliko jedno lice najpre pribavi lažni novac, a potom ga stavi u opticaj, treba prihvatiti stav da tada postoji prividni sticaj primenom principa supsidijariteta i da je reč samo o krivičnom delu stavljanja lažnog novca u opticaj.⁴⁷ Međutim, u sudskoj praksi postoji nešto drugačije mišljenje prema kome je „radnja pribavljanja u nameri stavljanja u opticaj konsumirana kasnijim stavljanjem lažnog novca u opticaj“ (VSS Kž. 576/03⁴⁸ isto i Kž.I 350/07⁴⁹).

Stavljanje lažnog novca u opticaj po pravilu se vrši od strane lica koje nije učestvovalo u njegovom pravljenju, odnosno preinačenju ili njegovom pribavljanju. Npr. „kada supruga okrivljenog koji je pribavljao lažni novac u nameri da ga stavi u opticaj kao pravi, takav novac stavi u opticaj“ (VSS Kž. 781/99)⁵⁰ i „kada je prvookrivljeni nabavljao lažni novac koji je davao drugookrivljenoj, a ona je za taj novac kupovala robu u prodavnicama do kojih je dovezio prvookrivljeni“ (VSS Kž. 1890/05).⁵¹ Ukoliko stavljanje lažnog novca u opticaj izvrši lice koje je novac prethodno napravilo, odnosno preinačilo, takođe je u pitanju prividni sticaj. Iako ima mišljenja da će u tom slučaju učinilac odgovarati samo za krivično delo pravljenja

41 *Ibid.*, 90.

42 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 2004/64, 68.

43 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, četvrta knjiga*, Beograd, 2002, 71.

44 A. Schönke, H. Schröder, (2001), 1303.

45 F. Antolisei, (2008), 87.

46 Zbirka sudskih odluka Saveznog suda, Beograd, 2000/25, 99.

47 Z. Stojanović, O. Perić, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2010, 168. i Z. Stojanović, N. Delić, (2013), 170.

48 I. Simić, A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd, 2004, 63.

49 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5, 36.

50 Sudska praksa, Beograd, 2002/6, 15.

51 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 137.

lažnog novca,⁵² treba smatrati da će, kao i u prethodnom slučaju, primenom principa supsidijariteta postojati samo krivično delo stavljanja lažnog novca u opticaj.

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Relevantan oblik krivice je direktni umišljaj koji, pored ostalih obeležja, treba da obuhvati i svest o tome da je u pitanju lažni novac ili preinačeni novac (SS Kps. 18/94).⁵³ Prema stavu nemačke sudske prakse, u slučaju pribavljanja lažnog novca u odnosu na okolnost da je u pitanju lažni novac dovoljno je postojanje i eventualnog umišljaja (BGH 2 116).⁵⁴ Za ovaj oblik krivičnog dela kumulativno su predviđene kazna zatvora od jedne do deset godina i novčana kazna.

U stavu 3. sadržan je teži oblik krivičnog dela koji postoji ako je delom iz st. 1. i 2. ovog člana napravljen, preinačen, stavljen u promet ili pribavljen lažni novac u iznosu koji prelazi milion i pet stotina hiljada dinara, odnosno odgovarajući iznos u stranom novcu. Kvalifikatornu okolnost, koja mora biti obuhvaćena umišljajem učinioca, predstavlja iznos novca koji je objekt radnje krivičnog dela. Kako se u sudskoj praksi naglašava, „kvalifikatorna okolnost za teži oblik krivičnog dela falsifikovanja novca nije imovinska korist koju okrivljeni ostvaruje, već ukupna nominalna vrednost lažnog novca koji se pribavlja, odnosno pravi, preinačava ili stavlja u promet“ (AS u Beogradu Kž.1 12/11).⁵⁵ Krivično delo je dovršeno kada je napravljen, preinačen, stavljen u promet ili pribavljen lažni novac u odgovarajućem iznosu. Propisana kazna je zatvor od pet do petnaest godina i novčana kazna.

Odredbom stava 4. predviđena su dva privilegovana oblika krivičnog dela za koja je predviđena novčana kazna ili zatvor do tri godine.

Prvi privilegovani oblik postoji kada neko primi lažni novac kao pravi, pa saznajući da je lažan, stavi taj novac u opticaj. Drugi privilegovani oblik postoji kada neko zna da je načinjen lažni novac ili zna da je lažni novac stavljen u opticaj, pa to ne prijavi.

Prvi privilegovani oblik krivičnog dela pretpostavlja da lice primi lažni novac verujući da je novac pravi, a nakon saznanja da je u pitanju lažni novac, taj novac stavlja u opticaj kao da je pravi. Do ovakvog postupanja najčešće dolazi iz praktičnih razloga, da bi se izbegla šteta. Primiti lažni novac kao da je pravi pretpostavlja da se do lažnog novca došlo na način koji je uobičajen u redovnoj upotrebi novca (pri kupovini ili razmeni). Krivično delo je dovršeno stavljanjem lažnog novca u opticaj. Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Kao oblik krivice zahteva se umišljaj. Prilikom prijema novca kod učinioca ne postoji svest o tome da je u pitanju lažni novac, međutim, prilikom stavljanja novca u opticaj umišljaj učinioca mora obuhvatiti i svest o tome da je reč o lažnom novcu.⁵⁶

Drugi privilegovani oblik krivičnog dela predstavlja poseban oblik krivičnog dela neprijavlivanja krivičnog dela (ili učinioca) koje je predviđeno u glavi krivič-

52 F. Bačić, (1992), 246. i J. Tahović, (1953), 306.

53 Zbirka sudskih odluka Saveznog suda, Beograd, 2000/25, 100.

54 A. Schönke, H. Schröder, (2001), 1303.

55 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/7–8, 47.

56 Kako se ističe, „sama sumnja o mogućnosti da je prije primeljeni novac neistinit, nije dovoljna, ali je dovoljan *dolus eventualis*“. M. Dolenc, (1930), 312.

nih dela protiv pravosuđa (član 332. KZ). Radnja izvršenja je nečinjenje, tj. propuštanje dužnosti da se prijavi da je načinjen lažni novac ili da je lažni novac stavljen u opticaj. U pitanju je opšte pravo krivično delo nečinjenja. Učinilac ne odgovara zato što nije činio, već zato što je propustio određeno činjenje, što je zakonodavac predvideo kao krivično delo. Nevrednost krivičnog dela iscrpljuje se u zanemarivanju norme koja naređuje određeno činjenje.⁵⁷ Npr. „kada je drugookrivljeni znao da je prvookrivljeni stavio lažni novac u opticaj, a to nije prijavio iako je iz automobila u kome je dovezao prvookrivljenog posmatrao kako je on u buticima kupljenu robu plaćao falsifikovanim novčanicama, pri čemu mu je i sam prvookrivljeni prethodno rekao da poseduje falsifikovane dolare“ (OS u Beogradu Kž. 432/94),⁵⁸ „kada je okrivljeni od nepoznatog lica po veoma povoljnom kursu kupio tri novčanice od po 1.000 austrijskih šilinga i kada je mesec dana nakon toga prilikom pokušaja zamene tih novčanica za nemačke marke saznao da se radi o falsifikovanim novčanicama to nije prijavio nadležnim organima“ (OS u Beogradu Kž. 520/94),⁵⁹ odnosno „kada okrivljeni nakon kupovine novčanica stranog novca konstatuje da je taj novac lažan, a to ne prijavi“ (OS u Beogradu Kž. 520/94).⁶⁰ Izvršilac krivičnog dela može biti svako lice. Kako se navodi, „na okrivljenu se ne mogu primeniti zakonske odredbe o oslobođenju od dužnosti prijavljivanja učinioca krivičnog dela u slučaju kada je znala da je njen suprug pribavio lažni novac koji je ona stavila u opticaj iz razloga što se takve odredbe o privilegovanju odnose na drugu vrstu krivičnih dela“ (VSS Kž. 781/99).⁶¹ Reč je o ličnom osnovu isključenja kažnjivosti koji predstavlja dodatnu okolnost koja utiče na nekažnjavanje određenih lica (nema krivičnog dela / član 112. stav 29. KZ/) i primenjuje se samo kod onih krivičnih dela kod kojih je predviđen kao deo njihovog zakonskog opisa, a to su krivično delo neprijavlivanje pripremanja krivičnog dela (član 331. stav 3. KZ) i krivično delo neprijavlivanje krivičnog dela ili učinioca (član 332. stav 4. KZ). Subjektivnu stranu krivičnog dela predstavlja umišljaj, direktni ili eventualni.

U stavu 5. predviđeno je da će se lažni novac oduzeti. Reč je o obaveznom izricanju mere bezbednosti oduzimanja predmeta. I ovde pod pojmom lažnog novca treba shvatiti i preinačeni novac.

Ako je krivično delo falsifikovanje novca učinjeno u inostranstvu, a u pitanju je domaći novac koji je u opticaju, u skladu sa realnim principom u obzir dolazi primena krivičnog zakonodavstva Srbije (član 7. KZ).

Falsifikovanje hartija od vrednosti (član 224. KZ) – Iako primarni objekt zaštite krivičnog dela falsifikovanje hartija od vrednosti koje je predviđeno u članu 224. KZ jeste imovina, odnosno imovinsko pravo koje je sadržano u hartiji od vrednosti, ovo krivično delo svrstano je u glavu krivičnih dela protiv privrede kako zbog njegove sličnosti sa krivičnim delom falsifikovanje novca, tako i zbog značaja koji hartije od vrednosti imaju za privredni sistem zemlje.

57 I. Vuković, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Beograd, 2012, 116–117.

58 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd, 1998, 57.

59 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1995/43, 75.

60 I. Simić, (1998), 57.

61 I. Simić, (2002), 72.

Krivično delo ima osnovni, jedan teži i jedan lakši oblik.

Osnovni oblik krivičnog dela čini ko napravi lažne hartije od vrednosti ili preinači prave hartije od vrednosti u nameri da ih upotrebi kao prave ili da ih drugom da na upotrebu ili ko takve lažne hartije upotrebi kao prave ili ih u toj nameri pribavi (stav 1).

Radnja izvršenja je alternativno propisana i može se ostvariti kao: a) pravljenje lažnih hartija od vrednosti, b) preinačenje pravih hartija od vrednosti, v) davanje drugom na upotrebu lažnih ili preinačenih hartija od vrednosti, g) upotreba lažnih hartija od vrednosti kao pravih i d) pribavljanje lažnih hartija od vrednosti.

Delatnosti koje imaju karakter radnje izvršenja, a koje su definisane kao „pravljenje“, „preinačenje“, „upotreba“ i „pribavljanje“ treba shvatiti na isti način kao kod krivičnog dela falsifikovanje novca (član 223. KZ). Davanje drugom na upotrebu lažnih ili preinačenih hartija od vrednosti podrazumeva dve situacije. Prvu, kada jedno lice koje je napravilo lažne hartije od vrednosti ili preinačilo prave hartije od vrednosti te hartije od vrednosti neposredno ustupa ili stavlja na raspolaganje drugom licu sa ciljem da ih to lice upotrebi i drugu situaciju, kada jedno lice koje nije učestvovalo u pravljenju odnosno preinačavanju hartija od vrednosti te hartije ustupa ili stavlja na raspolaganje drugom licu sa ciljem da ih to lice upotrebi. Za postojanje krivičnog dela nije značajno da li je došlo do upotrebe lažnih ili preinačenih hartija od vrednosti od strane lica kome su date. Krivično delo je dovršeno okončanjem radnje izvršenja.

Objekt radnje jesu hartije od vrednosti. Dato obeležje bića ovom krivičnom delu daje blanketni karakter i pretpostavlja primenu odgovarajućih propisa sadržanih u Zakonu o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata („Službeni list SRJ“, broj 65/02 i „Službeni glasnik RS“, br. 57/03, 55/04 i 45/05).

Prema opšteprihvaćenom shvatanju, hartije od vrednosti (vrednosni papiri) su posebne pismene isprave propisane forme (koje u savremenom društvu gube svoj materijalni oblik i sve više poprimaju vid kompjuterskog zapisa) u kojima je sadržano određeno imovinsko (subjektivno) pravo, primera radi to su: obveznice, blagajnički ili komercijalni zapisi, akcije, derivatne potvrde, konosman, tovarni list i skladišnica.⁶²

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Na subjektivnom planu zahteva se umišljaj. U svim slučajevima, osim kod upotrebe lažnih hartija od vrednosti, reč je o direktnom umišljaju i nameri da se lažne ili preinačene hartije od vrednosti upotrebe kao prave od strane samog izvršioca krivičnog dela ili od strane drugog lica. Propisana kazna je zatvor od jedne do osam godina i novčana kazna.

Teži oblik krivičnog dela postoji ako ukupan iznos na koji glase falsifikovane hartije od vrednosti iz stava 1. ovog člana prelazi milion i pet stotina hiljada dinara. Propisana kazna je zatvor od dve do dvanaest godina i novčana kazna (stav 2).

Lakši oblik krivičnog dela predviđen u stavu 3. čini ko lažne hartije od vrednosti koje je primio kao prave, pa saznajući da su lažne, stavi u promet. Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Relevantan oblik krivice je umišljaj. Propisana kazna je zatvor do tri godine i novčana kazna.

62 Vid. N. Jovanović, *Emisija vrednosnih papira*, Beograd, 2001, 17.

Odredbom stava 4. propisano je obavezno oduzimanje lažnih hartija od vrednosti.

Falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica (član 225. KZ) – Platne kartice uživaju krivičnoppravnu zaštitu iz razloga što su za funkcionisanje monetarnog sistema po svom značaju potpuno izjednačene sa novcem.⁶³

Blanketna priroda ovog krivičnog dela upućuje na primenu odgovarajućih propisa sadržanih u sledećim zakonima: Zakonu o platnom prometu („Službeni list SFRJ“, br. 3/02 i 5/03 i „Službeni glasnik RS“, br. 43/04, 62/06 i 31/11), Zakonu o deviznom poslovanju („Službeni glasnik RS“, br. 62/06, 31/11 i 119/12) i Zakonu o bankama („Službeni glasnik RS“, broj 107/05).

Krivično delo falsifikovanje platnih kartica koje je predviđeno u članu 225. KZ ima nekoliko oblika.

Osnovni oblik krivičnog dela čini ko napravi lažnu platnu karticu ili ko preinači platnu karticu u nameri da je upotrebi kao pravu ili ko takvu lažnu karticu upotrebi kao pravu (stav 1).

Radnja izvršenja sastoji se u: a) pravljenju lažne platne kartice, b) preinačenju prave platne kartice ili v) upotrebi lažne platne kartice. Delatnosti koje predstavljaju radnju izvršenja treba shvatiti na isti način kao i kod prethodno navedenih krivičnih dela. Tako, pravljenje lažne platne kartice podrazumeva njenu izradu tj. personalizaciju, preinačenje je prepravljnje prave platne kartice, a upotreba je korišćenje lažne ili preinačene platne kartice prilikom plaćanja roba ili usluga ili podizanje gotovog novca. Upotrebu lažne ili preinačene platne kartice može izvršiti lice koje ju je napravilo, odnosno preinačilo, kao i neko drugo lice. Krivično delo je dovršeno okončanjem radnje izvršenja.

Objekt radnje jeste platna kartica. Platna kartica je instrument bezgotovinskog plaćanja koji omogućuje plaćanje roba i usluga kao i podizanje gotovog novca. Razlikuju se debitne i kreditne platne kartice. Debitne kartice izdaju samo banke, a kreditne kartice pored banaka, mogu da izdaju i druge finansijske organizacije.

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Na subjektivnom planu potreban je umišljaj. Ukoliko se radnja izvršenja ostvaruje u vidu pravljenja lažne platne kartice ili preinačenja prave platne kartice, osim direktnog umišljaja zahteva se i postojanje namere da se lažna ili preinačena platna kartica upotrebi kao prava.

Teži oblik krivičnog dela postoji ukoliko je upotrebom lažne platne kartice pribavljena protivpravna imovinska korist bez obzira na njenu visinu. Predviđena kazna je zatvor od jedne do osam godina i novčana kazna (stav 2). Ukoliko je upotrebom lažne kartice pribavljena protivpravna imovinska korist u iznosu preko milion i pet stotina hiljada dinara postojaće najteži oblik ovog krivičnog dela za koji je predviđena kazna zatvora od dve do dvanaest godina i novčana kazna (stav 3).

Odredbom stava 4. inkriminisana je neovlašćena upotreba tuđe platne kartice ili poverljivih podataka koji jedinstveno uređuju tu karticu u platnom prometu. Da bi postojalo krivično delo delatnosti koje predstavljaju radnju izvršenja moraju biti preduzete od strane lica koje za to nije ovlašćeno. Npr. „kada oštećena preda

63 Smatra se da je u Srbiji do sada izdato više od milion različitih platnih kartica.

okrivljenom svoju platnu karticu sa nalogom da na njen tekući račun uplaćuje rate kredita koji mu je oštećena podigla, a okrivljeni platnu karticu iskoristi tako što je za sebe podizao novac sa tekućeg računa oštećene“ (AS u Kragujevcu Kž. 773/12).⁶⁴ Ukoliko je izvršenjem ovog oblika krivičnog dela pribavljena imovinska korist, propisana kazna je ista kao za krivično delo iz stava 2. ovog člana, tj. zatvor od jedne do osam godina i novčana kazna, a ukoliko je ostvarena imovinska korist koja prelazi iznos od milion i pet stotina hiljada dinara, propisana kazna je ista kao za krivično delo iz stava 3. ovog člana, tj. zatvor od dve do dvanaest godina i novčana kazna.

Prvi lakši oblik krivičnog dela postoji ukoliko se nabavi lažna platna kartica u nameri da se upotrebi kao prava. Drugi lakši oblik postoji kada se pribavljaju podaci u nameri da se iskoriste za pravljenje lažne platne kartice (stav 5). Sporno je zašto nabavljanje lažne platne kartice ne predstavlja način izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela budući da je po stepenu društvene opasnosti izjednačeno sa pravljenjem lažne platne kartice i preinačenjem prave platne kartice. Pribavljanje podataka u nameri da se iskoriste za pravljenje lažne platne kartice po svojoj prirodi predstavlja pripremljene radnje koje su inkriminisane kao posebno krivično delo. Ovaj oblik krivičnog dela moguće je izvršiti preduzimanjem bilo koje za to podobne delatnosti, npr. telefonskim razgovorom sa vlasnikom platne kartice pri čemu se izvršilac krivičnog dela predstavi kao bankarski službenik, kopiranjem priznanice o podizanju gotovog novca ili korišćenjem elektronskog uređaja koji se postavlja na bankomat. Predviđena kazna je novčana kazna ili zatvor do tri godine.

U stavu 6. propisano je obavezno izricanje mere bezbednosti oduzimanja predmeta u odnosu na lažne platne kartice.

Falsifikovanje znakova za vrednost (član 226. KZ) – Krivično delo falsifikovanja znakova za vrednost koje je predviđeno u članu 226. KZ je propisano kao samostalno krivično delo donošenjem KZ iz 2006. godine. Do tada je krivičnopravna zaštita znakova za vrednost bila obezbeđena zajedno sa hartijama od vrednosti, tj. istom inkriminacijom. Ovo prvenstveno iz razloga što su oblici radnje izvršenja kod oba krivična dela definisani na isti način.⁶⁵

Osnovni oblik krivičnog dela čini ko napravi lažne ili preinači prave znakove za vrednost u nameri da ih upotrebi kao prave ili da ih drugom na upotrebu ili ko takve lažne znakove upotrebi kao prave ili ih u toj nameri pribavi (stav 1).

Radnja izvršenja može se ostvariti na jedan od sledećih načina: a) pravljenjem lažnih znakova za vrednost, b) preinačenjem pravih znakova za vrednost, v) davanjem (ustupanjem) drugom na upotrebu lažnih ili preinačenih znakova za vrednost i g) upotrebom lažnih znakova za vrednost kao pravih i d) pribavljanjem lažnih znakova za vrednost. Krivično delo je dovršeno okončanjem bilo koje delatnosti koja ima karakter radnje izvršenja.

64 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/7–8, 47.

65 „Uzevši u obzir da je za krivično delo falsifikovanje znakova za vrednost odredbom člana 229. KZ iz 2006. godine propisana teža kazna od kazne koja je za to krivično delo bila predviđena u članu 169. OKZ izreka presude je nerazumljiva jer prvostepeni sud u obrazloženju nije naveo razloge zbog kojih smatra da je u slučaju kada je krivično delo izvršeno početkom 2005. godine, opravdana retroaktivna primena KZ iz 2006. godine“ (AS u Kragujevcu Kž. 2604/10). Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/12, 38.

Objekt radnje jesu znaci za vrednost. Pod znacima za vrednost treba razumeti sve predmete koji su u propisanoj formi od strane ovlašćenih subjekata napravljeni i izdati na osnovu zakona i koji mogu da posluže kao sredstvo plaćanja određenih finansijskih obaveza, usluga i drugo, a koji ne predstavljaju novac. U suštini, znak za vrednost predstavlja dokaz da je lice koje tim znakom za vrednost raspolaže na osnovu prethodnog činjenja, koje po pravilu podrazmeva određeno novčano davanje, steklo pravo da od izdavaoca tog znaka njegovim prezentiranjem zahteva određenu uslugu. Sam znak za vrednost u sebi nema neposredno inkorporisanu vrednost, već samo označava određenu noćanu vrednost koja se realizuje njegovom upotrebom. Pored taksenih i poštanskih maraka, to mogu biti kovrti za pisma na kojima je utisnuta vrednost poštarine, dopisne karte na kojima je utisnuta vrednost poštarine, blanketi na kojima je utisnuta taksena vrednost, metalni ili plastični žetoni za korišćenje automata i uslužnih aparata. Prema stavu sudske prakse, znacima za vrednost smatrane su i markice za prevoz gradskim saobraćajem (OS u Beogradu Kž. 792/92).⁶⁶ Prisutno je mišljenje da ovde spadaju i kontrolne akcizne markice kojima se obeležavaju određeni proizvodi poput, alkoholnih pića i cigareta. Naime, kako se navodi, iako akcizna markica ne sadrži kao sastavni element i oznaku novčane vrednosti, treba je smatrati znakom za vrednost jer u sebi inkorporiše određenu novčanu vrednost poreza na promet proizvoda koji se njima obeležavaju. Takođe se smatra da i formular menice može biti objekt radnje ovog krivičnog dela (sama menica je hartija od vrednosti).⁶⁷ Pod znacima za vrednost u smislu člana 112. stav 24. KZ smatraju se i strani znaci za vrednost. Sporno je da li se znacima za vrednost smatraju i oni koji nisu više u upotrebi, npr. neponištene poštanske marke koje više ne mogu biti upotrebljene za plaćanje poštanskih usluga ali mogu imati filatelističku vrednost. Prema jednom shvatanju, i ovi predmeti se smatraju znacima za vrednost, dok prema drugom, koje smatramo ispravnim, pojam znakova za vrednost treba određivati na isti način kao i kod određivanja pojma novca, što znači da se kao znaci za vrednost ne mogu smatrati oni koji nisu više u upotrebi.⁶⁸ Drugim rečima, krivično delo postoji samo onda kada se prave ili preinačuju oni znaci za vrednost koji su važili u momentu predizimanja radnje izvršenja, tj. u vreme kada su lažni znaci za vrednost napravljeni ili preinačeni. To što su kasnije dati znaci za vrednost prestali da važe, nije značajno za postojanje ovog krivičnog dela (VSS Kzz. 57/97).⁶⁹

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Na subjektivnom planu zahteva se umišljaj. Pravljenje, preinačenje, davanje drugom na upotrebu i pribavljanje lažnih znakova za vrednost pretpostavlja direktni umišljaj i odgovarajuću nameru. Propisana kazna je zatvor do tri godine.

Teži oblik krivičnog dela postoji ako ukupna vrednost znakova iz stava 1. ovog člana prelazi iznos od milion i pet stotina hiljada dinara. Propisana kazna je zatvor do jedne do osam godina (stav 2). Treba reći da je *ratio legis* ove odredbe sporan

66 Z. Stojanović, (2012), 672.

67 *Ibid.*

68 Grupa autora, redaktor N. Srzentić, (1986), 553.

69 Z. Stojanović, (2012), 672.

budući da je s obzirom na pojedinačnu vrednost znakova za vrednost ovaj oblik krivičnog dela u praksi teško ostvariv

Privilegovani oblik krivičnog dela čini ko odstranjivanjem žiga kojim se znaci za vrednost poništavaju ili kojim drugim načinom ide za tim da radi ponovne upotrebe ovim znacima da izgled kao da nisu upotrebljeni ili ko upotrebljene znakove ponovo upotrebi ili proda kao da važe (stav 3).

Radnja izvršenja se može ostvariti na jedan od sledećih načina: a) odstranjivanjem žiga kojim se znaci za vrednost poništavaju, b) na drugi način preinačenjem upotrebljenih znakova za vrednost tako da im se da izgled kao da nisu upotrebljeni u nameri njihove ponovne upotrebe, v) ponovnom upotrebom već upotrebljenih znakova za vrednost i g) prodajom kao važećih prethodno upotrebljenih znakova za vrednost. Radnje izvršenja koje se sastoje u odstranjivanju žiga kojim se znaci za vrednost poništavaju i na drugi način preinačenju upotrebljenih znakova za vrednost tako da im se da izgled kao da nisu upotrebljeni u nameri njihove ponovne upotrebe po svojoj prirodi predstavljaju pravljenje lažnih znakova za vrednost jer se od određenih predmeta koji više nisu znaci za vrednost, budući da su poništeni, stvaraju predmeti koji imaju izgled pravog znaka za vrednost.⁷⁰ Krivično delo je dovršeno okončanjem radnje izvršenja.

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Subjektivnu stranu krivičnog dela čini umišljaj, koji pored ostalog, obuhvata i svest o tome da su u pitanju upotrebljeni znakovi za vrednost. Kada radnja izvršenja podrazumeva drugi način preinačenja upotrebljenih znakova za vrednost tako da im se da izgled kao da nisu upotrebljeni, krivično delo pretpostavlja direktni umišljaj i nameru ponovne upotrebe datih znakova za vrednost.⁷¹ Propisana kazna je novčana kazna ili zatvor do jedne godine.

Načelno posmatrano za postojanje krivičnog dela nije značajno da li je krivično delo učinjeno u odnosu na jedan ili više znakova za vrednost. Bez obzira na broj znakova za vrednost koji je u pitanju postoji jedno krivično delo. Međutim, ako pođemo od prethodno pomenute činjenice da je vrednost pojedinačnih znakova za vrednost veoma mala dolazimo do zaključka da je kod ovog krivičnog dela opravdana primena instituta delo malog značaja (član 18. KZ).

70 D. Atanacković, (1981), 435.

71 Pojam „namere“ usko je povezan sa pojmom „cilja“ pod kojim se uglavnom podrazumeva spoljni objektivni fizički fenomen, koji se kao predstava odražava u svesti nekog lica. Ukoliko predstava o cilju deluje kao motiv za preduzimanje određene radnje, tada se smatra da postoji namera kao isključivo psihički fenomen. Shodno tome, sa namerom postupa ono lice koje pod dejstvom predstave o cilju preduzima određenu radnju da bi ostvarilo dati cilj. Namera se kod jednog broja krivičnih dela javlja kao osnovno (terorizam - namera ugrožavanja ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije /član 391. KZ/ i krađa - namera da se za sebe ili drugog pribavi protivpravna imovinska korist /član 203. KZ/) ili kao dopunsko subjektivno obeležje bića (računarska prevara - namera nanošenja štete drugom /član 301. stav 4. KZ/). Kod pojedinih krivičnih dela zakonodavac nameru ne određuje pojmovno, već sadržinski, tj. navodeći da se delatnosti koje imaju karakter radnje izvršenja preduzimaju „u cilju“ (trgovina ljudima /član 388. KZ/), zatim „radi“ (neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga /član 246. stav 1. KZ) ili „za“ /sopstvenu upotrebu/ (neovlašćeno držanje opojne droge /član 246a stav 1. KZ/), odnosno, kao što je ovde slučaj, „da se ide ‘za tim‘“.

Odredbom stava 4. propisano je obavezno izricanje mere bezbednosti oduzimanje predmeta.

Falsifikovanje znakova, odnosno⁷² državnih žigova za obeležavanje robe, merila i predmeta od dragocenih metala (član 245. KZ) – Do donošenja ZID KZ/2012 ovo krivično delo nosilo je naziv falsifikovanje znakova za obeležavanje robe, mera i tegova. Iako je iz naziva krivičnog dela proizlazilo da se njime osim falsifikovanja znakova za obeležavanje robe inkriminiše i falsifikovanje mera i tegova, ono je, usled propusta zakonodavca, obuhvatalo samo falsifikovanje znakova za obeležavanje robe.

Blanketna priroda ovog krivičnog dela upućuje na primenu odgovarajućih propisa koji su sadržani u sledećim zakonskim aktima: Zakonu o standardizaciji („Službeni glasnik RS“, broj 36/09), Zakonu o žigovima („Službeni glasnik RS“, broj 104/09), Zakonu o mernim jedinicama i merilima („Službeni list SRJ“, br. 80/94, 83/94 i 12/98), Uredbi o određenim zakonskim mernim jedinicama i načinu njihove primene („Službeni glasnik RS“, broj 43/11) i Zakonu o metrologiji („Službeni glasnik RS“, broj 30/10).

Krivično delo falsifikovanje znakova, odnosno državnih žigova za obeležavanje robe, merila i predmeta od dragocenih metala koje je predviđeno u članu 245. KZ ima dva oblika.

Prvi oblik krivičnog dela čini ko u nameri da ih upotrebi kao prave, napravi lažne pečate, žigove, marke ili druge znakove za obeležavanje domaće ili strane robe kojima se žigošu drvo, stoka ili kakva druga roba ili ko u istoj nameri takve prave znakove preinači ili ko takve lažne ili preinačene znakove upotrebi kao prave (stav 1).

Radnja izvršenja je alternativno predviđena i može se ostvariti kao: a) pravljenje lažnih pečata, žigova, marke ili drugih znakova za obeležavanje domaće ili strane robe kojima se žigošu drvo, stoka ili kakva druga roba, b) preinačenje pravih znakova i v) upotreba lažnih ili preinačenih znakova.

Pravljenje lažnih znakova za obeležavanje robe pretpostavlja da postoje pravi znaci i da se oni falsifikuju.⁷³ Preinačenje, podrazumeva njihovo prepravljavanje u smislu dodavanja ili brisanja nečeg što predstavlja sastavni deo znaka za obeležavanje robe. Upotreba lažnih ili preinačenih znakova za vrednost jeste njihovo korišćenje u svrhu kojoj su namenjeni. Krivično delo je dovršeno okončanjem bilo koje delatnosti koja ima karakter radnje izvršenja.

Objekt radnje jesu pečati, žigovi, marke ili drugi znaci za obeležavanje domaće ili strane robe kojima se žigošu drvo, stoka ili kakva druga roba. To su znaci koji su propisani od strane nadležnih državnih organa i koji garantuju određeni kvalitet ili kvantitet neke robe. Po pravilu, dati znaci daju se određenoj robi nakon izvršene kontrole robe od strane ovlašćenih subjekta. Treba naglasiti da to nisu znaci kojima proizvođač obeležava svoju robu radi označavanja vrste, kvaliteta ili drugih karakteristika. Ukoliko bi neko napravio ili upotrebio takve znake, ne bi postojalo ovo, već

72 U pitanju je terminološki neprikladna formulacija.

73 J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957, 457.

krivično delo neovlašćene upotrebe tuđeg poslovnog imena i druge posebne oznake robe ili usluga (član 223. KZ).

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Relevantan oblik krivice je umišljaj. Pravljenje i preinačenje kao načini izvršenja krivičnog dela, pretpostavljaju direktni umišljaj i odgovarajuću nameru. Predviđena kazna je novčana kazna ili zatvor do tri godine.

Drugi oblik krivičnog dela čini ko u nameri da ih upotrebi kao prave napravi lažna uverenja o odobrenju tipa merila i uverenja o overavanju merila, odnosno žigove i druge znakove usaglašenosti kojima se žigošu merila i predmeti od dragocenih metala u smislu propisa kojima se uređuju metrologija i kontrola predmeta od dragocenih metala ili ko u istoj nameri original uverenja, odnosno prave državne žigove i druge znakove usaglašenosti preinači ili ko takva lažna ili preinačena uverenja, odnosno državne žigove i druge znakove usaglašenosti upotrebi kao prave.

Radnja izvršenja je alternativno predviđena i može se ostvariti kao: a) pravljenje lažnih uverenja o odobrenju tipa merila i uverenja o overavanju merila, odnosno žigova i drugih znakova usaglašenosti kojima se žigošu merila i predmeti od dragocenih metala u smislu propisa kojima se uređuju metrologija i kontrola predmeta od dragocenih metala, b) preinačenje original uverenja, odnosno pravih državnih žigova i drugih znakova usaglašenosti i v) upotreba lažnih ili preinačenih uverenja, odnosno državnih žigova i drugih znakova usaglašenosti. Krivično delo je dovršeno preduzimanjem bilo koje radnje izvršenja.

Objekt radnje jesu uverenja o odobrenju tipa merila i uverenja o overavanju merila, odnosno žigova i drugih znakova usaglašenosti kojima se žigošu merila i predmeti od dragocenih metala u smislu propisa kojima se uređuju metrologija i kontrola predmeta od dragocenih metala.

Izvršilac krivičnog dela može biti svako lice. Subjektivnu stranu krivičnog dela čini umišljaj. Pravljenje i preinačenje kao načini izvršenja krivičnog dela, pretpostavljaju direktni umišljaj i odgovarajuću nameru. Predviđena je novčana kazna ili zatvor do dve godine.

Odredbom stava 3. propisano je obavezno oduzimanje lažnih uverenja, državnih žigova i znakova, merila i predmeta od dragocenih metala.

KRIVIČNA DELA FALSIFIKOVANJA KOJA SU PREDVIĐENA U GLAVI KRIVIČNIH DELA PROTIV PRAVNOG SAOBRAĆAJA (GLAVA TRIDESET DRUGA):

Krivična dela protiv pravnog saobraćaja izdvojena su u samostalnu glavu krivičnih dela donošenjem KZ iz 2006. godine.

Grupni zaštitni objekt krivičnih dela sistematizovanih u ovoj glavi jeste pravni saobraćaj. Pravni saobraćaj se odvija upotrebom isprava na osnovu kojih se uspostavljaju, ukidaju ili menjaju određeni pravni odnosi na taj način što se isprave koriste kao dokazi za postojanje pravno relevantnih činjenica. Postoji kako društveni, tako i individualni interes da se u pravnom saobraćaju koriste verodostojne isprave

jer od toga zavisi sigurnost i pouzdanost pravnog saobraćaja. Budući da isprave, odnosno pravni saobraćaj ima veliki značaj za funkcionisanje različitih sfera društvenog života, krivičnoppravna intervencija je neophodna u različitim slučajevima falsifikovanja isprava. Pojam isprave dat je u članu 112. stav 26. KZ.

Ovu glavu čine samo četiri krivična dela, odnosno tri krivična dela falsifikovanja i krivično delo navođenje na overavanje neistinitog sadržaja (član 358. KZ). Pri tome, krivično delo falsifikovanje isprave predstavlja opšte delo falsifikovanja isprava.

Falsifikovanje isprave (član 355. KZ) – Krivično delo falsifikovanje isprave iz člana 355. KZ ima dva oblika: osnovni i teži.

Osnovni oblik krivičnog dela predviđen u stavu 1. čini ko napravi lažnu ispravu, preinači pravu ispravu u nameri da se takva isprava upotrebi kao prava ili ko lažnu ili preinačenu ispravu upotrebi kao pravu ili je nabavi radi upotrebe.

Radnja izvršenja je alternativno predviđena i može se sastojati u jednoj od sledećih delatnosti: a) pravljenju lažne isprave, b) preinačenju isprave, v) upotrebi lažne ili preinačene isprave i g) nabavljanju lažne ili preinačene isprave radi upotrebe. Krivično delo se u svakom slučaju sastoji u određenom činjenju.⁷⁴

Pravljenje lažne isprave podrazumeva stvaranje isprave koja ne potiče od lica koje je navedeno kao njen izdavalac, već je ispravu sačinilo drugo lice, odnosno izvršilac krivičnog dela. Kako se navodi, i pitanju je krivično delo zloupotrebe identiteta (BGHSt 33, 159/160).⁷⁵ To znači da se ne podudaraju lice označeno kao izdavalac isprave i lice koje je ispravu sačinilo (OS u Subotici Kž. 327/07⁷⁶ i OS u Beogradu Kž. 1726/98⁷⁷). Za postojanje krivičnog dela nije bitna sadržina isprave, a ona može biti istinita ili lažna (OS u Subotici Kž. 225/00).⁷⁸

Da bi pravljenje lažne isprave predstavljalo radnju izvršenja krivičnog dela, potrebno je da bude učinjeno u nameri da se isprava upotrebi kao prava bilo od strane lica koje je ispravu sačinilo, bilo od strane nekog drugog lica (OS u Beogradu Kž. 2902/03⁷⁹ i Kž. 1120/04⁸⁰).⁸¹

Preinačenje isprave pretpostavlja postojanje određene isprave i sastoji se u izmeni njene sadržine, npr. brisanjem, dodavanjem reči ili dela teksta ili cifara, promenom interpunkcije i drugo. Potrebno je da se izvršenim izmenama bitno menja sadržina isprave, tj. da se izmene odnose na činjenice koje su od bitnog značaja. Kao i pravljenje lažne isprave, i preinačenje isprave pretpostavlja nameru njene upotrebe.

74 M. Dolenc, *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb, 1930, 289.

75 G. Küpper, *Strafrecht, Besonderer, Teil 1*, Berlin, 2007, p. 105. Tako i H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, p. 408.

76 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/1, 42.

77 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnoppravne materije, treća knjiga*, Beograd, 2000, 180.

78 Z. Stojanović, (2012), 931.

79 I. Simić, (2000), 160.

80 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 177.

81 Dato shvatanje prihvaćeno je kako u teoriji tako i u najvećem broju stranih zakonodavstava i pored toga što postojanje dovršenog krivičnog dela zavisi od namere kao subjektivnog obeležja, koje se, s obzirom na prirodu, u praksi teško dokazuje. J. Tahović, (1957), 587.

Upotreba lažne ili preinačene isprave kao prave znači njeno stavljanje u pravni saobraćaj. Drugim rečima, to je korišćenje isprave u svrhu za koju je namenjena, a to je dokazivanje određene činjenice koja ima značaj za pravne odnose. Samo ona upotreba kojom se ostvaruje neko pravo ili pravni interes, na bazi činjenica koje se tom ispravom dokazuju, predstavlja upotrebu u smislu ovog krivičnog dela.⁸² Npr. „kada okrivljeni preda sudu testament u kome se umesto ostavioca potpisalo drugo lice“ (OS u Beogradu Kž. 516/94).⁸³ Smatra se da je lažna ili preinačena isprava stavljena u pravni saobraćaj kada je njena sadržina saznata od lica kome je upućena (BGHSt 36, 64/65).⁸⁴

Nabavljanje lažne ili preinačene isprave podrazumeva njeno sticanje, tj. preduzimanje bilo koje delatnosti kojom se uspostavlja faktička vlast nad lažnom ili preinačenom ispravom (OS u Beogradu Kž. 2454/99).⁸⁵ Za postojanje krivičnog dela nije značajno na koji je način isprava nabavljena. Neophodno je da je lažna ili preinačena isprava nabavljena radi njene upotrebe od strane bilo kog lica. Međutim, u sudskoj praksi je prisutan i pogrešan stav prema kome nabavljanje lažnih isprava predstavlja pokušaj krivičnog dela (OS u Čačku Kž. 198/08).⁸⁶

Krivično delo je dovršeno preduzimanjem radnje izvršenja, što znači sledeće: a) pravljem lažne isprave ili preinačenjem prave isprave u nameri da se upotrebi kao prava, pri čemu je za postojanje krivičnog dela irelevantno u kom cilju je okrivljeni nameravao da upotrebi falsifikovanu ispravu i da li je lažnu, odnosno preinačenu ispravu uopšte i upotrebio (VSS Kž.I 1267/87);⁸⁷ b) upotrebom prave ili preinačene isprave, pri čemu za postojanje krivičnog dela nema značaja što upotreba lažne isprave nije proizvela dejstvo (OS u Beogradu Kž. 1017/06)⁸⁸ i v) samim nabavljanjem lažne ili preinačene isprave u nameri njene upotrebe, pri čemu za postojanje krivičnog dela nema značaja da li je data isprava i upotrebljena (AS u Kragujevcu Kž. 559/11).⁸⁹

Iako ima i suprotnih shvatanja (OS u Beogradu Kž. 133/04),⁹⁰ treba smatrati da falsifikovanje isprave nije trajno krivično delo (VSS Kzz. 62/06).⁹¹ Ovo iz razloga što trajno krivično delo postoji kada izvršilac protivpravno stanje koje je stvorio nakon toga održava svojom voljom i na taj način krivično delo „obnavlja“ sve do trenutka dok ne odluči da dato protivpravno stanje prekine ili dok ga na to ne prinude spoljne okolnosti. Trajna krivična dela su formalna/delatnosna krivična dela koja su sa jedne strane, formalno dovršena ostvarenjem obeležja bića

82 D. Atanacković, (1981), 557.

83 I. Simić, (1998), 164.

84 G. Küpper, 115.

85 I. Simić, (2000), 180.

86 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/2, 45.

87 I. Simić, *Krivični zakon Srbije, Praktična primena*, Beograd, 1991, 344.

88 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 182.

89 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/2, 43.

90 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 180.

91 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/7, 40.

krivičnog dela, odnosno preduzimanjem radnje izvršenja kojom nastaje protivpravno stanje pri čemu se trajanje radnje izvršenja i nastalog protivpravnog stanja podudaraju, a sa druge strane, ova krivična dela su materijalno dovršena onda kada je dato nepravo ostvareno u punoj meri tj. tek sa prestankom protivpravnog stanja.⁹² Međutim, falsifikovanje isprave je posledično krivično delo čija posledica se sastoji u apstraktnoj opasnosti za funkcionisanje pravnog saobraćaja (OS u Beogradu Kž. 1017/06)⁹³ i ono je dovršeno okončanjem delatnosti koja ima karakter radnje izvršenja, tj. pravljjenjem, preinačenjem, upotrebom ili nabavljanjem prave ili preinačene isprave.

Objekt radnje jeste isprava. Preciznije rečeno, lažna ili preinačena isprava. Prema članu 112. stav 26. KZ, ispravom se smatra svaki predmet podoban ili određen da služi kao dokaz činjenice koja ima značaj za pravne odnose. Ispravom se smatra i računarski podatak. Računarski podatak je svako predstavljanje činjenica, informacija ili koncepta u obliku koji je podesan za njihovu obradu u računarskom sistemu, uključujući i odgovarajući program na osnovu koga računarski sistem obavlja svoju funkciju (član 112. stav 17. KZ). Pojam isprave se u smislu ovog krivičnog dela veoma široko shvata. Prema stavovima sudske prakse, pod ispravom se podrazumevaju: „broj šasije motornog vozila“ (VSS Kž. 622/88⁹⁴ i Kzz. 31/03⁹⁵), „odluka o razrešenju postojećeg i izboru novog direktora“ (AS u Beogradu Kž.2 1793/10),⁹⁶ „kreditno pismo“ (OS u Beogradu Kž. 3199/79),⁹⁷ „vodomer“ (OS u Beogradu Kž. 1927/01),⁹⁸ „izjava o kućnoj zajednici koju su potpisala dva građanina i overila kod nadležnog organa za overu potpisa“ (VSS Kzs. 79/80),⁹⁹ „međunarodni tovarni list“ (OS u Beogradu Kž. 1921/05),¹⁰⁰ „izjava o odricanju od tužbenog zahteva“ (OS u Beogradu Kž. 1717/04),¹⁰¹ „punoćje kojim se advokat ovlašćuje da podnese tužbu nadležnom sudu“ (OS u Beogradu Kž. 1120/04),¹⁰² „uplatnica“ (VSS Kž. 33/89),¹⁰³ „otpremnica JP ‘Srbijašume’“ (VSS Kž.I 1267/87),¹⁰⁴ kao i „saglasnost stanara da se izvrši adaptacija i pripajanje stambenog prostora“ (OS u Beogradu Kž. 2117/06).¹⁰⁵ Ne može se, primera radi, smatrati ispravom: „lažna izjava overena kod suda“ (OS u Beogradu Kž. 1161/01),¹⁰⁶ „pristupnica Sindikatu poštanskih radnika“ (AS u Beogradu Kž.1

92 Vid. P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb, 2004, 134. i 282.

93 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 182.

94 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1989/31–32, 56.

95 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 176.

96 Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/7–8, 42.

97 Bilten Okružnog suda u Beogradu, 1980/9–10, 60.

98 I. Simić, (2002), 181.

99 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1981/1–2, 13.

100 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 271.

101 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 176.

102 *Ibid.*, 177.

103 Sudska praksa, Beograd, 1993/4, 37.

104 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1988/1–2, 14.

105 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 212.

106 I. Simić, (2002), 182.

6444/10),¹⁰⁷ „neoverena fotokopija“ (OS u Beogradu Kž. 543/05,¹⁰⁸ Kž. 459/06¹⁰⁹, OS u Valjevu Kž.1 274/06¹¹⁰ i VSS Kz. 74/08¹¹¹)¹¹² i „molba za dodelu stana“ (OS u Beogradu Kž. 185/86).¹¹³

Izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. Lice koje je podstrekavalo na izvršenje krivičnog dela, odnosno pomoglo u njegovom izvršenju odgovaraće u svojstvu saučesnika u skladu sa opštim pravilima /čl. 34. i 35. KZ/ (OS u Beogradu Kž. 1742/02¹¹⁴ i Kž. 2777/05¹¹⁵).

Ukoliko upotrebu lažne ili preinačene isprave vrši lice koje je lažnu ispravu napravilo, odnosno preinačilo pravu ispravu, postojaće samo upotreba lažne ili preinačene isprave. Dati stav prihvaćen je kako u našoj (OS u Beogradu Kž. 538/06¹¹⁶ i VSS Kž.I 387/78¹¹⁷), tako i nemačkoj sudskoj praksi (BGHSt 5, 291).¹¹⁸

Ukoliko je lice koje je lažnu ili preinačenu ispravu upotrebilo to učinilo više puta u različitim situacijama, postojaće sticaj onoliko krivičnih dela koliko ima preduzetih radnji izvršenja. Kada su ispunjeni zakonom propisani uslovi, moguća je konstrukcija produženog krivičnog dela (član 61. KZ) i to u slučaju višekratne upotrebe jedne lažne ili preinačene isprave u istom cilju ili upotreba dve ili više lažnih ili preinačenih isprava (OS u Beogradu Kž. 1927/01).¹¹⁹

Zastarelost krivičnog gonjenja računa se od dana preuzimanja radnje izvršenja, npr. od dana upotrebe lažne isprave u smislu njene predaje određenom organu (OS u Čačku Kž.130/09¹²⁰ i VSS Kzz. 22/04¹²¹). Ukoliko je u konkretnom slučaju lažna isprava najpre nabavljena, a posle izvesnog vremena upotrebljena, prema stavu sudske prakse zastarelost krivičnog gonjenja se računa od dana preuzimanja prve radnje izvršenja, odnosno nabavljanja lažne isprave (VSS Kzz. 62/06).¹²² Shodno rečenom, neosnovani su sudski stavovi prema kojima „u slučaju kada je

107 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/5, 45.

108 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 181.

109 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 214.

110 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/6, 42.

111 Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/9, 43.

112 Pod ispravom treba razumeti samo originale, a ne i prepise. Originali su isprave koje potiču od njihovog izdavaoca, za razliku od prepisa koji sadrže volju ili misao izdavaoca, ali nisu sačinjeni od izdavaoca. Sami prepisi nemaju dokaznu snagu ako nisu overeni, tj. ako na njima nema potvrde da su verni originalu. Ta potvrda, takođe, predstavlja svojevrsnu ispravu, jer ona sama po sebi predstavlja izjavu koja služi kao dokaz da je sadržina prepisa verna originalu. Prepis treba razlikovati od duplikata koji je takođe original, izdat od strane izdavaoca u više primeraka. D. Atanacković, (1981), 555.

113 Pravni život, Beograd, 1986/4–7, 77–78.

114 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 158.

115 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 180.

116 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 178.

117 Pravni život, Beograd, 1981/11, 118.

118 G. Küpper, 116.

119 I. Simić, (2002), 181.

120 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/10, 41.

121 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 179.

122 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/5, 40.

okrivljeni prilikom zapošljavanja u Narodnoj banci, kadrovskoj službi banke predao lažnu fakultetsku diplomu, a potom posle izvesnog vremena na osnovu lažne diplome postavljen na mesto direktora, treba smatrati da je krivično delo učinjeno kada je okrivljeni lažnu diplomu upotrebio kao pravu, odnosno kada je raspoređen na mesto direktora“ (OS u Beogradu Kž. 2902/03),¹²³ što znači „da rok zastarelosti krivičnog gonjenja ne teče od momenta kada je okrivljeni predao kadrovskoj službi lažnu diplomu, već od momenta otkrivanja krivičnog dela i podnošenja krivične prijave“ (OS u Beogradu Kž. 133/04).¹²⁴

Relevantan oblik krivice je umišljaj (AS u Nišu 5Kž.1 2113/11).¹²⁵ Prilikom pravljenja lažne i preinačenja prave isprave neophodni su direktni umišljaj i namera da se lažna, odnosno preinačena prava isprava upotrebi kao prava (OS u Čacku Kž. 252/00).¹²⁶ Predviđena kazna je zatvor do tri godine.

Teži oblik krivičnog dela predviđen u stavu 2. postoji ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno u pogledu javne isprave, testamenta, menice, čeka, javne ili službene knjige ili druge knjige koja se mora voditi na osnovu zakona. Kvalifikatornu okolnost predstavlja svojstvo objekta radnje. To je lažna ili preinačena javna isprava (VSS Kzp. 346/06¹²⁷ i OS u Subotici Kž. 327/07¹²⁸).

Javna isprava je ona isprava koju je u propisanom obliku izdao državni organ u granicama njegove nadležnosti kao i isprava koju je u takvom obliku izdala druga organizacija ili zajednica u vršenju javnog ovlašćenja koje joj je povereno zakonom ili odlukom državnog organa, zasnovanom na zakonu (OS u Užicu Kž. 402/95).¹²⁹ Kako se navodi, „KZ ne određuje pojam javne isprave, pa je stoga najpravilnije prihvatiti definiciju javne isprave koju sadrže ZPP i ZOUP. Pored toga, javna isprava mora ispunjavati sve uslove koji se zahtevaju za ispravu uopšte. Javnu ispravu karakterišu sledeći konstitutivni elementi: izdavalac pisane isprave mora imati svojstvo državnog organa ili svojstvo druge organizacije ili zajednice koje vrše javna ovlašćenja; ispravu izdaje državni organ u vršenju službene dužnosti u okviru svoje nadležnosti ili organizacija ili zajednica u vršenju javnog ovlašćenja, odnosno u poslovima koje vrše na osnovu javnog ovlašćenja koje im je povereno zakonom ili odlukom zasnovanom na zakonu i isprava mora biti izdata u propisanom obliku“ (OS u Beogradu Kž. 2794/06).¹³⁰

Prema stavovima sudske prakse, pod javnom ispravom podrazumevaju se: „lična karta“ (OS u Beogradu Kž. 42/96¹³¹, Kž. 1205/00¹³², i Kž. 1346/01¹³³), „pasoš“

123 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 160.

124 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 180.

125 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/3, 45.

126 Pravni informator, Beograd, 2002/5, 20.

127 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/4, 38.

128 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/1, 42.

129 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1995/4, 10.

130 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 214.

131 I. Simić, (1998), 125.

132 Sudska praksa, Beograd, 2001/5, 20.

133 I. Simić, (2002), 47.

(VSS Kž.I 1312/83,¹³⁴ OS u Beogradu Kž. 368/01¹³⁵ i OS u Peći Kž. 379/96¹³⁶), „diploma o završenoj školi“ (OS u Beogradu Kž. 1317/05),¹³⁷ „indeks“ (OS u Beogradu Kž. 2609/03),¹³⁸ „bolnička otpusna lista“ (OS u Beogradu Kž. 940/01,¹³⁹ 1050/03¹⁴⁰ i Kž. 655/05¹⁴¹), „potvrda o smrti koju sastavlja lekar doma zdravlja“ (OS u Beogradu Kž. 1790/99),¹⁴² „taksi dozvola“ (OS u Beogradu Kž. 3115/03),¹⁴³ „taksi oznaka“ (OS u Beogradu Kž. 1724/00),¹⁴⁴ „sanitarna knjižica“ (OS u Beogradu Kž. 1992/04),¹⁴⁵ „jednodnevna lovačka dozvola“ (OS u Beogradu Kž. 160/05),¹⁴⁶ „vozačka dozvola“ (OS u Beogradu Kž. 1346/01),¹⁴⁷ odnosno „odjavljena i nevažeća vozačka dozvola“ (OS u Valjevu Kž. 175/99),¹⁴⁸ „saobraćajna dozvola“ (VSS Kzp. 346/06,¹⁴⁹ OS u Subotici Kž. 327/07¹⁵⁰ i AS u Novom Sadu Kž.1 3762/11),¹⁵¹ „registarske tablice“ (VSS Kž. 622/88,¹⁵² Kž. 31/03¹⁵³ i OS u Beogradu Kž. 2301/02¹⁵⁴), „potvrda Privredne komore“ (OS u Beogradu Kž. 576/92),¹⁵⁵ „potvrda koju izdaje veterinarski inspektor o zdravstvenom stanju pošiljke proizvoda životinjskog porekla“ (OS u Beogradu Kž. 832/95)¹⁵⁶ i „isprava koju je izdao JCK u skladu sa Zakonom o upotrebi i zaštiti znaka i naziva Crvenog krsta“ (OS u Beogradu Kž. 1826/96).¹⁵⁷ Iako je u sudskoj praksi prisutan i suprotan stav (OS u Beogradu Kž. 3434/07),¹⁵⁸ ispravno stanovište je da se pod javnom ispravom podrazumeva i isprava koju je izdao državni organ strane države kada se takva isprava može upotrebiti u pravnom saobraćaju naše zemlje (VSS Kzz. 60/97,¹⁵⁹ OS u Beogradu Kž. 3337/03,¹⁶⁰

134 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1984/21–22, 45.

135 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 2001/54, 68.

136 Izbor sudske prakse, Beograd, 1996/7–8, 32.

137 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 185.

138 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 160.

139 I. Simić, (2002), 180.

140 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 164.

141 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 178.

142 I. Simić, (2000), 180.

143 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 180.

144 I. Simić, (2002), 184.

145 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 181.

146 *Ibid.*, 182.

147 I. Simić, (2002), 139.

148 Pravni informator, Beograd, 2002/6, 46.

149 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/4, 36.

150 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/1, 42.

151 Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Novom Sadu, Novi sad, 2012/4, 140.

152 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1989/31–32, 57.

153 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 176.

154 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 161.

155 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, Prva knjiga*, Beograd, 1994, 56.

156 Bilten okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1996/44, 66.

157 I. Simić, (1998), 163.

158 Z. Stojanović, 933.

159 I. Simić, (2000), 181.

160 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 159.

Kž. 3201/03,¹⁶¹ Kž. 2544/06¹⁶² i AS u Kragujevcu Kž. 559/11¹⁶³). Ne može se smatrati javnom ispravom, npr. „štambilj sa otiskom dozvole za boravak stranaca u našoj zemlji“ (OS u Beogradu Kž. 1877/01),¹⁶⁴ „legitimacija Savezne uprave carina koju Carina nikad nije izdavala“ (VSS Kzp. 26/04),¹⁶⁵ „recept kojim lekar propisuje izdavanje određenog leka“ (OS u Nišu Kž. 2/08),¹⁶⁶ „platna kartica“ (VSS 1289/86)¹⁶⁷ i „račun za isplatu ugovorenih radova“ (VVS IIK 338/86).¹⁶⁸

Pojmove „testament“, „menica“ i „ček“ treba shvatiti u skladu sa odgovarajućim propisima koji su sadržani u sledećim zakonima: Zakonu o nasleđivanju („Službeni glasnik RS“, br. 46/95 i 101/03), Zakonu o menici („Službeni list SRJ“, broj 46/96) i Zakonu o čeku („Službeni list SRJ“, broj 46/96).

Radnja izvršenja se ostvaruje na isti način kao i kod osnovnog oblika krivičnog dela, što znači: a) pravljem lažne javne isprave, npr. „kada je okrivljeni napravio lažni ček u nameri da ga upotrebi kao pravi tako što je ček strane banke obradio na računaru i odštampao izgled čeka na paus papiru, a zatim sačinio matricu i u štampariji štampao blanko čekove“ (VSS Kž. 612/96)¹⁶⁹ i „kada okrivljeni na blanko čekove, u nameri da ih upotrebi kao prave, unese neistinite podatke potrebne za njegovu formalnu valjanost, kao što su: mesto, datum izdavanja, naplaćeni iznos, naziv korisnika i potpis drugog lica kao vlasnika i tako prikaže da je potpisanom licu te čekove izdala označena banka“ (OS u Beogradu Kž. 859/86);¹⁷⁰ b) preinačenjem javne isprave, npr. „zamenom u pasošu dve stranice koje služe za izdavanje viza“ (VSS Kž.I 1312/83),¹⁷¹ „kada okrivljeni u svom pasošu varikinom kao hemijskim sredstvom izbriše podatke o zabrani ulaska u Češku“ (OS u Peći Kž. 37/96)¹⁷² i „kada okrivljeni u potvrdi privredne komore izbriše deo teksta i umesto toga na svojoj pisačoj mašini otkuca da se takva roba ne proizvodi u zemlji“ (OS u Beogradu Kž. 576/92);¹⁷³ v) upotrebom lažne ili preinačene javne isprave, npr. „kada okrivljeni preda sudu testament u kome se umesto ostavioca potpisalo drugo lice“ (OS u Beogradu Kž. 516/94),¹⁷⁴ „kada okrivljeni upotrebi lažnu vozačku dozvolu kao da je prava na taj način što je prilikom kontrole saobraćaja preda na uvid radnicima saobraćajne policije“ (OS u Valjevu Kž. 175/99),¹⁷⁵ „kada okrivljeni

161 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 182.

162 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 214.

163 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/2, 43.

164 I. Simić, (2002), 183.

165 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 177.

166 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/9, 42.

167 I. Simić, (1991), 348.

168 Zbirka sudskih odluka Vrhovnog vojnog suda, Beograd, 2002/III, 50.

169 I. Simić, (1998), 163.

170 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1986/25–26, 51.

171 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1984/21–22, 45.

172 Izbor sudske prakse, Beograd, 1996/7–8, 32.

173 I. Simić, (1994), 55.

174 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1995/43, 87.

175 Pravni informator, Beograd, 2002/6, 46.

na glavnom pretresu predoči svoju putnu ispravu u kojoj je utisnut lažni štambilj graničnog prelaza Horgoš“ (OS u Beogradu Kž. 361/01),¹⁷⁶ „kada okrivljeni u postupku za vanredno ublažavanje kazne uz podneti zahtev priloži i otpusnu listu sa epikrizom Urgentnog centra, koju je pribavio na neutvrđeni način, a koja nikad nije izdata od strane označene medicinske ustanove i čija je sadržina neistinita“ (OS u Beogradu Kž. 940/01)¹⁷⁷ „kada okrivljeni u klubu za iznajmljivanje sega igara prezentuje ličnu kartu drugog lica na kojoj je bila zalepljena njegova fotografija“ (OS u Beogradu Kž. 1205/00),¹⁷⁸ „kada okrivljeni prilikom sačinjavanja ugovora o zakupu stana sa privatnim zakupodavcem upotrebi lažnu ličnu kartu“ (OS u Beogradu Kž. 1921/05)¹⁷⁹ i „kada okrivljeni u Okružnom zatvoru u Beogradu podnese lažni nalaz konzilijuma lekara radi odobrenja za prekid izdržavanja kazne zatvora“ (OS u Beogradu Kž. 3174/05)¹⁸⁰ i g) nabavljanjem lažne ili preinačene javne isprave radi upotrebe, npr. „kada okrivljeni nabavi lažnu italijansku boravišnu dozvolu na svoje ime“ (AS u Kragujevcu Kž. 559/11).¹⁸¹ Krivično delo je dovršeno okončanjem radnje izvršenja.

Kao i u prethodnom slučaju, i ovde je moguća konstrukcija produženog krivičnog dela (OS u Beogradu Kž. 532/02,¹⁸² Kž. 2126/05,¹⁸³ Kž. 2375/03¹⁸⁴ i Kž. 1346/01¹⁸⁵).

Izvršilac krivičnog dela može biti svako lice. Relevantan oblik krivice je direktni umišljaj koji pretpostavlja i postojanje odgovarajuće namere (OS u Čačku Kž. 54/09¹⁸⁶ i OS u Beogradu Kž. 2618/05¹⁸⁷). Predviđena kazna je zatvor od tri meseca do pet godina.

U stavu 3. propisano je da je kažnjiv pokušaj krivičnog dela iz stava 1. ovog člana.

Posebni slučajevi falsifikovanja isprave (član 356. KZ) – Odredbom člana 356. KZ predviđeno je pet posebnih oblika krivičnog dela falsifikovanja isprave. Kako se ističe u sudskoj praksi, „što se tiče posebnih slučajeva falsifikovanja isprave iz člana 356. KZ, tu je reč o posebnim oblicima krivičnog dela falsifikovanja isprave i otuda sva ova dela treba kvalifikovati kao falsifikovanje isprave iz člana 355. KZ sa pozivom na odgovarajuću tačku člana 356. KZ u kojoj je predviđen poseban slučaj falsifikovanja isprave“ (VSS Kž. 671/08).¹⁸⁸

176 I. Simić, (2002), 181.

177 Sudska praksa, Beograd, 2003/1, 15.

178 Sudska praksa, Beograd, 2001/5, 20.

179 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 179.

180 *Ibid.*, 180.

181 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/2, 43.

182 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 161.

183 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 183.

184 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 181.

185 I. Simić, (20002), 47.

186 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/4, 41.

187 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 181.

188 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3, 37.

U prvom slučaju krivično delo čini ko hartiju, blanket ili drugi predmet na kojem je neko lice stavilo svoj potpis neovlašćeno popuni izjavom koja ima vrednost za pravne odnose.

Sušтина krivičnog dela je zloupotreba blanko datog potpisa. Za postojanje krivičnog dela nije značajno iz kog razloga je neko lice prethodno stavilo svoj potpis na hartiju, blanket ili drugi predmet. Bitno je da se na blanko potpisanu hartiju unosi određena izjava. Izjava mora imati vrednost za pravne odnose i mora biti uneta neovlašćeno. Krivično delo je dovršeno samim popunjavanjem hartije, blanketa ili drugog predmeta, tj. unošenjem izjave koja ima vrednost za pravne odnose. Ne traži se da je nakon neovlašćenog popunjavanja hartije, blanketa ili drugog predmeta došlo do njegove upotrebe.

U drugom slučaju krivično delo čini ko drugog obmane o sadržaju isprave i ovaj stavi svoj potpis na tu ispravu, smatrajući da se potpisuje pod drugu ispravu ili pod drugi sadržaj.

Sušтина krivičnog dela jeste zloupotreba poverenja nekog lica. Krivično delo je dovršeno kada lice koje smatrajući da se potpisuje pod drugu ispravu ili pod drugi sadržaj stavi svoj potpis na određenu ispravu. Npr. „kada okrivljeni navede oštećenog da potpiše ispravu označenu kao pisani testament predstavljajući mu da je reč o punomoćju za banku“ (OS u Beogradu Kž. 1328/89)¹⁸⁹ i „kada okrivljena navede oštećenu koja je stara 91 godinu i nepismena da potpiše predlog za povlačenje tužbe koju je podnela sudu za raskid ugovora o doživotnom izdržavanju sa suprugom okrivljene kao davaocem izdržavanja, govoreći joj pri tome da potpisuje saglasnost da je okrivljena odvede u Suboticu jer će Beograd biti bombardovan, što je oštećena potpisala otiskom kažiprsta“ (OS u Beogradu Kž. 2524/97).¹⁹⁰

U trećem slučaju krivično delo čini ko ispravu izda u ime drugog lica bez njegovog ovlašćenja ili u ime lica koje ne postoji. Ovde se krivično delo ostvaruje na dva načina.

Prvi način je kada neko lice izda ispravu u ime drugog lica bez njegovog ovlašćenja. Npr. „kada okrivljeni bez znanja i ovlašćenja svog direktora, koji je jedini bio ovlašćen da to učini, potpiše ugovor o zakupu stana“ (OS u Beogradu Kž. 1942/99).¹⁹¹

Drugi način je kada neko lice izda ispravu u ime drugog lica koje ne postoji. Npr. „kada okrivljeni nakon smrti davaoca ovlašćenja potpiše ugovor u njegovo ime, a danom smrti tog lica prestala su sva ovlašćenja na osnovu punomoćja“ (OS u Beogradu Kž. 1726/98)¹⁹² i „kada okrivljeni potpiše ovlašćenje kojim ovlašćuje auto-moto klub da može da registruje putničko vozilo i potpiše polis osiguranja za registraciju vozila u ime lica koje je umrlo“ (OS u Beogradu Kž. 845/97).¹⁹³

189 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1991/35–36, 79.

190 I. Simić, (1998), 165.

191 I. Simić, (2000), 182.

192 Z. Stojanović, O. Perić, (2012), 307.

193 I. Simić, (1998), 164.

Kod oba načina izvršenja za postojanje krivičnog dela potrebno je da izvršilac „potpiše ispravu svojim imenom, uz naznačenje da to čini po ovlašćenju izdavaoca isprave“ (OS u Nišu Kž. 2/08).¹⁹⁴ Krivično delo je dovršeno kada je isprava izdata.

U četvrtom slučaju krivično delo čini ko kao izdavalac isprave uz svoj potpis stavi da ima položaj, čin ili zvanje iako nema takav položaj, čin ili zvanje, a ovo ima bitan uticaj na dokaznu snagu isprave.

Reč je o ispravi koja je prava u pogledu sadržine, potpisa i njenog izdavaoca, ali izdavalac isprave nema položaj, čin ili zvanje koje je u ispravi naveo. Potrebno je da navođenje položaja, čina ili zvanja ima bitan uticaj na dokaznu snagu isprave. Krivično delo je dovršeno kada izdavalac isprave uz svoj potpis stavi da ima položaj, čin ili zvanje koje nema. Npr. „kada se okrivljeni u odluci o uvođenju centralnog grejanja u zgradu potpiše kao predsednik skupštine stanara, iako skupština stanara navedene zgrade ne postoji“ (OS u Beogradu Kž. 3167/06¹⁹⁵ i Kž. 1286/01¹⁹⁶) i „kada okrivljeni u troškovniku koji je predao sudu uz svoj potpis stavi da ima zvanje advokata i pored toga što je ispisan iz Advokatske komore, a to je imalo bitan uticaj na dokaznu snagu isprave“ (OS u Beogradu Kž. 1017/06).¹⁹⁷

U petom slučaju krivično delo čini ko ispravu načini na taj način što neovlašćeno upotrebi pečat ili znak.

Krivično delo se sastoji u pravljenju isprave neovlašćenom upotrebom pečata ili znaka. Pečat ili znak koji se upotrebljavaju prilikom pravljenja isprave jesu pravi, ali je njihova upotreba neovlašćena.

Iako kao ispravan treba uzeti stav da krivično delo postoji „kada okrivljeni na svoje vozilo stavi registarske tablice koje pripadaju drugom vozilu kome je istekla registracija i na taj način neovlašćeno upotrebi pravi znak o registraciji vozila“ (OS u Beogradu Kž. 2209/91,¹⁹⁸ isto: Kž. 2158/90,¹⁹⁹ OS u Subotici Kž. 504/02²⁰⁰ i OPS u Šidu K. 55/09²⁰¹), ima i mišljenja da „okrivljeni na taj način nije sačinio ispravu, već je upotrebio lažnu javnu ispravu kao pravu“ (OS u Užicu Kž. 419/95,²⁰² isto: Kž. 618/07,²⁰³ OS u Beogradu Kž. 293/96,²⁰⁴ Kž. 1163/99,²⁰⁵ AS u Nišu 5Kž.1 2113/11²⁰⁶ i VSS Kž. 622/08²⁰⁷). Takođe, prisutan je stav da krivično delo postoji „kada okrivljeni montira taksu oznaku na putničko vozilo koje nije bilo

194 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/9, 42.

195 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 215.

196 I. Simić, (2002), 184.

197 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 175.

198 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1992/37–38, 64.

199 I. Simić, (1994), 12.

200 Z. Stojanović, (2012), 936.

201 Neobjavljena sudska odluka doneta 18. maja 2009. godine.

202 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1995/4, 9.

203 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/10, 37.

204 I. Simić, (1998), 163.

205 I. Simić, (2000), 180.

206 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/3, 45.

207 Z. Stojanović, (2012), 936.

registrovano za obavljanje taksi delatnosti“ (OS u Beogradu Kž. 2195/95,²⁰⁸ isto i Kž. 1724/00²⁰⁹).

Budući da je reč o posebnim oblicima krivičnog dela falsifikovanja isprave iz člana 355. KZ, i ovde važi sve što je za to krivično delo rečeno u vezi sa radnjom izvršenja, subjektivnim obeležjima bića i predviđenom kaznom.

Falsifikovanje službene isprave (član 357. KZ) – Krivično delo falsifikovanja službene isprave predviđeno u članu 357. KZ, podrazumeva da je isprava izdata od strane ovlašćenog službenog lica, ali da je njena sadržina neistinita.

Osnovni oblik krivičnog dela predviđen u stavu 1. čini službeno lice koje u službenu ispravu, knjigu ili spis unese neistinite podatke ili ne unese važan podatak ili svojim potpisom, odnosno službenim pečatom overi službenu ispravu, knjigu ili spis sa neistinitom sadržinom ili koje svojim potpisom, odnosno službenim pečatom omogućiti pravljenje službene isprave ili spisa sa neistinitom sadržinom.

Shodno zakonskoj odredbi, krivično delo iz ovog stava može se ostvariti na nekoliko načina.

Prvi način je unošenje neistinitih podataka u službenu ispravu, knjigu ili spis ili neunošenje nekog važnog podatka. Krivično delo se ostvaruje činjenjem ili nečinjenjem kojim nastaje lažna službena isprava, knjiga ili spis. Npr. „kada okrivljeni kao poslovođa prodavnice po prijemu uredne dokumentacije za kupovinu robe na kredit, korisniku kredita umesto robe daje novac iz pazara u visini vrednosti robe, a sačini račun u kojem navede da je robu prodao na kredit“ (OS u Leskovcu Kž. 270/77);²¹⁰ „kada okrivljena kao poslovođa prodavnice u službenu ispravu unese da je određena roba prodana, a zatim ispravu overi svojim potpisom i službenim pečatom i dostavi obračunskoj službi kao razduženje iako data roba nije bila prodana već se nalazila u prodavnici“ (OS u Beogradu Kž. 2045/95);²¹¹ „kada okrivljeni kao poslovođa prodavnice preinačava popisne liste u pogledu podataka o stanju svog poslovanja“ (VSS Kž.I 363/79);²¹² „kada okrivljeni kao blagajnik u isplatnim listama navede netačne podatke upisujući imena sezonskih radnika koji nisu radili i na taj način prikaže nepostojeći rad i isplatu zarada“ (OS u Beogradu Kž. 13/96);²¹³ „kada okrivljeni kao direktor preduzeća u stečaju u zahtev za izdavanje viza kartice na ime trećeg lica unese lažne podatke da je to lice u njegovom preduzeću zaposleno kao komercijalista i unese lični dohodak za to lice i nakon toga ispravu overi svojim potpisom i pečatom preduzeća“ (OS u Beogradu Kž. 331/02);²¹⁴ „kada okrivljeni kao poštonoša unese neistinit podatak u službenu knjigu preporučenih pošiljaka i navede da je sudsku pošiljku predao primaocu, iako to nije učinio, već je primaoca na povratnici sam potpisao“ (OS u Beogradu Kž. 2059/98)²¹⁵ i „kada okrivljeni kao

208 Sudska praksa, Beograd, 1996/5, 23.

209 Sudska praksa, Beograd, 2001/6, 24.

210 I. Simić, (1991), 375.

211 Sudska praksa, Beograd, 1996/3, 20.

212 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1985/23–24, 44.

213 Sudska praksa, Beograd, 1996/5, 24.

214 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 167.

215 I. Simić, (2000), 189.

referent u sudu unese u izvod iz zemljišnih knjiga neistinit podatak da na nepokretnosti nema tereta iako je za tu nepokretnost radi obezbeđenja potraživanja već bilo upisano založno pravo“ (OS u Beogradu Kž. 471/96).²¹⁶

Neistiniti podaci koji se unose, odnosno istiniti podaci koji se ne unose u službenu ispravu, knjigu ili spis moraju biti važni, tj. značajni za određene odnose. Otuda, nema krivičnog dela „u slučaju kada je na službenu ispravu, tj. rešenje neosnovano stavljena potvrda konačnosti i izvršnosti jer data potvrda nije sastavni deo rešenja i time nije izmenjena sadržina službene isprave“ (VKS Kzz. 115/10).²¹⁷

Drugi način je da službeno lice svojim potpisom, odnosno službenim pečatom overi službenu ispravu, knjigu ili spis sa neistinitom sadržinom. To znači da službeno lice svojim potpisom, odnosno službenim pečatom verifikuje službenu ispravu, knjigu ili spis čija sadržina ne odgovara objektivnom stanju stvari. Npr. „kada okrivljeni kao računopolagač svojim potpisom overi popisne liste za koje zna da su neistinite sadržine“ (VSS Kž. 852/87);²¹⁸ „kada okrivljeni kao službenik za overe opštinske uprave u knjizi overe overi punomoćje za prodaju vozila u ime nepostojećeg lica“ (OS u Beogradu Kž. 1459/06)²¹⁹ i „kada okrivljeni kao sekretar komunalnog preduzeća svojim potpisom overi da je određeni pravilnik preduzeća usvojen na referendumu, iako referendum nije bio održan“ (OS u Beogradu Kž. 976/96).²²⁰

Treći način je da službeno lice svojim potpisom, odnosno službenim pečatom omogućiti pravljenje službene isprave, knjige ili spisa sa neistinitom sadržinom. Krivično delo se ostvaruje tako što službeno lice stavlja svoj potpis, odnosno pečat na službenu ispravu, knjigu ili spis u koji će naknadno biti uneti neistiniti podaci ili će prilikom unošenja odgovarajuće sadržine biti izostavljeni važni podaci.

Delo je dovršeno preduzimanjem bilo koje delatnosti koja ima karakter radnje izvršenja. Za postojanje krivičnog dela nije značajno da li je falsifikovana službena isprava upotrebljena kao prava (OS u Beogradu Kž. 331/02).²²¹ Kako se ističe, „da bi se na nesumnjiv način dokazalo da je okrivljeni izvršio falsifikovanje službene isprave, sud mora pred sobom imati originalne dokumente, odnosno dokumente na osnovu kojih se može obaviti veštačenje, a ne fotokopije dokumenata“ (AS u Nišu Kž.1 3427/10).²²²

Iako ima mišljenja da je krivično delo falsifikovanja službene isprave posledično krivično delo čija se posledica sastoji u apstraktnoj opasnosti za odvijanje pravnog saobraćaja,²²³ treba smatrati da je u pitanju delatnosno krivično delo kod koga posledica nije predviđena kao obeležje bića. Otuda, nije suvišno napomenuti da u slučaju kada se navodi da „odsustvo materijalne štete kod krivičnog dela falsifikovanje službene isprave, ne znači i odsutnost štetnih posledica“ (OS u Nišu Kž.

216 I. Simić, (1998), 184.

217 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/6, 40.

218 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1989/2, 19.

219 I. Simić, A. Trešnjev, (2008), 216.

220 I. Simić, (1998), 173.

221 I. Simić, A. Trešnjev, (2002), 189.

222 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/10, 38.

223 I. Simić, (1991), 373.

367/78)²²⁴ u vidu treba imati posledicu u širem smislu, odnosno posledicu koja pogađa zaštitni objekt i koja ima značaj prilikom procene društvene opasnosti nekog ponašanja, odnosno posledicu koju procenjuje zakonodavac kada donosi odluku o tome da li će neko ponašanje predvideti kao krivično delo.²²⁵

Objekt radnje jesu službena isprava, knjiga ili spis. Kako se navodi, „to podrazumeva da činjenični opis dela treba da sadrži tačan naziv svake pojedine isprave, knjige ili spisa kako bi se oni mogli kvalifikovati kao službene isprave“ (OS u Subotici Kž. 399/08).²²⁶ Pored originalne službene isprave, objekt radnje može biti i „overena fotokopija službene isprave budući da je podobna da služi kao dokaz u pravnom saobraćaju“ (OS u Beogradu Kž. 1380/91).²²⁷ Shodno tome, ukoliko je reč o neoverenoj fotokopiji službene isprave nema krivičnog dela jer nedostaje bitno obeležje bića, a to je objekt radnje krivičnog dela. Otuda, čudi stav Četvrtog Opštinskog suda u Beogradu da „upotreba lažne fotokopije otpremnice predstavlja nepodoban pokušaj krivičnog dela“ (K. 2013/19).²²⁸

Službena isprava jeste oblik javne isprave. Pojam isprave treba shvatiti na način kako je određeno u članu 112. stav. 26. KZ. Pojam javne isprave treba shvatiti na način kako je određeno u kontekstu krivičnog dela falsifikovanja isprave (član 355. KZ). Shodno tome, službene isprave su isprave koje izdaje službeno lice u vršenju svoje službene dužnosti i koje služe kao dokaz određene pravno relevantne činjenice (OS u Valjevu Kž.I 309/9).²²⁹ Kako se ističe „u trenutku izvršenja krivičnog dela mora da postoji službena isprava kako u materijalnom, tako i u formalnom smislu, tj. isprava mora imati sve sastavne delove i formalno mora biti konstituisana kao službena isprava jer samo pravno perfekuirana službena isprava može biti podobna ili određena da služi kao dokaz činjenice koja ima vrednost za pravne donose“ (VVS IIK. 503/85).²³⁰ Smatra se da objekt radnje može biti i isprava koja nije izdata od strane službenog lica ukoliko predstavlja sastavni deo službene dokumentacije i ukoliko služi kao dokaz određenih činjenica koje imaju značaj za službene odnose (VSS IIK. 166/78).²³¹

Primeri radi, službene isprave su: „popisna lista za popis robe u magacinu“ (OS u Beogradu Kž. 610/02),²³² „popisna lista stovarišta“ (OS u Beogradu Kž. 1030/05),²³³ „putni nalog za službena putovanja u inostranstvo“ (OS u Beogradu Kž. 315/02),²³⁴ odnosno „putni račun službenog ili odgovornog lica“ (stav sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 20. decembra 1972. godine),²³⁵

224 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1985/23–24, 43.

225 Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2012, 97.

226 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/11, 38.

227 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1992/37–38, 66.

228 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1992/37–38, 65.

229 Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/3, 43.

230 Zbirka sudskih odluka Vrhovnog vojnog suda, Beograd, 2002/III, 77

231 Z. Stojanović, (2012a), 198.

232 I. Simić, A. Trešnjev, (2004), 165.

233 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 186.

234 I. Simić, A. Trešnjev, (2002), 190.

235 I. Simić, (1991), 372.

„brodski dnevnik“ (VSS Kzp. 553/07)²³⁶ i „saglasnost Vojnograđevinske direkcije Beograd koju je zavelo, overilo i potpisalo ovlašćeno lice“ (VVS IIK. 249/97).²³⁷ Službene knjige su knjige koje u skladu sa odgovarajućim propisima vode službena lica u okviru vršenja službene dužnosti, i to su, npr. matične knjige rođenih, venčanih i umrlih i knjigovodstvene i blagajničke knjige. Službeni spisi su dokumenti koji nastaju u vršenju službe ili u vezi sa njom i u zavisnosti od konkretnog slučaja obuhvataju samo dokumenta koja je sačinilo službeno lice u vršenju službe ili u vezi sa njom ili obuhvataju dokumenta i odgovarajuće podneske učesnika u određenim postupcima.

Izvršilac krivičnog dela je službeno lice. Pojam službenog lica određen je u članu 112. stav 3. KZ. Otuda, nema krivičnog dela u slučaju „kada je okrivljeni falsifikovanu službenu ispravu sačinio nakon što je bio razrešen dužnosti direktora kada je nad njegovim preduzećem bio otvoren stečaj jer je izgubio svojstvo službenog lica“ (VSS Kž. 671/08).²³⁸

U skladu sa odredbom stava 3. ovog člana, izvršilac krivičnog dela može biti i odgovorno lice. Pojam odgovornog lica određen je u članu 12. ZID KZ/2012, tj. u članu 112. stav 5. KZ. Primera radi, ne može imati svojstvo odgovornog lica „predsednik upravnog odbora manjinskih akcionara preduzeća koje nije registrovano“ (OS u Subotici Kž. 570/08).²³⁹ Kako se navodi, „okrivljena koja je u oštećenoj radnoj organizaciji radila po ugovoru na određeno vreme nije imala svojstvo odgovornog lica i stoga preduzetim radnjama falsifikovanja nije izvršila krivično delo falsifikovanja službene isprave već krivično delo falsifikovanja isprave“ (VSS Kž.I 70/82),²⁴⁰ odnosno, „okrivljeni kao poslovođa prodavnice prilikom preinačavanja popisne liste u pogledu podataka o stanju njegovog poslovanja nije postupao kao odgovorno lice jer su popisne liste prethodno sačinili i svojim potpisima overili članovi popisne komisije kao odgovorna lica i stoga ne čini krivično delo falsifikovanje službene isprave, već krivično delo falsifikovanje isprave“ (VSS Kž.I 363/79).²⁴¹

Lice koje je podsticalo na izvršenje krivičnog dela, odnosno pomagalo u njegovom izvršenju odgovaraće u svojstvu saučesnika prema opštim pravilima (čl. 34. i 35. KZ). U skladu sa tim je i stav sudske prakse da je „izvršilac krivičnog dela prvookrivljeni koji je u službene isprave, tj. radne knjižice unosio neistinite podatke. Budući da takav način rada u opštem sektoru preduzeća ne bi bio moguć bez naloga drugookrivljenog koji je direktor sektora, treba smatrati da je na taj način ostvareno saučesništvo u vidu podstrekavanja“ (VSS Kzz. 7/05).²⁴²

Relevantan oblik krivice je umišljaj (VSS Kž.I 464/83²⁴³ i OS u Beogradu Kž. 789/04²⁴⁴). Predviđena kazna je zatvor od tri meseca do tri godine.

236 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/6, 33.

237 Zbirka sudskih odluka Vrhovnog vojnog suda, Beograd, 2002/III, 79.

238 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3, 37.

239 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/7–8, 45.

240 Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1984/21–22, 45.

241 Bilten okružnog suda u Beogradu, Beograd, 1985/23–24, 44.

242 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/5, 40.

243 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1984/1, 18.

244 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 189.

Odredbom stava 2. predviđen je drugi oblik krivičnog dela koji čini službeno lice koje neistinitu službenu ispravu, knjigu ili spis upotrebi u službi kao da su istiniti, ili koje službenu ispravu, knjigu ili spis uništi, prikrije, u većoj meri ošteti ili na drugi način učini neupotrebljivim.

Radnja izvršenja je alternativno propisana i može se ostvariti na dva načina. Prvi način izvršenja je upotreba neistinite službene isprave, knjige ili spisa. Drugi način izvršenja je uništenje, prikrivanje, oštećenje u većoj meri ili na drugi način činjenje neupotrebljivim službene isprave, knjige ili spisa. Upotreba neistinite službene isprave, knjige ili spisa podrazumeva njihovo korišćenje u vršenju službe kao da su istiniti. Npr. „kada je službeno lice – policajac u zapisnik o uviđaju uneo neistinite podatke u pogledu tačnog mesta na kome se dogodila nezgoda i, takođe, u zapisniku naveo da je izvršeno alkotestiranje vozača na licu mesta, iako u listingu o alkotestiranju o tome nema podataka, a nakon toga neistinitu službenu ispravu u službi upotrebio kao da je istinita podneviši je porodici oštećene“ (AS u Nišu Kž.1 1465/10)²⁴⁵ i „kada je okrivljena kao materijalni knjigovođa prilikom knjiženja unosila podatke iz prijemnica sačinjenih na osnovu fiktivnih faktura, odnosno neistinitu službenu ispravu upotrebljavala u službi kao podlogu za sačinjavanje druge službene isprave“ (VSS Kž.1 865/79).²⁴⁶

Uništenje službene isprave, knjige ili spisa znači preduzimanje bilo koje delatnosti koja dovodi do njihovog potpunog fizičkog uništenja koje podrazumeva nemogućnost korišćenja, npr. cepanjem. Prikrivanje službene isprave, knjige ili spisa vrši se njihovim stavljanjem na mesto koje je nepoznato određenom krugu lica. Oštećenje je delimično uništenje koje mora biti u većoj meri. To se procenjuje s obzirom na mogućnost daljeg korišćenja službene isprave, knjige ili spisa. Činjenje na drugi način neupotrebljivim pretpostavlja preduzimanje bilo kog činjenja ili nečinjenja koje za posledicu ima nemogućnost korišćenja službene isprave, knjige ili spisa. Npr. „kada je okrivljeni pocepao i spalio pregled poslovanja ugostiteljskog objekta koji je na osnovu podataka iz sveske putem koje je vršena primopredaja dnevnog pazara između konobara i upravnika objekta, kao i zvanične dokumentacije, sačinila komisija od tri člana koju je imenovao direktor“ (VSV Kžz. 1/80).²⁴⁷

Kao i kod prvog oblika, i ovde je izvršilac krivičnog dela službeno lice. U skladu sa odredbom stava 3. ovog člana, izvršilac krivičnog dela može biti i odgovorno lice.

Relevantan oblik krivice je umišljaj. Kada je u pitanju upotreba kao način izvršenja krivičnog dela, umišljaj učinioaca, pored ostalih obeležja, treba da obuhvati i svest o neistinitosti službene isprave, knjige ili spisa. Predviđena kazna je ista kao i kod prvog oblika: zatvor od tri meseca do pet godina.

Najzad, treba reći i to da po pitanju mogućnosti primene instituta delo malog značaja u slučaju krivičnog dela falsifikovanja službene isprave, u sudskoj praksi postoje oprečni stavovi, pa tako OS u Čačku navodi da smatra da su ispunjeni uslovi za primenu ovog instituta (nezatne društvene opasnosti) u slučaju „kada je okrivljeni potpisao službenu ispravu sa neistinitom sadržinom – da je na zasedanju upravnog

245 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/11, 38.

246 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1980/7–8, 2.

247 Pravni život, Beograd, 1980/6–7, 106.

odbora, koje nije bilo održano, doneta odluka da se jedan deo zdravstvenog centra pripoji drugom delu, jer je neposredno nakon toga upravni odbor zasedao i doneo datu odluku“ (Kž. 165/04),²⁴⁸ da bi nešto kasnije isti sud stao na stanovište da „zbog značaja dobra koje se krivičnim delom štiti kao i visine zaprećene kazne nema uslova za primenu ovog instituta“ (Kž. 254/05).²⁴⁹

ZAVRŠNE NAPOMENE

Nakon analize pojedinih obeležja bića krivičnih dela falsifikovanja potrebno je izvršiti i njihovo razgraničenje od srodnih i drugih krivičnih dela i razmotriti pitanje sticaja.

U tom smislu kao osnovane treba uzeti sledeće stavove.

Primenom principa specijaliteta isključen je sticaj između krivičnih dela sastavljanje netačnih biračkih spiskova i falsifikovanje rezultata glasanja i krivičnog dela falsifikovanja službene isprave. Postoji samo krivično delo sastavljanje netačnih biračkih spiskova, odnosno falsifikovanje rezultata glasanja.

Nema sticaja između krivičnog dela falsifikovanja hartija od vrednosti i krivičnog dela prevare u slučaju kada se krivično delo falsifikovanje hartija od vrednosti ostvaruje davanjem drugom na upotrebu lažnih ili preinačenih hartija od vrednosti. Tada postoji samo krivično delo falsifikovanje hartija od vrednosti kao poseban oblik prevare. Isto se odnosi i na krivično delo falsifikovanje znakova za vrednost.

Krivično delo falsifikovanje isprave predstavlja opšte delo falsifikovanja isprava. Shodno tome, isključena je mogućnost sticaja ovog krivičnog dela i nekog drugog krivičnog dela falsifikovanja iz grupe krivičnih dela protiv pravnog saobraćaja.

U kontekstu date problematike takođe su značajna i stanovišta sudske prakse.

Tako, primera radi, po pitanju odnosa krivičnog dela falsifikovanje isprave sa drugim krivičnim delima sudska praksa smatra sledeće: „postoji sticaj krivičnih dela falsifikovanje isprave i pronevere u slučaju kada je okrivljeni kao poštonoša u nameri pribavljanja protivpravne imovinske koristi prisvojio novac koji mu je poveren u službi i napravio lažne isprave koje je potom upotrebio kao prave na taj način što se potpisao na uplatnicama oštećenog, koji taj novac nije primio i tako pokušao da prikrije izvršeno prisvajanje“ (VSS Kž. 33/89);²⁵⁰ „postoji sticaj krivičnih dela falsifikovanja isprave i prevare u slučaju kada okrivljeni preinači ličnu kartu tako što ukloni fotografiju vlasnika i stavi svoju i prepravi godinu rođenja, pa tu ličnu kartu koristi za otvaranje štedne knjižice u kojoj prepravlja i uvećava uloge koje podiže“ (OS u Beogradu Kž. 42/96²⁵¹ isto i VSS Kž.I 1267/87²⁵²); „kada okrivljeni popunjava tuđe čekovne blankete i na njima potpisuje vlasnika tuđeg računa i tako sačinjene lažne isprave upotrebi kao prave dovodeći u zabludu primaoca čekova da mu isplate iznose navedene na čekovima, u tim radnjama stiču se obeležja krivič-

248 Neobjavljena sudska odluka doneta 1. aprila 2004. godine.

249 Neobjavljena sudska odluka doneta 25. aprila 2005. godine.

250 Sudska praksa, Beograd, 1993/4, 37.

251 I. Simić, (1998), 126.

252 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, 1988/1–2, 1.

nog dela prevare, a ne falsifikovanja isprave, jer se falsifikovanje čekovnih blanketa pojavljuje kao radnja izvršenja krivičnog dela prevare“ (VSS Kzz. 6/96);²⁵³ „kada se lažna diploma upotrebi prilikom overavanja odgovarajućih podataka u radnoj knjžici, ne postoji krivično delo falsifikovanje isprave, već samo krivično delo navođenje na overavanje neistinitog sadržaja (AS u Beogradu Kž.1 7455/10),²⁵⁴ isto je i u slučaju „kada se registracioni list za putničko vozilo neistinite sadržine iskoristi za izdavanje saobraćajne dozvole za to vozilo“ (OS u Subotici Kž. 257/08)²⁵⁵ i „kada okrivljeni nabavi lažnu diplomu na svoje ime o završenoj mašinskoj školi, pa kod nadležnog opštinskog organa za overu potpisa, overi fotokopiju lažne diplome, nije izvršio krivično delo navođenje na overavanje neistinitog sadržaja, već samo krivično delo falsifikovanja isprave“ (OS u Beogradu Kž. 1317/05).²⁵⁶

Najzad, po pitanju odnosa krivičnog dela falsifikovanje službene isprave i drugih krivičnih dela u sudskoj praksi prisutna su sledeća shvatanja: „postoji sticaj krivičnih dela falsifikovanja službene isprave i posluge u slučaju kada je okrivljeni kao poštunoša primio novac od građana na ime telefonskih usluga i taj novac koristio za sopstvene potrebe do sledećeg meseca, kada bi izmirivao račune iz prethodnog meseca, a istovremeno, radi prikriivanja navedenih radnji, propuštao da uplate građana prikaže u dnevnicima uplata PTT preduzeća“ (OS u Čačku Kž. 32/06);²⁵⁷ „kada je falsifikovanje službene isprave poslužilo za prikriivanje izvršenog krivičnog dela pronevere postoji sticaj između ova dva krivična dela“ (AS u Beogradu Kž. 79/10);²⁵⁸ „postoji sticaj krivičnih dela falsifikovanja isprave i pronevere kada rukovodilac stovarišta treba utvrđenu količinu drvene građe i da nalog da se građa umesto na stovarište preveze do njegove kuće u izgradnji, i tu građu ne plati, već u službenoj ispravi, popisnoj listi stovarišta, isporučenu građu iskaže kao da se nalazi na zalihama“ (OS u Beogradu Kž. 1430/05);²⁵⁹ „postoji sticaj krivičnih dela falsifikovanja službene isprave i prevare kada okrivljeni nakon što je ukrao čekove i ličnu kartu oštećenog, sa lične karte vlasnika čekova skine njegovu fotografiju i na njeno mesto stavi svoju, pa se prilikom njihove realizacije, na osnovu te lične karte identifikuje kao vlasnik čekova“ (VVS IIK. 322/89);²⁶⁰ „ukoliko se radnja falsifikovanja pojavljuje kao način pribavljanja imovinske koristi, postoji samo krivično delo zloupotrebe službenog položaja (VSS Kž. 285/85);²⁶¹ „postoji samo krivično delo falsifikovanja isprave, a ne i krivično delo prikriivanja, kada službeno lice falsifikuje službenu ispravu da bi na taj način izvršiocu drugog krivičnog dela omogućilo prikriivanje manjka“ (VSS Kž. 1180/88)²⁶² i „postoji samo krivično delo prevare u slučaju kada okrivljeni u pošti popuni formular za podizanje novca i taj formular

253 I. Simić, (1998), 125.

254 Izbor sudske prakse, Beograd, 2012/9, 39.

255 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/11, 41.

256 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 185.

257 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/1, 42.

258 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/11, 43.

259 I. Simić, A. Trešnjev, (2006), 186.

260 Zbirka sudskih odluka Vrhovnog vojnog suda, Beograd, 2002/III, 43.

261 I. Simić, (1984), 189.

262 I. Simić, (1991), 375.

zajedno sa štednom knjižicom i ličnom kartom oštećenog, do kojih je neovlašćeno došao, pokaže ovlašćenom licu i podigne novac oštećenog koji prisvoji“ (VVS IIK. 471/86).²⁶³

LITERATURA

Bibliografske reference:

- Atanacković, D. (1991) *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd;
- Aleksić, Ž., Škulić, M., Žarković, M. (2004) *Leksikon kriminalitike*, Beograd;
- Antolisei, F. (2008) *Manuale di diritto penale, Parte speciale, II*, Milano;
- Bačić, F. (1992) *Krivično pravo, Posebni dio*, Zagreb;
- Vukadin, E., Labus, M. (2012) *Ekonomska politika za pravnike*, Beograd;
- Vuković, I. (2012) *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Beograd;
- Grupa autora, redaktor Srzentić, N. (1986) *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd;
- Grupa autora, redaktor Lazarević, LJ. (1995) *Komentar Krivičnog zakona RS*, Beograd;
- Grupa autora (2007), *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad;
- Dolenc, M. (1930) *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb;
- Delić, N. (2008) *Psihologija iskaza pojedinih učesnika u krivičnom postupku*, Beograd;
- Jovanović, N. (2010) *Emisija vrednosnih papira*, Beograd;
- Küpper, G. (2007) *Strafrecht Besonderer, Teil 1*, Berlin;
- Labus, M. (2007) *Osnovi ekonomije*, Beograd;
- Lazarević, LJ. (2006) *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd;
- Novoselec, P. (2004) *Opći dio kaznenog prava*, Zagreb;
- Simić, I. (1991) *Krivični zakon Srbije – Praktična primena*, Beograd;
- Simić, I. (1994) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, prva knjiga*, Beograd;
- Simić, I. (1998) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd;
- Simić, I. (2000) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga*, Beograd;
- Simić, I. (2002) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, četvrta knjiga*, Beograd;
- Simić, I., Trešnjev, A. (2004) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd;
- Simić, I., Trešnjev, A., (2005) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga*, Beograd;
- Simić, I., Trešnjev, A. (2006) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, sedma knjiga*, Beograd;
- Simić, I., Trešnjev, A. (2008) *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, osma knjiga*, Beograd;
- Stojanović, Z. (2012) *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd;
- Stojanović, Z. (2012) *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd;
- Stojanović Z. (2010) *Komentar Krivičnog zakonika*, Podgorica;
- Stojanović, Z., Perić, O. (2012) *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd;
- Stojanović, Z., Delić, N. (2013) *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd;

²⁶³ Zbirka sudskih odluka Vrhovnog vojnog suda, Beograd, 2002/III, 45.

- Schönke, A., Schröder, H. (2001) *Strafgesetzbuch, Kommentar, München*;
 Tahović, J. (1957) *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd;
 Tahović, J. (1951) *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd;
 Ćosić, P. i saradnici (2008), *Rečnik sinonima*, Beograd;
 Živanović, T. (1923) *Osnovi krivičnog prava, Posebni deo, Druga knjiga, (Krivična dela protiv opštih dobara)*, Beograd;
 Welzel, H. (1969) *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin.

Stručni časopisi:

- Izbor sudske prakse, Beograd: 1996/7-8; 2007/1; 2007/5; 2007/6; 2007/7; 2008/1; 2008/4; 2008/5; 2008/6; 2008/9; 2008/10; 2008/11; 2009/2; 2009/3; 2009/7-8; 2009/11; 2010/2; 2010/11; 2011/3; 2011/7-8; 2011/9; 2012/2; 2012/3; 2012/5; 2012/6; 2012/7-8; 2012/9; 2012/10 i 2012/11.
- Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd: 1980/9-10; 1984/21-22; 1985/22-23; 1985/23-24; 1989/31-32; 1991/35-36; 1992/37-38; 1995/43; 1996/44; 2001/54 i 2004/64.
- Sudska praksa, Beograd: 1993/4; 1996/3; 1996/5; 2001/5; 2001/6, 2002/6; 2002/9 i 2003/1.
- Pravni život, Beograd: 1980/5-7; 1981/11 i 1986/4-7.
- Pravni informator, Beograd: 2002/2 i 2002/6.
- Bilten Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1980/7-8; 1981/1-2; 1984/1; 1988/1-2; 1989/2 i 1995/4.
- Zbirka sudskih odluka Vrhovnog vojnog suda, Beograd, 2002/III
- Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Novom Sadu, Novi Sad, 2012/4.
- Zbirka sudskih odluka Saveznog suda, Beograd, 2000/25.

Nataša Delić

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL OFFENCES OF FALSIFICATION WHICH ARE PROSCRIBED OF CRIMINAL CODE OF SERBIA

SUMMARY

In this paper the author discusses the crimes of falsification which are proscribed in Criminal Code of Serbia. Those crimes belong to three groups of criminal offences, such as: criminal offences against election rights (Chapter Fifteen), criminal offences against the economy (Chapter Twenty-Two) and criminal offences against legal transactions (Chapter Thirty-Two). In the group of criminal offences against election rights there are two crimes of falsification: making a false electoral registrar (article 158) and falsification of the results of elections (article 161). In the group of criminal offences against the economy there are five crimes of falsification: counterfeiting money (article 223), falsification of trade bills (article 224), falsification and abuse of credit cards (article 225), falsification of stamps of value (article 226) and falsification of stamps, marks of state for labeling of goods, measures and objects made out of precious metals. In the group of criminal offences against legal

transactions there are three crimes of falsification: forging documents (article 355), special cases of forging documents (article 356) and forging official documents (article 358). Legal nature and importance of these crimes had impact to the structure and content of the work in which some important basic and extended characteristics of the beings of crimes were analyzed and shown. Regarding certain issues in a given context of discussion, the author pointed out relevant theoretical grounds and views of judicial practice, and also presented appropriate conclusions.

In first part of paper, in which crimes of falsification within the chapter of offences against elections rights have been analyzed, the author deals with the demarcation of compiling inaccurate electoral rolls (article 158) to violation of active electoral rights (article 155), as both offences can be committed by failing to register a person in the electoral roll or by deleting his name from the roll. Second part of paper deals with crimes of falsification within the chapter of offences against economy. The beings of those offences have been defined in a similar way, as they all have been modeled on counterfeiting money. Therefore, this criminal offence has been analyzed in a very detailed way. Special attention was paid to production and alteration of money as possible forms of committal. Offences of falsification within criminal offences against legal transactions are analyzed in the third chapter. The author examines here especially the demarcation of material and intellectual falsification. The legitimation of act of minor significance (article 18) regarding all offences that have been mentioned has been discussed as well. The last chapter of the paper is dedicated to the relation of those criminal offences to other criminal offences and to the question of joinder of criminal offences.

Key words: falsification, criminal offence, Criminal Code of Serbia.

Goran P. Ilić*

Belgrade University, Faculty of Law; Constitutional Court of Serbia

Milan Marković**

Constitutional Court of Serbia

CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW – OVERVIEW OF THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Abstract: In this paper, the authors deal with the phenomenon of constitutionalization of criminal law. Since the Constitutional Court is the highest guarantor of human and minority rights and freedoms in Serbia, analysis of constitutionalization of criminal law issues was carried out taking into account the constitutional practice. To a lesser extent it is embodied in proceedings dealing with normative control of general type of regulations, and predominantly derives from deciding on constitutional appeals filed due to a violation of one of the constitutional rights. After considering decisions in which the Constitutional Court dealt with issues of legal certainty in penal law, the importance of the right to liberty and security, right to a fair trial, or the „core“ human rights, the authors conclude that the constitutional case-law has set certain standards in criminal law that bind representatives of the legislative, judicial, and executive branch. According to the authors, the decisions of the Constitutional Court of Serbia are a confirmation of an inseparable bond between fundamental freedoms and real political democracy and respect of human rights. They are of great importance to the rule of law, because of their enforceability, generally binding character, and finality contribute to the efficiency of the judicial system and effective protection of human rights and fundamental freedoms.

Key words: The human rights, Constitutional Court, Constitutionalization of criminal law, Legal certainty in penal law, Right to liberty, security, The right to a fair trial.

1. INTRODUCTORY REMARKS

One of the important factors that affect the outlook of modern criminal law is the existence of a constitution as a source of criminal law. Consequently the legislator, in making substantive and procedural provisions, is required to „follow“ the framework given by drafters of the Constitution, while regular courts when applying criminal provisions must take into account the constitutional guarantees in this area. This gives room for assessments of the constitutionality of legal norms and judicial decisions rendered, which is in theory termed as constitutionalization of criminal law.²⁶⁴ When it comes to assessment of constitutionality, in comparative

* Associate Professor and judge, gilic@ius.bg.ac.rs

** Judge, milan.markovic@ustavni.sud.rs

1 This phenomenon is not unique to criminal or *penal* law, it is already present in other areas of law, and the *ratio* of its existence is the constitutional protection of fundamental rights and free-

law jurisdiction in such matters is vested either in regular or special constitutional courts.¹ In the United States such authority, known as *judicial review*, belongs too both state judges and judges of the federal units.² In continental Europe, assessment of constitutionality is, as a rule, entrusted to a special authority which is different than the regular courts. Based on Kelsen's concept of judicially guaranteed constitutionality, such control is characterized by centralization, given that one court makes is in charge of it. Its decisions are of great importance for the actions of the ordinary courts, which are themselves increasingly in a position to highlight the constitutional value of the rights that they apply.

The Constitution of the Republic of Serbia³ (hereinafter: the Constitution) contains several provisions that set standards in the field of procedural and substantive criminal law. We are primarily talking about the right to liberty and security (Article 27 of the Constitution), as well as guarantees relating to the treatment of persons deprived of liberty (Article 28 of the Constitution), and additional rights applicable to deprivation of liberty without a court decision (Article 29 of the Constitution). Since detention is the biggest limitation of the right to liberty and security, provisions of Art. 30 and 31 of the Constitution are devoted to this measure and its duration in the criminal proceeding. Constitutional regulation of the right to a fair trial (and special rights of defendants during the proceedings – Art. 32 and 33 of the Constitution) is not only the basis of fair proceedings but, by virtue of it contributing to efficiency of the judicial system for the purpose of providing effective protection of human rights and fundamental freedoms, it provides for rule of law and thereby the existence of a state based on law. Article 34 of the Constitution, which contains several principal guarantees of legal certainty in the field of criminal law, also has great importance. From other constitutional provisions we should mention the right to rehabilitation and compensation (Article 35 of the Constitution), the inviolability of letters (Article 40 of the Constitution) and the secrecy of letters and other means of communication (Article 41 of the Constitution).

As far as Serbia is concerned, the Constitutional Court is the supreme guarantor of the protection of human and minority rights and freedoms in the Serbian legal system. A constitutional appeal is the legal tool that triggers proceedings for *direct* protection of human rights by the constitutional court (Article 166(1) and Article 170 of the Constitution). As opposed to certain countries in which the constitutional appeals may be submitted only if basic human rights or rights and freedoms explicitly listed in the constitutions are violated, a constitutional appeal may be filed with the Serbian Constitutional Court for the protection of all human and minority rights and freedoms, regardless of their place in the Constitution and whether they are explicitly enshrined in the Constitution or were „incorporated“

doms. Based on this, some authors speak of a separate branch of law, or at least new discipline to be called „constitutional practice law“ („le droit constitutionnel jurisprudentiel“). N. Molfessis, „La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux“, *Libertés et droits fondamentaux* (sous la dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet), Dalloz, Paris 2003⁹, 70.

- 1 M. Jovičić, „O ustavu Teorijsko-komparativna studija“, in M. Jovičić, *Ustav i ustavnost*, JP „Službeni glasnik“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2006, 225, 226.
- 2 É. Zoller, *Le droit des États-Unis*, Presses Universitaires de France, coll. „Que sais-je?“, Paris 2001, 83, 84.
- 3 Ustav Republike Srbije („Službeni glasnik RS“, broj 98/2006).

in the Serbian constitutional and legal system via international documents ratified by the Republic of Serbia.⁴ In this respect, it needs to be noted that the European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR)⁵ took the view that the constitutional appeal should in principle be considered as an effective domestic remedy within the meaning of Article 35(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: ECHR).⁶ As opposed to the Strasbourg Court, the Constitutional Court of Serbia has abided by the *iudex ne eat ultra petita partium* rule. In other words, when ruling on a violation of a human right or freedom or its denial, it is limited by the claims set forth in the constitutional appeal and works within the boundaries of the claim set forth in the appeal during its review.⁷

The decisions the Constitutional Court has been taking in the so-called normative control proceedings, i.e. proceedings in which it reviews the compliance of laws and other general regulations with the Constitution and the law (pursuant to Article 167(1) of the Constitution),⁸ have also greatly contributed to the constitutionalization of criminal law in the Republic of Serbia. The text below will analyse several decisions whereby the Constitutional Court of Serbia has achieved the constitutionalization of criminal law.

2. LEGAL CERTAINTY IN CRIMINAL LAW

The Constitutional Court of Serbia is dealing with the issue of legal certainty in criminal law both in proceedings of normative control of the general regulation, as well as when deciding on constitutional appeals filed for violation of certain constitutional rights.

2.1. Unity of the Legal Order and Legal Certainty in Criminal Law

Legal certainty in criminal law has been one of the key issues raised before the Constitutional Court of Serbia. In its decision IUz-231/2009 of 22 July 2010, the

4 See: D. M. Stojanović, *Osnovna prava čoveka Ljudska prava i slobode u ustavima evropskih država*, Institut za pravna i društvena istraživanja Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 1989, 198, 210, 211; B. Nenadić, *Ustavna žalba kao pravno sredstvo za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u Republici Srbiji*, available at: http://www.bgcentar.org.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=383%3Austavna-alba-kao-pravno-sredstvo-za-zatitu-ljudskih-prava-i-osnovnih-sloboda-u-republici-srbiji-link&catid=83%3Aopte&Itemid=1 (accessed on 20 July 2013).

5 ECtHR, *Vinčić and Others v. Serbia*, 1 December 2009, § 51.

6 The ECHR became part of the Serbian legal order upon the adoption of the Law Ratifying the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocols Thereto, as amended (Official Journal of Serbia and Montenegro – International Treaties, Nos. 9/2003, 5/2005 and 7/2005-corrigendum and Official Gazette of the Republic of Serbia – International Treaties, No. 12/2010).

7 Constitutional Court, Su I – 8/11/09 of 2 April 2009, in: Constitutional Court Views in Constitutional Appeal Proceedings Adopted at Regular Sessions on 30 October 2008 and 2 April 2009, available in Serbian at: <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/163-100890/stavovi-suda> (accessed on 20 July 2013).

8 See: D. M. Stojanović, 203–209.

Constitutional Court reviewed the issue of legal certainty in criminal law in light of the constitutionally guaranteed principle regarding the unity of the legal order (Article 4(1) of the Constitution). In the said decision, the Constitutional Court reviewed the constitutionality of specific provisions of the 2009 Law on Amendments and Addenda to the Public Information Law.⁹ According to the submitters of the motion and initiatives for review of constitutionality, the said provisions qualified as commercial malfeasances activity that did not have the features of commercial malfeasances and were introducing new types of penalties and special procedures in the field of commercial malfeasances. They simultaneously disputed the constitutionality of the amounts of fines that could be imposed for the commercial malfeasances and misdemeanours laid down in the Public Information Law because they exceeded the maximum penalties that may be imposed for these types of punishable offences.

In its review of the compatibility of these legal provisions with the Constitution, the Constitutional Court started from Article 4(1) of the Constitution on the unity of the legal order as one of the main principles on which the constitutional and legal system of the Republic of Serbia is based. Although Article 167 of the Constitution does not mandate the Constitutional Court with reviewing the mutual conformity of laws, the constitutional principle of the unity of the legal order requires observance of main principles and legal concepts laid down in systemic laws regulating a specific field of social relations also in special laws, unless the systemic laws explicitly allow the possibility for the same issue to be regulated differently. This particularly holds true in the field of criminal law, in view of the fact that criminal law norms are per se directly linked to realization of fundamental human rights and freedoms, so accordingly regulating specific criminal law concepts differently than they are regulated in systemic laws may seriously jeopardize the realization of the principle of equality before the Constitution and the law from Article 21(1) of the Constitution and may result in discrimination. This is why the Constitutional Court took into account the relevant provisions of the Law on Commercial Malfeasances (hereinafter: LCM)¹⁰ and the Law on Misdemeanors,¹¹ the systemic laws governing these punishable offences, in its review of the constitutionality of the impugned legal provisions.

Starting from the principle of the unity of the legal order and the content of individual provisions systemic in character governing commercial malfeasances and misdemeanors, the Constitutional Court declared unconstitutional the provisions in the disputed law defining as commercial malfeasances the violation of the presumption of innocence and the violation of the protection of interests of minors committed by the publication of information in a media outlet given that they cannot be considered violations of regulations on commercial or financial operations in terms of Article 2 of the LCM. Furthermore, it declared unconstitutional the provi-

9 Law Amending the Public Information Law (Official Gazette of the RS, No. 71/2009).

10 Law on Commercial Offences (Official Journal of the SFRY, Nos. 4/1977, 36/1977, 14/1985, 74/1987, 57/1989 and 3/1990 and Official Journal of the FRY, Nos. 27/1992, 24/1994, 28/1996 and 64/2001).

11 Law on Misdemeanours (Official Gazette of the RS, Nos. 101/2005, 116/2008 and 111/2009).

sion providing for temporary suspension of publication of a print media given that this provision introduced a new sanction, despite the systemic solution in Article 4 of the LCM. The Court also declared unconstitutional the provisions on the special maximum amounts of fines because they exceeded the general maximum fine that may be imposed for this type of punishable offence, which is contrary to the systemic provision from Article 4 of the LCM.¹² Finally, the Court declared the imposition of a fixed fine incompatible with constitutional principles of the unity of the legal order and judicial independence, because it deprived the competent court of the ability to independently decide on the fines by applying legally prescribed rules.

2.2. Legal nature of parole in light of the right to legal certainty in criminal law

The Constitutional Court in the *Bovan* case¹³ examined the relationship of parole and the right to legal certainty in criminal law under Article 34, paragraph 2 of the Constitution. The main argument of the appellant in support of the claim of violation of the said constitutional right was that the acting courts, when deciding on application for parole after serving one-half of the sentence, applied Article 46 § 1 of the Criminal Code¹⁴ (hereinafter CC), although this provision was amended after the offense had been committed and was not more lenient for the perpetrator because it prescribed as one of the conditions for release that a person has served two thirds, instead of one half of his prison sentence.

In this regard, the Constitutional Court pointed out that the concept of parole is not a criminal sanction under Article 4 paragraph 1 of the Criminal Code, nor a concept contained in article 43, paragraph 1, point. 1 to 4 of the Criminal Code, which enumerates types of punishment. Parole is a specific criminal-law concept which suspends a punishment and in this respect has similar effects as a suspended sentence, because the essence of parole is in the fact that a part of a prison sentence is not served, that is, that the serving of the remaining part of the sentence is exceptional, in the case parole gets revoked, and if this does not happen it is construed that a convict, despite being released early, had served his sentence. Practice of the European Commission of Human Rights and the ECHR which differentiates measures which are in substantive terms a penalty and measures which pertain to execution and application of penalties support this position. Accordingly, when the nature and the objective of measures relate to delay of a punishment or changes in the parole system, such measures do not impose a penalty in the substantive sense.¹⁵

Starting with the above premise, the Constitutional Court decided that the guarantee of the right to legal certainty in criminal law under Article 34, paragraph 2 of the Constitution applies only to individual imposition of punishment, that is to a manner in which punishment and criminal sanctions are prescribed, but not to the execution of punishment that are already set. Therefore these guarantees are less applicable to decisions on legal concept that suspend an already imposed punishment during its duration but are not punishment per se, such as parole. The

12 The same view was taken on the impugned provisions increasing the fines for the prescribed misdemeanours in the field of public information.

13 Constitutional Court, UŽ–2054/2012, 16 October 2012.

14 Criminal Code (Official Gazette of the RS, Nos. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 and 111/09).

15 ECtHR, *Del Rio Prada v. Spain*, 10 July 2012, § 48.

Constitutional Court rejected the constitutional appeal bearing in mind the aforementioned.

3. THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY

The right to liberty and security of a person, proclaimed in Article 27 paragraph 1 of the Constitution, guarantees that no one shall be deprived of liberty arbitrarily, the term liberty being construed in a classic meaning of the word, i.e. as a physical liberty of a person.¹⁶ Exceptions from the right to liberty and security are possible only in one of the explicitly listed circumstances that allow for a physical person to be deprived of liberty in accordance with a legally regulated procedure (Article 27 paragraph 1 *in fine* of the Constitution). In this regard, it should be noted that Article 27 paragraph 1 of the Constitution has mostly focused on the right to liberty, while the right to security is mentioned only in the first sentence of paragraph 1 of the above mentioned provision. In essence, we are talking about one whole which should be interpreted as physical liberty and physical security.¹⁷ Accordingly, liberty referred to in Article 27 paragraph 1 of the Constitution refers to the absence of deprivation of liberty, while security refers to the protection from any arbitrary infringement of this liberty.¹⁸

There are many cases in which the Constitutional Court of Serbia had decided on the violation of the right to liberty and security. It is often the case that the constitutional appeals, in addition to the right from Article 27, paragraph 1 of the Constitution, also assert a violation of the rights to a limited duration of detention provided for in Article 31 of the Constitution.

Accordingly in *Perić* case,¹⁹ Constitutional Court reiterated its well established case-law²⁰ that, from the standpoint of protection of human rights, the right to liberty is one of the core human rights guaranteed by the Constitution and that the detention is particularly sensitive measure of its limitations. In this case the regular courts, when deciding on extension of detention, did not give an explanation how the applicant could repeat the offense in a situation where he was temporarily banned from working in a facility where he worked as a specialist neuro-psychiatrist. The crime of receiving a bribe with which the applicant was charged by the indictment of the public prosecutor, is directly related to one's official capacity, that is his official authorities and performance of his official duties, so by removing the defendant from work and termination of employment in the institution providing court expertise the danger of re-offending has remained in the sphere of complete abstraction.

16 In this respect, see practise of the ECtHR (*Lawless v. Ireland*, 1 July 1961, § 14; *Engel et al. v. Netherlands*, 8 June 1976, § 58; *Guzzardi v. Italy*, 6 November 1980, § 92).

17 See: ECtH, *Bozano v. France*, 18 December 1986, § 54.

18 On the importance of the right to security, see: J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 2002³, 180.

19 Constitutional Court, UŽ-1067/2011, 8 July 2012.

20 See: Constitutional Court, UŽ-314/2007, 23 April 2009.

Starting from the above, the Constitutional Court decided that the courts in the impugned decisions did not specify relevant and sufficient reasons why they considered that keeping the appellant in detention was necessary for the conduct of criminal proceeding. Based on that, the Constitutional Court found that the appellant's right from Article 31 Constitution was violated, the right to be released to defend himself as soon as the reasons warranting detention had disappeared. Also, as the established facts undoubtedly show that the appellant was not deprived of liberty for reasons stipulated by law, as guaranteed by Article 27 Paragraph 1 Constitution, the said decision of the Constitutional Court refers also to this alleged violation of the Constitutionally guaranteed rights.

In practice, there are cases in which the constitutional complaint contains not only a claim of a violation of Article 27, paragraph 1 and Article 31, paragraph 1 of the Constitution, but also a violation of the right to a fair trial, provided in Article 32, paragraph 1 of the Constitution. This was the case in *Nikezi*²¹ where the Constitutional Court evaluated the existence of a violation of rights from Article 27, paragraph 1 and Article 32 paragraph 1 of the Constitution from the standpoint of the right from Article 31 of the Constitution. This approach stemmed from the allegations of the constitutional appeal, as well as the position of the Constitutional Court, that the length of detention that would not lead to the violation of Article 31 of the Constitution assumes that the competent courts cite applicable and sufficient reasons justifying the duration of the detention in their decisions and exhibit special urgency when conducting the proceedings.

The position of the Constitutional Court was that the constitutional appeal states with sufficient grounds that the courts should have taken into account also the following facts: that the applicant of the constitutional appeal is a citizen only of Republic of Serbia, to he has reported residence in Belgrade that is the center of his social and work activities, that his family lives in Belgrade, that even before the order to conduct the investigation was issued he dully responded to every summons from the authorities and did not run away. In addition, the competent courts failed to assess in the impugned decisions the specific circumstances relating to the personality of the accused, the appellant in this case. Furthermore, the allegations that were made in the impugned decisions (that there is a grounded suspicion that the appellant obtained illegal benefit for third persons; that this benefit was never found; that he can use money and personal contacts to escape; that the defendants at large can provide him with logistical support during getaway and hiding), without stating specific facts and circumstances on which these conclusions were being based, cannot be constitutionally acceptable, relevant and sufficient reasons for extending detention. Based on the foregoing, the Constitutional Court found that the appealed decision violates the appellant's right to a limited duration of detention guaranteed by Article 31, paragraph 1 of the Constitution.

Momčilović case²², in which the Constitutional Court found a violation of Article 27, paragraph 3 of the Constitution, deserves to be mentioned.²³ In addition to

21 Constitutional Court, UŽ–3391/2013, 18 July 2013.

22 Constitutional Court, UŽ–5509/2011, 26 September 2012.

23 This constitutional provision provides that any person deprived of liberty shall have the right to appeal to the court, who must urgently decide on the lawfulness of his detention and order rele-

the mentioned right, the appellant also stated a violation of rights guaranteed by Article 27, paragraph 1, Article 30, para. 1 and 3, Article 31, para. 1 and 2, Article 32, paragraph 1, and Article 33, paragraph 6 of the Constitution. Unlike in *Nikezić* case, the Constitutional Court in this case examined the existence of each of the listed violations individually, and when viewing them in relation to all other violations it dismissed the appeal as unfounded.

When it comes to the evaluation of whether the period in which the legality of detention was being assessed by the court was in accordance with the obligation of urgency referred to in Article 27, paragraph 3 of the Constitution, the Constitutional Court, before considering the circumstances of the case, reiterated several general principles:

First, given that the Constitution clearly prescribes a deadline of 48 hours for reaching and delivering a decision on the appeal against the decision on detention, this implies that any subsequent decision on appeal against the decision to extend the detention must be issued in the shortest possible time period, respecting the requirement of urgency;²⁴

Second, although the court deciding on the appeal has to render the decision on the existence of grounds for extending detention urgently, the standard of urgency is less demanding when it comes to review of a court's decision to extend the detention on appeal because consideration of an appeal is in fact a re-examination of grounds for detention;²⁵

Third, whether the court which decides on the appeal treated the matter urgently must be evaluated also in lights of the stage of criminal proceedings in which the first instance decision was issued, that is to which time period has detention been extended. This is because, under the law, the competent court, after an indictment had been filed, examines continued reasons for detention *ex officio* every 30 days, two months, or after rendering a first instance judgment when detention can be extended up to the time when the defendant is transferred to a penitentiary institution, but not longer than the duration of the punishment imposed in the first instance judgment.

Applying these general principles to the present case the Constitutional Court found that the decision to extend detention was orally stated to the applicant and his counsels on June 3, 2011, while the written copy of the first instance decision on extension of detention was received by the applicant more than three months after the date when it was issued. The said period was unacceptably long for assessment of the legality of a detention decisions, because due to the failure of the first instance court to immediately prepare and deliver a written copy of the decision on extending detention, the courts did not act in line with the requirement of urgency set forth in Article 27, paragraph 3 of the Constitution. Therefore, the Constitutional Court found that the appellant's right embodied in Article 27, paragraph 3 of the Constitution was violated.

ase if the detention is not lawful.

24 See: Constitutional Court, UŽ-39/2007, 16 July 2009 and UŽ-1254/2009, 8 October 2009.

25 See: Constitutional Court, UŽ-2322/2010, 3 March 2011 and UŽ-2554/2010, 10 March 2011.

4. RIGHT TO A FAIR TRIAL STANDARDS

The right to a fair trial is undoubtedly the most important right protected and as such, in the view of some authors,²⁶ it constitutes the main criterion of the rule of law. It rests on fairness based on the requirement of equal treatment in equal situations.²⁷ Fairness is above all linked to the existence of main safeguards of proper administration of justice reflected in the public examination of issues, the requirement of independent and impartial courts, the reasonable length of proceedings, reasoned court decisions, et al.²⁸

The provision of the right to a fair trial under Article 32, paragraph 1 of the Constitution was conceived on the model of Article 6 § 1 of the ECHR, as the basis for fair trial standards in court proceeding. Therefore, it covers both civil and criminal proceedings, which was made possible through a language about rights and obligations, on one hand, and reasonable suspicion and charges, on the other. When it comes to criminal proceeding, the right to a fair trial belongs to a weaker party in criminal proceeding, ie. the person against whom criminal charges were filed. The fact that the criminal aspect of Article 32, paragraph 1 of the Constitution was modeled primarily for the defendant is confirmed, among other things, by Article 33 of the Constitution which provides for his special rights. In the previous practice of the Constitutional Court of Serbia the majority of appeals adopted related to the violation of the right to trial within a reasonable time. We will therefore point to some rarer, but no less significant violations of the right to a fair trial.²⁹

4.1. *The right of access to court*

The right of access to the court is a „legacy“ of the European Court of Human Rights. Its origin is related to the *Golder* case³⁰ in which the ECtHR digressed from a strict interpretation of Article 6 § 1 of the ECHR, and went on to create a new right.³¹ In the mentioned decision a position was expressed that although the right to a fair, public, and speedy trial is applicable only to ongoing proceeding, this does not mean that it excludes the right to have the proceeding start.³²

26 S. Guinchard (*et al.*), *Droit processuel Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Paris 2007⁴, 407.

27 G. Cornu (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, „Quadriges“ Presses Universitaires de France, Paris 2003⁴, 354, 355. The concept of fairness is not contradictory to law, i.e. it does not outweigh it in the name of higher principles, as the concept of *equity* does in English law.

28 J. Pradel, G. Corstens, G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 2009³, 375.

29 Certain elements of the right to a fair trial may, under certain circumstances, be recognized also to the damaged person in criminal proceeding. Concerning the practice of the Constitutional Court in this regard, see: G. P. Ilić, „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012, 148–155.

30 ECtHR, *Golder v. United Kingdom*, 21 February 1975.

31 See: D. Popović, *Postanak evropskog prava ljudskih prava Esej o sudskoj kreativnosti*, Pravna biblioteka Edicija Ustav i ustavni koncepti, JP Službeni glasnik, Beograd 2013, 140.

32 ECtHR, *Golder v. United Kingdom*, 21 February 1975, § 32.

The Constitutional Court in *Obradović* case³³ examined the issue of a violation of the right of access to the court in light of a deadline to file an appeal against the first instance judgment. Since in this case the last day of the deadline was declared as a non-working day by the Government, the next working day was the last day in which the defense counsel of the appellant could have filed an appeal against the first instance criminal judgment. When rejecting the counsel's appeal as belated, the procedural law was applied in an obviously wrong and arbitrary manner to the detriment of the complainant. Based on this, the Constitutional Court found that the contested individual act violated the complainant's right to a fair trial as guaranteed by Article 32, paragraph 1 of the Constitution, in part pertaining to the right of access to the court as an element of this mentioned right.

4.2. *The presumption of innocence*

The existence of the presumption of innocence requires, inter alia, that judges in the exercise of their functions, do not start from the premise that the accused committed the offense; the burden of proof rests with the prosecution and the accused has the benefit of the doubt. In addition, it is the duty of the prosecutor to provide sufficient evidence on which the conviction will be based.³⁴ It is sufficient that even in the absence of a formal decision, there is an opinion that indicates that a court or an official regard the accused as guilty, while the premature disclosure of such an opinion by the court will inevitably violate the presumption of innocence.³⁵

In *Dimović* case³⁶ the Constitutional Court found that in the contested decision the District Court, explaining its reasons for rejecting the appeal of the defense counsel, expressed the position that the accomplice „was undoubtedly known“ to the appellant. That way, the court overstepped the boundaries of reasonable suspicion within which the decision on the existence of legal grounds for detention can be reached and, at the same time, by reaching a conclusion on a decisive fact relating to the offense before it was discussed in the trial, violated the presumption of innocence of the defendant. Based on the above, the Constitutional Court found that the contested court decision violates the appellant's right to presumption of innocence guaranteed by Article 34, paragraph 3 of the Constitution.

4.3. *Reasoned Judicial Decisions*

The Constitutional Court expressed its views regarding the standards of a fair trial regarding reasoned court decisions in the *Janković* case.³⁷ During review of the constitutional appeal, the Constitutional Court recalled the obligation of the competent courts to conduct a proper examination of evidence adduced by the parties and assess their importance when they render decisions.³⁸ According to the Constitutio-

33 Constitutional Court, UŽ-3651/2012, 8 November 2012.

34 See: ECtHR, *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 6 December 1988, § 77.

35 ECtHR, *Matijašević v. Serbia*, 19 September 2006, § 46.

36 Constitutional Court, UŽ-1600/2000, 22 June 2010.

37 Constitutional Court, UŽ-1157/2008, 14 April 2011.

38 See: ECtHR, *Kraska v. Switzerland*, 19 April 1993, § 30.

nal Court, the first-instance court failed to establish the credibility of the conflicting evidence and clearly specify the reasons why it took, as proven, the decisive fact on the responsibility of the defendant for the traffic accident at issue. The first-instance court was under an obligation to eliminate the contradictions between the findings of a court expert and the obvious circumstances, as well as doubts about the accuracy of the opinion rendered by the expert, by re-examining the court expert, or, if that was not possible, by appointing another court expert to conduct a new analysis. This is why, in the view of the Constitutional Court, Mionica Municipal Court had in this case failed to give clear, sufficient and constitutionally and legally acceptable reasons for its legal position regarding decisive facts relevant to establishing whether the defendant had committed a crime.

Based on these considerations, the Constitutional Court concluded that the reasoning of the contested decision failed to satisfy the requirements in Article 32(1) of the Constitution, i.e. that it did not satisfy the fair trial requirements established in the case law of the Constitutional Court and the ECtHR.

5. „CORE „ HUMAN RIGHTS

The ECtHR judgment in the case of *Loizidou v. Turkey*,³⁹ in which the ECtHR declared the ECHR to be a „constitutional instrument of the European public order“⁴⁰ opened up the door to a theoretical debate over the existence of imperative legal rules (*ius cogens*). There is no doubt that we are talking about a set of provisions considered fundamental in the European democratic society and that they are, as such, imposed on states and their citizens. The provisions deal with non-derogable⁴¹ or inviolable rights⁴² which constitute the „core“ of human rights. In the light of Article 15(2) of the ECHR, the „core“ of human rights is comprised of: the right to life (Article 2 of the ECHR), prohibition of torture (Article 3 of the ECHR), prohibition of slavery and forced labour (Article 4, ECHR),⁴³ punishment in accordance with the law (Article 7, ECHR) and the right not to be tried and punished twice for the same offence (Article 4, Protocol No. 7 to the ECHR).⁴⁴

39 ECtHR, *Loizidou v. Turkey*, 23 March 1995, § 70, 75.

40 J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 280, 281; F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'home*, Presses Universitaires de France, Paris 2001³, 60, 61 *et pass*.

41 V. Dimitrijević (*et al.*), *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Biblioteka Udžbenici, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2006, 128.

42 J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 279.

43 Although Article 15(2) of the ECHR refers to Article 4(1) of the ECHR which prohibits slavery and servitude, the ECtHR has concluded that, in accordance with contemporary norms and trends in this field, the member States' positive obligations under Article 4 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of forced labour in Article 4(2) of the ECHR (ECtHR, *Siliadin v. France*, 26 July 2005, § 112, 130).

44 J. Pradel, G. Corstens, G. Vermulen, 279. A distinction can be made among absolutely and relatively non-derogable ECHR rights, see: D. Krapac, „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 6/2010, 1215.

The Constitutional Court of Serbia dealt with these issues in its judgment in the *Mučibabić* case.⁴⁵ It applied the concept of the state's positive obligation to conduct an effective investigation into violations of rights falling within the „core“ human rights. Furthermore, it arrived at the conclusion that the right to a fair trial (enshrined in Article 32(1) of the Constitution) was violated through procedural guarantees related to the right to life (Article 24(1) of the Constitution), i.e. by following the course the ECtHR took in the *Šilih* case.⁴⁶

There was one major difference vis-à-vis the ECtHR judgment, notably, that the injured party complained only of the violation of his right to trial within reasonable time (Article 32(1) of the Constitution and Article 6(1) of the ECHR), but not of a violation of the right to life. This gave rise to the issue of the applicability of the fair trial guarantees, because the Constitution does not guarantee that criminal proceedings will be conducted against third parties, whilst, according to the established constitutional court case law, the guarantees of the right to a fair trial in Article 32 of the Constitution may be accorded to an injured party only in the event s/he filed for damages in criminal proceedings. However, what was decisive in assessing the admissibility of the constitutional appeal in this case was the fact that the procedure being conducted pertained to a violation of the right to life enshrined in Article 24(1) of the Constitution. This is one of the rights underlying freedom and the existence of which entails the state's positive obligation to take all the necessary measures to protect the life of a person under its jurisdiction. This positive obligation of the state has substantive and procedural law aspects.

From the perspective of procedural law, in case a person is deprived of his/her life, the state has the positive obligation to conduct an independent and effective investigation, which entails the existence of an efficient court system within which proceedings, which do not necessarily have to be criminal, have to be conducted. Given that the right to a fair trial in Article 32 originally falls within the category of protective rights, the *rationale* of which lies in the need to ensure the effective protection of fundamental human rights, in this specific case, it constituted sufficient grounds for investigating the circumstances in which the right to life was violated. The Constitutional Court consequently arrived at the conclusion that the injured party, as the plaintiff, has standing to claim a violation of the right to a trial within a reasonable time in Article 32(1) of the Constitution given that the duration of the criminal proceedings fell short of the requirement for a speedy and efficient investigation into the violent death of his son. Having assessed the circumstances of the case, the Court found a violation of the right of the injured party, as the plaintiff, to a trial within a reasonable time enshrined in Article 32(1) of the Constitution.

„Strasbourg“ approach to the protection of the „core“ of human rights was applied in *Jakovljević and Milovanović* case.⁴⁷ In this cases, the appellants first pointed out violation of right to trial within a reasonable time under Article 32, paragraph 1 of the Constitution, and in the amendment of the constitutional appeal

45 Constitutional Court, Už-4077/2010, 14 July 2011.

46 ECtHR, *Šilih v. Slovenia*, 9 April 2009, § 211, 216.

47 Constitutional Court, Už-4527/2011, 31 January 2013.

violation of the right to life under Article 24, paragraph 1 of the Constitution, because of the „failure of competent national authorities to clarify all circumstances surrounding the murder of the deceased D.J. and D.M, especially to detect and prosecute perpetrators“.

The Constitutional Court reviewed the facts of the concrete case in light of procedural aspect of the right to life, which in principle requires undertaking of an investigation that may lead to discovery of the identity of those responsible. Given that even after nearly eight years since the death of the sons of the appellants the pre-trial criminal proceeding were not completed, nor were the circumstances under which they died known and who could be responsible, the Constitutional Court concluded that the main purpose of this „investigation“, which should have ensured effective law enforcement in order to protect the right to life, was not delivered, thus bringing into question adherence of public confidence in the rule of law and legal certainty. Based on the above, the Constitutional Court found that there was a violation of procedural aspects of the right to life under Article 24 Paragraph 1 of the Constitution. Regarding the violation of the right to trial within a reasonable time, as an element of the right to a fair trial under Article 32, paragraph 1 of the Constitution, the Constitutional Court expressed the position that the requirement of urgency under Article 32, paragraph 1 of the Constitution is an integral part of Article 24, paragraph 1 of the Constitution in procedural terms, and accordingly it was not necessary to consider separately admissibility or the merits of the constitutional appeal of the applicants under the right from Article 32, paragraph 1 of the Constitution.

The decision taken in the *Jevtović* case is of great importance for effective protection of the „core“ human rights has.⁴⁸ This case was about the claim of the appellant that he was tortured during detention and prison sentence. Analyzing the state's obligation to protect the physical integrity of the individual, the Constitutional Court found that to the appellant's right under Article 25 of the Constitution was violated during the period in detention and while he was serving his sentence. Both situations the violation covered both substantive, and procedural aspects of the mentioned constitutional right.

Regarding the violation of substantive aspects of the right under Article 25 of the Constitution, the Constitutional Court's took the position that, although the appellant had „provoked“ the use of force during the period in detention, the active and passive resistance provided at that time cannot justify the number and seriousness of injuries that were inflicted. Therefore, such conduct must have caused physical and psychological harm which is incompatible with the prohibition of ill-treatment guaranteed under Article 25 of the Constitution. A similar view was expressed after the analysis of circumstances of the concrete case during the time spent serving of the prison sentence. Based on „a set of indicia and uncontested, sufficiently serious, coherent, and mutually consistent assumptions“ the Constitutional Court concluded „beyond reasonable doubt“ that the appellant suffered real

48 Constitutional Court, UŽ-4100/2011, 10 July 2013.

and serious injuries that had to cause physical and mental pain and suffering, while the warden of the prison in which the sentence was served did not provide „a satisfactory and convincing explanation“ for such injuries. In both cases, the position of the Constitutional Court was that the treatment toward the appellant was inhuman.

On the other hand, the violation of procedural aspects of the right under Article 25 of the Constitution is reflected in the fact that despite several complaints of the appellant, as well as existence of medical records about numerous injuries suffered, the competent authorities have not opened nor conducted any official inquiry to determine the accuracy of the appellant's allegations of ill-treatment. The Constitutional Court found that these complaints could be seen as credible and substantiated, especially if one takes into account the medical report on the health condition of the appellant, and the fact that the appellant gave the names of the guards who allegedly abused him in his complaints. When it comes to inhumane treatment that occurred during the period when he was serving the prison sentence, the Constitutional Court found that there was no effective investigation, having in mind that from the moment when the appellant's injuries were discovered competent state authorities did not immediately „take all reasonable steps available to them to gather evidence related to the event“, as well as ensure that the official investigation is conducted from the outset by an independent competent authority.

6. CONCLUDING REMARKS

The existence of human rights and fundamental freedoms, initially interpreted as a way to limit state power, gradually turning into a foundation, reason and goal of a legitimate government,⁴⁹ today represents one of the key elements of an obligation vested with the legislator to respect constitutional standards in criminal matters, as well as a key factor for the transformation of the traditional role of the judge in the application of legal norms. If the role of the Constitutional Court of Serbia is viewed in this light, it can be said that the current constitutional case-law is the *ultima ratio societatis* from the unconstitutional interference with fundamental freedoms and human rights. In other words, the Constitutional Court sets appropriate standards in the criminal justice area which bind representatives of legislative, judicial and executive branches. Irrespective of whether they pertain to legal certainty in criminal law, standards of arrest, the right to a fair trial or the „core“ human rights, decisions of the Constitutional Court of Serbia are a confirmation of the inseparable link between fundamental freedoms and real political democracy and respect for human rights. They are of great importance to the rule of law, because of their enforceability, generally binding character, and finality contribute to the efficiency of the judicial system and effective protection of human rights and fundamental freedoms.

49 F. Palazzo, „Constitutionalisme en droit pénal et droits fondamentaux“, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 4/2003, 710.

Goran P. Ilić

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu; Ustavni sud Republike Srbije

Milan Marković

Ustavni sud Republike Srbije

KONSTITUCIONALIZACIJA KRIVIČNOG PRAVA – OSVRT NA PRAKSU USTAVNOG SUDA SRBIJE

REZIME

U radu se autori bave fenomenom konstitucionalizacije krivičnog prava. S obzirom da je Ustavni sud najviši garant zaštite ljudskih i manjinskih prava i sloboda u Srbiji, analiza problematike konstitucionalizacije krivičnog prava vršena je uzimanjem u obzir ustavnosudske prakse. Ona je manjim delom ostvarena u postupku normativne kontrole opštih akata, dok je u pretežnom delu proizašla iz odlučivanja o ustavnim žalbama izjavljenim zbog povrede nekog od ustavnih prava. Nakon razmatranja odluka u kojima se Ustavni sud bavio pitanjima pravne sigurnosti u kaznenom pravu, značajem prava na slobodu i bezbednost, prava na pravično suđenje ili „tvrđim jezgrom“ ljudskih prava, autori zaključuju da su kroz ustavnosudsku praksu postavljeni odgovarajući standardi u krivičnoj oblasti koji obavezuju nosioce zakonodavne, sudske i izvršne vlasti. Mišljenje autora je da su odluke Ustavnog suda Srbije potvrda neraskidive veze između osnovnih sloboda i stvarne političke demokratije i poštovanja ljudskih prava. One imaju veliki značaj za vladavinu prava, jer svojom izvršnošću, opšteobaveznošću i konačnošću doprinose efikasnosti sudskog sistema i delotvornoj zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ključne reči: ljudska prava, Ustavni sud, konstitucionalizacija krivičnog prava, pravna sigurnost u kaznenom pravu, pravo na slobodu, bezbednost, pravo na pravično suđenje.

PRISTANAK POVREĐENOG KAO OSNOV ISKLUČENJA PROTIVPRAVNOSTI

Apstrakt: Pristanak povređenog predstavlja jedan od opštih osnova isključenja protivpravnosti krivičnog dela, koji je utemeljen na običajnom pravu. Međutim, i pored njegove opšte prihvaćenosti u literaturi i sudskoj praksi, još uvek je nejasno koje su njegove granice i pod kojim uslovima on može uticati na postojanje krivičnog dela. Njegova primena je u srpskom krivičnom pravu ograničena na sferu lekarskih zahvata, lakih telesnih povreda i pojedinih krivičnih dela protiv imovine. Mogu se razlikovati dve podvrste pristanka: jedan koji isključuje ostvarenost obeležja krivičnog dela i drugi koji isključuje njegovu protivpravnost. Pored pitanja podobnosti dobra za raspolaganje, eventualnih mana volje i drugih uslova pristanka, autor naročitu pažnju posvećuje sposobnosti titulara da raspolaže pravnim dobrom. Autor zastupa stanovište da sposobnost titulara ne treba vezivati za građanskopravnu sposobnost ili godište titulara, već da se radi o naročitoj sposobnosti *sui generis*.

Ključne reči: pristanak povređenog, mane volje, sposobnost za raspolaganje.

Iako u Krivičnom zakoniku ne možemo naći pravilo koje slično nužnoj odbrani ili krajnjoj nuždi utvrđuje pretpostavke pristanka povređenog, ovaj institut je u savremenom krivičnom pravu gotovo jednodušno prihvaćen kao osnov isključenja krivične protivpravnosti koji nije predviđen zakonom, već kojeg utvrđuje *običajno pravo*.¹ Da zakon izričito ne propisuje takav jedan osnov ovde je moguće, jer pristanak povređenog deluje u korist učinioca, zbog čega njegovo izričito propisivanje ne predstavlja povredu načela zakonitosti.

Shodno maksimi, poznatoj još u rimskom pravu, *volenti non fit iniuria* – onome koji pristaje ne čini se nepravdo.² Dometi ovog ograničenja protivpravnosti bili su tada široko postavljeni, jer je svaki građanin mogao slobodno raspolagati svojim dobrima, uključujući tu i život i telo.³ Kasnije se, međutim, pod uticajem

* docent, igorvu@ius.bg.ac.rs

- 1 Kristian Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2008⁶, str. 273; Wolfgang Mitsch, u: J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 2003¹¹, str. 390; Bernd Heinrich, *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2010², str. 184. U većini zakonodavstava pristanak povređenog nije izričito unet u pozitivno pravo kao osnov isključenja protivpravnosti. Njegovo ozakonjenje usložnjava činjenica da su njegove granice još uvek nedovoljno jasno definisane (slično Kurt Seelmann, u: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger (Hrsg.) *et al.*, *Strafrecht I. Basler Kommentar*, Basel, 2007², str. 324).
- 2 Izvorno, *Nulla iniuria est, quae in volentem fiat* (šta se događa voljom povređenog – ne predstavlja nepravdo), Ulpijan, *Digeste*, D. 47. 10. 1. 5.
- 3 Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996⁵, str. 376. Sporno je međutim da li ovo raspolaganje uključivalo i život kao dobro (vid.

različitih učenja granice ovog pojma donekle koriguju. Iako se i danas teorijski okvir ovog instituta različito tumači,⁴ osnovnu ideju pristanka povređenog mogli bismo razumeti kao ovlašćenje pojedinca da raspoláže vlastitim pravnim dobrom, uključujući tu i dopuštanje njegove povrede. Opravdanje instituta počiva na nepostojanju interesa da se pravno dobro zaštiti. Zašto bi poredak bio posebno zainteresovan da obezbedi krivičnopravnu zaštitu, ako sam titular nije neposredno zainteresovan i to ne želi?⁵ Stoga vrednost pravnog dobra i interes njegovog očuvanja, kao kriterijumi određivanja granica krivičnopravne zaštite, ustupaju mesto slobodi raspolaganja nosioca dobra, s obzirom da se sam nosilac ove zaštite odrekao.⁶ Time se omogućava da se preko instituta pristanka povređenog, uprkos zabrani telesnog povređivanja drugog, dozvoli npr. operativni zahvat, tetoviranje ili kakvo drugo delovanje na telo. I pored određenih razlika, u savremenoj evropskoj doktrini i zakonodavstvima se pretpostavke pristanka povređenog vrlo slično uređuju.⁷

U našoj posleratnoj literaturi postojala je nepoverljivost prema širem prihvatanju pristanka povređenog kao osnova isključenja protivpravnosti dela. Kako se krivično delo u materijalnom smislu razumelo kao društveno opasno delo,⁸ manevarski prostor da se neko kažnjivo ponašanje protumači kao napad isključivo na interese pojedinca nije bio veliki. Ako se izvršenjem bilo kog krivičnog dela povređuje i izvestan društveni interes, pristanak povređenog teško može imati širi značaj. Otuda se naglašeno isticalo da pristanak povređenog ne predstavlja opšti osnov isključenja protivpravnosti, već da samo u nekim slučajevima, u zavisnosti od konkretnih okolnosti, može da ima slično dejstvo.⁹ Volja titulara naročito je uvažavana u onima konstelacijama u kojima se osećalo da negativne strane povređivanja dobra nadomešćuju društveno korisni ciljevi, naročito u slučaju lekarskih intervencija. I tu je, međutim, snažno naglašavano da „u ovakvim slučajevima osnov isključenja protivpravnosti nije pristanak povređenog, već društvena korisnost“.¹⁰

Pierre Hauck, „Rechtfertigende Einwilligung und Tötungsverbot“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, br. 4/2012, str. 207 fn. 28, sa različitim mišljenjima romanista; Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo*. I. knjiga, Beograd, 1935¹⁻³, str. 240).

4 Vid. detaljnije Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 2011⁶, str. 116.

5 Kühl, str. 274.

6 Theodor Lenckner, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2001²⁶, str. 557.

7 Vid. detaljnije Jescheck, Weigend, str. 384.

8 Sličan pristup potencira većina naših autora, tako što se redukovana mogućnost pristanka povređenog svodi na primenu instituta neznatne društvene opasnosti (danas dela malog značaja) kao osnova opravdanja. U drugim slučajevima pristanak ima uticaja tek na odmeravanje kazne (vid. Bora Čejović, „Pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti“, *Pravni život*, br. 2/1967, str. 20; Miroslav Đorđević, „Krivičnopravni značaj pristanka povređenog“, *Pravni život*, br. 4/1963, str. 6-7).

9 Tako Čejović, str. 18; Đorđević, str. 4.

10 Čejović, str. 24; Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2011², str. 474; Zdravko M. Petrović, „Telesne povrede i pristanak povređenog“, *Pravni život*, br. 9/1996, str. 125.

1. PRISTANAK POVREĐENOG U SISTEMU KRIVIČNOG DELA

Ako pristanak povređenog isključuje postojanje krivičnog neprava, to još uvek ne kazuje da li se radi o osnovu isključenja protivpravnosti u uobičajenom značenju, ili saglašavanje nosioca dobra isključuje već ostvarenje zakonskih obeležja dela. Jedno, danas snažno zastupljeno shvatanje, zagovara da je nepristajanje na povredu pravnog dobra svojevrsno negativno obeležje bića dela, i da je dvostepenost ispitivanja krivičnog neprava zapravo suvišna.¹¹ Ovo učenje polazi od toga da se objekt krivičnopravne zaštite (npr. imovina ili telo čoveka) u izvesnoj meri „personalizuje“, u smislu da krivičnopravne norme ne obezbeđuju krivičnopravnu zaštitu najvrednijih dobara (npr. telesne nepovredivosti ili imovinskih vrednosti) po sebi, već da moraju uvažiti i volju njihovog titulara, koji njima može slobodno raspolagati. Utoliko u slučaju pristanka od samog početka izostaje svaka povreda pravnog dobra.¹² Do objašnjenja svoje polazne ideje ovo učenje dolazi na jednostavan način. Za razliku od osnova isključenja protivpravnosti (npr. nužne odbrane ili krajnje nužde), gde su uvek u konfliktu dva suprotstavljena interesa, ovde su u igri samo interesi titulara dobra. Ako ovaj odustane od zaštite, ni pravni poredak nema više poseban razlog da dobro naročito štiti, sa dejstvom da saglasnost nosioca dobra isključuje već ostvarenje predviđenosti dela u zakonu. Utoliko izostajanje saglasnosti pasivnog subjekta sa povredom ili ugrožavanjem njegovog pravnog dobra u neku ruku postaje svojevrsno neopisano (negativno) obeležje objektivnog bića kod svakog krivičnog dela koje povređuje pravno dobro kojim se može raspolagati.

U prilog ovom učenju govori činjenica da se zaista neretko oseća kao stvar puke zakonodavne tehnike da li će se kažnjivost jednog ponašanja usloviti nepostojanjem saglasnosti titulara dobra ili vrednovati tek na planu protivpravnosti. To se najbolje vidi na primeru krivičnog dela narušavanja nepovredivosti stana (čl. 139 KZ). Umesto što je ostvarenje zakonskog opisa uslovio „neovlašćenim prodiranjem u tuđ stan ili tuđe zatvorene prostore“, zakonodavac je mogao delo da predvidi u zakonu i samo kao „prodiranje u tuđ stan“, pa bi se onda na planu protivpravnosti eventualni pristanak titulara dobra uzeo u obzir kao osnov opravdanja. Osim toga, i rešenja na planu eventualnih zabluda su naizgled sinhronizovana, s obzirom da je stvarna zabluda o okolnostima koja bi delo činila dozvoljenim po dejstvu izjednačena sa stvarnom zabludom o obeležjima krivičnog dela (vid. Čl. 28 KZ).

Ipak, iako ovo shvatanje u poslednje vreme zadobija sve više pristalica, ono ima značajne nedostatke. Naime, kako se s pravom primećuje,¹³ pomeranjem fokusa sa pravnog dobra na volju njegovog nosioca na izvestan način se nepotrebno

11 Tako pre svih Urs Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2009⁴, str. 108; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 2006⁴, str. 544; Horst Schlehofer, u: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) *et al.*, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München, 2003, str. 1204. U švajcarskoj literaturi slično Seelmann, str. 324.

12 Lenckner, str. 557; Seelmann, str. 324.

13 Jescheck, Weigend, str. 375; Kühl, str. 274.

subjektivizira zaštitni objekt, jer se jedna objektivna kategorija uslovljava raspolaganjem titulara. Krivičnim pravom zaštićena pravna dobra imaju svoju autonomnu vrednost, koju ne može zameniti volja nosioca. Konkretna volja titulara nije konstitutivni element pravnog dobra koje krivično pravo štiti.¹⁴ Da je to tako, pokazuje i činjenica da zakonski opisi npr. telesnog povređivanja štite telesni integritet i onih subjekata koji telom ne mogu autonomno raspolagati (npr. sasvim male dece).¹⁵

Ovo shvatanje, dalje, prenebregava činjenicu da sam krivični zakon kod mnogih krivičnih dela zanemaruje stav pasivnog subjekta u pogledu povređivanja ili ugrožavanja njegovog dobra, inkriminišući jedno ponašanje nezavisno od njegovih nazora. Tako je prema našem pravu nedozvoljen prekid trudnoće kažnjiv i kada je učinjen odnosno započet sa pristankom bremenite žene (čl. 120 KZ), kao što pristanak lica na eksploataciju ili na uspostavljanje ropskog ili njemu sličnog odnosa kod trgovine ljudima ne utiče na postojanje ovog krivičnog dela (čl. 388 st. 10 KZ). Sama činjenica da je kod pojedinih krivičnih dela saglašavanje titulara irelevantno, nezavisno od toga što su vršenjem dela ugroženi primarno njegovi individualni interesi, govori u prilog tome da granice krivičnog prava počivaju na objektivno utvrdivom opštem objektu krivičnopravne zaštite, a ne na saglasnosti pasivnog subjekta. Ova saglasnost će svakako biti uvažena na nivou protivpravnosti, ali ne može zameniti ne vrednost kažnjivog ponašanja u svakom slučaju.

Naposletku, ni izneti prigovor proizvoljnog unošenja pristanka u zakonski opis od strane zakonodavca ne stoji, osim ukoliko se ne zastupa dvostepeni sistem krivičnog dela (nepravo – krivica) odnosno učenje o negativnim obeležjima bića. Bića krivičnih dela, time što tipiziraju kažnjivo ponašanje, istovremeno vrše funkciju upozorenja građanima – koje se ponašanje od njih očekuje. Ovaj apel ostvaruje generalno-preventivni efekat koji se ne sme zanemariti. U situacijama, međutim, u kojima se određeno ponašanje u životu u većini slučajeva vrši uz pristanak pasivnog subjekta, ova funkcija apela ne bi se valjano vršila ako se u opis ne bi uvrstio i sam pristanak.¹⁶ Takav ishod nema svoje kriminalno-političko opravdanje, jer bi se time građanima zapravo poslala pogrešna poruka da njihova volja može u najvećem broju slučajeva isključiti krivičnopravne posledice napada na dobra.¹⁷ Iz svih navedenih razloga ovo učenje ne treba prihvatiti.

14 Harro Otto, „Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung“, *Juristische Ausbildung*, br. 10/2004, str. 680.

15 Knut Amelung, Frieder Eymann, „Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht“, *Juristische Schulung*, br. 10/2001, str. 938.

16 Činjenica je da u najvećem broju situacija ljudi ulaze u stanove i druge prostore saglasno volji njihovog držaoca. Stoga je opravdano da kršenje krivičnopravne norme podrazumeva samo postupanje protivno volji titulara dobra (prodiranje u stan odnosno neudaljšavanje iz njega na zahtev ovlašćenog lica). Iz sličnog razloga zakonodavac inkriminiše samo protivpravno, a ne svako lišenje slobode (čl. 132 KZ), s obzirom da se u praksi u 90% slučajeva ograničenje slobode kretanja vrši od strane policije na osnovu zakonskih ovlašćenja. Ove okolnosti moraju se uvažiti prilikom definisanja zakonskih opisa, jer, u suprotnom, funkcija upozorenja građanima koja ponašanja su zabranjena i šta se od njih očekuje – ne bi mogla da ostvari na valjan način.

17 Iz sličnog razloga npr. nije prihvatljiva saglasna volja suparnika da se fizički obračunaju ili kao ranije čak i smrtno stradaju u dvoboju.

Vladajuće shvatanje ne smatra da pristanak povređenog uvek isključuje predviđenost dela u zakonu. Ono podrazumeva da pristanak prema okolnostima može da isključi ili ostvarenje bića dela ili njegovu protivpravnost.¹⁸ Onaj ko se saglasio sa tim da ga drugi telesno povredi – i dalje je telesno povređen, nezavisno od toga što je titular na to bio pristao. Telesna nepovredivost ima svoju vlastitu apstraktnu vrednost koja ne može biti *a priori* nadomeštena eventualnim raspolaganjem titulara. Za tako nešto je neophodan naročit osnov opravdanja. Ne samo što se time jasno stavlja do znanja da su sloboda, imovina i druga pravna dobra relevantni objekti krivičnopravne zaštite, već se time obezbeđuju adekvatni mehanizmi zaštite, koji umanjuju rizik od nepromišljenog odricanja titulara od dobra.¹⁹ Da li u jednom slučaju saglašavanje titulara dobra sa njegovom povredom ili ugrožavanjem vodi isključenju bića dela ili tek njegovoj protivpravnosti zavisi od oblića odnosnog delikta.²⁰ Načelno, saglasnost koja isključuje biće dolazi u obzir naročito kod onih dela čija priroda podrazumeva vršenje protivno volji odnosno bez saglasnosti drugog lica (npr. krivičnih dela sa elementom prinude).²¹ Kod većine ostalih krivičnih dela u obzir dolazi samo pristanak kao eventualni osnov isključenja protivpravnosti. Iako ovo razlikovanje još uvek nije dovoljno jasno izvedeno u našoj doktrini, mnogi autori ukazuju na razlikovanje pristanka kao osnova isključenja bića dela ili njegove protivpravnosti.²²

2. PRISTANAK ŠTO ISKLJUČUJE BIĆE DELA

Već smo pomenuli da saglašavanje pasivnog subjekta sa povređivanjem ili ugrožavanjem njegovog dobra može voditi isključenju bića ukoliko već ne vrednost ponašanja podrazumeva vršenje dela bez ovog pristanka. Ovde tipično ostvarenje dela podrazumeva da se ono vrši protivno ili bez volje povređenog; ukoliko pasivni subjekt odobrava ponašanje učinioaca, ono se ni ne može podvesti pod biće dela. Naše krivično pravo poznaje značajan broj zakonskih opisa, kod kojih odobravanje vršenja dela od strane titulara pravnog dobra isključuje ispunjenost elementa predviđenosti u zakonu, čime se zona primene pristanka na planu protivpravnosti značajno umanjuje.²³ Da

18 Vid. npr. Amelung, Eymann, str. 938; Jescheck, Weigend, str. 375; Kühl, str. 274; Stratenwerth, Kuhlen, str. 118; Johannes Wessels, Werner Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 2011⁴¹, str. 133. Slično razlikovanje čini se i u austrijskom pravu (Otto Triffterer, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien – New York, 1994², str. 239–240).

19 Jescheck, Weigend, str. 376.

20 Nejasno je da li ovo razlikovanje pristanka treba da bude uvaženo i na terminološkom planu. U nemačkoj literaturi se više iz praktičnih razloga čini razlika između saglasnosti (*Einverständnis*) koja deluje na planu bića dela i pristanka (*Einwilligung*) koji isključuje protivpravnost. Ovo jezičko razlikovanje nailazi na simpatije i u domaćoj literaturi (Ivana Marković, „Pristanak povređenog u krivičnom pravu“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, Beograd, 2011, str. 284). Osim izvesne didaktičke prednosti, razlikovanje je praktično teško sprovodivo, tim pre što naš zakonodavac naginje „pristanku“ i kada se radi o isključenju bića dela.

21 Wessels, Beulke, str. 133.

22 Vid. npr. Zoran Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 2012¹⁹, str. 136.

23 To primećuje i Kühl, str. 276.

li saglasnost pasivnog subjekta može da isključi ostvarenje bića odnosno krivičnog dela, možemo spoznati samo uvidom u zakonski opis i njegova objektivna obeležja. Tu možemo uočiti više različitih vidova, koji pokazuju da je stav oštećenog od značaja za ostvarenje bića dela.

Najpre, pojedina obeležja već pojmovno podrazumevaju da je njihovo ostvarenje moguće samo protivno volji titulara.²⁴ Ako se opis dela ostvaruje saglasno volji pasivnog subjekta kažnjivo ponašanje postaje uobičajeno ponašanje u granicama socijalnog poretka.²⁵ U ovoj grupi su najznačajnija krivična dela sa elementom *prinude* (silovanje, razbojništvo, iznuda itd.), jer ona najneposrednije napadaju slobodu odlučivanja ili ispoljavanja volje.²⁶ Ako je pasivni subjekt saglasan sa vršenjem obljube, onda nedostaje prinuda na obljubu, pa objektivno biće silovanja (čl. 178 KZ) nije ispunjeno. Nekada, međutim, uvažavanje volje titulara nije tako jasno vidljivo, već se do njega dolazi tek tumačenjem upotrebljenih izraza. Ako vlasnika voćke zamolimo da naberemo kesu slatkih plodova i on to dopusti, mi ne ostvarujemo obeležja krađe, jer sam pojam oduzimanja tuđe pokretne stvari (vid. čl. 203 KZ), prema prihvaćenoj teoriji aprehenzije, podrazumeva prekid faktičke vlasti ranijeg pritežaoca protivno njegovoj volji. Zato vlasnikovo dopuštenje isključuje ostvarenje radnje oduzimanja odnosno biće dela. Slično tumačenje možemo izvesti i u pogledu radnje prodiranja kod narušavanja nepovredivosti stana (čl. 139 KZ) i kod mnogih drugih dela.²⁷

Takođe, u pojedinim zakonskim opisima nalazimo obeležja bića koja *izričito* uzimaju u obzir volju nosioca pravnog dobra. Tako povredu tajnosti pisma ili druge pošiljke (čl. 142 KZ) čini samo onaj ko *neovlašćeno* otvori tuđe zatvoreno pismeno. Takođe, neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka (čl. 145 KZ) čini onaj ko to učini *bez pristanka* lica koje je spis sastavilo ili na koga se spis odnosi, odnosno bez pristanka lica koje je prikazano na portretu, fotografiji ili filmu ili čiji je glas snimljen na fonogramu ili bez pristanka drugog lica čiji se pristanak po zakonu traži.²⁸ U oba dakle slučaja, odgovarajući pristanak titulara isključuje ostvarenje dela predviđenog u zakonu.

Na drugoj strani, kod najvećeg broja zakonskih opisa pravac volje titulara pravnog dobra nije od značaja za ostvarenje objektivnog bića. Tako u opisu uništenja i oštećenja tuđe stvari (čl. 212 KZ) nema nijednog obeležja („ko uništi, ošteti ili učini neupotrebljivim tuđu stvar“) koje bi ukazivalo da saglašavanje vlasnika stvari sa uništenjem, oštećenjem ili činjenjem neupotrebljivim može da isključi predviđenost dela u zakonu. Stoga takva saglasnost ne isključuje ostvarenje bića, ali uz ispunjenost odgovarajućih uslova može biti govora o pristanku povređenog kao osnovu isključenja protivpravnosti.

24 Lenckner, str. 556.

25 Jescheck, Weigend, str. 373.

26 Slično Đorđević, str. 6; Wessels, Beulke, str. 134; Roxin, str. 540.

27 Teško može biti govora o prodiranju, ako je vlasnik stana primio gosta u posetu.

28 Slična obeležja su česta kod krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina (glava XIV Krivičnog zakonika).

Pretpostavke isključenja bića dela

Da bi pristanak isključio biće dela, dovoljna je minimalna, *prirodna volja* titulara,²⁹ koju po pravilu poseduje svako lice, pa i dete, duševni bolesnik ili pijanac. Tako, ako đak prvak pristane da svoju novu školsku torbu zameni za kesicu klikera, vešti nagovarač neće odgovarati za krađu, jer se saglasnost đaka na prelazak pritežanja smatra punovažnom.³⁰ Stoga krivično delo silovanja isključuje saglašavanje lica mlađeg od 14 godina odnosno lica zaostalog duševnog razvoja sa obljubom, iako je zakonodavac, smatrajući njihovu saglasnu volju ipak manjkavom, obljubu i izjednačen čin sa njima ipak učinio kažnjivim preko krivičnih dela obljube nad nemoćnim licem (čl. 179 KZ) odnosno detetom (čl. 180 KZ).

Pretpostavka pristanka jeste i njegova dobrovoljnost, koja nije isključena ni kada počiva na kakvom nedostatku volje, odnosno ako je izvojevana lukavstvom odnosno *obmanom*.³¹ Tako nije narušio nepovredivost stana lažni radnik elektrodistribucije, kojeg je vlasnik pustio u stan kako bi navodno pročitao stanje na brojilu, iako je ovaj zapravo samo hteo da izvidi situaciju radi kasnije provale u stan. Isto bi važilo i ako bi pristanak na obljubu, primera radi, bio izvojevan prevarno, npr. lažnim obećanjem braka. To je i osnovna razlika na planu pravnih dejstava pristanka koji isključuje već ostvarenje bića odgovarajućeg delikta u odnosu na pristanak povređenog kao osnov opravdanja.³² Dobrovoljnost, razume se, isključuje *prinuda*. Tako, ako razbojnik pod pretnjom oružja oduzme kasirki dnevni pazar, saglasnost na prelazak pritežanja nije data i pristanak nije slobodan.

Za razliku od pristanka kao osnova isključenja protivpravnosti, pristanak što isključuje biće dela prema većinskom shvatanju ne mora biti dat izričito ili konkludentno. Dovoljno je *faktičko* postojanje saglasnosti u trenutku izvršenja dela, bez spoljnog manifestovanja saglasne volje.³³ To znači svesno unutrašnje odobravanje postupka drugog u momentu njegovog vršenja. Ipak, nereagovanje na delo, njegovo pasivno trpljenje (iz straha, zbog očekivane odmazde, itd.) – još uvek ne znači saglašavanje sa njegovim ostvarenjem.

Na subjektivnom planu, neznanje učinioca da postoji saglasnost oštećenog (učinilac pogrešno tumači fingiran otpor žrtve, verujući da siluje, iako to nije slučaj, jer je žrtva dugo potajno zaljubljena u njega) vodi odgovornosti za *nepodoban pokušaj* odnosno delikta, pod uslov da je takav pokušaj kažnjiv.³⁴ Obrnuto, pogrešna predstava učinioca da postoji saglasnost oštećenog (učinilac veruje da je

29 Lenckner, str. 556; Wessels, Beulke, str. 135.

30 Ostaje mogućnost odgovornosti za prevaru.

31 Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2011⁵⁸, str. 273; Wessels, Beulke, str. 135.

32 Amelung, Eymann, str. 938.

33 Slično između ostalih Wessels, Beulke, str. 135; Roxin, str. 541. S druge strane Lenckner, str. 557, diferencira krivična dela kod kojih je ipak nužno spoljno manifestovanje saglasnosti.

34 Alfred Bergmann, „Einwilligung und Einverständnis im Strafrecht“, *Juristische Schulung – Lernbogen*, br. 9/1989, str. 67; Fischer, str. 272. Tako bi prećutno saglašavanje dotadašnjeg pritežaoca sa odnošenjem vlastite stvari, kako bi se drugom primera radi lakše dokazala krađa, zasnovalo samo odgovornost za nepodoban pokušaj prema čl. 203 st. 2 KZ (Igor Vuković, „O radnji

otpor žrtve samo prividan, i da se zapravo radi o dobrovoljnom seksualnom činu) isključuje njegov umišljaj i vodi stvarnoj zabludi o obeležju krivičnog dela iz čl. 28 st. 2 KZ.³⁵

3. PRISTANAK KAO OSNOV ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI

Podobnost dobra za raspolaganje

Da bi pristanak isključio protivpravnost, mora se raditi o ličnom dostupnom pravnom dobru.³⁶ Dostupnost dobra jeste njegova podobnost za raspolaganje. To su po pravilu samo pravna dobra čiji je titular određena ličnost, tzv. *lična* (individualna) pravna dobra (telo čoveka, njegova sloboda i prava, čast, imovina)³⁷. Ako dobro ne pripada pojedincu već društvenoj zajednici, onda ono nije podobno za raspolaganje. *Opštim* pravnim dobrom pojedinac ne može raspolagati, niti svojim pristankom odreći njegovu krivičnopravnu zaštitu.³⁸ Opšta pravna dobra obuhvaćena krivičnopravnom zaštitom jesu, primera radi: pravosuđe, životna sredina, vojska, pravni saobraćaj, službena dužnost. Tako, vlasnik životinje može pristati da drugi usmrti njegovog psa koji neprestano napada tuđe ovce (čl. 212 KZ), ali ne može pristati da drugi muči istog psa (čl. 269 KZ), jer se krivičnim delom ubijanja i zlostavljanja životinja štite univerzalna osećanja ljudi prema životinjama. Ili, davanje lažnog iskaza (čl. 335 KZ) ostaje protivpravno čak i ako je suprotna strana u sporu iz nekog razloga sa ovim ponašanjem saglasna, jer delo čuva pravilno funkcionisanje pravosuđa. Iako su mnoga krivičnopravna zaštite vredna dobra po svojoj prirodi lična, pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti najveći praktični značaj ima kod krivičnih dela telesnog povređivanja i uništenja i oštećenja tuđe stvari.³⁹

Dostupnost nekada može izostati i kada se radi o ličnom pravnom dobru, ako je smisao krivičnog dela naročita zaštita interesa žrtve. Tako se u slučaju krivičnih dela obljube nad nemoćnim licem (čl. 179 KZ), obljube sa detetom (čl. 180 KZ), obljube zloupotrebom položaja (čl. 181 KZ) ili zlenastva (čl. 217 KZ, ukoliko se radi o licu „nedovoljno sposobnom za rasuđivanje“) pasivnom subjektu odriče sposobnost da slobodno i odgovorno raspolaže dobrima,⁴⁰ te iskorišćavanje nje-

oduzimanja kod krađe (§ 203 KZ)⁴⁰, u: *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU. Prilozi projektu 2008*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 48).

35 Wessels, Beulke, str. 135. Veruje li lice pogrešno da je vlasnik stvari saglasan sa njenim oduzimanjem, ono ni ne zna da oduzima tuđu stvar. Krivična odgovornost bi bila moguća samo kod onih zakonskih opisa koji poznaju odgovornost za nehat, u slučaju da je ova pogrešna predstava prema okolnostima bila otklonjiva.

36 Vid. Amelung, Eymann, str. 939; Kindhäuser, str. 109; Lenckner, str. 558. U našoj literaturi ovaj uslov je takođe vladajući (Čejović, str. 18; Đorđević, str. 4; Živanović, str. 243).

37 Slično Stojanović, str. 137. Tahović zastupa kriterijum da pristanak kod imovinskih delikata može da isključi protivpravnost samo ukoliko bi „sopstvenik imovinskog dobra... sam mogao da uništi to dobro“ (Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1956, str. 40).

38 Wessels, Beulke, str. 136.

39 Tako Mitsch, str. 391.

40 Slično je i u nemačkom pravu (vid. Kindhäuser, str. 109).

gove manjkave volje vodi krivičnopravnoj kažnjivosti nezavisno od raspolaganja. Dobro nije raspoloživo ni ako je mogućnost raspolaganja ličnim dobrom isključena posebnim propisom, kao što je to učinjeno u odnosu na život čoveka. To se vidi ne samo na temelju Ustavom proklamovane neprikosновенosti života (čl. 24 st. 1), već i na osnovu toga što je zakonodavac usmrćenje drugog, i pored priznavanja izvesnog privilegijućeg učinka volje titulara na temelju njegovog ozbiljnog i izričitog zahteva, ipak učinio kažnjivim (vid. krivično delo lišenja života iz samilosti – čl. 117 KZ).

Restriktivan pristup treba zauzeti i u pogledu raspolaganja telesnim integritetom, iako utvrđivanje granica krivičnopravne zaštite u ovoj sferi nije jednostavan zadatak. U srpskoj literaturi do sada nije blagonaklono gledano na mogućnost da pristanak isključi protivpravnost telesnog povređivanja. Redovno je naglašavano da raspolaganje telesnim integritetom nije moguće ukoliko cilj povređivanja dotiče kakve druge pravom zaštićene interese, kao u slučaju zloupotrebe prava iz socijalnog osiguranja prouzrokovanjem bolesti ili nesposobnosti za rad (vid. čl. 168 KZ) ili izbegavanja vojne službe onesposobljenjem ili obmanom, dozvoljavanjem drugom da učinioca privremeno ili trajno onesposobi (vid. čl. 397 KZ). Pri tom, gotovo jednodušan je stav da pristanak može da isključi postojanje samo obične lake telesne povrede, dok kod svih drugih vrsta lake, teške i naročito teške telesne povrede takva mogućnost ne bi bila dopuštena.⁴¹ Ovaj stav smatramo valjanim. S jedne strane, nije prihvatljivo da se ne dozvoli isključenje protivpravnosti u slučaju običnih lakih telesnih povreda, s obzirom da pravni poredak u mnogim situacijama dopušta lake zahvate u telesni integritet i kada cilj zahvata nije lečenje. Tako se danas smatra da saglašavanje sa tetoviranjem, pirsingom ili bušenjem uha iz estetskih razloga isključuje protivpravnost povreda nanetih tim putem. Isto bi važilo i u pogledu lakog povređivanja tokom saglasnog sado-mazohističkog seksualnog odnosa. S druge strane, „nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta“ (čl. 25 stav 1 Ustava), kao zajamčeno ljudsko pravo, ne dopušta po našem mišljenju širenje granica pristanka i na druge vidove telesnog povređivanja, iako zakonodavac nije neposredno isključio mogućnost sličnog raspolaganja i kada se radi o težim povredama. Ozbiljnije zahvate u telesni integritet po osnovu pristanka smatramo mogućim samo u slučaju preduzimanja medicinskih mera.⁴²

Sporno je da li pristanak može da isključiti dovođenje u *konkretnu životnu opasnost*. Ostvarenje pojedinih zakonskih opisa, npr. napuštanje nemoćnog lica u prilikama opasnim za njegov život ili zdravlje (čl. 126 KZ) ili izlaganje drugog opasnosti u sličnim prilikama (čl. 125 KZ), podrazumeva upravo stvaranje takve opasnosti, pa se osnovano može postaviti pitanje da li bi saglasnost pasivnog su-

41 Tako Čejović, str. 22; Marković, str. 287; Tahović, str. 39; Živanović, str. 245.

42 Preduzimanje medicinskih zahvata na temelju pristanka pacijenta treba smatrati sastavnim delom učenja o pristanku povređenog ne samo zato što naši pozitivni propisi u ovoj materiji preduzimanje mera prema pacijentu izričito vezuju za pristanak pacijenta (vid. čl. 15 Zakona o pravima pacijenata), već i zato što opravdanje lekarskih intervencija pozivanjem na njihovu društvenu korisnost, uobičajeno u našoj literaturi (vid. podbelešku 10), može u uslovima totalitarnih režima biti zloupotrebljeno (npr. ustanovljenjem prava državnih organa da iskaz nekada mogu da pribave prinudom zato što postoji izvestan „viši interes“).

bjekta ovde mogla da isključi protivpravnost. Od naročitog praktičnog značaja su situacije ugrožavanja života i tela u saobraćaju, kao npr. u slučaju vožnje u automobilu kojim upravlja lice pod dejstvom alkohola.⁴³ Treba najpre primetiti da pristanak na ugrožavanje ne podrazumeva i pristajanje na nastupanje posledice; više je reč o saglašavanju sa jednom opasnom radnjom.⁴⁴ Iz činjenice da je neko lice pristalo da bude izloženo određenom riziku ne možemo izvući dalekosežan zaključak da je ono pristalo i da bude povređeno. Otuda saglašavanje sa stadijumom ugrožavanja ne podrazumeva automatski i saglašavanje sa stadijumom povrede, pa sličan pristanak može da isključi protivpravnost samo delikta ugrožavanja. Tako se smatra prihvatljivim pristanak na nehatno ugrožavanje telesnog integriteta, npr. u sferi sportskih povreda.⁴⁵ S druge strane, većina autora smatra da titular nema pravo da svojim pristankom opravda i ugrožavanje života.⁴⁶ Smatramo međutim spornim da li je ovo razlikovanje uopšte sprovodljivo. Ugrožavanje života i tela se u toj meri prepliću, da nije slučajno što je naš zakonodavac kod najvećeg broja konkretno opasnih delikata dovođenje u opasnost života i tela smatra jedinstvenom celinom.⁴⁷ Kada to prestaje ugrožavanje tela a počinje ugrožavanje života – teško je određivo u praksi. Čini nam se da je ova nepoverljivost prema ideji da pristanak isključi protivpravnost i u slučaju ugrožavanja života više uslovljena time da se opravdanje ugrožavanja života u praksi ne protumači kao opravdanje lišenja života.⁴⁸ Ova bojazan nije međutim opravdana. Jer, kako smo već konstatovali, pristanak može isključiti protivpravnost delikta ugrožavanja ali ne može da isključi protivpravnost

-
- 43 Pristanak povređenog treba razlikovati od odgovornog samougrožavanja. Ako se dvoje spaleologa upuste u opkladu ko će se pre spustiti u jednu neistraženu pećinu, pa se jedan njih oklizne i strada, neodgovornost drugoga ne počiva na pristanku stradalnika, već na činjenici da se ovaj na ličnu odgovornost upustio u rizik. Ovde vlast nad događanjem povređeni nije prepustio drugome, već ga u celosti sam kontroliše. Otuda se samougrožavanje ni ne rešava na planu protivpravnosti već na planu uračunavanja posledice u biće dela (Amelung, Eymann, str. 938). U onim primerima, međutim, u kojima lice vlast nad izvorom rizika prepušta drugome, samougrožavanje postaje ugrožavanje drugoga, kojem je potrebno posebno opravdanje (Hauck, str. 213).
- 44 Georgia Stefanopoulou, „Einwilligung in die Lebensgefährdung: Rechtfertigung der fahrlässigen Tötung“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, br. 3/2012, str. 691.
- 45 U anglosaksonskoj sudskoj praksi takođe postoji negativan stav u pogledu dopuštanja odbrane pozivanjem na pristanak povređenog, ako nije reč o samougrožavanju već o ugrožavanju drugog. Tako je u jednom poznatom primeru iz novozelandske sudske prakse tokom jedne predstave (*Wild West Show*) strelac hteo da demonstrira svoju veštinu gađanja, tako što je jednom gostu iz publike planirao da hicem iz puške skine pepeo sa vrha upaljene cigarete. Strelac nije dobro gađao i metak je prošao kroz obraze gosta nanevši mu povrede (vid. K. L. Koh, „Doctrine of Consent in Criminal Law“, *Malaya Law Review*, br. 2/1967, str. 190).
- 46 Slično i Klaus Geppert, „Rechtfertigende ‘Einwilligung’ des Verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstrafataten im Straßenverkehr?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, br. 4/1971, str. 987; Hauck, str. 219; Jescheck, Weigend, str. 379; Stefanopoulou, str. 709; Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 1969¹¹, str. 453.
- 47 Vid. većinu krivičnih dela protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine (glava XXV KZ) ili bezbednosti javnog saobraćaja (glava XXVI KZ).
- 48 U nemačkoj literaturi je ukazivanje na razlikovanje pristanka na opasnu radnju i posledicu uobičajeno (vid. detaljnije Nenad Đurđević, „Pristanak oštećenog kao osnov isključenja protivpravnosti štetne radnje“, *Pravni zbornik*, br. 2-3/1995, str. 133).

delikta povrede, čak i ako ugrožavanje u konkretnom slučaju preraste u povređivanje dobra, u vidu dela kvalifikovanog težom posledicom (vid. čl. 125 st. 2 i 3, čl. 126 st. 2 i 3 ili čl. 297 u navedenim primerima).⁴⁹

Nejasno je kako postupiti kod krivičnih dela što štite više različitih objekata krivičnopravne zaštite (tzv. višeobjektna krivična dela), gde je jedno od dobara lično a drugo opšte. Tako krivično delo ugrožavanja javnog saobraćaja (čl. 289 KZ) istovremeno štiti javni saobraćaj i njegovu bezbednost, ali istovremeno predstavlja delo konkretne opasnosti za život, telo ili imovinu drugih lica. Načelno, moglo bi se prihvatiti da pristanak i ovde isključuje onu ne vrednost ponašanja koja dotiče lično dobro pasivnog subjekta.⁵⁰ Kako međutim svakako preostaje opšti interes zaštite saobraćaja i izbegavanja života tela i imovine drugih učesnika u saobraćaju, ovu ne vrednost pristanak ne dotiče. S obzirom na ovu okolnost, većina autora s pravom isključuje mogućnost pristanka kod krivičnih dela ugrožavanja bezbednosti saobraćaja.⁵¹ Sličan zaključak izveli bismo i za druga višeobjektna krivična dela, kod kojih jedno od dobara pripada zajednici.

Odricanje titulara od zaštite dobra

Pristanak mora biti izjavljen *pre* ostvarenja dela i ne sme biti opozvan do momenta njegovog vršenja.⁵² Pristanak mora trajati u toku ostvarenja dela. Jednom izjavljena saglasnost može se u svakom trenutku opozvati. Naknadno odobravanje dela nije od značaja i ne može da opravda ranije učinjeno protivpravno delo.⁵³ Ipak, naknadnim saglašavanjem sa delom i njegovim posledicama subjekt može da utiče na vođenje krivičnog postupka, i to dvojako. S jedne strane postoji mogućnost neprijavlivanja dela nadležnim državnim organima. Ako je oštećeni jedini izvor saznanja za delo, neprijavlivanje istovremeno znači i nekažnjavanje učinioca. Na drugoj strani, kod krivičnih dela koje se gone po privatnoj tužbi ili po predlogu oštećenog, nepodnošenje tužbe odnosno predloga ima za ishod da se krivični postupak ne vodi, što opet vodi neodgovornosti učinioca.⁵⁴ Nije od značaja da li je pristanak doveden u vezu sa kakvim uslovom, npr. lako telesno povređivanje u

49 Isto bi važilo i u slučaju da posledica predstavlja objektivni uslov inkriminacije, kao kod krivičnog dela učestvovanja u tuči (čl. 123 KZ).

50 Takvu mogućnost pojedini autori čak i izričito dopuštaju, npr. u situaciji kada neko ulazi u vozilo alkoholisanog lica u jednoj osamljenoj uličici kojom ne prolaze drugi učesnici u saobraćaju, sa idejom da se takvim činom može isključiti protivpravnost ugrožavanja (Amelung, Eymann, str. 939).

51 Vid. npr. Kühl, str. 276; Schlehofer, str. 1208.

52 Čejović, str. 19; Fischer, str. 273; Lenckner, str. 562; Marković, str. 290; Seelmann, str. 325-326; Wessels, Beulke, str. 138.

53 Kühl, str. 279; Schlehofer, str. 1215. Ako je saglasnost data u toku vršenja dela ali nakon njegovog početka, iako odgovornost za dovršeno delo otpada, preostaje odgovornost za pokušaj. Iako se prema mnogim našim autorima saglasnost može dati i u toku vršenja dela (Petrović, str. 129; Živanović, str. 245), dejstvo isključenja protivpravnosti dela u celosti ne možemo prihvatiti. Naknadno saglašavanje nakon momenta dovršetka delikta može imati značaj samo na planu odmeravanja kazne, odnosno krivičnog gonjenja ako se delo goni po privatnoj tužbi.

54 Čejović, str. 19. Iako je međutim dejstvo slično, razlika je suštinska, jer pristanak isključuje krivično delo dok je podnošenje privatne tužbe procesni institut.

sklopu seksualnog sado-mazohističkog odnosa uslovljeno je izvesnim novčanim iznosom.⁵⁵

Sposobnost za pristanak

U novijoj srpskoj literaturi uglavnom izostaju šira razmatranja u pogledu sposobnosti za pristanak. Uobičajeno je tvrđenje da pristanak maloletnih i duševno bolesnih lica ne može imati krivičnopravno dejstvo,⁵⁶ bez bližih objašnjenja. Sposobnost za pristanak podrazumeva da je subjekt telesno i duševno zreo da spozna značenje i domašaj zahvata drugog lica u pravno dobro kojim raspolaže. Davalac pristanka mora biti sposoban da vrednuje činjenično stanje na temelju kojeg donosi odluku, te da razume da se svojim raspolaganjem odriče krivičnopravne zaštite. Sporno je međutim da li sposobnost za pristanak treba vezati za pojam građanskopravne poslovne sposobnosti, što bi imalo poseban značaj u pogledu sposobnosti maloletnika za pristanak. U svakom slučaju, ako titular pravnog dobra nije sposoban za davanje pristanka,⁵⁷ umesto njega na davanje pristanka ovlašćen je njegov zakonski zastupnik.⁵⁸ Zamislimo dve različite situacije: u jednoj 17-godišnjak traži od druga da ošteti njegov bicikl, u drugoj 17-godišnjakinja traži od estetskog hirurga da joj poveća grudi.

Sposobnost za pristanak kao poslovna sposobnost

Prema jednom shvatanju⁵⁹ sposobnost za pristanak u krivičnom pravu treba ceniti ekvivalentno sposobnosti za pristanak u građanskom pravu⁶⁰ i vezati ga za *poslovnu sposobnost* fizičkog lica. Kako se potpuna poslovna sposobnost stiče sa navršenih 18 godina života (sticanjem punoletstva), a pre toga samo uz dozvolu suda i uslov roditeljstva ili sklapanja braka (vid. čl. 11 Porodičnog zakona)⁶¹, maloletnik redovno ne bi mogao da dá punovažan krivičnopravno relevantan pristanak na povredu vlastitog dobra.⁶² Ograničeno poslovno sposobno lice moglo bi pristati na vršenje krivičnog dela samo pod uslovima čl. 64 PZ. S obzirom da prema ovoj

55 Kühl, str. 279.

56 Đorđević, str. 6; Čejović, str. 20.

57 Lice koje daje pristanak mora biti ili jedini titular subjektivnog prava i nosilac zaštićenog dobra ili lice ovlašćeno da zastupa njegove interese, npr. kao organ pravnog lica (Wessels, Beulke, str. 136). Ako pravo pripada nekolicini, neophodna je saglasnost svakog od njih (Amelung, Eymann, str. 940).

58 Mihailo Vražalić, „Krivičnopravni značaj pristanka na lekarsku operaciju“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4/1955, str. 445. To su u slučaju maloletnog lica po pravilu njegovi roditelji (čl. 72 Porodičnog zakona), odnosno staratelji ako se radi o licu lišenom poslovne sposobnosti.

59 Tako između ostalih Fritjof Haft, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*, München, 2004⁹, str. 78; Lenckner, str. 559; Schlehofer, str. 1211.

60 Vid. čl. 163 Zakona o obligacionim odnosima.

61 Porodični zakon („Službeni glasnik RS“, br. 18/2005 i 72/2011 – dr. zakon) – u daljem tekstu PZ.

62 Lice lišeno poslovne sposobnosti zbog toga što je nesposobno da se samo brine o svojim pravima i interesima (čl. 31–44 Zakona o vanparničnom postupku) takođe bi bilo nesposobno za davanje pristanka.

odredbi dete koje nije navršilo 14 godina života može preduzimati samo pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, pravne poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja, takva ograničena poslovna sposobnost u pogledu najvećeg broja dobara ne bi bila dovoljna za odricanje krivičnopravne zaštite. Kada je reč o maloletniku koji je navršio 14 godina, njegov pristanak mogao bi biti validan uz uslov prethodne ili naknadne saglasnosti zakonskog zastupnika, po pravilu roditelja ili staraoca.⁶³

Ovo shvatanje takođe pravi razliku i prema tome na koja se dobra pristanak odnosi. Uslov poslovne sposobnosti tražio bi se isključivo ako bi se radilo o pristanku na povredu imovinskih dobara.⁶⁴ Iako pristanak povređenog ne predstavlja pravni posao kao izjavu volje u smislu građanskog prava, ipak je reč o ispoljavanju volje koje proizvodi značajne pravne posledice sa dejstvom odricanja od pravne zaštite.⁶⁵ Kada je reč o imovinskim dobrima, izvesna harmonizacija rešenja sa građanskim pravom pokazuje se štaviše kao nužna, jer bi za pravni poredak bilo neprihvatljivo da se poslovno nesposobnom licu zabrani da stvar recimo pokloni, a da se istovremeno dopusti da isto lice punovažno pristane da njegova imovina bude uništena. U oba slučaja jednako se radi o raspolaganju sa stvari. „Ako se stvar uništava, maloletnik gubi svojinu nad njom isto kao u slučaju prenosa vlasništva; ako se stvar oštećuje, vrednost svojine se umanjuje isto kao kod konstituisanja plodouživanja.“⁶⁶ Konflikt bi mogao nastati i u situaciji da pristanak maloletnika recimo isključi protivpravnost uništenja i oštećenja tuđe stvari, a da sa takvim raspolaganjem njegov zakonski zastupnik ne bude saglasan.

Međutim, kod ličnih dobara, npr. telesne nepovredivosti, polne slobode ili časti, ne bi prema ovom tumačenju bilo prikladno ravnanje prema krutim granicama koje postavljaju građanskopravni propisi,⁶⁷ i to iz više razloga. Najpre, lična dobra su sastavni deo pravâ ličnosti, i kao takva prema svojoj prirodi zahtevaju snažnije uvažavanje prava na samoopredeljenje uvek kada je saglasnost, nezavisno od starosti, faktički data. Drugo, pristanak na povredu ličnih dobara ne može se uporediti sa svakodnevnim pravnim poslovima, pa ovde razlozi pravne sigurnosti takođe ne diktiraju zahtev za naročitom strogošću.⁶⁸ U naša dva primera, prihvatanje kriterijuma poslovne sposobnosti vodilo bi tako različitim ishodima. Kako maloletnik nema potpunu poslovnu sposobnost, njegovo saglašavanje sa oštećenjem bicikla ne bi isključilo protivpravnost krivičnog dela uništenja i

63 S obzirom da je za postojanje saglasnosti dovoljna obična prirodna volja pasivnog subjekta, kod krivičnih dela čije je obeležje vršenje protivno volji titulara dobra zakonsko zastupanje je teško zamislivo (Lenckner, str. 557). Drugačije je samo ukoliko je ustanovljen naročiti osnov isključenja protivpravnosti, npr. na temelju vršenja roditeljskog prava, ili samog krivičnog zakona kao u slučaju nedozvoljenog prekida trudnoće (čl. 120 KZ).

64 Suprotno Amelung, Eymann, str. 941, koji smatraju da je u odnosu na akte koji se mogu opozvati (npr. poklanjanje knjige šestogodišnjem drugaru) suvišno zahtevanje uslova poslovne sposobnosti za validnost pristanka. Viši zahtevi se međutim postavljaju ako se radi o ireverzibilnim raspolaganjima, npr. u odnosu na uništenje stvari.

65 Lenckner, str. 559.

66 Schlehofer, str. 1212.

67 Haft, str. 78.

68 Slično Lenckner, str. 560.

oštećenja tuđe stvari.⁶⁹ S druge strane, kako se radi o ličnom neimovinskom dobru, saglasnost sa estetskim zahvatom isključila bi protivpravnost telesnog povređivanja od strane plastičnog hirurga.

Ovo shvatanje zastupao je u našoj doktrini Živanović. Iako naglašava da je za krivičnopravnu punovažnost pristanka irelevantna sposobnost za pravne poslove iz ugla privatnog prava, Živanović čini izuzetak „ukoliko se pristanak pojavljuje kao prenos ili odricanje jednog prava (npr. svojine)“, kada zahteva sposobnost raspolaganja.⁷⁰ U posleratnoj nauci ovo mišljenje najdoslednije brani Đurđević. On takođe pravi razliku između pristanka na povredu nekog imovinskog prava (prava svojine npr.) i pristanka na povredu nekog ličnog prava (telesnog integriteta), smatrajući u prvom slučaju odlučnim posedovanje poslovne sposobnosti, a u drugom slučaju sposobnosti rasuđivanja.⁷¹ „Da li maloletnik uopšte, i u kojoj meri, poseduje sposobnost rasuđivanja, ne može se generalno reći, nego se mora u svakom konkretnom slučaju ispitati. Pri proceni se mora uvek uzeti u obzir vrsta i tok oštećujuće radnje.“⁷²

Sposobnost za pristanak kao sposobnost sui generis

Prema većinskom shvatanju sposobnost za pristanak ne zavisi od poslovne sposobnosti i krutih starosnih granica punoletstva. Prema ovom mišljenju, pristanak povređenog ne predstavlja pravni posao, već pravnu radnju *sui generis*, na koju nisu primenjive pretpostavke građanskog prava, pa se u svakom konkretnom slučaju vrednuje da li odustajanje od zaštite određenog pravnog dobra može da isključi protivpravnost dela upravljenog na njegovu povredu,⁷³ nezavisno od toga da li je dobro imovinsko ili neimovinsko. Iako strogo postavljene granice u pogledu godina imaju izvesno opravdanje kada se radi o prenosu prava zbog interesa sigurnosti pravnog saobraćaja, ipak ih po ovom shvatanju treba zameniti elastičnijim uslovom individualne sposobnosti rasuđivanja i odlučivanja. Dovoljna je faktička *prirodna sposobnost rasuđivanja i odlučivanja*, koja podrazumeva takvu duševnu zrelost, koja omogućava da se spozna značaj pristanka i domašaj zahvata drugog lica, te da se volja prema tako spoznatim okolnostima opredeli. U našoj novijoj literaturi ovo shvatanje izričito brani Marković, prema kojoj se kod punoletnih lica volja titulara ne dovodi u pitanje čak ni ukoliko objektivno deluje nerazumno, dok se u pogledu maloletnika zrelost ceni prema vrednosti dobra odnosno starosti maloletnika u konkretnom slučaju.⁷⁴

69 Neophodan bi bio pristanak njegovog zakonskog zastupnika.

70 Živanović, str. 245-246.

71 Đurđević, str. 136.

72 *Ibid.*

73 Vid. između ostalih Bergmann, str. 67; Jescheck, Weigend, str. 381; Kühn, str. 280; Otto, str. 681; Thomas Rönnau, „Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht“, *Juristische Ausbildung*, br. 10/2002, str. 669.

74 Marković, str. 288. Ovo shvatanje u našoj starijoj doktrini zastupao je reklo bi se i Vražalić, s obzirom da se prema njemu volja maloletnika „koji je prema svom uzrastu u stanju da sam rasuđuje“ mora uvažiti, makar bila u suprotnosti sa voljom njegovog zakonskog zastupnika (Vražalić, str. 445).

Ova sposobnost se razlikuje od uračunljivosti, iako i ovde važi (oboriva) pretpostavka da je svako punoletno lice sposobno za pristanak. Kod maloletnika bi se sposobnost rasuđivanja utvrđivala u svakom konkretnom slučaju na osnovu postojećih okolnosti i stepena zrelosti. Načelno, što je zahvat u dobro povređenog ozbiljniji a posledice teže, to strože treba zahtevati uslov sposobnosti za pristanak.⁷⁵ Obrnuto važi ako se bliži granica punoletstva, a zahvat u dobro povređenog ne nosi visok stepen opasnosti. Na drugoj strani, ni dete mlađe od 14 godina nije apriorno nesposobno za pristanak.⁷⁶

Ma koliko su na prvi pogled ova dva učenja suprotstavljena, njihove početne pozicije se kod većine autora zapravo približavaju. U stranoj literaturi se većinski brani stanovište da je u odnosu na lična neimovinska dobra odlučna volja maloletnog titulara, prema njegovoj konkretnoj zrelosti i sposobnosti za rasuđivanje i ocenu svih okolnosti relevantnih za donošenje odluke. Iako, kako smo već konstatovali, naši autori uglavnom odriču takvu sposobnost maloletnika i duševno bolesnih lica, u granicama ovog shvatanja se kreće i srpski Zakon o pravima pacijenata.⁷⁷ Prema ovom zakonu, dete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može samostalno dati pristanak na predloženu medicinsku meru, uz propisno prethodno obaveštenje (čl. 19 st. 4). Pri tom, „sposobnost za rasuđivanje deteta koje je navršilo 15 godina života, u smislu ovog zakona, podrazumeva sposobnost deteta da razume prirodu svog zdravstvenog stanja, svrhu medicinske mere koja se predlaže, rizike i posledice preduzimanja i nepreduzimanja mere, kao i sposobnost da dobijene informacije odmeri u procesu donošenja odluke“ (čl. 2 st. 1 tač. 4). Međutim, i pored izričitog ukazivanja da lice koje je navršilo 15 godina samostalno daje pristanak na predloženu medicinsku meru, sam zakonodavac ovo ovlašćenje donekle umanjuje. On ne samo da utvrđuje da se medicinska mera u odnosu na maloletnika ili lice lišeno poslovne sposobnosti može preduzeti uz pristanak njegovog zakonskog zastupnika (čl. 19 st. 1 ZPP), već i propisuje da odbijanje mere od strane maloletnika može da bude nadomešteno pristankom njegovog zakonskog zastupnika (čl. 19 st. 5). Otuda teško može biti govora o nekakvoj potpunoj već o ograničenoj sposobnosti maloletnika za davanje pristanka na preduzimanje medicinske mere.⁷⁸ Pored sfere zdravstvene zaštite, uslov prirodne sposobnosti za rasuđivanje i odlučivanje treba zahtevati i u drugim situacijama u kojima se može raspolagati ličnim neimovinskim dobrom.

75 Tako Lenckner, str. 560.

76 *Ibid.*

77 Zakon o pravima pacijenata („Službeni glasnik RS“, br. 45/2013).

78 To se tim pre odnosi na slobodu maloletnika da pristane ili čak inicira one lekarske zahvate koji se ne vrše u cilju lečenja, već isključivo iz estetskih razloga, kao u polaznom primeru uvećanja grudi. Zakonodavac zapravo ni ne polazi od mogućnosti da situacija može biti i obrnuta – da maloletnik želi određeni zahvat a da roditelji s tim nisu saglasni. Bilo bi međutim nelogično da zakonski zastupnik ne može da poništi volju maloletnika da se na njegovom telu preduzme zahvat koji nema funkciju lečenja, a da istovremeno može da poništi volju maloletnika koji odbija zahvat koji poboljšava njegovo zdravstveno stanje. Štaviše, s obzirom da telesni razvoj čoveka do navršene 18. godine u svakom slučaju nije navršen, i medicinski razlozi govore u prilog sličnom tumačenju. Na koncu, zakonodavac govori o davanju pristanka na „predloženu medicinsku meru“. Teško je i zamisliti da operacija uvećanja grudi bude medicinski indikovana.

Kada je reč o imovinskim dobrima, nije sporno da dejstvo pristanka u krivičnom pravu ne utiče na protivpravnost pravnog posla već postojanja krivičnog dela. Već sama ta činjenica ukazuje na neophodnost da se pristanak u krivičnom pravu tumači kao pravna radnja *sui generis*, sa mogućim drugačijim pravnim dejstvom u odnosu na pristanak u građanskom pravu. To uostalom pokazuje i krivično delo zelenaštva (čl. 217 KZ), gde se kažnjivim, pored ostalih stanja (nužde, lakomislenosti itd.), smatra i iskorišćavanje „nedovoljne sposobnosti za rasuđivanje oštećenog“, a ne njegove eventualne poslovne nesposobnosti. Iako prihvatamo argument da saglasnost maloletnika sa uništavanjem njegove stvari ima slične građanskopravne posledice kao da je stvar npr. poklonjena drugom, ne mislimo da je ovaj razlog dovoljan za drugačije vrednovanje pristanka maloletnika u odnosu na imovinska dobra. Nije najpre logično dopustiti da pristanak maloletnika sposobnog da rasuđuje i odlučuje ostvaruje izvesna pravna dejstva u pogledu dobara kakvi su slobode i prava čoveka ili njegov telesni integritet, a da u odnosu na imovinske vrednosti, koje ne uživaju ekskluzivnu krivičnopravnu zaštitu – pristanak nema nikakvu važnost.⁷⁹ Osim toga, ne treba izgubiti iz vida da uvažavanje pristanka maloletnika ovde ne dotiče punovažnost pravnog posla, već protivpravnost krivičnog dela drugog lica. To što pristanak 17-godišnjaka da njegov drug učini neupotrebljivim njegov bicikl isključuje protivpravnost krivičnog dela uništenja i oštećenja tuđe stvari (vid. čl. 212 KZ), ne znači da ovaj čin maloletnika neće imati i neka građanskopravna dejstva, npr. mogućnost da se rušljivi ugovor eventualno poništi. Zbog navedenih razloga vladajuće shvatanje smatramo prihvatljivijim i kada su u pitanju imovinska lična dobra.

Spoljna manifestacija pristanka

Sporno je da li je nužno da pristanak bude manifestovan u spoljnom svetu. Prema starijem učenju o *pravcu volje*,⁸⁰ dovoljno je da saglasnost *faktički postoji*. Spoljno izražavanje volje nije neophodno. Suštinski posmatrano, zaista ne bi trebalo da bude relevantno da li je saglasnost titulara očitovana u spoljnom svetu. Ipak, loša karakteristika ovog učenja ogleda se u tome što se time isključenje protivpravnosti uslovljava jednim unutrašnjim obeležjem, što otvara prostor proizvoljnim tumačenjima o postojanju ili nepostojanju stvarnog pristanka u konkretnom slučaju. Nasuprot tome, prema većinskom učenju o *obelodanjivanju volje*,⁸¹ pristanak mora biti izjavljen izričito ili konkludentno.⁸² Za razliku od pristanka što isključuje biće dela, saglasnost ovde mora biti *manifestovana spolja*.

79 Krivičnopravna zaštita imovine je u odnosu na građansko pravo supsidijarna.

80 Tako npr. Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Karlsruhe, 1965³, str. 287; Günter Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York, 1993², str. 245; Rönau, str. 666; Schlehofer, str. 1211; Rolf Schmidt, *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, Grasberg bei Bremen, 2010⁹, str. 176; Stratenwerth, Kuhlen, str. 122.

81 Između ostalih npr. Walter Gropp, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg, 2001², str. 181; Kindhäuser, str. 109; Kühl, str. 279; Lenckner, str. 561. U srpskoj literaturi tako naročito Đurđević, str. 134.

82 Konkludentno saglašavanje sa mogućom povredom naročito je često u slučaju sportskih aktivnosti u kojima postoje poznati rizici od povređivanja (Seelmann, str. 326).

Javno primanje k znanju ove saglasnosti od strane učinioca ili trećeg lica se međutim ne traži. Iako se u vladajućem shvatanju još uvek vide odrazi prevaziđene ideje o pristanku kao pravnom poslu između učinioca i žrtve,⁸³ ono ima prednost na planu pravne sigurnosti. Ako manifestovanje saglasnosti ne bi bilo uslov, nastupile bi teškoće na terenu dokazivanja, da li je pristanka zaista bilo u vreme dela.⁸⁴ Time bi se istovremeno uvećao i rizik da neko povređuje dobra drugoga sa pogrešnom predstavom da je titular dobra sa povredom saglasan.⁸⁵ Iz navedenih razloga vladajuće shvatanje nesumnjivo zaslužuje prednost.

Mane volje

Iako se i na planu nedostataka volje pravila građanskog prava, u čijem okrilju su ova pravila i nastala, katkada pominju kao mogući okvir rešenja (vid. čl. 60–66 Zakona o obligacionim odnosima)⁸⁶, činjenica da mane volje predstavljaju samo osnov za poništaj ugovora pokazuje da se ovo pitanje mora drugačije rešavati u krivičnom pravu, gde dejstva pristanka moraju biti jasna već u vreme vršenja dela.⁸⁷ Od svih nedostataka volje najmanje je sporna *prinuda*, jer je gotovo opšte prihvaćeno da je u njenom slučaju pristanak isključen.⁸⁸ To je i logično, s obzirom da pristanak podrazumeva raspolaganje slobodne autonomne volje, što u slučaju sile i pretnje u svakom smislu izostaje.⁸⁹

Sporno je pitanje važnosti pristanka izazvanog *prevarno*.⁹⁰ Prema tradicionalnom shvatanju, pristanak ostvaren obmanom ne može nikada da isključi protivpravnost dela.⁹¹ Dovodjenje u zabludu potire sposobnost odlučivanja, pa pristanak više ne odražava istinsku volju subjekta, sa dejstvom nedelotvornosti takve saglasnosti. Isto dejstvo povlači svaka zabluda, kako ona koja se tiče samog dobra, tako i ona što dotiče pobude pasivnog subjekta. Drugo shvatanje⁹² smatra da pristanak izazvan prevarom može da isključi protivpravnost dela isključivo ukoliko se obmanjivanje tiče stanja krivičnog pravnog dobra kojeg se titular odriče; samo bi takva zabluda

83 Schmidt, str. 176.

84 Tako i Đurđević, str. 134; Marković, str. 289.

85 Amelung, Eymann, str. 941.

86 Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, „Službeni list SRJ“, br. 31/93 i „Službeni list SCG“, br. 1/2003 – Ustavna povelja).

87 H.-H. Kühne, „Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverzichts“, *Juristenzeitung*, br. 8/1979, str. 243; Marković, str. 289; Roxin, str. 581.

88 Đorđević, str. 6; Kühl, str. 281; Lenckner, str. 564; Marković, str. 289 (sa pozivanjem, slično shvatanju vladajućem u nemačkoj literaturi, na granice sile i pretnje kod krivičnog dela prinude); Otto, str. 680.

89 Ako se prinuda vrši u nameri pribavljanja protivpravne imovinske koristi redovno će postojati krivično delo iznude (čl. 214 KZ).

90 I ovde treba imati u vidu da dovođenje u zabludu ili održavanje u zabludi u nameri pribavljanja protivpravne imovinske koristi vodi odgovornosti za prevaru (čl. 208 KZ).

91 Između ostalih tako Heinrich, str. 195; Kindhäuser, str. 112; Reinhart Maurach, Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg, 1992⁸, str. 235; Mitsch, str. 400; Rönnau, str. 674. U srpskoj literaturi vid. Čejović, str. 19; Vražalić, str. 445.

92 To zastupaju npr. Gropp, str. 180; Jescheck, Weigend, str. 382; Kühl, str. 282; Roxin, str. 581 (u ishodu).

isključila svest o značenju i domašaju odricanja. Ako se pogrešna predstava međutim tiče motivacije – pobuda zbog kojih se pristaje na gubitak krivičnopravne zaštite – dat pristanak ostao bi punovažan. To bi se naročito odnosilo na stavljanje u izgled kakve protivčinidbe za uzvrat. Tako, prema ovom shvatanju, lažno obećanje davaocu organa da će mu nakon transplantacije biti isplaćen odgovarajući novčani iznos, ili da će isti biti namenjen njegovom detetu a ne prodat trećem licu – ne bi isključilo valjanost pristanka. Davalac organa tačno zna kakve su posledice pristanka u pogledu njegovog tela i zdravlja. Drugačije bi međutim bilo, ako bi se lažno ukazivalo da će nakon transplantacije bubrega davalac moći neograničeno da pije, kao što je to do tad činio, ili se titular obmanjuje u pogledu vrednosti stvari sa čijim uništenjem se saglašava.

Iako je ovo razlikovanje danas vladajuće,⁹³ ne čini nam se prihvatljivim iz više razloga. Ako se već dopušta da se titular dobra svojim raspolaganjem odrekne krivičnopravne zaštite, nije prihvatljivo da ovaj model rešavanja sukoba interesa bude opterećen mogućnošću da se obmanjivanjem u pogledu pobuda pristanka iznude saglasnosti kojih u suprotnom ne bi bilo. Uostalom, teško može biti govora o valjanom sagledavanju situacije ako titularu sve okolnosti pod kojima izjavljuje svoju volju nisu poznate. Žrtvovanje vlastitih interesa uvek ima svoju cenu, na koju naj snažnije utiču razlozi žrtvovanja, tako da je razlikovanje raspolaganja koje se tiče samog dobra i drugih okolnosti zapravo utopija.⁹⁴ Iz svih navedenih razloga tradicionalno učenje zaslužuje prednost.

Sporno je da li iskorišćavanje postojeće *zablude* za dobijanje saglasnosti pasivnog subjekta onemogućava njeno važenje. Nema sumnje da pristanak nije validan ukoliko učinilac ima dužnost da pasivnom subjektu razjasni činjenično stanje na kojem počiva njegova saglasnost. Tako primera radi pacijent ima pravo da od nadležnog zdravstvenog radnika blagovremeno dobije obaveštenje koje mu je potrebno kako bi doneo odluku da pristane ili da ne pristane na predloženu medicinsku meru (čl. 11 st. 1 ZPP). Ova odredba bez sumnje obuhvata i prećutkivanje činjenica koje održavaju pacijenta u zabludi. Ako stomatolog uvidi da pacijent prijavljuje pogrešan zub kao izvor njegovih bolova i izvadi ga bez ukazivanja ove činjenice pacijentu, on se ne može pozvati na pristanak pacijenta. Nejasno je međutim da li osim vršenja medicinskih zahvata davanje pristanka u zabludi kakve okolnosti od značaja za odlučivanje i u nekoj drugoj situaciji isključuje validnost pristanka. Prema jednom shvatanju rizik pogrešnih predstava uvek spada u sferu odgovornosti titulara, i niko nije obavezan da ih otklanja, osim ukoliko nije ustanovljena naročita garantna dužnost.⁹⁵ Ipak, iako pogrešne predstave samog

93 Razlikovanje između prevare o činu (*fraud in the factum*) i prevare o povodu (*fraud in the inducement*) poznato je i u anglosaksonskom pravu, iako je sudska praksa podeljena između ova dva shvatanja. Tako je npr. nejasno da li predstavlja silovanje odnos sa ženom kojoj se učinilac lažno predstavlja kao njen suprug (vid. Wayne R. LaFare, *Criminal Law*, St. Paul, 2000³, str. 518, koji ipak isključuje svaki prevarno izvučen pristanak).

94 Rönnau, str. 671. Amelung navodi primer sportiste, koji u svoj pristanak na operativni zahvat, što može da mu okonča ali i produži karijeru, svakako uračunava i vrednost onoga što od sporta dobija (Knut Amelung, „Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, br. 3/1997, str. 499).

95 Vid. npr. Jakobs, str. 248; Rönnau, str. 673; Roxin, str. 587. Renau navodi primer davanja saglasnosti da se uspava teško obolela omiljena kobilica, pri čemu se ne zna da je u SAD u

titulara načelno zaista padaju u sferu njegove odgovornosti, većinsko shvatanje smatra smislenim izuzetak ukoliko je učinilac uočio pogrešnu predstavu titulara,⁹⁶ npr. ako je uvideo da mu je ovaj lapsusom dozvolio da obere voćke sa pogrešnog drveta. Činjenica da srpski zakonodavac kod krivičnog dela prevare (vid. čl. 208 KZ) izjednačava dovođenje u zabludu i održavanje u zabludi, govori pre u pravcu ovog vladajućeg stanovišta.

Subjektivni element protivpravnosti

Na subjektivnom planu kao element protivpravnosti učinilac mora da ima *svest o postojanju pristanka* i da postupa na temelju takvog saznanja.⁹⁷ Ako učinilac pogrešno veruje da pristanak postoji, a on nije dat, učinilac ipak deluje protivpravno, ali njegova *stvarna zabluda o okolnosti koja bi učinila delo dozvoljenim* (čl. 28 st. 2 KZ) može isključiti njegovu krivicu. Ako je pristanak dat, ali učinilac o tome ništa ne zna, postojaće *pokušano ili dovršeno* krivično delo, u zavisnosti od toga kako se vrednuje nedostatak subjektivnih elemenata protivpravnosti.⁹⁸

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

CONSENT AS A GROUND OF JUSTIFICATION OF CRIME

SUMMARY

The consent of a victim is one of the general grounds for excluding unlawfulness of the crime, which is based on common law. However, despite its widespread acceptance in the literature and case law, it is still unclear under what conditions it can affect a criminal offense and what are its borders. In the Serbian law, its application is limited to the sphere of medical treatment, light bodily injuries and some offenses against property. One can distinguish two subtypes of consent: one that affects the definition of the offense and the other that affects the justification of the offense. In addition to the questions which goods are available for the disposal, what is the significance of the deficiencies of will and other conditions of consent, the author pays particular attention to the capacity of the legal holder to consent. The author argues that this capacity shouldn't be connected to the civil law categories of contractual capacity or certain age, and that a concept of necessary intellectual maturity should be applied.

Key words: Consent, Deficiencies of Will, Capacity to Consent.

međuvremenu otkriven delotvoran lek.

96 Amelung, Eymann, str. 943; Kühne, str. 244.

97 Fischer, str. 273; Seelmann, str. 328; Stratenwerth, Kuhlen, str. 123.

98 Detaljnije vid. Igor Vuković, „O subjektivnim obeležjima protivpravnosti u krivičnom pravu“, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2011, str. 122 i dalje. Većina autora ipak prihvata da postoji samo pokušaj krivičnog dela (vid. npr. Amelung, Eymann, str. 941; Kühn, str. 284; Wesels, Beulke, str. 138).

GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST ZBOG USKRAĆIVANJA POMOĆI

Apstrakt: Ovaj rad ima dva cilja. Prvi je analiza jednog oblika građanskopravne deliktne subjektivne odgovornosti u srpskom pravu. To je odgovornost za štetu pričinjenu propuštanjem da se pruži pomoć onome čiji su život ili zdravlje bili očigledno ugroženi, ako se pomoć mogla pružiti bez opasnosti po sebe i drugoga. Drugi cilj rada je da ukaže na to što je načelna obaveza pomaganja drugome u opasnosti, koja je bila deo jugoslovenskog i srpskog ustavnog poretka od 1963. godine, izostavljena 2006. godine prilikom donošenja važećeg Ustava Republike Srbije. Ustavna obaveza pomaganja i niz krivičnih i građanskih instituta kojima je ona konkretizovana deo su jednog šireg vrednosnog opredeljenja koje je karakteristično za pravne sisteme kontinentalne Evrope. Nepružanje pomoći nekome ko je životno ugrožen krivično je sankcionisano u mnogim evropskim pravima. Zato se čini da je ustavna obaveza pomaganja drugome u opasnosti trebalo da preživi promenu političke paradigme u Srbiji, odnosno da se za nju sačuva mesto u ustavu koji je danas na snazi.

Ključne reči: odgovornost za štetu, uskraćivanje neophodne pomoći, dužnost pružanja pomoći, opasnost po život ili zdravlje.

1. GRAĐANSKOPРАВNA ODGOVORNOST ZA NEPRUŽANJE POMOĆI U SRPSKOM PRAVU

Ustanova građanskopravne odgovornosti za nepružanje neophodne pomoći u srpskom pravu uređena je odredbama čl. 182 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO).¹ Pre toga domaća sudska praksa poznavala je samo odgovornost za štetu izazvanu povredom izričito propisane dužnosti pomaganja, pod uslovom da je prethodno ustanovljena krivična odgovornost lica koje nije pružilo pomoć.² Pomenutim odredbama ZOO posebno je uređena odgovornost za štetu izazvanu pro-

* docent, marija@ius.bg.ac.rs

- 1 Zakon 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. Komisija za izradu građanskog zakonika ne razmatra izmene pravila iz čl. 182 ZOO. Vid. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacrt. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009, 76. Ta pravila nisu menjana ni u drugim pravnim sistemima koji baštine jugovlovenski ZOO. Upor. Čl. 1082, Zakon o obveznim odnosima Hrvatske, *Narodne novine*, br. 35/2005, čl. 161, Obligacijski zakonik Slovenije, *Uradni list RS*, št. 83/2001, čl. 189, Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 47/2008. U potonjim izmenama i dopunama tih zakona pomenuto pravilo nije menjano.
- 2 Vid. Vladan Stanković, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac 1980, 541. Radilo se o lekarima i zdravstvenim ustanovama, a oni su obično uspevali da izbegnu krivičnu odgovornost. Tako: Đorđe Nikolić, „Član 182. Odgovornost

puštanjem da se pruži pomoć licu čiji su zdravlje ili život očigledno ugroženi. Odgovoran je svako ko je drugome mogao da pruži neophodnu pomoć bez opasnosti po sebe, pa to nije učinio. Taj odgovara za štetu izazvanu nepružanjem pomoći, koju je po okolnostima slučaja morao da predvidi u vreme kada je pomoć uskratio. Sud može da ga oslobodi obaveze da naknadi štetu, ako to nalaže pravičnost. Po svome osnovu odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći bliže se određuje kao građanskopravna vanugovorna subjektivna odgovornost za štetu, zasnovana na dokazanoj krivici odgovornog lica. Tu izuzetno ne važi zakonska pretpostavka da je kriv onaj ko drugome prouzrokuje štetu.³⁴

Treba odmah kazati da je reč o zakonskim odredbama koje se retko primenjuju. Teško je pronaći odluku suda zasnovanu na čl. 182 ZOO. Pravila o odgovornosti za uskraćivanje neophodne pomoći imaju izraženu vrednosnu komponentu: njihov simbolički značaj je veliki, bez obzira na to što su im praktične implikacije male. Ustanova odgovornosti za nepružanje pomoći počiva na ideji da treba pomoći svakome ko je životno ili zdravstveno ugrožen, ako se pomoć može pružiti bez opasnosti po sebe i ostale. Isto važi kada je u opasnosti potpuni neznamac. Obaveza pružanja pomoći ne počiva na nekom ranijem, obavezujućem odnosu između ugroženog lica i onoga ko je u poziciji da mu pomogne, nego na načelu društvene solidarnosti, koje treba da omogućući da zajednica bude sistem, a ne skup. Srpsko pravo deli to opredeljenje sa ostalim pravima evropskog kontinenta. U nekim drugim pravnim sistemima smatra se da dužnost pomaganja životno ugroženom neznancu treba da ostane u domenu morala. Povreda te dužnosti nije pravno sankcionisana: nepružanje pomoći ne predstavlja ni krivični, ni građanski delikt. Primera radi, u engleskom pravu i pravima američkih saveznih država polazi se od ideje individualne slobode, koja podrazumeva slobodu nečinjenja u situaciji kada između čoveka koji je u opasnosti i onoga ko bi mogao da mu pomogne ne postoji prethodni obavezujući odnos.

1.1. Osnov i uslovi odgovornosti zbog uskraćivanja neophodne pomoći

Za zasnivanje ovog oblika odgovornosti po zakonskoj odredbi neophodno je (1) da je došlo do štete i (2) da je ta šteta posledica omisije odnosno propuštanja odgovornog lica da oštećeniku pruži neophodnu pomoć. Pored toga, uslovi za zasnivanje odgovornosti su (3) to što su oštećenikovi život ili zdravlje bili očigledno ugroženi, kao i (4) to što je odgovorno lice moglo da mu pomogne bez opasnosti po

zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 422.

- 3 Ta pretpostavka odnosi se na običnu nepažnju. Vid. „Po pravilu o pretpostavljenoj krivici (čl. 154, st. 1 ZOO) pretpostavlja se samo najblaži stepen krivice učinioa štete (obična nepažnja). Teži stepen krivice (gruba nepažnja i namera) pretpostavlja se samo ako je takva pretpostavka zakonskim pravilom izričito utvrđena ili ako iz smisla odnosnog zakonskog pravila to nedvosmisleno proizlazi. Izvan tih slučajeva stepen krivice dokazuje se prema opštim pravilima dokaznog postupka.“ Zaključak XIV Zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25 i 26. marta 1980. godine, ZSO, knj. V, sv. 1, 18. Vid. više: Marija Karanikić Mirić, „Pretpostavka krivice“, *Pravni život* 11/2009, 941–958.
- 4 Da pretpostavka ne važi: Đorđe Nikolić, „Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, *Pravni život* 9–10/1992, 1343.

sebe. Ugroženost imovinskog dobra ne smatra se dovoljnom.⁵ Po obimu odgovornost je ograničena na predvidljivu štetu. Osnov odgovornosti je krivica odgovornog lica. To lice odgovara zato što je njegov postupak uskraćivanja neophodne pomoći u datim okolnostima bio pogrešan sa stanovišta osnovanih društvenih očekivanja. Ipak, uređujući građanskoppravnu odgovornost za nepružanje pomoći, zakonodavac nije izričito pomenuo krivicu, pa je bilo usamljenih tvrdnji da je ta odgovornost objektivna.⁶

Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći je primarna a ne supsidijarna. Ona se može zasnovati bez obzira na to šta je uzrok opasnosti od koje potiče potreba za pružanjem pomoći, odnosno bez obzira na to da li postoji odgovornost nekog drugog lica za inicijalno ugrožavanje tuđega života ili zdravlja. Ako je jedno lice stvorilo opasnost po život ili zdravlje, a drugo propustilo da pruži pomoć i tako dopustilo da se već stvorena opasnost materijalizuje, oni će biti solidarno odgovorni, po pravilima o odgovornosti više lica za istu štetu. Isto važi ako su dva ili više lica mogla bez opasnosti po sebe da pruže pomoć nekome ko je bio očigledno životno ili zdravstveno ugrožen, pa to niko od njih nije učinio.⁷

Sud može da oslobodi odgovorno lice obaveze da naknadi štetu ili da ga obaveže na naknadu u nepunom iznosu, ako to zahteva pravičnost. U zakonu se ne pominje mogućnost da sud, ako je to pravično, umanju naknadu koju je odgovorno lice dužno da plati, već samo da ga u celosti oslobodi te obaveze. Međutim, domaća teorija saglasna je da isključenje obaveze obuhvata mogućnost da se ona umanju.⁸ Po

5 Umesto svih vid. Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd 2004, 206.

6 Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Druga knjiga, Riječka tiskara, Zagreb 1978, 821.

7 Kada je reč o većem broju ljudi koji su mogli bez velikog napora da pruže pomoć, pa su je svi od reda uskratili, u literaturi se često pominje slučaj Kiti Đenoveze (*Kitty Genoveze*), dvadesetogodišnje devojke, koja je u Njujorku 1964. godine napadnuta u kraju u kojem je živela. Napad je trajao duže od pola sata i okončan je njenom smrću. Trideset osmoro ljudi čulo je krike žrtve i niko nije preduzeo ništa. Prošlo je dosta vremena od kada je napadač pobeo i tek tada je jedna osoba pozvala policiju, koja je na mesto napada stigla za dva minuta. Svedoci napada, inače susedi žrtve, nisu bili odgovorni za svoje nečinjenje, ni po krivičnom, niti po građanskom pravu države Njujork. Jay Silver, „The Duty to Rescue: A Reexamination and Proposal“, *William & Mary Law Review*, Vol. 26, 1985, 423. Tim primerom često se potkrepljuje tvrdnja da unutrašnjih podsticaja za pružanje pomoći ponekad nema u dovoljnoj meri, te da takvo ponašanje treba podsticati spolja, nametanjem pravne obaveze da se pomogne onome čiji je život u neposrednoj opasnosti. Michael G. Faure, „Liability for Omissions in Tort Law: Economic Analysis“, *Journal of European Tort Law* 2/2011, 191. Ipak, empirijske studije pokazuju da uskraćivanje pomoći onome ko je u životnoj opasnosti nije uobičajeno ljudsko ponašanje. Jedna studija pokazuje da je broj nespornih nepružanja pomoći izuzetno mali, u poređenju sa brojem slučajeva kada su ljudi pružili pomoć životno ugroženima, čak po cenu da sebe izlože opasnosti. David Hyman, „Rescue Without Law: An Empirical Perspective on the Duty to Rescue“, *Texas Law Review*, Vol. 84, 2006, 657, *University of Illinois Law & Economics Research Paper* No. LE05-018, dostupno i na: <http://ssrn.com/abstract=796384> (str. 3).

8 Stojan Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983, 683, Đ. Nikolić, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 423, J. Radišić, *Obligaciono pravo*, 267 (uz argument da ko može više, može i manje), Bogdan Loza, *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2000, 248 (uz napomenu da sud treba naročito da uzme u obzir imovinsko stanje odgovornog lica i oštećenika).

prirodi stvari, pravilo o isključenju odnosno umanjenju obaveze da se šteta naknadi može se primeniti samo ako su već ispunjeni svi uslovi za zasnivanje odgovornosti. Kao razlog za umanjenje ili isključenje obaveze u domaćoj teoriji pominje se to što odgovorno lice u kritičnom trenutku nije donelo ispravnu odluku ili to što je ono imalo vlastiti posao, čije bi ga odlaganje i samog teško pogodilo.⁹ U slučaju da odgovorno lice pruža pomoć nekolicini ugroženih, ograničenost vremena u kojem je spasavanje moguće može da ga spreči da pomogne svima, odnosno da ga primora da izabere one kojima prvo treba pružiti pomoć. Nijedan izbor koji bi ono u takvoj situaciji napravilo ne može se kvalifikovati kao pogrešan, to jest skrivljen u građansko-pravnom smislu. Pravni poredak ne bi smeo da sudi o komparativnoj vrednosti ljudskih života, odnosno o tome koga je u jednoj situaciji trebalo prvo spasavati, među onima čiji su životi odnosno zdravlje bili neposredno ugroženi. To važi i kada je jedan od ugroženih izazvao opasnost po sebe i druge.

Osnov odgovornosti zbog uskraćivanja neophodne pomoći je krivica. Da bi se ta odgovornost zasnovala, propuštanje odgovornog lica da pruži pomoć mora da bude pogrešno sa stanovišta osnovanih društvenih očekivanja. Reč je o očekivanjima koja su upravljena prema hipotetičkom razumnom i pažljivom čoveku i taj standard odnosno merilo krivice treba shvatiti objektivno,¹⁰ što je u skladu sa opštom tendencijom srpskog prava o odgovornosti za prouzrokovanu štetu.¹¹ Pojedini autori tvrde da merilo krivice treba da bude objektivno, ali da sud treba da uzme u obzir lične osobine odgovornog lica kao što su uzrast, obrazovanje, opšte životno iskustvo, zanimanje i drugo.¹² To ne stoji, na prvom mestu zbog unutrašnje protivrečnosti. Uticaj pobrojanih i sličnih svojstava odgovornog lica na sadržinu osnovanih društvenih očekivanja prema njemu *per definitionem* čini standard, to jest merilo krivice subjektivnim. Ako sadržina društvenih očekivanja prema nekome zavisi od njegovog uzrasta, obrazovanja, opšteg životnog iskustva, zanimanja i ostalih ličnih osobina, onda je taj standard subjektivizovan.

Objektivni standard treba pooštriti, ako je odgovorno lice imalo posebna stručna ili druga znanja, veštine ili sposobnosti, koje bi mu olakšale pružanje neophodne pomoći, odnosno učinile ga specijalno obučenim da pomogne. Domaća literatura beleži da stroži kriterijum važi za lekara, a kada se neko davi onda za plivača u dobroj kondiciji.¹³ Sama činjenica što jedno lice nije pružilo pomoć onome čiji su

9 Tako: S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682–683. Ovaj potonji primer treba dodatno precizirati. Vlastiti preči posao koji izvinjava odgovorno lice trebalo bi da po značaju narasta do zaštite sopstvenog života ili zdravlja, odnosno života ili zdravlja trećeg lica.

10 B. Loza, *Obligaciono pravo*, 248.

11 Vid. naročito: Miodrag Orlić, „Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu“, *Pravni život* 10/2010, 809–838, Miodrag V. Orlić, „Esej o krivici – u građanskom pravu“, *Pravni život* 1–2/2009, 179–198, Marija Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, *passim*. Vid. takođe: Miodrag Orlić, „Građansko-pravna odgovornost advokata u srpskom pravu“, *Odgovornost i osiguranje odgovornosti advokata*, Intermex, Beograd 2006, 13–26.

12 Tako: V. Stanković, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 541, Đ. Nikolić, „Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 1344.

13 Branko Jakaša, „Nekoliko pitanja temelja vanugovorne odgovornosti u Zakonu o obveznim odnosima“, *Naša zakonitost* 6/1979, 87–88.

zdravlje ili život neposredno ugroženi, ne znači da je to lice krivo. U pojedinim slučajevima razuman i pažljiv čovek uzdržao bi se od pokušaja da pruži pomoć. S. Cigoj navodi premeštanje osobe sa teškim telesnim povredama ili izvlačenje čoveka iz smrskanog automobila i označava takve pokušaje spasavanja kao necelishodne.¹⁴ Ako se pokušaj pružanja pomoći kvalifikuje kao pogrešan sa stanovišta osnovanih društvenih očekivanja, odnosno ako se u datoj situaciji razuman i pažljiv čovek ne bi u to upustio, onda se čak može desiti da onaj ko pokuša drugome da pomogne odgovara za tako izazvanu štetu, po opštim pravilima o odgovornosti za skrivljene posledice vlastitog čina.

Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći nije lako zasnovati. Subjektivna odgovornost teže se zasniva na ovim posebnim pravilima, nego na opštim pravilima o odgovornosti po osnovu krivice. Pre svega, po posebnim pravilima o odgovornosti za nepružanje pomoći može da odgovara samo fizičko lice. Moguće je da pravno lice u svojstvu poslodavca odgovara za štetu koju je, uskraćivanjem neophodne pomoći nekom trećem licu, izazvao njegov zaposleni na radu ili u vezi sa radom. Međutim, odgovornost pravnog lica u takvim slučajevima ne zasniva se na odredbama čl. 182 ZOO, nego na pravilima o odgovornosti poslodavca, kao posebnom obliku odgovornosti za drugoga. Profesionalna krivica zaposlenog predstavlja uslov za zasnivanje odgovornosti poslodavca, a sam poslodavac odgovara po objektivnom načelu, bez obzira na sopstvenu krivicu (vid. čl. 170 ZOO). Drugim rečima, skrivljeno propuštanje zaposlenog da pruži neophodnu pomoć trećem licu javlja se kao uslov odgovornosti poslodavca, a ne kao njen osnov.

Odgovornost zbog nepružanja pomoći ograničena je i u pogledu identiteta oštećenika. U poziciji oštećenika može da se nađe fizičko lice kome nije pružena neophodna pomoć, ali i druga lica koja trpe štetu usled njegove smrti ili telesne povrede. To mogu da budu članovi njegove porodice koji podnose moralnu štetu u vezi sa njegovom smrću ili teškim invaliditetom, kao i svako ko je snosio troškove sahrane lica kome je bila uskraćena neophodna pomoć, odnosno troškove njegovog lečenja i u vezi sa lečenjem u vremenu od povređivanja do smrti. Pored toga, svi koje je poginuli izdržavao, redovno pomagao ili po zakonu bio dužan da izdržava imaju pravo na naknadu imovinske štete koju trpe usled gubitka izdržavanja odnosno pomaganja (vid. čl. 194 ZOO).¹⁵

1.2. Šteta

Odgovornom licu na teret može da se stavi samo šteta koja je izazvana njegovim propuštanjem, pod uslovom da je ono tu štetu prema okolnostima slučaja moralo da predvidi. Pored toga, odgovornost za nepružanje pomoći uslovljena je postojanjem očigledne opasnosti po život ili zdravlje oštećenika, pa treba uzeti da oštećenik po tom osnovu ne može da zahteva naknadu svih pravom priznatih oblika štete, nego samo onih koji predstavljaju realizaciju opisane opasnosti. Kada se

14 S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682.

15 Domaći sudovi nisu u ovakvim slučajevima razmatrali pitanje materijalne štete koju pravno lice u svojstvu poslodavca odnosno naručioca određenog posla trpi zbog smrti ili povrede zaposlenog odnosno poslenika, koji obavlja visoko specijalizovane poslove ili poslove vezane za ličnost.

ostvari rizik kojem je bio izložen nečiji život ili zdravlje, zahtev da se šteta naknadi ograničen je na moralnu i materijalnu štetu koja je prouzrokovana ostvarivanjem tog rizika, to jest time što su nečije zdravlje ili život podlegli opasnosti kojoj su bili izloženi. Pri tome, opasnost po zdravlje treba ceniti po strožem kriterijumu. Narušavanje zdravlja koje pretilo oštećeniku nije bezazleno, kratkotrajno, zanemarljivo. Da to mora da bude ozbiljna, bitna ugroženost oštećenikovog zdravlja, proizlazi iz činjenice što nju zakonodavac po pravnim posledicama izjednačava sa ugroženošću samoga života. Sa narušavanjem zdravlja treba po pravnim posledicama izjednačiti telesne povrede.¹⁶ U oba slučaja radi se o povredama telesnog integriteta, među kojima ZOO u načelu ne pravi razliku u pogledu pravnih efekata.

Kada je reč o vrstama štete, ako dođe do smrti ugroženog lica, priznaju se uobičajeni troškovi sahrane, troškovi lečenja i u vezi sa lečenjem, kao i zarada izgubljena zbog nesposobnosti za rad u vremenu od povređivanja do smrti. Potom, tu je šteta koja se sastoji u izgubljenom izdržavanju odnosno pomaganju, koju trpi lice koje je poginulo izdržavao ili redovno pomagao, kao i onaj ko je po zakonu imao pravo da zahteva izdržavanje od poginulog. U slučaju telesne povrede ugroženog lica šteta se sastoji u troškovima lečenja i u vezi sa lečenjem, kao i u zaradi koja je izgubljena zbog nesposobnosti za rad za vreme lečenja. Na kraju, u slučaju trajne nesposobnosti za rad, koja može da bude potpuna ili delimična, šteta može da se sastoji u gubitku zarade i troškovima nastalim zbog povećanih potreba oštećenika, odnosno uništenja ili smanjenja mogućnosti za njegovo dalje razvijanje i napredovanje. Moralna šteta usled telesne povrede može da obuhvati pretrpljeni fizički bol, strah, psihički bol zbog umanjenja životne aktivnosti ili naruženosti, dok se moralna šteta usled smrti svodi se na psihički bol zbog smrti bliskog lica.

Treba naglasiti da oštećenik ima pravo na naknadu kako moralne, tako imovinske štete, pod uslovom da su one nastale usled smrti, telesne povrede ili narušavanja zdravlja lica kojem je uskraćena neophodna pomoć. Oštećenik nema pravo na naknadu štete koja je izazvana uništenjem ili oštećenjem neke njegove stvari. Ponekad se nedovoljno precizno kaže da sud po ovome osnovu ne može da dosudi naknadu za štete nanete imovini oštećenika.¹⁷ Međutim, povodom smrti, telesne povrede ili narušavanja zdravlja nastaje kako moralna, tako imovinska šteta – šteta na imovini oštećenika. Primera radi, troškovi lečenja predstavljaju štetu u imovini oštećenika, to jest uvećanje njegove pasive, usled toga što mu je zdravlje narušeno. Drugim rečima, po osnovu čl. 182 ZOO može se zahtevati naknada moralne i imovinske štete usled povrede života i zdravlja, ali se ne može zahtevati naknada ni moralne, ni imovinske štete nastale povredom ostalih ličnih dobara ili nekog imovinskog dobra. Sud može da dosudi naknadu svake štete, bilo moralne, bilo imovinske, do koje je došlo realizacijom rizika kojem su bili izloženi nečiji život ili zdravlje. S druge strane, sud ne može da dosudi naknadu ni imovinske, ni moralne štete nastale ostvarenjem rizika kojem je bilo izloženo neko imovinsko dobro.

16 Đ. Nikolić, „Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 1339–1340.

17 Tako: Milan Ječmenić, „Odgovornost za štetu zbog uskraćivanja neophodne pomoći,“ *Strani pravni život* 2/2012, 363.

1.3. Očigledna opasnost po život ili zdravlje

Da bi odgovornost zbog nepružanja pomoći mogla da se zasnuje, neophodno je da je u nekom trenutku u prošlosti postojala očigledna opasnost po nečiji život ili zdravlje, to jest da su ta lična dobra bila vidljivo, belodano ugrožena. S tim u vezi postavlja se pitanje po kojem merilu sud treba da ceni da li je ugroženost bila očigledna. Treba uzeti da je očigledno to što bi bilo jasno vidljivo, uočljivo za razumnog i pažljivog čoveka. Tuđa ugroženost bila je očigledna, ako ne bi ostala nepoznata razumnom i pažljivom čoveku. Međutim, ako je odgovorno lice imalo poseban uvid u situaciju, specijalno znanje o inače skrivenoj opasnosti koja preti tuđem životu ili zdravlju, onda ga ne izvinjava to što bi tuđa ugroženost ostala nepoznata hipotetičkom razumnom i pažljivom čoveku. I drugo, ako je odgovorno lice imalo određena stručna znanja, zbog kojih je moglo da primeti nešto što bi za laike ostalo skriveno, standard koji njega obavezuje strože je postavljen, pa se očiglednim smatra to što bi u konkretnoj situaciji primetio razuman i pažljiv stručnjak. Kao vreme kada je ugroženost tuđeg života ili zdravlja morala biti očigledna treba uzeti vreme omisije, to jest čas kada je odgovorno lice propustilo da pruži pomoć.

Uzrok ugroženosti života ili zdravlja oštećenika, odnosno izvor opasnosti u kojoj se on našao, nije pravno relevantan. Odgovornost u ovome obliku može da se zasnuje bez obzira na to šta je dovelo oštećenika u stanje ugroženosti. To može da bude njegova sopstvena ili tuđa skrivljena ili neskrivljena radnja ili neki događaj koji se nikome ne može staviti na teret.¹⁸ Međutim, ako je samo odgovorno lice dovelo drugoga u poziciju da mu život ili zdravlje budu ugroženi, pa iz toga nastane šteta, odgovornost treba zasnovati na opštim pravilima o odgovornosti. Ako je ugroženost života ili zdravlja oštećenika potekla od nekog izvora povećane opasnosti po okolinu koji je u vlasti odgovornog lica, to lice treba da odgovara po objektivnom načelu, to jest po pravilima o odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti. U slučaju da je jedno lice ugrozilo tuđ život ili zdravlje, a drugo doprinelo da iz toga nastane šteta tako što je ugroženome uskratilo neophodnu pomoć, primenjuju se pravila o odgovornosti više lica za istu štetu (vid. čl. 206 ZOO).

1.4. Pomoć se može pružiti bez opasnosti po sebe i druge

Da bi odgovornost mogla da se zasnuje, odgovorno lice moralo je biti u mogućnosti da drugome pruži neophodnu pomoć i to bez opasnosti po sebe i druge. Tu su potrebna određena razjašnjenja. Na prvom mestu, otvara se pitanje kakvu opasnost po sebe odgovorno lice može da istakne kao oslobađajući razlog, odnosno koja opasnost opravdava nepružanje neophodne pomoći. Odgovorno lice u načelu nema obavezu da sebe izlaže opasnosti pomažući drugima. Međutim, zakonodavac ne kaže na koju opasnost se tu misli. Pre svega, odgovorno lice nije dužno da opasnosti izlaže sopstveni život ili zdravlje, odnosno ista ona dobra koja su drugoj osobi ugrožena. Izuzetak bi mogao da postoji ako je povreda telesnog integriteta koja u slučaju pružanja pomoći preti odgovornom licu sasvim laka, prolazna, zanemarljiva – primera radi, zadobijanje ogrebotina po koži. Potom, kao oslobađajući razlog

18 Tako i: V. Stanković, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 541.

uvek bi trebalo priznati opasnost po život ili zdravlje trećeg lica. Odgovornost zbog nepružanja pomoći treba da izostane, ako bi se pružanjem pomoći jednom licu u opasnost doveli život ili zdravlje drugoga. Ako pomaganje jednome znači ugrožavanje drugoga, odnosno ako pokušaj da se pomogne onome ko je već u nevolji znači ugrožavanje života ili zdravlja nekog trećeg lica, ne samo što ne postoji obaveza pružanja pomoći, već u načelu postoji obaveza uzdržavanja od pomaganja. Njen koren je načelna zabrana prouzrokovanja štete (vid. čl. 16 ZOO, načelo *neminem laedere*).¹⁹ Ako opasnost preti dvojici, a pomoć može da se pruži samo jednome, nepružanje pomoći jednom od dva ugrožena lica treba uzeti kao opravdano. Pravni poredak ne bi u tom slučaju smeo da ima preference, odnosno da uređuje kome prvo pružiti pomoć, a koga nepružanjem pomoći ostaviti da strada. To se ne menja ni ako je jedan od ugroženih izazvao opasnost štete po sebe i druge.

Drugo pitanje je da li postoji obaveza da se pomogne drugome, ako se na taj način ugrožava sopstveno ili tuđe imovinsko dobro. Nije sporno da ugroženost nečijeg imovinskog dobra ne povlači za sobom obavezu pružanja pomoći. Odgovornost iz čl. 182 ZOO ograničena je na slučajeve ugroženosti samo dva lična dobra, a to su život i zdravlje. Međutim, ostaje pitanje može li odgovorno lice da se oslobodi odgovornosti za nepružanje pomoći tako što će dokazati da bi pružanjem pomoći izložilo opasnosti neko svoje imovinsko dobro ili imovinsko dobro trećeg lica. Drugim rečima, može li ugroženost imovinskog dobra da opravda nepružanje pomoći? Potvrđan odgovor na to pitanje značio bi da postoje imovinska dobra za koja se u jednom društvu smatra da su toliko vredna, da ih ne treba izlagati opasnosti u cilju pružanja pomoći onome čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi.

Neki domaći autori izneli su stav da opasnost po neko imovinsko dobro *najčešće* predstavlja malu žrtvu naspram gubitka života ili oštećenja zdravlja lica koje je u opasnosti, iz čega su zaključili da takva žrtva *po pravilu* ne isključuje obavezu pružanja pomoći.²⁰ Iz toga proizlazi da je moguće suprotno, odnosno da ugroženost nekog imovinskog dobra po izuzetku može da opravda uskraćivanje neophodne pomoći čoveku čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi. Drugi autori smatraju da nema takvih izuzetaka: nikakva opasnost da se pružanjem pomoći ošteti neko imovinsko dobro ne može da opravda uskraćivanje te pomoći, ako su s druge strane ugroženi nečiji život ili zdravlje.²¹ Potonji stav je bolje zasnovan. Prvo, to proizlazi iz jezičkog izraza koji je upotrebio zakonodavac: po slovu zakona dužnost pružanja pomoći ne postoji, ako se pomoć ne može pružiti *bez opasnosti po sebe*, što znači bez opasnosti po svoj život i telo, a ne po sopstvenu ili tuđu imovinu.²² Moguće

19 U krivičnom zakonodavstvu to je stavljeno van svake sumnje. Vid. Čl. 127, Krivični zakonik – KZ, *Sl. glasnik RS* br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009 i 121/2012. Iz te odredbe proizlazi da krivičnopravna odgovornost za nepružanje pomoći može da se zasnje samo ako je učinilac, bez opasnosti po sebe *ili drugoga*, mogao da pomogne licu koje se nalazilo u neposrednoj opasnosti po život.

20 Đ. Nikolić, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 422–423.

21 S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682.

22 Kada je reč o krivičnom delu nepružanja pomoći, njegovo postojanje isključeno je jedino ako se opasnost bez koje se pomoć ne može pružiti odnosi na život ili telo učinioca ili trećeg lica. Tako: Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 438–439.

je da bi uništenje ili oštećenje nekog imovinskog dobra za dalju posledicu imalo ugrožavanje života ili zdravlja drugih ljudi. Primera radi, takvo bi bilo uništavanje brane na nekoj reci. Međutim, u takvim slučajevima pomoć se ne uskraćuje zato što bi se njome ugrozila neka imovinska vrednost. Naprotiv, pomoć se uskraćuje zato što bi se njenim pružanjem ugrozili život ili telo drugih (ljudi koji žive u blizini brane, onih koji se zateknu na reci i tome slično). Od toga se razlikuju slučajevi kada pružanje pomoći ugrožava isključivo imovinska dobra, pa bila ona i velike materijalne ili moralne vrednosti. Reč je, primera radi, o pružanju neophodne pomoći, kada ono za eksternu negativnu posledicu ima uništavanje istorijskog spomenika, biblioteke, unikatnog umetničkog dela velike vrednosti i tome slično. Domaći sudovi nisu imali prilike da se izjašnjavaju u takvim slučajevima. Nama se čini da je osnovno pravilo postavljeno tako da ne trpi izuzetke: opasnost po imovinsko dobro ne može da opravda nepružanje neophodne pomoći čoveku čiji su život ili zdravlje neposredno ugroženi, bez obzira na materijalnu ili moralnu vrednost koja se za to imovinsko dobro vezuje.

Kada je reč o naporu koji iziskuje pružanje neophodne pomoći, odnosno o tome čemu se izlaže onaj ko pruža pomoć, raznoliki slučajevi mogu da se podvedu pod pravilo iz čl. 182 ZOO. Nekada se pomoć može pružiti bez ikakvog napora za odgovorno lice. Radnja koju bi ono trebalo da preduzme da bi drugome pomoglo ne predstavlja nikakvo opterećenje, ili predstavlja zanemarljivo opterećenje u poređenju sa opasnošću koja pretil drugome. Na primer, čin pružanja pomoći nekada je prosto telefonski poziv vatrogasnoj službi i službi hitne pomoći ili davanje oštećeniku neke informacije koja bi mu pomogla da izbegne štetu.²³ U takvim slučajevima postojanje obaveze pružanja pomoći ne trebalo da bude sporno. Izlaganje troškovima poput telefonskog poziva ili naporu poput dovikivanja neophodnog obaveštenja licu koje srlja u povredu, ne može se u srpskom pravu istaći kao oslobađajući razlog, ni kada smrt ili povreda zdravlja prete potpunom strancu. U nekim drugim situacijama za pružanje pomoći potrebno je mnogo više od toga. Ukazivanje pomoći nekada podrazumeva da se odgovorno lice i samo izloži određenom riziku. Tu dolaze slučajevi koji se među sobom bitno razlikuju. (a) Prvo, tu su slučajevi kada se odgovorno lice i onaj čiji su zdravlje ili život očigledno ugroženi nalaze u nekom posebnom odnosu. U taj odnos odgovorno lice stupilo je u određenom stručnom, profesionalnom, vokacijskom kapacitetu, koji nalaže i ulaganje određenog napora da bi se pomoglo drugoj strani, ako je ona životno ili zdravstveno ugrožena. Odgovorno lice nema obavezu samožrtvovanja, ono nije dužno da strada pomažući drugome,²⁴ ali je dužno da pruži pomoć u skladu sa svojom posebnom obučenosti, strukom, pozivom. Ono je u boljem položaju nego običan posmatrač da sagleda situaciju druge strane, pa tako i opasnost kojoj je ona izložena. Tu spadaju, primera radi, lica čija je

23 Pierre Widmer, „Ex nihilo responsibilitas fit, or the Miracles of Legal Metaphysics“, *Journal of European Tort Law* 2/2011, 149. Vid. takođe: European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Wien 2005, 86 i dalje (Art. 4:103).

24 U oblasti krivične odgovornosti, kada govori o upisivanju nečinjenja u krivicu: „Posao policijskog službenika, vatrogasca ili lekara i inače podrazumeva podnošenje ozbiljnijih rizika [...]. Lekar ne može da odbije pružanje lekarske pomoći pozivajući se na opasnost od zaraze. Ni ova lica međutim ne moraju da se izlažu opasnosti koja vodi njihovoj izvesnoj smrti.“ Igor Vuković, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 188.

obaveza da vode brigu o deci i da ih nadziru (učitelji, vaspitači, treneri), kao i oni koji su dužni da se staraju o duševno bolesnima ili o osobama zaostalim u umnom razvoju. Osnovano očekivani stepen vlastite izloženosti prilikom pružanja pomoći može da bude različit, a sve to u zavisnosti od struke odnosno zanimanja o kojem je reč. Primera radi, u slučaju vitalne ugroženosti bolesnika lekar je dužan da, u granicama svojih mogućnosti i stručnoga znanja, bez odlaganja pruži hitnu lekarsku pomoć. On ne bi smeo da odbije da pruži hitnu lekarsku pomoć za čije pružanje je stručno osposobljen, bez obzira na to što se trenutno ne nalazi na dužnosti ili na to što za pomoć nije izričito zamoljen.²⁵²⁶ (b) Zatim, postoje neke posebne društvene situacije u kojima se među ljudima stvara specijalan recipročan odnos, koji nalaže da jedni o drugima brinu u pojačanom stepenu. Tu je posebna briga uzajamna. Takav je, recimo, odnos među alpinistima u zajedničkom pokušaju da osvoje neki vrh. Ni u takvim situacijama pomoć ne podrazumeva obavezu samožrtvovanja, ali se osnovano očekuje veće trpljenje za drugoga nego u *ad hoc* susretima, odnosno srazmerno veće izlaganje riziku za dobrobit drugoga, kada je on iminentno životno ili zdravstveno ugrožen. (c) U trećoj vrsti situacija između ugroženog lica i lica koje pruža odnosno uskraćuje pomoć ne postoji nikakav prethodni društveni odnos koji bi ih vezivao. Uz to, pružanje pomoći ne spada u profesionalne obaveze odgovornog lica. Tu su osnovana očekivanja u pogledu sopstvenog izlaganja opasnosti najslabija. Dužnost pomaganja postoji samo u bazičnom obliku.

Da sumiramo. Odredba čl. 182, st. 1 ZOO na prvi pogled deluje kao da je svako jednako razume, odnosno kao da joj tumačenje ne treba: za štetu izazvanu nepružanjem pomoći odgovara onaj „ko bez opasnosti po sebe“ tu pomoć uskrati. Međutim, opasnost koja izvinjava odgovorno lice, odnosno opasnost kojoj ono nije dužno da se izloži pomažući drugome, mora se bliže odrediti. Prvo, to nije opasnost po imovinu. Drugo, to nije ni neznatna opasnost po telesni integritet, kao recimo

- 25 Čl. 6, Kodeks profesionalne etike Lekarske komore Srbije, *Sl. glasnik RS* br. 121/2007. Iz toga se vidi i da pravila struke nalažu da lekar odbije da pruži pomoć koja ne odgovara njegovoj stručnoj osposobljenosti. On nije kriv u građanskopravnom smislu ako odbije da pruži pomoć koja prevazilazi njegove mogućnosti i stručna znanja.
- 26 Lekar koji protivno svojoj lekarskoj dužnosti propusti da ukaže pomoć licu koje se nalazi u neposrednoj opasnosti po život ili u opasnosti teške telesne povrede ili teškog narušavanja zdravlja, odgovoran je po pravilima krivičnoga prava. Vid. Čl. 253 KZ. Po zakonskom opisu toga dela, dužnost pružanja pomoći je konkretizovana: lekar odgovara ako je postupio protivno svojoj dužnosti, a ne protivno dužnosti lekara uopšte, pa treba uzeti sve okolnosti u obzir kada se procenjuje da li je on bio u mogućnosti da ukaže pomoć. Tako: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, 732. Drugim rečima, lekar je odgovoran ako je njegova dužnost bila da pruži pomoć u određenoj situaciji i ako je on mogao tu pomoć da pruži. Međutim, u nekim slučajevima dužnost lekara može se izvršiti jedino uz određeni rizik po sopstveni život ili zdravlje. S time u vezi vid. „Lekara ne oslobađa krivične odgovornosti opasnost da bi pružanjem pomoći mogao da ugrozi svoje zdravlje (npr. u slučaju zarazne bolesti), ako je u konkretnoj situaciji, s obzirom na svoje lekarske dužnosti, bio dužan da se izloži takvoj opasnosti, pa stoga pozivanje na stanje krajnje nužde u takvom slučaju nije osnovano.“ Božidar Kraus, *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (redaktori Nikola Srzentić et al.), Savremena administracija, Beograd 1986, 419. U tom smislu i: Miodrag Savović, Danica Stepić, „Odnos radnje krivičnog dela neukazivanja lekarske pomoći i radnje krivičnog dela nesavesnog pružanja lekarske pomoći nečinjenjem“, *Pravni život* 9/2012, 573. Jelena Šantrić, „Pravo na život i obaveza ukazivanja lekarske pomoći“, *Pravni život* 9/2009, 890–891.

opasnost da se neko ogrebe ili ožari koprivom. Reč je o opasnosti po život ili zdravlje odgovornog lica, pri čemu opasnost po zdravlje ne može biti neznatna, zanemarljiva. Zatim, opasnost po sebe treba razumeti kao opasnost po sebe i drugoga. Obaveza pružanja pomoći ne postoji, ako bi to značilo da se neko drugi izloži opasnosti po život ili zdravlje. Na kraju, određene kategorije lica i određene kategorije odnosa podrazumevaju izlaganje opasnosti u nešto većem stepenu, pa se opasnost koja izvinjava može gradirati. Određene profesije podrazumevaju izlaganje jednom povišenom stepenu opasnosti u postupku pomaganja drugima. Dužnost lekara obuhvata izlaganje određenim rizicima. Štaviše, lekarska dužnost se bez toga ne bi mogla obavljati. Neke društvene situacije obavezuju odgovorno lice na pojačanu brigu o drugome. Tu dolaze oni koji su dužni da se staraju o deci, duševno bolesnima ili zaostalima u umnom razvoju. Zatim, učesnici u zajedničkom opasnom poduhvatu, kao što su ronionci ili alpinisti, osnovano očekuju jedni od drugih izlaganje većoj opasnosti u kriznim situacijama, u cilju pružanja pomoći onome od njih čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi.

1.5. Uzročnost

Među svim uslovima za zasnivanje odgovornosti zbog uskraćivanja pomoći oštećeniku najteže pada dokazivanje uzročnosposledične veze između omisije i štete. On treba da dokaže da je šteta koju je pretrpeo izazvana propuštanjem odgovornog lica da mu pruži pomoć, to jest da bi pružanje pomoći sprečilo štetu. Ako se omisija hipotetički eliminiše, to jest ako se zamisli da je odgovorno lice delalo umesto što se uzdržalo od delanja, iz hipoteze treba da nestane i šteta. Samo u tom slučaju omisija se smatra uzrokom štete. Domaći pravni pisci saglasni su da ovde treba primeniti izloženu teoriju uslova (*conditio sine qua non* teoriju o uzročnosti). Oni tu teoriju obično ne imenuju, već njihovo opredeljenje za nju proizlazi iz načina na koji razjašnjavaju šta to znači dokazati da je šteta posledica nepružanja pomoći.²⁷²⁸

Primena teorije uslova u slučajevima kada se ispituje da li je neka omisija uzrok štete podelila je autore na one koji u hipotetičkom scenariju na mesto propuštanja (uzdržavanja od činjenja) stavljaju puko činjenje i one koji uviđaju da na mesto nečinjenja može da dođe samo kvalifikovano činjenje – postupanje koje je ispravno, u skladu sa standardom.²⁹ Drugim rečima, uzdržavanje od bilo kakvog činjenja kvali-

- 27 Treba dokazati, sa velikim stepenom sigurnosti, da bi pružanjem pomoći bio izbegnut natanak štete. Vid. V. Stanković, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 541. Isto: Đ. Nikolić, „Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 1341 (dodajući da uskraćivanje pomoći ne može da bude uzrok štete, ako se šteta nije mogla sprečiti).
- 28 O toj teoriji: Tony Honoré, „Necessary and Sufficient Conditions“, *Philosophical Foundations of Tort Law* (ed. David G. Owen), Oxford University Press, Oxford 2001, 363 i dalje, Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol. II, OUP, Oxford 2000, 413, Boris Starck, *Obligations – Responsabilité délictuelle* (par Henri Roland et Laurent Boyer), Litec, Paris 1996, 445; Alain Bénabent, *Droit civil – Les obligations*, Montchrestien, Paris 1997, 333, Jaap Spier, Olav A. Haazan, „Comparative Conclusions on Causation“, *Unifications of Tort Law: Causation* (ed. Jaap Spier), Kluwer, The Hague – London, 2000, 127, Marija Karanikić, „Normativno u poimanju uzročnosti kao osnova građanskopravne odgovornosti“, *Pravni život* 10/ 2005, 992–993.
- 29 Helmut Koziol, „Liability for Omissions – Basic Questions“, *Journal of European Tort Law* 2/2011, 129–130.

fikuje se kao uzrok štete, ako se *ispravnim* postupanjem mogla sprečiti šteta. Sve to deo je šire debate koja se tiče razgraničenja činjenja od nečinjenja u slučajevima kao što je jedan koji navodi U. Magnus (*U. Magnus*): ako preduzeće za održavanje puteva iskopa rupu na javnoj cesti i propusti da je adekvatno obezbedi, otvara se pitanje šta je uzrok štete od pada u rupu, činjenje (kopanje) ili nečinjenje (propuštanje da se rupa obezbedi na primeren način). U takvim slučajevima, kao uzrok treba uzeti onu radnju (činjenje ili nečinjenje) koja je protivpravna, odnosno pogrešna sa stanovišta osnovanih društvenih očekivanja, odnosno radnju koja zavređuje društvenu ili moralnu osudu.³⁰ U navedenom primeru, nije pogrešno to što je u sklopu radova na putevima iskopana rupa, već to što ta rupa nije adekvatno obezbeđena. Zato se ovo drugo razmatra kao uzrok štete. Za razliku od toga, Ž. Karbonije (*J. Carbonnier*) smatra da svako nečinjenje u vezi sa kojim je došlo do štete, treba posmatrati kao sastavni deo neke složenije aktivnosti, koja je otpočela nekakvim činjenjem. U toj konstrukciji početno činjenje predstavlja uzrok štete, a omisija je element nepažnje. Na primer, vozač automobila je ubrzao, pa je propustio da prikoči kada je trebalo; kopač je iskopao rupu, pa je propustio da je osvetli. Oba propuštanja samo su znak nedovoljne pažnje, a brza vožnja odnosno kopanje rupe delovali su kao uzrok štete.³¹

1.6. Predvidljivost štete

Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći zakonom je ograničena na predvidljivu štetu. Odgovorno lice dužno je da naknadi samo onu štetu koju je moralo da predvidi kao posledicu uskraćivanja pomoći u vreme kada je tu pomoć uskratilo. Kriterijum predvidljivosti je objektivna: šteta je predvidljiva, ako bi je razuman i pažljiv čovek predvideo u času kada je pomoć uskraćena.³² Međutim, ako je odgovorno lice imalo poseban uvid u konkretnu situaciju, odnosno posedovalo relevantna stručna znanja, onda ono odgovara za štetu koju bi u času nepružanja neophodne pomoći kao posledicu tog propuštanja predvideo razuman i pažljiv stručnjak, odnosno razuman i pažljiv čovek sa posebnim uvidom u konkretan slučaj.

Pojedini autori smatraju da je odgovornost zbog nepružanja pomoći ograničena na predvidljivu štetu upravo zato što je to jedan mešoviti slučaj (*casus mixtus*). Po tom shvatanju, odgovorno lice dužuje naknadu štete, koja potiče od uzroka koji to lice nije stvorilo, pa nema *neposredne uzročnosti* između radnje odgovornog lica i štete. Zato ono treba da odgovara u ograničenom obimu, samo za predvidljivu štetu.³³ Taj zaključak posledica je usvajanja teorije o neposrednoj uzročnosti i premise da između omisije odgovornog lica i štete ne postoji *prava* uzročna veza. Onaj izvor rizika po život ili zdravlje, to što ta dobra ugrožava, predstavlja pravi (neposredan) uzrok štete. Šteta je samo realizacija toga rizika. Ipak, odgovornom licu ne stavlja se na teret svaka šteta koja nastane usled smrti ili narušavanja zdravlja ugroženog

30 Ulrich Magnus, „Causation by Omission“, *Causation in Law* (Luboš Tichý, ed.), Univerzita Karlova, Praha 2007, 96, 95–104.

31 Jean Carbonnier, *Droit civil, Tome 2. Les biens, Les obligations*, P.U.F., Paris 2004, 2296.

32 Da je reč o objektivnom standardu predvidljivosti slaže se B. Loza, *Obligaciono pravo*, 248.

33 Tako: S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682.

lica, to jest ostvarivanjem očiglednog rizika po ugrožena dobra, nego samo ona šteta koja se mogla sprečiti pružanjem pomoći. Kriterijum predvidljivosti takve štete samo dalje sužava odgovornost lica koje je uskratilo neophodnu pomoć. Pri tome, kada je isto lice izazvalo opasnost i tako stvorilo potrebu za pružanjem pomoći, a onda tu pomoć uskratilo, ne može biti reči o mešovitom slučaju. U tom slučaju, ako odgovornost za realizaciju stvorenog rizika odnosno za ostvarivanje generisane opasnosti ne može da se zasnjuje po opštim pravilima, isto lice može da odgovara za štetne posledice nepružanja pomoći u opasnoj situaciji koju je samo izazvalo.

Kada uređuje odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći, zakonodavac se oslanja na dva standarda ili merila. To su očiglednost ugroženosti oštećenikovog života ili zdravlja i predvidljivost štete koja je iz toga nastupila. Prvo se tiče postojanja to jest zasnivanja odgovornosti, a drugo njenoga obima. Odgovornost se ne može zasnovati ako razumnom i pažljivom čoveku u datim okolnostima ne bi bilo očigledno da su nečiji život ili zdravlje ugroženi. Ako je taj uslov ispunjen, pa dođe do smrti ili oštećenja zdravlja, odgovorno lice dužno je da naknadi štetu koja usled toga nastane. Međutim, odgovorno lice ne odgovara za svaku štetu koja nastane usled smrti ili oštećenja zdravlja, nego samo za onu koja se mogla sprečiti i koju bi pod istim okolnostima u vreme uskraćivanja pomoći predvideo razuman i pažljiv čovek.

V. Stanković ne deli to dvoje, a kada govori o predvidljivosti štete, on razlikuje dva slučaja. (a) U centralnom slučaju, predvidljivost štete treba ceniti prema merilu razumnog i pažljivog čoveka. Međutim, sud u to merilo treba da ugradi neka subjektivna svojstva odgovornog lica, kao što su fizička i psihička konstitucija, obrazovanje i zanimanje, uzrast i opšte životno iskustvo. To znači da je odgovorno lice dužno da naknadi štetu koju bi u času uskraćivanja pomoći kao posledicu tog uskraćivanja mogao da predvidi razuman i pažljiv čovek koji sa odgovornim licem deli pobrojane lične osobine. Pri tome, sva ta svojstva odgovornog lica po V. Stankoviću sud treba da uzme u obzir još jednom, kada odlučuje da li razlozi pravičnosti nalažu da odgovorno lice bude oslobođeno obaveze da naknadi štetu. (b) U posebnom slučaju upravo onaj ko treba da pruži pomoć izazvao je opasnost zbog koje je ta pomoć neophodna. Drugim rečima, pomoć uskraćuje onaj ko je stvorio opasnost. V. Stanković smatra da samo tada sud treba da primeni čist standard razumnog i pažljivog čoveka, kao jedno objektivizovano merilo predvidljivosti, bez obzira na navedene štetnikove lične osobine.³⁴ U toj konstrukciji predvidljivost štete ne utiče na obim odgovornosti: dovoljno je to što se u času uskraćivanja pomoći mogao predvideti nastanak bilo kakve štete, ne nužno one do koje je zaista došlo i za koju se odgovara. Odgovorno lice ne može kao oslobađajući razlog da istakne nepredvidivost konkretnog vida štete za koji treba da odgovara. Nepredvidljivost nekih šteta koje su nastale, ne isključuje odgovornost za njih.³⁵

34 Sve prema: V. Stanković, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 541.

35 *Ibidem.*, 542. Isto smatra Đ. Nikolić, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 422. Suprotno: S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682.

Po izloženom shvatanju predvidljivost štete nije parametar za određivanje obima odgovornosti, nego samo jedan od uslova za njeno zasnivanje. Ako se nastanak bilo koje štete mogao predvideti, odgovornom licu može se staviti na teret sva šteta do koje je došlo, kako predvidljiva, tako nepredvidljiva. Mogućnost da se šteta predvidi posmatra se kao element krivice odgovornog lica, a ne kao instrument za ograničenje obima njegove odgovornosti. Drugim rečima, razmatra se sposobnost odgovornog lica da predvidi štetu kao element njegove krivice, a ne predvidljivost kao svojstvo štete za koju se može zahtevati naknada.³⁶

U oblasti ugovorne odgovornosti, predvidljivost pričinjene štete služi za kontrolu obima odgovornosti, pod uslovom da ugovorni dužnik nije postupao prevarno, namerno ili sa krajnjom nepažnjom. U slučaju uskraćivanja neophodne pomoći, krivica odgovornog lica utvrđuje se prema merilu razumnog i pažljivog čoveka. Uslov za to je sposobnost za rasuđivanje odgovornog lica, što obuhvata i sposobnost da predvidi posledice sopstvenog postupanja.³⁷ Ako je odgovorno lice postupalo onako kako bi se u istim okolnostima osnovano očekivalo od razumnog i pažljivog čoveka, onda na njegovoj strani nema krivice. Ako je to lice krivo, njegova odgovornost u pogledu vrste štete ograničena je na štetu koja je nastala usled smrti ili oštećenja zdravlja, to jest realizacijom rizika od koga je i potekla potreba za pružanjem pomoći.

Očigledna ugroženost života i zdravlja u građanskopravnom kontekstu znači da pomenutim dobrima pretila povreda, usled koje redovno dolazi do štete. Zato odgovorno lice ne može da tvrdi da se uprkos tome što su ta dobra bila očigledno ugrožena, nikakva šteta nije mogla predvideti. Drugim rečima, sama *očigledna* ugroženost podrazumeva opasnost od nekakve štete, mogućnost da se predvidi nekakva šteta. Po prirodi stvari jasno je da do neke štete može da dođe, samo je pitanje da li se mogla predvideti upravo ona šteta koja je nastala. Dakle, treba uzeti da to što je rizik po život i zdravlje bio očigledan, znači da se načelno moglo predvideti da će doći do smrti ili oštećenja zdravlja, usled čega redovno nastaje neka šteta. Predvidljivost konkretne štete koja je pričinjena predstavlja odvojeno pitanje. Ono služi da ograniči obim odgovornosti iz čl. 182 ZOO.³⁸ Što se tiče ličnih svojstava odgovornog lica, čini se da sud njih treba da razmatra jedino u okviru svoga ovlašćenja da odgovorno lice oslobodi obaveze da naknadi štetu, kada to nalaže pravičnost. Drugim rečima, predvidljivost konkretne štete ceni se po objektivnom standardu razumnog i pažljivog čoveka, s tim što je moguće da je zbog nekih ličnih svojstava oštećenika pravično da on bude oslobođen obaveze da naknadi štetu, bez obzira na to što su ispunjeni svi redovni uslovi za zasnivanje njegove odgovornosti.

36 Isto: Đ. Nikolić, „Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 1340–1341.

37 Pod sposobnošću za rasuđivanje domaći sudovi podrazumevaju postojanje normalne psihičke dispozicije u vreme preduzimanja štetne radnje, koja omogućava razumevanje značaja te radnje i njenih potencijalnih posledica. Vid. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4115/2001 od 18. aprila 2002. godine, *ParagrafLex*.

38 S. Cigoj navodi slučaj u kojem jedno lice ukloni drugoga sa puta na kojem je ležao, misleći da je taj drugi pijan, a on je zapravo bio teško bolestan. Odgovornome na teret mogu da se stave samo normalne posledice ostavljanja drugoga na hladnoći, u stanju u kojem ostavljeni nije mogao sebi da pomogne, a ne posledice propuštanja da bolesnoga odvede lekaru. S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682.

1.6. Nepružanje pomoći i greška prilikom pružanja pomoći

Pravila o odgovornosti zbog uskraćivanja neophodne pomoći primenjuju se u slučaju da odgovorno lice nije pružilo nikakvu pomoć onome čiji su život ili zdravlje bili očigledno ugroženi. Odgovorno lice nije ni pokušavalo da pomogne drugome u opasnosti. Ta pravila ne važe u slučaju da je odgovorno lice pokušalo da pruži pomoć ugroženome, pa je to sprovedo na pogrešan način i tako pogoršalo situaciju u kojoj se ovaj već nalazio (pričinilo štetu ili doprinelo da ona nastane u većem obimu nego što bi inače nastala). Pri tome, sama činjenica što pokušaj pomaganja nije uspeo ne znači da je odgovorno lice postupalo pogrešno, to jest da je ono krivo.

Odgovornost za štetu prouzrokovanu u pokušaju da se drugome pruži neophodna pomoć može se zasnovati na opštim pravilima o odgovornosti po osnovu krivice, uz mogućnost sniženja naknade iz čl. 191, st. 2 ZOO, budući da je u tom slučaju odgovorno lice štetu izazvalo radeći nešto u korist oštećenika.

2. NORMATIVNI OSNOV I ŠIRI DRUŠTVENI KONTEKST

U sistemu Zakona o obligacionim odnosima uskraćivanje neophodne pomoći svrstano je među posebne slučajeve odgovornosti.³⁹ Ti slučajevi međusobno se razlikuju po svim bitnim obeležjima: osnovu i uslovima odgovornosti, identitetu odgovornog lica, liberatornim razlozima, vrstama štete za koje se može zahtevati naknada. Jedna stvar im je zajednička, a to je što nisu bili predviđeni Skicom za zakonik o obligacijama i ugovorima. U vreme kada je usvajan ZOO, saveznim ustavom bila je propisana „dužnost svakoga da drugome pruži pomoć u opasnosti i da solidarno s drugim učestvuje u otklanjanju opšte opasnosti.“⁴⁰ Domaći autori koji su u to vreme pisali o odgovornosti zbog uskraćivanja neophodne pomoći, videli su u tom institutu građanskoga prava ostvarenje ustavnog načela solidarnosti u društvenim odnosima.⁴¹ Domaća teorija ističe da je ova ustavna obaveza načelnog karaktera, jer za njenu povredu ustavom nije propisana nikakava sankcija.⁴² Pored toga, naglašava se da obaveza pružanja pomoći ne postoji, ako to podrazumeva da

39 Vid. Čl. 180–184 ZOO. Reč je o sledećim institutima: odgovornost usled terorističkih akata, javnih demonstracija ili manifestacija, odgovornost organizatora priredbi, odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći, odgovornost u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, i odgovornost u vezi sa vršenjem poslova od opšteg interesa.

40 Čl. 196, Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *Sl. list SFRJ* br. 9/1974. Isto pravilo bilo je propisano jugoslovenskim Ustavom iz 1963. godine. Vid. Čl. 59, st. 2, Ustav Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *Sl. list SFRJ* br. 14/1963. Svi republički i pokrajinski ustavi u tom periodu sadržavali su odredbu iste sadržine. U kasnijem periodu autori su nastavili da ukazuju na pravilo o solidarnosti sadržano u republičkom ustavu: „Dužnost je svakoga da drugome pruži pomoć u nevolji i da učestvuje u otklanjanju opšte opasnosti.“ Čl. 54, Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* br 1/1990. Vid. Đ. Nikolić, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 421.

41 Vid. V. Stanković, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 540, S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682.

42 Đ. Nikolić, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 421.

se vlastiti život ili zdravlje izložiti opasnosti.⁴³ Međutim, u važećem Ustavu Republike Srbije nema načelne odredbe o obavezi pružanja pomoći onome ko je u opasnosti, pa ni teorija građanskoga prava više ne može da uputi na ustavnu odredbu, kao na ishodište te obaveze.⁴⁴

Nepružanje pomoći predstavlja krivično delo u srpskome pravu.⁴⁵ Reč je o pravom krivičnom delu nečinjenja. Radnja izvršenja sastoji se u propuštanju da se pruži pomoć licu čiji život je u neposrednoj i konkretnoj opasnosti. Opasnost po zdravlje za to nije dovoljna. Dužnost da se pruži pomoć postoji samo ako je to bilo moguće bez opasnosti po učinioca i druga lica. Međutim, ne isključuje svaka opasnost po učinioca ili po drugoga postojanje dužnosti da se pruži pomoć onome ko je životno ugrožen. U domaćoj teoriji krivičnog prava smatra se da ta dužnost *nije isključena* ako postoji izvesna, ali udaljena opasnost po neko manje važno dobro učinioca ili drugog lica. Taj stav zasniva se na teleološkom i jezičkom tumačenju zakonske odredbe.⁴⁶ Krivično delo nepružanja pomoći iscrpljuje se u samom nečinjenju, pa posledica nije obeležje tog dela. Ipak, strože kazne propisane su za slučaj da usled nepružanja pomoći nastupi teško narušavanje zdravlja ili druga teška telesna povreda odnosno smrt lica koje je bilo u opasnosti. U načelu, za postojanje tog krivičnog dela ne traži se da se pružanjem pomoći zaista mogla otkloniti opasnost. Domaći autori smatraju da izuzetak postoji ako je *sasvim izvesno* da se pružanjem pomoći ne može otkloniti opasnost, odnosno da će posledica *neminovno* da nastupi. I još, ako se posledica već ostvarila (recimo, već je došlo do smrti), onda ne postoji opasnost po život kao obeležje krivičnog dela.⁴⁷ Nasuprot navedenom, građanskopravna odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći može se zasnovati samo ako je omisijom odgovornog lica izazvana posledica, to jest ako je došlo do smrti ili narušavanja zdravlja usled kojih je nastala šteta.

Očigledna ugroženost nečijeg života ili zdravlja može da ima čitav niz građanskopravnih posledica. (1) Prvo, tu je obaveza pružanja pomoći onome čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi i posledična odgovornost za štetu usled propuštanja da se pruži neophodna pomoć (čl. 182 ZOO). Pružanje pomoći u slučaju očigledne ugroženosti nečijeg života ili zdravlja ne predstavlja nezvano postupanje odnosno povredu principa nemešanja u tuđe poslove. Naprotiv, u takvim slučajevima postoji dužnost mešanja. U periodu od 1963. do 2006. godine dužnost pružanja pomoći drugome koji je u opasnosti bila je propisana ustavom. Danas se za nju može kazati da je deo javnoga poretka u našem društvu. Pružanje pomoći onome čiji su život ili zdravlje u očiglednoj opasnosti ne predstavlja nezvano vršenje tuđega posla, nego

43 S. Cigoj, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 682.

44 Upor. Ustav Republike Srbije, *Sl. glasnik RS* br 98/2006.

45 Već pomenuti čl. 127 KZ. Krivično je sankcionisano i nepružanje pomoći licu povređenom u saobraćajnoj nezgodi (čl. 296 KZ) i neukazivanje lekarske pomoći (čl. 253 KZ). Ta dela bila su predviđena i našim starijim krivičnim zakonodavstvom. Vid. Đ. Nikolić, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 421.

46 Sve prema: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, 438–439.

47 *Ibidem.*, 439.

vršenje vlastite pravne i moralne dužnosti. (2) Onaj ko pruža pomoć to treba da čini u skladu sa određenim standardom pažnje i razboritosti. U protivnom, može mu se desiti da odgovara po osnovu krivice za štetu izazvanu vlastitim pogrešnim postupanjem (čl. 154, st. 1 ZOO). Budući da je odgovorno lice u tome ipak vođeno potrebama oštećenika, sud može da ga obaveže da onome u čiju korist je delao plati manju naknadu nego što iznosi šteta, sve vodeći računa o pažnji koju to odgovorno lice pokazuje u sopstvenim poslovima (čl. 192, st. 1 ZOO). Ta olakšica ne važi u slučajevima kada pomoć pruža lekar ili drugo lice koje je po vokaciji ili zanimanju dužno da pomaže životno ili zdravstveno ugroženima. (3) Zahtev da se ukloni opasnost znatnije štete može da bude osnovan i ako šteta ne pretili onome ko to traži, nego neodređenom broju drugih lica (čl. 156 ZOO). (4) Pored svega navedenog, moguće je da onaj ko ugroženome pruža pomoć i sam pretrpi štetu u toku tog pomaganja. U takvom slučaju on može po opštim pravilima o odgovornosti da zahteva naknadu od lica koje je dovelo u opasnost tuđ život ili zdravlje i tako generisalo potrebu za pružanjem pomoći (ako takvo lice postoji), a od onoga čiji su zdravlje ili život bili ugroženi naknadu samo one pretrpljene štete kojoj se razumno bio izložio (vid. čl. 161 ZOO).

Obligacioni odnos između odgovornog lica i oštećenika vezuje se za nastanak štete. Tek od tog trenutka nastaje pravom uređeni odnos relativnog karaktera između njih dvojice, pa oštećenik može da zahteva naknadu one štete koja mu je prouzrokovana uskraćivanjem neophodne pomoći. U poziciji oštećenika može da bude lice čiji su život ili zdravlje bili u opasnosti, ali i neko treće lice koje trpi štetu iz činjenice što se ostvario rizik po tuđe zdravlje ili život (na primer, onaj ko usled smrti ili teškog invaliditeta bliskog lica podnosi duševni bol). Sve dok ne dođe do štete, odgovorno lice nema obavezu prema oštećeniku, nije sa njime u obligacionom odnosu. Obaveza pružanja pomoći je opšta, važi za svakoga, postavljena je objektivnim pravom. Ona je načelnog karaktera, tiče se ponašanja koje pravni poredak postavlja kao dužnost pred svakoga, u situacijama kada je tuđe zdravlje ili život u očiglednoj opasnosti, a pomoć može da se pruži bez opasnosti po sebe i druge. Obaveza pomaganja postoji i kada su ugroženi život ili zdravlje potpunoga stranca, lica s kojim se nije ni u kakvom starijem, pravom uređenom odnosno društveno prepoznatom i na bilo koji način institucionalizovanom odnosu. U tome dužnost pomaganja liči na načelnu zabranu prouzrokovanja štete (vid. čl. 16 ZOO).

Obaveza pomaganja drugome u opasnosti bila je propisana na načelnom nivou republičkim i saveznim ustavima u periodu od 1963. do 2006. godine. U važećem ustavu nema takve odredbe. Međutim, to ne znači da načelna, opšta obaveza pružanja neophodne pomoći ne postoji. Ona predstavlja deo javnoga poretka, to jest ona pripada skupu principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravom uređene zajednice. Reč je o principima koji proizlaze iz određenog političkog, moralnog i filozofskog opredeljenja, kao i principima ekonomskog konstituisanja i organizacije jedne društvene zajednice.⁴⁸ U domaćem pravu

48 Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Službeni list, Beograd 1990, 169.

postoji čitav niz krivičnih i građanskih instituta (V. Stanković naziva to *arsenalom ustanova*),⁴⁹ čija svrha je ostvarenje principa da drugome treba pružiti pomoć kada je u opasnosti. Reč je o minimalnoj solidarnosti, sasvim redukovanoj domašaja, bez implikacija po način na koji se uređuju neki drugi, kompleksniji društveni odnosi. To je bazično, elementarno pravilo koje omogućava postojanje zajednice. Ono govori o tome šta se u jednoj društvenoj zajednici razume kao ispravan odnos prema drugom članu te zajednice, koji je očigledno neposredno životno ili zdravstveno ugrožen, a može mu se pomoći bez opasnosti po sebe i drugoga. Ustavne odredbe kojima je potvrđivano postojanje obaveze pružanja neophodne pomoći nisu bile refleksija konkretnog političkog trenutka, nego izraz pripadnosti evropskoj pravnoj kulturi, pa od njih nije trebalo odustajati kada se promenila politička paradigma.

Pravila o odgovornosti za nepružanje neophodne pomoći počivaju na jednom jakom vrednosnom opredeljenju, kojim se srpsko pravo svrstava uz prava ostalih zemalja evropskog kontinenta.⁵⁰ Neki drugi pravni sistemi, koji ne dele to opredeljenje, ne poznaju opštu obavezu pružanja pomoći ljudima koji su životno ugroženi. Kao primer za to može se navesti englesko pravo, u kojem se odsustvo opšte obaveze pružanja pomoći drugome u opasnosti opravdava argumentima slobode, pravičnosti i efikasnosti.⁵¹⁵² To ne isključuje mogućnost posebne zakonodavne intervencije, odnosno spremnosti engleskih sudova da priznaju specijalnu obavezu pomaganja drugima u nekim izuzetnim situacijama. U svakom slučaju, da bi odgovornost za omisiju mogla da se zasnuje, u engleskom pravu neophodno je da postoji poseban, prethodni, stariji pravom uređeni odnos između odgovornog lica i onoga čiji život je u opasnosti. Samo u okvirima takvoga odnosa odgovorno lice može da ima obavezu pažljivog postupanja prema konkretnom ugroženom licu.⁵³ Isto je u pravima američkih saveznih država, u kojima ne postoji opšta obaveza pružanja pomoći drugome, ni kada mu prethodi smrt, bez obzira na to što bi pomoć mogla da

49 V. Stanković, „Član 182. Odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 540.

50 Jan M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law. On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Kluwer, Deventer 2000, 8–11.

51 Eoin Quill, „Affirmative Duties of Care in the Common Law“, *Journal of European Tort Law* 2/2011, 164. Upor. „The recognised legal position is that the bystander does not owe the drowning child or the heedless pedestrian a duty to take steps to save him. Something more is required than being a bystander. There must be some additional reason why it is fair and reasonable that one person should be regarded as his brother’s keeper and have legal obligations in that regard.“ *Stovin v. Wise* (1996), AC 921, 923 (Lord Nicholls). S tim u vezi treba naglasiti da englesko pravo u načelu ne priznaje nezvano vršenje tuđih poslova kao izvor obligacija. Drugim rečima, ne samo što ne postoji načelna obaveza pružanja pomoći, nego u principu ne postoji pravo na naknadu i nagradu iz posloводства bez naloga. Vid. studiju koja ukazuje na povezanost ova dva pitanja i poziva na njihovo ponovno razmatranje u engleskom pravu: Jeroen Kortmann, *Altruism in Private Law. Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio*, OUP, Oxford 2005.

52 Novije studije u oblasti ekonomske analize prava potvrdile su efikasnost dužnosti pružanja pomoći ako postoji neki poseban odnos između spasioca i onoga ko je stvorio opasnost odnosno onoga ko je ugrožen. Tako: M. Faure, „Liability for Omissions in Tort Law: Economic Analysis“, 184 i dalje.

53 Cees van Dam, *European Tort Law*, OUP, Oxford 2006, 465–467.

se pruži bez većeg napora.^{54, 55, 56} Reč je o čvrsto zauzetoj libertarijanskoj poziciji da su individualne slobode (pa i sloboda da se ne preduzme ništa odnosno da se ništa ne čini) iznad obaveza koje pojedinac ima prema društvu. Izuzeci postoje kada između lica koje pruža pomoć i ugroženoga postoji neki specijalan odnos. Po jednome shvatanju *common law* pravila po kojima ne postoji dužnost pružanja pomoći strancu u nevolji, nastala su u vreme kada je sebičnost u privatnim odnosima bila uzdignuta na nivo društvene vrednosti. Društveno i ekonomsko uređenje se od toga vremena značajno promenilo. Ipak, sudovi se drže starih nazora i odbacuju svaku ideju o opštoj obavezi pružanja pomoći.⁵⁷

U teoriji građanskoga prava nije retko da se izlaganje o dužnosti pružanja neophodne pomoći započne parabolom o dobrom Samarićaninu iz Jevanđelja po Luki.⁵⁸ U svojoj studiji o položaju hipotetičkog *Dobrog Samarićanina* u evropskom privatnom pravu, J. Smits (*J. Smits*) izdvaja tri pitanja kojima je određena pravna pozicija lica koje (ne) pruži pomoć strancu u nevolji: Postoji li dužnost pružanja pomoći u krivičnom i građanskom pravu i odgovornost za povredu te dužnosti? Stiže li Samarićanin pravo na naknadu štete koju sam pretrpi pomažući drugome ili, čak, pravo na nagradu? Duguje li Samarićanin naknadu u slučaju da pogorša položaj lica kojem je pokušao da pomogne?⁵⁹ U ovome radu prvo pitanje stavljeno je u fokus.

54 William Lloyd Prosser, W. Page Keeton et. al., *Prosser and Keeton on Torts*, West, Saint Paul MN, 1984, 375.

55 Empirijske studije pokazale su da je pomaganje životno ugroženima standardno ljudsko ponašanje i kada to nije pravna obaveza (*rescue without law*). U Sjedinjenim Američkim Državama, gde ne postoji opšta pravna obaveza pružanja pomoći, mnogobrojni rizični pokušaji da se druge pomogne predstavljaju daleko veći praktičan problem nego retki slučajevi u kojima je neko ostavljen bez ikakve pomoći, da strada. Tako: M. Faure, „Liability for Omissions in Tort Law: Economic Analysis“, 202–204. M. For (*M. Faure*) dalje navodi (str. 203) druge koji su dokumentovali da na godišnjem nivou broj radova u kojima se zastupa stav da dužnosti spašavanja ne treba da bude, višestruko nadilazi broj situacija u kojima neko zaista nije pružio pomoć životno ugroženoj osobi. S time u vezi: Odredbe čl. 182 ZOO spadaju među odredbe toga zakona koje se najređe primenjuju. Veoma je teško pronaći sudsku odluku donetu na osnovu ovoga pravila. Na sličnu situaciju u holandskom pravu ukazuje J. Smits (*J. Smits*): pravila su postavljena tako široko da pravna teorija može da tvrdi da u holandskom pravu postoji obaveza altruističnog delanja, ali odluka o građanskoj odgovornosti za štetu izazvanu uskraćivanjem pomoći gotovo da nema. J. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, 10.

56 Van Dam (*van Dam*) navodi primere: profesionalni plivač nije dužan da pomogne davljeniku; sud je oslobodio odgovornosti čoveka koji je izdao kanu u zakup osobi u alkoholisanom stanju, koja je potom sa sredine jezera zvala upomoć i konačno se udavila, uz obrazloženje da među njima nije bilo posebnog odnosa, pa vlasnik kanua nije prema davljeniku imao obavezu pažljivog odnošenja (*duty of care*). C. van Dam, *European Tort Law*, 463.

57 Prema: Simon Deakin, Angus Johnston, Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, OUP, Oxford 2003, 149.

58 Primera radi: H. Koziol, „Liability for Omissions – Basic Questions“, 127–128, J. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, 1, M. Ječmenić, „Odgovornost za štetu zbog uskraćivanja neophodne pomoći“, 352–353.

59 J. Smits navodi da su u periodu od 1959. do 1987. godine sve države SAD uvele ovakav zakonski imunitet za lekare, a većina njih i za ostala lica koja pruže neophodnu pomoć koju po pravu ne duguju. J. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, 2.

U najvećem broju zemalja evropskog kontinenta krivično je sankcionisana dužnost pružanja pomoći licu koje je u nevolji. Usporedna rešenja razlikuju se u pogledu uslova za zasnivanje tog oblika krivične odgovornosti. U nekim pravnim sistemima obaveza pružanja pomoći postoji samo ako je ugrožen nečiji život, a u drugim i ako je ugrožen telesni integritet; u pojedinim sistemima obaveza pružanja pomoći svodi se na obavezu da se pozovu nadležne službe; stepen neophodne uverenosti učinioica da će doći do povrede nije svuda isti. Bez obzira na postojeće različitosti, može se kazati da je u pravima kontinentalne Evrope krivično sankcionisana opšta obaveza pomaganja čoveku koji se nalazi u životnoj opasnosti, ako se to može bez opasnosti po sebe i druge, bez obzira na to da li su lice koje pruža pomoć i ugroženo lice u nekom starijem, institucionalizovanom društvenom odnosu.

Od toga se razlikuju englesko i irsko pravo, u kojima uskraćivanje pomoći nepoznatom licu ne predstavlja delikt po pravilima krivičnoga prava, a dužnost pomaganja postoji samo u granicama nekog starijeg odnosa koji je uređen ugovorom ili zakonom, u okvirima određenog odnosa zavisnosti i tome slično.⁶⁰ Isto je u pravima američkih saveznih država. To se opravdava na razne načine. Na primer, Volok (*Volokh*) tvrdi da onaj ko ne pruži pomoć žrtvi nekog krivičnog dela po pravilu docnije oseti kajanje, pa prijavi zločin. Međutim, on će oklevati to da učini, ako je već samo nepružanje pomoći sankcionisano kao krivično delo. Volok to naziva *anti-kooperativnim dejstvom* prava uopšte i pravila o odgovornosti za nepružanje pomoći.⁶¹ Kao troškovi povezani sa postojanjem opšte obaveze pružanja pomoći navode se: rizik povređivanja onoga ko pruža pomoć; pad kvaliteta pomoći životno ugroženima; odvracanje onih koji kasne sa pružanjem pomoći da to učine kada su već u docnji; destimulisanje svedoka da prijave čemu su svedočili, budući da ih to izlaže odgovornosti za nepružanje pomoći; kada pružanje neophodne pomoći postane zakonska obaveza, ono više ne pruža moralnu satisfakciju ljudima koje bi na to motivisao altruizam i društveno priznanje koje za njime sledi (*discounting of altruism*).⁶²

Common law istrajno negira postojanje dužnosti da se pruži pomoć licu koje je u opasnosti, ako se s tim licem nema neki prethodni odnos iz kojega proizlazi obaveza pomaganja. Na taj način ono stavlja u bolju pravnu poziciju lice koje ne čini ništa da bi pomoglo drugome, od lica koje pokušava da pruži pomoć u najboljoj nameri, pa pomažući drugome prouzrokuje i neku štetu. Zbog toga su u svim američkim savezanim državama usvojeni zakoni, kojima se lekari, a u nekim državama i ostala lica, oslobađaju odgovornosti za štetu koju prouzokuju pokušavajući da drugome u dobroj veri pruže neophodnu pomoć (*Good Samaritan statutes*).⁶³ Tim zakonima ne konstituiše se dužnost pružanja pomoći licu koje se nalazi u neposrednoj opasnosti po život ili zdravlje, nego se svako ko u dobroj veri pokušava da pruži neophodnu pomoć takvom licu, iako to nije dužan da učini, izuzima od odgovornosti za štetu koju

60 Ceo pasus prema: *Ibidem.*, 3–8.

61 Eugene Volokh, „Duties to Rescue and the Anticooperative Effects of Law“, *Georgetown Law Review*, Vol. 88, 1999, 105.

62 Tako: Marin Roger Scordato, „Understanding the Absence of a Duty to Reasonably Rescue in American Tort Law“, *Tulane Law Review*, Vol. 82, 4/2008, CUA Columbus School of Law Legal Studies Research Paper No. 2008–27. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1139243>.

63 J. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, 18.

pričini u postupku pomaganja. Drugim rečima, zakonskom intervencijom snižen je osnovano očekivani stepen pažnje u postupanju kada se pomaže onome ko je životno ugrožen, ostajući pri tome da se ta pomoć po pravu ne duguje.⁶⁴

Kada je reč o nepružanju pomoći kao civilnom deliktu, *Principi evropskog odštetnog prava* predviđaju pozitivnu građanskopravnu obavezu zaštite drugoga od štete koja mu pretila u sledećim slučajevima:⁶⁵ ako je ta obaveza propisana zakonom, ako odgovorno lice stvara ili kontroliše opasnu situaciju, ako postoji poseban odnos između strana, ako ozbiljnost štete koja pretila i lakoća s kojom bi šteta mogla da bude sprečena ukazuje na postojanje te obaveze. Ovo poslednje u osnovi znači da obaveza pružanja pomoći postoji ako postoji disproporcija između ozbiljnosti štete koja pretila ugroženom licu i jednostavnosti postupka kojim je odgovorno lice moglo da spreči ili umanjiti tu štetu (recimo, tako što će pozvati hitnu pomoć ili vatrogasnu službu ili vikanjem upozoriti na opasnost nekoga ko te opasnosti nije svestan).⁶⁶ Ta odgovornost nije ograničena u pogledu dobara koja su izložena opasnosti, niti u pogledu vrste štete za koju se može dosuditi naknada.

Evropski pravni sistemi uređuju pitanje građanskopravne odgovornosti zbog nepružanja neophodne pomoći na različite načine. U njima se ta odgovornost zasniva lakše ili teže, u većem ili manjem obimu, a gotovo uvek različitim dogmatskim pristupima opštim pravilima o subjektivnoj odgovornosti za štetu.⁶⁷ Primera radi, u francuskom pravu odgovornost za nepružanje pomoći iz čl. 223–6 Krivičnog zakonika⁶⁸ povlači za sobom subjektivnu odgovornost iz čl. 1382 Građanskog zako-

64 Vid. više: Wallace M. Rudolph, „The Duty to Act: A Proposed Rule“, *The Good Samaritan and the Law* (James M. Ratcliffe ed.), Anchor Books, New York 1966, 243–278, Anthony D’Amato, „The „Bad Samaritan“ Paradigm“, *Northwestern University Law Review* 70/1976, 798–812, Kathleen M. Ridolfi, „Law, Ethics, and the Good Samaritan: Should There be a Duty to Rescue?“, *Santa Clara Law Review* 40/2000, 957–970.

65 Art. 4:103, Principles of European Tort Law. Vid. The European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Wien 2005. Evropska grupa za odštetno pravo (ranije poznata pod nazivom *Tilburg grupa*) publikovala je krajem 2005. godine Principe evropskog odštetnog prava (*Principles of European Tort Law, Principes de droit européen de la responsabilité civile*). Reč je o zaokruženom sistemu neobavezujućih zajedničkih principa vanugovorne građanskopravne odgovornosti, zasnovanom na nizu uporednopravnih istraživanja o ključnim pitanjima vanugovorne odgovornosti u Evropi. Sva ta istraživanja objavio je Kluwer: Helmut Koziol (ed.), *Unification of Tort Law: Wrongfulness*, 1998, Jaap Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, 2000, Ulrich Magnus (ed.), *Unification of Tort Law: Damages*, 2001, Bernhard A. Koch, Helmut Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 2002, Jaap Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for the Acts of the others*, 2003, Ulrich Magnus, Miquel Martín-Casals (eds.), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, 2004, W.V. Horton Rogers (ed.), *Unification of Tort Law: Multiple Tortfeasors*, 2004, Pierre Widmer (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, 2005. Vid. više: Marija Karanikić Mirić, „Principi evropskog odštetnog prava. Uporedni osvrt na osnovne i uslove odgovornosti“, *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije* (Stevan Lilić, ur.), Pravni fakultet Univeziteta u Beogradu, Beograd 2006, 162–187.

66 Vid. više: Pierre Widmer, „Duty to Protect Others from Damage“, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Wien 2005, 88–89.

67 J. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, 8–10, C. van Dam, *European Tort Law*, 462–465, P. Widmer, „Duty to Protect Others from Damage“, 86–87.

68 „Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l’intégrité corporelle de la personne s’abstient volontairement

nika, za štetu koja je pričinjena izvršenjem krivičnoga dela.⁶⁹ U slučaju da krivična odgovornost nije ustanovljena, građanska odgovornost za štetu izazvanu omissijom može se zasnovati ako je odgovorno lice postupalo sa namerom da pričini štetu (*intention de nuire, animus nocendi*)⁷⁰ odnosno ako je imalo neku stariju obavezu činjenja, koju je povredilo uzdržavanjem (na primer, obavezu da nadzire neko lice ili neku stvar).⁷¹ J. Smits navodi da najveći broj evropskih pravnih sistema sadrži slična rešenja.⁷² U nemačkom pravu odgovornost za nepružanje pomoći može da se zasnuje na § 326 Građanskog zakonika. Reč je o vanugovornoj subjektivnoj odgovornosti za štetu koja je prouzrokovana protivno dobrim običajima, a odgovorno lice postupalo je sa namerom. Smatra se da je nepružanje pomoći protivno dobrim običajima samo u posebnim slučajevima (recimo, kada je ugrožen nečiji život, odnosno kada nesreća može da se izbegne nekim činjenjem bez mnogo napora). Što se namere tiče, dovoljno je da ona obuhvati štetnu radnju, ne mora da se odnosi na samu štetnu posledicu.⁷³

3. ZAKLJUČAK

Srpsko građansko pravo poznaje institut odgovornosti zbog uskraćivanja neohodne pomoći. Reč je o vanugovornoj odgovornosti zasnovanoj na dokazanoj krivici odgovornog lica koje je propustilo da pruži pomoć čoveku čiji su život ili zdravlje bili očigledno ugroženi, a moglo je da mu pomogne bez opasnosti po sebe i druge. Ta odgovornost ograničena je na predvidljivu štetu nastalu realizacijom rizika kojem su bili izloženi tuđi život ili zdravlje. Uz to, zakonodavac je predvideo pravičnost kao poseban liberatorni razlog: sud može, ako to nalaže pravičnost, da oslobodi odgovorno lice obaveze da naknadi štetu ili da mu tu obavezu umanji. U vreme kada su ova pravila usvojena na njih se gledalo kao na konkretizaciju načelne ustavne odredbe o opštoj dužnosti pomaganja drugome u opasnosti. Takva odredba bila je deo našeg ustavnog poretka preko četrdeset godina, da bi prilikom donošenja važećeg ustava bila izostavljena. To ne znači da je građanska odgovornost zbog uskraćivanja neophodne pomoći ostala bez uporišta. Može se kazati da dužnost pružanja pomoći onome čiji su život ili zdravlje očigledno ugroženi, ako se to može bez opasnosti po sebe i druge, čini deo javnoga poretka. Pored toga, nepružanje pomoći predstavlja krivično delo u srpskom pravu i to se nije promenilo

de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours." Art. 223-6, Code Pénal, legifrance.gouv.fr.

69 J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 2. Les biens, Les obligations*, 2296.

70 François Terre, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris 2005, 706-707.

71 F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 707.

72 J. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law*, 10. J. Smits podseća da je portugalski Građanski zakonik iz 1867. godine sadržavao pravilo o odgovornosti za štetu izazvanu nepružanjem pomoći u slučaju nasilnog napada, ako je odgovorno lice moglo da pruži pomoć bez opasnosti po sebe. Ta odredba nije prenetu u Građanski zakonik Portugala iz 1966. godine.

73 Sve prema: C. van Dam, *European Tort Law*, 464-465.

nakon ukidanja načelne ustavne dužnosti pomaganja drugome. Iz toga proizlazi da opisana ustavna promena nije znak da su pravni poredak i društvo uopšte odustali od vrednosnog opredeljenja da treba pomoći svakome čiji je život u opasnosti, ako se to može bez opasnosti po sebe i ostale.

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law, University of Belgrade

CIVIL LIABILITY IN EMERGENCY CASES

SUMMARY

This paper has two objectives. The first is to analyze liability for damage caused by omitting to render help to a person whose life or bodily integrity is in an obvious peril, if that help can be rendered without danger to self or others. The second is to draw attention to the fact that general duty to rescue was part of Yugoslav and Serbian constitutional orders since 1963, only to be omitted from the Constitution of Serbia of 2006. The general constitutional duty to rescue and the elaborate array of rules of criminal and civil law draw from a broader value orientation of the legal orders of Continental Europe. This constitutional provision was not merely a result of the political moment in which it was initially prescribed, so it should have survived the change of political paradigm in Serbia.

Key words: liability in damages, failing to provide assistance to a person in danger, duty to rescue, danger to life or bodily integrity.

TEORIJA NEUTRALIZACIJE: AKTUELNI NAUČNI STATUS, PRIMENA I ZNAČAJ

Apstrakt. Teorija neutralizacije koju su formulisali Gresham Sykes i David Matza polovinom prošlog veka i danas je jedna je od zapaženijih kriminoloških koncepcija, uprkos tome što nije doživela snažne empirijske potvrde. Koncept tehnika neutralizacije se, bilo samostalno, bilo integrisan u širi teorijski okvir, koristi u objašnjavanju različitih oblika prestupničkog ponašanja – od najlakših delikata pa do masovnih ubistava i genocida. Ovaj rad ima cilj da predstavi aktuelno stanje ove teorije u pogledu njenog naučnog statusa, primene i značaja za objašnjenje i kontrolu kriminaliteta. Premda ključni problem za ovu teoriju i dalje ostaje komplikovana empirijska provera koncepta neutralizacije kao faktora odluke prestupnika da preduzme kriminalni čin i uprkos tome što teorija ne nudi odgovor na pitanje o „korenima“ kriminalnog ponašanja, širina i intenzitet akademske pažnje koju je pobudila odavno ju je učinila dragocenom i plodonosnom za kriminologiju i srodne discipline.

Ključne reči: teorija neutralizacije, tehnike neutralizacije, maloletnička delinkvencija, kriminalitet.

UVOD

Pitanje razlika između prestupnika i neprestupničke populacije jedno je od ključnih kriminoloških pitanja na koje do danas nisu dobijeni potpuni i konačni odgovori. Dileme u čemu se i da li se uopšte ljudi koji vrše krivična dela značajno razlikuju od onih koji ih ne vrše i danas, kao i u dugom nizu proteklih decenija, najintenzivnije podstiču razvoj kriminološke misli i istraživanja usredsređenih na prikupljanje naučnih dokaza za to da prestupnici jesu, ili pak nisu posve osoben soj ljudi. Pitanje odnosa prestupnika prema dominantnim društvenim vrednostima i normama i preispitivanje koncepta delinkventne supkulture, značajan je deo ovog akademskog diskursa.

Nasuprot postavkama da prestupnici nisu inkorporirali ili da su pak odbacili vrednosti i norme šireg društva, što ih u manjoj ili većoj meri po sebi disponira za vršenje zločina, u kriminološkoj literaturi su odavno prisutna i stanovišta da i prestupnike karakteriše određena privrženost dominantnim kulturnim obrascima, te da odluci da se izvrši zločin nužno prethodi proces „neutralisanja“, odnosno suspenzije pojedinih interiorizovanih vrednosti i normi kako bi se izbegla neprijatna osećanja stida i krivice. Nastojeći da objasne taj proces i odbacujući ondašnje vrlo popularne teze o prestupnicima kao pojedincima u dramatičnom protivstavu prema

* docent, biljana.sp@kpa.edu.rs

društvu, privrženim isključivo delinkventnim, supkulturnim vrednostima i normama inverznim konvencionalnom sistemu vrednosti, američki kriminolozi Gresham Sykes i David Matza su pre više od pola veka razvili *teoriju neutralizacije* (Sykes, Matza, 1957). Izvorno, ona predstavlja koncepciju o maloletničkoj delinkvenciji, ali je uglavnom naišla na prijem kao teorija koja se može primeniti na širu prestupničku populaciju.

Teorija neutralizacije je jedna od ranih kontrolnih koncepcija i njeno pojavljivanje je predstavljalo izazov za tada dominantne škole mišljenja u kriminologiji, posebno za teoriju o delinkventnoj supkulturi (Cloward, Ohlin, 1960; Cohen, 1955). Sykes i Matza su, uvereni da je društvo organizovano na konsenzualnom modelu reda, kao zabludu odbacili preovlađujući kruti sociološki determinizam tog doba prema kome je društvo suštinski konfliktno i podeljeno na nedelinkventnu većinu privrženju vrednostima i normama srednje klase i delinkventnu manjinu, potpuno i trajno posvećenu prestupničkom životnom stilu. Umesto razlika, oni podcrtavaju sličnosti između njih i upućuju da su prestupnici rutinski uključeni u nedelinkventni svet, te da samo u određenim prilikama zalaze u polje delinkvencije. Sykes i Matza veruju da prestupnici uglavnom nisu suštinski „drugačiji“, da velika većina njih nije u nepokolebljivom i trajnom protivstavu prema društvu i nije imuna na društvene zahteve za konformističkim ponašanjem. Naprotiv, oni polaze od toga da kod prestupnika ne samo da postoji svest o nedelinkventnim, konvencionalnim vrednostima, već i oni sami u njih veruju (Tierney, 2010: 129–130). Suspenziju moralnosti i zabrane kršenja normi u određenim prilikama prestupnici postižu primenom specifičnih taktika minimiziranja anticipiranih negativnih posledica i eksternalizacije lokusa kontrole, odnosno svojevrskih „tehnika neutralizacije“, kojima se unapred obezbeđuju izgovori i opravdanja za vršenje nečega što se, u svetlu usvojenih konvencionalnih vrednosti i normi, opaža kao pogrešno.

1. OSNOVNE POSTAVKE TEORIJE

Sykes i Matza postuliraju da pored opravdanja za delinkventni čin u formi racionalizacije nakon izvršenog delikta (koja su u funkciji zaštite od samookrivljavanja i okrivljavanja od strane drugih), takvom činu mogu i da prethode opravdanja za njegovu preduzimanje. Dok razmatraju vršenje delikta, prestupnici primenom tehnika neutralizacije iznalaze opravdanje i time olakšavaju vlastitu odluku da preduzmu delinkventni čin prevenirajući nastupanje anticipiranog osećanja krivice. Ove tehnike zapravo omogućuju pojedincu da s vremena na vreme „izleti“ u delinkvenciju, a da ipak ne doživljava sebe kao delinkventa; da prekrši zabrane ostajući privržen usvojenom vrednosno-normativnom sistemu, umesto da ga izbriše i prigrlji inverzne, supkulturne (delinkventne) vrednosti i norme.¹

Odgovor na intrigantno pitanje zbog čega ljudi krše pravila u koja veruju, Sykes i Matza nalaze u činjenici da su društvene norme retko, ako ikada, date u formi ka-

1 Obrazlažući stav da delinkventi ne odbacuju u celini dominantne društvene norme, Sykes i Matza opazuju kao indikativno to da je ponašanje koje se visoko vrednuje unutar delinkventne supkulture obično usmereno protiv pripadnika onih društvenih grupa koje su u okviru dominantne kulture prezrene i diskriminisane (Sykes, Matza, 1957: 665).

tegoričkih imperativa: one uglavnom ne predstavljaju sistem pravila koja su obavezujuća bez izuzetka, već ih karakteriše fleksibilnost i ograničenost u primeni zavisno od vremena, mesta, uključenih aktera i različitih socijalnih okolnosti.² Oslanjajući se na tu fleksibilnost, prestupnik tehnikama neutralizacije nastoji da vlastito kršenje normi u određenim okolnostima definiše kao „prihvatljivo“ ili opravdano, ako ne i „ispravno“, odnosno da neutrališe kako interne, tako i eksterne kontrolne mehanizme (Sykes, Matza, 1957: 666–667). Sykes i Matza su uputili na pet osnovnih tipova tehnika neutralizacije:

Poricanje odgovornosti. Prestupnik sebe definiše kao žrtvu nepovoljnih socijalnih ili situacionih okolnosti, odnosno kao osobu koja se našla u prilikama ili stanju nad kojim nije mogla imati kontrolu. Delinkventni čin je ili „slučajan“ ili je pak rezultat odsustva ljubavi od strane roditelja, lošeg društva ili susedstva. „Kao rezultat takvih okolnosti, delinkvent se približava koncepciji sebe samog, poznatoj kao ‘bilijarska kugla’, po kojoj on sebe vidi kao bespomoćnu osobu koju guraju u situacije“ (Sykes, Matza, 2009: 297).

Poricanje povrede. Prestupnik insistira na tome da njegov čin ne proizvodi nikakvu povredu ili štetu, tj. da u suštini nije nemoralan niti stvarno mnogo štetan, iako je protivzakonit. „Na primer, delinkvent može da definiše vandalizam kao ‘nestašluk’ – na kraju krajeva, može se pravdati da osobe čije je vlasništvo uništeno mogu sebi da dozvole takav gubitak. Na sličan način, na krađu automobila može da se gleda kao na ‘pozajmljivanje’, a tuče između bandi mogu se smatrati privatnim raspravama, duelom dveju strana raspoloženih za to, tako da se čitava stvar uopšte ne tiče šireg društva“ (Sykes, Matza, 2009: 297).

Negiranje postojanja žrtve. Prestupnik smatra da pasivni subjekt nije žrtva već zapravo krivac, neko ko je zločin izazvao i ko zaslužuje odmazdu ili kaznu. „Nanesena povreda, može se tvrditi, nije stvarno povreda; pre je oblik opravdane odmazde ili kazne. Primenom prefinjene alhemije, delinkvent stavlja sebe u položaj osvetnika, a žrtva je pretvorena u onoga ko čini zlo. U očima delinkventa, napadi na homoseksualce, ili one za koje se pretpostavlja da su homoseksualci, napadi na pripadnike manjinskih grupa za koje se kaže da su ‘skrenuli s puta’, vandalizam kao oblik osvete nekom ‘bezdušnom’ nastavniku ili direktoru škole, krađa od ‘pokvarenog’ vlasnika prodavnice – sve to mogu da budu povrede ili štete nanete onom ko greši. [...] [t] ip kriminalca kome se publika divi verovatno je promenjen tokom godina i Raffles više ne služi kao heroj; ali Robin Hood i likovi koji su kasnije izvedeni iz tog lika, kao što je žestok detektiv koji traži zadovoljenje pravde izvan granica zakona, još uvek zaokupljaju maštu mnogih, i delinkvent može da posmatra svoje postupke kao deo neke slične uloge“ (Sykes, Matza, 2009: 298).

Osuđivanje onih koji osuđuju. Prestupnik tvrdi da oni koji gledaju na njegov čin sa neodobravanjem ili ga osuđuju to čine licemerno, iz čiste pakosti, ili kako bi sa

2 Oslikavajući ovo svoje zapažanje, Sykes i Matza pored ostalog navode: „Moralni nalog protiv ubijanja, na primer, ne primenjuje se na neprijatelja u borbi, u vreme rata, ali zarobljeni neprijatelj potpada pod ovu zabranu. Na sličan način, mnogi ljudi smatraju ispravnim oduzimanje i podelu deficitarnih proizvoda u vreme akutne društvene nevolje, iako se privatno vlasništvo, u drukčijim okolnostima, smatra nepovredivim. Tako je normativni sistem društva određen onim što je Robin Williams terminološki označio kao fleksibilnost; on se ne sastoji od korpusa normi koje se smatraju obavezujućim u svim okolnostima“ (Sykes, Matza, 2009: 296).

sebe prebacili krivicu na drugog. Napadom na druge, prestupnik preusmerava fokus sa vlastitog čina i odgovornosti. „Delinkvent može kazati da je policija korumpirana, glupa i brutalna. Nastavnici imaju svoje miljenike, a roditelji se uvek ‘istresaju’ na svoju decu. [...] Sama vrednost ovakvog pristrasnog gledišta nije toliko važna, koliko njegova funkcija u preokretanju negativnih sankcija koje su posledica kršenja normi. Kao posledica toga, delinkvent menja predmet razgovora u dijalogu između sopstvenih devijantskih impulsa i reagovanja drugih ljudi. Napadom na druge, pogreške u njihovom sopstvenom ponašanju se lakše potiskuju ili gube iz vida“ (Sykes, Matza, 2009: 298).

Pozivanje na lojalnost višeg reda. Prestupnik ukazuje da je njegov delikt u funkciji kakvog višeg dobra, da je opravdan, poput zaštite prijatelja, nekog u nevolji i sl. Obično, prestupnik sebe vidi i prikazuje kao lojalnog građanina suočenog sa teškom ljudskom dilemom koja se mora razrešiti, na primer: odgovoriti obavezi koja proističe iz prijateljstva ili onoj koju predviđa zakon? Dilema se razrešava u korist „više lojalnosti“, po cenu kršenja zakonskih normi.

Kako navode Sykes i Matza (Sykes, Matza, 1957: 669; 2009: 298), tipični slogani za pet uobičajenih načina neutralizacije, poput: „Nisam hteo“; „Nikog nisam povredio“; „Sami su to tražili“; „Svi me kinje“; „Nisam to uradio za sebe“ i različitih njihovih varijacija, zapravo su obrade koje pripremaju prestupnika za vršenje delikta. U isto vreme, oni su pre izdanak dominantnog normativnog sistema i produžetak prevladajućih misaonih obrazaca unutar društva nego što predstavljaju izraz nekog sasvim opozicionog normativnog sistema i nešto stvoreno *de novo* (Sykes, Matza, 1957: 669). Činjenica da ljudi primenjuju tehnike neutralizacije u određenim okolnostima upravo potvrđuje njihovu privrženost konvencionalnom sistemu vrednosti. Tako, primera radi, osoba koja osuđuje nasilje ipak može udariti čoveka u kafani „zato što je nešto dobacio njegovoj ženi“ (Tierney, 2010: 130). Prestupnici poštuju moralni poredak; oni samo smatraju da pravila ne obavezuju u specifičnoj situaciji u kojoj su se zatekli, ili da sami nisu učinili ništa gore od onoga što rutinski čine i mnogi drugi koji uspešno izmiču društvenoj osudi. S druge strane, tehnike neutralizacije, kao što su Sykes i Matza više puta eksplicitno ili implicitno uputili, ne ostaju bez ikakve recepcije od strane onih koji poštuju zakon i red. To je možda ponajviše vidljivo u slučaju „pozivanja na lojalnost višeg reda“: „Istraživači u društvenim naukama (kao i romanopisci) odavno prepoznaju sukob između zahteva koje nameće prijateljstvo i zahteva koje nameće zakon, ili pak neku sličnu dilemu, kao opšti ljudski problem. Ako maloletni delinkvent često rešava svoju dilemu tako što insistira da „uvek pomogne ortaku“ ili da „nikad ne cinkari drugara“, čak i onda kada se time uvaljuje u ozbiljne nevolje sa dominantnim društvenim poretkom, njegov izbor je blizak onima koji su, po svoj prilici, lojalni građani. Delinkvent je možda neobičan u pogledu mere u kojoj je kadar da to što postupa u ime manjih socijalnih grupa kojima pripada vidi kao opravdanje za kršenje društvenih normi, ali to je pre pitanje stepena nego vrste“ (Sykes, Matza, 1957: 669).

Svoju teoriju Sykes i Matza su izneli na nepretenciozan način – premda su izneli uverenje da se ona uspešno može primeniti u objašnjenju različitih oblika kriminalnog ponašanja, jasno su ipak, svesni hetegorenosti prestupničke populacije i

složenosti etiologije delinkventnog ponašanja, ukazali na njen ograničen opseg, kao i na neophodnost njene detaljne empirijske provjere. Kratak članak u kome su autori izložili postavke svoje teorije u međuvremenu je privukao izuzetnu akademsku pažnju i postao jedan od najcitiranijih kriminoloških radova. Rezultat takvog interesovanja jeste kako proširivanje originalnog seta od pet tehnika neutralizacije od strane autora koji su teoriju primenjivali za objašnjenje različitih tipova kriminalnog ponašanja, pre svega istraživača kriminaliteta belog okovratnika i imovinskog kriminaliteta (vidi: Benson, 1985; Cromwell, Thurman, 2003; Cromwell, Birzer, 2012; i dr.), tako i inkorporiranje tehnika neutralizacije u različite eklektičke koncepcije. Budući da se tehnike neutralizacije moraju naučiti (njih pojedinac ne kreira sam, već ih uči kroz interakciju sa drugima), neki autori ih tretiraju prevashodno kao deo teorijskog korpusa o učenju delinkventnog ponašanja, pre svega kao sastavni deo definicija koje favorizuju delinkventno ponašanje, tj. ključni element teorije diferencijalne asocijacije Edwina Sutherlanda³ (Hoffmann, 2011: 149; Klenowski, 2012 i dr.).

2. PROVERA I PRIMENA KONCEPTA TEHNIKA NEUTRALIZACIJE

Teorija neutralizacije je naišla na izuzetan prijem – od svog pojavljivanja do danas ona uživa veliku popularnost kako u okviru, tako i izvan kriminologije, a tehnike neutralizacije postale su jedan od omiljenih koncepata koji se primenjuje u objašnjenju čitave lepeze kriminalnog i devijantnog ponašanja, pa i svih drugih oblika ponašanja koje karakteriše neusklađenost između uverenja i postupanja ljudi. Uprkos navedenom, ova teorija do sada nije doživela snažnu empirijsku podršku i njen naučni status ostao je nedorečen. Problem njene testibilnosti još uvek je aktuelan, a dilema redosleda između opravdanja i delikta, odnosno da li su tehnike neutralizacije u funkciji odluke da se izvrši zločin ili pak samo u funkciji *post hoc* ublažavanja odgovornosti i dalje je prisutna.

Uprkos navedenom, u kriminološkoj literaturi se od ove teorije ipak ne odustaje, naprotiv. U objašnjenju kriminalnog ponašanja, koncept neutralizacije se, međutim, ređe primenjuje samostalno, budući da njime nije moguće objasniti razlike u distribuciji kriminaliteta s obzirom na kulturne, geografske, polne i druge razlike; daleko češće, on je inkorporiran u druge koncepcije iz teorijskog krila socijalnog učenja, kontrolnih teorija, pa i teorija o racionalnom izboru (Morris, Copes, 2012: 443). Primećeno je, pak, da obilatu primenu koncepta neutralizacije u literaturi ne prati uvek njegovo pravilno razumevanje – on se katkad pogrešno interpretira kao

3 Treba napomenuti da su Saykes i Matza eksplicitno uputili da u svom razmatranju polaze od stava da se delinkventno ponašanje uči, i to u procesu društvene interakcije. Oslanjajući se na Sutherlandovu teoriju diferencijalne asocijacije i tvrdnju da učenje kriminalnog ponašanja uključuje učenje tehnika vršenja zločina, ali i motiva, pokretača, racionalizacija i stavova koji idu u prilog kršenju zakona, ovi autori primećuju da je tu zanemaren sadržaj onoga što se uči, na račun procesa na koji se uči i izrazili uverenje da opravdanja delinkventnog ponašanja koja oni nazivaju tehnikama neutralizacije zapravo nadoknađuju ključnu komponentu Sutherlandovih „definicija u korist kršenja zakona“ (Sykes, Matza, 1957; 2009: 294, 297).

dovoljan uslov za vršenje delikta, premda u najboljem slučaju on može biti samo faktor koji vršenje zločina čini izvesnijim u situacijama u kojima su neutralizacije primenjive i od strane prestupnika kod kojih već postoji više ili manje čvrsta motivacija da delikt izvrše (Maruna, 2010: 924). U kritičkim osvrtima na teoriju neutralizacije prisutno je i zapažanje da je tehnikama neutralizacije teže objasniti primarnu delinkvenciju nego kasnije prestupničko ponašanje, te da se teorija uspešnije može primeniti za objašnjenje eskalacije prestupničkog ponašanja i habituacije.

Kako upućuju Maruna i Copes (2005), provera teorije neutralizacije najčešće je vršena posredstvom kvalitativnih istraživačkih dizajna, u okviru kojih se od prestupnika tražilo da opišu razloge i motive za konkretno kriminalno ponašanje, ili poređenjem delinkvenata i nedelinkvenata s obzirom na sklonost primeni tehnika neutralizacije u pravdanju svojih postupaka. Sporadično, sprovedene su i eksperimentalne studije nad studentskom populacijom (npr. Fritsche, 2005, prema: Hoffmann, 2011: 149). Kvalitativna istraživanja su generalno najčešće realizovana na uzorcima odraslih prestupnika, posebno seksualnih i učinilaca delikata iz oblasti kriminaliteta belog okovratnika. Pojedine longitudinalne studije na adolescentskoj populaciji prestupnika pružile su određenu, premda ne previše snažnu potvrdu teorije neutralizacije – naime, utvrđeno je da adolosceni koji imaju afirmativan stav prema neutralizirajućim tvrdnjama u kasnijem periodu pokazuju nešto višu stopu uključenosti u delinkvenciju (Shields, Whitehall, 1994, prema: Hoffmann, 2011: 150). Drugi istraživači tehnika neutralizacije na uzorcima maloletnih prestupnika ukazali su na to da prediktivna vrednost sklonosti ka neutralizaciji zavisi od tipa kriminalnog ponašanja, a u određenoj meri i kvaliteta socijalnih veza delinkventa. Prihvatanje neutralizacije, prema nekim nalazima, u principu ima značaja za objašnjenje lakših delikata – što je ozbiljnost delinkvencije veća, to je moć primene tehnika neutralizacije u objašnjenju zločina manja (Morris, Copes, 2012:454).

Teorija neutralizacije je posebno prihvaćena i testirana od strane istraživača posvećenih izučavanju kriminaliteta belog okovratnika i različitih oblika štetnog ponašanja na radnom mestu, a dosadašnji empirijski nalazi uglavnom potvrđuju da tehnike neutralizacije igraju određenu ulogu u njihovoj uzročnosti (Klenowski, 2012). Premda su pretpostavke ovih istraživača bile da je primena tehnika neutralizacije naročita specijalnost učinilaca krivičnih dela iz oblasti kriminaliteta belog okovratnika, neki nalazi upućuju na to da se ovi učinioci u tom pogledu ne razlikuju značajno od ostalih prestupnika (Stadler, Benson, 2012).

Od značaja je pomenuti i interesantne nalaze do kojih je došao Volkan Topalli (2005) istražujući vrednosno-normativni sistem pripadnika uličnih bandi. Ovaj autor je, naime, utvrdio da su oni privrženi kriminalnom sistemu vrednosti, da je njihov normativni sistem određen „zakonom ulice“, ali je zanimljiv nalaz da i oni primenjuju tehnike neutralizacije u situacijama kada „izlete“ u konvencionalno ponašanje, odnosno kada postupe „ispravno“ shodno konvencionalnom sistemu vrednosti, kršeći supkulturne norme. Ovaj autor je zaključio da bi teorija neutralizacije dala vrednije rezultate ukoliko bi bila rekonceptualizovana tako da u obzir uzme različite normativne sisteme koji postoje unutar društva, a potom se fokusirala na objašnjenje načina na koji pojedinci privrženi tim različitim sistemima primenjuju tehnike neutralizacije (Topalli, 2005).

Ključni problem za status teorije neutralizacije ostaje provera redosleda između opravdanja i delinkventnog čina – jasno je da bi u slučaju da opravdanja koja prethode delinkventnom činu dobiju snažne empirijske potvrde, efekti bili značajni kako za dalji razvoj kriminološke doktrine, tako i za kriminalnopolitičku praksu. U odsustvu ovih potvrda, teorija bi mogla skoro sasvim izgubiti na značaju, budući da naknadne racionalizacije u suštini ne predstavljaju ništa više od normalne ljudske tendencije ka umanjivanju odgovornosti za vlastitu grešku (Maruna, Copes, 2005).

Proverljivost tehnika neutralizacije kao faktora koji doprinosi odluci da se izvrši ili ponovi delikt, testiranje njihove stabilnosti tokom vremena i ispitivanje njihove povezanosti sa različitim mehanizmima kontrole nesumnjivo predstavljaju ogroman istraživački problem. Dosadašnja empirijska istraživanja su, kako prema kritičkoj oceni tako i priznanju samih istraživača koji su ih sprovodili, uglavnom patila od različitih metodoloških ograničenja. Jedna od ključnih zamerki sprovedenim empirijskim istraživanjima jeste preterano oslanjanje istraživača na uzorke zatvoreničke populacije, koju inače karakterišu različite deprivacije i izmenjenost psihološkog statusa kao posledice boravka u totalnoj instituciji, a koja po prirodi stvari može narušiti validnost nalaza (Maruna, 2010: 924). Dalja istraživanja, uz primenu pre svega longitudinalnih, ali i drugih istraživačkih tehnika i pristupa, poput kvazi-eksperimentalnog dizajna na primer, mogla bi u perspektivi dovesti do odgovora za kojima se traga. Neki od njih svakako se tiču i odnosa između tehnika neutralizacije i drugih koncepata koji objašnjavaju kognitivne procese kod prestupnika, poput modela moralnog isključivanja Alberta Bandure (Bandura, 1990; Bandura, Barbaranelli, Caprara, 1996)⁴ i koncepta sekundarnih kognitivnih distorzija (Barriga, Gibb, 1996)⁵. Neki autori su, naime, uputili na to da je reč o konceptima koji opisuju isti fenomen. Činjenica da su sva tri zaokupljena identičnim kognitivnim procesima i da su usredsređeni na traženje odgovora na isto pitanje: *posredstvom kojih kognitivnih procesa generalno uzoran pojedinac može minimizovati kognitivnu disonancu, pretnju konceptu self-a i samoosudu kada prekrši moralne standarde*, opravdava njihovu integraciju u jedinstveni koncept neutralizacije moralnih kočnica (više u: Ribeaud, Eisner, 2010: 300).

-
- 4 Pretpostavlja se da samoregulatorni sistem koji generalno uzdržava od ponašanja koje je suprotstavljeno usvojenim moralnim standardima kako bi se izbeglo samoosuđivanje, može biti privremeno isključen. Kao Sykes i Matza, Bandura i saradnici veruju da se ljudi obično ne upuštaju u nedozvoljeno ponašanje sve dok sami sebe ne ubeđe u pravičnost takvog postupanja, te da mehanizam moralnog isključivanja prethodi vršenju nedozvoljenog čina i uključen je u njegovu neposrednu uzročnost (Bandura, Barbaranelli, Caprara, 1996, prema: Ribeaud, Eisner, 2010: 300). Postoje četiri mehanizma moralnog isključivanja: *rekonstruisanje ponašanja tako da bude socijalno prihvatljivo; minimiziranje vlastite odgovornosti* (eksternalizovanje lokusa kontrole); *ignorisanje negativnih posledica proisteklih iz delikta i obezvređivanje, dehumanizacija žrtve* (Bandura, Barbaranelli, Caprara, Pastorelli, 1996; Bandura, 1990).
- 5 Sekundarne kognitivne distorzije (*okrivljavanje drugih; minimizovanje posledica i očekivanje najgoreg*), koje služe kao podrška primarnim distorzijama koje se pak tiču uverenja, stavova i verovanja o sebi, predstavljaju preddeliktnu ili postdeliktnu racionalizaciju kršenja normi i u funkciji su neutralizacije grize savesti i osećanja krivice (vidi: Barriga, Gibb, 1996, prema: Ribeaud, Eisner, 2010: 302).

ZAVRŠNI OSVRT

Premda jedino korektna naučna provera može odrediti status koncepta kojima određena teorija operiše, čini se nespornim da nema smetnji da se „opravdanja“ kojima se neutrališe odgovornost za (vlastiti ili tuđi) zločin mogu tretirati kao činioci rizika od kriminalnog ponašanja. Mukotrpno i komplikovano traganje za odgovorima na pitanja da li je većina prestupnika zaista privržen konvencionalnom vrednosno-normativnom sistemu ili nije, da li je slamanje otpora posebnim tehnikama neutralizacije neophodno ili nije da bi zločin bio izvršen u konstelaciji ostalih faktora koji ga favorizuju, neophodno je radi provere teorije neutralizacije; no, s druge strane, tvrdnji da raspoloživo opravdanje ili definicija koja odobrava kršenje normi u određenim okolnostima utiče ili može uticati na motivaciju i učvrstiti spremnost za vršenje zločina, u svetlu svega onoga što je do sada poznato iz socijalne psihologije i tangentialnih disciplina, nije potrebna posebna potvrda. I sami Sykes i Matza su, baveći se analizom ponašanja pojedinačnih prestupnika, zapravo mnogo više rekli i želeli da kažu o društvu nego o pojedincu, više o snazi i efikasnosti normi nego o ličnim resursima za njihovo neutralisanje.

Podrazumeva se da se „opravdanja“ za različite oblike štetnog i prestupničkog ponašanja unutar organizacijskog, mikrosocijalnog, pa i makrosocijalnog ambijenta moraju razumeti kao korozija društvenih vrednosti i normi i tretirati kao kriminogeni činioci. Korupcija i drugi oblici kriminaliteta belog okovratnika tipični su primeri toga kako opravdanja opisana nekim od tehnika neutralizacije onesposobljavaju sistem i neformalne i formalne socijalne kontrole, sa nesagledivim štetnim posledicama po društvo u celini. S tim u vezi treba napomenuti da je tokom decenija istraživanja prikupljeno dovoljno empirijske građe koja potvrđuje da neutralizacije posredstvom usvajanja definicija i uobičajenih slogana kojima se opravdava štetno i kriminalno ponašanje unutar organizacije čine da zaposleni redefiniše zabranjeno ponašanje kao socijalno prihvatljivo. Takva opravdanja se najčešće uče na random mestu – prestupnik jednostavno primenjuje postojeće definicije koje je usvojio u interakciji sa drugima (Klenowski, 2012).

Dosadašnja iskustva u primeni teorije neutralizacije u kreiranju programa prevencije kriminaliteta skromna su, ali inspirativna. Ova primena se uglavnom ograničava na dekonstruisanje, odnosno neutralisanje tipičnih neutralizacija, odnosno izgovora za delinkventno ponašanje u određenim situacijama, te je dometom (ukoliko nije deo kognitivno-bihevioralne terapije) pretežno ograničena na meru situacione prevencije (na nivou organizacije, u različitim mikrosocijalnim kontekstima i dr.), što ni u kom slučaju ne umanjuje njen značaj. Nesumnjivo je, međutim, da bi najbolje efekte ovakve mere mogle dati ukoliko su ukomponovane u širu strategiju prevencije pojedinih oblika kriminalnog ponašanja.

Na kraju, nije naodmet pomenuti da neutralizaciju treba tretirati i kao činilac (primarne i sekundarne) viktimizacije pojedinih kategorija žrtava, pre svega žrtava seksualnog nasilja, nasilja u porodici i zločina iz mržnje. Čak i da se čudom ispostavi da ni u čemu drugom nisu bili na pravom tragu, teško bi se mogao opovrgnuti stav utemeljivača i zastupnika teorije neutralizacije da je ogromna većina prestupnika

svesna dominirajućeg sistema vrednosti i normi – oni se na njega oslanjaju i računaju na njega tražeći opravdanje za sebe, preusmeravajući pažnju sa svog čina i okrivljujući svoje žrtve. To da li su opravdanja tražili i iznašli pre ili posle delikta, ne menja zabrinjavajuću činjenicu da su praktično nastojali da se prikažu kao promoteri i privrženici nekih od dominantih kulturnih obrazaca kojima se neki ciljevi, načini i mete makar implicitno tretiraju kao legitimne, te da se predstave kao slučajno odabrane „žrtve“ šire društvene hipokrizije. Neuzimanje ovih okolnosti za ozbiljno u krajnjoj liniji bi se moglo interpretirati kao specifična neutralizacija odgovornosti društva.

LITERATURA

- Bandura, A. (1990). Mechanisms of moral disengagement. In W. Reich (Ed.), *Origins of terrorism: Psychologies, ideologies, theologies, states of mind* (pp. 161–191). Cambridge: Cambridge University Press.
- Bandura, A., Barbaranelli, C., Caprara, G. V., Pastorelli, C. (1996.) Mechanisms of Moral Disengagement in the Exercise of Moral Agency. *Journal of Personality and Social Psychology* 71 (2): 364–74.
- Barriga, A. Q., Gibbs, J. C. (1996). Measuring Cognitive Distortion in Antisocial Youth: Development and Preliminary Validation of the „How I Think“ Questionnaire. *Aggressive Behavior* 22 (5): 333–43.
- Benson, M. L. (1985). Denying the guilty mind: accounting for involvement in white-collar Crime. *Criminology*, 23: 583–608.
- Cloward, R.A., Ohlin, L.E. (1960). *Delinquency and opportunity: a theory of delinquent gangs*. Glencoe IL: Free Press.
- Cohen, A. (1955). *Delinquent Boys: the culture of the gang*. Glencoe: The Free Press.
- Cromwell, P., Birzer, M. (2012). The curious case of George: A case study of a career criminal. *Criminal Justice Review*, 37(4): 512–526.
- Cromwell, P., Thurman, Q. (2003). The devil made me do it: Use of neutralizations by shoplifters. *Deviant Behavior*, 24: 535–550.
- Hoffmann, J. P. (2011). *Delinquency Theories: Appraisals and Applications*. New York: Routledge
- Klenowski, P. M. (2012). „Learning the Good With the Bad“: Are Occupational White-Collar Offenders Taught How to Neutralize Their Crimes? *Criminal Justice Review*, 37(4): 461–477.
- Maruna, S. (2010). Sykes, Gresham, M., and David Matza: Techniques of neutralization. In Cullen, F., Wilcox, P. (Eds.) *Encyclopedia of Criminological Theory*. Volume 1 (pp. 919–926). SAGE
- Maruna, S., Copes, H. (2005). What have we learned from fifty years of neutralization research? *Crime and Justice: A Review of Research*, 32: 221–320.
- Morris, R. G., Copes, H. (2012). Exploring the Temporal Dynamics of the Neutralization/Delinquency Relationship. *Criminal Justice Review*, 37(4): 442–460.
- Ribeaud, D., Eisner, M. (2010). Are Moral Disengagement, Neutralization Techniques, and Self-Serving Cognitive Distortions the Same? Developing a Unified Scale of Moral Neutralization of Aggression. *International Journal of Conflict and Violence*, 4 (2): 298–315.

- Stadler, W. A., Benson, M. (2012). Revisiting the Guilty Mind: The Neutralization of White-Collar Crime. *Criminal Justice Review*, 37(4): 494-511.
- Sykes, G. M., Matza, D. (1957). Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, 22(6): 664-670.
- Sykes, G. M., Matza, D. (2009). Tehnike neutralizacije, u: Ignjatović, Đ. (ur.) *Teorije u kriminologiji* (str. 294-299). Beograd: Pravni fakultet.
- Tierney, J. (2010). *Criminology: Theory and Context* (3rd ed.). Harlow: Pearson Education
- Topalli, V. (2005). When being good is bad: An expansion of neutralization theory. *Criminology*, 43: 797-835.

Biljana Simeunović-Patić

Academy of Criminalistic and Police Sciences, Belgrade

NEUTRALIZATION THEORY: ACTUAL SCIENTIFIC STATUS, APPLICATION AND RELEVANCE

SUMMARY

Neutralization theory formulated by Gresham Sykes and David Matza in the beginning of the second half of 20th century still is rather popular theoretical approaches in criminology, but has received only modest empirical support. Techniques of neutralization are frequently used (independently, or incorporated into wider theoretical framework) as a part of explanation of various types of crime – from minor offences to mass killings and genocide. The aim of this article is to present actual state of neutralization theory concerning its scientific status, applications and significance for explanation and control of criminality. Although the issue of empirical evaluation of neutralization concept still remains and despite the fact that neutralization theory does not address „root causes“ of criminal behavior, the scope and intensity of attention it aroused in the literature during the last decades has already made it valuable and fruitful for criminology and related disciplines.

Key words: neutralization theory, techniques of neutralization, juvenile delinquency, crime.

ZABRANA PRINUDNOG RADA U MEĐUNARODNOM PRAVU, SA POSEBNIM OSVRTOM NA GRANICE OBAVEZNOG RADA ZATVORENIKÂ

Apstrakt: Izdržavanje kazne zatvora značajno utiče ne samo na privatni i porodični život, već i na profesionalni život zatvorenika, budući da duže odsustvo sa rada zbog izdržavanja kazne ima za posledicu prestanak radnog odnosa nezavisno od njegove i poslodavčeve volje. Premda bi se stoga moglo činiti da su rad i izdržavanje kazne zatvora *a priori* nespojivi, rad predstavlja integralni deo zatvorskog režima, koji je ranije shvatan kao instrument za „ispaštanje i okajanje grehova“, dok se danas razume kao instrument rehabilitacije zatvorenikâ. Organizacija i obavljanje proizvodnog rada zatvorenikâ skopčani su sa brojnim pitanjima, od kojih je posebno delikatno pitanje (ne)dopuštenosti njihovog obaveznog rada, što predstavlja temu ovog priloga. Kako je svaka zamisao o obaveznom radu zatvorenikâ nerazumljiva ako nije ugrađena u jedan širi kontekst, koji obuhvata pitanja prava na rad i slobode rada, autorka je najpre izvršila uvid u njihovu sadržinu, nakon čega su analizirani bitni elementi prinudnog rada (pretnja kaznom i izostanak saglasnosti za rad), uz povlačenje pravnih granica između ovog i drugih srodnih pojmova (ropstva, ropskog položaja i obaveznog rada). U okviru posebnog dela rada analizirani su značenje i domašaj dopuštenog izuzetka od zabrane prinudnog rada koji se odnosi na rad zatvorenikâ, dok su granice njihovog obaveznog rada sagledane kroz uslove koji se tiču osnova lišenja slobode, prirode i svrhe rada, nadzora nad radom, kao i kruga korisnika rada zatvorenikâ. Naznačena pitanja su razmotrena u svetlu standarda Ujedinjenih nacija i njenih specijalizovanih agencija (naročito konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29 i 105), kao i standarda Saveta Evrope i jurisprudencije Evropskog komiteta za ljudska prava, Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog komiteta za socijalna prava, jer je proces internacionalizacije ljudskih prava značajno uticao na uređivanje rada zatvorenikâ. Budući da odredbe merodavnih pravnoobavezujućih izvora prava međunarodnog porekla nisu usaglašene u pogledu dopuštenosti zahteva da zatvorenici obavljaju obavezni rad za račun nekog privatnog lica, u radu su naročito razmotreni rizici eksploatacije rada zatvorenikâ i prevladavanje cilja koji se tiče njihove rehabilitacije nastojanjima da se ostvari i maksimizuje profit.

Gljučne reči: pravo na rad, sloboda rada, prinudni ili obavezni rad, zatvorenici, korisnici rezultata rada zatvorenikâ, Univerzalni međunarodni radni standardi, Standardi Saveta Evrope.

* docent, ljubinka@ius.bg.ac.rs.

1. PRAVO NA RAD, SLOBODA RADA I ZABRANA PRINUDNOG RADA

Pravo na rad jedno je od osnovnih ljudskih prava i podrazumeva pravo svakog da zarađuje za život na osnovu slobodno izabranog ili prihvaćenog zaposlenja. Ovo određenje sadržine prava na rad preovlađuje u teoriji, zakonodavstvu i praksi radnog prava, premda mu neki autori, pored obezbeđivanja sredstava za život dostojan čoveka, pripisuju i mogućnost da radnik kroz rad razvija svoju ličnost.¹ Ovo stoga što delotvorno ostvarivanje prava na rad doprinosi ne samo „preživljavanju pojedinca i njegove porodice, već i njegovom razvoju i priznanju u zajednici, ukoliko je rad slobodno izabran ili prihvaćen“.² To, dalje, znači da je pravo na rad „neodvojivi i inherentni deo ljudskog dostojanstva“, tim pre što od njegovog delotvornog ostvarivanja presudno zavisi ostvarivanje mnogih drugih ljudskih prava, poput prava na život, zdravlje, stanovanje i obrazovanje.³ Pravo na rad, pritom, ne znači apsolutno i bezuslovno pravo svakog da dobije zaposlenje, već pravo na slobodnu odluku o izboru ili prihvatanju određenog posla, kao i pravo na zaštitu od neopravdanog otpuštanja.⁴ Garantija prava na rad sadržana je u ustavima i brojnim međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, čije ugovornice, prihvatajući obavezu da poštuju ovo pravo, preuzimaju, između ostalog, i „obavezu da zabrane prinudni ili obavezni rad i da se uzdrže od odricanja ili ograničavanja jednake dostupnosti pristojnog rada za sva lica, a naročito za ugrožene i marginalizovane pojedince i grupe, uključujući zatvorenike ili pritvorenike“.⁵

Budući da ideja o jednakom pravnom položaju i ličnoj slobodi svakog čoveka podrazumeva slobodu u svim oblastima ljudske aktivnosti, uključujući oblast

- 1 Anna Cieslar, André Nayer, Bernadette Smeesters, *Le droit à lépanouissement de l'être humain au travail: Métamorphoses du droit social*, Bruylant, Bruxelles, 2007, str. 126. Pored sadržine, različite postoje i u pogledu *pravni garantija prava na rad*: u nekim državama, one su usmerene prevashodno na očuvanje zaposlenja i zaštitu radnikâ od neopravdanog otpuštanja, dok je merama zapošljavanja dodeljen sekundarni značaj. Ipak, većina savremenih autora, a, isto vredi i za tela nadležna za nadzor nad međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, priznaje prevashodstvo merama usmerenim na obezbeđivanje mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa i obavljanje poslova, tj. na postizanje pune zaposlenosti i obezbeđivanje slobodnog pristupa poslovima, kao i besplatnih usluga službi za zapošljavanje. Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux – Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, str. 13; za kritičku analizu mogućnosti sudske kontrole izvršavanja obaveza proisteklih iz garantije prava na rad videti u: Rodoljub Etinski, *Sudska kontrola izvršavanja osnovne obaveze Republike Srbije u pogledu prava na rad*, u: Sreto Nogo (ur.), „Zaštita ljudskih prava i sloboda u vreme ekonomske krize. X tematski međunarodni naučni skup, Tara, 8–12. jun 2011“, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Beograd, 2011, str. 119–128.
- 2 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The right to work: General comment No. 18*, adopted on 24 November 2005, UN Doc E/C.12/GC/18, stav 1.
- 3 *Ibid.* Pravo na rad potvrđeno je u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima (član 23, stav 1), Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, „Službeni list SFRJ“, broj 7/71, (član 6) i Evropskoj socijalnoj povelji, „Službeni glasnik RS“, broj 42/09 (član 1).
- 4 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The right to work: General comment No. 18*, stav 4.
- 5 *Ibid.*, stav 23.

rada, *sloboda rada* predstavlja bitan element prava na rad.⁶ Stoga je sloboda rada izdignuta na nivo jednog od osnovnih načela radnog prava,⁷ dok je dobrovoljnost potvrđena kao bitan element radnog odnosa. Ipak, područje ostvarivanja slobode rada nije ograničeno samo na oblast radnog prava i rad u okviru radnog odnosa (tzv. zavisni rad), već podrazumeva „ustavno pravo svakog da obavlja ili da odbije obavljanje bilo koje profesionalne aktivnosti“.⁸ Pored slobode izbora zanimanja i zaposlenja, sadržinu slobode rada čini i dostupnost poslova pod jednakim uslovima, zbog čega se u literaturi, s pravom, zaključuje da su pravo na rad i sloboda rada dve tačke iste osovine koja svima dopušta pristup tržištu rada.⁹ Iz tih prava proizlazi još jedan bitan element sadržine slobode rada. Reč je o zabrani prinudnog rada, koja podrazumeva zabranu trajnog (doživotnog) rada (i slobodu iniciranja prestanka radnog odnosa), kao i to da niko nije dužan da prihvati ponuđeno zaposlenje, niti može biti primoran da se stavi u službu drugog.¹⁰

Interesantno je uočiti da je u izvorima prava međunarodnog porekla, koncepcija slobode rada postepeno razvijana i proširivana od zabrane prinudnog rada ka priznavanju slobode izbora zaposlenja.¹¹ Istorijski posmatrano, prve intervencije međunarodne zajednice protiv prinudnog rada bile su usmerene na borbu protiv ropstva, budući da je, u skladu sa zahtevima koje je Društvo naroda postavilo pred ugovornice Konvencije o ropstvu (1926), Međunarodna organizacija rada već 1930. godine usvojila *Konvenciju broj 29 o prinudnom ili obaveznom radu*. Drža-

-
- 6 Sloboda rada je prvi put formalno proglašena 4. avgusta 1789. godine u Francuskoj, kada su naredbom Konstitutivne skupštine ukinute sve privilegije i monopoli, dok je dekretom od 2. do 17. marta 1791. godine ukinuto esnafsko starešinstvo i proglašena sloboda svakog da se bavi željenim zanimanjem i obavlja željene poslove za svoj ili tuđ račun (član 7). Francuski primer sledile su mnoge evropske države, budući da je u tom istorijskom trenutku „rad prvi put mogao da se razume kao sloboda svojstvena svakom čoveku, a ne kao teret rezervisan za najniže društvene klase“. Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, 2^e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, str. 259; više o idejama koje su inspirisale potvrđivanje slobode rada videti u: Gérard Aubin, Jacques Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, P.U.F, Paris, 1995, str. 79–81.
- 7 Tako, između ostalog i: Nikola Tintić, *Osnovi radnog prava I*, Školska knjiga, Zagreb, 1955, str. 22; Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije (sistem radnih odnosa) i osnovni problemi sociologije rada*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 159; Branko Lubarda, *Radno pravo – Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, str. 101–109. Suprotno, Ravnić smatra da je sloboda rada „ustavno načelo o radu“, koje se ne može ograničiti na područje radnog prava, budući da se tiče ne samo zavisnog, već i nezavisnog rada. Anton Ravnić, *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004, str. 100–101.
- 8 Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, Paris, 2009, str. 264.
- 9 *Ibid.* Na istom mestu videti pregled različitih stanovišta o odnosu prava na rad i slobode rada, koja se kreću od njihovog suprotstavljanja do prožimanja i preklapanja; za analizu razvoja koncepcije slobode rada u socijalističkim i kapitalističkim državama videti u: Olga Šuica, *Pravo na rad i sloboda rada. Neka uporedna razmatranja*, u: Borislav T. Blagojević (ur.), „Zbornik radova o stranom i uporednom pravu“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1963, str. 127–151
- 10 Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Beograd, 1990, str. 47.
- 11 Polon[c]ja Končar, Luka Tičar, *Praktikum za delovno pravo*, 4. spremenjena in dopolnjena izdaja, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2006, str. 62.

ve ugovornice potonje konvencije su se obavezale da „ukinu korišćenje prinudnog ili obaveznog rada u svim njegovim oblicima, u što je moguće kraćem roku“, uz mogućnost da, pod strogo utvrđenim uslovima, odstuje od ove opšte zabrane. Ta odstupanja odnose se na upotrebu prinudnog rada u slučajevima u kojima to zahteva opšti interes i društvena solidarnost, uključujući slučajeve odsluženja obaveznog vojnog roka, rada u vreme neposredne ratne opasnosti i rada lica koja se nalaze na izdržavanju kazne zatvora. Budući da je Konvencija broj 29 bila usmerena prevashodno na ukidanje prinudnog rada koji je korišćen u kolonijama i nekim nerazvijenim državama iz ekonomskih razloga, Međunarodna organizacija rada je 27 godina kasnije usvojila i *Konvenciju broj 105 o ukidanju prinudnog rada*, čijim je odredbama, pod uticajem novih istorijskih prilika (i primera zloupotreba prinudnog rada koji su države zahtevale od svojih građana), zabranjena upotreba prinudnog rada kao sredstva za političko obrazovanje, postizanje privrednog razvoja ili obezbeđivanje radne discipline, odnosno kao kazne za učešće u štrajku ili kazne za izražavanje stavova suprotnih postojećem političkom, društvenom i privrednom sistemu.¹² Pritom valja imati u vidu da konvencije broj 29 i 105 spadaju u red konvencija sa najviše ratifikacija (ratifikovalo ih je čak 177, odnosno 174 od 185 država članica Međunarodne organizacije rada), dok je Deklaracijom o osnovnim načelima i pravima na radu (1998) potvrđen fundamentalni karakter zabrane svih oblika prinudnog ili obaveznog rada (zajedno sa slobodom udruživanja, pravom na kolektivno pregovaranje, ukidanjem dečjeg rada i zabranom diskriminacije u oblasti zapošljavanja i zanimanja).¹³ Standardi sadržani u konvencijama broj 29 i 105, otud, spadaju u osnovne međunarodne radne standarde, a njihovoj delotvornoj primeni značajno doprinose ugovorna tela, koja učestvuju u postupku nadzora nad primenom izvora prava Međunarodne organizacije rada.¹⁴ Osim toga, zabrana prinudnog rada potvrđena je i u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (član 8, stav 3) i mnogim regionalnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, uključujući Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 4, st. 2–3). Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima ne sadrži izričitu zabranu prinudnog rada, ali kao sastavni deo prava na rad potvrđuje slobodu rada (član 23, stav 1), dok *travaux préparatoires* pokazuju da je zabranom ropstva i ropskog položaja iz člana 4 Deklaracije obuhvaćena i zabrana prinudnog rada, koji je smatran posebnim oblikom takve eksploatacije ljudi.¹⁵ Ni Evropska socijalna

12 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 105 koja se odnosi na ukidanje prinudnog rada („Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori“, broj 13/2002), član 1.

13 Deklaracijom se zahteva od svih država članica Međunarodne organizacije rada, nezavisno od toga da li su i ugovornice Konvencije broj 29 ili ne, da u dobroj veri ostvaruju načelo ukidanja svih oblika prinudnog ili obaveznog rada (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted by the International Labour Conference at its 86th session, Geneva, 18 June 1998, stav 2, tačka b).

14 Institucionalna snaga Međunarodne organizacije rada u velikoj meri izvire iz činjenice da su, u skladu sa načelom tripartizma, u njenim telima, pored vlada država članica, zastupljeni i predstavnici socijalnih partnera iz ovih država, što značajno doprinosi intenzivnoj integraciji predstavnika radnikâ u proces razvoja jurisprudencije o zabrani prinudnog rada i drugim ljudskim pravima, što nije slučaj sa ostalim međunarodnim organizacijama i njihovim ugovornim telima.

15 Colin Fenwick, „Private use of prisoners' labor: paradoxes of International human rights law“, *Human Rights Quarterly*, broj 1/2005, str. 280.

povelja neposredno ne zabranjuje prinudni rad, ali je u jurisprudenciji Evropskog komiteta za socijalna prava afirmisan stav da obaveza delotvorne zaštite prava da se zarađuje za život na slobodno odabranom poslu (član 2, stav 2 Povelje) podrazumeva obavezu država ugovornica da obezbede zaštitu od prinudnog rada i zaštitu od diskriminacije u zapošljavanju.¹⁶

1.1. Bitni elementi prinudnog rada

Premda zabranjuju prinudni rad, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ne sadrže definiciju pojma „prinudni rad“. Ipak, otkrivanju granica (jezgra) ovog pojma doprinose njihove odredbe kojima se utvrđuju izuzeci od opšte zabrane prinudnog rada, kao i, istina, ne naročito obimna, jurisprudencija tela nadležnih za nadzor nad primenom merodavnih izvora prava međunarodnog porekla. U jurisprudenciji ovih tela, kao i u zakonodavstvu, praksi i teoriji radnog prava postoji bezmalo univerzalna saglasnost da prinudnim radom treba smatrati rad koji je tako definisan u Konvenciji Međunarodne organizacije rada broj 29. Prema toj opšteprihvaćenoj definiciji, prinudni rad je *‘svaki rad ili služba koja se zahteva od nekog lica pod pretnjom bilo kakve kazne, a za koje se to lice nije dobrovoljno ponudilo.’*¹⁷ Pojam prinudnog rada, dakle, grade dva bitna elementa: *pretnja kaznom* i *izostanak dobrovoljnog pristanka na rad*, zbog čega se smatra da prinudni rad postoji onda kada država ili privatno lice naredi nekom fizičkom licu da, protiv njegove volje, lično izvršava rad ili službu, preteći mu, pritom, kaznom ili drugom uporedivom sankcijom u slučaju nepostupanja po ovom nalogu.¹⁸ U tom smislu se, primera radi, prinudnim radom ne može smatrati rad koji se obavlja iz ekonomske nužde, tj. zbog činjenice da radnik ne može sebi da dozvoli luksuz da dá otkaz, jer nije u mogućnosti da pronadje novo zaposlenje,¹⁹ kao ni rad koji se obavlja za nedovoljnu naknadu ili u lošim uslovima. Takođe, treba uočiti da se u središtu opšteprihvaćene definicije prinudnog rada nalazi rad koji radnik obavlja protiv svoje volje ili je prethodno slobodno angažovan, ali sada ne želi da nastavi sa radom.²⁰ Postojanje saglasnosti za rad, stoga, podrazumeva mogućnost radnika da prestane sa radom, ako to želi, naravno, uz

16 L. Samuel, *op. cit.*, str. 18.

17 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29 o prinudnom ili obaveznom radu („Službene novine Kraljevine Jugoslavije“, broj 297/1932), član 2, stav 1; za analizu ove i drugih odredaba Konvencije videti u: Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 165–171; Goran Obradović, *Prinudni rad u međunarodnom i uporednom pravu*, u: Radoje Brković (prir.), „Radno pravo u uslovima tranzicije“, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2003, str. 179186; Aleksandar Petrović, *Međunarodni standardi rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2009, str. 145–165; Slobodanka Perić, *Pristojan rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Beograd, 2013, str. 163–215.

18 Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in International law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009, str. 299.

19 International Labour Conference, *A global alliance against forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2005, str. 5.

20 L. Samuel, *op. cit.*, str. 19.

obavezu poštovanja zakonskog pravila o otkaznom roku, tako da će prinudni rad postojati onda kada radnik ne može da se povuče sa rada, bez rizika da će zbog toga biti kažnjen. Ipak, i pored tih pojašnjenja, tumačenje odredaba koje se odnose na zabranu prinudnog rada prate određena otvorena pitanja, od kojih se kao naročito delikatno pojavljuje i pitanje *značenja kazne pod čijom se pretnjom zahteva obavljanje prinudnog rada*.

U merodavnim izvorima međunarodnog prava nije precizirano šta treba smatrati kaznom, ali je u višedecenijskoj praksi nadzornih tela Međunarodne organizacije rada potvrđeno da se pretnja kaznom može ispoljiti u različitim oblicima, od onih najekstremnijih, koji uključuju fizičko nasilje, do oblika psihološke prirode. To, dalje, znači da kazna ne obuhvata samo krivične sankcije, već i *gubitak prava i povoljnosti* vezanih npr. za napredovanje, raspoređivanje na drugi posao, pristup novom zaposlenju, korišćenje stana, učešće u određenom obrazovnom programu i slično.²¹ Osim toga, kazna može biti i finansijske prirode, kao što je to, primera radi, slučaj sa pretnjom otkazom ugovora o radu ili neisplaćivanjem minimalne zarade zaposlenom koji odbija da postupi u skladu sa poslodavčevim zahtevom za prekovremenim radom, koji je suprotan zakonskim pravilima o radu dužem od punog radnog vremena, budući da se u tim slučajevima zloupotrebljava vulnerabilan položaj radnika na način koji se ne može kvalifikovati kao prosto pogoršanje uslova rada.²² Slično, Evropski sud za ljudska prava kvalifikuje kao pretnju kaznom i pretnju brisanjem iz spiska advokatskih pripravnika (i pretnju odbijanjem prijave za upis u registar advokata) advokatskog pripravnika koji je, bez opravdanog razloga, odbio da besplatno brani lice koje nije moglo da plati advokatske usluge.²³ Sa, druge strane, Evropski komitet za socijalna prava smatra kaznom i gubitak prava iz osiguranja za slučaj nezaposlenosti koji su pojedina zakonodavstva o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti utvrđivala kao posledicu povrede obaveze nezaposlenog lica da aktivno traži zaposlenje, a, naročito kao posledicu neprihvatanja *nepodesnog* zaposlenja koje mu je ponudila služba za zapošljavanje.²⁴ Ovo tim pre

21 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, International Labour Conference, 96th Session, Geneva, 2007, stav 37.

22 International Labour Conference, *A global alliance against forced labour*, str. 5.

23 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Van der Musele (*Van der Mussele*) protiv Belgije od 23. novembra 1983. godine (predstavka broj 8919/80), stav 35.

24 L. Samuel, *op. cit.*, str. 20. Taj stav značajan je i za domaće radno pravo, budući da su odredbe Zakona o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti („Službeni glasnik RS“, br. 71/03 i 84/04) koje su se odnosile na *obavezu prihvatanja ponuđenog zaposlenja*, pod pretnjom brisanja nezaposlenog sa evidencije Nacionalne službe za zapošljavanje kritikovane u delu domaće naučne i stručne javnosti kao povreda ustavne garantije prava na rad i slobode rada. Ovo stoga što se odgovarajućim zaposlenjem u prva tri meseca na evidenciji nezaposlenih smatralo zaposlenje u istom stepenu stručne spreme i zanimanju nezaposlenog; po isteku ovog roka to je bilo zaposlenje u zanimanju, a posle devet meseci na evidenciji nezaposlenih – *svako* ponuđeno zaposlenje (član 93, stav 1, tačka 4 i st. 4–6). Na kritike iznete u literaturi nadovezalo se pokretanje postupka za ocenu ustavnosti ovog zakona, budući da je neprihvatanje bilo kog zaposlenja bilo zaprećeno brisanjem nezaposlenog sa evidencije, tj. obustavom isplate novčane naknade za slučaj nezaposlenosti i gubitkom prava iz zdravstvenog osiguranja, što se, s pravom, može kvalifikovati kao ka-

što je jedan od ciljeva osiguranja za slučaj nezaposlenosti da, barem u inicijalnom periodu nezaposlenosti, zaštiti nezaposleno lice od obaveze da prihvati bilo koje zaposlenje, odnosno da mu omogući da pronade zaposlenje koje odgovara njegovim sposobnostima i veštinama. Isto je rezonovao i Komitet eksperata za primenu konvencije i preporuka Međunarodne organizacije rada, koji je dodatno precizirao ovaj slučaj prinudnog rada, ukazavši da se tako ne može kvalifikovati pretnja gubitkom prestacije koja ima karakter socijalne pomoći, već samo pretnja gubitkom prava iz obaveznog osiguranja za slučaj nezaposlenosti. Ovo stoga što se prava iz ove grane socijalnog osiguranja ostvaruju samo ako je nezaposleni ispunio određene uslove koji se tiču minimalnog staža osiguranja (dakle, prethodne uplate doprinosa za osiguranje tokom određenog perioda), tj. ako se period ostvarivanja određenog prava određuje zavisno od dužine staža osiguranja ili radnog staža, zbog čega će naknadno nametanje novog, dodatnog zahteva za ostvarivanje prava koji bi se ticao obavljanja određenog (nepodesnog) zaposlenja – predstavljati obavezni rad pod pretnjom gubitka stečenog prava iz socijalnog osiguranja.²⁵

Ovi primeri daju mesta zaključku da se prinudni rad uspostavlja onda kada postoji *neposredna ili posredna pretnja kaznom*, kao i da pojam kazne treba *ekstenzivno tumačiti* ne bi li se zabranom prinudnog rada obuhvatili svi njegovi oblici.²⁶ O tome svedoči i presuda Evropskog suda za ljudska prava u *predmetu Siliyadan (Siliadin) protiv Francuske*, u kojem nije postojala pretnja kaznom u klasičnom smislu reči, već se radnica nalazila u situaciji koja je, zbog svoje ozbiljnosti, bila ekvivalentna postojanju takve opasnosti. U ovom predmetu je, naime, odlučivano o (ne)adekvatnosti zaštite od ropstva, ropskog položaja i prinudnog rada adolescentkinje iz Togoa koja se obavezala da će obavljati kućne poslove u domaćinstvu „poslodavca“, dok ne isplati cenu avionske karte koju joj je on prethodno kupio, nakon čega je poslodavac, u skladu sa dogovorom koji je imao sa njenim ocem, trebalo da se postara o njenom obrazovanju i dobijanju odobrenja za boravak u Francuskoj. Suprotno dogovoru, poslodavac je radnici oduzeo pasoš i zahtevao od nje da besplatno obavlja poslove u njegovom domaćinstvu, da bi je kasnije „uputio“ na rad kod jednog bračnog para, za koji je ona tri godine besplatno obavljala kućne poslove i starala se o njihovoj deci 15 sati svakog dana, stanujući u dečijoj sobi, uz pravo da napusti kuću samo radi odvođenja dece na časove ili druge aktivnosti. Evropski sud za ljudska prava je kvalifikovao ovaj rad kao prinudni rad, zato što je radnica bila u *situaciji ekvivalentnoj postojanju opasnosti od kazne*, jer je kao adolescentkinja koja nezakonito boravi u stranoj državi, živela u stalnom strahu od otkrivanja takvog statusa i

zna, u smislu odredaba Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 29. Srećom, novi Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti („Službeni glasnik RS“, br. 36/09 i 88/10) napušta ovo rešenje i kao odgovarajuće zaposlenje za nezaposlenog u prvih 12 meseci od uvođenja u evidenciju Nacionalne službe za zapošljavanje kvalifikuje zaposlenje u okviru stečenog nivoa i vrste obrazovanja, a po isteku ovog roka „i zaposlenje na poslovima na nižem nivou u okviru iste ili srodne vrste stečenog obrazovanja, u skladu sa individualnim planom zapošljavanja, uzimajući u obzir radno iskustvo i stanje na tržištu rada“ (čl. 32–33).

25 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, stav 129.

26 A Ravníč, *op. cit.*, str. 85.

hapšenja.²⁷ Istovremeno, Sud je našao da je u ovom slučaju postojao i element prinudnog rada koji se tiče izostanka dobrovoljnog pristanka na rad, budući da radnica nije imala nikakvu mogućnost da bira da li će raditi za svog „poslodavca“ ili ne.²⁸ Ovo naročito stoga što u slučaju napuštanja njegovog doma ne bi mogla da ostane u Francuskoj i pronađe bolji posao. Kao ilegalni migrant i radnik u domaćinstvu poslodavca, ona je bila izolovana od francuskog društva i nije mogla očekivati da će se njena situacija poboljšati, tim pre što je alternativa radu i životu u nehumanim uslovima bila njena verovatna deportacija u državu porekla, gde ju je očekivao život ispod granice siromaštva. Ovaj predmet, dakle, svedoči da element prinudnog rada koji se tiče pretnje kaznom može činiti i strah radnika od prijavljivanja policiji, hapšenja i deportacije, što, zajedno sa nedovoljnim poznavanjem prilika (i jezika) u državi prijema, pogoduje uspostavljanju, održavanju i produbljivanju zavisnosti od poslodavca.²⁹

1.2. Razgraničenje prinudnog rada od drugih srodnih pojmova

Pravilno razumevanje pojma prinudni rad (engl. *forced labour*, fr. *travail forcé*) pretpostavlja i njegovo razgraničenje od drugih srodnih pojmova, pre svega pojmovâ ropstva (engl. *slavery*, fr. *esclavage*), ropskog položaja (engl. *servitude*, fr. *servitude*) i obaveznog rada (engl. *compulsory labour*, fr. *travail obligatoire*). Prvi od tih pojmova podrazumeva da određeno lice prema drugom vrši neko ili sva ovlašćenja proistekla iz prava svojine.³⁰ Premda će se od tog lica redovno zahtevati i obavljanje prinudnog rada, taj zahtev ne predstavlja specifično obeležje ropstva, već takvim treba smatrati vršenje svojinskih ovlašćenja u odnosu na drugog. Ovo stoga što u slučaju prinudnog rada, lice koje od drugog zahteva obavljanje poslova, nema pravo da njime raspolaže ili da vrši neka druga svojinska ovlašćenja, niti nad njim ima apsolutnu kontrolu. Vršenje ovlašćenja koja čine sadržinu prava svojine izostaje i u slučaju *ropskog položaja*, premda se i tada drugo lice lišava lične autonomije. Istovremeno, valja imati u vidu da se, za razliku od prinudnog rada, ropstvo i ropški položaj odnose prevashodno na *položaj i uslove života određenog lica*, dok je prinudni rad vezan za neželjeno obavljanje rada pod pretnjom kazne. Evropski sud za ljudska prava je, u tom smislu, u pomenutom *predmetu Siliјadan (Siliadin) protiv Francuske*, pored postojanja prinudnog rada, utvrdio da je radnica bila u ropskom položaju, ali da u ovom slučaju nije postojalo i „ropstvo, u pravom značenju te reči“, jer, pravno posmatrano, bračni par za koji je radila nije ostvarivao pravo svojine prema njoj, tj. nije je sveo na stanje „objekta“. Sud je, naime, zaključio da sloboda radnice nije bila ograničena samo u pogledu obavljanja rada, već i u pogledu uslova života za čije

27 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Siliјadan (*Siliadin*) protiv Francuske od 26. jula 2005. godine (predstavka br. 73316/01), stav 118.

28 M. Ssenyonjo, *op. cit.*, str. 309.

29 Virginia Mantouvalou, „Servitude and forced labour in the 21st century: The human rights of domestic workers“, *Industrial Law Journal*, broj 4/2006, str. 414.

30 „Ropstvo je stanje ili položaj u kojem se nalazi lice nad kojim se vrše sva ili neka ovlašćenja iz prava svojine“. Konvencija o ropstvu („Službene novine Kraljevine SHS“, broj 234/1929), član 1, stav 1.

unapređenje nije bilo izgleda,³¹ zbog čega je ropski položaj kvalifikovan kao naročito ozbiljan oblik odricanja slobode, koji obuhvata obavezu *pružanja usluga pod prinudom*, obavezu određenog lica da živi u tuđim prostorijama, kao i njegovu nemogućnost da promeni svoj položaj.³² U ovoj presudi, ropski položaj je kvalifikovan i kao naročito ozbiljan („pogoršan“) oblik prinudnog ili obaveznog rada, budući da je rad zahtevan od lica koje se nalazilo u posebno osetljivom položaju – maloletne ilegalne imigrantkinje, koja je dobijala jedina sredstva za izdržavanje u „poslodavčevom“ domu i kojoj je bila ograničena sloboda kretanja i uskraćeno slobodno vreme (vreme odmora).³³ Sud u Strazburu je, naime, ocenio da je za postojanje ropskog

- 31 Bračni par za koji je radnica radila je, po njenoj tužbi, bio krivično gonjen zbog zloupotrebe zavisnog položaja radnice, nedovoljno plaćenog rada i prisiljavanja na život i rad u uslovima nedostojnim čoveka. Za razliku od prvostepenog suda, koji ih je osudio, Apelacioni sud u Parizu je oslobodio ova lica optužbe, utvrdivši da radnica nije radila u nehumanim uslovima, već se, poput mnogih majki, svakodnevno starala o deci i spremala kuću. Ocenjeno je i da se, i pored ograničene privatnosti, njeni životni uslovi ne mogu kvalifikovati kao nehumani, budući da nije stanovala u nehigijenskoj i nezdravoj sredini. Stoga je bračnom paru samo bilo naloženo da radnici isplati pravične zarade. Ovaj slučaj je ispitivan pred Evropskim sudom za ljudska prava, u svetlu odgovora na pitanje da li je Francuska povredila odrebu člana 4 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda jer nije obezbedila dovoljnu i delotvornu krivičnopravnu zaštitu od ropstva, ropskog položaja i prinudnog ili obaveznog rada. Sud je našao da u francuskom krivičnom zakonodavstvu nije postojala jasna i delotvorna zabrana ropstva, ropskog položaja i prinudnog ili obaveznog rada, te da je Francuska povredila standarde Saveta Evrope koji podrazumevaju (pozitivnu) obavezu država ugovornica Konvencije da usvoje i primenjuju krivičnopravna pravila o kažnjavanju ove prakse. Premda to ne može biti dovoljno za ukidanje ropstva, ropskog položaja i prinudnog ili obaveznog rada, njihova neposredna penalizacija i delotvorno krivično gonjenje osnažuju veru u delotvornu zaštitu osnovnih ljudskih prava radnikâ, čak i u najtežim slučajevima. Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2012, str. 208–209. i 214.
- 32 M. Ssenyonjo, *op. cit.*, str. 309. Dodelivši predmetnom pojmu takvo značenje, Sud je nastojao da proširi zabranu ropskog položaja na što je moguće veći broj zloupotreba, uključujući slučajeve trgovine ljudima, u kojima se prema ljudima postupa kao prema stvarima koje se mogu kupovati i prodavati, uz nametanje prinudnog rada, neretko bez ili samo uz skromnu naknadu. Council of Europe/European Court of Human Rights, *Prohibition of slavery and forced labour. Article 4 of the Convention – Key case-law issues*, 2012, stav 10.
- 33 Sud je, dakle, smatrao da ropski položaj predstavlja „pogoršanje“ prinudnog rada radnice, zbog dužine i ritma njenog rada, njenog vulnerabilnog položaja, ograničenja koja se tiču njenog smeštaja i slobode kretanja, kao i odsustva mogućnosti izbora i mogućnosti da promeni svoj položaj, između ostalog i zbog toga što nije imala pristup obrazovanju. Time je ustanovljena i svojevrsna „skala“ ili „unutrašnja hijerarhija“ različitih oblika eksploatacije ljudi u kojoj ropski položaj predstavlja „blažu“ eksploataciju od ropstva, ali ozbiljniji oblik eksploatacije od prinudnog rada. Premda je u jednom delu literature, kvalifikacija ropskog položaja u predmetu Silijadan protiv Francuske ocenjena kao moderno čitanje i evolutivno tumačenje odredaba Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pojedini pisci upozoravaju da je Sud, odlučivši da takvu eksploataciju radnice u domaćinstvu poslodavca ne kvalifikuje kao ropstvo, propustio priliku da dâ značajniji doprinos borbi protiv savremenih oblika ropstva. Ovo stoga što je i ropstvu i ropskom položaju i prinudnom radu svojstveno odsustvo saglasnosti žrtve i postojanje prinude, tako da se ova tri oblika eksploatacije suštinski razlikuju prema ograničenjima saglasnosti žrtve i stepenu prinude kojoj je ona izložena. U tom smislu se zaključuje da je Sud neopravdano podveo pod pojam ropskog položaja jedan moderan oblik ropstva, samo zato što „poslodavac“, pravno posmatrano, nije prema radnici ostvarivao pravo svojine, iako opšteprihvaćena definicija ropstva iz Konvencije Društva naroda ne uslovljava postojanje ropstva vršenjem prava svojine, već svih ili nekih ovlašćenja koja iz tog prava proizlaze. Stoga se predlaže preispitivanje koncepcije ropstva

položaja dovoljno to što se, na osnovu objektivnih elemenata koje je stvorio ili održavao „poslodavac“, radnica osećala nemoćnom da izmeni svoj položaj.³⁴

I, najzad, treba ispitati ima li nekih razlika između prinudnog i obaveznog rada, budući da odredbe određenih merodavnih izvora prava govore o „prinudnom ili obaveznom radu“, zbog čega bi se moglo zaključiti da ih smatraju istovetnim oblicima rada. Takav zaključak čini se prihvatljivim, s tim što valja imati u vidu da se obavezni rad obavlja „uz formalni, ne i stvarni, pristanak radnika“³⁵ i da pridev „obavezni“ u sintagmi obavezni rad ne podrazumeva bilo koji oblik pravne obaveze. Stoga se kao obavezni rad ne može kvalifikovati situacija u kojoj je jedno lice dobrovoljno zaključilo određeni ugovor, a druga ugovorna strana od njega zahteva da izvrši prestatiju rada, preteći mu kaznom ukoliko to ne bude učinjeno.³⁶

2. IZUZECI OD ZABRANE PRINUDNOG RADA KOJI SE ODNOSU NA RAD ZATVORENIKA

Za razliku od zabrane ropstva i zabrane ropskog položaja koje su apsolutne i ne mogu biti derogirane čak ni u vreme opasnosti koja pretila opstanku nacije, međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava dopuštaju izuzetke od zabrane prinudnog rada. Oni se odnose na situacije koje, po prirodi stvari, *nisu stalnog ili trajnog karaktera*, a zahtevaju odstupanja od zabrane prinudnog rada u ime *društvene solidarnosti i ostvarivanja interesâ društva u celini*.³⁷ Odredbe merodavnih izvora prava međunarodnog porekla nisu, međutim, usaglašene u pogledu kataloga dopuštenih izuzetaka, ali im je zajedničko da kao prinudni rad ne kvalifikuju rad koji se zahteva od građana u slučaju rata, velike nesreće ili pretnje od velike nesreće, rad koji se zahteva na osnovu zakonske obaveze o vojnoj službi i rad koji čini deo uobičajenih građanskih obaveza državljana određene države. Osim

i njeno proširenje sa „tradicionalnog“ oblika najekstremnijeg potčinjavanja ljudi na savremene oblike eksploatacije, kojima je, i pored razlika u pojavnim oblicima, zajednička negacija ljudskog bića (tj. negacija humanosti žrtve). Smatra se, naime, da, i pored toga što imaju određena obeležja koja nisu upodobljena „klasičnom“ ropstvu (odsustvo najpotpunijeg oblika ostvarivanja prava svojine, koji podrazumeva da se prema određenom licu postupa kao prema stvari), novi oblici ropstva *de facto* proizvode posledice tipične za ropstvo, zbog čega pojam ropstva može da „apsorbuje“ i slučajeve ropskog položaja i prinudnog rada. Tako: Michele Cavallo, „Formes contemporaines d’esclavage, servitude et travail forcé: LeTPIY et la CEDH entre passé et avenir“, *Droits fondamentaux*, broj 6, 2006, str. 1–16, www.droits-fondamentaux.org; Joël Andriantsimbazovina, „L’esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. Une échelle pertinente des formes d’exploitation de l’être humain?“, *Droits*, broj 52, 2010, str. 97–115.

34 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Prohibition of slavery and forced labour. Article 4 of the Convention – Key case-law issues*, 2012, stav 17.

35 A. Ravnić, *op. cit.*, str. 85–86.

36 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Prohibition of slavery and forced labour. Article 4 of the Convention – Key case-law issues*, 2012, stav 23.

37 Tako je u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava potvrđeno da su opšti interes, društvena solidarnost i redovnost – ideje vodilje na kojima počivaju izuzeci od zabrane prinudnog ili obaveznog rada. Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l’homme*, 5^e édition, P.U.F., Paris, 1989, str. 220.

toga, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ne smatraju prinudnim radom ni službu koja se traži od lica koje zbog prigovora savesti odbije odsluženje vojnog roka, dok odredbe Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 29 izuzimaju iz pojma prinudnog rada i manje društvene radove čije se obavljanje zahteva od članova određene zajednice u neposrednom interesu te zajednice. U smislu odredaba Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, zabrana prinudnog rada ne obuhvata ni izvršenje kazne prinudnog rada izrečene od strane nadležnog suda države u kojoj se za neko krivično delo može izreći kazna lišenja slobode s prinudnim radom. Pored ovih izuzetaka, svi navedeni izvori prava izuzimaju iz pojma prinudnog rada i *rad zatvorenikâ*.³⁸

Lica koja se nalaze na izdržavanju kazne zatvora obavljaju niz aktivnosti. One su prevashodno povezane sa svakodnevnim funkcionisanjem kaznenih ustanova (održavanje higijene zatvorskih prostorija, kuvanje, pranje veša, održavanje vrtova i bašti i sl.), a mogu biti usmerene i na obrazovanje, obuku, fizičku aktivnost i rekreaciju ovih lica.³⁹ Osim toga, zatvorenici neretko obavljaju i rad koji ima proizvodni, a, u novije vreme, sve češće, i uslužni karakter, a organizuje se i obavlja u ekonomijama, radionicama, pogonima i drugim prostorijama kaznenih ustanova. Dopusćeni izuzetak od zabrane prinudnog rada odnosi se, upravo, na *proizvodni (i uslužni) rad zatvorenikâ*, s tim što je *razvoj koncepcije rad zatvorenikâ* prošao kroz više faza, počevši od faze u kojoj je on shvatan kao instrument za „ispaštanje i okajanje grehova“ osuđenikâ, odnosno kao kazna ili dopunski element kazne. Na represivnu funkciju rada, nadovezivala se i njegova moralizatorska (*‘Make men diligent and they will be honest’* /John Howard/), utilitarna (mogućnost da zatvorenik svojim radom „pokrije“ troškove izdržavanja kazne)⁴⁰ i disciplinska vrednost (doprinos lakšem obezbeđivanju discipline, jer, „isprazno trošenje vremena, dokolica i dosada, i u boljim uslovima od zatvorskog sivila, dovodi do konflikata, sukoba, pa i težih oblika nasilja“⁴¹). Ipak, danas preovlađuje stanovište da rad predstavlja instrument za delotvornu rehabilitaciju zatvorenikâ, kao i sredstvo za njihovu socijalnu i

38 U smislu odredaba Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima („Službeni list SFRJ“, broj 7/71), prinudni rad ne obuhvata *‘rad ili službu koji se normalno traže od lica lišenog slobode na osnovu redovne sudske odluke ili koje se na osnovu takve odluke nalazi na uslovnom otpustu’* [član 8, stav 3) c, i/]; u skladu sa odredbama Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda („Službeni list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori“, broj 9/2003), prinudnim radom se ne smatra *‘rad uobičajen u sklopu lišenja slobode određenog u skladu sa odredbom člana 5 ove konvencije ili tokom uslovnog otpusta’* (član 4, stav 3, tačka a/), dok se izraz „prinudni rad“, u smislu Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 29 („Službene novine Kraljevine Jugoslavije“, broj 297/1932), ne odnosi na *‘svaki rad ili službu koja se zahteva od nekog lica kao posledica osude proglašene sudskom presudom, pod uslovom da se obavlja pod nadzorom i kontrolom javne vlasti i da određeno lice nije ustupljeno ili stavljeno na raspolaganje privatnim fizičkim licima, preduzećima ili udruženjima’* (član 2, stav 2, tačka c/).

39 Philippe Auvergnon, „Le travail en prison dans quelques pays européens: du non-droit au droit aménagé“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, str. 75.

40 Tako: Jean Pinatel, *Précis de science pénitentiaire*, Sirey, Paris, 1945, str. 117; Roger Roux, *Le travail dans les prisons et en particulier dans les maisons centrales*, Arthur Rousseau, Paris, 1902, str. 11–12.

41 Branislava Knežić, „Nesklad zakona i mogućnosti osposobljavanja osuđenika“, *Strani pravni život*, broj 3/2011, str. 148.

profesionalnu reintegraciju po puštanju na slobodu, čime se, posledično, ublažava rizik od ponavljanja krivičnih dela.⁴² Imajući u vidu tako opredeljene funkcije rada zatvorenikâ, najpre treba konstatovati da njihov proizvodni rad ne sme biti primarno usmeren na ostvarivanje profita, već na sticanje i razvoj veština, umeća i radnih sposobnosti koje ovim licima mogu biti od koristi i prilikom traženja zaposlenja na slobodnom tržištu. Na takav razvoj funkcija rada zatvorenikâ uticali su brojni činiooci, među kojima se nakon Drugog svetskog rata pojavljuje i proces internacionalizacije ljudskih prava, budući da su odgovarajući međunarodni „impulsi“ značajno uticali na nacionalna zakonodavstva i praksu. To, naročito, vredi za usvajanje Standardnih minimalnih pravila Ujedinjenih nacija o postupanju sa zatvorenicima kojima je potvrđeno da rad zatvorenikâ „treba da bude takve prirode da sačuva ili poveća njihovu sposobnost da nakon izlaska iz zatvora časno zarađuju za svoj život“, odnosno da „interes i stručna obuka zatvorenikâ treba da budu iznad želje da se ostvari dobit od njihovog rada“.⁴³ Rad se i pod okriljem Saveta Evrope smatra „važnim i značajnim elementom obuke i rehabilitacije zatvorenikâ i značajnim segmentom operativnog upravljanja kaznenim ustanovama“,⁴⁴ zbog čega „treba da, koliko god je to moguće, održava ili povećava sposobnost zatvorenikâ da zarađuju za život nakon puštanja na slobodu. [...] Mada uključivanje finansijske dobiti od delatnosti u ustanovama može da bude značajno za podizanje standarda i poboljšanje kvaliteta i značaja osposobljavanja, interes zatvorenikâ ne sme da bude podređen tom cilju“.⁴⁵

Izuzimanje zatvorenikâ iz opšte zabrane prinudnog rada odnosi se, dakle, na posledice kazne zatvora koja je izrečena određenom licu zbog njegovog ponašanja. Taj izuzetak je dopušten zbog neposredne i/ili posredne koristi koje društvo može imati od rada ovih lica – nesporedna korist će, tako, postojati zbog snižavanja državnih troškova izdržavanja kazne zatvora zahvaljujući učešću zatvorenikâ u proizvodnji dobara u ustanovi, kao i u slučaju njihovog angažovanja za obavljanje poslova usmerenih na popravku javne infrastrukture, dok se posredna korist od rada zatvorenikâ ispoljava u njegovoj *rehabilitacionoj funkciji*.⁴⁶ Zatvorska uprava može, dakle, izabrati da od zatvorenika zahteva obavljanje obaveznog rada, koji mora odgovarati sposobnostima svakog zatvorenika,⁴⁷ tako da nepostupanje po nalogu i uputstvima za rad može imati za posledicu izricanje disciplinske kazne.

42 Videti: Marc Baader, Evelyne Shea, „Le travail pénitentiaire, un outil efficace de lutte contre la récidive?“, *Champ penal*, 2007, <http://champpenal.revues.org/684>, 16. jun 2013.

43 Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted August 30, 1955 by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, U.N. Doc. A/CONF/611, tačka 71, stav 4 i tačka 72, stav 2.

44 Resolution (75) 25 on prison labour, adopted by the Committee of Ministers on 18 September 1975 at the 248th meeting of the Ministers' Deputies, preambula.

45 Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies, pravila 26.3. i 26.8.

46 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, stav 49.

47 Tako: Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, tačka 71, stav 2 („od svih osuđenih zatvorenika traži se da rade, zavisno od njihovih fizičkih i mentalnih sposobnosti koje će

2.1. Granice obaveznog rada zatvorenikâ

Odredbe merodavnih izvora prava međunarodnog porekla nisu usaglašene u pogledu uslova pod kojima se od zatvorenika može zahtevati obavljanje prinudnog rada. Tako Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda postavljaju samo dva uslova – da je lice od koga se zahteva rad lišeno slobode ili se nalazi na uslovnom otpustu na osnovu sudske odluke, kao i da je priroda njegovog rada takva da se može smatrati radom koji je normalan, odnosno uobičajen u sklopu lišenja slobode. Ispunjenost uslova koji se tiče osnova lišenja slobode utvrđuje i Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29, istina bez pominjanja uslovnog otpusta, ali se na tome ne zadržava, već postavlja još dva uslova za zahtevanje i obavljanje prinudnog rada zatvorenikâ: da se rad *‘obavlja pod nadzorom i kontrolom javne vlasti’* i da *‘određeno lice nije ustupljeno ili stavljeno na raspolaganje fizičkim licima, privatnim preduzećima ili udruženjima.’* Rad koji se zahteva od zatvorenika pod ovim uslovima se ne smatra prinudnim radom, što znači da države ugovornice Konvencije broj 29 nisu dužne da obezbede dobrovoljnost rada lica osuđenih na osnovu sudske presude, ukoliko oni rade pod nadzorom javnih vlasti i ako ih nije angažovalo privatno lice. Predmetni izuzetak se ne odnosi, međutim, na slučajeve dobrovoljnog rada zatvorenikâ, koji je dopušten i onda kada nisu ispunjeni uslovi vezani za nadzor nad radom i krug korisnika rezultata rada zatvorenikâ, zbog čega se može konstatovati da univerzalni međunarodni radni standardi ne zabranjuju dobrovoljni rad zatvorenikâ u korist privatnih lica, ali ni obavezni rad zatvorenikâ u korist države.

2.1.1. Osnov lišenja slobode

Prvi zahtev za izuzimanje zatvorenikâ iz područja primene zabrane prinudnog rada odnosi se na *zakonito lišenje slobode na osnovu sudske odluke*. Ovaj uslov je ispunjen samo ako je određeno lice lišeno slobode na osnovu odluke suda čija priroda i sastav, kao i pravila postupka u kojem odlučuje, odgovaraju međunarodno priznatim standardima pravičnog suđenja (pretpostavka nevinosti, jednakost pred zakonom, nezavisnost i nepristrasnost suda, pravo na odbranu i dr.).⁴⁸ Prinudni rad se, stoga, ne može zahtevati od lica koja su lišena slobode na osnovu naredbe organa izvršne vlasti, kao i lica kojima su lišenje slobode odredili sudovi koji ne ispunjavaju zahteve potvrđene u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima i drugim međunarodnim standardima o pravu na pravično suđenje. Isto vredi i za neosuđene zatvorenike, što ne isključuje, međutim, mogućnost dobrovoljnog radnog angažovanja pritvorenikâ.⁴⁹ Takođe,

utvrditi lekar“); Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, pravilo 105.2. („od zatvorenika koji nisu navršili godine života koje su uobičajeno potrebne za odlazak u penziju može se zahtevati da rade, ukoliko lekar proceni da su fizički i psihički sposobni“).

48 C. Fenwick, „Private use of prisoners’ labor: paradoxes of International human rights law“, str. 269.

49 Odsustvo obaveze rada na strani lica koja su uhapšena ili zadržana u policijskom pritvoru zbog povrede krivičnog zakonodavstva potvrđeno je i u Standardnim minimalnim pravilima Ujedinjenih nacija o postupanju sa zatvorenima (tačka 89) i Evropskim pravilima o zatvaranju (pravilo

valja imati u vidu da se, u smislu odredaba Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i Evropske konvencije o ljudskim pravima, iz zabrane prinudnog rada izuzimaju i lica koja su uslovno puštena na slobodu na osnovu sudske odluke, budući da se od njih može zahtevati obavljanje određenog rada.

2.1.2. Priroda i svrha rada zatvorenikâ

Merodavni instrumenti za zaštitu ljudskih prava isključuju iz zabrane prinudnog rada rad „koji se normalno zahteva od lica koje je lišeno slobode na osnovu sudske odluke“, odnosno rad koji je „uobičajen u sklopu lišenja slobode“, zbog čega se prilikom ocene dopuštenosti rada zatvorenikâ moraju uzeti u obzir i priroda i svrha njihovog rada. To, dalje, znači da se od zatvorenika može zahtevati samo rad koji je usmeren na očuvanje i unapređenje njihovih veština, umeća i drugih radnih sposobnosti, koje će im povećati mogućnosti za pronalaženje i očuvanje zaposlenja nakon puštanja na slobodu, tako da rad koji u sebi ne sadrži elemente rehabilitacije ne može biti u skladu sa garantijom zabrane prinudnog rada. Ovo pravilo potvrđeno je u jurisprudenciji Evropske komisije za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava, koji su u nekoliko predmeta bili u prilici da se izjasne o (ne)dopuštenosti rada koji se zahteva od lica koja se nalaze na izdržavanju kazne zatvora, kao i od lica koja su sa njima upodobljena. Tako je u predmetu *De Wilde, Ooms i Versip protiv Belgije* razmatrana priroda rada triju lica koja su, na osnovu sudske odluke, bila smeštena u prihvatni centar (*vagrancy centre*), zbog toga što nisu imala krov nad glavom, (dovoljna) sredstva za izdržavanje, kao ni redovno zanimanje. Njihovo zadržavanje u prihvatnom centru bilo je upodobljeno lišenju slobode,⁵⁰ dok je, i pored osobenosti položaja svakog od njih, ovim licima bila zajednička obaveza da obavljaju određene poslove, uz mogućnost da budu disciplinski kažnjena ako odbiju da rade bez opravdanog razloga. Za razliku od Evropske komisije za ljudska prava, koja je ovaj slučaj kvalifikovala kao povredu zabrane prinudnog rada, Evropski sud za ljudska prava je zaključio da nema mesta takvoj kvalifikaciji, budući da se rad ovih triju lica može razumeti kao dopušteni rad koji se uobičajeno zahteva od lica lišenih slobode. Ovo stoga što dužnost rada koja im je nametnuta „nije prešla ‘uobičajene’ granice [...], jer je bila usmerena na njihovu *rehabilitaciju*“.⁵¹ Pored prirode rada lica koja su bila

100.1), s tim što potonji izvor prava poznaje i jedan, uslovno rečeno, izuzetak /koji se ne tiče proizvodnog rada/, budući da se, u skladu sa pravilom 19.5, od pritvorenika može zahtevati da rade ako je to neophodno zbog održavanja njihove lične higijene i higijene odeće i spavaonice (Commentary to Recommendation Rec/2006/2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, str. 38). Ova lica mogu zahtevati da rade ili im rad može biti ponuđen, zbog čega je interesantno uočiti da u pojedinim švajcarskim kantonima, pritvorenici mogu izabrati da budu smešteni u zatvoru za osuđena lica, kako bi im se na taj način omogućilo da rade. International Labour Conference, *A global alliance against forced labour*, str. 27.

50 D. Popović, *op. cit.*, str. 212.

51 Presuda u predmetu *De Wilde (De Wilde), Ooms (Ooms) i Versip (Versyp) protiv Belgije*, od 18. juna 1971. godine (predstavke br. 2832/66, 2835/66, 2899/66), st. 88–90. Slično je rezonovao i Sud pravde Evropskih zajednica (Evropske unije), istina, u vezi sa *radom korisnika usluga centra za rehabilitaciju zavisnikâ od droga*, budući da je svrha rada za ovaj sud bila presudna za kvalifikaciju radnika u komunitarnom pravu (komunitarni pojam radnika). Zaključeno je da se radnikom ne može smatrati korisnik usluga centra za rehabilitaciju zavisnikâ od droga koji u tom centru radi za naknadu, jer njegov rad nije usmeren prevashodno na ostvarivanje zarade, već na oporavak i reintegraciju u tržište rada (Presuda u predmetu C–344/87 /*Bettray v. Staatssecretaris*

zadržana u korektivnoj ustanovi različitoj od zatvora, Evropski sud za ljudska prava bio je u prilici da se izjasni i o prirodi rada lica koja se nalaze na izdržavanju kazne zatvora. Tako je u *predmetu Van Drogenbrek protiv Belgije*, Sud razmatrao položaj belgijskog državljanina koji je u više navrata bio osuđen zbog krađe i koji je, u cilju resocijalizacije i reintegracije u društvo, radio u preduzeću za instalaciju centralnog grejanja. On je bio obavezan da obavlja taj rad, a njegovo puštanje na slobodu bilo je uslovljeno zahtevom da uštedi određenu sumu novca od naknade koju ostvaruje na osnovu rada. Budući da zatvorenik nije uspeo da uštedi novac koji je trebalo da mu olakša život na slobodi i da nisu postojali izgledi za njegovo zaposlenje na slobodnom tržištu, Odbor za recidiviste je preporučio da on nastavi sa radom u zatvoru dok ne uštedi 12.000 belgijskih franaka. Podnosilac predstave je smatrao da se, zbog prepuštenosti „hirovima (zatvorske) uprave“, nalazio u ropskom položaju, a da je njegova zatvorska kazna bila „pretvorena u prinudni rad“, jer je bio prinuđen da radi kako bi uštedeo naznačenu svotu novca. Sud je zaključio da u predmetnom slučaju nema mesta kvalifikaciji ropskog položaja, dok je povodom navodnog postojanja prinudnog rada našao da „ovo faktičko pitanje može ostati otvoreno“, jer „u praksi, onaj čije je puštanje na slobodu uslovljeno posedovanjem uštedevine od naknade za rad obavljen u zatvoru [...] nije daleko od obaveze u strogom smislu te reči. Ipak [... nepoštovanje člana 5, stava 4 (Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – Lj. K.) automatski ne znači i postojanje povrede člana 4: potonji član, u stavu 3 (a), dopušta rad koji je uobičajen u sklopu lišenja slobode, što je ovde bio slučaj, na način da ne povređuje član 5, stav 1. Štaviše, rad koji je zahtevan od g. Van Drogenbreka nije prevazilazio ono što je u ovom kontekstu ‘uobičajeno’, jer je trebalo da pomogne njegovoj integraciji u društvo i jer je imao za pravni osnov odredbe koje važe i u nekim drugim državama Saveta Evrope“.⁵²

van Justitiel, European Court Reports 1998, str. I–1621). To, dalje, znači da se rad koji ima za cilj očuvanje, vaspostavljanje ili razvoj radnih sposobnosti lica koja zbog određenih ličnih okolnosti nisu u mogućnosti da se zaposle pod redovnim uslovima – ne može smatrati ekonomskom aktivnošću, ukoliko predstavlja samo sredstvo za njihovu rehabilitaciju. *Sui generis* priroda radnog angažovanja u svrhe rehabilitacije je, u izvesnoj meri, određena i niskim nivoom produktivnosti ovih radnika, kao i činjenicom da se naknada za njihov rad finansira pretežno subvencijama iz javnih fondova. Potonja dva obeležja ne dovode, međutim, u pitanje kvalifikaciju radnika, već toj kvalifikaciji nema mesta zato što je u ovom slučaju, rad prilagođen fizičkim i mentalnim sposobnostima svakog radnika i treba da doprinese da oni, pre ili kasnije, obnove svoje sposobnosti kako bi mogli da se zaposle na redovan način i vode samostalan život. Ovo tim pre što se lica koja će biti angažovana u radionicama za rehabilitaciju ne biraju prema sposobnostima za obavljanje određene profesionalne aktivnosti, već se, upravo suprotno, prema njihovim sposobnostima biraju aktivnosti koje će im biti poverene. Presuda u ovom predmetu izazvala je živu polemiku i zbog pitanja da li se ovakvo tumačenje pojma radnika odnosi i na rad u preduzećima za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje lica sa invaliditetom. Ta dilema se, zapravo, ticala pitanja da li su iz područja primene pravila o slobodi kretanja radnikâ u okviru Unije isključena sva lica sa tzv. zaštićenim zaposlenjem, ili je odnosni izuzetak rezervisan samo za lica čiji rad ima za cilj reintegraciju radnika u tržište rada po prestanku njihove privremene nesposobnosti za rad. Većina autora odlučuje se za drugi odgovor, smatrajući da je sloboda kretanja zajemčena i licima sa invaliditetom i drugim licima sa tzv. zaštićenim zaposlenjem, budući da njihov rad, pored terapeutske, ima i lukrativnu svrhu. Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EC Law: Texts, cases and materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996, str. 669.

52 Presuda u predmetu *Van Drogenbrek (Van Droogenbroeck)* protiv Belgije, od 24. juna 1982. godine (predstavka broj 7906/77), st. 58–59.

2.1.3. Nadzor nad radom zatvorenikâ

Univerzalni međunarodni standardi sadržani u Konvenciji Međunarodne organizacije rada broj 29 dopuštaju izuzimanje rada zatvorenikâ iz opšte zabrane prinudnog rada samo ako se on obavlja *pod nadzorom i kontrolom javnih vlasti*, kako se, u slučaju zatvorenika u državnim zatvorima, kvalifikuje zatvorska uprava, koja organizuje i nadzire rad zatvorenikâ, u skladu sa odredbama zakonodavstva o izvršenju krivičnih sankcija. Uvođenje ovog uslova bilo je motivisano potrebom da se obezbedi delotvorna zaštita zatvorenikâ od eksploatacije i osigura njihova bezbednost, tako da je korišćenje obaveznog rada zatvorenikâ dopušteno samo ako država ima stvarnu mogućnost da, vršenjem nadzora i kontrole rada zatvorenikâ, garantuje pristojne uslove rada. Procena ispunjenosti predmetnog uslova skopčana je sa određenim praktičnim problemima, posebno ako su privatna lica na neki način uključena u organizaciju rada zatvorenikâ (unutar ili izvan zatvorskih prostorija). Premda će ispunjenost uslova za delotvorno ostvarivanje zaštitne funkcije države biti faktičko pitanje za svaki slučaj ponaosob, čini se da se prilikom pronalaženja odgovora mora imati u vidu osnovni razlog utvrđivanja zahteva koji se odnosi na nadzorna ovlašćenja – a to je potreba da se otkloni rizik eksploatacije rada zatvorenikâ. Ovaj uslov se, stoga, može smatrati ispunjenim ako je privatnom preduzeću za čiji račun zatvorenik radi povereno samo ovlašćenje za izdavanje profesionalnih ili tehničkih uputstava za rad.⁵³ I suprotno, predmetni zahtev se ne može smatrati ispunjenim ako su nadzorna ovlašćenja javnih vlasti ograničena samo na periodičnu inspekciju prostorija u kojima zatvorenici rade,⁵⁴ već je za njegovu ispunjenost neophodno postojanje drugih ovlašćenja koja omogućavaju *delotvornu, sistematsku i redovnu kontrolu*. To, konačno, znači da Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29 ne dopušta ne samo potpuno, već ni pretežno, delegiranje nadzornih ovlašćenja privatnom licu, već njihov suštinski deo mora pripadati javnim vlastima.⁵⁵ Na istom fonu su i Standardna minimalna pravila UN o postupanju sa zatvorenicima, koja priznaju prevashodstvo zatvorske uprave u upravljanju industrijskim pogonima i ekonomijama kaznenih ustanova u odnosu na privatne preduzetnike, uz zahtev da onda „kada zatvorenici obavljaju poslove koji nisu pod kontrolom zatvorske uprave, uvek treba da ostanu pod nadzorom zatvorskog osoblja.“⁵⁶

2.1.4. Krug korisnika rezultata rada zatvorenikâ

Zavisno od lica koja upravljaju radom zatvorenika i lica za čiji se račun taj rad obavlja, u uporednom pravu se mogu uočiti tri načina organizacije rada zatvorenikâ. Prvi način podrazumeva da radom rukovodi uprava za izvršenje krivičnih sankcija i da se taj rad obavlja za njen račun. Pored toga, zatvorenici mogu raditi za neko

53 Armin Höland, Mathias Maul-Sartori, „Le travail des détenus dans les prisons en Allemagne“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, str. 143.

54 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, stav 53.

55 C. Fenwick, „Private use of prisoners' labor: paradoxes of International human rights law“, str. 273.

56 Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, tačka 73.

privatno lice, unutar ili izvan zatvorskih prostorija. Iako je u Standardnim minimalnim pravilima UN o postupanju sa zatvorenima potvrđeno da zatvorska uprava mora imati prevashodstvo u upravljanju industrijskim pogonima i ekonomijama kaznenih ustanova u odnosu na privatne preduzetnike, organizacija proizvodnog rada zatvorenika se poslednjih decenija razvija u drugačijem pravcu, između ostalog i zbog brojnih problema koji opterećuju ustanove, poput nedovoljnih prostornih, materijalnih i finansijskih uslova za organizaciju i razvoj proizvodnje, manjka kvalifikovanih radnika u službama za obuku i upošljavanje zatvorenika i nemogućnosti zadovoljavajućeg plasiranja proizvoda nastalih kao rezultat rada zatvorenika.⁵⁷ Stoga je u Evropskim pravilima o zatvaranju izričito uvedena mogućnost unošenja privatne inicijative u oblast izvršenja kazni i mera lišenja slobode.⁵⁸ To je i rastući trend u pojedinim državama, naročito u onim sa drugih kontinenata (Sjedinjene Američke Države, Australija, Velika Britanija), gde se privatizacije, javno-privatna partnerstva i podugovaranje sa velikim entuzijazmom afirmišu kao mere koje treba da omogućе snižavanje državnih troškova vezanih za izdržavanje kazne sve brojnije zatvorske populacije, ali i da omogućе zatvorenima sticanje novih veština i lakšu isplatu naknade štete koju su prouzrokovali žrtvama učinjenih krivičnih dela.

Ukoliko zatvorenici rade za račun privatnih lica, njihovim radom može se upravljati na dva načina. Prvo, upravljačka ovlašćenja mogu pripadati kaznenoj ustanovi (i njenoj službi za obuku i zapošljavanje) ili određenom *ad hoc* telu, koje obezbeđuje obuku i zaposlenje osuđenima (npr. 'Prison Entreprises Industries and Farms' u Velikoj Britaniji ili *Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias* u Španiji).⁵⁹ Osim toga, zatvorenici mogu raditi i pod upravom privatnog lica, koje organizuje rad u svojim ili zatvorskim prostorijama. Ovi načini radnog angažovanja zatvorenika skopčani su sa brojnim kontroverzama, budući da ih prati rizik napuštanja osnovnog cilja rada u zatvoru (rehabilitacije) u korist novog cilja: ostvarivanja i maksimizacije profita.⁶⁰

Uopredno zakonodavstvo i praksa, pritom, poznaju više različitih načina radnog angažovanja zatvorenika za račun privatnih lica. I pored brojnih pojava oblika, od kojih mnogi, srećom, pripadaju dalekoj prošlosti, oni se mogu svrstati u nekoliko osnovnih sistema radnog angažovanja zatvorenika. Prvu veliku grupu čini „*upućivanje*“ zatvorenika na rad kod privatnog lica, za koje Konvencija broj 29 kori-

57 Robert Schmelck, Georges Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Cujas, Paris, 1967, str. 292.

58 Đorđe Ignjatović, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 69.

59 Ph. Auvergnon, *op. cit.*, str. 76.

60 Fenwick takođe pravi razliku između modela radnog angažovanja zatvorenika zavisno od toga pod čijom upravom i za čiji račun oni rade, ali uočava tri osobena modela učesća privatnih lica u radnom angažovanju zatvorenika. Prvi i najjednostavniji je „model potrošača“ (*'customer' model*), koji podrazumeva da privatna lica kupuju proizvode nastale kao rezultat rada zatvorenika, dok u drugom modelu, modelu „poslodavca“ (*'employer' model*) privatno lice neposredno angažuje zatvorenike i plaća naknadu za njihov rad. U okviru trećeg modela, koji Fenwick zove „modelom radne snage“ (*'manpower' model*), ustanova za izvršenje krivičnih sankcija angažuje zatvorenike da obavljaju poslove za račun privatnog lica, zbog čega bi mu više odgovarao naziv „model podugovaranja“. Colin Fenwick, „Private use of prisoners' labor: paradoxes of International human rights law“, str. 262.

sti izraz „iznajmljivanje“ (engl. *hiring*), a koje obuhvata tri sistema: a) sistem lizinga; b) sistem opšteg ugovora; c) sistem posebnog ugovora. U *sistemu lizinga*, država i privatno lice zaključuju ugovor na osnovu kojeg se zatvorenici upućuju na rad kod privatnog lica, koje je, pritom, dužno da obezbedi smeštaj, ishranu i čuvanje zatvorenikâ, dobijajući zauzvrat pravo da ih radno angažuje za vreme trajanja ugovora.⁶¹ Za razliku od sistema lizinga, u *sistemu opšteg ugovora* država obezbeđuje smeštaj i čuvanje zatvorenika, dok im privatno lice obezbeđuje ishranu i sredstva za rad.⁶² Osim toga, privatno lice duguje državi isplatu određenog novčanog iznosa, dobijajući zauzvrat pravo da koristi rad zatvorenikâ. Ovaj sistem se označava kao sistem opšteg ugovora zato što se svi sposobni zatvorenici iz određene kaznene ustanove upućuju na rad kod privatnog lica, za razliku od *sistema posebnog ugovora* u kojem zatvorska uprava bira zatvorenike (pojedince ili grupe njih) koji će raditi za privatno lice. Kao i u sistemu opšteg ugovora, država ima obavezu da obezbedi smeštaj, ali, za razliku od drugog sistema, ona u sistemu posebnog ugovora u celosti zadržava pravo upravljanja radom. Privatno lice je, pritom, dužno da isplaćuje naknade za rad zatvorenikâ i da obezbedi sredstva i opremu za njihov rad, kojim upravljaju lica koje ono ovlasti i koja se u tu svrhu „dodeljuju“ zatvoru.⁶³ Ipak, i pored razlika u pogledu načina podele obaveza vezanih za obezbeđivanje smeštaja, ishrane i sredstava za rad između države i privatnog lica, sva tri sistema imaju i jedno zajedničko obeležje: ukupni rezultati rada zatvorenikâ pripadaju privatnom licu.⁶⁴ I, najzad, valja uočiti da, pored „iznajmljivanja“, tj. upućivanja zatvorenikâ na rad kod privatnog lica, radno angažovanje zatvorenikâ može dobiti i oblik *stavljanja radnih sposobnosti zatvorenikâ na raspolaganje privatnom licu* (Konvencija broj 29 koristi izraz ‘*placing at disposal*’) na način da ono ne duguje državi određena novčana sredstva, već, upravo suprotno, dobija od nje subvencije za rukovođenje radom zatvorenikâ.⁶⁵

Dopuštenost prinudnog rada može, dakle, zavistiti i od toga da li zatvorenici rade samo za zatvorske vlasti ili stavljaju na raspolaganje svoje radne sposobnosti privatnim licima. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ne uvažava taj kriterijum, tako da izuzimanje obaveznog rada zatvorenikâ iz zabrane prinudnog rada nije uslovljeno zahtevom da se rad ne obavlja za privatno lice. To je potvrđeno i u jurisprudenciji Evropskog komiteta za ljudska prava i Evropskog suda za ljudska prava, koji smatraju da je rad koji zatvorenik obavlja za privatno preduzeće, na osnovu ugovora zaključenog između potonjeg lica i kaznene ustanove – rad koji se normalno zahteva od zatvorenika.⁶⁶ Suprotno, odredbe Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 29 uslovljavaju izuzimanje zatvorenika iz

61 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, stav 57.

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*

65 *Ibid.*, stav 58.

66 „Član 4, stav 3, tačka a/ (Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – Lj. K.), koji se bavi pitanjem rada zatvorenikâ, ne sadrži ništa što bi moglo da spreči državu da zaključuje takve ugovore (ugovore sa privatnim preduzećima za čiji račun zatvorenici rade – Lj. K.) ili da nagovesti da je takav sistem ugovora o radu ravan ropstvu odnosnih zatvorenikâ“. Odluka

zabrane prinudnog rada zahtevom da zatvorenike *nisu radno angažovala privatna lica*. Ispunjenost ovog zahteva se traži nezavisno od mesta rada, tj. nezavisno od toga da li zatvorenici rade u radionicama unutar zatvorskih prostorija kojima rukovodi privatno preduzeće ili izvan zatvorskih prostorija ili, pak, u zatvorima kojima rukovode privatna lica (engl. *privately run prisons*). Takođe, predmetni zahtev važi i nezavisno od vrste zahtevanih poslova, što znači da će se prinudnim radom smatrati i slučajevi u kojima privatna preduzeća angažuju zatvorenike za obavljanje javnih radova.⁶⁷

Poput zahteva koji se tiče nadzornih ovlašćenja, i ispunjenost ovog uslova prate brojne dileme, naročito ako se privatno lice ne pojavljuje samo kao krajnji korisnik rezultata rada, već mu pripada i ovlašćenje da upravlja radom zatvorenikâ. S tim u vezi se kao posebno osetljivo pojavljuje pitanje da li je zahtev za nepostojanjem radnog angažovanja od strane privatnog lica ispunjen samo ako zatvorenik nije zaključio ugovor o radu sa privatnim licem. Prihvatljivim se čini negativan odgovor, budući da pravni osnov rada (i priroda odnosa koji se uspostavlja između zatvorenika i drugog privatnog lica) ne predstavlja odlučujući činilac za kvalifikaciju nedopuštenog izuzetka od prinudnog rada, već je za to dovoljno da privatno preduzeće koristi rad zatvorenikâ. To važi i za slučajeve „podugovaranja“, koji ne podrazumevaju uspostavljanje neposrednog pravnog odnosa između privatnog preduzeća i zatvorenika, već preduzeće zasniva pravni odnos samo sa zatvorskom upravom, koja, poput agencija za privremeno zapošljavanje u opštem režimu radnih odnosa, upućuje zatvorenike na rad kod privatnog preduzeća. I, najzad, valja uočiti da, kao i u slučaju uslova koji se odnosi na nadzor javnih vlasti, i utvrđivanje uslova koji se odnosi na korisnike rezultata rada zatvorenikâ služi istoj svrsi – zaštititi zatvorenikâ od eksploatacije, kao i zaštititi njihove bezbednosti. Osim toga, ograničenje kruga korisnika rezultata rada zatvorenikâ treba da doprinese i sprečavanju neloyalne konkurencije na (domaćem i međunarodnom) tržištu, budući da niži troškovi rada koje imaju korisnici rezultata rada zatvorenikâ mogu da omoguće ostvarivanje konkurentске prednosti na tržištu u odnosu na poslodavce koji angažuju druge radnike.⁶⁸ Takav rizik postoji i pored pravila da se zatvorenicima moraju obezbediti uslovi rada koji su što je moguće sličniji uslovima rada ostalih radnika, što, naročito, vredi za pravo na pravičnu naknadu za rad,⁶⁹ budući da razlike u naknadama za rad posebno

Evropske komisije za ljudska prava u *predmetu Twenty-one detained persons v. Germany*, od 6. aprila 1968. godine (predstavke br. 3134/67, 3172/67 i 3188–3206/67).

67 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, st. 9. i 106.

68 A. Ravnić, *op. cit.*, str. 93–94.

69 Istorijski posmatrano, priznavanje prava na naknadu za rad bilo je skopčano sa brojnim kontroverzama, od kojih je najznačajnija počivala na ideji da plaćenost rada zatvorenikâ svedoči da njihov rad „nije stvarni deo kazne“ i da se naknadom za rad „nagrađuje umeće radnika, a ne prevaspitanje krivca“. Ovim postavkama suprotstavlja se postavka da se pravo na naknadu za rad mora posmatrati u svetlu ciljeva rada zatvorenikâ. Kako se rad koristio kao „mehanizam koji izaziva pozitivne promene u čoveku“, tako se i novčanom naknadom nije plaćala „proizvodnja, već plata funkcioniše kao pokretač i pokazatelj individualnih preobražaja zatvorenika: ona je pravna fikcija, pošto ne predstavlja 'slobodnu' prodaju radne snage, nego dosetku koja se smatra vaspitno-popravnim tehnikama“. Korist naknade za rad se, otud, ogleda u tome što „zatvoreniku

ugrožavaju pravila konkurencije. To, konačno, znači da privatna lica ne bi trebalo da ostvaruju profit od rada zatvorenika osim ako se rad obavlja u uslovima koji su što je moguće sličniji uslovima rada zaposlenih na slobodnom tržištu i pod uslovom da ne pribegavaju veštačkom snižavanju naknade za rad.⁷⁰

3. ZAKLJUČAK

Izdržavanje kazne zatvora utiče ne samo na privatni i porodični život, već i na profesionalni život zatvorenika, jer duže odsustvo sa rada zbog izdržavanja kazne ima za posledicu prestanak radnog odnosa nezavisno od njegove i poslodavčeve volje. Iako se zbog toga može činiti da su rad i izdržavanje kazne zatvora *a priori* nepojivi, rad predstavlja sastavni deo zatvorskog režima. On zatvorenicima obezbeđuje značajne prednosti, doprinoseći njihovoj autonomiji, profesionalnom razvoju i rehabilitaciji, odnosno njihovoj profesionalnoj i socijalnoj reintegraciji nakon puštanja na slobodu. Osnovni zadatak države se, otud, sastoji u obezbeđivanju dovoljnog broja odgovarajućih poslova (obaveza sredstva) i organizaciji rada zatvorenikâ na način koji je što je moguće sličniji organizaciji i metodama koje vrede za rad izvan zatvora. Istovremeno, država ima obavezu da obezbedi sigurnost ovih lica i da ih zaštiti od rizika ekonomske eksploatacije i drugih zloupotreba njihovog rada, koji su naročito izraženi ako se kao korisnik rada pojavljuje privatno lice (zbog opasnosti prevladavanja cilja koji se tiče rehabilitacije nastojanjima da se ostvari i maksimizuje profit). Jedan od najozbiljnijih rizika koji, u tom smislu, natkriljuje rad zatvorenikâ jeste zloupotreba njihovog obaveznog rada. Na to upozoravaju i izvori prava međunarodnog porekla i „jurisprudencija“ ugovornih tela nadležnih za nadzor nad njihovom primenom. Pritom, valja uočiti da su posebna pravila o radu zatvorenikâ sadržana samo u izvorima *soft law*-a (Standardna minimalna pravila UN o postupanju sa zatvorenicima i Evropska pravila o zatvaranju), dok pravnoobavezujući izvori međunarodnog prava uređuju predmetno pitanje samo posredno, tj. tako što, potvrđujući zabranu prinudnog rada, iz pojma prinudnog rada izuzimaju obavezni rad zatvorenikâ. Odredbe ovih izvora prava nisu, međutim, međusobno usaglašene u pogledu uslova pod kojima se od zatvorenika može zahtevati obavljanje obaveznog rada. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda postavljaju samo dva uslova za izuzimanje obaveznog rada zatvorenikâ iz opšte zabrane prinudnog rada – da je lice od koga se zahteva rad lišeno slobode na osnovu sudske odluke i da je zahtevani rad normalan, odnosno uobičajen u sklopu lišenja slobode. Sa druge strane, Konvencija

kao uslov opstanka nameće 'moralni' vid zarađivanja za život i omogućava mu da stekne naviku da radi i zavoli posao," jer ako ne živi od svog rada, mora živeti na račun drugih, posredstvom fiskalnog sistema. Mišel Fuko, *Nadzirati i kažnjavati. Nastanak zatvora*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci/Novi Sad, 1997 (prevela s francuskog Ana A. Jovanović), str. 233.

70 Ipak, ne treba gubiti iz vida da u nekim slučajevima troškovi koje privatni „poslodavci“ imaju za obuku i obezbeđivanje bezbednosti i zdravlja zatvorenika mogu biti viši od troškova rada ostalih radnika, dok neki privatni poslodavci brinu i kako će se korišćenje rada zatvorenikâ odraziti na njihovu reputaciju kod potrošača. International Labour Conference, *A global alliance against forced labour*, str. 29.

Međunarodne organizacije rada broj 29, pored zahteva koji se tiče osnova lišenja slobode, ograničava rad zatvorenikâ i zahtevom da ih nije angažovalo privatno lice i da javne vlasti vrše nadzor nad njihovim radom. Države ugovornice Konvencije broj 29 nisu, dakle, dužne da obezbede dobrovoljnost rada osuđenih lica, ukoliko ona rade pod nadzorom javnih vlasti i ako ih nije angažovalo privatno lice, što znači da univerzalni međunarodni radni standardi ne zabranjuju dobrovoljni rad zatvorenikâ u korist privatnih lica, ali ni obavezni rad zatvorenikâ u korist države. Stoga se može zaključiti da, u poređenju sa drugim merodavnim izvorima prava, Konvencija broj 29 obezbeđuje zatvorenicima *najbolju zaštitu od eksploatacije*, istina samo kada je reč o licima koja ne rade za račun države.⁷¹

U pravnoobavezujućim izvorima međunarodnog prava, kvalifikacija rada koji je uobičajen u sklopu lišenja slobode ne zavisi od isplate pravične naknade za rad, niti od zaštite zatvorenikâ od rizika bolesti, povreda, invalidnosti i drugih socijalnih rizika, zbog čega se tako može kvalifikovati i rad čije se obavljanje zahteva od zatvorenika koji nije bio prijavljen na obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje.⁷² Takođe, ovi izvori prava ne uslovljavaju izuzimanje obaveznog rada zatvorenikâ iz opšte zabrane prinudnog rada ni zahtevom koji bi se odnosio na ostale uslove rada, dok praksa Komiteta eksperata za primenu konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada i pravnoneobavezujući izvori o položaju zatvorenikâ ustanovljavaju pravilo da organizacija i uslovi rada zatvorenikâ treba da budu što je moguće sličniji uslovima rada zaposlenih na slobodi, posebno u pogledu prava na bezbednost i zdravlje na radu, ograničeno radno vreme i pravičnu naknadu za rad.⁷³ Stoga se smatra da je pravično da „poslodavci“ ostvaruju profit od dobrovoljnog rada zatvorenikâ samo ako zatvorenici rade u uslovima koji su najbliži uslovima rada na slobodnom tržištu i pod uslovom da ne pribegavaju veštačkom snižavanju naknade za rad.

Pod uticajem univerzalnih i regionalnih izvora prava međunarodnog porekla stvarana su i razvijana zakonodavstva i praksa evropskih država, s tim što treba imati u vidu da *savremeno uporedno pravo* poznaje međusobno vrlo različita rešenja koja se odnose na uređivanje rada zatvorenikâ. U većini evropskih država, pred-

71 Više o paradoksu da Konvencija broj 29 obezbeđuje bolju zaštitu zatvorenikâ koji rade za račun privatnih lica od zatvorenikâ koji rade za račun kaznenih ustanova videti u: C. Fenwick, „Private use of prisoners' labor: paradoxes of International human rights law“, str. 290–291.

72 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u *predmetu Stimer (Stummer) protiv Austrije*, od 7. jula 2011. godine (predstavka broj 37452/02), stav 132.

73 Tako: Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, tač. 11, 72 (stav 1) i 74–76; Resolution (75) 25 on prison labour, stav 1, tačka 4; Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, pravila 26.7, 26.10, 26.13 (za razliku od ostalih uslova rada koji treba da su što sličniji radu na tržištu, njihova *zaštita na radu* „ne sme biti slabija od one koju uživaju radnici van zatvora“), 26.14–26.16. i 105.3. Sa druge strane, Komitet eksperata za primenu konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada je utvrdio zahteve koje rad mora ispuniti da bi mogao da se kvalifikuje kao dobrovoljni rad zatvorenikâ, a najvažniji od njih jeste zahtev da su uslovi u kojima oni rade, u načelu, ekvivalentni uslovima koji se obezbeđuju zaposlenima koji obavljaju slične poslove na slobodnom tržištu rada. Colin Fenwick, *The International Labour Organization: An integrated approach to economic and social rights*, u: Malcom Langford (ed.), „Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law“, Cambridge, University Press, New York, 2008, str. 599.

metno pitanje uređuje zakonodavstvo o izvršenju krivičnih sankcija ili krivičnog procesno zakonodavstvo, koje redovno sadrži i instruktivne norme, koje upućuju na shodnu primenu pojedinih odredaba radnog zakonodavstva na zatvorenike (npr. u Engleskoj i Nemačkoj). Zakonodavstvo manjeg broja država poznaje, čak, i mogućnost zasnivanja posebnog radnog odnosa između zatvorske uprave (ili *ad hoc* tela, koje obezbeđuje obuku i upošljavanje osuđenikâ) i zatvorenika koji radi za račun zatvorske uprave, kada se na zatvorenike primenjuje radno zakonodavstvo, naravno, uz neophodne izmene primerene specifičnom položaju ovih radnika (Italija i Španija).⁷⁴

Uporedno pravo i praksa baštine različita rešenja i u pogledu dopuštenosti obaveznog rada zatvorenikâ. Sve do početka XXI veka, obaveza rada zatvorenikâ bila je ukinuta samo u Francuskoj, Španiji i Velikoj Britaniji, dok je u ostalim evropskim državama postojala zakonska obaveza rada. Potonja obaveza je, naime, podrazumevala da neprihvatanje zahtevanog posla ima za posledicu izricanje (disciplinskih) sankcija, koje su smatrane prihvatljivim zbog činjenice da u ovim slučajevima, pristup poslovima nije uslovljen unapred određenim radnim sposobnostima, već se prema sposobnostima zatvorenikâ biraju aktivnosti koje će im biti poverene. U skladu sa idejom da se rehabilitaciona funkcija rada zatvorenikâ ne može celovito i delotovorno ostvariti ako postoji obaveza rada zatvorenikâ, u nekim državama, uključujući Republiku Srbiju,⁷⁵ došlo je do ukidanja obaveze rada, osim u pogledu rada koji je neophodan za funkcionisanje kaznene ustanove (održavanje higijene odeće i spavaonica, kuvanje i sl.). Ipak, i u državama u kojima i dalje postoji obaveza proizvodnog rada, zatvorenicima pripada sloboda izbora posla, tj. mogućnost da izaberu „vrstu posla u kome žele da učestvuju, u granicama onoga što je dostupno, odgovarajućeg izbora zanimanja i zahtevâ reda i discipline.“⁷⁶ U državama u kojima je ukinuta obaveza rada, sloboda izbora poslova podrazumeva i pravo da se odbije ponuđeni posao, s tim što to odbijanje može proizvesti i određene negativne posledice po status zatvorenika, uključujući rizik da mu u budućnosti ne bude ponuđen nijedan novi posao.⁷⁷

74 Tako: Gianni Loz, Sonia Fernández, „Le travail des détenues dans les prisons en Italie“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, posebno str. 179–181; José A. Soler Arrebola, „La relation spéciale de travail des détenus dans des ateliers pénitentiaires en Espagne“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, posebno str. 201–207. Ovu zakonsku kvalifikaciju radnog odnosa smatramo spornom iz više pravnih razloga. Najvažniji od njih tiču se nepostojanja bitnih elemenata radnog odnosa, kao i osobenog cilja rada, koji se ovde ne sastoji prevashodno u ostvarivanju sredstava za izdržavanje, već u rehabilitaciji zatvorenikâ. Na ove razloge nadovezuje se i činjenica da u ovom slučaju pristup poslovima nije uslovljen određenim radnim sposobnostima, već se prema sposobnostima zatvorenikâ biraju aktivnosti koje će im biti poverene. Ipak, ova obeležja rada zatvorenikâ ne predstavljaju prepreku za prilagođenu primenu pojedinih odredaba radnog zakonodavstva na zatvorenike, naravno, u meri u kojoj je to moguće i odgovara specifičnom položaju i specifičnom mestu rada i radnom okruženju ovih lica.

75 Za analizu nekih posledica ukidanja obaveze rada zatvorenikâ u našoj državi videti u: Đ. Ignjatović, *op. cit.*, str. 145.

76 Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, pravilo 26.6.

77 Ph. Auvergnon, *op. cit.*, str. 79.

Zahtev za obezbeđivanjem pristojnog rada zatvorenikâ ne znači, dakle, i zahtev za njegovim potpunim izjednačavanjem sa radom radnikâ na slobodnom tržištu, budući da se ni u državama u kojima je ukinut obavezni rad zatvorenikâ njihov rad nikada *ne* može opisati kao potpuno slobodan ili dobrovoljan. Umesto toga, primenije je govoriti o „ograničenom pristanku“ zatvorenikâ na rad, budući da su oni slobodni da izaberu vrstu aktivnosti kojima će se baviti.⁷⁸ Ipak, najdelikatniji problem koji ugrožava delotvorno ostvarivanje slobode izbora zaposlenja zatvorenika tiče se *uticaja zalaganja na radu na ublažanje kazne*, jer neprihvatanje ponuđenog zaposlenja može imati za posledicu gubitak mogućnosti za ublažavanje kazne. A u toj posledici može se prepoznati i jedan bitan element prinudnog rada, budući da se kazna pod čijom se pretnjom obavlja prinudni rad može sastojati u *gubitku bilo kog prava ili povoljnosti*. Na to upozarava i Komitet eksperata za primenu konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada, zbog čega su poslednjih par decenija, u mnogim državama ugovornicama Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 29 usvojene novele zakonâ o izvršenju krivičnih sankcija, kojima je izričito potvrđena neophodnost *formalne (pisane) saglasnosti zatvorenikâ za rad za račun privatnog preduzeća* (npr. u Brazilu, Kolumbiji, Obali Slonovače i Surinamu) ili su potvrđene (i unapređene) garantije koje se tiču naknade za rad (npr. u Argentini, Kolumbiji i Salvadoru) i drugih uslova rada, kao i zaštite od socijalnih rizika (npr. u Čileu / naknada za rad i svi drugi uslovi rada/ i Francuskoj /naknada za rad, ograničeno radno vreme, odmori, zaštita bezbednosti i zdravlja na radu, nadzor inspekcije rada, zaštita za slučaj bolesti, materinstva, starosti i invalidnosti/).⁷⁹

LITERATURA

- Joël Andriantsimbazovina, „L'esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Une échelle pertinente des formes d'exploitation de l'être humain?“, *Droits*, broj 52, 2010, str. 97–115.
- Philippe Auvergnon, „Le travail en prison dans quelques pays européens: du non-droit au droit aménagé“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, str. 73–105.
- Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije (sistem radnih odnosa i osnovni problemi sociologije rada*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1971.
- Michele Cavallo, „Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail forcé: LeTPIY et la CEDH entre passé et avenir“, *Droits fondamentaux*, broj 6, 2006, str. 1–16, www.droits-fondamentaux.org
- Anna Cieslar, André Nayer, Bernadette Smeesters, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail: Métamorphoses du droit social*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

78 International Labour Conference, *A global alliance against forced labour*, str. 28.

79 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, st. 60–61. i 114–115. Valja imati u vidu da Evropska pravila o zatvaranju zahtevaju da zatvorenici koji rade budu u najvećoj mogućoj meri obuhvaćeni nacionalnim sistemom socijalnog osiguranja (pravilo 26.17).

- Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EC Law: Texts, cases and materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- Colin Fenwick, „Private use of prisoners’ labor: paradoxes of International human rights law“, *Human Rights Quarterly*, broj 1/2005, str. 249–293.
- Colin Fenwick, *The International Labour Organization: An integrated approach to economic and social rights*, u: Malcom Langford (ed.), „Social rights jurisprudence. Emerging trends in international and comparative law“, Cambridge, University Press, New York, 2008, str. 591–612.
- Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, Paris, 2009.
- Mišel Fuko, *Nadzirati i kažnjavati. Nastanak zatvora*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci/Novi Sad, 1997 (prevela s francuskog Ana A. Jovanović).
- Armin Höland, Mathias Maul-Sartori, „Le travail des détenus dans les prisons en Allemagne“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, str. 135–164.
- Đorđe Ignjatović, *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
- Branislava Knežić, „Nesklad zakona i mogućnosti osposobljavanja osuđenika“, *Strani pravni život*, br. 3/2011, str. 141–150.
- Polon[ca Končar, Luka Tičar, *Praktikum za delovno pravo*, 4. spremenjena in dopolnjena izdaja, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2006.
- Gianni Loz, Sonia Fernández, „Le travail des détenues dans les prisons en Italie“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, str. 165–197.
- Branko Lubarda, *Radno pravo – Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Virginia Mantouvalou, „Servitude and forced labour in the 21st century: The human rights of domestic workers“, *Industrial Law Journal*, broj 4/2006, str. 395–414.
- Jean Pinatel, *Précis de science pénitentiaire*, Sirey, Paris, 1945.
- Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, JP „Službeni glasnik“, Beograd, 2012.
- Anton Ravnić, *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004.
- Roger Roux, *Le travail dans les prisons et en particulier dans les maisons centrales*, Arthur Rousseau, Paris, 1902.
- Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux – Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 2002.
- Robert Schmelck, Georges Picca, *Pénologie et droit pénitentiaire*, Cujas, Paris, 1967.
- José A. Soler Arrebola, „La relation spéciale de travail des détenus dans des ateliers pénitentiaires en Espagne“, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2007, str. 199–222.
- Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009.
- Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l’homme*, 5^e édition, P.U.F., Paris, 1989.
- Alain Supiot, *Critique du droit du travail*, 2^e édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2007.
- Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Beograd, 1990.
- Nikola Tintić, *Osnovi radnog prava I*, Školska knjiga, Zagreb, 1955.

KORIŠĆENI IZVORI PRAVA I DOKUMENTI UGOVORNIH NADZORNIH TELA

- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda („Službeni list SCG – Međunarodni ugovori“, broj 9/2003)
- ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted by the International Labour Conference at its 86th session, Geneva, 18 June 1998
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29 o prinudnom ili obaveznom radu („Službene novine Kraljevine Jugoslavije“, broj 297/1932)
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 105 koja se odnosi na ukidanje prinudnog rada („Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori“, broj 13/2002)
- Konvencija o ropstvu („Službene novine Kraljevine SHS“, broj 234/1929)
- Međunarodni pakt o ekonomskim i socijalnim pravima („Službeni list SFRJ“, broj 7/71)
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima („Službeni list SFRJ“, broj 7/71)
- Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies
- Resolution (75)25 on prison labour, adopted by the Committee of Ministers on 18 September 1975 at the 248th meeting of the Ministers' Deputies
- Revidirana evropska socijalna povelja („Službeni glasnik RS“, br. 42/09)
- Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, adopted 30 August 1955 by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, U.N. Doc. A/CONF/611
- Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti („Službeni glasnik RS“, br. 71/03 i 84/04)
- Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti („Službeni glasnik RS“, br. 36/09 i 88/10).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The right to work: General comment No. 18*, adopted on 24 November 2005, UN Doc E/C.12/GC/18.
- Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, International Labour Conference, 96th Session, Geneva, 2007.
- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Prohibition of slavery and forced labour. Article 4 of the Convention – Key case-law issues*, 2012.
- International Labour Conference, *A global alliance against forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2005.

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law, University of Belgrade

PROHIBITION OF FORCED LABOUR IN INTERNATIONAL LAW, WITH SPECIAL REFERENCE TO LIMITATIONS OF PRISONERS' FORCED LABOUR

SUMMARY

The work is an important part of prison regime and it should have a vocational and rehabilitational purpose and should aim at preparing criminal offenders for professional and social reintegration. This paper aims to provide *analysis* of the application of instruments of international law concerning prohibition of forced labour and its implications for protecting the rights of prisoners. In first part of this paper, the author focuses on one aspect of the right to work, namely freedom from forced labour, and tends to clarify basic elements of the notion of „forced labour“ (menace of penalty and absence of freely given consent for work), and to *determine* the legal *boundary* between forced labour and other similar notions (slavery, servitude and compulsory labour). Second part of the paper is dedicated to the exception to the prohibition of exacting forced labour in the case of prisoners who have been sentenced by a court of law. The author examines limitations of prisoners' forced labour that are connected with legal basis of detention, nature and purposes of prison labour, supervision of prison labour, and beneficiaries of results of prison labour. Having in mind that the process of internationalization of human rights has had a great influence on fixing limitations of prisoners' forced labour, these questions are analyzed in the light of relevant United Nations documents, International Labour Organization standards, standards of the Council of Europe and „jurisprudence“ of International Labour Organization supervisory bodies, European Commission of Human Rights, European Court of Human Rights and European Committee of Social Rights. The author reflects on risks of abusive situations that are connected with labour of prisoners placed at the disposal of private persons. She concludes that relevant binding instruments of international law do not impose the same conditions for prisoners' labour and that International Labour Organization Convention No. 29 – even though this instrument suffers from important limitations regarding prisoners employed for public benefit – constitute the best protection for prisoners from exploitation of their labour, because Convention does not permit the use of forced labour of prisoners who are hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations.

Key words: right to work, freedom to work, forced or compulsory labour, prisoners, beneficiaries of results of prison labour, International labour standards, Council of Europe standards.

Vanja Bajović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

TERET DOKAZIVANJA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Apstrakt: U radu se razmatra pitanje tereta dokazivanja koje dobija na aktuelnosti uvođenjem raspravne maksime u krivični postupak što je učinjeno ZKP/2011. Nesporno je da je ovaj teret uvek na tužiocu ali se nameću pitanja kada se smatra da je taj teret ispunjen? Kako se osloboditi ovog tereta? Da li je ovaj teret isključivo na tužiocu, ili se u određenim situacijama može prebaciti i na odbranu? Ima li sud prostora za intervenciju u slučaju „neaktivnosti“ stranaka? U traženju odgovora na ova pitanja, najpre se daje kratak prikaz ovog koncepta i dokaznih standarda u anglosaksonskom pravu, imajući u vidu da je anglosaksonski raspravni model služio kao uzor krivičnoprocesnih reformi u regionu. Zatim se objašnjava značenje ovog koncepta u do sada zastupljenom mešovitom modelu postupka u kome je istražna maksima u velikoj meri negirala koncept stranačkog dokaznog tereta. Sa donošenjem ZKP/2011 i dokaznom pasivizacijom suda ovo pitanje izbija u prvi plan, te se u radu dalje obrađuju pitanja koja se mogu postaviti kao najspornija u budućoj praksi, a vezana pre svega za činjenice koje su stranke dužne da dokažu, stepen sigurnosti sa kojima one treba da budu dokazane i mogućnost dokazne aktivnosti suda mimo stranačke inicijative. Kod obrade ovih pitanja primarna polazišta su pretpostavka nevinosti i načelo *in dubio pro reo*.

Cljučne reči: teret dokazivanja, dokazni standardi, pretpostavka nevinosti, *in dubio pro reo*

UVOD

Teret dokazivanja predstavlja dužnost stranke da dokaže određene činjenice kako bi izdejstvovala donošenje odluke u svoju korist. Bajer ga definiše kao „pravnu dužnost nekog procesnog subjekta da dokaže neku činjenicu“,¹ Vasiljević ističe da se pod podelom tereta dokazivanja podrazumeva „obaveza svake stranke u procesu da pruži dokaze o onome što tvrdi“,² dok Škulić pod ovim teretom podrazumeva „određivanje subjekta krivičnog postupka koji je dužan da podnese dokaze radi utvrđivanja postojanja ili nepostojanja određenih činjenica, odnosno da u cilju utvrđivanja činjenica ukaže na potrebu korišćenja određenih dokaznih sredstava, kao i na postojanje konkretnih izvora dokaza.“³

Stranački model postupka podrazumeva i stroga pravila o teretu dokazivanja. Kako je dokazivanje činjeničnih tvrdnji na strankama, mora se jasno odrediti šta je

* asistent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 V. Bayer, *Jugoslovensko krivično procesno pravo –knjiga druga- Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Zagreb, 1989., str. 68

2 T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracije, Beograd, 1981., str. 311

3 M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2007., str. 86

koja stranka dužna da dokaže, na koji način i uolikoj meri, tačnije sa kojim stepenom uverljivosti. U istražnom modelu postupka koji podrazumeva dokazno aktivan sud pravila o teretu dokazivanja gube na značaju jer nisu stranke te koje dokazuju svoje činjenične tvrdnje, već je sud taj koji utvrđuje istinu na osnovu dokaza koje izvodi na glavnom pretresu. Iz tog razloga je razumljivo da je ovo pitanje u našoj literaturi retko obrađivano, a i autori koji ga pominju dovode ga u pitanje sa načelom utvrđivanja materijalne istine, naglašavajući da ovo načelo negira teret dokazivanja u adverzijalnom smislu te reči.⁴ Imajući u vidu strukturu postupka koja podrazumeva dokazno aktivan sud, pojedini autori išli su i korak dalje naglašavajući da u našem pravu teret dokazivanja ne leži na strankama, nego na sudu!⁵ Ovakve tvrdnje nisu neosnovane, imajući u vidu da je sud taj koji prikuplja i izvodi dokaze kako bi se utvrdila istina, ali su nespojive sa samim konceptom tereta dokazivanja koji zapravo podrazumeva dužnost određenog subjekta da dokaže određene činjenice kako bi se donela odluka u njegovu korist. Sud naime nema nikakav „teret“ da bilo šta dokaže, u bilo čiju korist ili na bilo čiju štetu, već je njegov zadatak da utvrdi šta se desilo u cilju donošenja pravilne odluke. Stoga su formulacije na koje se nailazilo u praksi da „Prvostepeni *sud mora* izvođenjem dokaza *dokazati* da je okrivljena znala da su isprave koje je upotrebila lažne te da ih je upotrebila i pored tog saznanja“ (*Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Kž. 506/07 od 01.11.2007. godine*) pogrešne i suprotne pretpostavci nevinosti. Iz ovakve formulacije proizilazi naime da sud stoji nasuprot okrivljenog i dokazuje krivicu. Sud ne mora ništa dokazati, već sud mora izvođenjem dokaza kako na štetu tako i u prilog okrivljenog „*utvrditi*“ da li je okrivljena znala da su isprave koje je upotrebila lažne.

Prelaskom na raspravni model postupka pitanje tereta dokazivanja dobija na značaju. Nesporno je da je teret dokazivanja na tužiocu, ali se nameću pitanja kada se smatra da je taj teret ispunjen? Kako se osloboditi ovog tereta? Da li je ovaj teret isključivo na tužiocu, ili se u određenim situacijama može prebaciti i na odbranu? Ima li sud prostora za interevenciju u slučaju „neaktivnosti“ stranaka?

-
- 4 Tako je isticano da je „takav teret je isključen iz krivičnog postupka jer ne može da se složi sa vrhovnim načelom istraživanja materijalne istine“ (B. Marković, *O dokazima u krivičnom postupku*, drugo izdanje, Beograd, 1921., str. 97); da „podela tereta dokazivanja ne postoji u našem krivičnom postupku jer dominira načelo materijalne istine koje podrazumeva aktivnu ulogu suda u predlaganju i izvođenju dokaza“ (T. Vasiljević., 311–312); da je „u savremenom krivičnom postupku mešovito tipa u kome je kontradiktornost delimično ograničena za račun istraživanja materijalne istine, princip podele tereta dokazivanja zamenjen načelom sudske odgovornosti za nastupanje dokaza“ (M. Grubač., *Krivično procesno pravo- Uvod i opšti deo*, III izdanje, Službeni glasnik, Beograd., 2004., str. 291); da „u našem krivičnom postupku kao i u drugim kontinentalno-evropskim mešovitim tipovima krivične procedure, teret dokazivanja nije isključivo stranačkog karaktera“ te da se „drukcije značenje tereta dokazivanja u odnosu na čisto stranačke tipove procedure zasniva na dejstvu načela istine“ (M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2009. str.188)
 - 5 Tako M. Grubač ističe da je „odgovornost sudije u krivičnom postupku najveća, jer teret dokazivanja nije na strankama, već na sudu“ (M. Grubač, 273) Bajer je smatrao da pravni teret dokazivanja u našem pravu imaju javni tužilac, istražni sudija i pretresno veće, jer tužilac koji zahteva sprovođenje istrage mora da podnese dokaze iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je izvršeno krivično delo, istražni sudija mora sam, *ex officio* da prikuplja dokaze koji terete okrivljenog i koji mu idu u prilog, na glavnom pretresu sud izvodi sve dokaze koje smatra potrebnim, i tsl. (V. Bayer, 68–72)

1. TERET DOKAZIVANJA U ADVERZIJALNOM KRIVIČNOM POSTUPKU

U adverzijalnom postupku se velika pažnja posvećuje pitanju tereta dokazivanja i dokaznim standardima.⁶ Ističe se da je „teret dokazivanja kamen temeljac u arhitekturi adverzijalnog krivičnog postupka“,⁷ da bi „našem pravu veliku uslugu učinio onaj ko bi temeljno razmotrio, istražio i izložio pravnu teoriju o teretu dokazivanja.“⁸

U anglosaksonskom pravu se pravi razlika između tereta „nastupanja“ dokaza (*Burden of production* ili *Burden of Going Forward*)⁹ i tereta uveravanja (*burden of persuasion*).¹⁰ Produkcioni teret ili teret „nastupanja dokaza“ nema svoj pandan u evrokontinentalnom pravu i posledica je raspodele nadležnosti između profesionalnog sudije i porote. Ovaj teret dolazi do izražaja pre nego što slučaj dođe pred porotu. Sudija „filtrira“ informacije koje će se prezentovati poroti, tako što određuje koje su činjenice relevantne za slučaj, a samim tim i vredne rasprave i koji su dokazi prihvatljivi u cilju utvrđivanja tih činjenica. Zadatak predlagača je da pokaže da je određeno pitanje uopšte vredno rasprave, a produkcioni teret je prag koji se mora preći kako bi se sprečilo donošenje odluke u korist druge strane. Tako, pre nego što se slučaj iznese pred porotu, na tužiocu je teret „nastupanja“ dokaza kojima potkrepljuje svoju optužnicu. Ako sudija smatra da su izneti dokazi nedovoljni, postoji mogućnost donošenja oslobađajuće presude i mimo porotnog suđenja.¹¹

-
- 6 O tome opširnije: John T. McNaughton, „Burden of Production of Evidence: A Function of a Burden of Persuasion“, *Harvard Law Review*, Vol. 68, No. 8 (Jun., 1955), pp. 1382–1391, Morgan, „Instructing the Jury Upon Presumptions and Burden of Proof“, 47 *Harvard Law Review*, 59, 67 1933, J. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence* 355, 1898
- 7 Roberts P. & Zuckerman A., *Criminal Evidence*, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 220–221
- 8 Thayer James Bradley, „The Burden of Proof“, *Harvard Law Review*, 4:2, 1890, str. 47
- 9 Ovaj teret ponekad se prevodi i kao produkcioni teret. Vidi: A. Uzelac, *Teret dokazivanja*, Zagreb, 1998, str. 209–215. U tom smislu Uzelac kaže da bi izrazi „izvođenje“ ili predlaganje dokaza bili neodgovarajući, jer se ovaj teret više od pukog predlaganja dokaza, u smislu navođenja gde bi se određeni dokaz eventualno mogao pronaći, a ne predstavlja ni izvođenje dokaza u smislu ispitivanja svedoka i tsl. Stoga se za označavanje ovog tereta služi latinizmom „produkcija“. A. Uzelac, 213, fn. 63. Imajući u vidu suštinu ovog tereta, on bi se mogao podvesti pod ono što Vasiljević označava nastupanjem dokaza (T. Vasiljević, 310–313), te će se u ovom radu izrazi teret nastupanja dokaza i produkcioni teret koristiti kao sinonimi.
- 10 U literaturi se ovi „tereti“ ponekad nazivaju i *probative* ili *legal* sa jedne i *evidential burden*, sa druge strane, posebno od strane engleskih autora. Tako se, primera radi ističe da pravni teret (*legal burden*) obaveza stranke da dokaže spornu činjenicu, dok dokazni teret (*evidential burden*) podrazumeva obavezu stranke da ponudi dovoljno dokaza kako bi se određena činjenica uopšte dokazivala pred porotom. Vidi: Roberts P., Zuckerman A., 220–221 i Spencer, *Evidence Law*, Oxford University Press, 2010, rr. 13–18
- 11 Reč je o tzv. naredenoj presudi (*directed verdict*) koja postoji u modelima porotnog suđenja i faktički podrazumeva naredbu datu od strane sudije poroti da donese određenu odluku, kada na osnovu dokaza iznetih na prethodnom ročištu utvrdi da „nijedna razumna porota na osnovu raspoloživih dokaza ne bi mogla zaključiti suprotno.“ U krivičnom postupku sudija može narediti samo donošenje oslobađajuće presude ako na prethodnom ročištu ustanovi da dokazi predloženi od strane tužioca ne daju osnova za sumnju da je okrivljeni izvršio krivično delo.

Teret uveravanja u porotnom modelu „stupa na scenu“ tek ako je prethodno zadovoljen ovaj produkcionni teret, odnosno tek nakon što sudija proceni da su određene činjenice i dokazi „vredni rasprave“. Dok je produkcionni teret ili teret nastupanja dokaza usmeren prema sudiji, teret uveravanja se odnosi na porotu koju treba dokazima uveriti u svoje činjenične tvrdnje kako bi se „dobio slučaj“. U krivičnom postupku na tužiocu je uvek teret uveravanja porote „van razumne sumnje“, bez obzira što se produkcionni teret u određenim situacijama može prebaciti na odbranu. Primera radi, ako okrivljeni namerava da se poziva na nužnu odbranu ili alibi, na njemu je teret „nastupanja“ dokaza, tačnije zadatak da ponudi dovoljno dokaza kako bi se pitanje alibija ili nužne odbrane uopšte iznelo pred porotu.¹² U tom cilju odbrana će predložiti svedoke i druge relevantne dokaze koji govore u prilog postojanja istovremenog protivpravnog napada, a na sudiji je da proceni osnovanost i dokaznu potkrepljenost ovakvih tvrdnji, pre nego se to pitanje iznese pred porotu. Ako odbrana uspe u tome i u postupak se „unese“ i pitanje nužne odbrane, teret uveravanja i dalje ostaje na tužiocu koji je dužan da uveri porotnike van razumne sumnje da se radilo o ubistvu odnosno da se nije radilo o nužnoj odbrani. „Unošenje“ u postupak pitanja kao što su nužna odbrana, krajnja nužda, alibi i t.sl. (ono što se u anglosaksonskom pravu naziva posebnim „odbranama“) tužiocu nameće veći teret, jer dokazuje veći broj činjenica (da se nije radilo o protivpravnom napadu, da okrivljeni nije bio tamo gde tvrdi, itd.) nego što bi to bio slučaj da ova pitanja nisu postavljena.¹³

Dokazni standard predstavlja određen stepen uverenja koji je potrebno zadovoljiti u cilju donošenja odgovarajuće odluke.¹⁴ Američko pravo poznaje tri dokazna standarda (*Preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence* i *beyond reasonable doubt*) mada se u literaturi ponekad pominju i drugi dokazni standardi (*strong and convincing evidence*, *very clear and decisive evidence* i t.sl.). Englesko pravo,¹⁵ za razliku od toga poznaje samo dva dokazna standarda uverenost na osnovu balansa verovatnoće (*proof on the balance of probabilities*) koji podrazumeva veću verovatnoću u postojanje nego u nepostojanje određene činjenice i uverenost „van razumne sumnje“ (*beyond reasonable doubt*).

12 Stranački model postupka sa dokazno pasivnim sudom ne nalaže po službenoj dužnosti utvrđivanje činjenica u cilju utvrđivanja istine, ako ih odbrana nije istakla u postupku. Shodno tome, sud neće utvrđivati da li je okrivljeni bio uračunljiv ako se pojavi sumnja u tako nešto, već samo ako okrivljeni istakne prigovor neuračunljivosti. U tom smislu se svi osnovi isključenja krivičnog dela u našem pravu (neuračunljivost, nužna odbrana, krajnja nužna i t.sl.) u stranačkom modelu posmatraju kao posebne „odbrane“ koje je okrivljeni dužan unapred da najavi i ispuni navedeni „produkcionni teret“ ako planira da se na njih poziva tokom postupka. Tako primera radi okrivljeni koji planira da se poziva na neuračunljivost ima dužnost da o tome blagovremeno i pismeno obavesti tužilaštvo, jer se u suprotnom ne može služiti ovom odbranom (pravilo 12.2. Federalnih pravila krivičnog postupka). Ista je procedura i u slučaju pozivanja na alibi, naređenje pretpostavljenog i t.sl.

13 O tome: Christie George C. And Pye Kenneth A., „Presumptions and Assumptions in the Criminal Law: Another View“, *Duke Law Journal*, Vol. 919, 1970, str. 919- 942

14 O ovim standardima opširnije: Michale H. Graham, „Burden of Proof and Presumptions in Criminal Cases“, *Criminal Law Bulletin*, Vol. 44, No. 16, 2009, rr. 1-33, Stephen I. Dwyer, „Presumptions and Burden of Proof“, *Loyola Law Review*, Vol. 21, 1975, pp. 376- 404

15 O tome: Roberts P., Zuckerman A., str. 220-221

Standard pretežnosti dokaza (*Preponderance of evidence*) podrazumeva da je veća verovatnoća da je neka tvrdnja istinita nego lažna, odnosno da određena činjenica postoji nego da ne postoji.¹⁶ Reč je o dokazu koji porotu navodi da utvrdi da je postojanje sporne činjenice verovatnije od njenog nepostojanja.¹⁷ Standard pretežnosti dokaza se koristi za donošenje presude u parničnom postupku dok se u krivičnom postupku pominje u postupku potvrđivanja optužnice od strane velike porote, gde je tužilac dužan da dokaže „pretežnošću dokaza“ da je okrivljeni izvršio krivično delo. Isto tako, okrivljeni koji namerava da se poziva na neuručljivost, alibi, nužnu odbranu i t.sl., dužan je da pretežnošću dokaza uveri sudiju u postojanje ovih okolnosti, kako bi se ovo pitanje uopšte iznelo pred porotu.

Standard jasnog i uverljivog dokaza (*clear and convincing evidence*) podrazumeva nešto jači stepen uverenja u smislu da dokazi koje je stranka iznela moraju kod porotnika stvarati veoma čvrsto uverenje, visoku verovatnoću u postojanje određene činjenice, odnosno u istinitost određenih tvrdnji. Zahteva se u određenim parničnim predmetima u kojima se radi o javnom interesu (koji bi se kod nas rešavali u upravnom postupku kao što je recimo disciplinska odgovornost sudija i tužilaca), u bračnim sporovima poput brakorazvodnih parnica, dodeljivanja starateljstva nad decom, utvrđivanje očinstva i t.sl., a interesantno je da se ovaj standard primenjuje i u krivičnim postupcima protiv maloletnih učinilaca krivičnih dela.

Standard van razumne sumnje (*beyond reasonable doubt*) je najviši dokazni standard koji se zahteva za donošenje osuđujuće presude u krivičnom postupku. Stepenn sigurnosti u krivicu okrivljenog treba da se graniči sa izvesnošću. Vrhovni sud SAD-a je istakao da pravičan postupak propisan XIV amandmanom Ustava (*due process of law*), zahteva da se optuženi u krivičnom postupku oslobodi uvek ako se svi elementi krivičnog dela ne dokažu u skladu sa „najvišim standardom dokaza koji pravo poznaje“.¹⁸

Najveći problem kod primene ovog standarda nalazi se upravo u njegovom preciznom određivanju. Tako se navodi da „kada sudija upotrebi ovaj termin i pokušava da ga objasni porotnicima time ih još više zbunjuje umesto da im jednostavno kaže da je dužnost tužioca da ih uveri da je optuženi kriv.“¹⁹ Bilo je pokušaja i da se dokazni standardi izraze procentualno, tako što bi standard pretežnost dokaza podrazumevao stepen uverenja veći od 51 %, jasan i uverljiv dokaz bi predstavljao „procentualnu“ uverenost između 70 i 90 %, dok bi standard van razumne sumnje predstavljao svaku verovatnoću veću od 90 %, ²⁰ ali ova nastojanja nisu donela zna-

16 *Miller v. Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372. U istom predmetu je istaknuto da „ako su dokazi takvi da tribunal može reći mi smatramo da je verovatnije da jeste nego da nije, ovom je teretu udovoljeno, a ako su verovatnosti izjednačene tada nije“

17 McCormick, *McCormick on Evidence*, West Publishing: St. Aul, Minn. 4 ed., 1992, 574

18 *In re Windhip*, 397 U.S. 358

19 *R v Summers*, 1952, 1 All ER 1059, CCA

20 U nastojanjima da se „matematika uvede u pravo“ i da se dokaznim standardima postave odgovarajuće numeričke paralele tako što bi se oni zasnivali na merljivom i proverljivom stepenu verovatnoće posebno se isticala tzv. nova škola dokazivanja (*new evidence scholarship*). Vidi: Ball V.C., „The Moment of Truth: Probability Theory and Standards of Proof“, *Vanderbilt Law Rev.*, 14:1961, str. 807–830, Kaplan, „Decision Theory and the Factfinding Process“, *Stanford Law Rev.*, 20:1968, str. 1065–1080.

čajnije praktične rezultate.²¹ Sudija je dužan da poroti pre odlučivanja da određene instrukcije, između ostalog i da im „laički“ objasni šta znači uverenost van svake razumne sumnje i kakva ta uverenost treba da bude. U praksi je tako isticano da je reč o takvom stepenu uverenja na koje bi se svako razumno lice oslonilo postupajući u stvarima od najviše važnosti u svom ličnom interesu,²² ili da je reč o „takvom stanju slučaja koje, nakon upoređivanja i razmatranja svih dokaza ostavlja svest porotnika u takvom stanju da moraju reći da osećaju čvrsto uverenje, moralnu izvesnost da je optužba istinita.“²³ Takođe je naglašavano da se ne mora i ne može raditi o apsolutnoj sigurnosti, već o velikom stepenu verovatnoće. Uverenje van razumne sumnje ne znači i uverenje bez bilo kakve sumnje. Ako imamo jake dokaze protiv optuženog koji ostavljaju samo neznatnu mogućnost u njegovu korist, odnosno ako je „moguće ali ne i verovatno“ slučaj je dokazan van razumne sumnje.²⁴

Slično određenje prihvaćeno je i u praksi Međunarodnih krivičnih tribunala, gde je istaknuto da: „Ne mora postojati sigurnost, ali mora postojati visok stepen verovatnoće. Dokaz van razumne sumnje ne znači dokaz bez ijedne senke sumnje. Ako protiv optuženog postoje tako jaki dokazi da u njegovu korist preostaje samo neka daleka mogućnost koja se može odbaciti rečenicom ‘naravno da je to moguće, ali to nije nipošto verovatno’, optužba je dokazana van razumne sumnje.“²⁵

Tužilac je naime dužan da porotu uveri van razumne sumnje u sve elemente krivičnog dela i postojanje svih činjenica na koje se poziva. Tako primera radi, ako se postupak vodi za krivično delo razbojništva tužilac je dužan da dokaže van razumne sumnje da je okrivljeni neovlašćeno oduzeo tuđu stvar; da je tom prilikom primenio silu ili pretnju; da je to uradio u nameri pribavljanja imovinske koristi. Ako se okrivljeni primera radi pozove na to da je stvar bila njegova, a ne tuđa i stvori na taj način sumnju kod porotnika, na tužiocu je opet da izvođenjem dokaza „odagna tu sumnju“ uverevanjem porote „van razumne sumnje“ da je stvar bila tuđa.

Tužiočev teret dokazivanja „van razumne sumnje“ ne odnosi se samo na materijalno pravne već i na procesno pravne činjenice, kao i činjenice relevantne za odmeravanje kazne (postojanje otežavajućih odnosno nepostojanje olakšavajućih okolnosti). Zbog toga se i veruje da koncept dokaza „van razumne sumnje“ (*proof beyond a reasonable doubt*), šireg domašaja od svog kontinentalnog pandana

-
- 21 Primera radi, na anketi sprovedenoj među porotnicima čiji je zadatak bio da procentualno izraze „sigurnost“ jedan broj ju je izrazio uverenjem od 100%, drugi od najmanje 90 %, dok su neki tu sigurnost rangirali sa svega 70 %. O tome: M. Solan ‘Refocusing the Burden of Proof in Criminal Cases: Some Doubt about Reasonable Doubt’, *Texas Law Rev.*, 78:1999, pp. 105
- 22 R v Gray, 1974 58 Cr App R 177, Walters v R 1969, 2 AC 26, R v. Yap Chuan Ching, 1976, 63 Cr App R 7, CA (u ovom predmetu, sudija je rekao porotnicima da treba da su sigurni u krivicu kao što bi bili sigurni kada stavljaju hipoteku na svoj stan)
- 23 Commonwealth v. Webster, 59 Mass (5 Cush) 295, str. 320
- 24 Miller v. Minister of Pensions, 1947, 2 All ER 372, 372-74
- 25 Judgement, *Delalic et al.* (IT-96-21), Trial Chamber, 16 November 1998, par. 600; citira *Millerp v. Minister of pensions* (1947) 1 All ER 373, 373-4. Slično i u predmetu Halilović gde je istaknuto da „Pretnesno veće tumači standard ‘van razumne sumnje’ da znači visok stepen verovatnoće; to ne znači sigurnost ili dokaz koji isključuje svaku sumnju.“ Judgement, *Halilovic* (IT-01-48-T), Trial Chamber, 16 November 2005, par. 25

pretpostavke nevinosti i iz nje izvučenog načela *in dubio pro reo*, koje se uglavnom vezivalo samo za činjenice od kojih zavisi odluka o krivici.²⁶ Međutim, poslednjih godina i na kontinentu dolazi do „širenja“ ovog koncepta i to pre svega pod uticajem Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava koji je usvojio dokazni standard „van razumne sumnje“.²⁷

2. TERET DOKAZIVANJA U MEŠOVITOM KRIVIČNOM POSTUPKU

Dominacija istražne maksime negira teret dokazivanja u smislu dužnosti stranke da dokaže svoje činjenične tvrdnje. Kako sud ne dobija činjeničnu građu za odlučivanje od stranaka, već na osnovu istrage koju sam sprovodi i dokaza koje sam izvodi u cilju utvrđivanja istine, na strankama faktički ne leži nikakav teret predlaganja i izvođenja dokaza. Na sudu je odgovornost za nastupanje dokaza i zadatak da skupi ceo činjenični materijal potreban za odluku u cilju utvrđivanja „pune istine o krivičnom delu i krivcu“.²⁸ Uprkos negaciji tereta dokazivanja u pravom, adverzijalnom smislu te reči, većina autora je priznavala postojanje interesa stranke da se utvrde određene činjenice njoj u prilog. U tom smislu pravljena je podela na *formalni teret dokazivanja* koji podrazumeva mogućnost suda da prilikom odlučivanja ima u vidu samo one činjenice koje su stranke istakle i dokazale i *materijalni teret dokazivanja* koji podrazumeva interes stranke da predloži izvođenje određenih dokaza kako bi se utvrdile određene činjenice.²⁹ Formalni teret dokazivanja je, po logici stvari nespojiv sa postupkom u kome sud određuje koje će se činjenice utvrđivati i kojim dokazima i aktivno učestvuje u njihovom izvođenju u cilju utvrđivanja istine, ali je sa druge strane isticano da materijalni teret dokazivanja postoji i u našem krivičnom postupku i podrazumeva: a) postojanje interesa stranaka da pronalaze i predlažu činjenice i dokaze koje im idu u prilog i b) nastupanje štetnih posledica za stranku ako činjenica koja joj ide u prilog ostane nedokazana.

Međutim navedene konstatacije i materijalni teret dokazivanja logički su disparitetni „idealnom“ istražnom modelu u kome je osnovni zadatak suda da utvrdi istinu, nezavisno od stranačke inicijative. Ako je dužnost suda da utvrdi istinu a neka činjenica ostane nedokazana (bez obzira na to kome ona ide u prilog), logički proizilazi da sud nije ispunio svoju osnovnu dužnost, što dovodi u pitanje i legitimitet donete odluke. Ako je dužnost suda da utvrdi šta se stvarno desilo, onda bi sud, primera radi i bez dokazne inicijative odbrane bio dužan da utvrdi da je delo primera radi izvršeno u nužnoj odbrani ili u neuračunljivom stanju. Posebno odbrana u takvom sistemu ne bi smela da snosi štetne posledice ako činjenica koja joj ide

26 Damaska M., „Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study“, *121 University of Pennsylvania Law Review*, 1972–1973, str. 541–542

27 *Rahimi vs. Greece*, App. No. 8687/08, Judgement of 5.04.2011, *Eduard Popa v. the Republic of Moldova* App. No. 17008/07, Judgement of 12.02.2013, *Suleymanov vs. Russia*, App. No. 32501/11, Judgement of 22.01.2013.

28 O tome: T. Vasiljević, 311–312

29 Tako B. Marković, 96–100, M. Grubiša, *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, drugo dopunjenje i izmenjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1980., 59–75, V. Bayer, 68–72

u prilog ostane nedokazana. Ali u praksi se dešavalo upravo suprotno – sudovi ne samo da ne bi samoinicijativno utvrđivali činjenice koje odbrani idu u prilog, već bi odbijali dokazne predloge odbrane usmerene na utvrđivanje ovih činjenica. Načelo utvrđivanja materijalne istine nije podrazumevalo usvajanje svih dokaznih predloga, već samo onih, koje je sud smatrao relevantnim za pravilno odlučivanje. Tako se primera radi dešavalo da sud odbije utvrđivanje činjenica koje predstavljaju osnov za oslobađanje od kazne,³⁰ pa čak i da odbije utvrđivanje odlučnih činjenica vezanih za same elemente krivičnog dela.³¹ Interesantno je da u ovakvim slučajevima drugostepeni sudovi presude nisu ukidali zbog pogrešnog ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, već zbog povrede iz člana 368 stav 2 ZKP-a, odnosno povrede prava na odbranu. Uprkos načelnim proklamacijama da je teret dokazivanja na tužiocu, u mešovitom modelu postupka ovo pravilo je dosta relativizovano, imajući u vidu dužnost suda da utvrđuje sve one činjenice koje smatra relevantnim i izvodi sve dokaze koje smatra potrebnim za utvrđivanje istine. Sud kao dokazno najaktivniji akter u postupku tužioca faktički oslobađa tog „tereta“ imajući u vidu da je on taj koji tokom istrage prikuplja dokaze (istražni sudija), a kasnije na glavnom pretresu određuje koje će se činjenice utvrđivati i koji će se dokazi izvoditi. Zbog toga se i ističe da teret dokazivanja u neadverzijalnom postupku ima specifično značenje. Kako sud ima aktivnu ulogu u pronalaženju istine, teret stranke da dokaže određenu činjenicu koegzistira sa ovom dužnošću suda da utvrdi pravno relevantno činjenično stanje.³²

3. TERET DOKAZIVANJA U KRIVIČNOM POSTUPKU PO ZKP/2011

ZKP/2011³³ u velikoj meri menja ovaj koncept, predviđajući da je teret dokazivanja optužbe na tužiocu (čl. 15 st. 2), obavezujući stranke da najkasnije na pripremnom ročištu predlože i obrazlože predložene dokaze (čl. 350) i da označe koje bi

30 Tako je prvostepeni sud je odbio utvrđivanje činjenica koje je istakla odbrana i to da je okrivljeni drogu nabavio i držao radi sopstvene upotrebe, da ne može bez nje i da su pokušaji lečenja ostali bezuspešni. Da je utvrdio postojanje ovih činjenica sud je mogao da okrivljenog oslobodi od kazne po čl. 246 st. 4 KZ. Ukidajući prvostepenu odluku, Vrhovni sud je naveo: „Kako su ove činjenice od koristi za okrivljenog jer su od značaja za donošenje zakonite odluke u pogledu pravilne primene zakona u delu odluke o kazni, a od strane prvostepenog suda nisu cenjene u smislu člana 17 ZKP, to je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 368 stav 2 ZKP, zbog koje je presuda morala biti ukinuta i vraćena na ponovno suđenje.“ (*Rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž. 1 2578/2006 od 05.02.2007. godine*).

31 Prvostepeni sud je oglosio okrivljenog krivim za proneveru na osnovu činjenice postojanja manjka, a da nije utvrđivao radnju izvršenja krivičnog dela koja se sastoji u prisvajanju, na koji način je optuženi izvršio navodno prisvajanje, kada je delo učinjeno, da li je oduzete stvari zadržao za sebe ili ih je otuđio itd. Ukidajući prvostepenu presudu Vrhovni sud je istakao: „Odlučne činjenice odnose se na mnogobrojne predloge odbrane u koje se prvostepeni sud uopšte nije upuštao već ih je smatrao bespredmetnim, te je na taj način povređeno pravo odbrane okrivljenog na glavnom pretresu koje je bilo od uticaja na zakonito i pravilno donošenje prvostepene presude.“ (*Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1 1148/2007 od 24.12.2007. godine*).

32 Tako i: A. Uzelac, 276

33 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP/2011, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11 i 101/11.

se činjenice imale dokazati i kojim od predloženih dokaza (čl. 356). U vezi sa tim, najpre se nameće pitanje šta je tužilaštvo dužno da dokaže?

U anglo-saksonskoj praksi je, videli smo, tužilac dužan da dokaže „van razumne sumnje“ sve elemente krivičnog dela koje optuženom stavlja na teret i sve druge činjenice na koje se poziva, primera radi vezane za odmeravanje kazne. Sličan rezon trebalo bi prihvatiti i u našem novousvojenom raspravnom modelu.

Daleko komplikovanije je pitanje da li je odbrana dužna nešto da dokazuje? Problem je aktuelan recimo kod pitanja dokazivanja nužne odbrane, krajnje nužde, neuračunljivosti i svih drugih činjenica koje dovode u pitanje tužiočeve tvrdnje (primera radi, da je čedomorstvo bilo rezultat poremećaja izazvanog porođajem, da oteta stvar nije „tuđa“ već da je pripadala okrivljenom, da radnja okrivljenog nije bila uzrok smrti pasivnog subjekta, i t.sl.) Iako je i u ranijoj literaturi iznošena kritika gledišta koja su govorila o prenošenju na odbranu tereta dokazivanja činjenica koje idu okrivljenom u prilog,³⁴ problem se posebno aktuelizuje dokaznom pasivizacijom suda.

Pretpostavka nevinosti između ostalog podrazumeva da je teret dokazivanja na tužiocu te da okrivljeni ne treba da dokazuje da je nevin, već je na tužiocu da dokaže da je kriv, tačnije da obori ovu pretpostavku. Na prvi pogled bi se činilo da je položaj okrivljenog u krivičnom postupku daleko povoljniji od položaja tuženog u parničnom postupku, jer je on „zaštićen“ ovom pretpostavkom. Međutim, i u parničnom i u krivičnom postupku važi pravilo „*Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat; cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit*“, odnosno da je „onaj koji tuži dužan to i da dokaže“.³⁵ I u parničnom postupku je na tužiocu teret dokazivanja tužbenog zahteva. Shodno tome, ako tužilac primera radi tvrdi da mu tuženi nije isplatio kupoprodajnu cenu u potpunosti, dužan je da dokaže svoje tvrdnje, davanjem primera radi izvoda sa bankovnog računa na kome se vidi da mu nije pristigla nikakva uplata od strane tuženog. Tuženi se može držati pasivno rizikujući da time izgubi spor, dok sa druge strane može (ali ne mora) dokazivati primera radi da je kupoprodajnu cenu isplatio u gotovini. Tuženi prema tome faktički nema nikakav teret, ali pasivnim držanjem rizikuje gubitak spora. U krivičnom postupku je isto tako na tužiocu teret dokazivanja da je primera radi, nepružanje pomoći od strane okrivljenog uzrok smrti pasivnog subjekta. Okrivljeni nije dužan ništa da dokazuje, ali je u njegovom interesu da dokaže da nije bio u mogućnosti da pruži pomoć ili da je pomoć pružio ali je ona bila neadekvatna. Prema tome, tužena strana u postupku nikada nema dužnost da bilo šta dokazuje ali je aktivno držanje i

34 Još je Grubiša ukazivao na ovaj problem, kritikujući sovjetske autore Strogoviča i Višinskog koji su smatrali da se u krivičnom postupku teret dokazivanja prebacuje na okrivljenog kada je reč o onim činjenicama koje mu idu u prilog. U tom smislu je naglašavao da u krivičnom postupku zbog principa *in dubio pro reo* ne može i ne sme dolaziti do prebacivanja tereta dokazivanja, te da optuženi nema šta da dokazuje (nema ni tzv. „materijalni“ teret) već da njemu treba dokazati, s jedne strane, postojanje činjenica što ga terete, a s druge strane, nepostojanje činjenica koje mu idu u korist. M. Grubiša, 62–66

35 Ceo prevod ove maksime bi glasio „onaj koji tvrdi nešto dužan je da dokaže, ne onaj koji negira, imajući u vidu da onaj koji negira po prirodi stvari teško može pružiti dokaze koji govore u prilog nepostojanja činjenice.“

dokazivanje činjenica koje joj idu u prilog u njenom interesu. Problem je kako ovaj „interes“ uskladiti sa pretpostavkom nevinosti.

U anglosaksonskoj praksi je ovaj problem rešen pozivanjem na različite dokazne standarde na osnovu kojih proizilazi da samo tužilac ima dužnost dokazivanja činjenica „van razumne sumnje“ dok odbrana nikada u krivičnom postupku nije dužna da zadovolji ovaj dokazni standard. U pogledu činjenica koje idu u prilog okrivljenom, na optuženom je samo tzv. produkcionu teret – on mora da ponudi dovoljno dokaza koji govore u prilog ovih činjenica kako bi se one uopšte iznele pred porotu. Tako je Vrhovni sud SAD istakao da se kod pozivanja na nužnu odbranu ne radi o prebacivanju tereta dokazivanja na okrivljenog, već o afirmativnoj odbrani koja podrazumeva da okrivljeni mora da dokaže one činjenice koje mu idu u prilog, a u tom smislu je dovoljan standard pretežnosti dokaza.³⁶ Na tužiocu je onda konačan teret dokazivanja i to „van svake razumne sumnje“ da se nije radilo o nužnoj odbrani. Dakle, reč je o tome da je na odbrani da stvori sumnju kod porotnika, koju će tužilac nakon toga nastojati da eliminiše izvođenjem dokaza u svoju korist.

Sličan rezon prihvaćen je i u Haškoj jurisprudenciji. U tom smislu je istaknuto da:

„Dok je Tužilaštvo dužno da optužbe protiv optuženog dokaže van razumne sumnje, od optuženog se traži da sva pitanja koja je pokrenuo, dokaže prema standardu pretežnosti dokaza. Od optuženog se dakle zahteva da izvede samo one dokaze koji bi, ako ne budu opovrgnuti i ako se u njih poveruje, izazvali razumnu sumnju nije li istinita njegova verzija događaja, a ne ona koju je iznelo Tužilaštvo. Stoga bi dokazi koje on izvede trebali biti dovoljni da sugerišu razumnu mogućnost. U svakom slučaju, ako nakon okončanja postupka postoji ikakva sumnja da li je Tužilaštvo dokazalo navode protiv optuženog, optuženi ima pravo da se zbog te sumnje presudi u njegovu korist, odnosno donese oslobađajuća presuda.“³⁷

Primeru radi, u predmetu Delalić optuženi se branio pozivanjem na smanjenu uračunljivost,³⁸ a veće je u vezi sa tim istaklo da optuženi u tom slučaju „iznese pred sud činjenice koje potvrđuju takvu odbranu standardom pretežnosti dokaza – tj. da je verovatnije da su činjenice iznete u korist odbrane tačne, nego da nisu“.³⁹ Shodno tome, i ovde je rešenje pronađeno pozivanjem na različite dokazne standarde – dok je na Tužiocu uvek teret dokazivanja „van razumne sumnje“, kada se radi o činjenicama koje idu u prilog odbrani ona je dužna da ih dokaže „pretežnošću dokaza“, a na Tužilaštvu je njihovo dalje pobijanje.

Naše pravo, za razliku od toga, ne poznaje različite dokazne standarde poput „jasnog i uverljivog dokaza“, „pretežnosti dokaza“, već presudu ili rešenje koje odgovara presudi sud može zasnovati samo na činjenicama u čiju je izvesnost potpuno uveren (čl. 18 st. 1 ZKP/2001 i čl. 16 st. 4 ZKP/2011).⁴⁰ Ako se ne postigne izve-

36 Vidi: Martin v. Ohio (S.Ct. 1987), Cooper v. Oklahome (S.Ct. 1996); Navedeno prema: Rothstein P.F., Reader M.S. and Crump D., *Evidence*, Thompson West, 2007, pp. 49–52

37 Judgement, *Delalic et al.* (IT-96–21), Trial Chamber, 16 November 1998, par. 603

38 Judgement, *Delalic et al.* par. 1157.

39 Judgement, *Delalic et al.* (IT-96–21), Appeal Chamber, 20 February 2001, par. 581–582.

40 Navedena zakonska formulacija je donekle sporna jer proizilazi da sudija uopšte ne može doneti presudu (ni odbijajuću ni oslobađajuću) ako nije sa izvesnošću uveren u postojanje neke činjenice. Terminološki ispravnije bi bilo reći da se izvesnost zahteva kod donošenja osuđujuće presude,

snost, odnosno ako postoji sumnja u pogledu činjenica od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka, postojanje obeležja krivičnog dela ili primena neke druge odredbe krivičnog zakona, sud ovakve činjenice tumači u korist okrivljenog (čl. 16 st. 5) Ovakva formulacija opet nameće pitanje da li sudija mora biti sa izvesnošću siguran u postojanje nužne odbrane ili neuračunljivost da bi doneo oslobađajuću presudu? Da li je odbrana dužna da sa izvesnošću dokaže da se radilo o nužnoj odbrani ili pak da u vreme izvršenja dela okrivljeni nije mogao da shvati značaj svog dela ili da upravlja svojim postupcima? Da li je odbrana uopšte dužna da dokazuje da se radilo o nužnoj odbrani ili je tužilac taj koji treba da dokaže nepostojanje iste? U našem pravu ova pitanja treba rešavati u kontekstu pravila *in dubio pro reo*.

4. TERET DOKAZIVANJA I *IN DUBIO PRO REO*

Načelo *in dubio pro reo* je po prvi put izričito zakonski proklamovano ZKP/2006, ali je i pre toga bilo prisutno u sudskoj praksi. Izvesne nedoumice su postojale u pogledu domašaja ovog načela, odnosno činjenica u pogledu kojih se ono primenjuje.⁴¹

Izmenama i dopunama ZKP/2001 iz 2009. godine je propisano da „Kada postoji sumnja u pogledu odlučnih činjenica koje čine obeležje krivičnog dela ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe Krivičnog zakonika, sud će u presudi ili rešenju koje odgovara presudi odlučiti u korist okrivljenog“ (čl. 18 st. 3 ZKP/2001).⁴² ZKP/2001 je ograničavao primenu ovog načela samo na materijalnopravne činjenice, odnosno one koje čine obeležja krivičnog dela ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe KZ. Materijalnopravne činjenice su sve one od kojih zavisi primena odredaba KZ, dakle ne samo činjenice koje se odnose na zakonska obeležja dela već i kvalifikatorne i privilegujuće okolnosti, kao i činjenice od značaja za izbor i visinu krivične sankcije.⁴³ Međutim, bez obzira na to što je zakon ovo načelo ograničavao samo na materijalnopravne činjenice i teorija i praksa stajali su na stanovištu da i

tačnije da „osuđujuću presudu sud može zasnovati samo na činjenicama u čiju je izvesnost potpuno uveren“ što je i predloženo izmenama ZKP-a. Na taj način se uzima u obzir princip *in dubio pro reo*, koji podrazumeva da apsolutna izvesnost nije uvek moguća a da se činjenične sumnje tumače u korist okrivljenog.

- 41 ZKP/2006 bilo je propisano da „Ako i nakon pribavljanja svih raspoloživih dokaza i njihovog izvođenja u krivičnom postupku, ostane samo sumnja u odnosu na postojanje nekog bitnog obeležja krivičnog dela ili u pogledu činjenica od kojih zavisi primena neke odredbe Krivičnog ili ovog zakonika, sud, odnosno drugi nadležni organ će uvek doneti odluku koja je povoljnija za okrivljenog“ (čl. 4 ZKP/2006). Na taj način ovom načelu je dat veoma širok domašaj, jer se ono nije odnosilo samo na presudu, već i na sve druge odluke koje se donose tokom postupka i to ne samo od strane suda već i od strane policije ili javnog tužioca. Opširnije o ovom načelu u ZKP/2006: M. Škulić, Komentar 2006, 47–49.
- 42 O ovom načelu po rešenju iz 2009 opširnije: M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2011, 130–133
- 43 Tako se u praksi ističe da je sud „optuženima koji su strani državljani pa nije bio u mogućnosti da pribavi izveštaj iz kaznene evidencije, u smislu načela *in dubio pro reo* morao kao olakšavajuće okolnosti uzeti da do sada nisu osuđivani.“ (*Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. 1. 388/2003 od 01.04.2003. godine*).

sumnju u pogledu procesnopравnih činjenica treba tumačiti u korist okrivljenog.⁴⁴ Tako je u praksi isticano da ako u optužnom aktu nije navedeno vreme izvršenja krivičnog dela već da je okrivljeni delo izvršio „neutvrđenog datuma krajem oktobra 2006. godine“, treba uzeti da je apsolutna zastarelost nastupila 16. oktobra 2010. godine, a što je najpovoljnije za okrivljenog, jer se „sve relevantne okolnosti imaju tumačiti u korist okrivljenog“ (*Iz presude Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž. 5144/10 od 28.10.2010. godine*).

Imajući u vidu dosadašnju praksu i suštinu ovog načela, ZKP/2011 ga izričito proširuje i na procesnopравno relevantne činjenice predviđajući da „Sumnju u pogledu činjenica od kojih zavisi vođenje krivičnog postupka, postojanje obeležja krivičnog dela ili primena neke druge odredbe krivičnog zakona, sud će u presudi ili rešenju koje odgovara presudi, rešiti u korist okrivljenog“ (čl. 16 st. 5 ZKP/2011).⁴⁵ Praktične posledice izričitog zakonskog proširivanja ovog načela i na procesnopравne činjenice ogleđa se u tome što je sud sada izričito dužan da sumnju u pogledu postojanja činjenica relevantnih za donošenje odbijajuće presude tumači u korist okrivljenog. Tako primera radi, ako sud nije siguran da li je delo koje se optuženom stavlja na teret obuhvaćeno zastarelošću ili amnestijom ili pravilom već presuđene stvari, dužan je da takvu sumnju rešava u korist okrivljenog. Tako recimo, ako bi se postavilo pitanje da li je ubistvo izvršeno u vreme ratnog stanja i na taj način predstavlja zločin protiv čovečnosti koji ne zastareva ili je pak izvršeno u vreme mira i podleže zastarelosti, a ne može se precizno ustanoviti vreme izvršenja dela, sumnju treba rešavati u korist okrivljenog. Ili ako bi se postavilo pitanje blagovremenosti privatne tužbe odnosno da li je ista podneta u roku od tri meseca od saznanja za delo i učinioca, a sud ima sumnju u pogledu ove činjenice, treba uzeti da je ista podneta neblagovremeno.

U teoriji je izneto mišljenje da se ovo načelo ne odnosi samo kod utvrđivanja činjenica, već i kod primene prava, pa i kod odmeravanja kazne, u smislu da sud, kada nije siguran u pogledu kazne koju treba izreći okrivljenom, mora izabrati opciju za njega najpovoljniju.⁴⁶ Ovakvo tumačenje nije prihvatljivo, budući da je sud dužan samo činjenice da utvrdi sa izvesnošću, dok kod primene prava sudija mora pronaći pravi smisao zakonske odredbe i primeniti je na utvrđeno činjenično stanje.⁴⁷

Dovođenjem principa *in dubio pro reo* u vezu sa teretom dokazivanja, Vasiljević iznosi stanovište da se ovde ne radi o primeni posebnog načela, već da se radi samo o primeni opštih pravila o dokazivanju, jer dok god kod organa koji ocenjuje dokaze postoji sumnja u pogledu postojanja neke činjenice, ona se ne može uzeti

44 M. Škulić, *Komentar*, 2011, 130, M. Damaška, 62–66

45 O ovom načelu po rešenju iz 2011 opširnije: Ilić Goran P., Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2012., 102–104

46 T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, prvo izdanje i drugo izdanje, Beograd, 1964 i 1971, Navedeno prema: M. Grubiša, 66–68

47 Tako i M. Grubiša, 66–68. I Vasiljević kasnije odstupa od navedenog tumačenja te u narednom izdanju ne govori o primeni ovog načela kod primene pravnih propisa i odmeravanja kazne. T. Vasiljević, *Sistem*, 1981.

kao utvrđena. „Sud prosto po pravilima logike ne može uzeti dokazanim ono što nije dokazano u onoj meri u kojoj zakon traži da bude dokazano.“⁴⁸ Navedeno tumačenje je tačno imajući u vidu da je u krivičnom postupku teret dokazivanja na tužiocu pa ako tužilac ne uspe da stvori kod suda „izvesnost“ u pogledu činjenica koje je dužan da dokaže, sud će smatrati da takve činjenice ne stoje. U anglosaksonskoj literaturi se naime uopšte ne govori o posebnom načelu *in dubio pro reo*, već se smatra da je ono logična posledica dužnosti tužioca da dokaže sve elemente optužbe „van razumne sumnje“, a ako i nakon izvođenja svih dokaza kod porotnika ostane sumnja, donosi se oslobađajuća presuda. I u parničnom postupku važi pravilo da ako sud ostane u sumnji u pogledu neke činjenice, tumačiće je na štetu one strane koja je bila dužan da je dokaže (čl. 231 st. 1 ZPP/2011). Primera radi, ako sud ostane u sumnji da li je tuženi isplatio kupoprodajnu cenu u celosti jer tuženi nije uspeo da dokaže ovu činjenicu, uzeće se da teret dokazivanja nije zadovoljen što daje osnov za usvajanje tužbenog zahteva.⁴⁹ U krivičnom postupku za razliku od toga tužilac je taj koji je dužan da dokaže sve činjenice na kojima temelji svoju optužbu, a svaka sumnja u pogledu istih tumači se u korist okrivljenog. Shodno tome, ako sudija primera radi, ostane u sumnji da li je okrivljeni pružio pomoć pasivnom subjektu ili da li je mogao da mu pruži tu pomoć, dužan je da tumači ove činjenice u korist okrivljenog iako bi parnična primena pravila o teretu dokazivanja tu nalagala donošenje suprotne odluke (okrivljeni nije dokazao da je pružio ili da nije mogao da pruži pomoć). Za razliku od parničnog postupka u kome je teret dokazivanja podeljen te svaka stranka dokazuje one činjenice koje joj idu u prilog, u krivičnom postupku okrivljeni načelno ne bi trebalo ništa da dokazuje, sav dokazni teret je na tužiocu a ako tužilac u tome ne uspe, donosi se oslobađajuća presuda. Shodno tome, načelo *in dubio pro reo* predstavlja logičnu konsekvencu osnovnog krivičnoprocesnog pravila da je teret dokazivanja na tužiocu, a da odbrana načelno nije dužna ništa da dokazuje. Međutim, ovo nas opet vraća na problem dokazivanja činjenica koje idu u prilog okrivljenom.

Rešenje problema treba tražiti upravo u stvaranju „sumnje“ kod suda. Dok je tužilaštvo činjenice koje mu idu u prilog dužno da dokaže sa izvesnošću, dovoljno je da odbrana izvođenjem dokaza stvori sumnju u postojanje nekog od osnova za isključenje protivpravnosti ili krivice ili neke druge činjenice koja bi joj išla u prilog. U tom smislu sud ne mora sa sigurnošću biti uveren da je delo izvršeno u nužnoj odbrani, da je uračunljivost okrivljenog bila smanjena, da nije postojao voljni element kod okrivljenog usmeren na lišenje života, i t.s.l, da bi odlučio u korist okrivljenog. Na tužilaštvu je naime dužnost da sve elemente optužnice dokaže sa izvesnošću, da otkloni svaku sumnju, a ako odbrana uspe da kod suda stvori samo sumnju, znači da ta izvesnost nije postignuta. Shodno tome, na okrivljenom u krivičnom postupku nikada nije teret dokazivanja u smislu u kome je taj teret na strankama u parničnom postupku, da u potpunosti dokažu činjenice koje im idu u prilog – taj teret u krivičnom postupku ima samo tužilac. U parničnom postupku bi se u tom slučaju donela odluka na štetu tuženog, primenom pravila o teretu dokazivanja (nije

48 T. Vasiljević, 315

49 U tom smislu se i ističe da je na kupcu teret dokazivanja da je ispunio svoju obavezu u pogledu isplate cene (*Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 1498/2005 od 26.1.2006. godine*).

dokazao činjenice na koje se poziva). U krivičnom postupku bi se za razliku od toga morala doneti odluka u korist odbrane jer je uspeo da kod suda stvori sumnju u njihovo postojanje. Ne zahteva se naime da sud sa izvesnošću bude uveren da delo nije izvršeno u nužnoj odbrani ili da je uračunljivost bila smanjena. U skladu sa tim, u presudi se ne može reći da okrivljeni nije dokazao činjenice na koje se poziva, primera radi, da nije dokazao da je nameravao da lično uživa opojnu drogu ili da je delo izvršio u nužnoj odbrani, već bi ispravna formulacija glasila da je tužilaštvo dokazalo da je droga bila namenjena daljoj prodaji, ili da delo nije izvršeno u nužnoj odbrani ili neuračunljivom stanju.⁵⁰

Shodno tome, na odbrani je samo da izazove „razumnu sumnju“ u dokaze tužilaštva ili u postojanje nekih činjenica koje joj idu u prilog, a na tužilaštvu je krajnji zadatak da sa izvesnošću dokaže postojanje onih činjenica na koje se poziva, odnosno nepostojanje onih činjenica na koje se poziva odbrana.

5. DOKAZNA AKTIVNOST SUDA MIMO STRANAČKE INICIJATIVE

U čistom raspravnom modelu koji se primenjuje u anglosaksonskom pravu sud činjeničnu građu za odlučivanje dobija isključivo od stranaka i ne meša se u „dokazno nadmetanje“ samoinicijativnim izvođenjem dokaza i utvrđivanjem činjenica koje smatra važnim za pravilno presuđenje. Teret dokazivanja „van razumne sumnje“ je isključivo i samo na tužiocu, dok je odbrana sa svoje strane dužna da na pret hodnom ročištu „pretežnošću dokaza“ učini verovatnim postojanje nužne odbrane, alibija i sl. kako bi se ova pitanja iznela pred porotu i tužiocu „otežao“ teret dokazivanja njihovog nepostojanja. Pasivnosti profesionalnog sudije u ovakvom modelu doprinosi samo porotno suđenje kao i nepostojanje „spisa predmeta“ u kontinentalnom smislu te reči na osnovu kojih bi sudija stekao „uvid“ u dokaze pribavljene tokom istrage. Kako je porota ta koja odlučuje o krivici ona i snosi „moralnu odgovornost“ za ispravnost presude, dok profesionalni sudija na suđenju nije „presuditelj“ već samo „kontrolor“ pravičnosti stranačkog nadmetanja. Nemogućnost uvida u spise predmeta faktički onemogućava sudiju da strankama „nametne“ određene činjenice koje bi trebalo raspraviti ili dokaze koje bi trebalo izvoditi u cilju njihovog pravilnog utvrđivanja, već je sudbina stranaka isključivo u njihovim rukama.

Nameće se pitanje da li su ove premise održive u našem novousvojenom raspravnom modelu? Po ZKP/2011 stranke su najkasnije na pripremnom ročištu ili nakon određivanja glavnog pretresa (ako pripremno ročište nije održano) dužne da predlože dokaze i da označe koje bi se činjenice imale dokazati kojim od predloženih dokaza. To bi značilo da je okrivljeni koji primera radi tvrdi da pronađena droga nije bila namenjena prodaji već ličnoj upotrebi, ili da je ubistvo izvršeno u nužnoj odbrani, dužan da najkasnije na pripremnom ročištu istakne ove činjenice i predloži dokaze koji ih potkrepljuju. Problem nastaje u situaciji kada se odbrana na ove činjenice ne pozove, a sudija uvidom u spise predmeta posumnja u njihovo postojanje. „Domaći“ sudija, za razliku od svog američkog kolege, pre suđenja ima

50 Tako i M. Grubiša, 63–66.

širok uvid u spise predmeta te na osnovu uvida u te spise može dobiti izvesna saznanja i u pogledu činjenica na koje se stranke izričito ne pozivaju. Primera radi, ako sudija stekne utisak da je okrivljeni „težak narkoman“, a neuki okrivljeni se izričito ne pozove na činjenicu da drogu nije prodavao već da je hteo lično da je koristi, niti ponudi dokaze u prilog te činjenice, može li sudija sam odrediti da se ova činjenica ispita i izvoditi dokaze kako bi se utvrdilo njeno postojanje? Ili ako se okrivljeni ne pozove na nužnu odbranu ili neuračunljivost, može li onda sudija uprkos tome utvrđivati da se radilo o nekom od isključenja protivpravnosti ili krivice?

Do propusta može doći i na strani tužioca. Primera radi, tužilac može pokrenuti postupak protiv okrivljenog za zloupotrebu službenog položaja, a da uopšte ne navede kao relevantnu činjenicu da se radilo o „službenom licu“ (jedinom mogućem izvršiocu ovog dela) niti ponudi dokaze u prilog te činjenice. Može li onda sud samoinicijativno dokazno intervenisati u cilju njenog utvrđivanja?

Po članu 15 stav 4 sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio. Predsednik veća može na pripremnom ročištu narediti pribavljanje novih dokaza za glavni pretres (čl. 350 st. 2), a na glavnom pretresu veće može odrediti da se neki dokazi izvedu (čl. 408 st. 2, čl. 411 st. 2, čl. 414 st. 1, čl. 415 st. 1 i 3). Međutim čisto jezički posmatrano, navedene odredbe govore samo o pribavljanju ili izvođenju novih dokaza, ali ne i o utvrđivanju novih činjenica na koje se stranke nisu pozvale. To bi naime značilo da se okrivljeni pozove na nužnu odbranu, ali ne ponudi dokaze koji govore u prilog postojanju istovremenog napada od strane oštećenog ili pak tužilaštvo kao svedoke pozove dva lica koja daju kontradiktorne iskaze, pa sud naloži predlaganje dopunskih dokaza u cilju otklanjanja protivrečnosti ili nejasnoća. Zakon naime ostavlja mogućnost sudu da dokazno interveniše, ako se u izvedenim dokazima pojave protivrečnosti ili nejasnoće ili je izvođenje još nekih dokaza potrebno u cilju svestranog raspravljanja predmeta, ali ne govori ništa u pogledu mogućnosti činjeničnih intervencija, odnosno utvrđivanja određenih činjenica po službenoj dužnosti i mimo stranačke inicijative.

Dosledno sprovedeni američki ideal „nepriistrasnosti“ nalagao bi strogo uzdržavanje suda od bilo kakve činjenične ili dokazne intervencije u materijal ponuđen od strane stranaka. Međutim u pojedinim slučajevima interesi pravičnosti bi nalagali sudu da interveniše i to isključivo u interesu odbrane. O „ravnopravnosti oružja“ ne može biti govora kada sa jedne strane imamo pravno obučenog javnog tužioca, a sa druge strane okrivljenog bez branioca ili sa nezainteresovanim ili „nesposobnim“ braniocem. Težnja da se javni tužilac stavi u ulogu nepristrasnog istražitelja nametanjem dužnosti da prikuplja dokaze kako u prilog tako i na štetu okrivljenog, bi u „idealnom“ sistemu otklonila ove nedoumice, budući da bi javni tužilac istakao, istražio i prikupio dokaze za sve ove činjenice koje odbrani idu u prilog. Međutim, imajući u vidu dosadašnju praksu i istovremeno stavljanje tužioca u ulogu stranke na glavnom pretresu, dužne da dokaže svoju optužnicu, ukazuje da su navedene težnje nerealne i teško ostvarljive.

Iako sud nema više proklamatornu dužnost utvrđivanja materijalne istine, interesi elementarne pravičnosti bi nalagali da u navedenim slučajevima „izađe“ iz

uloge nepristrasnog arbitra i naloži utvrđivanje i onih činjenica na koje se odbrana nije pozvala a koje bi joj mogle ići u prilog ili pak da naredi izvođenje određenih dokaza koji bi potkrepili tezu odbrane. U ovakvim situacijama interesima stranačke ravnopravnosti treba dati prednost nad postulatom nepristrasnosti, budući da je sudija taj koji svojim potpisom garantuje za ispravnost svoje presude. Čak i u čistom adverzijalnom modelu zastupljenom u anglosaksonskim državama, „neefikasna pravna pomoć“ predstavlja jedan od žalbenih razloga koji u praksi najčešće dovodi do ukidanja presuda. Na taj način se donekle ispravljaju greške u pogledu „stranačke neravnopravnosti“ uslovljene činjenicom da je okrivljeni bio zastupan od strane „nezainteresovanog, nestručnog ili nesposobnog branioca.“

Bez obzira da li se postupak koncipira kao stranačko nadmetanje ili težnja za istinom, krivični postupak se uvek vodi u javnom interesu, a taj javni interes bio bi doveden u pitanje kada bi okrivljeni bili kažnjavani ili strožije kažnjavani usled nemogućnosti da adekvatno iznesu svoju odbranu. Suprotno postupanje dovelo bi u pitanje osnovni cilj krivičnog postupka – da pravi krivci budu kažnjeni a nevini zaštićeni od neopravdanih osuda. U tom smislu sud bi u izuzetnim slučajevima morao i činjenično i dokazno intervenisati u situaciji kada posumnja da postoje određene činjenice u prilog odbrane na koje se ona uopšte ne poziva ili ih pak loše dokazno potkrepljuje. Osnov za ovakve „intervencije“ može naći u odredbi člana 15 stav 4 koji opravdava dokazno uplitanje suda u cilju „svestranog raspravljanja predmeta“.

U vezi sa tim nameće se pitanje može li sud dokazno intervenisati i u „drugom pravcu“ odnosno u situaciji kada tužilac ne iznosi sve činjenice relevantne za postojanje krivičnog dela ili ih pak loše dokazno potkrepljuje, može li sud samoinicijativno naložiti izvođenje nekih dokaza kako bi time „pomogao“ tužiocu da dokaže svoju optužbu? Činjenica da javni tužilac zastupa interese žrtve i interese javnosti u celini kao i decenijska dominacija istražne maksime bi navodila na potvrđan odgovor. Međutim, raspravni model postupka zasnovan je na drugačijim premisama. Osnovni zadatak tužilaštva kao državnog organa je gonjenje učinilaca krivičnog dela, pa je u tom cilju tužilaštvo dužno da dokazno potkrepi svoju optužnicu. Sud nije ovlašćen da ispravlja greške tužilaštva, koje samo treba da snosi odgovornost za posledice svojih propusta. Ovakav način razmišljanja je ukorenjen u adverzijalnom porotnom modelu, gde nezadovoljstvo javnosti određenim presudama ide na račun tužilaštva, ali ne i u našem sistemu u kome javnost svu odgovornost za donete presude „svaljuje“ na teret suda, što znači da prelazak na raspravni model zahteva i promenu ovog ukorenjenog načina razmišljanja. Prema tome, tužilaštvo je dužno da dokaže svoju optužnicu i sud u tom pogledu ne bi trebalo da interveniše kako bi otklonio propuste javnog tužioca.⁵¹ Kako je osnovni zadatak tužilaštva kao državnog organa gonjenje učinilaca krivičnih dela, nepristrasan sud ne može pomagati tužiocu u ispunjenju ove osnovne dužnosti.

51 U tom smislu se osnovano navodi da „često i neargumentovano pribegavanje izvedenju dokaza *ex officio* može učiniti suđenje nepravičnim. To bi mogao biti slučaj kada sud interveniše da bi otklonio protivrečnosti i nejasna mesta u dokazima optužbe ili da bi upotpunio dokaze čije je nepotpunost isključivo posledica propusta, praznina i nedostataka u okviru tužiočevog tereta dokazivanja.“ G. P. Ilić i drugi, Komentar, 2012, 97

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Odstupanje od istražne maksime koja se ogledala kroz dužnost suda da istinito i potpuno utvrdi sve činjenice važne za pravilno presuđenje i na glavnom pretresu izvodi sve dokaze koje smatra važnim za svestrano raspravljanje predmeta u prvi plan stavlja problematiku tereta dokazivanja, razumljivo zapostavljenu u našoj dosadašnjoj teoriji. Na pitanje sudija kako će sada donositi presude kada ih je ZKP/2011 „lišio“ one dokazne dominacije na glavnom pretresu i oduzeo im mogućnost da utvrđuju „istinu“ tj. sve one činjenice koje oni lično smatraju relevantnim, odgovor upravo leži u primeni pravila o teretu dokazivanja. Parnična pravila po kojima je svaka stranka sa istom izvesnošću (dokaznim standardom) dužna da dokaže one činjenice na koje se poziva su neprimenjiva u krivičnom postupku, imajući u vidu pretpostavku nevinosti i načelo *in dubio pro reo*. Shodno tome pri rešavanju nedoumica koje se mogu pojaviti u budućoj praksi treba poći od sledećeg:

Tužilac je dužan da kod suda stvori izvesnost u pogledu svih elemenata krivičnog dela koje optuženom stavlja na teret.

U pogledu činjenica koje idu u prilog odbrani dovoljno je da okrivljeni kod suda stvori „sumnju“ u njihovo postojanje, dok je na tužiocu da dokaže sa „izvesnošću“ da ove činjenice ne stoje. U tom smislu sud ne mora sa sigurnošću biti uveren da je delo izvršeno u nužnoj odbrani, da je uračunljivost okrivljenog bila smanjena, da je droga bila namenjena ličnoj upotrebi i sl., da bi odlučio u korist okrivljenog. Na tužilaštvu je naime dužnost da sve elemente optužnice dokaže sa izvesnošću, da otkloni svaku sumnju, a ako odbrana uspe da kod suda stvori samo sumnju, znači da ta izvesnost nije postignuta.

Osnovni problem kod dosledne primene ovog modela u našim uslovima nije u potencijanim „manjkavostima“ tako utvrđenog činjeničnog stanja odnosno neutvrđivanju „istine“ već u promeni ukorenjenog načina razmišljanja o ulogama i ovlašćenjima procesnih aktera. Nezadovoljstvo javnosti zbog presuda koje su suprotne opštem shvatanju pravičnosti nije usmereno ka tužilaštvu koje nije dokazalo optužnicu već ka sudu i sudijama koji potpisuju presude pa samim tim i snose moralnu i javnu odgovornost za njihovu ispravnost. U prilog tome svedoči i činjenica da su diskutabilne Haške presude u našoj javnosti bez izuzetka pripisivane u krivicu „pristrasnom“ i „neobjektivnom“ Haškom Tribunalu, dok je Haško tužilaštvo u svemu tome neosnovano ostalo pošteđeno ovakvih kritika.

Upravo zbog toga za razliku od čistog raspravnog modela u kome sud činjeničnu građu za odlučivanje dobija isključivo od stranaka, u krivičnom postupku bi ovo pravilo trebalo donekle modifikovati pozivanjem na javni interes i interese stranačke ravnopravnosti. U tom smislu sud bi u praksi u izuzetnim situacijama mogao dokazno intervenisati u prilog odbrane pozivanjem na zahtev „svestranog raspravljanja predmeta“ ali ne i u prilog tužilaštva čiji je osnovni zadatak da dokaže svoju optužnicu. Pod „izuzetnim situacijama“ treba podrazumevati one u kojima sud uviđom u spise predmeta ili na osnovu ispitivanja okrivljenog stekne utisak da postoje činjenice koje idu okrivljenom u prilog (smanjena ili isključena uračunljivost, neki

od osnova za isključenje protivpravnosti ili druge činjenice koje isključuju postojanje krivičnog dela ili utiču na njegovu kvalifikaciju) a koje okrivljeni iz neznanja uopšte ne ističe ili ih pak dokazuje na neadekvatan način. Na taj način sud doduše izlazi iz uloge „nepriistrasnog arbitra“ ali u višem interesu pravičnog suđenja, stranačke ravnopravnosti i donošenja pravilne presude.

Vanja Bajović

Faculty of Law, University of Belgrade

BURDEN OF PROOF IN CRIMINAL PROCEDURE

SUMMARY

Mixed or inquisitorial model of criminal procedure traditionally applied in Serbian law (as well as in the other systems of continental Europe), highly denies the burden of proof, having in mind the principle of truth, passivity of the parties and the duty of the judge to „truly and completely establish all facts relevant for decision“. By the new adversarial Serbian Code of Criminal Procedure that was passed in 2011, this issue is gaining in importance and requires detailed and precise instruction for legal practice. Regarding that, in the first part of this paper is discussed common law concept of burden of proof and different standards of proof with particular focus on meaning of the standard „beyond reasonable doubt“, applicable in criminal cases. Next part explains the meaning of this concept in inquisitorial or mixed model of criminal procedure characterized by judicial domination in the evidential procedure at the trial. The main parts deal with the burden of proof in newly established adversarial procedure. Various standards of proof, like „preponderance of evidence“, „clear and convincing evidence“, „proof beyond reasonable doubt“ etc., are not typical for Serbian law. Instead of that, the judge can based its judgment only on the facts established „with certainty“. Standard of „judicial certainty“ can be compared with the standard „beyond reasonable doubt“, but there is a problem with the facts and evidence that are in the favor of defense– whether such facts must be proved with certainty as well? While in typical adversarial system the defendant is obliged to prove such facts with „preponderance of evidence“, in Serbian law, that is not familiar with different evidential standard, the solution should be based on the principle *in dubio pro reo*. It means that the defendant should create „the doubt“ in certain facts, while the prosecutor always has a duty to prove them with „certainty“.

One more problematic issue discussed in this paper is possibility of judicial „evidential“ interventions during the trial. Whether is possible for the judge to call additional witnesses or examines additional facts, without prosecutor or defendant proposal? In common-law adversarial procedures jury trial and non-existence of the written „dossiers“ contribute to the judicial passivity at the trial. Contrary to that, in Serbian law the judge before trial has full introduction in the file of the case and all evidence obtained by the prosecutor during the investigation what enables him/her to create certain „opinion“ even before trial. Beside that, having in mind long-standing judicial domination in the trial, in the public is still perceived that all moral and legal responsibility for the verdict lie on the judge, not on the jury or the prosecutor who did not prove its case „beyond reasonable doubt“. Article 15 of the CPC/2011 enable the judge to present additional evidence *proprio motu*, if he/her found

that the evidences presented by the parties are contradictory or vague or new evidences are necessary for the comprehensive discussion of the case. We advocate that by such „evidential interventions“ the judge should not be allowed to help the prosecutor to prove his charges. Instead of that, judicial interventions could be only in the favor of defendant who do not have the council or whose legal defense is inefficient, and the judge examining the files or hearing the evidence get impression about existence of the mitigating facts or circumstances. Evidential activity of the judge can be justified only by the principles of the fair trial and equality of the arms and by the necessity to bring proper and correct verdict.

Key words: burden of proof, standards of proof, presumption of innocence, *in dubio pro reo*.

KRIVIČNA DELA KVALIFIKOVANA TEŽOM POSLEDICOM

Apstrakt. Za poseban slučaj kvalifikovanja krivičnog dela zbog nastupanja teže posledice zakonodavac je predvideo opšte pravilo u čl. 27. Teža posledica, zbog koje zakon predviđa težu kaznu, osim što treba da predstavlja realizaciju opasnosti osnovnog oblika krivičnog dela, mora biti obuhvaćena nehatom učinioca. Ukoliko u odnosu na težu posledicu postoji umišljaj, po pravilu će se raditi o sticaju krivičnih dela. Samo izuzetno i umišljajem obuhvaćena teža posledica imaće za ishod primenu pravila o odgovornosti za dalju posledicu, ali pod uslovom da time nisu ostvarena obeležja nekog drugog samostalnog krivičnog dela. Kategorija delikata kvalifikovanih težom posledicom, osim što otvara niz dogmatskih problema, naročito na planu pokušaja, ni kriminalno-politički nije potpuno nesporna.

Ključne reči: teža posledica, kvalifikatorna okolnost, uzročna veza, umišljaj, nehat.

UVOD

Sadržaj nepravna osnovnog oblika krivičnog dela zakonodavac često modifikuje dodavanjem kakvog elementa koji ili pojačava početni kriminalni supstrat ili pak umanjuje njegov intenzitet. U slučaju povišenog intenziteta socijalno-negativnog sadržaja novo biće predstavlja teži oblik delikta na koji se nadovezuje stroži kazneni raspon od onog predviđenog za osnovni oblik. Suprotna situacija, prisajedinjenje okolnostima osnovnog oblika kakvog elementa koji snižava kriminalni nabor nepravna, praćena je nižom propisanom kaznom. Građenje lakšeg (privilegovanog) oblika krivičnog dela je tehnika koju zakonodavac ređe koristi. I letimičan pogled na posebni deo krivičnog prava otkriva veliki broj dela koja osim osnovnog imaju i svoje teže (kvalifikovane) oblike. U načelu, dva su osnovna načina formiranja teže inkriminacije: putem naročite okolnosti koja podiže delo na nivo težeg oblika ili predviđanjem posebne (teže) posledice koja proishodi iz osnovnog oblika. Izuzetno, moguće je da teži oblik dela predstavlja delikt *sui generis*.¹ Za prvi način kvalifikovanja bića – predviđanjem kakve naročite okolnosti – ne postoji neko posebno pravilo koje bi se ticalo subjektivne strane takvog novog bića. Obuhvatanje umišljajem naročite okolnosti od strane učinioca zasniva skrivljeno ponašanje. Na te slučajeve, dakle, primenjuju se opšta pravila iz čl. 22 Krivičnog zakonika. Okolnosti zbog kojih zakonodavac predviđa težu kaznu mogu biti različitog karaktera, a tiču se modaliteta izvršenja krivičnog dela, njegovog subjekta ili objekta.² Primera radi,

* asistent, djokic@ius.bg.ac.rs

1 Kao što je primera radi slučaj sa težim oblicima krivičnih dela razbojničke krađe (čl. 205 st. 3) i razbojništva (čl. 206 st. 2) a koji postoje ako je nekom licu sa *umišljajem* nanosena teška telesna povreda.

2 I. Vuković, *Pokušaj krivičnoga dela*, doktorska disertacija, Beograd 2008, 145.

lišenje života na svirep ili podmukao način predstavlja kvalifikatornu okolnost koja obično ubistvo pretvara u teško, krađa kulturnog dobra čini tešku krađu, ostvarenje bića krivičnog dela protivpravnog lišenja slobode od strane službenog lica zloupotrebom položaja ili ovlašćenja daje deliktu novu težinu, kao i vršenje pojedinih dela na određenom mestu ili u određeno vreme, itd. Shodno opštem pravilu, učinilac mora znati za kvalifikatornu okolnost i mora je hteti ili barem na nju pristati, u slučaju kada drži da je ona samo moguća.³

Za razliku od prvog načina predviđanja težeg oblika krivičnog dela, dodavanjem obeležjima sadržanim u osnovnom biću neke naročite okolnosti, kvalifikovanje bića posebnom posledicom rešeno je na jedinstven način opštom odredbom, koja se odnosi na sve takve situacije. Osnovno pravilo za slučaj odgovornosti za težu posledicu iz čl. 27 glasi: „Kad je iz krivičnog dela proizašla teža posledica zbog koje zakon za to delo propisuje težu kaznu, ta se kazna može izreći ako je učinilac u odnosu na tu posledicu postupao iz nehata“. Učinilac će biti smatran odgovornim za težu posledicu i u slučaju kada je ona obuhvaćena njegovim umišljajem, pod uslovom da time „nisu ostvarena obeležja nekog drugog krivičnog dela“. Na taj način, opštim regulisanjem navedene problematike, izbegava se ponavljanje osnovnog pravila kod svakog pojedinog krivičnog dela koje zakonodavac želi da kvalifikuje težom posledicom, a ujedno dosledno poštuje temeljni princip krivice u krivičnom pravu.

1. POJAM KRIVIČNOG DELA KVALIFIKOVANOG TEŽOM POSLEDICOM

Krivična dela kvalifikovana težom posledicom čine posebnu kategoriju delikata kod kojih zakonodavac predviđa strožu kaznu zbog nastupanja teže posledice od one koja je opisana bićem osnovnog materijalnog delikta, a koja se učiniocu može upisati barem u nehat. Tipičan je, i u praksi čest, primer teške telesne povrede kvalifikovane smrću pasivnog subjekta (čl. 121 st. 3); osnovni oblik teške telesne povrede za posledicu ima teško narušavanje telesnog integriteta pasivnog subjekta, dok kva-

3 Krivični zakonik iz 1951. god. je posebno regulisao pitanje odgovornosti učinioca za naročitu okolnost. Čl. 8 st. 2 bilo je predviđeno: „Ako je za određeno krivično delo zbog naročitih okolnosti propisana teža kazna ona će se izreći samo ako je učinilac za te okolnosti znao ili je bio dužan i mogao znati za njih“. Ovakvo rešenje je svoje kriminalno-političko opravdanje baziralo na činjenici da je težu kaznu zasluživalo i nehatno odnošenje učinioca prema kvalifikatornoj okolnosti, što je, osim načelne upitnosti takvog stava, otvaralo i određena pitanja na dogmatskom planu. Osnovano je zaključeno da se ovo pravilo nije moglo odnositi na sve okolnosti zbog kojih zakon propisuje težu kaznu, već samo na neke. Na primer, lišenje života drugoga na svirep ili podmukao način predstavlja naročitu okolnost zbog koje zakon predviđa težu kaznu, ali je jasno da učinilac mora biti umišljajan, i da je isključena mogućnost da je učinilac bio dužan i mogao znati za tu okolnost. Vid. D. Atanacković, „Krivična dela kvalifikovana težom posledicom ili naročitom okolnošću“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 3/1972, 391. S druge strane, bilo je prisutno i mišljenje koje je pozitivno gledalo na obličje navedenog pravila, s obzirom na to da bi zahtevanje umišljaja u odnosu na kvalifikatornu okolnost značilo postavljanje strožih uslova odgovornosti od onih koji važe za težu posledicu, što bi narušilo „jedinstven i dosledan stav u pogledu svih kvalifikatornih momenata“. *Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Beograd 1951, 59–60.

lifikovani oblik postoji u slučaju da iz osnovnog oblika proizađe teža posledica, smrt teško telesno povređenog. No, teža posledica, iako bi sam termin mogao da uputi na takav zaključak, ne pretpostavlja nužno postojanje osnovnog materijalnog (posledičnog) krivičnog dela, s obzirom na to da ona može biti neposredan rezultat radnje izvršenja osnovnog formalnog (delatnosnog) delikta, kao što je to slučaj kod krivičnog dela silovanja, koje poznaje teži oblik zbog nastupanja teške telesne povrede pasivnog subjekta (čl. 178 st. 3), a koje u svom osnovnom obliku predstavlja delatno delo. Reč je dakle o zakonskoj konstrukciji kod koje zakonodavac predviđa teži oblik osnovnog delatnosnog ili posledičnog krivičnog dela, zbog nastupanja određene posledice koja predstavlja tipičan izraz opasnosti osnovnog dela.⁴ Ova konstrukcija se ne pojavljuje samo u formi u kojoj teža posledica predstavlja odraz kvalitativno iste prirode nepravda osnovnog oblika, kvantitativno ga samo pojačavajući, već i na takav način da teža posledica nosi sobom jedan drugačiji sadržaj nepravda naspram osnovnog dela.⁵ Iako sva krivična dela kvalifikovana težom posledicom nemaju istu strukturu, ovakav legislativno-tehnički izraz u najvećem broju slučajeva predstavlja svojevrsno složeno krivično delo, koje se najčešće sastoji iz jednog umišljajnog i jednog nehatnog delikta, čijim jedinstvom stvorena opasnost dobija šire granice. Zakonodavac je na taj način kod pojedinih krivičnih dela isključio primenu pravila koja važe za sticaj krivičnih dela. Teža posledica zbog koje zakon propisuje težu kaznu je na različit način određena u materiji posebnog dela, ali se uglavnom svodi na nastupanje teške telesne povrede ili smrti nekog lica.⁶ Ta posledica uvek podrazumeva povredu, samo izuzetno teža posledica može biti (konkretna) opasnost.⁷ Pri tome se zakonodavac uglavnom služi formulacijom „ako je usled dela...“ predviđajući teži oblik posebnim stavom u okviru istog člana kojim je određeno nepravo osnovnog dela.⁸ Ipak, u nekim slučajevima zakonodavac iz legislativno-tehničkih razloga, u želji da izbegne česta ponavljanja, predviđa zasebnim članom težu kaznu zbog nastupanja teže posledice za veći broj krivičnih dela iz iste grupe.⁹

Ovaj oblik odgovornosti za koji važi posebno pravilo iz čl. 27 primenjuje se samo na krivična dela kod kojih je zakon predvideo težu kaznu zbog skrivljenog ostvarenja teže posledice. Bilo kakvo proširivanje primene i na slične, a zakonom neregulisane, slučajeve predstavljao bi zabranjenu analogiju. U nauci je potpuno

4 Imajući u vidu da je ovaj oblik odgovornosti moguć ne samo kod posledičnih već i kod delatnosnih krivičnih dela, koja u svom biću ne sadrže posledicu u užem, krivičnopravnom smislu, u literaturi se često umesto o težoj govori o posebnoj posledici, kao što je to slučaj uglavnom u nemačkoj nauci krivičnog prava. Vid. K. Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München 2008, 547–560.

5 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, 125.

6 Teža posledica se može ispoljiti i kao imovinska šteta velikih razmera (čl. 288 st. 1 i 3), čak i u formi lake telesne povrede (čl. 344 st. 2).

7 Teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije će postojati, pored ostalog, i ako je neko krivično delo iz čl. 307 do 309 i čl. 313 do 315 izazvalo *opasnost za život ljudi* (čl. 321 st. 1).

8 Npr. teži oblik krivičnog dela prinude iz čl. 135 st. 3 postoji: „Ako je usled dela iz st. 1 i 2 ovog člana nastupila teška telesna povreda ili druge teške posledice...“.

9 To je slučaj kod težih oblika pojedinih krivičnih dela protiv zdravlja ljudi (čl. 259), protiv opšte sigurnosti ljudi i imovine (čl. 288), protiv bezbednosti javnog saobraćaja (čl. 297), protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije (čl. 321).

nesporno da odgovornost za težu posledicu važi jednako za izvršioca i saučesnika, pod pretpostavkom da su ispunjeni zakonom postavljani uslovi.¹⁰

Istorijski posmatrano, odgovornost za krivična dela kvalifikovana težom posledicom nastala je u kanonskom pravu, i razvijena je iz učenja poznatog pod nazivom *versari in re illicita*, prema kome je učinilac smatran odgovornim za sve posledice koje su rezultat njegovog ponašanja, bez obzira na subjektivni odnos prema ostvarenom. Dovoljan uslov za primenu teže kazne bila je samo faktička povezanost između radnje osnovnog dela i teže posledice.¹¹ Na taj način je u stvari uveden poseban oblik objektivne odgovornosti, obeležen pojmom *dolus indirectus*, tj. umišljaj isključivo usmeren ka osnovnom delu proširen i na sve posledice koje su u uzročnoj vezi sa radnjom učinioca, bez obzira da li je učinilac mogao predvideti takve dalje posledice.¹² U principu, barem kada je reč o krivičnim delima protiv života i tela, od sličnog rešenja polazi i englesko krivično pravo. Ustanova *constructive liability* omogućava osudu učinioca za dalju posledicu od nameravane, bez obzira na subjektivni odnos učinioca prema težoj posledici.¹³

Osnovni motiv za predviđanje ovog oblika odgovornosti zasnovan je na činjenici da zakonodavac, po pravilu, predviđa težu kaznu za dela kvalifikovana težom posledicom od one do koje bi se došlo primenom pravila za odmeravanje kazne za sticaj krivičnih dela, u osnovnoj situaciji nehatnog ostvarenja teže posledice. To strože kažnjavanje opravdava novi kvalitet u pogledu težine krivičnog dela,¹⁴ tj. sadržaj koji ovu kombinaciju čini opasnijom nego što je to sticaj, ponekad i nepovezanih krivičnih dela.¹⁵

I pored toga što ima snažnu kriminalno-političku utemeljenost, ova vrsta delikata nije nesporna. Pojedini autori se zalažu za njihovo uklanjanje iz oblasti krivičnog prava. Osnovna zamerka usmerena je na osporavanje pravednosti kaznenih

10 Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2011, 243; F. Bačić, *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb 1986, 368.

11 C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2006, 337. Takvo je rešenje poznavao i italijanski KZ iz 1930. god, koji je „ustanovio pored umišljaja i nehata i treći oblik vinosti: preterintencionalitet. Po ovome zakonu, za posledicu težu od umišljajne, za koju zakon propisuje težu kaznu, odgovara se na bazi samog kauzaliteta“. D. Atanacković, 390.

12 Vid. F. Bačić, 274; B. Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni. I Svezak. Opći dio*, Zagreb 1956, 47.

13 Ponekad se koristi i termin *constructive crime*. Vid. D. Ormerod, *Smith and Hogan's Criminal Law*, Oxford 2011, 135. Primera radi i kod teškog ubistva (*murder*) nije neophodan umišljaj usmeren na lišenje života drugoga, dovoljan *mens rea* element predstavlja i umišljaj da se drugi teško telesno povredi. Slično važi i za najlakše delikte protiv telesnog integriteta *assault* i *battery*, koji u osnovnom obliku ne zahtevaju povredu pasivnog subjekta, a čiji subjektivni element je dovoljan i u slučaju da je učinilac prouzrokovao telesnu povredu i ostvario biće težeg delikta (*assault occasioning actual bodily harm*), pošto se u odnosu na težu posledicu uopšte ne traži subjektivni odnos. N. Haralambous, *Criminal Law. Directions*, Oxford 2010, 149. Isti je slučaj i sa ugrožavanjem javnog saobraćaja opasnom vožnjom koja za posledicu ima smrt nekog lica, pošto osim krivice u odnosu na osnovno delo nije potrebna *mens rea* u odnosu na smrt. Vid. A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford 2010, 197.

14 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2012, 141–142.

15 F. Bačić, 304.

raspona, koji su ocenjeni preterano visokim, čime se povređuje princip krivice i načelo jednakosti, u čemu neki vide i protivustavni karakter ove forme. Kritičari zakonske konstrukcije odgovornosti za težu posledicu su jednoglasni u tvrdnji da bi se odnosna problematika uspešno mogla rešiti jednostavnom primenom pravila koja važe za sticaj krivičnih dela.¹⁶ Ipak, ove zamerke koje dolaze iz polja nauke krivičnog prava nisu uticale na našeg zakonodavca, koji dosta često koristi ovaj način kvalifikovanja krivičnog dela.

2. USLOVI ZA PRIMENU ODGOVORNOSTI ZA TEŽU POSLEDICU

Polazeći od zakonskog oblička norme iz čl. 27 uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi postojala odgovornost za težu posledicu su sledeći: 1) osnovno delo treba da je učinjeno sa umišljajem ili ako to zakon dozvoljava iz nehata, 2) iz njega treba da rezultira zakonom određena teža posledica, tj. potrebna je objektivna, uzročna veza između osnovnog oblika i teže posledice, i 3) neophodan je i subjektivni element u odnosu na težu posledicu – nehat, izuzetno umišljaj učinioaca.

1) Kažnjivost osnovnog oblika krivičnog dela izvire iz skrivljenog odnošenja učinioaca prema objektivnim obeležjima opisanog neprava. To je i prva pretpostavka odgovornosti za težu posledicu, čijim se nastupanjem, koje je uzročno povezano sa osnovnim deliktom i koje je pokriveno učiniočevom subjektivnom sferom, otvara mogućnost izricanja kazne u strožem rasponu. U slučaju da nedostaje umišljaj u odnosu na celokupno osnovno biće, ili ako postoji neki osnov isključenja protivpravnosti ili krivice, nema osnova za upuštanje u problematiku odgovornosti za težu posledicu.¹⁷ Pri tome je osnovno delo najčešće umišljajni komisivni delikt. Primera radi, kod krivičnih dela protivpravnog lišenja slobode, otmice, prinude, silovanja, nasilja u porodici itd, zakon predviđa teže oblike zbog nastupanja teže posledice. Međutim, osnovni delikt takođe može da bude i umišljajno krivično delo nečinjenja (propuštanja),¹⁸ ali izuzetno i nehatni delikt, naravno, samo ukoliko je to zakonom izričito predviđeno.¹⁹ Kvalifikovani oblici nehatno ostvarenog osnovnog bića predviđeni zasebnim članom postoje kod određenih krivičnih dela iz grupe protiv zdravlja ljudi (čl. 259 st. 3 i 4), opšte sigurnosti ljudi i imovine (čl. 288 st. 3 i 4) i bezbednosti javnog saobraćaja (čl. 297 st. 3 i 4). Sličan je slučaj i kod nekih krivičnih dela protiv životne sredine, ali su ti oblici sadržani u istom članu kojim je određeno nepravo osnovnog oblika.

16 C. Roxin, 332.

17 K. Kühl, 559.

18 Takav je primer krivično delo nepružanja pomoći iz čl. 127 KZ, koje predstavlja pravo krivično delo nečinjenja.

19 Nemački KZ poznaje samo dela kvalifikovana težom posledicom koja se zasnivaju na umišljajnom osnovnom delu. Reformom KZ iz 1998. god. napuštena je teža kvalifikacija zbog posebne posledice kod nehatnog osnovnog dela. Vid. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 125. Od takvog rešenja polazio je i jugoslovenski KZ iz 1929. god. u čl. 17: „Ako je iz krivičnog dela proizašla posledica koja je teža nego što je bila *umišljena*, a za takvu posledicu propisuje zakon strožu kaznu, ta se stroža kazna ima izreći samo, ako se nastupela posledica ima pripisati nehatu učiniočevom“.

2) Neophodan uslov kod krivičnih dela kvalifikovanih težom posledicom je i povezanost između osnovnog delikta i teže posledice. Konceptualno, problematika uzročne veze između osnovnog oblika i posebne posledice dolazi pre pitanja da li je učinilac kriv i za ovaj svojevrsni dodatak koji delu daje karakter težeg oblika,²⁰ jer subjektivno uračunavanje sledi tek nakon što je nesporno da je ostvareno delo rezultat učiniočevog ponašanja, da mu se objektivno može staviti na teret kao njegovo delo. Tako bi se u slučaju da A teško telesno povredi B i time mu dovede život u opasnost, ali čiju smrt neposredno prouzrokuje C, koji radnju preduzima nezavisno od prvobitnog učinioca A (ne radi se o saučesnicima), morala negirati već objektivna povezanost radnje kojom je ostvaren osnovni oblik dela i nastupele teže posledice. Ipak, ni sama faktička povezanost osnovnog oblika i teže posledice ne mora značiti ostvarenost ovog uslova. Sudska praksa i nauka krivičnog prava doprineli su ograničenju kažnjivosti za težu posledicu, kroz uslov uže povezanosti od proste kauzalne veze između osnovnog delikta i teže posledice.²¹ Vladajuće mišljenje polazi od toga da ovo pitanje ne može biti rešeno jednostavnom primenom teorije *condicio sine qua non*, već da je za relevantan kauzalitet neophodna „neposredna povezanost“, tj. da se u ostvarenju teže posledice realizovala opasnost svojstvena osnovnom delu.²² Primena strože kazne čini se pravednom samo onda kada se u posebnoj posledici ostvarila tipična prateća opasnost osnovnog delikta.²³ Podupiranje ovog stava praćeno je adekvatnom argumentacijom. Iako ostvarenje gotovo bilo kog delikta može dovesti do nastupanja neke teže atipične posledice, zakonodavac je samo kod pojedinih krivičnih dela predvideo strožu kaznu, i to zbog njihove opšte tendencije (usmerenosti) ka ostvarenju teže posledice. I zakonodavni motiv inkriminisanja podrazumeva da se teže biće primeni samo ako je posledica rezultat opasnosti karakteristične za osnovno delo.²⁴ Nesumnjivo, upadljiva je srodnost ove formule sa teorijom objektivnog uračunavanja.²⁵

Problematika povezanosti osnovnog dela i teže posledice otvara raspravu u okviru dva polja. Najpre, postavlja se pitanje da li je polazište povezanosti osnovnog oblika dela i posebne posledice radnja osnovnog dela ili posledica, tj. ukupno ne-

20 K. Kühl, 558.

21 *Isto*, 551.

22 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, 127; T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011, 132; I. Vuković, 154.

23 K. Kühl, 551. Ovo jednako važi i u slučaju da je osnovni delikt umišljajno krivično delo nečinjenja; neophodna povezanost pretpostavlja da je tek izostajanjem obavezne radnje ostvarena opasnost nastupanja teže posledice. *Isto*.

24 C. Roxin, 334. U tom smislu u jugoslovenskoj literaturi Bačić, koji konstatuje da je osobena karakteristika krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom „posebna veza tog osnovnog djela i te njegove teže posledice, koja se izražava kao ona specifična opasnost svojstvena tom osnovnom djelu, ono što ga čini redovito potencijalnim izvorom za daljnje teže štete i povrede“. F. Bačić, 305. I Atanacković polazi od stava da se pitanje povezanosti između osnovnog dela i teže posledice ne može svesti na faktičku uzročnu vezu. Prihvatajući kriterijum adekvatne uzročnosti, shodno kome se povezanost ima potvrditi samo ako se povreda u formi teže posledice normalno može očekivati, Atanacković na ovaj način daje podlogu za lakše rešavanje pitanja odgovornosti i utvrđivanja nehata u odnosu na težu posledicu, jer je predvidivo samo ono što normalno, uobičajeno sledi iz rizika stvorenog ispunjenjem bića osnovnog oblika. Vid. D. Atanacković, 406–408.

25 K. Kühl, 552.

pravo osnovnog oblika. Dalje, da li je „neposredna“ veza između osnovnog oblika i posebne posledice očuvana u slučaju da ta posledica bude ostvarena i doprinosom radnje samog pasivnog subjekta ili nekog trećeg lica.²⁶

Prvo je pitanje naročito sporno kod nekih krivičnih dela. Takav je slučaj npr. kod teške telesne povrede kvalifikovane smrću. Da li je radnja ili posledica osnovnog oblika relevantno obeležje koje prevashodno stvara vezu između osnovnog oblika krivičnog dela i njegove teže posledice? Nemačka sudska praksa uglavnom polazi od samog ponašanja. U težoj posledici treba dakle da se realizuje opasnost koju nosi radnja osnovnog oblika. Tako je u jednom slučaju učinilac odgurnuo pasivnog subjekta sa visine od 3,5 m a ovaj je iznenađujuće zadobio samo prelom članka, ali je ubrzo nastupila smrt povređenog do koje je došlo usled plućne embolije nakon operacije članka. Savezni sud je uprkos tome što nanosena telesna povreda ne stvara rizik po život pasivnog subjekta pošao od opasnog karaktera radnje i težu posledicu stavio učiniocu na teret.²⁷ Značajan deo pravne nauke gleda na to drugačije i zahteva „da smrt proizađe iz umišljajno nanosene telesne povrede kao takve“, odnosno, da opasnost smrtnog ishoda rezultira iz nanosene povrede (*Verletzungstheorie, Letalitätstheorie*). U tom smislu teška telesna povreda kvalifikovana smrću nije prikladno biće za prethodno navedeni slučaj, jer prelom članka ne predstavlja povredu opasnu po život.²⁸ U stvari, najprihvatljivije je prihvatiti kompromisno rešenje, i „u zavisnosti od strukture odnosnog dela i njegovog neprava nekada dopustiti da se teža posledica razvije iz posledice, a nekada samo iz radnje“.²⁹

Kao što je rečeno, nastupanje teže posledice treba da bude realizacija opasnosti karakteristične za osnovni oblik krivičnog dela. Ova povezanost pretpostavlja neposrednu ili direktnu vezu između ostvarenja bića osnovnog dela i nastupanja teže posledice. Ovakva veza neće postojati u slučaju da se neko treći umeša u tok zbivanja ili da pasivni subjekt svojom radnjom zasnuje novi kauzalni tok, pa se u težoj posledici može ostvariti neka druga, ne od strane učinioca stvorena opasnost.³⁰ Tako je u sledećem slučaju sud smatrao da je posledica neposredno ostvarena radnjom samog pasivnog subjekta, i da se u njoj nije ostvarila opasnost tipična za osnovni delikt. Učinilac je u kući svoje majke napao kućnu pomoćnicu i naneo joj povredu nadlaktice, polomivši joj i nosnu kost, na šta je pomoćnica, preplašena usled konstantnog napada, pokušala da pobjegne kroz prozor svoje sobe na balkon. Pri tome se

26 *Isto*.

27 *Isto*, 554.

28 *Isto*. Na sličan način je postupljeno u jednom primeru iz naše ranije sudske prakse. „Vozač je svojim automobilom udario pešaka na pešačkom prelazu usled čega je ovaj zadobio tešku telesnu povredu u vidu polomljene karlične kosti. Posle izvesnog vremena, povređeni je umro u bolnici. Smrt je nastupila zbog srčanog oboljenja, koje je i ranije postojalo, ali je telesna povreda uticala na nastupanje smrti zbog otežanog disanja oštećenog. Neposredni uzrok smrti je, dakle, bilo otežano disanje oštećenog. Ovo otežano disanje je prouzrokovala telesna povreda. Ali ona sama po sebi ne bi dovela do smrtnog ishoda, da nije bilo srčanog oboljenja“. D. Atanacković, 408. Obrazloženje višeg suda koji je predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje koncentrisalo se oko činjenice da ne postoji adekvatna povezanost telesne povrede i teže posledice, pošto prelom karlične kosti po pravilu ne dovodi do smrti. *Isto*.

29 I. Vuković, 155.

30 K. Kühl, 555.

stropoštala i smrtno nastradala.³¹ U ovom primeru je negirana relevantna uzročna veza. Ipak, sudska praksa pravi izuzetke od pravila da ponašanje pasivnog subjekta isključuje odgovarajuću povezanost. Tako je u drugom slučaju brutalno postupanje učinioca i nanošenje telesne povrede prouzrokovalo ošamućenost povređenog, koja je prerasla u panično ponašanje, usled čega je pasivni subjekt sa visine od 27 m pao kroz prozor i nastradao. Iako je smrt nastupila neposredno radnjom pasivnog subjekta, sud je smatrao da je njegovo ponašanje bilo u konkretnoj situaciji posledica opasnosti svojstvenoj osnovnom obliku dela.³² Sličan je primer iz naše sudske prakse u kome je učinilac osuđen za teži oblik krivičnog dela nasilja u porodici, tako što je primenom nasilja ugrozio telesni integritet svoje supruge na taj način što je nakon rasprave, električnom bušilicom nasrnuo na oštećenu u nameri da je povredi, nakog čega je oštećena izbegavajući sukob skočila sa terase, zadobivši prilikom pada tešku telesnu povredu u vidu preloma desne petne kosti i leve ruke. Sud konstatuje da je teška telesna povreda, koja je nastupila nakon pada oštećene, u direktnoj vezi sa napadom učinioca, jer je oštećena izbegavala napad „na jedini mogući način na koji je to mogla“.³³ Češću situaciju prekida neposredne veze predstavlja upliv radnje nekog trećeg lica, nezavisno od radnje učinioca osnovnog dela. Poseban problem u toj situaciji mogao bi da predstavlja slučaj nepreduzimanja obavezne radnje od strane garanta, kojom bi sprečio nastupanje posledice.³⁴

3) Očuvanje principa krivice u materiji odgovornosti za težu posledicu zakonodavac je obezbedio zahtevom odgovarajućeg subjektivnog odnosa učinioca prema težoj posledici. Osnovno pravilo u tom pogledu glasi: teža posledica koja se učiniocu objektivno može staviti na teret otvara mogućnost strožeg kažnjavanja ukoliko je učinilac u odnosu na težu posledicu postupao iz nehata. To znači da će kod npr. teške telesne povrede kvalifikovane smrću, sud učinioca moći da kazni zatvorom od dve do dvanaest godina, ako je umišljajno nanesena teška telesna povreda za dalju posledicu imala smrt pasivnog subjekta, koja predstavlja adekvatnu realizaciju

31 *Isto*, 556.

32 *Isto*.

33 Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2978/06 od 8. novembra 2006. god. i presuda Opštinskog suda u Mladenovcu K. 225/06 od 22. avgusta 2006. god. Nalik ovoj je i situacija u kojoj je otetom licu teško narušeno zdravlje kada je pasivni subjekt u strahu od odmazde iskoristio trenutak kada je učinilac razgovarao telefonom, pa je iz stana u kome se nalazio izleteo na terasu i sa drugog sprata skočio i tom prilikom zadobio teške telesne povrede u vidu preloma obe ruke. Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 1418/97 od 14. oktobra 1997. god. i presuda Drugog opštinskog suda u Beogradu K. 614/95 od 14. septembra 1995. god.

34 Interesantan je slučaj učinioca koji je fizički napao oštećenu i naneo joj više telesnih povreda po glavi i drugim delovima tela, usled kojih je povređena nakon izvesnog vremena umrla. Prvostepenom presudom učinilac je oglašen krivim za krivično delo teške telesne povrede kvalifikovane smrću, ali je u svojoj žalbi na presudu negirao postojanje uzročne veze između njegove radnje i teže posledice, tvrdeći da je uzrok nastupanja smrti to što povređenoj nije blagovremeno ukazana lekarska pomoć. Viši sud je potvrdio osuđujuću presudu, konstatujući da je postojala samo mogućnost a ne i sigurnost da bi lekarskom intervencijom bio spasen život povređene, kao i da odgovornost učinioca za težu posledicu postoji bez obzira na to iz kojih je razloga ta pomoć izostala, pa nepružanje pomoći nije prekinulo uzročnu vezu između telesnih povreda i smrtnih posledice. M. Đorđević, „Uzročnost kod krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 2/1968, 279.

opasnosti osnovnog dela i pod uslovom da je učinilac bio svestan da preduzetom radnjom može usmrtiti pasivnog subjekta, ali je olako držao da do toga neće doći (svesni nehat) ili kad nije bio svestan da svojom radnjom može lišiti života povređenog iako je prema okolnostima pod kojima je delo učinjeno i prema svojim ličnim svojstvima bio dužan i mogao biti svestan te mogućnosti (nesvesni nehat). Ukoliko se ne može utvrditi nehat u odnosu na težu posledicu ostaje odgovornost samo za osnovni oblik krivičnog dela. Postojanje umišljaja u odnosu na težu posledicu redovno će imati za rezultat primenu pravila koja važe za sticaj krivičnih dela. Ako je u navedenom primeru učinilac svestan da lice kome hoće da nanese tešku telesnu povredu, usled te povrede može izgubiti život, pa na to i pristane, u slučaju usmrćenja pasivnog subjekta neće postojati odgovornost za delo iz čl. 121 st. 3, već će učinilac odgovarati za krivično delo ubistva. Stepem prekora koji bi mu se u tom slučaju mogao uputiti odgovarao bi eventualnom umišljaju. Sticaj između teške telesne povrede i ubistva je prividan, po osnovu konsumpcije. Međutim, konkurencija dvaju bića može za posledicu imati i pravi sticaj krivičnih dela. Učinilac koji nakon izvršenog silovanja umišljajno liši života lice nad kojim je upotrebom prinude izvršio obljubu ili sa njom izjednačen čin, odgovaraće za sticaj krivičnih dela iz čl. 178 i 113. Ipak, izuzetno od ovih pravila, postojaće odgovornost za težu posledicu i u slučaju da je učinilac tu posledicu obuhvatio umišljajem, ali pod uslovom da time nisu ostvarena obeležja nekog drugog krivičnog dela. Ovaj izuzetak od osnovnog pravila u pogledu subjektivne strane dela u odnosu na težu posledicu izričito je predviđen odredbom čl. 27. U ranijem krivičnom zakonodavstvu to nije bio slučaj,³⁵ pa je za takve slučajeve bilo nužno primenjivati logičko tumačenje *a fortiori*.³⁶

Shodno rečenom u pogledu krivice prema obeležjima osnovnog dela i težoj posledici moguće su tri kombinacije subjektivnog elementa krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom: osnovno delo učinjeno sa umišljajem a teža posledica se može pripisati nehату učinioca (umišljaj + nehat); osnovno delo učinjeno iz nehata iz koga je nehatno proizašla teža posledica (nehat + nehat); i umišljajno ostvareno osnovno delo i umišljajem obuhvaćena teža posledica (umišljaj + umišljaj).

Za prvu varijantu, koja je ujedno i najčešća, a zbog toga što teža posledica ide preko nameravane, u literaturi se koristi izraz *preterintencionalno krivično delo*.³⁷ I dok umišljaj, kao svesno i voljno opredeljivanje protiv zaštićenog dobra, u odnosu na osnovno delo po pravilu nije teško zaključiti, utvrđivanje nehata koji se tiče teže posledice zadaje velike poteškoće. Zbog poštovanja načela individualne subjektivne odgovornosti sud ne bi mogao da pretpostavi postojanje nehata. To bi značilo prihvatanje odgovornosti za samo prouzrokovanje, što je u evrokontinentalnom krivičnom pravu davno napušteno. S obzirom na to da je umišljajem koji prati izvršenje osnovnog dela uglavnom obuhvaćen sadržaj nehata (povređa obaveze brižljivog ponašanja) ocena nehata u odnosu na dalju posledicu zavisi od objektivne i indi-

35 Čl. 15 OKZ bilo je predviđeno: „Ako je iz krivičnog dela proizašla teža posledica za koju zakon propisuje težu kaznu, ta se kazna može izreći ako je učinilac u odnosu na tu posledicu postupao iz nehata“.

36 Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, 177.

37 J. Tahović, *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 1961, 184; F. Bačić, 305.

vidualne predvidivosti teže posledice.³⁸ Tako se već objektivna predvidivost mora negirati u situaciji kada se od strane medicinskog laika ne može očekivati znanje da i mala količina kuhinjske soli kod malog deteta može da prouzrokuje trovanje opasno po život.³⁹ Inače, sama predvidivost posledice treba da postoji kod učinioca samo u opštim crtama, nije neophodno da je on predvideo sve konkretne pojedinoosti događaja.⁴⁰ I dok je kod krivičnih dela povrede ovaj problem lakše rešiv, utvrđivanje nehata kod krivičnih dela ugrožavanja čini ovaj zadatak znatno složenijim,⁴¹ jer je „veoma teško odvojiti odgovornost za osnovnu posledicu, koja predstavlja opasnost za povredu određenih pravnih dobara, od odgovornosti za težu posledicu, koja predstavlja realizaciju te opasnosti“.⁴² S druge strane ispravnim se čini stav da se kod svesnog odlučivanja za rizik teško može zamisliti da učinilac nije predvideo mogućnost nastupanja teže posledice, koja bi predstavljala realizaciju tog rizika. Ali slabost ovakvog rezonovanja se ogleda u činjenici da se pitanje isključenja krivice u odnosu na težu posledicu gotovo uopšte ne bi moglo postaviti ako je osnovno delo učinjeno sa umišljajem, već jedino ako je osnovno delo učinjeno iz (nesvesnog) nehata.⁴³

U drugoj dosta ređoj situaciji moguća je kombinacija dva nehatna dela. Takav je npr. slučaj krivičnih dela iz čl. 288 st. 3 i 4, odnosno čl. 297 st. 3 i 4. Kod nekih krivičnih dela zakon predviđa kaznu i za nehatno ostvarenje osnovnog oblika, ali kvalifikovani oblik zbog nastupanja teže posledice nadovezuje na umišljajno osnovno delo. Takav je primer obične i naročito teške telesne povrede kvalifikovane smrću. U odnosu na težu posledicu mora postojati nehat, ali osnovno delo mora biti obuhvaćeno umišljajem učinioca, jer ako i u odnosu na osnovno delo postoji nehat, onda učinilac odgovara samo za nehatno lišenje života.

Konačno, zamisliva je i varijanta koja predstavlja spoj dva umišljaja, u odnosu na osnovni oblik krivičnog dela i u odnosu na težu posledicu, doduše pod uslovom da teža posledica ne predstavlja neko samostalno krivično delo.⁴⁴ Kako u takvom slučaju ne bi došla u obzir primena pravila koja važe za sticaj krivičnih dela, pošto

38 Ipak, ovde se rađa sumnja, jer nepažljivo ponašanje u odnosu na npr. telesnu celovitost ne mora nužno biti protivno dužnoj pažnji u odnosu na život. K. Kühl, 558.

39 U ovom slučaju iz nemačke sudske prakse majka je prinudila svoju četvoro godišnju kćer da pojede činiju pudinga u koju je dete u odsustvu majke dodalo trideset grama soli, misleći da se radi o šećeru. U stanju besa majka je prinudila dete da pojede čitav sadržaj iz činije, svesna da usled toga dete može imati manje stomahne probleme. Ona, međutim, nije znala da konzumiranje soli u količini od pola do jednog grama po kilogramu telesne težine po pravilu vodi smrtnom ishodu. Dete je bilo teško petnaest kilograma. Vrlo brzo nakon što je detetu pozlilo, ono je bilo prebačeno u bolnicu, gde je nastupila njegova smrt. Sud je odbio da majku osudi za telesnu povredu sa smrtnom posledicom, zbog nedostatka potrebnog subjektivnog elementa u odnosu na težu posledicu. Vid. M. Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon 2009, 31–32.

40 K. Kühl, 558.

41 Vid. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, 818–819.

42 D. Atanacković, 403.

43 *Isto*.

44 Za ovakvu kombinaciju Živanović upotrebljava izraz krivična dela sa teškom posledicom u širem smislu. Vid. T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo. II. Knjiga*, Beograd 1937, 82.

teža posledica ne ispunjava biće nekog delikta, primenjuje se pravilo o odgovornosti za težu posledicu. Primera radi, teži oblik silovanja postoji ako usled osnovnog dela nastupi trudnoća. Pošto ova posledica ne predstavlja krivično delo, učinilac će odgovarati za teži oblik ne samo kada je u odnosu na trudnoću postupao nehatno, već i kada je trudnoća obuhvaćena učiniočevim umišljajem. Bilo bi nelogično uzeti da sud može kazniti učinioca težom kaznom samo u slučaju kada je kod njega postojao nehat prema težoj posledici a da ta mogućnost ne postoji ako kod učinioca postoji teži oblik krivice. Ovo je pitanje sada nesporno, s obzirom na to da drugi deo odredbe čl. 27 dozvoljava i takvu mogućnost, za razliku od našeg ranijeg krivičnog zakonodavstva.⁴⁵ Ovu varijantu čini mogućim i način na koji je teža posledica opisana u zakonu. Iako strogi zahtevi načela zakonitosti nalažu, pored ostalog, i značajnu preciznost prilikom oblikovanja krivičnopravnih normi, kod pojedinih delikata teža posledica je određena na dosta širok način. Npr. postojaće teži oblik krivičnog dela nedavanja izdržavanja ako su usled osnovnog dela nastupile teške posledice za izdržavano lice (čl. 195 st. 3). Jasno je da određivanje teže posledice ovako širokom formulacijom dopušta da ta teža posledica bude i okolnost koja sama po sebi ne predstavlja krivično delo, pa je samim tim moguće da je učinilac „tešku posledicu“ obuhvatio svojim umišljajem.

Kao što je rečeno, ukoliko teža posledica predstavlja neko krivično delo a obuhvaćena je umišljajem učinioca, primenjivaće se pravila koja važe za sticaj krivičnih dela. Izuzetno, i u takvoj situaciji se treba odlučiti za primenu pravila iz čl. 27 i uzeti da postoji krivično delo kvalifikovano težom posledicom a ne sticaj krivičnih dela, ako se primenom ovog posebnog oblika odgovornosti može izreći teža kazna od one do koje bi se došlo primenom pravila za odmeravanje kazne za dela u sticaju. Na stranu što je načelno sporna mogućnost da za kombinaciju umišljaj + nehat zakon predvidi težu kaznu u odnosu na varijantu umišljaj + umišljaj, kada je reč o istom osnovnom delu i istoj težoj posledici. Tako, ako je usled osnovnog oblika krivičnog dela ugrožavanja javnog saobraćaja iz nehata došlo do teške telesne povrede, može se izreći kazna zatvora od jedne do osam godina (čl. 297 st. 1). Ako bi, međutim, u odnosu na težu posledicu postojao umišljaj i ako bi se uzelo da postoji sticaj osnovnog oblika ovog krivičnog dela i osnovnog oblika teške telesne povrede, maksimalna kazna koja bi se mogla izreći ne bi mogla da pređe sedam godina i jedanaest meseci.⁴⁶

3. POKUŠAJ KOD KRIVIČNIH DELA KVALIFIKOVANIH TEŽOM POSLEDICOM

U nauci i sudskoj praksi se posebno razmatra pitanje mogućnosti i eventualne kažnjivosti pokušaja krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom. Izraženo je mišljenje da se kod svakog pojedinog delikta ispita da li u zavisnosti od njegovog

45 U našoj literaturi je i pre usvajanja Krivičnog zakonika bilo predloga da se odredba o odgovornosti za težu posledicu izuzetno proširi i na umišljajno odnošenje prema težoj posledici, na način kako je to učinjeno u nemačkom KZ, koji za subjektivni odnos učinioca prema posebnoj posledici predviđa da je učinilac težu posledicu ostvario barem iz nehata. Vid. čl. 18 nemačkog KZ.

46 Z. Stojanović, *Krivično pravo. Opšti deo*, 178.

bića i smisla krivičnopravne zaštite koju ono pruža ima mesta za pokušaj kvalifikovanog dela.⁴⁷ Vladajući je stav da delo kvalifikovano težom posledicom može biti kažnjivo i u ovom stadijumu, a značajno jedinstvo postoji i oko mišljenja da takav pokušaj dolazi u obzir u dva oblika.⁴⁸ U jednom slučaju nehatno skrivljena teža posledica nastupa već kod pokušaja dela iz osnovnog oblika. U drugom slučaju učinilac u svoju odluku uključuje nastupanje teže posledice, ali je svojom radnjom ne ostvaruje. Prva se situacija u literaturi označava terminom – pokušaj krivičnog dela kvalifikovan težom posledicom (*der erfolgsqualifizierte Versuch*), a naziv koji se koristi za drugu grupu slučajeva je – pokušaj krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom (*die versuchte Erfolgsqualifizierung*).⁴⁹

Pokušaj krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom. Ova situacija je moguća zbog toga što prema zakonskom rešenju teža posledica izuzetno može biti i umišljajno ostvarena, a da se ipak ne radi o sticaju krivičnih dela. U skladu sa tim nesporno je da teža posledica koja može biti umišljajno ostvarena, može biti i pokušana. Učinilac prouzrokuje takve posledice obuhvata svojim umišljajem, ali realizacija odluke ne sme dovesti do njenog nastupanja, jer u suprotnom ona ne bi bila pokušana, već ostvarena.⁵⁰ Na primer, ako usled krivičnog dela silovanja nastupi trudnoća silovane žene kao teža posledica, delo će biti kvalifikovano prema čl. 178 st. 3, i kada učinilac postupa sa umišljajem i kada učinilac postupa sa nehatom u odnosu na težu posledicu, s obzirom na to da prouzrokovanje trudnoće ne predstavlja samostalno krivično delo.⁵¹ U konstrukciji pokušaja, to bi podrazumevalo da je učinilac započeo silovanje, hoteći da prouzrokuje trudnoću ženskog lica (ili bar na to pristajući), ali da do bremenitosti nije došlo.⁵² Iako to nije nesporno, mogućnost ovog oblika pokušaja postoji i kod težeg oblika krivičnog dela teške telesne povede iz čl. 121 st. 2 (naročito teška telesna povreda).⁵³ Ako se pođe od stava da je ovaj oblik kvalifikovan težom posledicom, onda je s obzirom na prirodu teže posledice koja po pravilu ne predstavlja samostalno krivično delo (npr. prouzrokovanje trajne nesposobnosti za rad ili unakaženosti), ovu posledicu moguće obuhvatiti ne samo nehatom već i umišljajem. Slična situacija bi prema vladajućem shvatanju postojala i kod težeg oblika krivičnog dela protivpravnog lišenja slobode, ako je lišenje slobode trajalo duže od trideset dana (čl. 132 st. 3).⁵⁴ Lišenje slobode u navedenom traja-

47 F. Bačić, 332.

48 K. Kühl, 560; U. Kindhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2011, 242–243.

49 Vid. I. Vuković, 150.

50 K. Kühl, 561.

51 I. Vuković, 150.

52 *Isto*.

53 Vid. F. Bačić, 332. Suprotno Atanacković, koji smatra da se kod naročito teške telesne povrede „ne može tražiti umišljaj u pogledu nanošenja telesne povrede, a nehat u pogledu činjenice da je nastupila unakaženost“. D. Atanacković, 392. Na sličan stav nailazi se i u starijoj literaturi. Tako Potočki tvrdi da je za krivičnu odgovornost za dela telesnih povreda u pogledu totalnog efekta potreban isključivo umišljaj. Vid. S. Potočki, „Značenje §-a 17 Krivičnog zakonika“, *Pravosuđe*, Beograd 1/1935, 31.

54 Slično vredi i za krivično delo otmice, koje poznaje teži oblik ako je oteto lice zadržano duže od deset dana (čl. 134 st. 3).

nju ubičajeno se smatra težom posledicom,⁵⁵ koja osim nehatom može da bude obuhvaćena i učiniočevim umišljajem. Stoga bi pokušaj ovog oblika postojao ako je učinilac hteo pasivnog subjekta da liši slobode u trajanju dužem od trideset dana, ali je ovaj posle samo nekoliko dana uspeo da se oslobodi i pobegne.⁵⁶ Ipak, nasuprot većinskom stavu čini se da dužinu trajanja lišenja slobode ne treba smatrati težom posledicom, već kvalifikatornom okolnošću, koja mora da bude obuhvaćena umišljajem učinioca.⁵⁷

Načelno, ova konstelacija ne zadaje neke posebne probleme, tj. tu ne postoji nikakva razlika u pogledu kažnjivosti pokušaja u odnosu na normalne umišljajne delikte. Takođe, ovoj konstrukciji ne može se prigovoriti da nehatno ostvarena teža posledica od nekažnjivog stvara kažnjivi pokušaj, zato što se kažnjivost pokušaja bazira na umišljaju i u odnosu na težu posledicu.⁵⁸ Pokušaj u ovoj formi će postojati ne samo kada je osnovno delo dovršeno, a nameravana teža posledica je izostala, već i u slučaju nekompletnog ostvarenja osnovnog oblika krivičnog dela, kada dakle i osnovno delo ostaje u fazi pokušaja. Kombinacija se tada sastoji od dva pokušaja. Jedino je sporno pitanje kažnjivosti pokušaja u situaciji kada osnovno delo ostane u fazi pokušaja, a pokušaj osnovnog oblika nije kažnjiv. Pojedini autori isključuju mogućnost kažnjavanja učinioca u takvom slučaju, zato što samo nastojanje ostvarenja teže posledice ne može da opravda utemeljenje kažnjivosti. Pravilo iz čl. 27 strože kažnjavanje čini zavisnim od kažnjivog ostvarenja osnovnog dela.⁵⁹ Drugo mišljenje podržava kažnjivost pokušane teže posledice, uprkos nekažnjivosti pokušaja osnovnog dela, uz argument da umišljaj u odnosu na težu posledicu pojačava stepen nepravda koji je ispoljen kroz pokušaj osnovnog oblika, tj. on podiže jedan izolovano posmatran nekažnjiv pokušaj osnovnog dela na prag kažnjivosti težeg oblika, pod uslovom da je pokušaj teže posledice inače kažnjiv.⁶⁰

Pokušaj krivičnog dela kvalifikovan težom posledicom. Ova konstrukcija pretpostavlja da je već kroz pokušaj osnovnog oblika nehatno prouzrokovana teža posledica. Uprkos nastupanju teže posledice govori se o pokušaju zato što osnovno delo ostaje nedovršeno.⁶¹ Tako, radiće se o pokušaju kvalifikovanog oblika krivičnog dela silovanja ako učinilac prinudom pokušava da savlada otpor oštećene kako bi izvršio obljubu, usled čega ona iskače kroz prozor sa visine od tri metra, pri čemu je zadobila prelom petne kosti, što je kvalifikovano kao teška telesna povreda.⁶² Iako je ovaj oblik pokušaja prihvaćen u praksi i u pretežnom delu literature, postoji i mišljenje koje osporava kažnjivost ovakvih situacija. Osnovni problem u situaciji kri-

55 Tako T. Živanović, 882; D. Atanacković, 396; Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd 2006, 94.

56 K. Kühl, 561–562.

57 Ovaj stav zastupa i Vuković. Vid. I. Vuković, 151–152.

58 K. Kühl, 562.

59 Vid. J. Wessels, W. Beulke, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2011, 236.

60 K. Kühl, 562.

61 Isto, 563.

62 Presuda Okružnog suda u Beogradu K. 174/96 od 22. maja 1997. god. i presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1660/97 od 21. januara 1999. god.

vičnog dela kvalifikovanog težom posledicom sa umišljajnom radnjom i nehatnom daljom posledicom predstavlja činjenica da pokušaj podrazumeva umišljajno započinjanje izvršenja krivičnog dela, pa bi nehat u odnosu na težu posledicu bio nespojiv sa pojmom pokušaja (*Fahrlässigkeitseinwand*). Zbog toga neki autori kažnjivost ove grupe slučajeva vezuju za dve dodatne pretpostavke. Učinilac i u odnosu na težu posledicu treba da postupa umišljajno, jer pokušaj iz nehata pojmovno nije moguć, i uprkos činjenici postojanja umišljaja u odnosu na težu posledicu mora se raditi o situaciji u kojoj odgovornost ostaje na terenu dela kvalifikovanog težom posledicom, jer će inače doći u obzir primena pravila koja važe za sticaj krivičnih dela, tj. drugim rečima teža posledica ne sme da predstavlja samostalno krivično delo.⁶³

I na ovom mestu je u velikoj meri sporno pitanje da li nekažnjiv pokušaj osnovnog dela može voditi kažnjavanju za težu posledicu. Pojedini autori kao i u prethodno navedenoj grupi slučajeva negiraju takvu mogućnost, uz tvrdnju da kažnjivost dela zasniva nepravo osnovnog oblika, a teža posledica samo povišava već postojeću kažnjivost. Zato bi težu posledicu u tim slučajevima, ako je to moguće, trebalo kvalifikovati kao neko drugo zasebno krivično delo.⁶⁴ Nasuprot ovom shvatanju, koje je većinsko, drugi autori polaze od toga da teža posledica nema samostalnost i da je suštinski uključena u nepravo dela, pa samim tim i delo treba posmatrati u njegovoj ukupnosti i kao relevantan kriterijum uzeti propisani raspon kazne za čitav kriminalni sadržaj, što bi značilo i kažnjivost pokušaja ako raspon kazne težeg oblika to dozvoljava. Činjenica je takođe da je ova konstrukcija moguća samo kod onih krivičnih dela čija struktura je takva da teža posledica ne zavisi od dovršenog osnovnog krivičnog dela. Kada je nastupanje teže posledice nužno vezano za ostvarenje posledice osnovnog oblika, ne može postojati kažnjivost za pokušaj teže posledice u ovoj varijanti. To bi značilo da npr. nije moguć pokušaj krivičnog dela teške telesne povrede kvalifikovane smrću.⁶⁵ Dakle, ima mesta za ovakav vid pokušaja samo kada je nastupanje teže posledice povezano isključivo sa radnjom osnovnog dela.

Od više različitih načina rešavanja pravne kvalifikacije pokušaja krivičnog dela koji je kvalifikovan težom posledicom,⁶⁶ a u kontekstu našeg krivičnog prava najprihvatljivijim se čini odlučivanje za sticaj pokušanog umišljajnog dela i dovršene nehatne posledice, pod uslovom da teža posledica ispunjava uslove za biće nekog krivičnog dela.⁶⁷ Glavnu prepreku za obeležavanje ove konstelacije pokušajem krivičnog dela koji je kvalifikovan težom posledicom predstavlja činjenica da u odno-

63 Vid. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, 438.

64 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, 143.

65 Iako se u literaturi često navodi primer u kome je nastupanje smrti pasivnog subjekta realizacija opasnosti radnje a ne posledice (učinilac zamahne pištoljem u nameri da udarcem teško telesno povredi pasivnog subjekta, ali već prilikom zamahivanja dođe do pucnja i smrti), zbog atipičnog uzročnog toka (bitnog odstupanja stvarnog od zamišljenog kauzalnog toka) redovno ne bi bilo uslova za pripisivanje teže posledice u nehat učiniocu. Vid. I. Vuković, 155.

66 *Isto*, 156–158; Tahović navodi tri modela. Prema prvom radiće se o pokušaju krivičnog dela koji je kvalifikovan težom posledicom. Drugo rešenje polazi od toga da postoji dovršeno delo, s obzirom na to da je nastupila teža posledica, dok u trećoj varijanti postoji sticaj pokušaja osnovnog krivičnog dela i krivičnog dela koje je sadržano u težoj posledici. J. Tahović, 248.

67 I. Vuković, 157–158.

su na težu posledicu postoji nehat, a pokušaj po definiciji pretpostavlja postojanje umišljaja. Za razliku od našeg krivičnog zakonodavstva, ovaj problem ne postoji u nemačkom krivičnom pravu, s obzirom na izričitu odredbu koja kombinaciju umišljajne radnje i nehatne teže posledice u celini smatra umišljajnim krivičnim delima, pa samim tim ne isključuje mogućnost pokušaja u ovoj situaciji.⁶⁸

Ivan Djokić

Law Faculty, University of Belgrade

CRIMINAL OFFENCES QUALIFIED WITH A GRAVER CONSEQUENCE

SUMMARY

Serbian Criminal Code prescribes in article 27 liability for a graver consequence. If a graver consequence has resulted from a criminal offence for which a higher punishment is prescribed by statute, such punishment may be imposed if that graver consequence is attributable to the perpetrator's negligence, as well as to his intent, if this does not establish elements of another criminal offence. This special type of offences includes offence combinations where a basic offence, committed with intent or by negligence, has a further, extended and usually unwanted consequence, that is not an element of that basic offence. The requirement for imposing heavier punishment on the *actus reus* side is that the extended result must have been directly, immediately, caused by the commission of the basic offence. *Mens rea* side requires that the perpetrator must be at least negligent in regard to a graver consequence. If there is even no negligence the perpetrator shall not be responsible for the graver consequence and for the qualified form but only for the basic offence. This legal figure creates certain problems, which are, both dogmatically and from the point of view of criminal policy, particularly emphasized in the matter of the attempt of the criminal offence.

Key words: graver consequence, qualifying circumstance, causal link, intent, negligence.

⁶⁸ Čl. 11 st. 2 nemačkog KZ glasi: „Krivično delo je u smislu ovog zakona učinjeno sa umišljajem i kada zakonska obeležja dela u odnosu na radnju pretpostavljaju postojanje umišljaja dok je u odnosu na posebnu posledicu dovoljan nehat“.

ETIOLOGIJA SEKSUALNOG KRIMINALITETA I RECIDIVIZMA NJEGOVIH UČINILACA

Apstrakt. Autor se radu bavi pitanjem objašnjenja recidivizma seksualnih prestupnika. Prvi deo rada posvećen je izlaganju teorijskih pravaca pri čemu je potrebno naglasiti da se radi o teorijama koje za predmet imaju generalnu analizu seksualnog kriminaliteta a ne isključivo recidivizam ove kategorije prestupnika. Teorijski pravci podeljeni su prema vrsti seksualnih prestupnika na one koji analiziraju silovatelje i na one koji za predmet imaju objašnjenje seksualnog zlostavljanja dece. U drugom delu rada analizirani su uzroci koji, prema rezultatima empirijskih istraživanja, dovode do recidivizma seksualnih prestupnika. Takođe, ispitivano je da li podaci o etiološkom aspektu potvrđuju prethodno izložene teorijske pravce. U radu je izvedeno nekoliko zaključaka. Prvo, teorijska objašnjenja pokazuju da između silovatelja i lica koja seksualno zlostavljaju decu postoje razlike u pogledu njihovih karakteristika i uzroka vršenja krivičnih dela. Takođe, za objašnjenje bilo koje vrste krivičnih dela protiv polne slobode potrebno je kombinovati više teorijskih pravaca. Isto važi i za etiološki aspekt recidivizma seksualnih prestupnika, tj. ne može se tvrditi da ponovno vršenje krivičnih dela zavisi od isključivo jednog faktora kao ni da svi uzroci imaju podjednaku ulogu kod silovatelja i lica koja seksualno zlostavljaju decu.

Gljučne reči: recidivizam, seksualni prestupnici, teorijsko objašnjenje, silovanje, seksualno zlostavljanje dece, etiološki aspekt.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Kriminalitet seksualnih prestupnika predstavlja važno polje interesovanja kako kriminologije tako i krivičnog prava i politike suzbijanja kriminaliteta. Krivična dela protiv polne slobode prouzrokuju značajne psihičke, fizičke i materijalne posledice i shodno tome zaslužuju pažnju različitih naučnih disciplina. Takođe, ovu kategoriju krivičnih dela odlikuje velika tamna brojka kriminaliteta zbog čega su navedene posledice sigurno još zastupljenije. Seksualni prestupnici pored toga privlače pažnju medija kao i javnog mnjenja što naročito dolazi do izražaja kada su u pitanju recidivisti kao i kada su žrtve deca. Ova grupa prestupnika u mnogim državama predstavlja predmet posebnog pravnog regulisanja¹ što iziskuje potrebu prethodnog analiziranja uzroka koji dovode do vršenja krivičnih dela protiv polne slobode.

Prva teorijska objašnjenja seksualnog kriminaliteta odnosila su se na analiziranje bioloških i psiholoških karakteristika prestupnika. Potom su i kroz druge teorij-

* asistent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 U Krivičnom zakoniku RS shodno čl.57 st.2 isključena je mogućnost ublažavanja kazne za učinioce nekih krivičnih dela protiv polne slobode (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba sa detetom) a nedavno je usvojen i Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima. Sl.glasnik RS, 32–13.

ske pristupe poput teorije socijalnog učenja, teorije socijalne dezorganizacije, feminističke perspektive kao i integrativnog pristupa ponuđena objašnjenja. Potrebno je naglasiti da se svi pomenuti teorijski pravci ne bave analizom recidivizma seksualnih prestupnika već generalnim objašnjenjem ovog tipa kriminaliteta. Teorijski pristupi se dele u skladu sa kategorijom seksualnih prestupnika na one čiji je predmet analiza silovanja i ona koja za predmet imaju objašnjenje seksualnog zlostavljanja dece.

Uzroci recidivizma seksualnog kriminaliteta su različiti a u literaturi se uglavnom dele na statične koji obuhvataju npr. raniju osuđivanost, probleme u odnosu sa roditeljima, raniju viktimizaciju; dinamičke stabilne kao što je emocionalna nestabilnost, seksualne devijacije, impulsivnost, kognitivne disfunkcije; i akutne dinamičke gde spadaju npr. devijantno seksualno uzbuđenje, potreba za intimnošću.² Pri tome, nijedan od navedenih faktora ne može biti isključivo povezan sa seksualnim kriminalitetom već se po pravilu radi o njihovom međusobnom delovanju. Takođe, istraživanja ukazuju na određene razlike u zavisnosti od toga da li su u pitanju silovatelji ili prestupnici koji seksualno zlostavljaju decu.

2. TEORIJSKO OBJAŠNENJE

U pokušaju teorijskog objašnjenja seksualnih krivičnih dela najpre se mora poći od klasifikacije ovog tipa kriminaliteta. Kao što je napred već ukazano, u literaturi se najčešće polazi od kategorizacije seksualnih prestupnika i njihovih žrtava. Shodno tome, u nastavku će biti ukazano na teorijske perspektive koje su usmerene ka objašnjenju silovanja čije su žrtve odrasle osobe, a potom i na teorijski pristup koji objašnjava seksualno zlostavljanje dece.

2.1. Teorijsko objašnjenje silovanja

Objašnjenje silovanja ponuđeno je kroz različite teorijske pristupe. U radu će biti ukazano na nekoliko postojećih modela.

Biološka shvatanja. U okviru ovog pravca postoje različiti pokušaji objašnjenja silovanja. Pojedini autori navode da epilepsija kao i povrede glave mogu biti doveđene u vezu sa silovanjem, dok drugi opet ukazuju na značaj neuroloških i psihosomatskih poremećaja. Predmet nekih istraživanja bilo je utvrđivanje veze između hromozomske nenormalnosti učinilaca i silovanja ali ova teza nije potvrđena. Takođe, ispitivan je i nivo testosterona seksualnih prestupnika sa ciljem medicinskog tretiranja kako bi se uticalo na smanjenje libida. Neki istraživači su tvrdili da je uspešnost tretmana bila prisutna u 12 od 15 slučajeva³. Takođe, zatupljena su i mišljenja po kojima seksualno nedopušteno ponašanje predstavlja posledicu jakog

2 A.R.Beech, T.Ward, The integration of etiology and risk in sexual offenders: A theoretical framework, *Aggression and Violent Behavior*, 10/2004., p.31–63.

3 B.K.Schwartz, H.R.Cellini, *The Sex Offender, Corrections, Treatment and Legal Practice*, USA, 1996., p.2–8. Ipak, Langevin (1985) nije pronašao bitne razlike u nivou testosterona u poređenju silovatelja i nenasilnih seksualnih prestupnika kao ni između sadističkih i nesadističkih silovatelja. R.Blackburn, *The Psychology of Criminal Conduct*, UK, 1993., p.298.

seksualnog nagona ali ovaj stav se ne prihvata jer je generalno prihvaćeno da je, za razliku od životinja, seksualno uzbuđenje i seksualno ponašanje kod ljudi uslovljeno učenjem i situacionim faktorima.⁴

Psihološka shvatanja. Rana istraživanja silovanja bila su zasnovana na ovom teorijskom pravcu, polazeći od stavova da je ovo krivično delo uzrokovano problemima koje je učinilac iskusio u periodu detinjstva⁵ što je za posledicu imalo neadekvatnu integraciju ida, ega i superega. Istraživači su, primenjujući klinički metod, prikupljali podatke o osuđenim učiniocima silovanja koji se odnose na uzrast, psihičke karakteristike, inteligenciju, socijalni status, korišćenje psihoaktivnih supstanci itd. Uopšteni zaključci ovog pristupa ukazali su da između silovatelja i učinioaca drugih nasilnih krivičnih dela ne mogu biti uočene značajne razlike. Zastupnici psihološkog pristupa bavili su se i pitanjem klasifikacije silovatelja uz pretežno uzimanje motivacije kao kriterijuma za razlikovanje. Tako je npr. Guttmacher podelio silovatelje u tri grupe. Prvi su „pravi“ silovatelji koji krivično delo vrše jedino radi zadovoljenja seksualnog nagona; drugu grupu čine prestupnici koji su rukovođeni agresijom i kod kojih je silovanje samo još jedan oblik ispoljavanja agresije; a treću grupu čini silovatelji kod kojih postoje latentne homoseksualne težnje ili potiskivanje seksualnog impulsa⁶. Cohen i saradnici su takođe podelili silovatelje uzimajući u obzir njihovu ličnost. Silovanje rukovođeno agresijom predstavlja izraz impulsivne ličnosti; ono koje je uzrokovano zadovoljenjem seksualnog nagona je izraz neprikladne ličnosti; a ako je u pitanju kombinacija agresije i seksualnog nagona kao motiva, radi se o antisocijalnoj ličnosti⁷.

Teorija socijalnog učenja. Ova teorija predstavlja pravac u okviru bihejviorizma a njen najznačajniji predstavnik je Bandura. Učenje kriminalnog ponašanja po ovom autoru zavisi od nekoliko faktora: a) povezanosti sa članovima porodice i vršnjacima; b) pripadnosti određenoj potkulturi; c) u poslednje vreme od uticaja koji ostvaruju mediji. U poredjenju sa teorijama učenja čiji su predstavnici Sutherland i Akers, zastupnici ovog pristupa kombinuju shvatanja o operantnom i respondentnom učenju sa određenim karakteristikama ličnosti. Tako npr., Bandura tvrdi da učenje zavisi od toga ko je uzor koji se posmatra, od osobina posmatrača (manje inteligentni i lica slabijeg samopouzdanja pre imitiraju), od nagrada i kazni. Pored toga, postoje sledeći faktori koji su odlučujući u ispoljavanju agresije: provociranje potencijalnog učinioaca; naučeni nasilni odgovori; očekivanje da će nasilje dovesti do željenog rezultata (smanjivanje besa, samo-poštovanja, novca, drugih ciljeva); verovanje da je nasilje opravdano i odgovarajuće u konkretnoj situaciji.⁸ Primenjena na

4 R.Blackburn, *op.cit.* p.287.

5 U obzir dolazi ponašanje majke koja može biti preterano zaštitnički nastrojena ili koja se ponaša zavodnički što se odražava na kasnije nedopušteno ponašanje. Takođe, ukoliko je majka neprijateljski nastrojena postoji mogućnost razvoja takvog stava prema drugim ženama. U edipalnoj fazi moguće je pojavljivanje rivalstva prema ocu a ako kasnije ne dodje do adekvatnog rešavanja konflikta moguće je stvaranje averzije prema ženskom polu. To dalje može dovesti ili do zlostavljanja dece muškog pola ili do silovanja kako bi se ostvarila sopstvena reafirmacija. Više o tome u: B.K.Schwartz, H.R.Cellini, *op.cit.*p.2–10; H.Göppinger, *Kriminologie*, München, 2008., s. 516.

6 L.B.Bourque, *Defining Rape*, USA, 1989.,p.60–61.

7 Ibid.

8 L.J.Siegel, *Criminology*, USA, 2006., p.154.

objašnjenje silovanja, ova teorija ukazuje da učinioci krivično delo vrše kao rezultat naučenog agresivnog ponašanja prema ženama: a) imitiranjem scena silovanja koje su prisutne u stvarnom životu ali i u medijima; b) povezivanjem nasilja sa silovanjem (što je često prisutno u dostupnim pornografskim sadržajima); c) usvajanjem određenih mitova odnosno predrasuda o silovanju; d) ignorisanjem patnje, straha i poniženja žrtve silovanja.⁹ Ovo gledište, pored uzimanja u obzir karakteristika ličnosti, značajan doprinos vršenju silovanja vidi u socijalnom odnosno kulturalnom učenju. Pojedini autori smatraju da usvajanje stavova kojima se opravdava silovanje ne moraju imati direktni već i indirektni karakter. Kao primer se može navesti prikazivanje nasilja u medijima dok pojedina istraživanja ukazuju na povezanost mačo kulture i seksualnog nasilja.¹⁰ Kada je u pitanju prisutnost pornografskog sadržaja, ističe se da postoje tri pretpostavke na kojima se zasniva povezanost silovanja i korišćenja pornografskog materijala. Prva je da se seksizam i muška dominacija glorifikuju u ovim sadržajima. Drugo, pornografija objektivizuje žene, odnosno degradira ih kao ličnosti. Treće, nasilne scene u ovim sadržajima nisu retkost kao ni prikazivanje da žena u njima uživa. Ipak, istraživanja su pokazala da direktna veza između silovanja i korišćenja pornografskog sadržaja ne može biti utvrđena. Određeni indirektni uticaj mogu imati samo nasilni pornografski sadržaji. Što se tiče predrasuda, autori Scully i Marolla na osnovu ovog kriterijuma dele silovatelje u dve grupe: oni koji priznaju da su izvršili delo ali opravdanje pronalaze u faktorima poput alkohola, droge ili emotivnih problema i oni koji negiraju da je njihovo ponašanje silovanje jer ženino „ne“ zapravo znači „da“, „žene ne mogu biti silovane jer one uživaju u seksualnom činu“ itd.¹¹

Teorija socijalne dezorganizacije. Po ovom shvatanju kriminalitet predstavlja rezultat delovanja uslova koji dezintegrišu lokalnu zajednicu i slabe dejstvo društvenih normi. Tvorci teorije Shaw i McKey navode da „zajednice sa najvišim stopama kriminaliteta nastanjuju oni segmenti populacije čija je pozicija najnepovoljnija u pogledu distribucije ekonomskih, društvenih i kulturnih vrednosti. Iako je u tim zajednicama dominantna tradicija konvencionalna, postoji povezanost sa sistemom kriminalnih vrednosti“.¹² Autori koji ovom teorijom objašnjavaju silovanje ne koriste sve već određene pokazatelje socijalne dezorganizacije: migracije, razvod braka, kulturnu heterogenost. Različita istraživanja su pokazala da je silovanje zastupljenije u oblastima gde je veća prisutnost razvedenih ljudi kao i onih koji nisu u braku¹³.

Feministički pristup. Po većini zastupnika ovog pravca vršenje silovanja uzrokovano je polnom nejednakošću u društvu. Kako su ženama onemogućene političke i ekonomske pozicije moći, one se ne smatraju ravnopravnim sa muškarcima¹⁴. Ovu tezu su neki autori potvrdili u svojim istraživanjima u kojima su došli do zaključaka

9 L.Ellis, *Theories of Rape: Inquiries into the Causes of Sexual Aggression*, USA, 1989., p12–13.

10 L.Baron, M.A.Straus, *Four theories of Rape: A Macrosociological Analysis*, *Social Problems*, vol.34,n.5, 1987., p.467–489.

11 L.B.Bourque, op.cit.p.68–69.

12 C.Shaw, H.McKey, *Maloletnička delinkvencija i gradska područja*, u: Đ.Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd, 2009., str. 244–248.

13 L.Baron, M.A.Straus, op.cit.p.467–489.

14 L.Ellis, op.cit., p.10.

da je stopa silovanja viša u onim društvima u kojima je ženama uskraćena mogućnost učestvovanja u procesima političkog i ekonomskog odlučivanja. Sa druge strane, neke feministkinje tvrde da silovanje predstavlja manifestaciju socijalnog učenja polnih uloga u društvu. Dok se prihvata da između polova postoje psihološke razlike, smatra se da se ponašanje koje označavamo kao muško odnosno žensko uči kao i da je uslovljeno normativnim i vrednosnim elementima u društvu¹⁵. Ovde je moguće uočiti sličnost sa teorijom socijalnog učenja koja ukazuje na značaj kulturalnog učenja za objašnjenje silovanja. Mnoge feministkinje smatraju da silovanje predstavlja želju muškaraca da na taj način drže žene u pokornosti dok ima i mišljenja da neki muškarci siluju zbog promena koje su u društvu odvijaju a koje su usmerene na izjednačavanje statusa polova.¹⁶ Ovaj stav je u suprotnosti sa psihološkim analizama silovatelja koje su jasno pokazale da pored kategorije učinilaca kod kojih krivično delo predstavlja čisto agresivni akt, postoje i one grupe koje na taj način žele zadovoljenje seksualnog nagona. Pored psiholoških shvatanja, i teorija socijalnog učenja, za razliku od feministkinja, priznaje da ova podela postoji¹⁷. Feministički pristup u odnosu na teoriju socijalnog učenja, pridaje još veći značaj korišćenju pornografskih sadržaja kao jednog od uzroka silovanja zbog prisutnosti nasilnih sadržaja i prikazivanja žene kao objekta.¹⁸ Značaj feminističkog pristupa ogleđa se u usmeravanju pažnje na problem silovanja i potrebe njegovog proučavanja kao i u rušenju mnogih predrasuda koje u pogledu ove vrste kriminalnog ponašanja postoje. Sa druge strane, insistiranje isključivo na jednom faktoru (polna nejednakost) predstavlja ograničenje u teorijskom objašnjenju silovanja. Konstatacije mnogih feministkinja da su „svi muškarci potencijalni silovatelji“ naišlo je na kritike u literaturi. Kao opravdan argument navodi se da je stopa silovanja čak i u Zapadnim društvima različita i da značajno varira: u SAD je 17 puta više zastupljena nego u Velikoj Britaniji pa se postavlja pitanje kako to objasniti. Autorka Lynne Segal navodi da se nasilje ne može izjednačiti sa „muškošću“ i da pored polne nejednakosti moraju biti uzeti u obzir drugi faktori koji značajno utiču na opšti nivo nasilja u jednom društvu. SAD su danas društvo u kome je zastupljena neravnopravnost, siromaštvo, segregacija, beskućništvo, društvo u kome sve manji broj Afro-amerikanaca završava školu, u kome je na delu razbijanje sindikalnog pokreta itd. Upravo na protivrečnosti kapitalističkog uređenja koje proizvodi klasne, rasne i polne nejednakosti treba usmeriti pažnju u razumevanju nasilja¹⁹.

15 L.B.Bourque, op.cit.p.15.

16 L.Baron, M.A.Straus, *Four theories of Rape in American Society*, USA, 1989., p. 7.

17 L.Ellis, op.cit., p. 13.

18 Ibid. U jednom eksperimentu koji je sproveo Donnerstein, utvrđeno je da agresivna pornografija utiče na razvoj agresivnih obrazaca kod muškaraca dok neseksualni agresivni film utiče na stvaranje ili učvršćivanje mitova o silovanju kod muškaraca. Ipak, teško je tvrditi da ovakvi sadržaji predstavljaju uzrok seksualno nedopuštenog ponašanja. Treba imati u vidu i da lica koja seksualno zlostavljaju decu još češće koriste pornografske sadržaje pre ili tokom izvršenja krivičnog dela pri čemu ne ispoljavaju agresiju u meri kao silovatelji (detaljnije u nastavku teksta). Pre bi se moglo govoriti o posrednom uticaju, slično kao i kada se radi o nasilju u medijima, koji se ostvaruje kod onih lica koja su već predisponirana za nasilje prema ženama. Navedeno prema: R.Blackburn, op.cit.p.297.

19 Više o tome u: L.Segal, Objasnjenje muške nasilnosti, u: Đ.Ignjatović (ur.), *Teorije u kriminologiji*, Beograd, 2009., str. 424–434.

Integrativni pristup. Autori Baron i Straus smatraju da se silovanje može objasniti međusobnim dejstvom nekoliko faktora. Pored socijalne dezorganizacije, koju su izmerili uzimajući kao indikatore migracije, prisutnost turista (ovaj indikator uzet je zbog stavova pojedinih istraživača da turisti predstavljaju privremene migrante i da zbog udaljenosti od kuće imaju blagu tendenciju da se ponašaju drugačije), zastupljenost razvedenih ljudi, potom jednočlanih muških domaćinstava kao i samohranih majki koje imaju decu mlađu od 18 godina, zastupljenost populacije koja nije religijski opredeljena, autori uzimaju već navedene faktore korišćenja pornografskog sadržaja i kulturalnog podržavanja nasilja. Takođe, od feminističkog pristupa preuzimaju polnu nejednakost kao uzrok silovanja. Rezultati pokazuju da postoji direktna veza između socijalne dezorganizacije, polne nejednakosti, zastupljenosti pornografskog materijala i silovanja. Pored toga, autori ukazuju da na vršenje ovog krivičnog dela uticaj imaju ekonomska nejednakost i nezaposlenost. Zanimljivo je primetiti da autori ekonomsku nejednakost i nezaposlenost nisu tretirali kao elemente socijalne dezorganizacije već su ih izdvojeno posmatrali što nije u skladu sa stavovima tvoraca teorije o socijalnoj dezorganizaciji. Kritikujući mišljenje Shaw-a i McKey-a, Baron i Straus navode da ako bi se ovi elementi tretirali kao indikatori socijalne dezorganizacije, nije moguće utvrditi da li visoka stopa kriminaliteta predstavlja rezultat ekonomske deprivacije, socijalne dezorganizacije ili je rezultat njihovog ukupnog delovanja²⁰.

2.2. Teorijsko objašnjenje seksualnog zlostavljanja dece

U radu će biti ukazano na nekoliko teorijskih pristupa kojima se objašnjava ova vrsta seksualnog zlostavljanja.

Teorija o preduslovima za seksualno zlostavljanje dece. Tvorac ove teorije je Finkelhor (1984) a objašnjenje je zasnovano na ostvarenosti tri grupe preduslova. Prva se odnosi na motivaciju prestupnika koja je uslovljena time da je za učinioca seksualni kontakt sa detetom emotivno zadovoljavajući, da ga ova kategorija žrtava seksualno uzbuđuje i da svoje seksualne potrebe ne može zadovoljiti na društveno prihvatljiv način već samo sa decom. Da bi došlo do seksualnog zlostavljanja dece, ne moraju biti ostvarena sva tri elementa motivacije. Moguće je da to bude samo jedan od njih ali najčešće su svi prisutni²¹. Druga grupa preduslova odnosi se na

20 L. Baron, M.A. Straus, *Four theories of Rape in American Society*, op.cit. p.128.

21 D. Finkelhor, *Child Sexual Abuse*, USA, 1984., p.54–55. Što se tiče uzroka koji dovode do ova tri elementa motivacije, autor navodi moguća objašnjenja koja su ponuđena u teoriji. Tako npr., zadovoljenje emocionalne potrebe može biti uzrokovano percepcijom zlostavljača koji sebe doživljavaju kao decu, njihovim niskim samo-poštovanjem a seksualno zlostavljanje im pruža osećaj kontrole i moći ili se na taj način nadilazi osećaj sramote koju je učinilac iskusio kada je bio dete što je ustvari koncept „identifikacije sa agresorom“. Što se tiče seksualnog uzbuđenja, u literaturi su ponuđena objašnjenja poput socijalnog učenja, da neki ljudi imaju rana seksualna iskustva pa ih u kasnijem životnom periodu uzbuđuju deca, viktimizacija u detinjstvu, nivo hormona mada se biološki faktori ne tretiraju kao uzrok već više kao faktor koji može imati samo ograničeni uticaj. Takođe, na seksualno uzbuđenje utiče i pornografski sadržaj u kome se iskorišćavaju deca. Naposljetku, blokada odnosno nemogućnost zadovoljenja seksualnog nagona na socijalno prihvatljiv način objašnjava se problemima u seksualnim vezama sa odraslima, problemima u

prevladavanje unutrašnjih inhibicija (zbog alkohola, impulsivnosti, psihoze, ozbiljnog stresa, društvenog tolerisanja seksualnog interesovanja za decu). Treća grupa preduslova obuhvata savladavanje spoljašnjih inhibicija (kroz nedostatak majčinske brige, porodične izolacije, nedostatka roditeljskog nadzora ili prisutne roditeljske dominacije). Naposljetku, prestupnik mora savladati otpor deteta prema zlostavljanju tako što će mu npr. kupiti poklon, uspostaviti emocionalnu zavisnost, koristiti pretnju ili nasilje. Može se uočiti da postoji određena sličnost ove teorije i teorije suzdržavanja koja takođe navodi da u nedostatku unutrašnjih odnosno spoljašnjih komponenti dolazi do kriminalnog ponašanja. No, jedan od glavnih prigovora koji je upućen kontrolnim teorijama a odnosi se na zanemarivanje motiva za izvršenje krivičnog dela, u ovoj teoriji je prevaziđen. Finkelhor značajno mesto daje motivaciji prestupnika. Iz ponuđenih objašnjenja ove motivacije²² može se uočiti da postoje i neke sličnosti u objašnjenju seksualnog zlostavljanja dece i silovanja (npr. odnos sa roditeljima, viktimizacija u detinjstvu, korišćenje pornografskog materijala, socijalno učenje). Takođe, za razliku od objašnjenja silovanja u pogledu kojeg veliki broj autora navodi da postoji kategorija silovatelja kojima krivično delo predstavlja isključivo agresivni čin a ne zadovoljenje seksualnog nagona (kao što je već navedeno, mnoge feministkinje tvrde da silovanje uopšte nije motivisano seksualnom željom već potrebom potčinjavanja žena), kod seksualnog zlostavljanja dece seksualni nagon predstavlja važan faktor objašnjenja²³. Ovo naravno ne znači da ne postoji kategorija ovih prestupnika koja koristi silu kako bi seksualno zlostavljala dete.²⁴ Ovoj teoriji upućuju se i određeni prigovori. Tako npr. Finkelhor tvrdi da je seksualno zlostavljanje dece složena pojava koja se u potpunosti može razumeti samo uzimanjem u obzir kako psiholoških tako i društvenih faktora, dok na drugim mestima tvrdi da je za objašnjenje dovoljno postojanje i samo jedne od tri navedene grupe uslova. Takođe, motivacija prestupnika objašnjava se vrlo raznovrsnim teorijskim konceptima što dovodi u pitanje koherentnost cele teorije.²⁵

Integrativna teorija. Predstavnici ove teorije su Marshall i Barbaree (1990) koji tvrde da kod pojedinaca koji su prošli kroz određene situacije u detinjstvu (npr. loše roditeljstvo, nekonzistentna i oštra disciplina roditelja, fizičko i seksualno zlostavljanje) postoje veće mogućnosti za usvajanje problematičnih obrazaca ponašanja a posebno kada su u pitanju agresija ili seksualno ponašanje. No, ovi autori se u svom objašnjenju ne ograničavaju isključivo na faktore koji su prisutni u detinjstvu već smatraju da je period adolescencije naročito značajan zbog najveće podložnosti za usvajanje seksualnih modela ponašanja i seksualnog interesovanja. Ova teorija

bračnim odnosima, represivnim seksualnim normama koje onemogućavaju učinioca da ostvari normalne seksualne odnose. Navedeno prema: D.Finkelhor, op.cit.p.38–44.

22 Vidi fusnotu 18.

23 Naravno, postoje i mišljenja da je seksualno zlostavljanje dece aseksualan čin. Vidi D.Finkelhor, op.cit.p.34.

24 U literaturi se navodi da se ova kategorija prestupnika može podeliti u sledeće grupe: prvu čine učinioci koji podstiču decu na upuštanje u seksualni čin, zatim drugi su oni koji se koriste različitim vrstama potkupljivanja deteta i na kraju dolaze oni učinioci koji koriste silu. Za druge klasifikacije ove kategorije prestupnika vidi:R.Blackburn, op.cit.p. 304.

25 A.R.Beech, T.Ward, op.cit., p.31–63.

kombinuje biološke, socijalne i situacione faktore. Faktori koji su postojali u detinjstvu kombinuju se sa tranzicionim elementima kao što su stres, intoksikacija, seksualni stimulansi. Ipak, ova teorija ne može da objasni sve slučajeve u kojima dolazi do seksualnog zlostavljanja dece, npr. kada učinilac prvi put vrši krivično delo u odraslom dobu. Ovi autori takođe smatraju da seksualno ponašanje i agresija potiču iz istih neuroloških centara što se kritikuje uz argument da seksualno zlostavljanje dece nije u istoj meri agresivno kao kada su u pitanju odrasle žrtve silovanja.²⁶

Klasifikacija zlostavljanja dece prema karakteristikama učinilaca. Autori Hall i Hirschman navode da postoje četiri grupe faktora prema kojima se može napraviti klasifikacija učinilaca. U prvoj grupi presudan faktor je postojanje seksualnog uzbuđenja zbog čega ovi učinioци često imaju vrše žrtava. Druga grupa je karakteristična po postojanju kognitivnih deficita zbog kojih se ponašanje dece interpretira pogrešno. Ovi učinioци često vrše incest. Treća grupa učinilaca deluje na osnovu trenutnih stanja poput impulsivnosti ili negativnih afektivnih stanja. Naposljetku, četvrtu grupu odlikuju problematična ličnost zbog čega učinioци imaju poteškoća u uspostavljanju ličnih odnosa. Problem ove teorije sastoji se u nepovezivanju faktora koji se navode zbog čega ona pre predstavlja pregled mogućih uzroka ali ne nudi objašnjenje njihove složenosti i međusobnog uticaja.²⁷

Beech i Ward daju svoje teorijsko objašnjenje koje predstavlja kombinaciju navedenih pristupa. Prvo, oni prihvataju da rana viktimizacija u okviru primarne porodice predstavlja značajan faktor za razumevanje seksualnog zlostavljanja dece ali da je potrebno uzeti u obzir i druge okolnosti posebno imajući u vidu da se kod određenog broja učinilaca ovaj faktor uopšte ne pojavljuje. Zlostavljanje iz detinjstva može dovesti do drugih vrsta problema koji imaju uticaja na kriminalno ponašanje. Ovi autori ih dele u dve grupe. Prvi su statični faktori u koje se npr. ubraja osuđivanost a drugi su stabilni dinamički poput prihvatanja stavova kojima se opravdava seksualno nasilje, emocionalna nestabilnost, seksualne devijacije, kognitivne disfunkcije, problemi u sferi intimnih odnosa. Navedeni faktori deluju pod uticajem okidača kao što su prisutnost žrtve, nepostojanje nadzora, zloupotreba alkohola i opojnih droga, anti-socijalno okruženje. Autori potom navode da okidači deluju na pomenute faktore tako što prouzrokuju akutne dinamičke elemente poput devijantnog seksualnog uzbuđenja, potrebe za intimnošću i sl.²⁸

3. ETIOLOGIJA RECIDIVIZMA SEKSUALNIH PRESTUPNIKA

U literaturi se uzroci recidivizma seksualnih prestupnika dele po pravilu u tri kategorije. Prvi su tkz.stabilni faktori koji obuhvataju socio-demografske karakteristike učinilaca, zatim raniju osuđivanost, odnos sa roditeljima. Dinamički faktori (prema tome da li su relativno stabilni ili se pojavljuju neposredno pred izvršenje krivičnog dela dele se na stabilne i akutne) obuhvataju zloupotrebu alkohola, droga,

26 A.R.Beech, T.Ward, op.cit.p. 31–63.

27 Ibid.

28 A.R.Beech, T.Ward, op.cit.p. 31–63.

motivaciju, odnos sa drugim ljudima, antisocijalne stavove, seksualno uzbuđenje, devijantne seksualne preferencije, psihopatsku ličnost.²⁹

Ranija osuđivanost. Kao jedan od važnih prediktora recidivizma kod ove kategorije učinilaca navodi se ranija osuđivanost. Pojedini autori ukazuju da ranija osuđivanost za seksualna krivična dela predstavlja važan faktor kasnije kriminalizacije³⁰ dok mnogi navode da i druga krivična dela predstavljaju faktor rizika. Tako npr. Taylor na osnovu uzorka od 30 hiljada osuđenika u Velikoj Britaniji navodi podatak da su lica osuđena za seksualna ili nasilna krivična dela dva puta češće bila ranija osuđivana za provalnu krađu³¹ dok je studija koju je sproveo FBI o seksualnim prestupnicima pokazala da je 71% ranije bio uključen u kriminalne aktivnosti poput krađe i sitne krađe.³²

Uzrast u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela. Ne postoji jedinstven stav u literaturi u pogledu uzrasta u trenutku izvršenja prvog krivičnog dela. Neke studije pokazuju da više od 50% ispitanika prvo krivično delo protiv polne slobode učini pre 18. godine dok druge potvrđuju da taj period nastupa znatno kasnije i da se prvo seksualno krivično delo vrši oko tridesete godine.³³ U jednoj studiji sprovedenoj u SAD iznet je podatak da je veliki broj odraslih učinilaca sa nedopuštenim seksualnim ponašanjem počeo u periodu adolescencije a procenjuje se da u istoj državi maloletnici učine 20% svih silovanja i oko 50% seksualnog zlostavljanja dece³⁴. No, ako prvo krivično delo i bude učinjeno u periodu adolescencije ne znači da postoji veći rizik za ponavljanjem istovrsnog krivičnog dela tokom kasnijeg životnog perioda.³⁵ Smallbone i Wortley navode da je prosečan uzrast lica koje prvi put stupa u seksualni kontakt sa detetom 32,4 godine. Svega 10, 6% ispitanika reklo je da je prvi kontakt bio između 17 i 20 godine a 6% da je prvi put seksualno zlostavljalo dete posle 50. godine.³⁶

Uzrast. Što se tiče uzrasta seksualnih prestupnika, može se napraviti razlika prema tome da li se radi o silovateljima ili onima koji seksualno zlostavljaju decu pri čemu se u okviru ove druge kategorije pravi razlika između zlostavljanja dece sa kojima je učinilac u krvnom srodstvu i slučajeva u kojima učinilac ne pripada porodici deteta. Recidivizam kod prve grupe prestupnika vrhunac dostiže u uzrastu između 18. i 24. godine. Lica koja seksualno zlostavljaju dete čineći pri tome incest

29 D.Lievore, *Recidivism of Sexual Assault Offenders: Rates, Risk Factors and Treatment Efficacy*, Australia, 2004., p.39–40.

30 M.J.Scalora, C.Garbin, *A Multivariate Analysis of Sex Offender Recidivism*, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 47, 2003., p.309–323. Tako npr. Greenfeld navodi da je šest od deset osuđenika za krivično delo silovanja ranije bilo osuđeno za seksualni napad a četiri od deset je ranije bilo osuđeno zbog krivičnog dela silovanja. Navedeno prema: D.Lievore, op.cit.p.46.

31 D.Lievore, op.cit.p.47.

32 B.K.Schwartz, H.R.Cellini, op.cit.3–11.

33 I.A.Nisbet, P.H.Wilson, S.W.Smallbone, *A Prospective Longitudinal Study of Sexual Recidivism Among Adolescent Sex Offenders*, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol.16, n.3, 2004. p. 223–234.

34 D.Lievore, op.cit.p.55.

35 I.A.Nisbet, P.H.Wilson, S.W.Smallbone, op.cit.p., D.Lievore, op.cit.p.55.

36 K.Gelb, *Recidivism of Sex Offenders*, Melbourne, 2007., p. 16.

najčešće recidiviraju između 18. i 24. godine dok treća grupa najčešće ponovo vrši krivično delo u uzrastu između 25. i 35. godine. Meta analiza koja je obuhvatila veliki broj sprovedenih studija takođe ovo potvrđuje. Silovatelji su generalno nešto mlađi (prosečno imaju 32,1 godinu) u poređenju sa učiniocima drugih seksualnih krivičnih dela. Prestupnici čije su žrtve deca koja im nisu u krvnom srodstvu u proseku imaju oko 37,1 godinu a incestni prestupnici 38,9 godina. Podaci dobijeni iz sudske statistike ukazuju na višu starosni uzrast kod svih seksualnih prestupnika što se može objasniti kašnjenjem u prijavljivanju ovih krivičnih dela, posebno kada je u pitanju incest³⁷, kao i odnosom organa formalne kontrole prema kriminalitetu maloletnika.³⁸ Što se tiče incesta, razumljivo je zašto do vršenja krivičnih dela dolazi kasnije jer učinioci stižu priliku da zlostavljaju dete tek kada ga dobiju. Ipak, kako je već navedeno, mnogi zlostavljači dece su mlađi a u tom slučaju ne radi se o odnosu roditelj-dete već učinilac seksualno zlostavlja svoje mlađe rođake. Do prestanka vršenja krivičnih dela dolazi postepeno od srednjih godina što se može objasniti smanjenjem seksualne želje, starošću kao i manjim mogućnostima za izvršenje krivičnih dela.³⁹

Bračni status. U literaturi se često navodi da kod seksualnih prestupnika koji nisu u braku i koji nemaju decu postoji veći rizik za ponovno vršenje krivičnog dela.⁴⁰ Ipak, ne bi trebalo tvrditi da se radi o izolovanim pojedincima čija krivična dela predstavljaju rezultat nekih psihičkih poremećaja. Mnogi su u trenutku izvršenja krivičnog dela bili u braku pri čemu su navodili da su imali bračnih problema.⁴¹ Iako neki teorijski pravci takođe ukazuju na značaj ovog elementa u objašnjenju seksualnih krivičnih dela, kao što je to npr. teorija socijalne dezorganizacije, trebalo bi imati u vidu da je za određeni broj mlađih učinilaca ovih krivičnih dela logično da nisu u braku. Ovo naročito važi za silovatelje za koje se navodi da su nešto mlađi u odnosu na druge kategorije seksualnih prestupnika a posebno ako se ima u vidu da brojni autori navode da se prva krivična dela vrše u periodu adolescencije kada se vrlo mali broj prestupnika nalazi u braku.

Ekonomski položaj. Mnogi autori navode da su nezaposlenost kao i povremena zaposlenost i loš ekonomski položaj indikatori recidivizma seksualnih prestupnika.⁴² Ovaj faktor se uzima u obzir od strane pojedinih autora u davanju teorijskih objašnjenja seksualnih krivičnih dela. No, ima mišljenja da treba razmotriti da li su ovi faktori stvarno povezani sa vršenjem seksualnih krivičnih dela ili je pak moguće da se radi o reagovanju organa formalne socijalne kontrole, odnosno da loš ekonomski položaj predstavlja pre faktor koji doprinosi hapšenju a ne uzrok seksualnih krivičnih dela.⁴³

37 Navedeno potvrđuju sledeći podaci: 37,9% seksualnih prestupnika osuđeno je posle 10 godina od izvršenja krivičnog dela, 28,9% posle 15 godina, 18,2% posle 20 godina i 9,4% posle 25 godina. K.Gelb, op.cit.p.14.

38 Ibid.

39 Ibid.

40 M.J.Scalora, C.Garbin, op.cit.p.310. Slično i D.Lievore, op.cit.p. 42–43.

41 B.K.Schwartz, H.R.Cellini, op.cit.3–12, 3–13.

42 D.Lievore, op.cit.p. 42–43.

43 D.Lievore, op.cit.p. 43.

Kognitivne disfunkcije. Ova vrsta nedostatka odnosi se na pogrešno interpretiranje ponašanja žrtve od strane prestupnika. Povezana je sa zabludama koje postoje pre svega u odnosu na silovanje. Rezultati nekih kličničkih studija pokazuju da jedna trećina osuđenih za silovanje veruje da žena misli „da“ kada kaže „ne“ iako je 64% učinilaca krivično delo učinila korišćenjem kakvog oružja. Oko 78% silovatelja je kao izgovor navodila okruženje iz kojeg potiče žrtva a isto toliko je krivično delo opravdavalo zbog upotrebe alkohola i opojnih droga. Kognitivni defeciti ne znači podrazumevaju istovremeno i nizak koeficijent inteligencije. O njemu svakako ne treba zaključivati na osnovu rezultata kliničkih studija koje se sprovode na ograničenom uzorku osuđenika koji ne moraju biti reprezentivi čitave populacije. Ima i mišljenja da silovatelji nemaju niži koeficijent inteligencije a mnogi imaju viši ili visoki stepen obrazovanja.⁴⁴ Ovi rezultati potvrđuju značaj psiholoških pravaca za razumevanje krivičnih dela protiv polne slobode ali istovremeno i značaj teorija o socijalnom učenju i teorije socijalne dezorganizacije. Kognitivni nedostaci oličeni u pogrešnim percepcijama o ponašanju žrtve ne moraju predstavljati isključivo psihološku karakteristiku učinioca već i rezultat usvajanja stavova koji opravdavaju seksualna krivična dela. Na taj proces uticaj svakako ima i okruženje kome učinilac pripada zbog čega su značajne teorije koje kriminalno ponašanje objašnjavaju kulturalnim vrednostima i normama. Čini se stoga da je integrativni pristup koji zauzimaju Baron i Straus adekvatan jer kombinuje pomenute faktore i može se primeniti na različite kategorije učinilaca jer se i kod silovatelja i kod prestupnika koji seksualno zlostavljaju decu, kako pokazuju istraživanja, mogu pojaviti kognitivni nedostaci.

Ranija viktimizacija. Više sprovedenih studija ukazuje na raniju viktimizaciju prestupnika kao značajan indikator recidivizma seksualnih prestupnika. U jednom istraživanju koje je sprovedeno u SAD navodi se da 6% uhapšenih silovatelja bilo seksualno zlostavljano u detinjstvu dok je kod silovatelja dece taj udeo bio znatno veći – 22%.⁴⁵ I druga istraživanja ukazuju na slične zaključke. Tako je npr. Groth (1979) našao da je 45% osuđenika za neko seksualno krivično delo sebe smatralo žrtvom iste vrste krivičnih dela u detinjstvu.⁴⁶ U poređenju sa učiniocima drugih krivičnih dela, seksualni prestupnici su češće izjavljivali da su bili žrtve seksualnog nasilja u detinjstvu. Među njima, silovatelji su u znatnom manjem procentu (32%) prijavili da su u detinjstvu bili seksualno zlostavljani nego prestupnici koji su osuđeni zbog seksualnog zlostavljanja dece (70%).⁴⁷ Ipak, pitanje je u kojoj su meri pouzdani tako dobijeni podaci imajući u vidu da postoji mogućnost da su osuđenici lagali kako bi sebe predstavili u boljem svetlu i dali objašnjenje za svoj postupak.⁴⁸

Seksualne devijacije. Ovaj faktor se u literaturi prikazuje kao jedan od najznačajnijih prediktora recidivizma seksualnih prestupnika. Pod ovim pojmom se

44 B.K.Schwartz, H.R.Cellini, op.cit.3–9.

45 K.Gelb, op.cit.p.17–18.

46 B.K.Schwartz, H.R.Cellini, op.cit.3–18.

47 Na sličan zaključak upućuje i istraživanje koje je sproveo Carter sa saradnicima (1987). Od proučavane populacije osuđenih lica za seksualno zlostavljanje dece njih 57% bilo je viktimizovano a kod silovatelja je taj udeo bio manji i iznosio je 23%. Navedeno prema: R.Blackburn,op.cit.p.295.

48 D.Lievore, op.cit.p.58–59.

podrazumeva da je učinilac imao više žrtava, da je žrtva muškog pola, da žrtva nije član porodice i da ne poznaje učinioca⁴⁹ ili postojanje devijantnih seksualnih interesovanja⁵⁰. Navodi se da je stopa recidivizma najviša upravo u situaciji u kojoj je žrtva muškog pola, mlađa i ne poznaje učinioca.⁵¹ Ipak, smatra se da se ovaj faktor javlja pre svega kod odraslih učinilaca dok to nije slučaj kod adolescenata. Takođe, ovaj faktor je pre karakterističan za lica koja seksualno zlostavljaju decu nego za silovatelje kod kojih je u velikom broju slučajeva vršenje krivičnog dela vrsta agresivnog čina a ne zadovoljenje seksualnog nagona. Može se primetiti da teorijska objašnjenja ne pominju ovaj uzrok kada je u pitanju silovanje ali sa druge strane on ima značaja kod objašnjenja seksualnog zlostavljanja dece. Ovo još jednom potvrđuje da silovanje često predstavlja agresivan čin, da među ovim i učiniocima drugih nasilnih krivičnih dela često nema razlike dok je za razumevanje seksualnog zlostavljanja dece to važan faktor koji se navodi u većini teorijskih objašnjenja.

Mentalne bolesti i zloupotreba alkohola. Shvatanje da su seksualni prestupnici mentalno oboleli nema potvrdu u do sada sprovedenim istraživanjima. Većina seksualnih prestupnika nema nekih psihijatrijskih poremećaja. Sa druge strane, mnogi učinioci seksualnog zlostavljanja dece bili su lečeni od depresije, zloupotrebe alkohola ili opojnih droga i problema sa agresijom. Takođe, sprovedena je i studija koja je obuhvatila očeve koji su seksualno zlostavljali svoju decu i potvrđeno je da su kod njih postojale karakteristike poput anksioznosti, depresije, pasivnosti. Silovatelji sa druge strane često imaju problem sa kontrolisanjem agresije.⁵² Što se tiče zastupljenosti psihopatije, istraživanja pokazuju da je ova vrsta poremećaja ličnosti pre prisutna kod silovatelja nego kod lica koja seksualno zlostavljaju decu a značajnije je bila zastupljena i kod prestupnika koji su učinili obe vrste navedenih seksualnih krivičnih dela.⁵³ Korišćenje alkohola je naročito karakteristično za silovatelje. Neke studije su pokazale da je više od polovine silovatelja bilo pod dejstvom alkohola u trenutku izvršenja krivičnog dela. Ipak, ne bi se moglo tvrditi da ovo predstavlja uzrok silovanja već se vrlo često radi o jednoj vrsti okidača ili izgovora koji ovi prestupnici koriste za opravdanje svog ponašanja.⁵⁴

4. ZAKLJUČAK

U radu je ukazano na teorijske pristupe kojima se objašnjava kriminalitet seksualnih prestupnika a dat je i pregled uzroka koji se dovode u vezu sa recidivizmom ove kategorije prestupnika. U pogledu teorijskog pristupa moguće je uočiti određene

49 I.A.Nisbet, P.H.Wilson, S.W.Smallbone, op.cit.p.223–234.

50 Tako npr. Marshall, Barbaree i Eccles navode da je 52,7% lica koja su seksualno zlostavljala dete reklo da je imalo devijantne seksualne fantazije ali samo jedan broj njih je takve fantazije imalo pre nego što je došlo do izvršenja prvog krivičnog dela. Jedna studija FBI je pokazala da je 52% silovateljo počelo da mašta o silovanju pre 15 godine a kod 68% je postojala fantazija o nekoj vrsti parafilije. Navedeno prema: B.K.Schwartz, H.R.Cellini, op.cit.3–13.

51 K.Gelb,, op.cit.p. 27–28.

52 B.K.Schwartz, H.R.Cellini, op.cit.3–16, 3–17.

53 D.Lievore, op.cit.p. 51.

54 D.Lievore, op.cit.p. 50.

ne razlike u zavisnosti da li se radi o silovanju ili o seksualnom zlostavljanju dece. U objašnjenju kriminaliteta prve kategorije seksualnih prestupnika zastupljene su raznovrsnije teorijske postavke. Pored bioloških i psiholoških teorija, silovanje se objašnjava i teorijom socijalnog učenja, socijalne dezorganizacije kao i feminističkim pogledom. Uzimajući u obzir navedene uzroke ove vrste krivičnog dela, može se izvesti nekoliko zaključaka. Prvo, za razumevanje silovanja nije dovoljno oslanjanje na psihološke karakteristike učinilaca niti na negativna iskustva u primarnoj porodici. Njihova inteligencija je prosečna, psihopatija je zastupljena samo kod određenog broja prestupnika dok su mentalna oboljenja izuzetak. Takođe, istraživanja pokazuju da su silovatelji u manje od polovine slučajeva bili viktimizovani u detinjstvu. Sa druge strane, može se reći da su prisutne karakteristike poput nepokazivanja empatije prema žrtvi kao i problem sa impulsivnošću i kontrolom agresije zbog čega je i potvrđena teza, zastupljena u teorijama, da se radi o kategoriji učinilaca koji se ne razlikuju značajno od ostalih nasilnih prestupnika. Oni, za razliku od učinilaca seksualnog zlostavljanja dece, nisu često rukovođeni zadovoljenjem seksualnog nagona. Sa druge strane, kod njih su zastupljene određene kognitivne disfunkcije ali čini se da njihovo razumevanje zahteva kombinovanje psiholoških i socioloških teorijskih pravaca. U tom smislu, teorija socijalnog učenja i socijalne dezorganizacije pružaju dobru osnovu jer ukazuju na značaj učenja u procesu usvajanja vrednosti i normi kao i to da učenje zavisi ne samo od porodice i vršnjaka već i od medija i potkulture kojoj se pripada. Na to se nadovezuje i feministički pristup ali čini se da on nije primenljiv kao sveobuhvatno objašnjenje silovanja. Iako je empirijski dokazano da je stopa silovanja veća u područjima u kojima postoji polna nejednakost, ne može se tvrditi da svi silovatelji vrše krivično delo kako bi na taj način potčinili ženu.

Seksualno zlostavljanje dece može se, za razliku od silovanja pre objasniti određenim karakteristikama učinilaca. Analiza uzroka recidivizma pokazala je da se radi o licima koja su znatno češće bila viktimizovana u detinjstvu, da ih takođe odlikuje prisustvo kognitivnih disfunkcija kao i da se seksualne devijacije javljaju u većoj meri nego kod silovatelja. U tom smislu, iako teorija koju nude Beech i Ward obuhvata veliki broj faktora, zbog čega se i njima može prigovoriti da je objašnjenje preširoko, čini se da su ovi autori ponudili moguće objašnjenje za različite situacije seksualnog zlostavljanja dece.

Seksualni prestupnici predstavljaju važnu kategoriju učinilaca. Krivična dela koja čine nemaju štetne posledice samo kada su u pitanju žrtve već, zbog zainteresovanosti medija, izazivaju kod građana strah i želju za osvetom prema ovim prestupnicima. To naročito dolazi do izražaja kada su žrtve krivičnih dela protiv polne slobode deca. Kako se prema seksualnim prestupnicima u mnogim pravnim sistemima preduzimaju posebne mere, potrebno je ukazati na ključne etiološke karakteristike seksualnog kriminaliteta kako bi se razumelo zbog čega dolazi do njegovog vršenja, kakve su karakteristike učinilaca i na koji se način oni mogu kategorizovati. Samo na taj način može se osmisliti adekvatna politika suzbijanja ovog tipa kriminaliteta.

LITERATURA

- Baron L., Straus M.A., Four theories of Rape: A Macrosociological Analysis, *Social Problems*, vol.34,n.5, 1987.
- Baron L., M.A.Straus, *Four theories of Rape in American Society*, USA, 1989.
- Beech A.R., Ward T., The integration of etiology and risk in sexual offenders: A theoretical framework, *Aggression and Violent Behavior*, 10/2004.
- Blackburn R., *The Psychology of Criminal Conduct*, UK, 1993.
- Bourque L.B., *Defining Rape*, USA, 1989.
- Ellis L., *Theories of Rape: Inquiries into the Causes of Sexual Aggression*, USA, 1989.
- Finkelhor D., *Child Sexual Abuse*, USA, 1984.
- Gelb K., *Recidivism of Sex Offenders*, Melbourne, 2007.
- Göppinger H., *Kriminologie*, München, 2008.
- Lievore D., *Recidivism of Sexual Assault Offenders: Rates, Risk Factors and Treatment Efficacy*, Australia, 2004.
- Nisbet I.A., Wilson P.H., Smallbone S.W., A Prospective Longitudinal Study of Sexual Recidivism Among Adolescent Sex Offenders, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol.16, n.3, 2004.
- Scalora M.J., Garbin C., A Multivariate Analysis of Sex Offender Recidivism, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 47, 2003.
- Schwartz B.K., Cellini H.R., *The Sex Offender, Corrections, Treatment and Legal Practice*, USA, 1996.
- Shaw C., McKey H., Maloletnička delinkvencija i gradska područja, u: Đ.Ignjatović (ur.), *Teorije u kriminologiji*, Beograd, 2009.
- Siegel L.J., *Criminology*, USA, 2006.

Natalija Lukić

Law Faculty, University of Belgrade

ETIOLOGY OF SEX CRIME AND OF RECIDIVISM OF
SEXUAL OFFENDERS

SUMMARY

In this paper author analyzes explanations of sexual offenders recidivism. The first part of the article deals with theoretical explanations of this type of crime but it is necessary to point out that subject of these theories is not recidivism of sexual offenders but general explanation of sex crime. Theories are divided according to type of sexual offenders on those that explain rape and those that explain sexual abuse of children. The first group is comprised of biological and psychological approach, theory of social learning, theory of social dezorganization, feminist and integrative approach. Theories that explain sexual abuse of children are Finkelhor's precondition theory and integrative approaches. In the second part of the paper author analyzes causes that, according to empirical researches, have influence on recidivism of sexual offenders. Author also compares to what extent are these causes in accordance with theoretical explanations.

Based on analyzed theories and mentioned causes, author makes several conclusions. First, there are differences in characteristics and causes between offenders who commit rape and offenders who sexually abuse children. On the other side, rapists are similar to other violent offenders and their crimes are very often motivated by anger and not by sexual desire. In order to explain rape as a type of sex crime, it is necessary to combine several theoretical perspectives. The same could be concluded for offenders who sexually abuse children. This type of sex crime can not be explained by one cause and differences between causes of rape and child sexual molestation also exist.

Considering the fact that sex crime causes many negative consequences, that it attracts media and public attention as well as the fact that this category of offenders is subject of special legal treatment in many countries, it is of great importance to analyze etiology of recidivism of sexual offenders in order to create an adequate policy of crime suppression.

Key words: recidivism, sexual offenders, theoretical explanation, rape, sexual abuse of children, etiological aspect.

KÖRPERVERLETZUNGEN IM SPORT – EINE STRAFRECHTLICHE GRATWANDERUNG

Abstrakt: In der vorliegenden Arbeit wird der strafrechtliche Kontext von Körperverletzungen im Sport untersucht. Nach einleitenden Worten wird im zweiten Teil das Phänomen des Sports betrachtet. Nach der Frage zur Bestimmung des umgangssprachlich klaren, juristisch eher schwer zu fassenden Begriffs des Sports, wird er in seinen funktionalen Rollen im Sozialgefüge verortet. Der dritte Teil ist dem rechtlichen Kontext von Körperverletzungen bei seiner Ausübung gewidmet. Nach einer Klassifizierung und dementsprechenden Eingrenzung der zu beantwortenden Fülle juristischer Fragen und zu analysierenden Situationen, wird die strafrechtliche Relevanz von Einwilligung, Sozialadäquanz und erlaubtem Risiko dargestellt. Im letzten Abschnitt wird zusammenfassend ein kombinierter Lösungsansatz vorgeschlagen.

Schlüsselwörter: Sport, Körperverletzung, Einwilligung, Sozialadäquanz, erlaubtes Risiko.

1. EINFÜHRUNG

Der Sport, ein durch veränderte Lebensweisen und –einstellungen des Menschen unserer Zeit, vor allem durch ein gesteigertes Gesundheitsbewusstsein und das Bedürfnis nach Ausgleich zum Arbeitsalltag, gewordenes Massenphänomen, mit vielerlei Berührungspunkten im öffentlichen und privaten Bereich, hat sich zu einem Thema entwickelt, das auch als eigenständiger Untersuchungsgegenstand für einzelne Rechtsgebiete – das Zivilrecht (v.a. Vertrags- und Schadensrecht), Verwaltungsrecht, Kartellrecht und Strafrecht relevant ist. Die mannigfachen Berührungspunkte der Welt des Sports mit der des Rechts lassen eine präzise Abgrenzung nicht zu; andererseits stellt dies aber auch kein Hindernis für eine genaue Analyse dar, so dass es letztendlich darum geht, etwas allgemein Bekanntes aus einer besonderen (strafrechtlichen) Perspektive zu betrachten.

In der serbischen Strafrechtswissenschaft wurde der Sport bisher meist nur am Rande erwähnt, als ein Beispiel, bei welchem die Einwilligung von Verletzten eine Rolle spielt. In der vorliegenden Arbeit soll der Bezug zum Strafrecht deshalb vertieft dargestellt werden. Dabei wird es vor allem um die Darstellung des rechtlichen Kontextes von Körperverletzungen, die aus Handlungsweisen einzelner Spieler innerhalb des Spielgeschehens entstanden sind, als auch um die theoretische Verankerung des Sportstrafrechts gehen. In diesem Sinne sind also die individuellen sportlichen Betätigungen (da kein Bezug zu anderen Menschen), die Fälle von Doping (allzu spezifisches, daher eigenständig zu betrachtendes Thema) und das Ver-

* Wissenschaftliche Assistentin, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs

bandsstrafrecht (liegt dem Wirtschaftsstrafrecht/Verwaltungsrecht näher als dem Kerninhalt dieser Arbeit) aus der vorliegenden Analyse ausgeschlossen.

2. DAS PHÄNOMEN DES SPORTS

2.1. Begriffsbestimmung

Bei der Bestimmung eines so allgemein gebräuchlichen Begriffes wie den des Sports ist eine genaue Festlegung schwer zu treffen; seine Grenzen sind fließend.¹ Obwohl das Wort häufig verwendet wird, gibt es keine einheitliche Definition. Es ist ein sehr umgangssprachlicher, man könnte sagen universeller Begriff, dessen Verständnis sowohl vom Alltagstheoretischen Gebrauch, als auch von den historisch gewachsenen und tradierten Einbindungen in soziale, ökonomische, politische und rechtliche Gegebenheiten abhängig ist.² Letztendlich vertraut der Gesetzgeber auf die Verständigung von Praxis, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, wobei die Abgrenzung im konkreten Regelzusammenhang gegenüber Freizeit, Spiel, sportähnlichen, sportnahen und gegebenenfalls pseudosportlichen Betätigungen gemacht werden soll.³ Etymologisch betrachtet leitet sich das Wort „Sport“ vom englischen Wort „disport“ (*Zerstreuung, Vergnügen*) ab, das seinerseits auf das Altfranzösische „desport, depört“ (*Vergnügen*) zurückgeht, welches wiederum vom lateinischen Wort „deportare“ (fortbringen; im ursprünglichen Sinne *Entspannung*) stammt.⁴

Eine gewisse Orientierung bieten „Beschreibungsgrößen“, wobei folgende Kriterien angeführt wurden: spezifisch motorische Aktivität, die eine oder mehrere koordinative und konditionelle Fähigkeiten (Kraft, Ausdauer, Koordination, Schnelligkeit, etc.) erfordert; geregelte (daher kulturell begründete) Formen der Alltagsbewegungen, die sich gleichsam auf einer künstlichen Ebene vollziehen und (deshalb) einer eigenen Organisation, eigener Handlungsstrategien und Taktiken bedürfen; bloße Selbstdarstellung der Sportbewegungen dem Sinne nach, prinzipielle Unproduktivität, daher keine Arbeitsleistungen, sondern Entfaltung in vielgestaltiger grundsätzlicher Offenheit der überwiegend freudvoll betriebenen sportmotorischen Aktivitäten; konstitutive Bedeutung von Leistung und Wettbewerb, da die sportlichen Handlungen auf Erwerb, Erhalt und Optimierung motorischer Fähigkeiten gerichtet sind; das Bestehen von sozialen Gebilden (Mannschaften, Riegen, Crews, Vereine, Verbände); Kataloge von Regeln, die die sportlichen Handlungen verbindlich bestimmen; Grundwerte und Leitideen wie Fairplay, Partnerschaft, Unversehrtheit des Partners, Chancengleichheit und Teamgeist.⁵

1 So fallen in diese Kategorie auch Jagen, Angeln, Schach. W. Schild, Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung (vorwiegend im Fußballkampfspiel), *JURA* 1982 Heft 9, S. 465.

2 P. Röthig, *Sportwissenschaftliches Lexikon*, Schorndorf, 1992, S. 420.

3 Eine gewisse Definitionsmacht des Gesetzgebers bleibt jedoch vorhanden, wie die Zuordnung von Schach zum Sport zeigt.

4 St. Haupt, *Die Körperverletzung des Gegners im Kampfsport und die strafrechtliche Einwilligungproblematik*, Dissertation, Bremen, 2005, S.15.

5 S. *Sportwissenschaft* 19 (1980), S. 437.

Voraussetzungen, die die Spitzenfachverbände, sowie die Sportverbände mit besonderen Aufgaben erfüllen müssen, um als Mitglied aufgenommen zu werden, und wann die Erfüllung dieser nicht vorliegt, hat der Deutsche Olympische Sportbund (DOSB) in seiner Aufnahmeordnung wie folgt festgeschrieben: 1) die Ausübung der Sportart muss eine eigene, sportartbestimmende motorische Aktivität eines jeden zum Ziel haben, der sie betreibt. Diese eigenmotorische Aktivität liegt insbesondere nicht vor bei Denkspielen, Bastel- und Modellbautätigkeit, Zucht von Tieren, Dressur von Tieren ohne Einbeziehung der Bewegung des Menschen und Bewältigung technischen Gerätes ohne Einbeziehung der Bewegung des Menschen; 2) die Ausübung der eigenmotorischen Aktivitäten muss Selbstzweck der Betätigung sein. Dieser Selbstzweck liegt insbesondere nicht vor bei Arbeits- und Alltagsverrichtungen und rein physiologischen Zustandsveränderungen des Menschen; 3) die Sportart muss die Einhaltung ethischer Werte wie z.B. Fairplay, Chancengleichheit, Unverletzlichkeit der Person und Partnerschaft durch Regeln und/oder ein System von Wettkampf- und Klasseneinteilungen gewährleisten. Dies ist nicht gegeben insbesondere bei Konkurrenzhandlungen, die ausschließlich auf materiellen Gewinn abzielen oder die eine tatsächliche oder simulierte Körperverletzung bei Einhaltung der gesetzten Regeln beinhalten.⁶ An den Schnittstellen der beiden Umschreibungen lassen sich also die konstitutiven Elemente des Sportbegriffs herausstellen: körperliche, bzw. motorische Aktivität, Regeln, Leistung, bzw. Wettkampf, Organisation, Spielhaftigkeit und eine ethische Komponente (Fairness, Chancengleichheit, Achtung des Gegners).⁷ Es soll nochmals herausgestellt werden, dass dies keine endgültigen Kriterien darstellen, sondern lediglich eine Ausrichtung bei der Begriffsbestimmung und Interpretation aufzeigen sollen.

Eine Unterscheidung zwischen sportlicher Aktivität und sportlicher Tätigkeit kennt das serbische Sportgesetz (serbSpG)⁸ aus dem Jahre 2011. Unter dem ersten

6 <http://www.dosb.de/de/organisation/philosophie/sportdefinition/>, Seite abgerufen am 4. Juli 2013. Andere Meinungen sehen im Bezug zum DOSB eine Reduzierung des Sportbegriffes auf Verbandssport und äußern sich dahingehend kritisch; relativieren den eigenen kritischen Standpunkt zuletzt: „In jedem Fall zu Recht wird die vereinzelt vertretene Auffassung überwiegend abgelehnt, wonach als Sport nur solche körperlichen Betätigungen anzuerkennen seien, die vom Deutschen (heute: Olympischen) Sportbund als Sport anerkannt werden. Die verbandsmäßige Organisation, das Einkleiden in formale Strukturen mag beispielsweise unter dem Gesichtspunkt finanzieller und/oder ideeller Förderung vorteilhaft sein. Sporttreiben im Sinne von körperlicher Bewegung und Ertüchtigung ist aber auch außerhalb einer solchen Institutionalisierung möglich und tatsächlich (sogar zunehmend) zu beobachten. Allerdings dürfte es im eigenen Interesse einer Sportart sein, sich wenigstens so auszugestalten, um von der Rechtsordnung überhaupt als Sport anerkannt zu werden.“ M. Pechan, *Die Strafbarkeit wegen Körperverletzung im Sport*, Dissertation, Tübingen, 2011, S. 7.

7 So hat sich beispielsweise Minigolf (im Zusammenhang mit dem Vergnügungssteuerrecht) als Sport qualifiziert und vom „Gesellschaftsspiel“ abgegrenzt, weil Minigolf körperliche Betätigung in freier Luft, Körperbeherrschung und Geschicklichkeit erfordert und auch geeignet sei, Gesundheit und Erholung zu fördern. Das Merkmal der „Geselligkeit“, die Minigolf biete, trete demgegenüber in den Hintergrund. Auch Bowling ist Sport (wegen Geschicklichkeit, Gelenkigkeit, ausgiebiger Durcharbeitung des Körpers). Andererseits ist Tischfußball („Tip-kick“) nicht als Sport im Sinne von § 52 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977 qualifiziert worden, weil das konstitutive Element der körperlichen Ertüchtigung fehle. <http://www.sportrecht.org/einfuehrung.htm#sportjuristisch>, Seite aufgerufen am 4. Juli 2013.

8 „Sl. glasnik RS“, br. 24/2011 und br. 99/2011.

versteht man alle Formen von physischer und geistiger Aktivität, die durch nicht organisierte oder organisierte Teilnahme das Ausdrücken oder die Verbesserung der physischen Fertigkeit und des geistigen Wohlergehens, die Schaffung gesellschaftlicher Rahmenbedingungen oder die Erbringung von Resultaten auf Wettkämpfen aller Niveaus zum Ziel haben (Art. 3, Abs. 1. serbSpG). Sportliche Tätigkeiten sind solche, die der Sicherstellung von Voraussetzungen für sportliche Aktivitäten dienen sollen, vor allem: die Organisation und Leitung von Sportwettkämpfen, einschließlich internationaler Wettkämpfe, Training und das Planen und Leiten von Sportveranstaltungen; Aktivitäten von Schiedsrichtern, Organisation von Trainingslagern und Sportveranstaltungen; das Sicherstellen und das Verwalten von Sportausrüstung und Sportobjekten, Fachausbildung, Ausbildung, Spezialisierung und Information im Bereich von Sport; Forschungs- und Entwicklungsarbeit im Sport; Propaganda und Marketing im Sport; Beratungs- und Fachdienstleistungen im Sport; Vermittlung im Sport (Art. 3, Abs. 2. serbSpG).

2.2. Gesellschaftliche Verortung und Funktionen des Sports

Der Sport zeichnet sich als eine Art Spiegelbild des Gesellschaft wider; er symbolisiert die formalen Prinzipien der Leistungsgesellschaft:⁹ Gleichheit, Freiheit und Konkurrenz. Die Regelmäßigkeit des Sports stellt überdies die rechtliche Verfasstheit der Gesellschaft anschaulich vor Augen. Der sporttreibende Jugendliche lernt die Notwendigkeit von Regeln für das gesellschaftliche Zusammenleben kennen, sogar die Notwendigkeit eines autoritär entscheidenden Richters (des Schieds-, Ring-, Wettkampfrichters). Zudem werden die Regeln unmittelbar, d.h. sofort angewendet, die Strafe (bis zum Ausschluß aus dem Wettbewerb oder dem Spiel) folgt der Regelverletzung auf dem Fuße. Die Regeln sind schriftlich festgelegt, also kann man sich auf die Autorität des (Schieds-)Richters verlassen.¹⁰ Es handelt sich um eine auf einem besonderen Gebiet gut funktionierende Befolgung von Regeln also, ferner sogar die Wahrnehmung von Sozialisationsaufgaben für die Gesellschaft (von unmittelbaren Teilnehmern, Zuschauern, sogar weiten Teilen der Gemeinschaft¹¹).

Gleichzeitig jedoch geht er über die Gesellschaft hinaus und baut eine quasi-ideale Wirklichkeit auf, in der Respekt, Rücksichtnahme und objektive Werte umgeben von einer subjektiven Hülle (Endspielstand einerseits, subjektives Empfinden ob etwas ein Foul war andererseits) vorherrschend sind und als notwendig, als Basis für die Spielregeln allgemein anerkannt sind. Er vermeidet komplexe Handlungsregeln; er ist klar, übersichtlich und nachvollziehbar. Diese Einfachheit lässt sich auch in der Kommunikation wiederfinden (Gesten und Symbole), und macht somit auch das Einhalten der Regeln einfacher (das Berufen auf einen Irrtum wäre äußerst unwahrscheinlich).

Die Funktionen von Sport sind vielfältig; neben der bereits erwähnten sozialen Funktion (einschließlich internationaler Begegnungen), der erzieherischen

9 Vgl. V. Rittner, Sport als Kulturexport, in: E.J. Tetsch (Hrsg.), *Sport und Kulturwandel*, Stuttgart, 1978, S. 34.

10 W. Schild, *op. cit.*, S. 469.

11 Als Beispiel der Übernahme von bestimmten Begriffen aus dem Sport kann man das Prinzip der „Fairness“ nennen, das nunmehr auch im Strafverfahren zu den fundamentalen Leitlinien zählt.

(Leistungsbereitschaft, „soziales Verhalten“, Persönlichkeitsbildung), gesundheitlichen (allgemeine Fitness, Lebensqualität, Sport als Therapie) und wirtschaftlichen (Schaffung von Arbeitsplätzen),¹² ist es seit jeher von Herrschern als ein effektives Instrument der Politik erkannt und genützt worden (man denke nur an den bildhaften Ausdruck *panem et circenses*). Und auch weiter reichende Ziele, wie das der nationalen Identifizierung und der Stärkung des Einheitsbewußtseins über Schichten und (andere) soziale Differenzierungen hinweg,¹³ wurden schon mit Sport als Mittel verfolgt. Das sich diese integrative Funktion des Sports in sein Gegenteil umkehren kann, hat der serbische Gesetzgeber berücksichtigt und dies im Straftatbestand des gewalttätigen Verhaltens bei einer Sportveranstaltung oder einer öffentlichen Versammlung in Art. 344a serbStGB wiedergegeben, in welchem u.a. das Auslösen (Anstiften) von National-, Rassen-, Glaubens- oder anderem Hass oder Intoleranz durch Benehmen oder Parolen strafbar ist. Eine weitere, nicht zu unterschätzende Bedeutung besteht in dem finanziellen Nutzen, der daraus hervorgehen kann (Transfers von Spielern, Wettspiele, Sportartikelindustrie, etc. – Professionalisierung und Kommerzialisierung des Spitzensports) und der mittlerweile auch organisierte Formen der Kriminalität angenommen hat.¹⁴

Die Vielfalt der körperlichen Ertüchtigungen ist groß; sie reicht von Wettkampfsport (Spitzensport) bis hin zum gelegentlich betriebenen Freizeitsport;¹⁵ eine Aufzählung von Sportarten wäre bei weitem nicht abschließend. Eine Einteilung der einzelnen Sportformen erfolgt dabei unter anderem nach der Verbindlichkeit des Regelsystems, des Maßes der Anstrengung oder der Organisation.¹⁶ Im Zuge der andauernden Professionalisierung und Kommerzialisierung haben sich zudem instrumentalisierte Erscheinungsformen des Sports, wie der Show-Sport, Konsum-Sport, Medien-Sport oder Zirkus-Sport entwickelt.¹⁷

In Anbetracht dieser Vielfältigkeit und Verschiedenheit von Erscheinungsformen des Sports, erscheint es sinnvoll, sich in diesem Aufsatz auf den Gemeinschaftssport, bei welchem es zu Körperkontakt kommt und das Verletzungsrisiko dementsprechend hoch ist, zu begrenzen.

3. DER RECHTLICHE KONTEXT VON KÖRPERVERLETZUNGEN IM SPORT

Der traditionelle Selbstregulierungsmechanismus des Sports reicht längst nicht mehr aus; eine Verrechtlichung, samt einer dogmatischen Herangehensweise scheint nötig. Wie eingangs bereits erwähnt wurde, wirft der Sport eine Fülle ju-

12 M. Pechan, *op. cit.*, S. 13.

13 S. L. Fleming, Der Beitrag des Sports zur Integration der Gesellschaft, in: O. Gruppe (Hrsg.), *Sport in unserer Welt – Chancen und Probleme*, Berlin/Heidelberg, 1973, S. 91.

14 Eines der neuesten Beispiele ist der Anfang diesen Jahres von Europol aufgedeckte Fußball-Wettskandal mit 380 verdächtigen Spielen in Europa, 300 weiteren weltweit und 425 involvierten Personen. <http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/korruption-europol-deckt-riesigen-fussball-wettskandal-auf/7732352.html>, Seite abgerufen am 11. 07. 2013.

15 K. Vieweg, *JuS*, 1983, S. 825.

16 W. Schild, *op. cit.*, S. 466.

17 P. Röthig, *op. cit.*, S. 420.

ristischer Fragen unterschiedlicher Natur und rechtlicher Bezüge auf, deren Zahl und Schwierigkeit mit steigendem Stellenwert des Sports kontinuierlich wachsen.¹⁸ Dabei ist die „Palette“ von strafrechtlich relevanten Fragen besonders breit und umfasst typische zentral geschützte Rechtsgüter: angefangen bei Sachbeschädigung und Beleidigung, über Betrug oder Untreue durch Manipulation von Spielergebnissen,¹⁹ bis hin zu Tötungsdelikten bei einem Boxkampf mit letalem Ausgang. Dabei treten Körperverletzungen am häufigsten auf, bei nicht wenigen Sportarten gehören sie sogar zum Spiel dazu, sie sind „Teil des Spiels“. Die Erscheinungsformen dieser Verletzungen lassen sich zu einem Großteil nur schwer in herkömmliche Kategorien des Strafrechts einordnen, so dass deren Beurteilung eine „Nagelprobe für die Fähigkeit der Strafrechtsdogmatik zur sachgerechten Bewältigung von aktuellen Regelungsproblemen der modernen Gesellschaft darstellt.“²⁰

3.1. Klassifizierung der Körperverletzungen im Sport

Die Einteilung von strafrechtlich relevanten Begebenheiten bei sportlicher Betätigung kann nach vielerlei Kriterien erfolgen. Eine davon ist die Ausrichtung der Sportart auf Körperverletzungen innerhalb der sportlichen Betätigung als solcher.

3.1.1. Körperverletzung nach Ausrichtung der Sportart

Für manche Sportarten, wie das Boxen, ist es charakteristisch, dass sie geradezu auf die Beibringung von Körperverletzungen ausgerichtet sind;²¹ die Gesundheitsschädigung gehört zum Spiel dazu. Inwieweit dies vom erlaubten Risiko, bzw. von der Einwilligung des Verletzten gedeckt werden kann, wird noch zu klären sein.

Dem entgegengesetzt sind Sportarten, wie Skilauf oder Bowling, die zwar von beliebig vielen Personen auf der gleichen Anlage ausgeübt werden, ohne dass aber dabei gegenseitiger körperlicher Kontakt gehören würde, geschweige denn, dass diese auf ein gemeinsames Ziel gerichtet sein müssten. Kommt es trotzdem zu Verletzungen, so stellen sich in der Regel nur allgemeine Fahrlässigkeitsprobleme.²²

Dieser Gruppe nahestehend sind jene Sportarten, wo es zwar um das Erreichen des gleichen Zieles geht, jedoch nicht im Kampf gegeneinander, sondern lediglich nebeneinander; so bei Lauf- oder Fahrwettkämpfen, wo es durch Schneiden oder

18 So D. Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, *ZStW* 96 (1984) Heft 1, S. 36.; desweiteren zur Übersicht der beim Sport auftretenden Rechtsprobleme vgl. B. Reichert, *Grundriß des Sportrechts und des Sporthaftungsrechts*, 1968; K. Kühl, Sportrecht heute – aus strafrechtlicher Sicht (1995), Sportrecht damals und heute, Schriftenreihe WFV Nr. 43, Stuttgart, 2001.; M. Nolte, J. Horst, *Handbuch Sportrecht*, 2009; J. Adolphsen et. al., *Sportrecht in der Praxis*, 2011.

19 Ein neuer Straftatbestand der Vereinbarung von Wettkampfergebnissen in Art. 208b StGB wurde in Serbien durch die Novelle 2012 eingeführt.

20 W. Schild, *op. cit.*, S. 585.

21 A. Eser, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers, *JZ* 1978, S. 369.

22 A. Eser, *ibid.*

Rempeln zu Verletzungen kommen kann. Auch hier liegt die strafrechtliche Problematik hauptsächlich bei der Pflichtwidrigkeit.²³

Zwischen den beiden Extremen der absichtlichen Körperattacke beim Boxen und des zufälligen Körperkontaktes beim Skilauf befinden sich Sportarten (Handball, Basketball, Fußball, etc.), die durch den Kampf gegeneinander gekennzeichnet sind. Dabei sind körperliche Angriffe zwar nicht das Ziel, wegen des Kampfes Mann gegen Mann sind sie jedoch unvermeidlich. „Da hier der körperliche Kontakt und das damit zwangsläufig verbundene Verletzungsrisiko bereits im Spiel angelegt ist und jeder, der sich darauf einläßt, darum weiß, ist bei staatlicher Duldung, wenn nicht sogar Förderung derartiger Sportarten die strafrechtliche Freistellung bei Verletzungen nicht erst auf der Verschuldensebene, sondern bereits im Unrechtsbereich zu suchen.“²⁴

Ein weiteres Kriterium erfolgt nach der direkten oder indirekten Verursachung von Körperverletzungen; die Sportveranstaltung kann unmittelbarer Schauplatz sein oder aber bloßer Hintergrund; Opfer- und Täterkonstellationen sind ebenfalls verschieden (Spieler, Schiedsrichter, Zuschauer, unbeteiligte Dritte). Eine Differenzierung und Eingrenzung der zu behandelnden Fallkonstellation ist deshalb nötig.

3.1.2.1. Körperverletzungen, die indirekt aus sportlichen Betätigungen hervorgehen

Die erste Variante ist die Körperverletzung Sportler untereinander außerhalb des Spielfeldes, bzw. des offiziellen Spiels („mittelbare Dimension Sportler – Sportler“)²⁵, z.B. eine Prügelei zwischen Spielern in der Halbzeit in der Kabine. Weiter gibt es die Variante einer Körperverletzung anderer Personen im Umfeld der Sportler („mittelbare Dimension Sportler – Nichtsportler“), z.B. wenn ein verärgter Spieler einen Zuschauer, der ihn vorher beschimpft hat, angreift und verletzt. Körperverletzung der Sportler als Folge des Verhaltens anderer Personen im Umfeld der Sportler („Dimension Nicht-Sportler – Sportler“) ist in weiterem Sinne ebenfalls miteinzubeziehen, z.B. wenn ein Fan mit der Leistung seines Vereins nicht zufrieden ist und nach dem Spiel den Mannschaftsbus mit Steinen bewirft und dabei einen Spieler damit trifft. Die häufigste Situation außerhalb des Spielgeschehens ist die, bei welcher die Körperverletzung anderer Personen bei Gelegenheit oder aus Anlass von Sportereignissen geschieht („Dimension Nicht-Sportler / Nicht-Sportler“); mit anderen Worten, eine Schlägerei der Fans der gegnerischen Mannschaften. Als Sonderfall zu betrachten ist die Körperverletzung der Sportler als Folge von Doping („Dimension Arzt, bzw. anderer Betreuer / Sportler“).²⁶

3.1.2.2. Körperverletzungen, die direkt aus sportlichen Betätigungen hervorgehen

Die erste und selten auftretende, dennoch miteinzubeziehende Situation ist die Körperverletzung anderer Personen im Umfeld der Sportler (z.B. Trainer, Funktio-

23 A. Eser, *ibid.*

24 A. Eser, *ibid.*

25 M. Pechan, *op. cit.*, S. 27

26 M. Pechan, *ibid.*, S. 28.

näre, Schiedsrichter, Zuschauer, Veranstalter) als unmittelbare Folge sportlicher Betätigung der Sportler („unmittelbare Dimension Sportler / Nicht – Sportler“),²⁷ so z.B. wenn ein Puck vom Eishockeyspielfeld über die Schutzeinrichtung fliegt und jemanden auf den Tribünen verletzt. Die *par excellence* direkt aus sportlichen Betätigungen stammende Körperverletzung ist die der Sportler untereinander („unmittelbare Dimension Sportler / Sportler“), z.B. eine gefährliche Grätsche eines Fußballspielers in die Beine des anderen.

Da aus der zuletzt genannten Situation die häufigsten (direkten) Körperverletzungen des Gemeinschaftssports herrühren; sie einerseits innerhalb des Spielgeschehens erfolgen, der von Sportregeln umfasst ist/sein sollte; sie andererseits den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen, stellt ihre strafrechtliche Analyse den Kerninhalt von Sportstrafrecht dar.

3.2. Körperverletzung und Einwilligung

Allein diese dargestellten Kriterien der Sportartunterteilung im Bezug auf Verletzungen zeigen, dass sich eine Grenzziehung zwischen unerlaubter Sportverletzung²⁸ und erlaubter sportlicher Aktivität schwierig gestaltet. Für das Strafrecht stellt sich daher die schwierige Aufgabe, einerseits auch im Sportgeschehen einen ausreichenden Schutz von Körper und Gesundheit zu gewährleisten und andererseits den Sportlern den Freiraum zu belassen, den sie benötigen, wenn der Sport seine Eigenart und seinen Reiz nicht verlieren soll.²⁹

Der Einwilligungslösung entsprechend enthält die Teilnahme am sportlichen Wettkampf die Einwilligung in die Verletzungen, die ein solcher Wettkampf seinem Wesen nach mit sich bringt. Die Einwilligung erstreckt sich zunächst auf die Verletzungen, die durch regelgerechtes Verhalten herbeigeführt werden,³⁰ erfasst aber darüber hinaus nach der mehrheitlichen Ansicht auch einen Teil der durch Verstöße gegen die Spielregeln verursachten Verletzungen. Die Grenze wird hierbei überwiegend in der Weise gezogen, dass leicht fahrlässige Regelwidrigkeiten aus Übereifer, Erregung, technischer Unvollkommenheit oder mangelnder Körperbeherrschung durch Einwilligung gedeckt sind; grob fahrlässige und vorsätzliche Regelverstöße jedoch nicht.³¹

Nun ist aber diese Lösung in der Fallvariante problematisch, bei welchem, das Fußballspiel als Beispiel genommen, es für den Verteidiger V unmöglich ist, beim Angriff des Stürmers S den Ball noch zu erreichen; V dies in seiner Aufregung jedoch nicht erkennt, nach dem Ball tritt, dabei allerdings das Bein des Stürmers S trifft und ihn verletzt. Falls davon ausgegangen werden kann, dass es für einen normalen („durchschnittlichen“) Fußballspieler auch bei Berücksichtigung der bei

27 M. Pechan, *ibid.*, S. 27.

28 Es wird u.a. auch eine Unterscheidung zwischen „Sportverletzung“ und „Verletzung im Sport“ gemacht. S. M. Pechan, *ibid.*, S. 20. Eine solche Differenzierung wird in der vorliegenden Arbeit aus Gründen der terminologischen Einfachheit nicht gemacht, d.h. beide Ausdrücke werden als Synonyme angesehen. Zur Verletzung im Kampfsport s. St. Haupt, *op. cit.*, S. 28 ff.

29 D. Dölling, *op. cit.*, S. 40.

30 In diesem Sinne auch: Z. Stojanović, *Krivično pravo opšti deo*, 19. izdanje, 2012, p. 136.

31 D. Dölling, *op. cit.*, S. 41.

einem Spiel bestehenden psychischen Anspannung erkennbar war, dass er den Ball nicht mehr erreichen konnte, so liegt hier ein Sorgfaltsverstoß vor. Hat der Verteidiger erkennbar keine Chance, an den Ball zu kommen, verlangen nicht nur die Fußballregeln, sondern auch das allgemeine Körperverletzungsverbot von ihm, von einem Angriff auf den Stürmer abzusehen. Einwilligen ist mehr als Geschehenlassen; der Betroffene billigt den Erfolg, er stimmt ihm zu; es bedarf also einer Übereinstimmung der Tat mit dem Willen des Verletzten. Ein Fußballspieler rechnet mit den Verletzungen zwar; billigt diese aber nicht; eine Einwilligung kann das durch die Körperverletzung begründete Unrecht demnach nicht ausschließen.³²

Ein Ausweg aus dieser Lage ist möglich, wenn man die Einwilligung auf der Rechtsschutzverzichtstheorie (Verzicht des Rechtsgutsträgers auf den Schutz seines Rechtsgutes durch das Strafrecht) basiert; eine rechtliche Billigung der Verletzungshandlung ist dann nicht mehr vonnöten. Allerdings treten auch hier Schwierigkeiten auf, wie z.B. bei massenhaft betriebenen Mannschaftssportarten, da der Umfang, in dem einzelne Sportler auf Strafrechtsschutz verzichten unterschiedlich sein kann und bei unterschiedlicher Reichweite der Einwilligung eine geordneter Ablauf des Spielbetriebes nicht mehr möglich wäre.³³ Berechtigt scheint die Frage, ob einzelne Spieler etwa erhöhten strafrechtlichen Schutz genießen sollen, wenn sie vor Spielbeginn ausdrücklich erklären, sie bestünden auf strenger Regeleinhaltung und verzichteten auf keinen Fall auf Strafrechtsschutz gegen leicht fahrlässige Regelverstöße?³⁴ Hinzu tritt die Frage, ob und inwieweit sich eine bereits erteilte Einwilligung modifizieren und/oder widerrufen lässt, und welche Auswirkung das dann weiter auf das Verhältnis der Spieler untereinander haben soll.³⁵

Kurzum – man müsste sich entweder mit standardisierten und fiktiven Generaleinwilligungen zufrieden geben, womit der individuelle Einwilligungscharakter aufgehoben werden würde; oder man würde tatsächlich eine jeweils individuelle Einwilligung eines jeden Spielers verlangen, was dann nicht nur Probleme der Einwilligungsfähigkeit und Widerruflichkeit aufwerfen, sondern auch der überindividuellen Bedeutung des Sports für die Allgemeinheit kaum gerecht würde.³⁶

Die von Jakobs konzipierte Lehre von der mittelbaren Einwilligung (*unfinale Einwilligung, Kosten des sozialen Kontakts*), nach welcher der Betroffene einen sozialen Kontakt begründet, dessen rechtlich erheblichen Inhalt er nicht mehr uneingeschränkt einseitig festlegen kann, so dass auch unerwünschte Verhaltensweisen der anderen Beteiligten durch Einwilligung gedeckt sein können, würde einen leicht fahrlässigen Regelverstoß mit voraussehbaren geringfügigen Folgen decken;³⁷ den Geltungsbereich (einer solchen) Einwilligung allerdings überschreiten, falls es auf eine Interessensabwägung ankommen sollte.³⁸

32 D. Dölling, *ibid.*, S. 43 ff.

33 K. Hellgardt, *Die Haftung für Sportverletzungen*, Dissertation, Köln, 1973, S. 57.

34 D. Dölling, *op. cit.*, S. 45.

35 In diesem Sinne auch: A. Eser, *op. cit.*, S. 370.

36 H. Zipf, *Einwilligung und Risikoübernahme im Sport*, Berlin, 1970, S. 84.

37 G. Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., Berlin, 1993, S. 250 ff.

38 Zur Kombinierbarkeit der Interessenabwägungs- und der Rechtsschutzverzichtstheorie s. I. Marković, *Pristanak povredenog u krivičnom pravu*, -in: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ed. Đ.

Für einen besonderen Rechtfertigungsgrund der anerkannten Sportausübung, den er vorzugswürdiger als die Einwilligungstheorie erachtet, spricht sich *Fuchs* aus. Gefährliche Handlungen bei der Ausübung einer in der Gesellschaft anerkannten Sportart sind gerechtfertigt, sofern sie entweder die für den jeweiligen Sport geltenden Spiel- und Wettkampffregeln (einschließlich der maßgeblichen Sicherheitsbestimmungen) einhalten oder sich aus typischen, bei der Ausübung der betreffenden Sportart praktisch unvermeidbaren Regelverstößen ergeben. Vorausgesetzt ist, dass der Verletzte sich freiwillig an der betreffenden Sportausübung beteiligt; insofern ist auch die Einwilligung des Verletzten von Bedeutung.³⁹

3.3. Körperverletzung und erlaubtes Risiko/Sozialadäquanz

Körperverletzung im Sport kann ebenfalls im Rahmen der Theorie von der Sozialadäquanz, bzw. des erlaubten Risikos betrachtet werden.⁴⁰ Von der Welzel'schen Sozialadäquanzlehre ausgehend, löst Zipf diejenigen Handlungen aus dem Unrechtsbegriff heraus, „die sich funktional innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen.“ Sozialadäquanz stellt ein Auslegungsprinzip für die Interpretation der Straftatbestände dar. Da wir in einer differenzierten, modernen, in einer Reihe von Teilsystemen aufgegliederten Gesellschaft leben, in welcher Rechtsgüter verschieden beeinträchtigt werden, ist es erforderlich, auch den Maßstab dementsprechend anzupassen. Mit anderen Worten, es kann notwendig sein, durch Restriktion der auf das allgemeine Sozialleben zugeschnittenen Tatbestände die Schwelle der Strafbarkeit in dem jeweiligen Teilbereich anzuheben und somit auch fühlbare Interessensverletzungen als sozialadäquat einzustufen. Die Grenze ist jedoch erreicht, wenn so erhebliche Rechtsgutsverletzungen drohen, dass es dem Betroffenen nicht zumutbar ist, ohne strafrechtlichen Schutz gelassen zu werden.⁴¹

Um in den Bereich des Sports zurückzukommen, sozialadäquat ist also ein Verhalten, welches anerkannten Verhaltensnormen entspricht, wobei das für jede

Ignjatović), Beograd, 2011, S. 285 ff.

- 39 Am Beispiel des Fouls am durchbrechenden Stürmer entfällt daher die Strafbarkeit, wenn ein „üblicher“ Verstoß gegen die Fußballregeln vorliegt, der unglücklicherweise zur Verletzung des Gefoulten – und sei diese auch schwer (Knochenbruch) – geführt hat. Anders bei außergewöhnlichen, besonders gefährlichen Regelverstößen: Wer einem laufenden Spieler von hinten mit dem Fußballschuh gegen den Knöchel schlägt, haftet wegen schwerer Körperverletzung, wenn das Opfer dadurch einen Knöchelbruch erleidet. H. Fuchs, *Strafrecht AT I*, 8. Aufl., 2012, S. 154.
- 40 Um im Rahmen des gestellten Themas zu bleiben, werden die Fragen um den Standort und die Abgrenzung von Sozialadäquanz und erlaubtem Risiko in einem gesonderten Aufsatz zu behandeln sein. An dieser Stelle sei hervorzuheben, dass sich die Frage der Sozialadäquanz auf Tatbestandesebene lösen lässt, während das erlaubte Risiko auf der nächsten Stufe, nämlich der der Rechtswidrigkeit zu verorten ist.
- 41 Dem sei noch hinzuzufügen, dass ein bloßer Hinweis auf die soziale Üblichkeit des Verhaltens nicht ausreicht. Es muß vielmehr im Wege teleologisch-systematischen Denkens aus der Funktion der Straftatbestände und ihrem Verhältnis zu den rechtlich anerkannten sozialen Ordnungen hergeleitet werden. Ein solches Verfahren sollte ausreichende Rechtssicherheit gewährleisten und eine „Aufweichung“ des Strafrechts durch die Anerkennung der Sozialadäquanz verhindern. D. Dölling, *op. cit.*, S. 58, 59.

Sportart einzeln zu bestimmen sei. Vorsätzliche Verletzungen, die durch bewußte Regelverstöße zugefügt wurden, stellen dagegen „echte Kriminalität unter dem Deckmantel des Sportbetriebes“ dar.⁴²

Eser betrachtet das Problem auf der Rechtfertigungsebene und spricht sich hierbei für das Rechtsinstitut des erlaubten Risikos aus. Da Sport im allgemeinen Interesse liegt und gewisse Kampfsportarten zum Erliegen kommen müssten, wenn man jede Regelwidrigkeit strafrechtlich ahnden würde,⁴³ ist es angebracht, gewisse (leichte) Regelverstöße und das damit verbundene Verletzungsrisiko hinzunehmen; insofern eine Abwägung zwischen Individualschutz und dem Allgemeininteresse zu machen. Hinzu kommt ein zweiter Aspekt, nämlich das bewußte Hineinbegeben in das Risiko, was tatsächlich ein Einwilligungsmoment darstellt; von der individuell-konkreten Einwilligung in eine bestimmte Verletzung jedoch dahingehend zu unterscheiden ist, als dass es sich hier um das Hineinbegeben in eine generelle, von der Rechtsordnung aus einem Allgemeininteresse hingenommenen Risikosituation handelt.⁴⁴ Die Leichtigkeit des Regelverstößes kann sich aus objektiven und subjektiven Faktoren ergeben. Die ersten beziehen sich auf das erfahrungsgemäß geringe Verletzungsrisiko, wobei sich dies sowohl aus der ohnehin niedrigen Schutzwelle der Regel als solcher, als auch daraus ergeben kann, dass eine an sich höhergradige Schutzregel konkret nur geringfügig verletzt wird.⁴⁵ Die subjektiven Entlastungsmomente könnten in Hektik, Übereifer, Erregung oder Unüberlegenheit liegen, wobei gegen ihr Miteinbeziehen Bedenken geäußert werden, da diese „Rechtfertigung aufgrund heftiger Gemütsaufwallung“ als eine Privilegierung aufgefasst wird und die subjektiven Momente besser bei der Schuldprüfung zu berücksichtigen sind.⁴⁶

3.4. Der Sport als rechtsfreier Raum

Eine besondere Lösung bietet Schild: er spricht vom rechtsfreien Raum, in welchem die informellen Verhaltenserwartungen der beteiligten Spieler maßgeblich sind. Diese können durchaus Regelverstöße miteinbeziehen; insgesamt ist ihr Leitmotiv aber die Fairneß. Allgemein-abstrakt lässt sich nicht sagen, wann der Bereich des Sports verlassen wird; es kommt auf das Verhalten eines „ordentlichen“ Sportlers und die gesamte „Atmosphäre“ des Spiels mit ihren einzelnen Umständen an.⁴⁷

Gleichhin wurde aber Kritik an dieser Lehre geübt. Vor allem wurde der unsichere, schwer feststellbare Maßstab bemängelt; die Auffassungen der Sportler darüber, was hingenommen werden kann, können abweichen; am Ende bleibt unklar,

42 H. Zipf, *op. cit.*, S. 89, 91.

43 Körperbetonter Kampfsport, zum Beispiel, würde alsbald seine Dynamik verlieren und erstarren, wenn der Körper des Gegenspielers zum Tabu mit strafrechtlicher Rundumverteilung erklärt würde und der Sportler unter dem Demoklesschwert ständig drohender Kriminalstrafe stünde – ein geradezu klassischer Fall von Dysfunktionalität des Strafrechts. D. Dölling, *op. cit.*, S. 60.

44 A. Eser, *op. cit.*, S. 373.

45 A. Eser, *ibid.*

46 So D. Dölling, *op. cit.*, S. 53.

47 W. Schild, *op. cit.*, S. 585 ff.

wessen Erwartungen die entscheidenden sind. Desweiteren kann auch nicht von einem rechtsfreien Raum die Rede sein, da detaillierte privatrechtliche Regelungen (v.a. im Verbandswesen) den Bereich des Sports beherrschen. Zudem gelten hier die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze. Ein erweiterter rechtlicher Handlungsraum für Sportler, gekennzeichnet durch eine höher angesetzte Strafbarkeit wegen Körperverletzung, sollte also nicht mit einem rechtsfreien Raum gleichgestellt werden.⁴⁸

4. ZUSAMMENFASSUNG

Dass Sport mittlerweile ein Massenphänomen geworden ist, lässt sich nicht abstreiten. Dafür maßgebend sind die veränderte Lebensweise des Menschen in der modernen Industriegesellschaft, die Ausbreitung der Konkurrenzidee, die Fixierung von Regeln und Techniken, die Pädagogisierung des Trainings, die Verstärkung des Organisationsgrades, die Inanspruchnahme durch Ideologien und die durch die Massenmedien ständig verstärkten Werbeeffekte, die selbst exotische Sportarten allseits bekannt machten.⁴⁹ Die Vielfältigkeit der Sportarten wächst, und so auch der Bezug zum Recht.

Eine allgemeine Verbindlichkeit des Strafrechts im Bereich des Sports, konkret bei daraus resultierenden Körperverletzungen, lässt sich nicht in Frage stellen. Was jedoch eine Fülle juristischer Fragen aufwirft, ist ihre strafrechtliche Beurteilung und Verortung.

Mehrere Lösungsansätze wurden dargelegt (Einwilligung, Sozialadäquanz, erlaubtes Risiko, Sportausübung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund, rechtsfreier Raum), doch so unterschiedlich die Situationen im Sport, bei denen es zu Körperverletzungen kommt, sein können; erst ihr Zusammenfügen ergibt ein zufriedenstellendes Bild. Eine Sequenzierung sieht wie folgt aus: beim regelkonformen Spiel lässt sich die Straflosigkeit für Verletzungen durch die Sozialadäquanz begründen. Leichte Regelverstöße werden durch erlaubtes Risiko gedeckt. Ein schwerwiegender Regelverstoß bedarf einer Einwilligung; bei absichtlich zugefügten Verletzungen ist die Grenze zwischen erlaubter sportlicher Aktivität und unerlaubter Sportverletzung eindeutig überschritten und verlangt nach strafrechtlicher Reaktion.

Der Sport bedarf, um seinen spezifischen Charakter nicht zu verlieren, eines „Spielraums“ und einer gewissen Toleranz. Andererseits können bei seiner Ausübung wichtige Rechtsgüter beeinträchtigt, sogar zerstört werden. Strafrechtliche Vorsicht scheint bei dieser Gratwanderung also mehr als geboten; die genannten Lösungsansätze sollten dabei Orientierungshilfe leisten.

⁴⁸ In diesem Sinne D. Dölling, *op. cit.*, S. 54.

⁴⁹ St. Jacob, Sport im 20. Jahrhundert, Sport: Kultur, Veränderung, sozialwissenschaftliche Analysen des Sports, Bd. 25, Münster, Hamburg 1994, S. 19.

QUELLENANGABEN

- Dölling D., Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, *ZStW* 96 (1984) Heft 1
- Eser A., Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers, *JZ* 1978
- Fleming S. L., Der Beitrag des Sports zur Integration der Gesellschaft, in: O. Gruppe (Hrsg.), *Sport in unserer Welt – Chancen und Probleme*, Berlin/Heidelberg, 1973
- Fuchs H., *Strafrecht AT I*, 8. Aufl., 2012
- Haupt St., *Die Körperverletzung des Gegners im Kampfsport und die strafrechtliche Einwilligungsproblematik*, Dissertation, Bremen, 2005
- Hellgardt K., *Die Haftung für Sportverletzungen*, Dissertation, Köln, 1973
- Jacob St., Sport im 20. Jahrhundert, Sport: Kultur, Veränderung, sozialwissenschaftliche Analysen des Sports, Bd. 25, Münster, Hamburg 1994
- Jakobs G., *Strafrecht AT*, 2. Aufl., Berlin, 1993
- Kühl K., Sportrecht heute – aus strafrechtlicher Sicht (1995), Sportrecht damals und heute, Schriftenreihe WFV Nr. 43, Stuttgart, 2001
- Marković I., Pristanak povredenog u krivičnom pravu, –in: Kaznena reakcija u Srbiji (ed. Đ. Ignjatović), Beograd, 2011
- Nolte M., Horst J., Handbuch Sportrecht, 2009; J. Adolphsen et. al., Sportrecht in der Praxis, 2011
- Pechan M., Die Strafbarkeit wegen Körperverletzung im Sport, Dissertation, Tübingen, 2011
- Reichert B., *Grundriß des Sportrechts und des Sporthaftungsrechts*, 1968
- Rittner V., Sport als Kulturexport, in: E.J. Tetsch (Hrsg.), *Sport und Kulturwandel*, Stuttgart, 1978
- Röthig P., *Sportwissenschaftliches Lexikon*, Schorndorf, 1992
- Schild W., Das strafrechtliche Problem der Sportverletzung (vorwiegend im Fußballkampfspiel), *JURA* 1982 Heft 9
- Sportwissenschaft* 19 (1980)
- „Sl. glasnik RS“, br. 24/2011 und br. 99/2011.
- Stojanović Z., Krivično pravo opšti deo, 19. izdanje, 2012
- Vieweg K., *JuS*, 1983, S. 825.
- Zipf H., *Einwilligung und Risikoübernahme im Sport*, Berlin, 1970

INTERNETQUELLEN:

- <http://www.dosb.de/de/organisation/philosophie/sportdefinition/>, Seite abgerufen am 4. Juli 2013.
- <http://www.sportrecht.org/einfuehrung.htm#sportjuristisch>, Seite aufgerufen am 4. Juli 2013.
- <http://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/korruption-europol-deckt-riesigen-fussball-wettskandal-auf/7732352.html>, Seite abgerufen an 11. 07. 2013.

Ivana Marković

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

TELESNE POVREDE U SPORTU – KRIVIČNOPRAVNI HOD PO IVICI

REZIME

U radu je analiziran krivičnopravni značaj povreda nastalih u sportu. U okviru šire postavljene sportskog krivičnog prava, koje obuhvata raznovrsna nedozvoljena ponašanja, od uvrede i oštećenja tuđe stvari, preko dopinga, do pojedinih krivičnih dela pravnih lica, teorijski najspornije, a u praksi najčešće jesu telesne povrede učesnika sportskih aktivnosti.

Nakon uvodnog dela, u kom je istaknut značaj pomenute teme i u kom su izvršena određena preciziranja u pogledu predmeta rasprave, sledi deo posvećen fenomenu sporta. Naime, iako je sâm pojam svima jasan, ne postoji njegova opšteusvojena pravna definicija, tako da su korišćeni određeni orijentacioni kriterijumi. U nastavku rada određeni su položaj sporta u društvu, kao i funkcije koje ostvaruje, posebno imajući u vidu njegove socijalizacione crte, kao i aktuelnu profesionalizaciju i komercijalizaciju.

Treći, ujedno centralni deo rada posvećen je pravnom kontekstu telesnih povreda u sportu. Naime, mnoštvo pravnih pitanja, čiji odgovor treba da razgraniči nedozvoljene povrede u sportu od dozvoljene sportske aktivnosti, tj. zadovoljavajuće zaštite života i tela s jedna strane, i slobode sportiste s druge strane, i čiji broj i kompleksnost rastu proporcionalno sa sve većim značajem i raznovrsnošću sportskih aktivnosti, iziskuje najpre njihovu klasifikaciju u vezi sa mogućnošću nastanka povrede (klasifikacija prema usmerenosti vrste sporta, te prema vezi sa sportskom aktivnošću), a potom i teorijsko objašnjenje krivičnopravnih rezultata (postojanja ili nepostojanja krivičnog dela, tj. krivične odgovornosti). Telesne povrede se tako najpre posmatraju u vezi sa pristankom povređenog (obuhvaćene su povrede u okviru pravila igre; povrede nastale van pravila pokrivena su ukoliko se radi o nehatnim povredama izazvanih uzbuđenjem, tehničkim nesavršenostima, nedovoljnom kontrolom tela, itd., dok se problemi javljaju kod timskih sportova, mogućnosti modifikacije i opoziva pristanka, međusobnog odnosa sportista, uopšte pokrivanja nepravna telesna povreda, itd.), potom u kontekstu teorije socijalne adekvatnosti (gde ona, kao način tumačenja, u modernom, diferenciranom svetu sačinjenog od mnoštva podсистema u kojima se pravna dobra na različite načine povređuju, podiže prag kažnjivosti), te u vezi sa dozvoljenim rizikom (kada se vrši vaganje između individualne zaštite i opšteg interesa, pod uslovom da postoji svesno upuštanje u rizik, pri čemu se težina povrede pravila igre ocenjuje na osnovu objektivnih i subjektivnih faktora), a ukazano je i na dva posebna rešenja: priznato bavljenje sportom kao posebni osnov isključenja protivpravnosti i tretiranje sporta kao vanpravne oblasti.

U zaključnim napomenama predloženo je, imajući u vidu i ocenjujući dosadašnja shvaćanja, jedno kombinovano rešenje koje će u zavisnosti od pojedinosti konkretnog slučaja, isključiti ili potvrditi postojanje odgovornosti za telesnu povredu nanetu prilikom sportskih aktivnosti. Svojevrsno sekvenciranje se vrši od socijalne adekvatnosti (povreda u okviru pravila igre), preko dozvoljenog rizika (lakša povreda pravila igre) i pristanka povređenog (teža povreda pravila igre), do postojanja krivičnog dela, tj. krivičnopravne reakcije u slučaju umišljajno nanete telesne povrede.

Ključne reči: sport, telesna povreda, pristanak, socijalna adekvatnost, dozvoljeni rizik.

CONTENTS

FOREWORD	VII
<i>Zoran Stojanović</i> DETERMINATION AND IMPLEMENTATION OF THE CRIMINAL OFFENSE OF ENDANGERING SECURITY IN CRIMINAL LAW OF SERBIA	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> EXECUTION OF NON-CUSTODIAL SANCTIONS AND MEASURES: INTERNATIONAL RULES	17
<i>Milan Škulić</i> THE BASICS OF THE JUVENILE'S MISDEMEANOR LAW	41
<i>Milovan M. Mitrović</i> SOCIAL PUBLIC, PUBLIC OPINION AND ORGANIZED CRIMINALITY IN SERBIA	65
<i>Boris Begović</i> PRISON POPULATION AND CRIME: IS THERE ANY CAUSALITY?	82
<i>Djordje Djordjević</i> PENAL LAW ASPECT OF PROTECTION FROM DISCRIMINATION	99
<i>Nataša Delić</i> CRIMINAL OFFENCES OF FALSIFICATION WHICH ARE PROSCRIBED OF CRIMINAL CODE OF SERBIA	113
<i>Goran P. Ilić</i> <i>Milan Marković</i> CONSTITUTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW – OVERVIEW OF THE PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA	153
<i>Igor Vuković</i> CONSENT AS A GROUND OF JUSTIFICATION OF CRIME	168

<i>Marija Karanikić Mirić</i> CIVIL LIABILITY IN EMERGENCY CASES.....	187
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> NEUTRALIZATION THEORY: ACTUAL SCIENTIFIC STATUS, APPLICATION AND RELEVANCE	210
<i>Ljubinka Kovačević</i> PROHIBITION OF FORCED LABOUR IN INTERNATIONAL LAW, WITH SPECIAL REFERENCE TO LIMITATIONS OF PRISONERS' FORCED LABOUR.....	220
<i>Vanja Bajović</i> BURDEN OF PROOF IN CRIMINAL PROCEDURE	246
<i>Ivan Djokić</i> CRIMINAL OFFENCES QUALIFIED WITH A GRAVER CONSEQUENCE ..	265
<i>Natalija Lukić</i> ETIOLOGY OF SEX CRIME AND OF RECIDIVISM OF SEXUAL OFFENDERS.....	280
<i>Ivana Marković</i> KÖRPERVERLETZUNGEN IM SPORT – EINE STRAFRECHTLICHE GRATWANDERUNG.....	295

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

III deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

25

Priredio

Prof. dr Đorđe Ignjatović

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

u saradnji sa Kriminološkom sekcijom

Srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu

Za izdavača

Prof. dr Sima Avramović

Dizajn korica

Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema

Natalija Lukić

Ivana Marković

Grafičko uređenje

Lazar Jokić

Tiraž

100

ISBN 978-86-7630-454-7

Štampa

Dosije studio, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

343.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija.
Deo 3 / urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet
Univerziteta, 2013 (Beograd : Dosije studio). – IX, 310 str. ; 24
cm. – (Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 25)

Tiraž 100. – Str. VII–IX: Predgovor / urednik. – Napomene
i bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu
radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-454-7

1. Игњатовић, Ђорђе [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство – Србија – Зборници

б) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 201315852

U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (4 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
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 – Upporedno-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.)

ISBN 978-86-7630-454-7

