

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

IV DEO

priredio
Đorđe Ignjatović



Biblioteka

CRIMEN

28

*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, 2014.

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

www.ius.bg.ac.rs

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

IV deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2014.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
<i>Zoran Stojanović</i> POLOŽAJ SAUČESNIKA U KRIVIČNOM PRAVU: IZMEĐU AKCESORNOSTI I SAMOSTALNOSTI	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> AKTUELNOST DELA O ZLOČINIMA I KAZNAMA DANAS I OVDE – Povodom 250 godina od objavljivanja	17
<i>Milan Škulić</i> OSNOVNI KRIMINALISTIČKI I NEKI KRIVIČNOPRAVNI/KRIVIČNOPROCESNI ASPEKTI ANGAŽOVANJA PRIKRIVENOG ISLEDNIKA	38
<i>Goran P. Ilić</i> USTAVNI OSNOV OGRANIČENJA PRAVA NA SLOBODU I BEZBEDNOST	70
<i>Milovan M. Mitrović</i> NEZAPOSLENOST I KRIMINALITET U SRBIJI	84
<i>Boris Begović</i> POLICIJSKA ZAŠTITA I KRIMINAL: EKONOMSKA ANALIZA.....	98
<i>Dorđe Dorđević</i> NEOVLAŠĆENO IZVOĐENJE ARHEOLOŠKIH RADOVA	117
<i>Nataša Delić</i> CRIMINAL OFFENCES OF TERRORISM IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA AFTER THE AMENDMENT OF 2012	131
<i>Igor Vuković</i> SVRHA KAŽNJAVANJA KAO KRITERIJUM ODMERAVANJA KAZNE....	152
<i>Marija Karanikić Mirić</i> TIP ODGOVORNOSTI PRAVNOG LICA PO ČL. 172 ZOO.....	166

Biljana Simeunović-Patić

SAVREMENI KONCEPTUALNI OKVIRI I

EFEKTIVNOST TRETMANA PRESTUPNIKA..... 187

Ljubinka Kovačević

SKRIVLJENO PONAŠANJE ZAPOSLENOG I OTKAZ

UGOVORA O RADU – RAZGRANIČENJE POVREDE RADNE OBAVEZE

OD SLIČNIH OTKAZNIH RAZLOGA..... 213

Vanja Bajović

NAČELO *NE BIS IN IDEM* 239

Ivan Đokić

POMAGANJE KAO OBLIK SAUČESNIŠTVA..... 253

Natalija Lukić

POJAM I KARAKTERISTIKE PRIVREDNOG KRIVIČNOG PRAVA 268

Ivana Marković

TELESNO KAŽNJAVANJE DECE U KRIVIČNOPRAVNOM

KONTEKSTU VRŠENJA RODITELJSKOG PRAVA 285

PREDGOVOR

Ovo je četvrti tom zbornika Kaznena reakcija u Srbiji koji je (kao i prethodni) nastao kao plod rada šesnaest istraživača – nastavnika i saradnika na dve visokoškolske ustanove u Beogradu – angažovanih na istoimenom Projektu br. 1790151 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

Prvi prilog je tekst prof. dr Zorana Stojanovića koji ukazuje na potrebu da se jednoj od klasičnih tema krivičnog prava – saučesništvu – posveti odgovarajuća pažnja. Ovo naročito zbog toga što neka rešenja Opšteg dela našeg krivičnog prava aktuelizuju problem dometa ograničene akcesornosti koji ne može biti rešen na isti način kao u onim pravnim sistemima u kojima umišljaj ulazi u biće krivičnog dela kao njegovo subjektivno obeležje.

U tekstu posvećenom retkom jubileju – četvrt milenijuma od objavljivanja najpoznatijeg i najuticajnijeg dela krivične literature (Bekarijinog eseja *O zločinima i kaznama*) – dr Đorđe Ignjatović razmatra koliko su ideje sadržane u tom delu aktuelne danas kako u pogledu opšteg, tako i krivičnog materijalnog i procesnog prava i kriminalne politike. Zaključak je iznenađujući: ideje napisane u sasvim drugim istorijskim uslovima i danas su u velikom broju dobre smernice racionalne kaznene reakcije.

Prof. dr Milan Škulić bavi se u radu većim brojem pravnih i faktičkih pitanja u vezi sa jednom od posebnih istražnih tehnika – prikrivenim islednikom, posebno poredeći njegov položaj sa drugim „insajderom“ koji se pojavljuje uglavnom na suđenjima za dela organizovanog kriminaliteta: okrivljenim saradnikom. Uz primere poznatih slučajeva iz prakse, autor naročito ukazuje na zabranu da prikriveni islednik preraste u „agenta provokatora“ koji izaziva delo.

Profesor i sudija Ustavnog suda Republike Srbije Goran Ilić piše o ustavnom osnovu ograničenja prava na slobodu i bezbednost. Analizirajući praksu Ustavnog suda, on ukazuje na potrebu jasnog razlikovanja ovog prava od prava na slobodu kretanja. Od značaja je i njegova napomena da na praksu Ustavnog suda RS veliki značaj ima postupanje Evropskog suda za ljudska prava u srodnim slučajevima.

Uticaj nezaposlenosti na kriminalitet i socijalnu patologiju uopšte zanima prof. dr Milovana Mitrovića koji u razmatranju polazi od hipoteze da se u uslovima masovne nezaposlenosti stiču uslovi za pojavu po društvo štetnih ponašanja. Tekst se posebno koncentriše na činioce koji su kod nas izazvali masovnu nezaposlenost mladih, a zatim i kako ona utiče na neke od oblika kriminalnog ponašanja. Autor zaključuje kako je malo iskrenih pokušaja da se mladima otvore mogućnosti za kreativan rad i život u skladu sa zakonom.

Rad prof. dr Borisa Begovića je pokušaj ekonomske analize policijskog delovanja koje započinje problematizovanjem teze o uzročnoj – posledičnoj vezi nivoa policijske zaštite i stope kriminaliteta. Autor tvrdi da je malo verovatno da će doći

do uspostavljanja optimalne policijske zaštite koja će biti u skladu sa raspoloživim budžetskim sredstvima. Objašnjenje tog stava leži u načinu donošenja odluka u policiji i uticaju parcijalnih interesa. Tome doprinosi i postojeći sistem statističkog praćenja kriminaliteta u Srbiji.

Redovni profesor Kriminalističko-policijske akademije Đorđe Đorđević bavi se u radu prikazom problema vezanih za jedno od dela usmerenih protiv kulturnih dobara: radi se o neovlašćenom izvođenju arheoloških radova, inkriminaciji koja se u našem pravu pojavila Novelom KZ iz 2009. i koja, po njegovom mišljenju, ima niz neodređenosti. Ti nedostaci nisu, međutim, objašnjenje za odsustvo progona ovakvih dela koja su inače kod nas vrlo raširena. To čudi, utoliko pre što su se u ovakve poslove, u cilju zadovoljenja potreba međunarodnog ilegalnog tržišta, uključile i organizovane kriminalne grupe, što ovakvim delatnostima daje posebno opasan karakter.

Profesor Nataša Delić bavi se u svom prilogu krivičnim delima terorizma onako kako su ona u krivičnom pravu Srbije određena posle Novele KZ iz 2012. godine. Rad je napisan na engleskom jeziku i sigurno će biti interesantan stranim čitaocima koji se bave komparativnim krivičnim pravom.

Kako svrha kažnjavanja može uticati na visinu izrečene kazne piše dr Igor Vuković ukazujući pri tome na domet ideja generalne i specijalne prevencije. Prikazujući četiri u nemačkoj krivičnoj literaturi zastupljena gledišta, on ukazuje na prednost učenja o „slobodnom prostoru“ iako napominje i njegove nedostatke.

U bavljenju problematikom odgovornosti pravnih lica za štetu koju njihov organ prouzrokuje trećim licima autorka Marija Karanikić – Mirić polazi od prakse naših sudova čije odluke joj daju osnov za zaključak da se radi o odgovornosti pravnih lica za sopstveno delovanje, a ne o odgovornosti za drugog ili o obliku objektivne odgovornosti.

Biljana Simeunović – Patić, profesor Kriminalističko-policijske akademije analizira dva danas na zapadu dominantna pristupa resocijalizacionom tretmanu, a zatim se kraće osvrće na situaciju koju možemo zapaziti u našoj zemlji. Ona je ocenjuje kao obeshrabrujuću i na kraju pozitivnim pomakom označava dokument Strategija razvoja sistema izvršenja i Akcioni plan za njeno sprovođenje.

Docent Ljubinka Kovačević za centralnu temu rada uzima razgraničenje povrede radne obaveze i sličnih otkaznih razloga od kojih je za osnovnu temu Zbornika najvažniji krivično delo učinjeno na radu ili u vezi sa radom.

Jedno od najvažnijih načela u krivičnoj materiji *Ne bis in idem* (ovde se ono naziva „zabranom dvostruke ugroženosti“) izabrala je za obradu dr Vanja Bajović ukazujući na njegov domet i značaj. Pored prvog, još jedan rad u Zborniku bavi se saučesništvom. Mr Ivan Đokić piše o doprinosu pomagača izvršenju krivičnog dela i njegovoj krivičnoj odgovornosti. Asistent Natalija Lukić ukazuje na osnovne crte Privrednog krivičnog prava i to sa kriminološkog, kriminalističkog i krivično pravnog stanovišta. Ova grana prava izgrađuje se u nekim evropskim zemljama i možda je vreme da se razmotri i potreba njenog konstituisanja kod nas. Ivana Marković bavi se krivično pravnim kontekstom telesnog kažnjavanja dece od strane roditelja

ukazujući na međunarodne i domaće izvore prava i dajući predloge koji bi se mogli primeniti *de lege ferenda*.

Šesnaest priloga, od kojih jedan na engleskom jeziku, bogatstvo tema, spoj načelnih razmatranja sa praktičnim predlozima kako da izgradimo efikasniji kazneni sistem – to su, najkraće govoreći, neke od odlika knjige koju stavljamo na uvid naučnoj i stručnoj javnosti.

Urednik je posebno zahvalan recenzetima na korisnim sugestijama i veruje da će sledeći, peti, tom biti sadržajan bar kao ovaj. Za kraj želi da napomene da smo odlučili da najveći broj već objavljenih zbornika u Ediciji Crimen učinimo dostupnim na novom sajtu Kriminološke sekcije Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu.

U Beogradu,
septembra 2014.

UREDNIK
Đorđe Ignjatović

POLOŽAJ SAUČESNIKA U KRIVIČNOM PRAVU: IZMEĐU AKCESORNOSTI I SAMOSTALNOSTI

Apstrakt. Rad se bavi položajem saučesnika u krivičnom pravu. Taj položaj zavisi od krivičnog dela i onoga što je ostvario izvršilac. Po prirodi stvari, saučesnici učestvuju u nečemu, zajednički nešto ostvaruju, a to nešto je krivično delo. Međutim, krivično delo za potrebe određivanja položaja saučesnika može da se shvati na različite načine. Osnovno pitanje jeste šta je potrebno da ostvari izvršilac da bi postojalo saučesništvo. Od toga zavisi i stepen akcesornosti saučesništva. Što se tiče krivice saučesnika, ona ne zavisi od krivice izvršioca, ona je autonomna. To što je postojanje saučesništva i njihova odgovornost uslovljena postojanjem dela izvršioca u kome su i oni učestvovali, ne znači da oni odgovaraju za tuđe delo. Reč je o tome da sam pojam saučesništva podrazumeva da je izvršeno protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo. Da li će saučesnici odgovarati za svoj doprinos takvom delu, zavisi od njihove krivice. Ona određuje granice njihove odgovornosti. Pravilo o tome da je krivica učesnika neprenosiva kod ograničene akcesornosti potvrđuje da je ona individualna. Može da odgovara samo onaj učesnik kod koga ona postoji i to samo u odnosu na ono delo koje je njome obuhvaćeno. Ograničena akcesornost omogućava da odgovaraju učesnici koji su preduzeli radnju saučesništva postupajući sa umišljajem i onda kada je izvršilac ostvario samo objektivne elemente krivičnog dela, tj. i onda kada nije postupao sa krivicom. Dometi ograničene akcesornosti u srpskom krivičnom pravu su znatno širi nego u onim krivičnopravnim sistemima u kojima umišljaj nije obuhvaćen pojmom krivice već ulazi u biće krivičnog dela kao njegovo subjektivno obeležje. Zato nema potrebe da se saučesnik (podstrekač) koji je sa umišljajem naveo izvršioca da postupajući bez krivice ostvari objektivne elemente krivičnog dela proglasi (posrednim) izvršiocom.

Analizirajući odredbe o odgovornosti saučesnika u Krivičnom zakoniku Srbije dolazi se do zaključka da one saučesništvu daju određeni stepen samostalnosti, kao i da su u skladu sa načelom krivice. Činjenica da je krivica saučesnika autonomna, kao i da se za postojanje saučesništva ne traži umišljajno krivično delo izvršioca daje saučesništvu određeni stepen samostalnosti. I inače, kako sa teorijskog tako i sa praktičnog aspekta nije opravdano da se saučesništvo u potpunosti vezuje za izvršilaštvo.

Ključne reči: odgovornost saučesnika, limitirana akcesornost, načelo krivice, eksces izvršioca, neuspelo podstrekavanje.

1. UVODNE NAPOMENE

Iako je danas uobičajeno da se smatra da je saučesništvo zavisne prirode, da je ta zavisnost konstitutivni element samog pojma saučesništva, mogu se uočiti i crte samostalnosti saučesništva u odnosu na krivično delo i izvršilaštvo. Priznavanje da saučesništvo ima određeni stepen samostalnosti nije u suprotnosti sa vladajućim

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

shvatanjem o njegovoj ograničenoj akcesornosti. Naprotiv, jedno sa drugim stoji u odnosu korelacije. Ograničavanje akcesornosti saučesništva proizlazi iz njegove samostalnosti. Ta (relativna) samostalnost saučesništva dolazi do izražaja na planu krivice. Odgovornost saučesnika se mora zasnivati na krivici, odnosno na radnji koja je u zakonu predviđena kao krivično delo (ali i na radnji saučesništva), koja je protivpravna i skrivljena. Iako je reč o zajedničkom delu, ne odgovara se za tuđe, već za sopstvene postupke. Akcesorna priroda saučesništva od koje polazi i srpsko krivično pravo, nije smetnja za individualnu subjektivnu odgovornost saučesnika koja se zasniva na krivici svakog od njih. Upravo načelo individualne subjektivne odgovornosti relativizuje zavisnu prirodu saučesništva. Bez obzira na to što postojanje saučesništva zavisi od toga da li je izvršilac preduzeo radnju izvršenja krivičnog dela i ostvario i ostala obeležja njegovog zakonskog bića, odgovornost saučesnika je autonomna. To ukazuje na značajno osamostaljivanje saučesništva u odnosu na izvršilaštvo.

Činjenica da je krivično delo zajednički učinjeno od strane više učesnika, da se njihov doprinos i objektivno i subjektivno prepliće i da stoji u određenoj međusobnoj zavisnosti nije prepreka da se oni smatraju odgovornim za sopstveni doprinos koji je zasnovan na njihovom subjektivnom odnosu prema krivičnom delu. To nije ni prepreka da se nekima od njih dâ glavna uloga izvršioca, a drugima (ma koliko važna bila) uloga njegovih saučesnika. Nužno je iz više razloga, izvršiti tipiziranje oblika učestvovanja u krivičnom delu. Retka nastojanja da se briše ili relativizuje granica između izvršioca i saučesnika ne doprinose rešavanju nekih problema koji se mogu javiti u pogledu odgovornosti saučesnika, jer tu odgovornost u krajnjoj liniji svode na kriterijum odmeravanja kazne.¹ Ipak, ima istine u tvrđenju da se među saučesnicima ne može *a priori* ustanoviti nikakva precizna hijerarhija, da je to simplifikacija i šematizam koji ne odgovara realnosti u kojoj se javlja beskrajna raznovrsnost mogućih kombinacija.² U nekim konkretnim slučajevima uloga saučesnika zaista može biti važnija od uloge izvršioca, ali je to pre izuzetak nego pravilo. Međutim, apstraktna podela i klasifikacija na izvršioca i saučesnike nije smetnja da se njihov doprinos različito vrednuje u pogledu granica njihove odgovornosti i odmeravanja kazne.

Za razliku od principalne teorije saučesništva prema kojoj je irelevantno da li je izvršilac preduzeo bilo šta i gde svako potpuno samostalno odgovara za svoje radnje, (ograničena) akcesorna teorija koja je prihvaćena i kod nas, zahteva da je

- 1 U nekim zemljama postoji shvatanje (koje se zasniva i na pozitivnopravnom rešenju) koje polazi od toga da je krivično delo učinjeno od strane više lica zajednički poduhvat u kome pojedine radnje gube svoju individualnost i koje se ne mogu posmatrati izolovano jer su deo jednog jedinstvenog delovanja. To shvatanje polazi od toga da su svi učesnici u stvari izvršioци, odnosno autori dela u širem smislu, te da razlikovanje na izvršioca i saučesnike ne odgovara pravom stanju stvari u životu. Ipak, pravi se ustupak shvatanju koje razlikuje (glavnog) izvršioca i saučesnike, ali se tvrdi da ta razlika nije kvalitativna već da se ona može napraviti samo na osnovu stepenovanja odgovornosti. Pri tome se odgovornost shvata u objektivno-subjektivnom smislu jer se njom obuhvataju i objektivne okolnosti vezane za učinjeno krivično delo što se u krajnjoj liniji svodi na okolnosti za odmeravanje kazne. To bi, u stvari značilo, da podela na (glavnog) izvršioca u užem smislu i saučesnike ima funkciju samo prilikom odmeravanja kazne. Više o tome F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Quattordicesima edizione a cura di L. Conti, Milano, 1997, pp. 547–550.
- 2 Tako F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Settima edizione, CEDAM, 2011, pp. 514–515.

izvršilac izvršio krivično delo, odnosno da je preduzeo radnje koje ulaze u kriminalnu zonu. Pri tome se ne traži i krivica izvršioca, kao što to čini teorija ekstremne (potpune) akcesornosti. Dovoljno da je izvršilac ostvario sve objektivne elemente krivičnog dela, tj. ne zahteva se da je on i kriv za izvršeno delo (ograničena akcesornost). Osnovi koji isključuju krivicu izvršioca ne isključuju krivično delo saizvršioca, podstrekača ili pomagača kod kojeg krivica postoji (član 36. stav 2. KZ). Za razliku od hiperekstremne akcesornosti koja je danas uglavnom odbačena, u našem krivičnom pravu prihvaćeno je sasvim suprotno stanovište koje je eksplicitno izraženo u odredbi člana 36. stav 3. KZ, tj. lična svojstva, odnosi i okolnosti od kojih zavisi oslobođenje od kazne, ili koje utiču na odmeravanje kazne uzimaju se u obzir samo kod onog učesnika kod kojeg postoje. To nije sporno i spada u osnovna znanja iz krivičnog prava. Međutim, stepen akcesornosti i samostalnosti saučesništva i pri ovakvom rešenju koje određuje okvire te akcesornosti i samostalnosti, može biti različito shvaćen odnosno preciziran. U kojoj meri je akcesornost saučesništva ograničena njegovom samostalnošću ili, drugačije rečeno, u kojoj meri akcesornost saučesništva dozvoljava njegovu samostalnost, osnovno je pitanje i tema kojom se bavi ovaj rad.

Ovaj rad se ograničava samo na saučesništvo u užem smislu (podstrekavanje i pomaganje). Saizvršilaštvo se po svojoj prirodi i obeležjima nalazi „između“ izvršilaštva i saučesništva, pa je otuda u našoj literaturi uobičajeno da se svrstava u saučesništvo u širem smislu.³ Ono ima dosta specifičnosti, pa se tu i ne postavlja pitanje akcesornosti ili samostalnosti saučesništva, ili bar ne na način kao što je to slučaj kod podstrekavanja i pomaganja. Svaki saizvršilac ostvaruje jedan deo krivičnog dela i svojim doprinosom dopunjava doprinos drugog saizvršioca, ali odgovara za celo delo ako je ono u granicama njegovog umišljaja ili nehata. Problematici osnova i granica odgovornosti saizvršilaštva bi, prema tome, trebalo posvetiti poseban rad.

2. ODNOS SAUČESNIŠTVA I KRIVIČNOG DELA

Da li saučesništvo predstavlja samostalnu pojavu i figuru u krivičnom pravu, pitanje je koje je odavno predmet sporenja. Iako se i na prvi pogled u nekom svakodnevnom smislu ovog pojma čini da je to pojam koji sam po sebi podrazumeva zavisnost od nečega, nečega u čemu se (sa)učestvuje, postoje i mišljenja o samostalnoj prirodi saučesništva. Ne ulazeći ovde u prikazivanje različitih shvatanja i teorija o ovom pitanju,⁴ potrebno je opredeliti se za osnovni polazni stav prilikom razmatranja osnovne teme ovog rada, a to je u kojoj meri je saučesništvo akcesorno a u kojoj, opet, pokazuje i određene crte samostalnosti. Bilo bi suviše pretenciozno a i neopravdano poći od stava (nasuprot onom danas vladajućem) da je saučesništvo samostalne prirode. Njegovu akcesornost je teško, ako ne i nemoguće dovesti u

3 Podela na saučesništvo u užem i širem smislu se retko susreće u stranoj literaturi. Tako H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Neunte Auflage, Berlin, 1965, p. 100. Međutim, i ovaj autor saizvršilaštvo svrstava u izvršilaštvo kao njegovu samostalnu formu. *Ibid.*, p. 96.

4 Pregled tih shvatanja i njihovu analizu vid. kod C. Roxin, *Strafrecht AT, Band II*, München, 2003, pp. 5–19. Takođe i M. Baunack, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Berlin, 1999, pp. 19–33.

pitanje. Međutim, a to je i osnovna hipoteza ovog rada, tu akcesornost je moguće relativizovati, odnosno uočiti i ukazati na ono što je kod saučesništva samostalno i što ne zavisi od izvršenog krivičnog dela i njegovog izvršioca. Već je ukazano na to da je subjektivna komponenta saučesništva nešto što ne zavisi od izvršioca. Odgovornost saučesnika je prema vladajućem shvataju individualna i autonomna. Međutim, kako stoje stvari sa objektivnom stranom saučesništva tj. nepravom? ⁵ Da li se saučesništvo u potpunosti oslanja na protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo? Ili, i ono samo po sebi predstavlja određeno nepravo?

Saučesništvo poseduje sopstveno nepravo, ono ga ne „pozajmljuje“ od neprava izvršioca. Teorija o sopstvenoj nevrednosti saučesništva iako nužno ne vodi negiranju njegove akcesorne prirode, ukazuje na određeni stepen samostalnosti saučesništva. Međutim, po pravilu,⁶ za kažnjivost saučesništva je potrebna kumulacija sa nepravom koje se ostvaruje delom na koje se podstrekavalo, odnosno u kome se pomagalo. Saučesništvo nije inkriminisano samo po sebi zato što to ne zaslužuje jer predstavlja udaljeno ugrožavanje krivičnim pravom zaštićenih dobara. To ugrožavanje ostaje udaljeno ukoliko ne bude ostvareno delo u kome se učestvuje, tj. ono bi samo po sebi bilo na nivou pripremnih radnji. Tek kumulacija neprava saučesništva sa nepravom krivičnog dela, po pravilu, opravdava krivičnoppravnu intervenciju. Dakle, iako stepen neprava saučesništva, bez ostvarenja dela na koje se podstrekavalo ili u kome se pomagalo nije dovoljan osnov za kažnjavanje saučesništva (osim izuzetno, ako to zakonodavac proceni), ono postoji i izvršenjem (ili započinjanjem) dela ono se intenzivira i prerasta u legitiman osnov za krivičnoppravnu intervenciju.⁷ Upravo zbog toga saučesništvo nije krivično delo čiji su osnov inkriminisanja odredbe Opšteg dela, ono je forma u kojoj se mogu ispoljiti pojedina krivična dela propisana u Posebnom delu. Kao što suštinski nepravo saučesništva mora biti dopunjeno nepravom krivičnog dela, tako se i prilikom propisivanja u krivičnom zakonodavstvu saučesništvo oslanja i proizlazi kako iz odredaba Opšteg dela, tako i iz odredaba kojima se propisuju pojedina krivična dela.

3. POLOŽAJ SAUČESNIKA U SLUČAJU EKSCESA IZVRŠIOCA

Sudbina saučesnika, po pravilu, zavisi od toga da li je učinjeno krivično delo na koje su podstrekavali odnosno u kome su pomagali. Međutim, na njihov položaj značajno utiče i njihov odnos prema učinjenom delu. Podstrekač i pomagač odgovaraju dokle seže njihov umišljaj, tj. granice njihove odgovornosti određuje njihov

- 5 Ovde se pojednostavljuje složeno pitanje prirode neprava i polazi od njegovog tradicionalnog shvatanja i odnosa prema krivici što se uglavnom čini i u srpskom krivičnom pravu u kome se umišljaj i nehat vide kao oblici krivice a ne kao sastavni deo neprava, odnosno predviđenosti u zakonu.
- 6 Izuzetak je kažnjavanje za neuspelo podstrekavanje koje upravo pokazuje da se radnjom saučesništva ostvaruje nepravo koje je dovoljno da se zasnjuje kažnjivost što zavisi od odluke i ocene zakonodavca.
- 7 Ovo bi bila značajno modifikovana teorija o sopstvenoj nevrednosti saučesništva koju zastupa Šmithoizer prema kojoj se saučesništvo, isto kao i krivično delo, sastoji od sopstvenog neprava i krivice. Up. E. Schmidhäuser, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Tübingen, 1984, 269. O tome takođe vid. M. Baunack, *op. cit.*, p. 28.

sopstveni umišljaj. Ovo pravilo je odraz specifičnosti saučesništva i činjenice da je moguće da dođe do „razilaženja“ na subjektivnom planu između izvršioca i saučesnika. Ovakvo načelno rešenje u KZ Srbije polazeći od načela krivice vodi izvesnom osamostaljivanju saučesništva. Sudbina saučesnika u slučaju ekscesa izvršioca više ne zavisi od učinjenog dela već od njihove krivice. To rešenje, iako vladajući, nije prihvaćeno u svim savremenim zakonodavstvima. U nekima od njih i u tom slučaju svi učesnici se smatraju učiniocem dela koje se može pripisati u krivicu samo nekima od njih. Tu ne samo da nema relativno samostalnog položaja saučesnika, već se ulazi i u zonu objektivne odgovornosti. Tako, u italijanskom krivičnom pravu je prihvaćeno pravilo da i oni učesnici (formalno se ne pravi razliku između izvršioca i saučesnika) koji nisu hteli krivično delo koje je ostvareno, odgovaraju za njega ukoliko je ono posledica i njihovog činjenja ili propuštanja. Drugim rečima, njihova odgovornost se zasniva samo na uzročnoj vezi, što znači da je reč o objektivnoj odgovornosti. Tako, iako su se svi učesnici saglasili da izvrše krađu, oni koji su neposredno ostvarivali radnju izvršenja protivno tom dogovoru umesto krađe izvrše razbojništvo i otmicu. Ukoliko su tome svojom radnjom objektivno doprineli (npr. čuvajući stražu misleći da ostali učesnici vrše krađu), postojaće njihova odgovornost za ono što je učinjeno, ali se u tom slučaju predviđa ublažavanje kazne.⁸

U našem krivičnom pravu podstrekač i pomagač odgovaraju u granicama svog umišljaja. Ono što nije bilo obuhvaćeno njihovim umišljajem predstavlja eksces izvršioca u kome oni ni objektivno ni subjektivno nisu učestvovali i zato za njega ne odgovaraju. Njihov položaj i odnos prema izvršenom delu određen je pre svega njihovim umišljajem. Uobičajeno je da se o ekscesu govori u dve situacije. U prvom slučaju izvršilac vrši neko sasvim drugo krivično delo, a ne ono na koje je bio podstrekavan odnosno u kome mu je pružena pomoć (tzv. kvalitativni eksces). U tom slučaju situacija je jasna: nema odgovornosti saučesnika za izvršeno krivično delo, jer radnja saučesništva nije u uzročnoj vezi sa njegovim izvršenjem, a delo na koje se podstrekavalo ako nije ni pokušano ne može biti osnov za odgovornost saučesnika. Tu se, u stvari, pitanje odgovornosti saučesnika i ne postavlja: slučaj se rešava na prethodnom nivou utvrđivanja ostvarenosti uzročne veze, odnosno ostvarenosti objektivnog uslova za postojanje saučesništva. Ako nema objektivne veze, ne može se zasnovati ni odgovornost saučesnika. Osim toga, ovde postoji i bitno odstupanje između onoga što je bilo obuhvaćeno umišljajem saučesnika i onoga što je izvršilac ostvario. Kada je reč o modalitetima, „unutar iste kriminalne situacije“, određena nebitna odstupanja ne mogu da isključe odgovornost saučesnika. Da li je reč o bitnim ili nebitnim odstupanjima, u krajnjoj liniji zavisi od okolnosti konkretnog slučaja i pravne kvalifikacije dela.⁹ U situaciji kvalitativnog ekscesa mogu biti ispunjeni uslovi za kažnjavanje za neuspelo podstrekavanje. Međutim delo koje je izvršeno nema nikakvog uticaja na to, tj. neuspeli podstrekač bi i da ono nije izvršeno bio kažnjen ukoliko je podstrekavao na delo kod kojeg je neuspelo

8 Vid. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Quinta edizione (ristampa), Bologna, 2011, p. 313–314. Objektivna odgovornost je, osim predviđanja blažeg kažnjavanja, donekle ublažena i stavom sudske prakse, odnosno italijanskog ustavnog suda da se kao uslov na subjektivnom planu zahteva i to da krivično delo koje je zaista učinjeno predstavlja razvoj događaja koji se logički mogao predvideti u odnosu na ono što se htelo. *Ibid.*, p. 514.

9 Tako i N. Jovančević, *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd, 2008, str. 331.

podstrekavanje kažnjivo. Njegova odgovornost bi postojala i onda ako izvršilac ne bi preduzeo ništa. U drugom slučaju izvršilac vrši teži oblik krivičnog dela (ili teže istovrsno krivično delo), a umišljajem saučesnika je bio obuhvaćen samo osnovni oblik (tzv. kvantitativni eksces). Samo ova situacija predstavlja eksces izvršioca u pravom smislu reči.¹⁰ Samo tu izvršilac, ostvarujući ono na šta je bio podstrekavan ili u čemu mu je bilo pomagano ide i preko toga preporučujući meru i granice zajedničkog dela.¹¹ Ono što je iznad te granice više nije zajedničko delo, ono je samo njegovo soptveno delo. Iako se tu ne bi moglo tvrditi da nikakva uzročna veza ne postoji, polazeći od pravila da saučesnici odgovaraju samo u granicama svog umišljaja, nesumnjivo se dolazi do rezultata da oni odgovaraju samo za osnovni oblik. Bilo koje drugo rešenje predstavljalo bi povredu načela krivice i ulaženje u sferu objektivne odgovornosti.¹² Sledeći pravilo da svako odgovara u granicama svoga umišljaja, moguća je i situacija u kojoj će se u ekscesu zajedno sa izvršiocom naći još neki saučesnici dok drugi ostaju u granicama prvobitno dogovorenog, tako da za njih ono što je ostvareno predstavlja zajednički eksces izvršioca i nekih saučesnika.

Najzad, moguća je još jedna situacija u kojoj takođe dolazi do nepodudaranja onoga što je saučesnik hteo i onoga što je ostvareno. Naime, dolazi do izvršenja lakšeg oblika krivičnog dela (ili lakšeg istovrsnog krivičnog dela), a umišljajem saučesnika je bio obuhvaćen osnovni oblik. Iako je uobičajeno da se taj slučaj naziva negativnim kvantitativnim ekscesom, tu ne dolazi do ekscesa izvršioca jer on ostvaruje manje od onoga na šta je bio podstrekavan, odnosno manje od onoga u čemu je pomagač hteo da pruži svoj doprinos.¹³ On nije prekoračio gornju granicu kao kod pravog kvantitativnog ekscesa, već je sa svojim delom ostao ispod donje granice onoga što je trebalo da izvrši. U tom slučaju prednost ima pravilo o akcesnosti saučesništva. To znači da će saučesnici u ovom slučaju odgovarati samo za lakši oblik krivičnog dela. Sadržina njihovog umišljaja ne može da promeni pravnu kvalifikaciju u odnosu na ono što je ostvareno. To proizlazi ne samo iz akcesorne prirode saučesništva, već i iz opštih pravila o krivici. Ipak, pošto se ovo može shvatiti kao izuzetak od pravila da podstrekač i pomagač odgovaraju za ono što je bilo obuhvaćeno njihovim umišljajem, ima smisla to što KZ Srbije sadrži izričitu odredbu o tome.¹⁴ Unošenje izričite odredbe bilo je opravdano i zbog toga što se ne može tvrditi

10 I Fišer samo ovaj slučaj naziva ekscesom izvršioca. Up. Th. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 60. Auflage, München, 2013, p. 263.

11 Ipak, zajedničko za sve tri situacije bez obzira na to da li se mogu podvesti pod pojam ekscesa (prekoračenja), jeste to da dolazi do nepodudaranja volje izvršioca i saučesnika. Izvršilac ne radi ono što hoće podstrekač, odnosno pomagač. Razlike između te tri situacije se tiču smera i obima tog nepodudaranja.

12 Kako je već rečeno, to je slučaj sa italijanskim krivičnim pravom u kome se čitavo delo vezuje za svakog učesnika nezavisno od njegovog umišljaja ili nehata. Važeći italijanski krivični zakonik iz 1930. godine (Codice Rocco) sadrži više primera povrede načela krivice, od kojih istaknuto mesto ima upravo član 116. koji predviđa objektivnu odgovornost u slučaju ekscesa izvršioca. Up. E. Dolcini, Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Fasc. 3, 2000, p. 866–867.

13 Tu ne samo da se ne radi o ekscesu, već je to suprotna situacija od pravog ekscesa. Tako Baumann J., Weber U., Mitsch W.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Bielefeld, 2003, p. 732

14 Jugoslovenski KZ iz 1951 (kao ni KZ SFRJ) nije to pitanje izričito regulisao. Međutim, to je u teoriji i praksi bilo nesporno. Tako Srzentić/Stajić ističu da podstrekač odgovara u granicama

da umišljaj saučesnika koji je upravljen na izvršenje osnovnog oblika uvek obuhvata i izvršenje lakšeg oblika toga krivičnog dela. Iako to, „manje“ što je ostvareno po pravilu ostaje u granicama umišljaja saučesnika, ima i slučajeva kada on to nije hteo, kada bi to što je izvršeno moglo da se pripiše samo njegovom nehata što, naravno, nije dovoljno za njegovu odgovornost.¹⁵ Osim toga što predviđa da ako je izvršilac izvršio lakše krivično delo od onog na koje se podstrekavanje ili pomaganje odnosi, a koje bi njime bilo obuhvaćeno, podstrekač i pomagač će se kazniti sa krivično delo koje je učinjeno (član 37. stav 2. KZ Srbije), ova odredba eksplicitno rešava još jedno pitanje. Naime, ukoliko je istovremeno ostvareno i neuspelo podstrekavanje a ono povlači strožu kaznu od one za delo koje je učinjeno, prednost ima kažnjavanje za neuspelo podstrekavanje (član 37. stav 3. KZ Srbije). Iako se čini da je u tom pogledu navedena odredba jasna, ipak se javlja izvesna dilema u vezi sa formulacijom da prednost ima kažnjavanje za neuspelo podstrekavanje, „ako bi se podstrekač strože kaznio“ primenom te odredbe. Šta se tu upoređuje? Da li je dovoljno da je za delo u odnosu na koje postoji neuspelo podstrekavanje propisana stroža kazna od one koja je propisana za krivično delo koje je izvršeno? Čini se da propisana kazna ne bi uvek bila dovoljan kriterijum za ovo upoređivanje. Da li bi se podstrekač strože kaznio za dovršeno podstrekavanje na lakše delo ili za pokušaj podstrekavanja na teže delo, zavisi i od okolnosti konkretnog slučaja, tj. zavisi od toga da li bi sud iskoristio mogućnost ublažavanja kazne.

Sa slučajem kada je izvršen lakši oblik krivičnog dela od onoga na koje se podstrekavanje ili pomaganje odnosi, izjednačava se i slučaj kada krivično delo ostane u pokušaju. Po pravilu, umišljaj podstrekača ili pomagača upravljen je na to da izvršilac dovrši krivično delo. Ukoliko delo ostane u pokušaju i oni će odgovarati za pokušaj iako je njihov umišljaj bio upravljen na dovršeno krivično delo.¹⁶ Za razliku od slučaja kada dođe do izvršenja lakšeg oblika krivičnog dela, ovde nije moguće neuspelo podstrekavanje jer je delo na koje se podstrekavalo ili pomagalo pokušano.

Najzad, postavlja se i pitanje kakve reperkusije ima pravilo da saučesnici odgovaraju u granicama svoga umišljaja kod krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom. To pravilo nije prepreka da saučesnici odgovaraju za krivično delo kvalifikovano težom posledicom pod istim uslovima kao i izvršilac. Nema razloga da se saučesnici privileguju u odnosu na izvršioca i da odgovaraju samo za osnovni oblik. Tome u prilog ide i jezičko tumačenje odredbe člana 27. KZ u kojoj se kao uslov postavlja da je učinilac (dakle ne samo izvršilac već i saučesnik) u odnosu na težu posledicu postupao iz nehata.¹⁷ To znači da u odnosu na težu posledicu mora i kod saučesnika da postoji nehat. To nije u suprotnosti sa osnovnim pravilom da saučesnici odgovaraju u granicama svog umišljaja, niti je tu reč o nekoj vrsti

ostvarenog, „a ne za ono što je podstrekavanjem hteo da postigne“ što, sledi iz akcesornosti podstrekavanja“. Up. Srzentić, N., Stajić: *Krivično pravo FNRJ*, 2. izdanje, Beograd, 1957, str. 371.

15 Vid. Z. Stojanović, Saučesništvo u Predlogu krivičnog zakonika. U: *Osnovne karakteristike Predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Beograd, 2000, str. 21.

16 KZ Srbije (član 37. stav 1) u tom pogledu sadrži izričitu odredbu. Iako KZ SFRJ (za razliku od KZ iz 1951) takvu odredbu nije sadržao, to je bio nesporno u teoriji i sudskoj praksi.

17 U nemačkom krivičnom pravu ne postoji termin koji bi odgovarao našem pojmu učinioca, tj. ne postoji viši opšti pojam koji u sebi obuhvata izvršioca i saučesnika. Zato se u odredbi nemačkog KZ o odgovornosti za krivično delo kvalifikovano težom posledicom osim o izvršiocu govori i o saučesniku (oni se izjednačavaju u pogledu uslova za odgovornost: § 18).

ekscesa izvršioca. Uslov za odgovornost podstrekača i pomagača i u ovom slučaju ostaje umišljaj u odnosu na osnovno delo. Naime, kod njih umišljaj mora postojati u odnosu na osnovni oblik, a u odnosu na težu posledicu nehat.¹⁸ Ovde se radi o posebnom obliku odgovornosti u krivičnom pravu, o složenoj konstrukciji koja se primenjuje kako kod izvršioca, tako i kod saučesnika. Njena primena kod saučesnika u užem smislu nema za posledicu samostalnu odgovornost za nehat (što bi bilo neprihvatljivo), nehat se ovde javlja kao jedan dodatni uslov koji se vezuje samo za težu posledicu koja se ne javlja kao samostalno delo.¹⁹

Izneta pravila o položaju i odgovornosti saučesnika u slučaju da je izvršeno delo drugačije od onoga što je saučesnik hteo, govore o tome da u značajnoj meri kod nekih od njih dolazi do izražaja samostalni karakter saučesništva. To se odnosi na dva slučaja pravog ekscesa izvršioca. Međutim, kada je reč o dve situacije sličnim ekscesu (negativni kvantitativni eksces i krivično delo kvalifikovano težom posledicom), u prvom planu je akcesornost saučesništva. I podstrekavanje i pomaganje u pokušanom krivičnom delu prati sudbinu tog dela u pogledu kažnjavanja, tako da i tu postoji akcesornost saučesništva.

4. SAMOSTALNOST I ZAVISNOST SAUČESNIŠTVA OD KRIVICE IZVRŠIOCA I NJEGOVIH LIČNIH ODNOSA, SVOJSTAVA I OKOLNOSTI

4.1. Dejstvo osnova koji isključuju krivicu

Načelo limitirane akcesornosti saučesništva je danas dominantno u savremenoj teoriji i krivičnom pravu evropskih zemalja. Akcesornost saučesništva od izvršilaštva logički proizlazi iz njegove suštine, ali se može razlikovati više stepena akcesornosti. Pošto akcesornost u smislu da nema saučesništva ako nema krivičnog dela izvršioca sa svim njegovim elementima uključujući i krivicu iz više razloga nije prihvatljiva, došlo je do ublažavanja prvobitno zastupane potpune ili ekstremne akcesornosti pa se tako prešlo na ograničenu akcesornost.²⁰ Limitirana akcesor-

18 To je mišljenje vladajuće u našoj i stranoj literaturi. Tako npr. Srzentić, N., Stajić, *op. cit.*, str. 364. Takođe i N. Jovančević, *op. cit.*, str. 328. Vid. i C. Roxin, *Strafrecht AT, Band II*, München, 2003, pp. 186, 230.

19 U odnosu na osnovno delo, za razliku od izvršioca, kod saučesnika (podstrekača i pomagača) uvek mora da postoji umišljaj. Ako se pođe od shvatanja da je moguće i saučesništvo u delu u kome izvršilac postupa iz nehata, umišljaj podstrekača i pomagača mora postojati u odnosu na osnovno delo iz kojeg je proizašla teža posledica koja se može pripisati i njihovom nehatu.

20 U nemačkom krivičnom pravu do toga je došlo usvajanjem novele KZ iz 1943. godine. Up. H. Blei, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 18. Auflage, München, 1983, p. 265. Pošto su se tada umišljaj i nehat još shvatali kao oblici krivice a ne obeležja bića krivičnog dela, nije zahtevan umišljaj izvršioca, pa je i inače bilo zastupano shvatanje da je moguće saučesništvo u nehatnom delu izvršioca. Ali, ubrzo pod uticajem finalne teorije o radnji, a kasnije (1975. godine) i izričitim propisivanjem da je saučesništvo moguće samo u umišljajnom krivičnom delu, efekti ovog prelaska na ograničenu akcesornost skoro da su se sasvim izgubili. Danas je u nemačkoj teoriji nesporno da samo izvršilac koji vrši umišljajno delo omogućava podređivanje saučesnika volji izvršioca, da samo takav izvršilac može imati vlast nad delom. Vrlo su retki oni koji kritički gledaju na ovo (zakonsko) rešenje. Tako Frister s pravom ističe, da iako zakonsko rešenje treba respektovati, ono

nost saučesništva u srpskom krivičnom pravu neposredno se zasniva na zakonskoj odredbi. Naime, osnovi koji isključuju krivicu izvršioca (neuračunljivost, stvarna i pravna zabluda) ne isključuju krivično delo saizvršioca, podstrekača ili pomagača pod uslovom da krivica postoji kod njih (član 36. stav 2. KZ). Formulacija navedene odredbe je zadovoljavajuća, iako se njome još više moglo da naglasi načelo ograničene akcesornosti. Naime, moglo je da se izričito propiše da nepostojanje krivice kod saučesnika ne isključuje krivično delo izvršioca, kao i da postojanje ili nepostojanje krivice kod jednog saučesnika nema značaja za drugog saučesnika.²¹ No, do takvog zaključka se, bez sumnje, može doći i na osnovu opštih pravila i odgovornosti saučesnika i to nije sporno kako u teoriji, tako ni u sudskoj praksi. Ono što je za naše pravo bitno jeste to što limitirana akcesornost ima široku primenu i veliki značaj zbog toga što se umišljaj (i nehat), za razliku od nemačkog krivičnog prava, smatra oblikom krivice, tj. zato što i prema pozitivnopravnom rešenju nema krivice ukoliko nema umišljaja (ili nehata ukoliko to zakon predviđa).²² Limitirana akcesornost dozvoljava postojanje saučesništva i u onim slučajevima u kojima je isključeno postojanje umišljaja jer se u teoriji i sudskoj praksi u Srbiji smatra da je on sastavni deo krivice, a ne nepravda odnosno bića krivičnog dela. Iako bi se moglo prigovoriti da je shvatanje o tome da su umišljaj i nehat oblici krivice te da se oni ne nalaze u biću krivičnog dela danas prevaziđeno,²³ ono ima tu dobru stranu što daje mnogo veći značaj limitiranoj akcesornosti i saučesništvu u celini, a nepreciznu

ne deluje ubedljivo. Kriminalnopolitički i pravnodogmatski bi bilo ispravno da se za saučesništvo zahteva protivpravno delo izvršioca koje ispunjava samo objektivna obeležja bića krivičnog dela. Up. H. Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2006, p. 315. To je shvatanje koje u potpunosti odgovara srpskom krivičnom pravu i koje se zastupa u ovom radu.

- 21 Takvu jednu široku formulaciju sadrži nemački KZ (§ 29). No, kao što je primećeno, ta odredba ide šire od onoga što je ovde nužno, a to je da se normira ograničena akcesornost. Naime, tom odredbom se predviđa da se svaki učesnik (dakle, kako izvršilac tako i saučesnici) kažnjavaju prema svojoj krivici, a bez obzira na krivicu drugih učesnika. Osim toga, ona zadire i u oblast odmeravanja kazne (stepen krivice) što je u KZ Srbije predviđeno u članu 36. stav 3. Up. Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2011, p. 229. Međutim, i pored ovako široke formulacije limitirana akcesornost ima veoma ograničeni domet i usko polje primene u nemačkom krivičnom pravu. Praktični značaj limitirane akcesornosti je mali i on dolazi do izražaja samo van područja primene posrednog izvršioca (samo kod svojeručnih krivičnih dela i posebnih delikata: *eigenhändige und Sonderdelikte*). Up. *ibid.*, p. 229. To je posledica unošenja u nepravu, odnosno biće krivičnog dela i subjektivnih elemenata, pa je i kod ograničene akcesornosti potrebno izvršenje umišljajnog glavnog dela. Delo mora da bude umišljajno izvršeno i da ispunjava sva objektivna i subjektivna obeležja bića krivičnog dela. Vid. Up. G. Heine in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, p. 477. Limitirana akcesornost ima mnogo veći značaj u krivičnom pravu onih zemalja u kome se umišljaj i nehat smatraju oblicima krivice, gde oni ne čine sastavni deo nepravda, odnosno bića krivičnog dela. To važi i za naše krivično pravo, tako da limitiranje akcesornosti na glavno delo kroz koje je ostvareno samo objektivno nepravdo dozvoljava postojanje saučesnika i u delu izvršioca koji nije postupao umišljajno, te zato nije ni nužna konstrukcija posrednog izvršioca.
- 22 Član 22. KZ Srbije.
- 23 Uostalom, moguće je zastupati i shvatanje o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata koje, s jedne strane, može da odgovori na neke prigovore upućivane ranijem shvatanju o umišljaju i nehatu isključivo kao oblicima krivice, a s druge strane zadržava u domenu krivice onaj konkretni sadržaj umišljaja (i nehata) koji mora biti ostvaren kod svakog učinioca da bi postojala krivica. Vid. Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, 21. izdanje, Beograd, 2014, str. 108–109.

i spornu konstrukciju posrednog izvršilaštva čini (skoro) nepotrebnom. Usvajanje ograničene akcesornosti (ako se akcesornost svede na nužnu meru) svodi primenu te konstrukcije u vrlo uske okvire.²⁴ Ona nema ni svoj zakonski osnov kada je u pitanju krivično pravo Srbije, pa bi se stoga moglo tvrditi da ne bi bila ni u skladu sa načelom zakonitosti.²⁵

Nije opravdano videti problem u tome što limitirana akcesornost dozvoljava širu primenu instituta saučesništva.²⁶ Što se više ograniči akcesornost, to se otvaraju šire mogućnosti za primenu saučesništva. To što u nekim slučajevima glavno delo izvršioca sa aspekta finalne teorije i teorije vlasti nad delom neće moći da bude noseća konstrukcija za saučesništvo,²⁷ više je problem tih teorija nego principa limitirane akcesornosti. No, činjenica je da prihvatanje teorije vlasti nad delom vodi sužavanju instituta saučesništva i širenju konstrukcije posrednog izvršioca i u slučaju prihvatanja ograničene akcesornosti. Naime, u slučajevima kada (glavni) izvršilac postupa bez krivice (i onda kada bi ograničena akcesornost dozvoljavala postojanje saučesništva), teorija vlasti nad delom uzima da on nije u stanju da vlada nad delom u meri da bi se mogao smatrati izvršiocom, štaviše njime lako može upravljati onaj ko je u pozadini, ko ne preduzima radnju izvršenja ali ko ima vlast nad delom i njime se služi samo kao sredstvo za izvršenje krivičnog dela. Primena teorije vlasti nad delom vodi tome da saučesništvo, i pored prihvatanja limitirane akcesornosti (ali koja zahteva umišljajno delo izvršioca), postaje supsidijerno u odnosu na posrednog izvršioca onda kada kod izvršioca nema krivice.²⁸ Limitirana akcesornost,

-
- 24 Jugoslovenski zakonodavac je svojevremeno prilikom donošenja KZ iz 1951. godine smatrao da je usvajanjem teorije ograničene akcesornosti i njenom primenom u oblasti saučesništva rešio problem posrednog izvršilaštva. Kako se u Objašnjenjima uz Nacrt tog KZ ističe: „Za Nacrt, prema tome otpada u velikoj meri potreba konstruisanja pojma posrednog izvršioca sa svim njegovim nezgodnim konsekvencama“. Up. Objašnjenja uz Nacrt krivičnog zakonika FNRJ, Beograd, 1951, str. 102.
- 25 Taj prigovor bi bilo relativno lako otkloniti unošenjem odredbe o posrednom izvršilaštvu u KZ Srbije. Ali, takva jedna odredba skoro da ne bi imala praktični značaj jer bi za istinsko uvođenje posrednog izvršilaštva bilo potrebno ostvariti druge preduslove, od kojih je jedan davanje mnogo većeg značaja teoriji vlasti nad delom, a drugi, odustajanje od toga da se umišljaj (i nehat) smatraju oblicima krivice, tj. da čine njen sadržaj. To pokazuje i iskustvo sa unošenjem odredbe o posrednom izvršilaštvu u KZ Crne Gore koja nije zaživela jer ti preduslovi nisu ostvareni.
- 26 Maurah smatra da se opasnosti koje prete od limitirane akcesornosti mogu izbeći odgovarajućim sužavanjem pojma krivice. Zato, osim toga da izvršilac postupa umišljajno, on i kod limitirane akcesornosti zahteva i postojanje odgovornosti izvršioca za delo. Up. R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Karlsruhe, 1965, p.p. 571, 613.
- 27 I pored njihovog širokog prihvatanja u Nemačkoj, one ne moraju nužno biti nešto od čega se danas u krivičnom pravu mora poći. Finalizam, osim od ranije poznatih slabosti, čini se da sve više postaje. Teorija vlasti nad delom i pored veoma visokog nivoa dogmatske obrade u nemačkoj teoriji, ostavlja dosta toga nepreciznog. U svojoj čuvenoj knjizi Roxin konstatuje da iako nema skoro nijednog teoretičara koji u ovoj ili onoj formi ne polazi od ideje vlasti nad delom, nije postignuta saglasnost šta se podrazumeva pod vlašću nad delom tako da je i među pristalicama ove teorije skoro sve sporno. Up. C. Roxin, *Täterschaft und Tatherschaft*, Achte Auflage, Berlin, 2006, p. 107. I pored ogromnog doprinosa koji je Roxin dao u navedenoj knjizi daljoj razradi ove teorije, i činjenice da je ona u nemačkoj teoriji danas skoro opšteusvojena (*ibid.*, p. 655), ona je daleko od toga da predstavlja uvek siguran kriterijum u oblasti izvršilaštva, saučesništva i posrednog izvršilaštva.
- 28 Vid. K. Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München, 2008, p. 708. Za razliku od nemačkog krivičnog prava u kome se limitirana akcesornost primenjuje samo onda kada nije mo-

dakle, nije u stanju da reši problem osnova i granica odgovornosti saučesnika ako se kriterijumu vlasti nad delom da odlučujući značaj.

4.2. Uticaj ličnih odnosa, svojstava i okolnosti

Nasuprot teoriji hiperekstremne akcesornosti, krivično zakonodavstvo Srbije sadrži pravilo da se određeni lični odnosi, svojstva i okolnosti uzimaju u obzir samo kod onog učesnika u ostvarenju krivičnog dela kod koga postoje (član 36. st. 3. KZ). Ti lični odnosi, svojstva i okolnosti mogu uticati na oslobođenje od kazne ili na odmeravanje kazne. Nema nikakvog „prenošenja“ uticaja tih okolnosti ne samo kada se radi o krivici već i o odmeravanju kazne (na primer, činjenica da je izvršiocu koji je krivično delo učinio u povratu uzeta kao otežavajuća okolnost, nema nikakvog značaja za saučesnike koji nisu povratnici). Ovo pravilo polazi od toga da je akcesornu prirodu saučesništva neophodno ograničiti. To znači ne samo da se za odgovornost saučesnika ne zahteva da je izvršilac ostvario sve bitne elemente krivičnog dela, već i da sve odnose, svojstva i okolnosti ličnog karaktera koji utiču na odmeravanje kazne (uključujući i odmeravanje kazne) treba uzimati u obzir samo onom izvršiocu ili saučesniku kod kojeg i postoje.

Međutim, ovo pravilo ne važi i u slučaju kada lični odnosi, svojstva i okolnosti predstavljaju bitni element bića određenog krivičnog dela. Ako neki lični odnos, svojstvo ili okolnost predstavlja bitni element bića krivičnog dela, uzima se u obzir i saučesnicima iako kod njih ne postoji. Dovoljno je za postojanje krivičnog dela i odgovornost saučesnika da određeni lični odnos, svojstvo ili okolnost postoji samo kod izvršioca (član 36. stav 4. KZ). Pošto je u tom slučaju stepen neprava radnje saučesništva po pravilu niži, KZ Srbije kao i neka strana zakonodavstva,²⁹ predviđa da se saučesniku koji nema lično svojstvo koje se zahteva kod izvršioca krivičnog dela, kazna može ublažiti.

Krivični zakonik Srbije³⁰ predviđa ovo, „prenošenje“ i uticaj ličnih odnosa, svojstava i okolnosti i na saučesnika u situaciji kada oni imaju jače dejstvo (od toga zavisi da li će uopšte postojati saučesništvo), nego u slučajevima gde je zabranio bilo kakav njihov uticaj gde bi to imalo manje značajne posledice (odmeravanje kazne). Na prvi pogled to izgleda nelogično. Međutim, drugačije rešenje bi stvorilo skoro nerešive probleme u pogledu postojanja saučesništva *extraneus*-a, a time i njihove odgovornosti. Lice koje nema ona lična svojstva (ili koje nije u određenom odnosu, ili za njega nije vezana neka lična okolnost) ne bi moglo biti obuhvaćeno kriminalnom zonom. Izvesne mogućnosti u tom pogledu pruža mogućnost da se u posebnom delu kod pojedinih krivičnih dela posebno inkriminiše radnja podstre-

guće primeniti konstrukciju posrednog izvršioca, u srpskom krivičnom pravu je obrnut slučaj: posredno izvršilaštvo bi došlo u obzir u malobrojnim situacijama u kojima limitirana akcesornost (kod koje se ne zahteva umišljajno delo izvršioca) ne može da dovede do rešenja.

29 Tako nemački KZ, dozvoljavajući ovaj izuzetak, predviđa u tom slučaju obavezno ublažavanje kazne (§ 28 stav 1 i § 49 stav 1). KZ SFRJ nije predviđao ovaj izuzetak, ali je u doktrini i sudskoj praksi bilo nesporno da je za odgovornost saučesnika dovoljno da te okolnosti postoje samo kod izvršioca. Takav stav se može braniti. Međutim, bolje je da ovako važno pitanje bude zakonom regulisano, kao i da se u tom slučaju predvidi mogućnost ublažavanja kazne saučesnicima.

30 To je slučaj i sa nekim stranim zakonodavstvima. Vid. npr. § 28. stav 1. nemačkog KZ.

kavanja i pomaganja, ali to bi legislativno tehnički bilo vrlo necelishodno rešenje. Nesporna potreba za jednim ovakvim rešenjem postoji kod tzv. posebnih delikata ili delikata propria kod kojih izvršilac može biti samo lice koje ima određeno svojstvo (npr. svojstvo sudije, službenog lica i dr). Kriminalnopolitički je opravdano smatrati saučesnicima i one podstrekače i pomagače koji nemaju svojstvo koje se za izvršioca zahtevaju. To je bilo u ranijoj jugoslovenskoj teoriji i praksi nesporno, iako zakonodavstvo nije o tome sadržalo izričitu odredbu.³¹ I pored toga, opravdano je što je KZ Srbije odredbom člana 36. stav 4. izričito regulisao ovu situaciju.³² Time je ipak stvorio izvesne nedoumice. Kao sporno se može javiti pitanje da li ova odredba ima širi značaj i domete. Pre svega, da li se ona odnosi i na nameru i pobudu kod onih krivičnih dela kod kojih one predstavljaju bitno obeležje krivičnog dela? Iako bi se moglo braniti i suprotno stanovište,³³ na ovo pitanje bi trebalo dati negativan odgovor. Nije ovde reč o subjektivnim obeležjima bića krivičnog dela, već o objektivnim karakteristikama i odnosima koje su vezane za ličnost izvršioca (npr. svojstvo službenog lica, učesnik u saobraćaju, odnos srodstva, zaraženost HIV-om itd). S druge strane, formulacija odredbe člana 36. stav. 4. čini jedno drugo pitanje potpuno nespornim. *Extraneus* mora znati za postojanje ličnih odnosa, svojstva i okolnosti kod *intraneusa*, tj. kod izvršioca jer je reč o bitnim obeležjima bića krivičnog dela koja moraju biti obuhvaćeni njegovim umišljajem.³⁴

5. AUTONOMNOST NEUSPELOG PODSTREKAVANJA

Kao i mnoga strana krivična zakonodavstva KZ Srbije predviđa odgovornost podstrekača i u slučaju da krivično delo na koje je podstrekavao nije ni pokušano. U stranom zakonodavstvu se taj slučaj naziva pokušajem podstrekavanja. Odgovornost i kažnjivost neuspelog podstrekača se, po pravilu, ograničava na teža krivična dela.³⁵ Međutim, problem predstavlja objašnjenje jedne takve eksplicitne odredbe,

- 31 Tako Zlatarić smatra da se logičkim tumačenjem može doći do zaključka da lični odnosi, svojstva i okolnosti, koji ulaze u elemente bića krivičnog djela, moraju postojati samo kod izvršioca, „ali ne moraju postojati i kod saučesnika“ navodeći kao primer *delicta propria*. Up. B. Zlatarić, Napomene o saučesništvu u novom Krivičnom zakoniku, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1/1951, str. 133.
- 32 Kambovski konstatuje da je u makedonskom KZ ovo pitanje ostalo otvoreno, tj. da taj KZ o njemu ne govori ništa. On, primenom logičkog tumačenja, dolazi do stava koji je bio prihvaćen i u ranijoj jugoslovenskoj literaturi (vid. prethodnu napomenu) da takve okolnosti koje predstavljaju konstitutivna obeležja dela moraju da postoje samo kod izvršioca i da se prenose na saučesnike pod uslovom da su obuhvaćene njihovim umišljajem. Up. B. Камбовски, *Казнено право*, Општ дел, Скопје, 2004, p. 747.
- 33 U nemačkom krivičnom pravu je ovo pitanje veoma sporno pa se prema nekim shvatanjima, pod određenim uslovima, neke pobude mogu podvesti pod odredbu § 28. stav 1. Up. G. Heine in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, p. 540. Međutim, sama ta odredba kao i nemačko krivično pravo, i pored određenih sličnosti, sadrži i takve razlike koje neminovno vode drugačijim zaključcima i rešenjima.
- 34 Naprotiv, član 117. italijanskog KZ je formulisan tako da u njegovom tumačenju postoje različita mišljenja. Dok je vladajuće shvatanje u doktrini da se njime derogiraju opšta pravila o umišljaju, u sudskoj praksi ipak prevladuje stav da je potrebno znanje ekstraneusa o ličnim kvalitetima intraneusa. Vid. R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009, pp. 1119–1122. Takođe i F. Mantovani, op. cit., p. 545–546.
- 35 U KZ Srbije to su ona krivična dela kod kojih je pokušaj kažnjiv.

kao i njenog odnosa sa teorijom o akcesornoj prirodi saučesništva. Ovde se odgovornost zasniva skoro isključivo na radnji podstrekavanja koja je kao takva inkriminisana u opštem delu KZ. U stvari, podstrekavanje je kao takvo opštom odredbom proglašeno krivičnim delom. To je izuzetak od pravila o akcesornoj prirodi saučesništva.³⁶ Postojanje krivičnog dela u bilo kojoj kažnjivoj fazi nije uslov za odgovornost podstrekača. Tu je inkriminisana pokušaj podstrekavanja koji u stvari predstavlja pripreme radnje za izvršenje krivičnog dela na koje se podstrekava jer je zakonodavac procenio da je to u dovoljnoj meri opasno da zaslužuje krivičnopravnu reakciju (za razliku od pokušaja pomaganja).³⁷ Zato je i teško procenjivati da li se ovde zakonodavac opredelio za principalnu teoriju i napravio izuzetak od akcesornosti saučesništva.³⁸ Iako u ovom slučaju odgovornost saučesnika, tj. podstrekača ne zavisi od toga da li je delo na koje se podstrekavalo izvršeno ili bar pokušano, veza između radnje saučesništva, tj. podstrekavanja i krivičnog dela na koje se podstrekava nije sasvim prekinuta. Pre svega, podstrekavanje i u ovom slučaju mora da ispunjava sve one uslove u pogledu krivičnog dela na koje se podstrekava kao i u slučaju kada je došlo do izvršenja krivičnog dela, odnosno njegovog kažnjivog pokušaja. Drugo, kod odmeravanja kazne za neuspelo podstrekavanje sud je vezan propisanom kaznom za krivično delo na koje se podstrekavalo s tim što, naravno, kaznu može ublažiti jer je propisano da će se takav podstrekač kazniti kao za pokušaj krivičnog dela na koje se podstrekavalo.

Da li je zakonodavac doneo ispravnu kriminalnopolitičku odluku kada je predvideo kažnjavanje samo za neuspelo podstrekavanje? Argument protiv kažnjavanja neuspelog pomaganja to da je reč o lakšem obliku saučesništva je prihvatljiv. Ali, teško je objasniti činjenicu da se ne kažnjava neuspelo saizvršilaštvo. Neuspelo saizvršilaštvo je sasvim moguće zamisliti, a u slučaju kada radnja jednog saizvršioca nije radnja izvršenja i kada on ne može da odgovara kao samostalni izvršilac on ostaje nekažnjen za razliku od neuspelog podstrekača. S obzirom na to da se saizvršilaštvo smatra najtežim oblikom saučesništva (u širem smislu), teško je naći opravdanje za činjenicu da se kažnjava neuspelo podstrekavanje, dok neuspelo saizvršilaštvo (tj. pokušaj saizvršilaštva) ostaje nekažnjivo.³⁹

36 To mišljenje zastupa i Tahović koji smatra da je u tom slučaju zakonodavac usvojio stav o principalnoj prirodi saučesništva. Up. J. Tahović, Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 1957, str. 127.

37 Interesantno je da je zato u Nacrtu Krivičnog zakonika FNRJ to bilo predviđeno (po ugledu na neke strane projekte) kao zasebno krivično delo (*delictum sui generis*) u posebnom delu. Up. Objasnjenja uz Nacr krivičnog zakonika FNRJ, Beograd, 1951, str. 102–103.

38 U većem delu nemačke literature se i ne daje ta ocena, već se jednostavno govori o pokušaju podstrekavanja kako ovu situaciju naziva nemački zakonodavac (§ 30). Ipak, Heine konstatuje da § 30 pravi izuzetak od principa akcesornosti koji za kažnjivost saučesnika zahteva da je glavno delo ostvareno bar u fazi kažnjivog pokušaja za određene pripreme radnje koje prethode saučesništvu. Up. G. Heine in: Schönke/Schröder, *op. cit.*, p. 544.

39 Takvo rešenje za Nola predstavlja paradoks. U vezi sa tim, on navodi sledeći primer. Ako bi šef neke bande koji stoji u pozadini izdao naređenja članovima koja oni nisu izvršili pa nije došlo ni do pokušaja krivičnog dela, on neće biti odgovoran ako ga posmatramo kao saizvršioca (to je i stav švajcarskog Saveznog suda i vladajuće shvatanje u teoriji), a ako ga smatramo podstrekačem, onda će on biti odgovoran i kažnjen za pokušaj podstrekavanja (neuspelo podstrekavanje) koje je kažnjivo i prema švajcarskom Krivičnom zakoniku. Up. P. Noll, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage (bearbeitet von St. Trechsel), Zürich, 1986, p. 185.

6. ZAKLJUČAK

Osnov odgovornosti saučesnika se nalazi kako u normama Opšteg, tako i u normama Posebnog dela krivičnog prava. Akcesornost saučesništva se ogleda i u tome što saučesništvo iako primarno ustanovljeno odredbama Opšteg dela, ne može postojati bez propisivanja pojedinih krivičnih dela u Posebnom delu. U konkretnom slučaju to znači da se za postojanje saučesništva zahteva ne samo ostvarenje uslova iz Opšteg dela, već i da je izvršilac ostvario bitna obeležja određenog krivičnog dela propisanog Posebnim delom. Akcesornost koja je u tom smislu neizbežna u odnosu na preduzimanje radnje izvršenja krivičnog dela, nije međutim prepreka za autonomnu odgovornost saučesnika. Svaki učesnik odgovara za sopstveni doprinos i to u granicama svoje krivice. To što je postojanje saučesništva i njihova odgovornost uslovljena postojanjem radnje izvršenja na koju su podstrekavali izvršioca ili mu u tome pomogli, ne znači da oni odgovaraju za njegove postupke. Reč je o tome da sam pojam saučesništva podrazumeva da je izvršeno protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo (limitirana akcesornost). Da li će saučesnici odgovarati za svoj (objektivni) doprinos takvom delu, zavisi od njihove krivice. Ona određuje granice njihove odgovornosti. I samo razlikovanje na izvršioca i saučesnike doprinosi tome da oni odgovaraju u granicama svoje krivice. Stanovište koje ne pravi kvalitativnu razliku između (glavnog) izvršioca i saučesnika, danas retko zastupano i to samo u nekim zemljama između ostalog i zato što se zasniva na pozitivnopravnom rešenju, može voditi odstupanju od načela krivice i njegovoj povredi. To pokazuje rešenje koje postoji u italijanskom krivičnom pravu prema kome je za odgovornost svih učesnika dovoljno da se neko krivično delo objektivno može povezati sa njima, potpuno nezavisno od njihovog umišljaja pa i nehata. Iako ovo nije neizbežna konsekvencija izjednačavanja uloge svih učesnika u krivičnom delu, opasnost od ulaženja u sferu objektivne odgovornosti ovde je mnogo veća.

Pravilo o tome da je krivica učesnika neprenosiva kod ograničene akcesornosti potvrđuje ono što je kod krivice nesporno kada je u pitanju jedan izvršilac, a to je da je ona individualna. Može da odgovara samo onaj učesnik kod koga ona postoji i to samo u odnosu na ono delo koje je njome obuhvaćeno. Ograničena akcesornost omogućava da odgovaraju oni saučesnici koji su preuzeli radnju saučesništva postupajući sa umišljajem (kod saizvršilaštva i iz nehata) u delu izvršioca koji je ostvario objektivne elemente krivičnog dela, ali koji ne mora da postupa sa krivicom. Dometi ograničene akcesornosti u srpskom krivičnom pravu su znatno širi nego u onim krivičnopravnim sistemima u kojima umišljaj nije obuhvaćen pojmom krivice već ulazi u biće krivičnog dela kao njegovo subjektivno obeležje. Zato nema potrebe da se saučesnik (podstrekač) koji je sa umišljajem naveo izvršioca da postupajući bez krivice ostvari objektivne elemente krivičnog dela proglasi (posrednim) izvršiocom. Davanje većeg značaja takvom podstrekaču, može se postići kroz odmeravanje kazne a izbegle bi se ozbiljne teškoće i sporna pitanja vezana za primenu ove konstrukcije. Uvođenje konstrukcije posrednog izvršilaštva ne bi nužno doprinelo doslednijem ostvarivanju načela krivice u oblasti saučesništva.

Iako je shvatanje o samostalnoj prirodi saučesništva neprihvatljivo, saučesništvo u nekim svojim segmentima pokazuje određeni stepen samostalnosti. Kada je u

pitanju krivica saučesnika, danas je to postalo skoro opšteusvojeno stanovište. Što se više akcesornost saučesništva ograničava, to više ono dobija na samostalnosti. Teorija ograničene akcesornosti ne daje precizan odgovor na pitanje u kojoj meri se akcesornost ograničava. I u okviru nje postoje različiti stepeni akcesornosti. Tako, u srpskom krivičnom pravu saučesništvo se ne vezuje isključivo za umišljajno delo izvršioca (kao u nemačkom krivičnom pravu) što značajno relativizuje akcesornost saučesništva. Takvo rešenje je opravdano. Iz razloga iznetih u ovom radu moguće je i potrebno tu akcesornost svesti na nužnu meru, tj. na onu meru koja proizlazi iz samog pojma saučesništva i koja u primeni prava ne vodi neprihvatljivim rešenjima.

LITERATURA

- Antolisei, F.: *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Quattordicesima ed. a cura di L. Conti, Milano, 1997.
- Baunack, M.: *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe: unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Berlin, 1999.
- Blei, H.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 18. Auflage, München, 1983.
- Dolcini, E.: *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3/2000.
- Fiandaca, G, Musco, E.: *Diritto penale, Parte generale*, Quinta ed. (ristampa), Bologna, 2011.
- Fischer, Th.: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 60. Auflage, München, 2013.
- Frister, H.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2006.
- Garofoli, R.: *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009.
- Jovančević, N.: *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd, 2008
- Камбоски, В.: *Казнено право, Општ дел, Скопје*, 2004.
- Kühl, K.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, München, 2008.
- Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Aufl., München, 2011.
- Mantovani, F.: *Diritto penale, Parte generale*, Settima edizione, CEDAM, 2011.
- Maurach, R.: *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Karlsruhe, 1965.
- Noll, P.: *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 2. Auflage (bearbeitet von St. Trechsel), Zürich, 1986.
- Roxin, C.: *Strafrecht AT, Band II*, München, 2003.
- Roxin, C.: *Täterschaft und Tatherschaft*, Achte Auflage, Berlin, 2006.
- Schmidhäuser, E.: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Tübingen, 1984.
- Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010.
- Srzentić, N., Stajić, A.: *Krivično pravo FNRJ*, 2. izdanje, Beograd, 1957.
- Stojanović, Z.: *Saučesništvo u Predlogu krivičnog zakonika. U: Osnovne karakteristike Predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva*, Beograd, 2000.
- Stojanović, Z.: *Krivično pravo, Opšti deo*, 21. izdanje, Beograd, 2014.
- Welzel, H.: *Das deutsche Strafrecht*, Neunte Auflage, Berlin, 1965.
- Zlatarić, B.: *Napomene o saučesništvu u novom Krivičnom zakoniku*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 1/1951.

Zoran Stojanović*

Faculty of Law, University of Belgrad

STATUS OF ACCOMPLICES IN THE CRIMINAL LAW: BETWEEN ACCESSORINESS AND AUTONOMY

SUMMARY

This paper examines the position of accomplices in the criminal law. The very notion of complicity implies that an unlawful act foreseen by law as a criminal offence has been committed. Whether or not the accomplices shall be held criminally liable for their contribution to such an act shall depend upon their culpability. It defines the limits of their liability. The rule prescribing that participants' culpability is non-transferable, in case of limited accessoriness, upholds its individuality and autonomy. Only the culpable participant may be held liable and only for a criminal offence covered by culpability. Limited accessoriness enables the accomplices who committed an act of complicity with intent in an act committed by the perpetrator who accomplished the objective elements of a criminal offence, without necessarily having committed a culpable act himself, to be held liable as well. Boundaries of limited accessoriness in Serbian criminal law are quite broader than those in the criminal justice systems where intent is not covered by the notion of culpability but rather exists as a subjective characteristic of the criminal offence. For that reason there is no need to consider an accomplice (inciter) who, with intent, incited the perpetrator to accomplish the objective elements of a criminal offence while acting without culpability, to be an indirect perpetrator.

By analyzing provisions on special rules regulating the status of accomplices in the Criminal Code of the Republic of Serbia, the paper arrives to the conclusion that it is justified to admit to the complicity certain degree of autonomy, and that its accessoriness should be reduced to the necessary measure that derives from the very notion of complicity and which does not lead to unacceptable solutions in the implementation of criminal law.

Key words: responsibility of accomplices, limited accessoriness, principle of culpability, perpetrator's excess, failed incitement.

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

AKTUELNOST DELA O ZLOČINIMA I KAZNAMA DANAS I OVDE

– Povodom 250 godina od objavljivanja

Apstrakt. U godini u kojoj se obeležava četvrt milenijuma od pojave knjige *O zločinima i kaznama*, u ovom radu pozabavićemo se analizom kakvog je traga ostavilo ovo neprolazno delo u našoj (novijoj) krivičnoj literaturi i odgovorom na pitanje koliko su te ideje aktuelne danas na ovom prostoru. U tu svrhu podsetićemo čitaocce na osnovne stavove koje Beccaria zastupa u ovom eseju, ukazati na to kako se u našoj novijoj literaturi iz oblasti krivičnih nauka prikazuju autor i njegove ideje i najzad – koliko su one aktuelne u našem današnjem kaznenom sistemu.

Ključne reči. Beccaria, kaznena reakcija, krivično pravosuđe, ljudska prava, Srbija, kriminalološka literatura.

1. UVOD

U julu 1764. godine izdato je u Livornu delo *O zločinima i kaznama (Dei delitti e delle pene)* koje se u literaturi često smatra ključnim radom u istoriji krivičnih nauka. I autor i izdavač bili su anonimni jer su se (kako se kasnije pokazalo, potpuno opravdano) pribojavali da se ideje sadržane u ovoj knjižici (obima oko 100 strana) neće svideti onima koji su još uvek imali moć da „otpadnike od vere“ i „protivnike hrišćanstva“ pošalju na lomaču.

I pored toga što su venecijansko plemstvo i Katolička crkva pisca dela proglasili upravo takvim, srećan sticaj okolnosti sačuvao je život piscu, 26-ogodišnjem doktoru prava plemićkog porekla. Markiz Cesare Beccaria Bonasena zastupao je u eseju *O zločinima i kaznama* ideje koje su sa oduševljenjem prihvaćene u velikom delu tadašnjeg civilizovanog sveta, donoseći mu slavu kakvu nije doživeo ni jedan krivičar. /01*/ Pozivi da održi predavanja u Parizu, Beču, Petrogradu, da učestvuje u pisanju novih krivičnih zakona u tada najmoćnijim svetskim monarhijama nije, međutim, promenio stav ovog istinskog velikana da se drži podalje od javnosti i publiciteta, /02*/ zbog čega je odabrao profesorsku karijeru na Katedri za kameralne nauke na Paltinskom univerzitetu u svom rodnom Milanu, gde je i umro 1794. godine.

2. OSNOVNE IDEJE SADRŽANE U DELU O ZLOČINIMA I KAZNAMA

Već sam spisak naslova (47) paragrafa ovog dela ukazuje na osnovna pitanja kojima se autor u njemu bavi: – Osnov kazni; – Pravo kažnjavanja; – Posledice;

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

– Tumačenje zakona; – Nejasnost zakona; – Srazmernost između zločina i kazni; – Zablude pri odmeravanju kazni; – Podela zločina; – O časti; – O dvobojima; – O javnom miru; – Svrha kazne; – O svedocima; – Indicije i forme postupanja; – Anonimne prijave; – O torturi; – O novčanim kaznama; – O zakletvama; – Hitnost kazne; – O kažnjavanju za nasilje; – Kazne za plemstvo; – Krađa; – Infamija; – Dokoličari; – Proterivanje i konfiskacija; – O porodičnom duhu; – Blagost kazni; – O smrtnoj kazni; – O pritvoru; – Trajanje postupka i zastarelost; – Zločini koje je teško dokazati; – Samoubistvo; – Krijumčarenja; – O dužnicima; – Pravo azila; – O raspisivanju ucene za glavu; – Pokušaj, saučesnici i nekažnjivost; – Sugestivna pitanja i ispitivanje okrivljenog; – O jednoj posebnoj vrsti zločina; – Pogrešni stavovi o korisnosti; – Kako da se zločin spreči; – O naukama; – Državni funkcioneri; – Nagrade; – Vaspitanje; – O pomilovanju; i – Zaključak.

Ako bi se ukratko želele izneti najznačajnije ideje koje Beccaria zastupa u eseju *O zločinima i kaznama*, one bi se mogle svesti na sledeće tri grupe pitanja:

- A) shvatanje države i prava;
- B) stavovi o reformi krivičnog prava; i
- C) sredstva borbe protiv kriminaliteta.

A) Kada se radi o **državi i pravu**, Beccaria smatra da suverenost pripada narodu i da treba sprečiti koncentraciju vlasti, zbog čega demokratska društva mogu počivati samo na sistemu njene podele; javnost rada državnih organa je važna brana samovolji; sklapajući društveni ugovor, svaki pojedinac odrekao se minimuma svojih prava zarad uspostavljanja društvenog reda. Beccaria prihvata učenja o društvenom ugovoru kao osnovu konstituisanja društvenog poretka (tvorci teorije su Hobbes i Rousseau) iz čega izvodi dva osnovna stava: prvi je da ljudi pred zakonom moraju biti jednaki; /03*/ a drugi da država, ukoliko ne želi da se pretvori u tiraniju, može zadirati u njihova prava samo do mere u kojoj su se ih oni odrekli pri sklapanju tog ugovora. Ona mora nastojati da se građani dobrovoljno povinuju normama koje ona donosi; pretpostavka za to je da postoji „dobro zakonodavstvo“ koje karakteriše: 1) apsolutna zakonitost; 2) jasnoća i jednostavnost; 3) primenljivost; i 4) moralnost (pravne norme moraju biti u skladu sa „prirodnim osećanjima čoveka“). Naprotiv, loši zakoni su plod žurbe (tada se donose bez dovoljno poznavanja odnosa na koje bi se trebali primeniti); straha, zbog koga se život često okiva nepotrebnim ograničenjima koja ljude lišavaju mnogo značajnijih dobara od onih koja se štite takvim normama; zanemarivanja stvarnih motiva zbog kojih ljudi vrše neka dela; i nametanja grupnih interesa pod vidom opštih.

B) Ideje iz oblasti **krivičnog prava** tiču se a) materijalnog; i b) procesnog prava i mogu se najkraće svesti na nekoliko celina:

a1) *načela legaliteta i legitimnosti*: polazeći od stava da svaki čovek mora znati kada je kriv i kojom kaznom će u tom slučaju biti sankcionisan, Beccaria se zalaže ne samo za to da kažnjiva dela budu unapred određena u zakonu, nego i da za njih budu unapred fiksirane kazne. /04*/ U pogledu načela legitimnosti, Beccaria osporava zakonodavcu da po svom nahođenju donosi zakone. On je u tom pravu limitiran etičkom opravdanošću normi, tj. moralom;

a2) *kazne* moraju biti: srazmerne delu, odnosno da zlo koje se njima nanosi bude toliko da destimuliše potencijalnog učinioca da izvrši delo (to nikako ne znači da treba da bude i brutalna); /05*/ nužne; bezizuzetno primenjene; hitno i javno izrečene; najzad, one treba da imaju lični karakter odn. da ne pogađaju druga lica sem zločinca. Polazeći od ovih kriterijuma Beccaria kritički razmatra tadašnji sistem kazni: ► kada se radi o najtežoj, smrtnoj kazni, iznosi veliki broj argumenata za njeno ukidanje u normalnim situacijama i prema najvećem broju prestupnika. /06*/ ► kritikuje široku primenu brutalnog telesnog kažnjavanja i zalaže se za zamenu tih kazni zatvaranjem sa prinudnim radom; ► konfiskaciju kritikuje zbog toga što nema lični karakter, nego ugrožava i opstanak članova porodice učinioca; ► traži redukovanje primene infamirajućih (beščastećih) kazni i to samo prema prestupnicima koji su delo izvršili zbog sujete odn. povređenog ponosa; ► u odnosu na novčanu kaznu ukazuje na opasnost da bogati svoja zlodela prema sirotinji ispljuju novcem; /07*/

a3) *podela zločina*: Beccaria smatra da postoje dve osnovne vrste zločina – oni koji ugrožavaju sve članove društva i one koji napadaju na dobra pojedinaca. Za ove druge smatra da su manje opasni i zbog toga zavređuju lakše kazne. Navedene podela jedan je od osnova za kritiku nekih od inkriminacija koje su postojale u tadašnjem krivičnom pravu;

a4) *kritika pojedinih inkriminacija* koncentriše se oko nekoliko grupa dela: kod dela protiv ‘naroda i države’ Beccaria kritikuje preširoko tumačenje radnje izvršenja tada najtežeg političkog krivičnog dela – veleizdaje i to smatra odrazom tiranije i neznanja. Osuđuje kažnjavanje za ‘delikte mišljenja’ i ‘verbalne delikte’. Politički delikt, s tim u vezi, može po njegovom mišljenju biti samo akt nasilja.

Suprotstavlja se i kažnjavanju za dela izvršena protiv religije, kao i težnju srednjevekovnog krivičnog zakonodavca da kažnjava za greh (neka od dela protiv vere, polne slobode, braka i porodice). Ovde se, pod uticajem Montesque-a, posebno zadržava na neodrživosti kažnjavanja za samoubistvo. Takođe, kažnjavanje za samovoljno napuštanje sopstvene zemlje smatra apsurdnim. Kritikuje i raspisivanje ucene za glavu čoveka i obećavanje nekažnjivosti učesnika u teškom zločinu ukoliko otkrije sučesnike;

a5) *zastarelost i pomilovanje*: kada se radi o prvom od navedenih instituta krivičnog prava, on predlaže da se ukine zastarelost za najteže zločine, kod ‘srednjih’ bi rok zastarelosti bio toliko dug da bi i to uticalo na odustajanje o njihovog izvršenja, dok bi ga kod lakših (dela protiv imovine) trebalo skratiti.

Protivnik je pomilovanja koje je tada vladar bez ikakvih ograničenja mogao dati bilo kom prestupniku i smatra da zakoni treba da budu neumoljivi, a zakonodavac (ne suveren) blag, milostiv i čovečan. /08*/

Baveći se problematikom krivičnog postupka, posle bespoštedne kritike rešenja na kojima je počivao tada važeći inkvizicioni postupak, Beccaria se koncentriše na nekoliko predloga:

b1) *preventivno zatvaranje* (pritvor) treba zakonom urediti i ograničiti samo na slučajeve gde je nužno. Sudovanje u takvim slučajevima mora biti hitno;

b2) zalaže se za *javnost postupka* kao negaciju dotadašnjeg tajnog postupanja zasnovanog na anonimnim prijavama;

b3) kada se radi o *sastavu suda*, uzornim smatra engleski sistem porotnog suđenja kako u pogledu podele nadležnosti pri odlučivanju, tako i sa stanovišta pravila po kojima se određuje sastav porote;

b4) jedina *uloga sudije* je da utvrdi činjenice i da primeni u zakonu za takvo delo fiksno određenu kaznu. Sudijin posao nije da tumači zakon, već da ga primenjuje.

b5) *dokazivanje i tortura*: protivnik je teorije formalnih dokaznih sredstava; smatra pogrešnim mišljenje da je za rasvetljavanje težih („očiglednih“) zločina potrebno manje dokaza no za blaže, kao i da se kod najtežih dela može čak prekoračiti zakon na štetu okrivljenog; takođe, postupak u kome se od okrivljenog traži da izjavu daje pod zakletvom je neprihvatljiv jer se teret dokazivanja sa tužioca prenosi na njega, tako da on u svom slučaju ima ulogu i tužioca i tuženog. Beccaria vrlo argumentovano kritikuje primenu prinude radi dobijanja priznanja okrivljenog – torturu. Pre svega, ovde ne postoji pravni osnov za takvo ponašanje jer se nasilje primenjuje prema licima čija krivica nije dokazana; takođe, mera je nekorisna jer je postupak tajan pa je skriven od javnosti; sa druge strane, nije garancija da će se utvrditi istina jer će lica osetljiva na bol (ako bi priznanje bilo jedini dokaz) izbeći kažnjavanje, a oni kojima su muke neizdržive priznati i delo koje nisu učinili;

b6) prethodno izlaganje ukazuje da je Beccaria smatrao da krivični postupak treba da vodi utvrđivanju *materijalne istine*;

b7) *pravo na žalbu*: polazeći od ideje, da građani treba da se plaše od zakona, a ne od ljudi (sudija) Beccaria ukazuje na značaj garantovanja prava na žalbu. Ako su zakoni strogi, a ovo pravo nije dozvoljeno – od toga će više koristiti imati državni funkcioneri nego lična i javna bezbednost.

C) Razmišljanja o sredstvima koje treba koristiti u **borbi protiv kriminaliteta** Beccaria započinje razmatranjem šta čoveka navodi da izvrši zločin. Po njemu, uzrok ubistva je odsustvo samilosti, kod dela protiv imovine to su pohlepa, ali i oskudica. Širenju kriminaliteta doprinosi i podražavanje primera koje daju viši društveni slojevi.

Kriminalno politička koncepcija ovog autora počiva na prevenciji i to kako krivično pravnoj, tako i opšte društvenoj. Najvažniji činilac prve su dobri i jasni zakoni, ali je pri tome svestan ograničenosti uticaja pravnih mehanizama na kriminalitet. Kontraproduktivno je širenje zone inkriminacija /09*/ na ponašanja koja nisu opasna po društvo jer to samo povećava broj zločina. Veliki značaj ima njegova konstatacija da u suprotstavljanju kriminalitetu ne možemo posegnuti za svim sredstvima, čak i kada bi ona bila delotvorna u njegovom suzbijanju. /10*/

Od vanpravnih sredstava koja doprinose smanjenju kriminaliteta, Beccaria posebno ističe širenje sloboda čoveka, obrazovanje i vaspitanje.

3. BECCARIA I NJEGOVO DELO U NAŠOJ NOVIJOJ KRIMINOLOŠKOJ LITERATURI

Da bi neko delo moglo biti shvaćeno i uticati na razvoj naučne misli i pravne prakse, potrebno je da najvećem broju ljudi u jednoj zemlji bude dostupno na jeziku koji razumeju. Zato ćemo ovde prvo navesti prevode Beccarijinog dela koji su do-

stupni na južnoslovenskim jezicima. Prvi je objavio Milan Damjanović u Beogradu, 1867. Sledeći je publikovan u Zagrebu 1889. (preveo ga je Josip Šilović), a najpoznatiji je onaj koji je napravio profesor Antun Cvitanić (Split, 1984.).

Druga napomena koja prethodi uvidu u našu kriminološku literaturu je da ćemo se ovde ograničiti na period posle Drugog svetskog rata i na autore koji su dela objavili na području Republike Srbije. Pri navođenju radova uzet je u obzir prevashodno kriterijum vremena njihovog publikovanja, sa izuzetkom jednog autora čijih nekoliko različitih radova je analizirano, pa su izloženi sukcesivno, ali i tom slučaju je uzeta u obzir hronologija objavljivanja.

Treće, autor ovog pregleda nastojao je da prenese stavove zastupljene u našoj kriminološkoj književnosti što neposrednije, dakle, onako kako su navedeni.

Počecemo izlaganje sa prvom našom knjigom koja nosi naziv *Kriminologija* i predstavlja objavljena predavanja dr Janka Tahovića na Pravnom fakultetu u Beogradu. U celini koja nosi naziv 'Pregled sadržine kriminoloških učenja i kriminoloških škola', autor ukazuje kako je

Bekarija najkrupnija ličnost u XVIII veku u oblasti krivične nauke. Njegove ideje su mnogobrojne i za svoje vreme dosta originalne, a neke i danas zaslužuju pažnju / Tahović, 1946:26/.

Kao takve Tahović navodi to što Beccaria uzroke kriminaliteta traži u celokupnom sklopu društva i nejednakostima u njemu. Mali broj ljudi nastoji da za sebe „rezerviše sve privilegije, moć i blagostanje, a da većini ne ostavi ništa drugo do bedu i nemoć“. /11*/ Neophodno je obezbediti jednakost svih ljudi pred zakonom a Tahović nastavlja izlaganje tvrdnjom da je Beccaria ušao i „u sociologiju pojedinih krivičnih dela ukazujući na pojedine uzroke kriminaliteta.“ Kazna je poslednje sredstvo suzbijanja kriminaliteta kada se pokažu nedovoljnim sve mere za njegovu prevenciju. Protivnik je svirepih kazni i zalaže se za uvođenje lišenja slobode sa prinudnim radom. Takođe, „Bekarija je prvi pisac koji sa ubedljivim argumentima ustaje protiv smrtne kazne, smatrajući je za neku vrstu legalizovanog i nekažnjivog ubistva“ /Tahović, 1946:27/.

Najznačajniji kriminolog na ovim prostorima u XX veku, profesor Milan Milutinović se u svom poznatom udžbeniku *Kriminologija* /12*/ koji je korišćen na najvećem broju univerziteta u ranijoj Jugoslaviji vrlo kratko osvrće na ideje koje zastupa Beccaria u svojim delima:

Beccaria je nastojao da istakne više pojedinca i da ga zaštiti od samovolje društva te se suprotstavlja u izvesnom smislu Rousseau; međutim, i on smatra državu izrazom opšteg interesa, pa je stoga treba braniti od napada pojedinaca. Otuda on izvodi pravo države na kažnjavanje izvršilaca krivičnih dela. Prilikom odmeravanja kazne on traži da se ceni suština krivičnog dela u odnosu na društveni interes. Po njemu je, prema tome, socijalna odbrana razlog kažnjavanja izvršilaca krivičnih dela /Milutinović, 1969:74; isto –:Milutinović, 1990:88/.

Autor *Kriminologije* navodi kako su

po Beccariju (Beccariji –prim. Đ.I.), zakoni sredstvo za sprečavanje ugrožavanja slobode jer kazna treba da se ureže u svest potencijalnog delinkventa i da ga odvraća od

vršenja krivičnih dela. Zbog toga, kazna treba da bude nepromenljiva, tj. nezavisna od individualnih razlika između delinkvenata /Milutinović, 1969:390/.

U šestom izdanju, prof. Milutinović dodaje i prikaz shvatanja karakterističnih za pripadnike Klasične krivično pravne škole /13*/ čiji je Beccaria osnivač. Tumači je kao „novi izraz buržoazije koja se već učvrstila u vodećoj klasnoj i političkoj poziciji ... I ova škola počiva na raznim utilitarističkim, voluntarističkim i sličnim filozofskim i etičkim strujanjima“ ... „Prema shvatanjima ove škole, krivično delo je povreda etičkog reda koji je bog ustanovio. Sam zločin je delo čoveka koji je on sam, slobodnom voljom, odabrao i izvršio ... Kao što vidimo, ova škola je duboko prožeta voluntarističkim koncepcijama po raznim pitanjima krivično pravnog i kriminološkog fenomena“. Kao njena zasluga ističe se „zalaganje da se u zakonima izrično određuju inkriminacije i kazne – *nullum crimen, nulla poena sine lege*“. Sa druge strane zamera joj se da je u takvom pristupu „zaobiđena suštinska, društvena strana problema, bez koje se ne može objašnjavati ni jedna društvena pojava, pa ni kriminalitet“ /Milutinović, 1990:89/.

Očigledno je da izlaganju onoga čime je Beccaria zadužio krivične nauke Milutinović posvećuje vrlo malo prostora, a učenje Klasične škole je predstavljeno dosta šematizovano i sa primesama (tada važeće) ideologije.

Nešto više pažnje doprinosu koji je Beccaria dao krivičnim naukama Milutinović posvećuje u knjizi *Penologija*, čije prvo izdanje je objavio 1977. To čini nekoliko konstatacija poput one da „sistem kažnjavanja u novom veku zadržava karakter represije, ... mada od XVIII veka prodiru novija shvatanja ... U tome pogledu značajna uloga pripada humanističkoj filozofiji i posebno Beccarijevom (?) eseju ‘O krivičnim delima i kaznama’ iz 1764. godine koji se zadugo pripisivao Volteru“. /14*/ Na drugom mestu ukazuje da je ovaj velikan krivične misli smatrao kako

kažnjavanje mora imati zakonsku osnovu, da kazna mora biti srazmerna krivičnom delu i javna, da sudijama treba uskratiti pravo da tumače zakonske norme ... da treba izbegavati grubost i samovolju u kažnjavanju i izvršenju kazni, da treba ograničiti telesne i smrtne kazne, a na kraju se zalaže za ideju o predupređenju krivičnih dela /Milutinović, 1977:25/

Najzad, u *Penologiji* se još ukazuje i kako je „nužno obezbediti da ne umakne ni jedan slučaj izvršenog krivičnog dela, po kome se ne bi postupalo. To je stara ideja koja datira još od Beccaria i Monteskeja“. /15*/

U knjizi *Kriminalna politika* prof. Milutinović daje dosta detaljniji prikaz ideja koje zastupa Beccaria i na početku konstatuje da je objavljivanje njegovog kapitalnog rada /16*/ izazvalo

brojne i vatrene rasprave, koje su se kretale na relaciji njegovih pristalica i protivnika. No, nezavisno od toga, pojava ovog dela predstavlja „značajan“ datum u istoriji kaznenog prava. /17*/

U nastavku izlaganja Milutinović ukazuje na oštru kritiku koju je Beccaria uputio „krivičnom pravosuđu i zakonodavstvu toga doba, koje se zasniva na samovolji, formalizmu i autoritetima ... i razvija humanističke ideje u krivično pravnoj oblasti“. Pre svega zalaže se za princip zakonitosti, „da kazna i represija moraju počivati

na utilitarističkim ciljevima ... Time on zastupa ideju prevencije koju je smatrao za glavni cilj 'dobrog zakonodavstva' – kažnjavati treba da se delo ne bi ponovilo'. Zalaže se za princip jednakosti pri kažnjavanju, da „strogost represije bude adekvatna kulturnom nivou naroda“, da se kazne izriču bez odugovlačenja i da budu srazmerne prirodi i težini krivičnog dela. Dodaje i da se Beccaria zalagao za ukidanje smrtne kazne i zastupao ideju o neophodnosti uvođenja kazne lišenja slobode.

Izlaganje se završava konstatacijom „Ako se imaju u vidu ove misli, prirodno je što je Bekariju (valjda Bekariji –prim. Đ.I.) pripala slava velikog mislioca sa značajnim i krupnim prodorima u krivično pravnu i kriminalno političku literaturu, /18*/ koje prof. Bavcon /19*/ upoređuje sa „revolucionarnim nastupom pozitivista“ /Milutinović, 1984:32/.

Profesor Dragoljub Atanacković u svojoj *Penologiji* za esej *O zločinima i kaznama* prvo konstatuje da je

po obimu skromno i pisano bez nekog naučnog sistema, već više na jedan popularan način ... (kao i da je) Bekarija u svom delu izložio ideje koje su iznosili drugi napredni mislioci tog vremena ... No, Bekarijina zasluga leži u tome što je što je on prvi sve te ideje izložio u jednoj knjizi posvećenoj isključivo krivičnom pravu. /Atanacković, 1988:32/

Ovaj autor zatim navodi da se Bekarija naročito zalagao: – za ukidanje telesnih i smrtnih kazni; – za zamenu srednjevekovnih svirepih kazni lišenjem slobode sa prinudnim radom; – protiv odmazde; – za primenu načela korisnosti pri kažnjavanju; – za neizbežnost kazne umesto njene strogosti; – za jednakost u kažnjavanju umesto dotadašnje staleške nejednakosti. Na kraju, autor ukazuje i da je uticaj Bekarije na reformu krivičnog zakonodavstva bio veliki /Atanacković, 1988:33/.

Autorke dr Vesna Nikolić i dr Slobodanka Konstantinović u *Kriminologiji* (Niš, 1997) navode da je „italijanski pravnik Bekarija pod uticajem ideja Monteskejca i Rusoa i ostalih filozofa XVIII veka izneo veoma napredne ideje i predloge, koji su izazvali vatreno odobravanje, ali i žestoke reakcije. Kritikovao dotadašnji kazneni sistem, napao svirepo primenjivanje kazni ... poveo principijelnu borbu protiv smrtne kazne ... zahtevao strogu primenu načela zakonitosti ..., isticao ideju prevencije“... „U primenjivanju kazni polazio je od principa društvene korisnosti ... Napredne ideje Bekarija (Bekarije) došle su do izražaja u francuskom buržoaskom krivičnom zakonodavstvu /Nikolić V. i Konstantinović S., 1997:207/.

Ostaje neodređeno koje su to napredne ideje i na koji način su realizovane, da li je moguće da su na Beccarijine stavove uticali baš svi filozofi XVIII veka, u čemu se sastojala njegova „principijelna borba protiv smrtne kazne /20*/ i još čitav niz pitanja. /21*/

Docent Pravnog fakulteta dr Ljiljana Radulović 1999. u knjizi *Kriminalna politika – politika suzbijanja kriminaliteta* na nekoliko mesta se bavi nasleđem koje nam je ostavio Beccaria. Ukazujući na osnovne kriminalno političke stavove predstavnika Klasične škole, ona navodi da

i pored toga što su u kazni videli glavno kriminalno političko sredstvo, predstavnici ove škole učinili su mnogo na planu eliminisanja surovih telesnih kazni, ukidanja

smrtne kazne za pojedine delikte, kao i eliminisanju surovih metoda izvršavanja smrtne kazne. Na tom planu veliki značaja ima Bekarija čije delo *O zločinima i kaznama* se smatra /22*/ idejnom platformom klasične škole /Radulović, 1999:65/

Izlažući na drugom mestu, Radulović /1999:67/ ističe da su „mnogi još do Bekarije ustajali protiv torture i smrtne kazne, ali je Bekarija stvorio nov naučni sistem, pokazavši u celini i u sređenom spisu sve nedostatke starog sistema i nacrtavši program reformi. Zato njemu pripada ta zasluga reformatora-pokretača“. /23*/

U knjizi *Kriminologija s penologijom* u delu naslovljenom Osnovni kriminološki pravci, profesor Milo Bošković navodi

Italijanski pravnik Čezare Bekarija u svom delu „O zločinima i kaznama“, radu pre svega penološke prirode, značajno je uticao da se njegove ideje ugrade u Krivični zakon Francuske 1791., Napoleonov Krivični zakon iz 1813. i Bavarski krivični zakon iz 1813., kao i na krivične zakone Srbije i Crne Gore. /24*/ Po njemu zločin je, prvenstveno, izraz loših zakona, a ne posledica vladanja loših ljudi. Stoga zakoni i pravosudni sistem treba da garantuju jednak tretman svih ljudi /Bošković, 2000/.

Toliko se o Beccariji i njegovom delu može naći u ovom udžbeniku namenjenom studentima Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Godine 2002. prof. dr Vladimir Krivokapić objavljuje knjigu *Prevenција kriminaliteta* /25*/ u kojoj u delu 7. Teorije o prevenciji kriminaliteta izlaže o Klasičnim teorijama (7.1.) i navodi da se njihov:

nastanak čak može vezati za konkretnu godinu (1764) i za ime Čezara Bekarije. Klasična škola za svoju perspektivu uzima promene u krivičnom zakonu, koje treba da deluju kao mere zastrašivanja na potencijalne prestupnike. Takvo zastrašivanje prestaje, a ostaje jedna od osnovnih mera preventivnog delovanja na kriminalitet. Razlika između pionirskog pokušaja Bekarije da pronade zakonske moduse u borbi protiv kriminala, i stanja koje je u toj oblasti vladalo pre njega jeste u tome, što je delovanje na kriminal u prethodnom periodu bilo svedeno na anarhično zastrašivanje, totalnu diskvalifikaciju prestupnika i neproporcionalno strože kazne za svaki mogući prekršaj /Krivokapić, 2002:51/.

U kasnijem izlaganju pisac tvrdi da je „klasičan pristup prevenciji kriminaliteta zastrašivanje – kao meru prevencije – zasnovao na dvema pretpostavkama. Prvo na izradi skale proporcionalnosti ... i drugo, na izradi određenih metoda koje bi garantovale da će zastrašivanje biti uspešno izvedeno“. Šteta je što autor nije naveo o kakvim se skalama proporcionalnosti radi, a još manje precizirao na koje metode garantovanja uspešnosti zastrašivanja misli. U svakom slučaju, prof. Krivokapić tvrdi da je, iako neuspešan u sprečavanju kriminaliteta klasičan koncept „predstavljao svojevrsnu revoluciju u vreme kada je nastao“. U čemu se ta revolucionarnost sastoji, nije navedeno. Međutim, ukazano je i na slabosti tog koncepta i kao jedna od osnovnih navodi da se „prestupnik u klasičnoj teoriji vidi kao *homo penalis*, /26*/ t.j. kao racionalni pojedinac koji se ponaša u skladu sa osnovnim pretpostavkama utilitarizma“. Ta pretpostavka je, po Krivokapiću netačna jer „prema istraživanjima, /27*/ kriminalci u najvećem broju slučajeva imaju veoma nizak IQ, te su im i sve ostale kognitivne sposobnosti ispod proseka“. /28*/

U *Penologiji* čije su autorke Slobodanka Konstantinović i Miomira Kostić sa Pravnog fakulteta u Nišu Beccaria se pominje u kontekstu navođenja autora koji su osnov prava na kažnjavanje nalazili u društvenom ugovoru (str. 54) i u sklopu izlaganja o kažnjavanju u novom veku:

Italijanski pravnik Bekarija izneo je 1764. godine stav po kome kažnjavanje učinilaca ima jedini opravdavajući cilj u zaštiti društva putem prevencije kriminala /Konstantinović i Kostić, 2006:90/

Kako se iz navedenog uvida u našu kriminološku literaturu može videti, većina autora koja pišu o idejama koje je u svom delu *O zločinima i kaznama* zastupao Beccaria čine to na rudimentaran način, najčešće svodeći jedno po sadržaju vrlo bogato delo na nekoliko konstatacija, a njegovog autora na osnivača Klasične škole. /29*/ Osim toga, u tekstovima se mogu naći i neke materijalne greške koje se tiču nespornih činjenica. Na neke od njih ukazali smo u napomenama bez želje da autorima na bilo koji način zamerimo. Naravno, ima između prikazivača Beccarijinog 'lika i dela' i neslaganja: da li je delo čiju 250-ogodišnjicu obeležavamo haotično ili sistematično. Da li je plod originalnih ideja svog autora ili ponavljanje tuđih stavova ... i slično. Ako se išta može prigovoriti većini naših autora čiji radovi su navedeni je da, na žalost, nisu pročitali neki od dostupnih prevoda navedene knjige za koju većina tvrdi da je postavila temelje krivičnih nauka. /30*/ To se vidi po ponavljanju istih, ali parafraziranih, ideja preuzetih od jednog od dvojice velikana ovih nauka koji su stvarali na ovim prostorima između dva svetska rata. /31*/ U tom prepričavanju, preuzete su i greške od prethodnika, a u nastojanju da se baš ne prepisu njegovi stavovi mogu se naći i nerazumljivi iskazi koji se protive čak i pravilima logike.

4. O AKTUELNOSTI IDEJA SADRŽANIH U KNJIZI O ZLOČINIMA I KAZNAMA U OVOM VREMENU I NA NAŠEM PROSTORU

Teško bi se moglo očekivati da u vremenu u kome živimo, koje karakterišu eksplozivni razvoj novih tehnologija, univerzalna dostupnost informacija i neprestana potreba za novotarijama koje nameće agresivni marketing, jedno delo napisano pre četvrt milenijuma može imati bilo kakav značaj. Stvoreno u vreme staleških društava, samovolje vladara i dominacije religioznog pogleda na svet, ono bi, po očekivanom toku stvari, trebalo sada da zanima samo istoričare. Jer, kakav bi značaj za ovo vreme kada se sa jezom govori o terorizmu, genocidu, organizovanom zločinu, visokotehnološkom kriminalitetu i sličnim pojavama mogla imati knjiga napisana u doba kada je veleizdaja bila najteži delikt, a u tajnim postupcima inkvizitori lovili jeretike i veštice stavljajući ih na muke da priznaju zlodela koja su „izvršili“ i onda ih prepuštali svetovnim vlastima da ih javno spale? /32*/

U pokušaju da odgovorimo na gore postavljeno pitanje ići ćemo od jednog do drugog ključnog stava iznetog u delu *O zločinima i kaznama* i analizirati koliko su oni primenljivi pre svega u odnosu na stanje kaznene i opšte društvene reakcije na kriminalitet u Srbiji.

4.1. Segment o državi i pravu

■ *sistem podele vlasti*: Beccarijine ideje su aktuelne dok god izvršna vlast nastoji da dominira nad sudskom. A u Srbiji je od oslobođenja do danas ta dominacija ostvarivana različitim sredstvima: od institucije reizbora, reforme pravosuđa kojima je veliki broj nosilaca pravosudnih funkcija razrešen bez valjanog obrazloženja, /33*/ pa preko javnog prozivanja sudova zato što se nekom od nosilaca izvršne vlasti ne dopada sadržaj konkretne presude, do njihovog prozivanja u vlasti odanim medijima iz istog razloga. /34*/

■ *javnost rada državnih organa* u novije doba se smatra jednim od ključnih načela na kojima počiva pravna država (vladavina prava). Međutim, to načelo ima i danas brojne izuzetke koji se ne mogu pravdati samo zaštitom unutrašnje i spoljne bezbednosti. /35*/

■ *primenljivost zakona*: moderni krivični zakonodavci zanemaruju Beccarijinu ideju da ništa toliko ne ruši autoritet pravnog sistema kao neprimenjivanje zakona. Dela čije vršenje ne možemo sankcionisati bolje je ne predviđati u kaznenom sistemu nego ih držati u njemu. Uzećemo primer iz prekršajnog prava: građani Srbije svakodnevno su svedoci da većina vozača motornih vozila (uključujući i one koji upravljaju autobusima) tokom vožnje koriste mobilni telefon što je predviđeno kao kažnjivo delo. Sa druge strane, broj onih koji su za to sankcionisani je zanemariv. Dakle, to što je zakonodavcu mirna savest jer je predvideo kažnjavanje za zaista štetno ponašanje u saobraćaju niti rešava problem niti doprinosi vladavini prava jer očigledno pokazuje da se zakon može kršiti nekažnjeno;

■ *zakon i moral*: krivične norme ne donose se za neke apstraktne ljude, nego za građane koji žive na datoj teritoriji. Otuda moraju uzeti u obzir moralne norme koje važe u toj sredini. Pokušaji zakonodavca da normama krivičnog prava izmene svest građana završavaju se po pravilu neuspehom;

■ *hitnost u donošenju zakona*: grozničava zakonodavna aktivnost koja se pravda „evroatlantskim integracijama“ nezabeležena je u našoj pravnoj istoriji. /36*/ U periodu posle 2000. zakonodavna aktivnost u krivičnoj materiji dostigla je toliku dinamiku da se čini kako su parlamentu uzor udarnici koji su pedesetih godina prošlog veka slavljani u medijima zbog prebacivanja normi u proizvodnji. Krivični zakonik (KZ) se menja svakih nekoliko meseci, ni profesorima krivičnog postupka nije poslednjih godina povremeno bilo jasno koji od više tekstova Zakonika o krivičnom postupku (ZKP) važi, zakoni kojima se nastoji kontrolisati organizovana kriminalna delatnost („organizovani kriminal“ – izraz preuzet iz novina) menjani su nekoliko puta godišnje ... /37*/

■ *„panično krivično zakonodavstvo“*: radi se o izrazu koji je pisac ovog rada upotrebio da označi donošenje zakona iz ove oblasti u stanju straha o kojem govori Beccaria. Taj strah je posledica ili šokantnih događaja (kakav je bilo ubistvo premijera) ili zloupotrebe bezbednosnih službi koje su, kasnije se pokazalo, manipulisle nejčešće neistinitim informacijama o tome kako je život nekih od nosilaca javnih funkcija ugrožen. To je dovelo do mode da ovi u javnosti koriste svaku priliku sa se pohvale kako su na meti „lica iz kriminogene sredine“, /38*/ ne shvatajući koliko time – i inače zaplašanim građanima – šalju lošu poruku u kakvom društvu žive.

Tim strahom mogu se objasniti usvajanje zakona iz krivične materije koji umesto odredbe o vrsti i visini kazne sadrže samo konstataciju „kazniće se“ (dakle, bilo kom u KZ predviđenom kaznom) i još čitav niz stvari kojima se nijedan pravni sistem ne može podičiti. /39*/

■ *motivi vršenja krivičnih dela* moraju biti uzeti u obzir pri izboru vrste i visine kazne. Ovo pravilo naše krivično zakonodavstvo i pravosudna praksa ne uzimaju u obzir dovoljno kada u toj meri zanemaruju primenu novčanih kazni koje su mnogo logičniji način sankcionisanja većine imovinskih krivičnih dela koja (u celom svetu) dominiraju u strukturi registrovanog kriminaliteta. Zahvaljujući takvom opredeljenju, kazna zatvora ostaje dominantna krivična sankcija u našem kaznenom sistemu;

■ *potreba moćnih da svoje interese zaštite* stvarajući privid da to čine u korist svih. Jedan od kriterijuma za to koja socijalna grupa poseduje istinsku moć u društvu je i to da li je u stanju da nametne ostatku društva svoje viđenje o tome šta i kako sankcionisati u kaznenom pravu. Beccaria je u tome potpuno u pravu i od njegovog vremena do danas to se nije značajnije promenilo. /40*/

4.2. O materijalnom i procesnom krivičnom pravu

■ *načelo zakonitosti u određivanju krivičnih dela i sankcija* poštuje se u našem krivičnom pravu iako u slučaju teških krivičnih dela često postoji pritisak da se primeni načelo koje je inaugurisao jedan američki sudija govoreći 1940. o tome kako će se kažnjavati ratni zločini nacista. On je tada formulisao načelo: *de maxima non curat lex* – za najteže zločine nije potrebno da unapred budu predviđeni u zakonu, koje je kasnije usvojeno na suđenju u Nirnbergu /Ignjatović, 2001/. Takođe, primetno je da se kod propisivanja mera bezbednosti (i alternativnih sankcija) načelo zakonitosti tumači dosta široko /Ristivojević, 2012:46/. Dok god postoje takve tendencije, Beccarijino delo će biti aktuelno. Sa druge strane, sistem apsolutno određenih kazni za koji se on zalaže danas je neodrživ jer negira drugo osnovno načelo modernog krivičnog prava – individualizaciju;

■ možda najveće nedoumice izaziva utilitarističko gledište o *srazmernosti dela i kazne* kod koga Beccaria polazi od ideje da učinilac prethodno dobro izvađa razloge za i protiv izvršenja dela i odustaje kada mu se „delo ne isplati“ (samo tada ga predstava o kazni može odvratiti od vršenja dela). /41*/ U literaturi, naročito nemačkoj dosta je kritikovana ovakva argumentacija, naročito zbog toga što podrazumeva da se svi učinioци krivičnih dela ponašaju kao racionalna bića (*homo economicus*) /Stojanović, 2011:19/. Ovakva kritika ima osnova jer kod jednog broja zločina (iz nehata, na mah, usled jake razdraženosti ...) učinilac ne odlučuje na osnovi bilo kakvog proračuna. Kod imovinskih krivičnih dela, kako je već pomenuto, mere koje podrazumevaju oduzimanje nelegalno stečene imovine mnogo su plodotvornije od primene samo kazne zatvora. Ovo se naročito odnosi na organizovani kriminalitet, zbog čega su Evropska unija i mnoge države donele posebna pravila o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela /-v. Lukić, 2014/.

■ iz shvatanja *nužnosti kazne* koje zastupa Beccaria danas je izgrađen princip *ultima ratio societas* odn. da je kažnjavanje poslednje sredstvo reagovanja društva na kriminalnu aktivnost (da se takvo delo ne može na drugi način otkloniti iz društva).

Ovaj princip danas ugrožava koncepcija „krivično pravnog ekspanzionizma“ /-v. Soković, 2011:217/;

■ neosporno je zalaganje ovog autora da *kazne treba da budu bezizuzetno primenjene* (odraz načela jednakosti pred zakonom), *hitne i javno izrečene i da imaju lični karakter*. Od svih ovih zahteva, čini se da jedan zaslužuje poseban komentar kada se radi o Srbiji. To je onaj da pravda bude brza: ne ulazeći u razloge, čija eksplikacija se ne može ni započeti u radu ovakvog obima, nesporno je da krivični postupci u Srbiji traju predugo, /42*/ čime ne samo da se krši pravo osuđenog da mu se sudi u razumnom roku, nego se urušava i ideja pravde koja podrazumeva da kazna neposredno sledi zločinu;

■ problem *smrtne kazne* rešen je u našoj zemlji u dve etape: u prvoj je 1992. ukinuta u (tadašnjem) saveznom, a 2002. u republičkom krivičnom zakonodavstvu. Budući da je to bio uslov za pristupanje Savetu Evrope, ta stvar je rešena bez mnogo ubeđivanja, referendumskog izjašnjanja i sličnih procedura. Otuda povremene inicijative da se ona vrati u naše krivično zakonodavstvo treba shvatiti kao izliv emocija javnosti povodom teških zločina i pokušaja da se glasačima podiđe populističkim parolama. /43*/

■ *telesne kazne* u međuvremenu su napuštene, kao i konfiskacija i kazne sramoćenja. Kada se radi o novčanoj kazni, koliko je Beccaria bio u pravu kada je govorio o opasnosti da se ona pretvori u sredstvo koje bogatima omogućava da se ponašaju bahato vidi se na primeru ukidanja krivičnog dela klevete, posebno onog njenog oblika učinjenog putem medija. /44*/

■ kada se radi o *političkim krivičnim delima*, Beccarijina ideja da ih treba svesti samo na one oblike koji podrazumevaju upotrebu nasilja usvojena je 1992. prilikom izmena (tadašnjeg) federalnog krivičnog zakonodavstva. Međutim, dok se god tužilaštvo u pretkrivičnom postupku bude angažovalo na preduzimanju radnji protiv lica koja javno iznose podatke različite od zvanično objavljenih, trebalo bi da u svakoj od prostorija ovog segmenta pravosudnog aparata stoji knjiga *O zločinima i kaznama*. Da bi se tužioci podsetili šta su i kakva tretman zaslužuju tzv. „delikti mišljenja“. /45*/

■ *kažnjavanje za napuštanje sopstvene zemlje* ostalo je u našem krivičnom pravu u vidu neovlašćenog prelaza državne granice, ali samo u slučaju da je delo izvršeno od strane naoružanog lica ili uz upotrebu nasilja. S tim u vezi povremeno se u javnosti pojave inicijative da se domaći državljani koji učestvuju u ratnim konfliktima u drugim zemljama (obično za novac, kao plaćenici) zbog toga krivično gone. Bilo bi dobro da predlagači istovremeno ukažu na pravni osnov za kažnjavanje takvih lica. /46*/ Pričati o potrebi da krivično zakonodavstvo, pored tolikog broja postojećih inkriminacija treba da se bavi i time što pojedinci na sopstvenu inicijativu odlaze na ratišta deluje kao još jedan pokušaj laika da „poboljšaju“ ovu granu prava. Takvi pokušaji završavaju se, po pravilu, neslavno. Ponekad se čini kao da ništa nismo naučili iz istorije. /47*/ Najzad, treba sa ovim u vezi napomenuti još nešto: neosporno je da će se našem državljaninu koji u inostranstvu izvrši neki zločin (u bilo kom slučaju – dakle i kao pripadnik stranih oružanih snaga – i prema ma kom oštećenom), ako ne bude uspostavljena nadležnost suda neke druge države, za to delo suditi u Srbiji.

■ *zastarelost*: pod uticajem ideja koje je milanski markiz izložio u svom čuvenom delu posle strahota Drugog svetskog rata usvojen je princip nezastarevanja najtežih krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava. S druge strane, to što se – vođen principom zaštite pravne sigurnosti – zalagao da kod lakših dela rok zastarelosti ne bude predug, pokazuje da je uvažavao i taj pravni princip;

■ Beccarijino zalaganje za ukidanje *pomilovanja* nije u kasnijem razvoju krivičnog prava naišlo na razumevanje kako iz kriminalno političkih, tako i iz razloga pravičnosti. Ma koliko bio u pravu da je u njegovo vreme arbitrarno ukidanje sudske odluke od strane suverena često bilo izigravanja pravde, moderne države ne mogu se odreći tog sredstva, naravno kao izuzetne mere. /48*/

U domenu krivičnog postupka, trebalo bi istaći sledeće napomene:

■ kod *prитvora*, ostali su prigovori da su i danas uslovi u kojima žive pritvorena lica gori od onih koje imaju oni čija krivica je dokazana. Dalje, i naš ZKP određuje razloge za pritvor preširoko, naročito u pogledu činioca koji se odnosi na „uznemiravanje javnosti“. /49*/

■ ideja o *porotnom suđenju* poslednjih decenija sve više se u modernim kaznenim postupcima, sa obrazloženjem da ih treba ubrzati, povlači pred širenjem kruga slučajeva u kojima dela sudija pojedinac;

■ dok je *javnost postupka* (sem u izuzetno retkim i opravdanim slučajevima) danas obezbeđena, uloga sudije koga je Beccaria video kao računovođu je zastranjivanje koje je bilo osuđeno na neuspeh;

■ u oblasti *dokazivanja* u životu su se više puta obistinile njegove reči da je često najteže dokazati očigledne zločine – ne samo u drugim zemljama, nego i u našoj pravosudnoj praksi, događalo se da takva dela nisu pred sudom mogla biti dokazana. Razlog je bio jednostavan: šezdesetih i sedamdesetih godina prošlog veka policija (koja je u to doba vodila istragu) se, naime, zadovoljavala priznanjem osumnjičenog i propuštala je da ga potkrepi materijalnim dokazima o izvršenom delu. Onda je optuženi na sudu negirao priznanje koje je (navodno ili stvarno) dao pod prinudom – i sistem krivične pravde se u više slučajeva našao na mukama;

■ pomenuto je da Beccaria veruje da je cilj krivičnog postupka *utvrđivanje materijalne istine*. To je normalno ne samo iz načelnih razloga (u suprotnom se ne bi radilo o mehanizmu krivične pravde), nego i zbog prirode krivičnog postupka koji se vodi u javnom interesu. Ovo pitanje aktuelizovano je kod nas posebno posle donošenja (najnovijeg) ZKP u kome je izostavljena odredba da je cilj vođenja postupka utvrđivanje istine, što je u literaturi izazvalo broja sporenja o osnovanosti i konsekvencama takvog rešenja;

■ jedna od najvažnijih tekovina razvoja savremenog krivičnog postupka je usvajanje odredaba konvencija o ljudskim pravima koje predviđaju *zabranu samookrivljavanja*. /50*/ Tome je svakako doprinela i lucidna analiza osnivača krivičnih nauka;

■ bilo bi dobro kada bi pitanje *torture* danas bilo skinuto sa dnevnog reda. Uostalom, skoro sva zakonodavstva takvo ponašanje službenih lica proglašavaju za krivično delo. Problem je u tome što i dalje (i ne samo u izuzetnim slučajevima) dolazi

do zlostavljanja pojedinaca od strane lica koja su deo pravosudnog sistema. Dilema – da li podvrći torturi uhapšenog ako zahvaljujući njegovom iskazu možemo doći do podataka koji će spasiti živote talaca, nedužnih ljudi koje su potencijalne žrtve terorističkog napada i sl. /51*/ nije samo tema za razmatranja etičara, nego i pitanje na koje praktičari imaju jednostavan odgovor – da. Upravo iz tog razloga nije dovoljno samo potpisati deklaracije i uneti inkriminacije u pozitivno pravni sistem. Zato postoje Komitet UN protiv torture, kao i Nacionalni mehanizam za prevenciju torture. /52*/ I zato će se, dok god neko smatra da mu položaj koji zauzima daje pravo da na ovaj način zloupotrebljava ovlašćenja koja ima radi zaštite društva od kriminaliteta, a ne da bi delio svoju pravdu – knjiga *O zločinima i kaznama* biti aktuelna. /53*/

5. KAKO SE SUPROTSTAVITI KRIMINALITETU

Beccaria nije prvi koji se zalagao za prevenciju, ali je originalan njegov spoj činilaca koje danas označavamo sa mehanizmi formalne kontrole kriminaliteta i one vanpravne. Kada se radi o prvim, tu misli pre svega na „dobre zakone“ i na pravi način određenu zonu kažnjivosti. /54*/ Ali istovremeno s puno osnova ukazuje da krivični zakoni ne mogu sami rešiti problem kriminaliteta. Tu činjenicu često zaboravljaju pravnici verujući da će samo izmenama u krivičnom zakonodavstvu svesti kriminalitet na razmere koje se mogu tolerisati.

Činjenica je da je broj vanpravnih faktora za koje je verovao da mogu smanjiti broj zločina relativno mali (samo tri) i nedovoljan, /55*/ ali je istina i da su dobro odabrani. Neslobodan čovek ne može poštovati društvene norme, kao ni neobrazovan i nevaspitan. Nešto od toga može se pokazati na primeru poslednjih decenija u Srbiji. Opšti pad društvenog morala, egoizam i primitivizam čiji smo svedoci može se dovesti u vezu i sa ruinanjem obrazovnog sistema iz koga je pobegao najveći broj sposobnih nastavnika i profesora. Porodica je, u očajničkom nastojanju roditelja da obezbede sredstva za život, izgubila vaspitnu funkciju. Sa veličanjem nerada i lagodnog života i provalom nasilja u medijima stasavaju generacije koje u nekoliko nedelja na televiziji videle više ubistava nego najprekaljeniji ratnici u celom svom životu. Gro tih generacija „leči“ dosadu alkoholom i traženjem sličnih senzacija. Beograd je postao grad u kome mladi više žive noću nego danju. Sa svim, čak i tragičnim posledicama takvog ponašanja. Kada bismo im skrenuli pažnju na štetnost takvog načina života, pitali bi nas – a šta drugo da rade kada je najveći deo pripadnika njihovih generacija nezaposlen. A to znači da nema sopstvena sredstva za život, da zavise od drugih i da su – neslobodni. Sloboda daje mogućnost izbora, a oni je nemaju.

6. ZAKLJUČAK

Posle kratkog podsećanja na osnovne ideje koje u knjizi *O zločinima i kaznama* zastupa Cesare Beccaria, osvrnuli smo se na način kako su one prikazane u našoj kriminološkoj literaturi posle Drugog svetskog rata. Sa žaljenjem je konstatovano

da se, uz nekoliko izuzetaka, radi o opštim konstatacijama preuzetim iz predratne književnosti bez želje pisaca da konsultuju bar dostupne prevode ovog po obimu nevelikog dela na južnoslovenske jezike.

Zatim je analizirano koliko su ideje sadržane u navedenoj knjizi, čijih 250 godina obeležavamo na ovaj način, aktuelne danas u Srbiji. Većina ideje o državi i izgradnji „dobrog zakonodavstva“ pokazale su se takvim, kao i one o materijalnom i procesnom krivičnom pravi i o kontroli kriminaliteta.

U tom smislu, ovaj autor ostaje i posle više od dve decenije /-v. Ignjatović, 1990:381/ pri konstataciji da je knjiga *O zločinima i kaznama* do sada najznačajnije i najuticajnije delo iz krivičnih nauka. U njoj izložen sistem kaznene reakcije koji počiva na idejama zakonitosti, prevenciji i poštovanju dostojanstva čoveka i njegovih osnovnih prava. On u međuvremenu u najvećem delu nije izgubio od svoje aktuelnosti. I tako će biti sve dok bude pokušaja da se kazneni sistem iskoristi kao sredstvo za zaštitu partikularnih interesa, za otelotvorenje ma kog oblika fanatizma i tiranije, zaštite ideoloških stavova i dogmi. A to, na žalost znači još dugo.

NAPOMENE

- 01*/ Detaljnije o uticaju koji je delo doživelo u svetu –v. Ignjatović /1988/. Taj rad napisan je povodom 250 godina od rođenja Beccarie.
- 02*/ Nije slučajno to što godišnja nagrada koju („za životno delo“) dodeljuje nemačko Udruženje za krivično pravo nosi upravo ime ovog velikana. U Nemačkoj je, naime, nepojmljivo da profesori univerziteta komentarišu dnevne novinske napise o krivičnim delima koja izazivaju pažnju javnosti.
- 03*/ Jedan od razloga zašto je ovo delo bilo dočekano sa toliko ostrašćenih napada je svest svetovne i crkvene aristokratije da ova ideja (uz još nekoliko drugih) predstavlja udar na osnove feudalnog staleškog sistema u kome vrsta i oštrina kazne zavise od porekla učinioca i žrtve.
- 04*/ Radi se o modelu apsolutno određenih kazni koji je primenjen u Krivičnom zakoniku Francuske 1791. ali je napušten u Code penal-u donetom 1810. jer negira potrebu prilagođavanja kazne konkretnim okolnostima dela i karakteristikama učinioca (negira načelo individualizacije) –v. Bettiol /1969:702/.
- 05*/ Jeremy Bentham (koji je sebe smatrao „duhovnim sledbenikom Beccarie“) stvorio je na tom osnovu poznatu utilitarističku koncepciju o „hedonističkom proračunu“ (*hedonistic calculus*) kao kriterijum dokle oštrina kažnjavanja treba da ide /Bentam, 2009:160/, a kasnije ekonomisti razrađuju tu koncepciju koristeći model ekonomske analize /Begović, 2010/.
- 06*/ Ne samo u našoj, nego i u svetskoj kriminološkoj literaturi (čak i u knjigama koje se, inače vrlo kompetentno, bave upravo ovom problematikom (–v. Janković /1985:15/) se obično zanemaruje da Beccaria nije pristalica apsolutne zabrane kapitalne kazne.
- 07*/ Ovde se vidi uticaj koji je na autora izvršio Montesquieu koji je još 1748. u svojoj poznatoj knjizi *O duhu zakona* navodio: „naši očevi Germani dozvoljavali su samo novčane kazne. Ti ratoborni i slobodni ljudi smatrali su da svoju krv mogu da proliju samo sa oružjem u rukama. Japanci, naprotiv, takve kazne odbacuju sa izgovorom da bi na taj način bogataši izvrđavali kažnjavanje“ /Monteskje, t. I, 1989:107/.
- 08*/ Beccaria se ovde ugleda na Montesquieu-a i njegova *Persijska pisma* (objavljena prvi put 1721). Ovaj veliki francuski mislilac u pismu CII sa ironijom i na sledeći način govori o pravu vladara da arbitrarno oslobodi i najtežeg prestupnika: „dovoljno je da nekog čoveka posluži sreća da ugleda uzvišeno lice vladara, pa da više ne bude nedostojan života“ /Monteskje, 2004:184/.
- 09*/ Danas taj proces nazivamo inkriminalizacija i on dovodi do istovremenog opadanja efikasnosti kaznene reakcije (hiperinkriminalizacija) –v. Ignjatović /2011:142

- 10*/ Njegova konstatacija „na šta bismo se sveli ako bi nam se zabranilo sve ono što nas može navesti na zločin?“ potvrdila se kasnije u svim onim slučajevima kada društvo nije poseglo za merama koje bi suzbile kriminalitet ako bi na takav način bili ugroženi neki drugi mehanizmi čija je zaštita od većeg značaja (odvijanje privrednog života, transporta i sl.).
- 11*/ Treba primetiti da se ovaj skoro klasni pristup delu koji ukazuje Tahović dijametralno razlikuje od komentara tadašnjih sovjetskih autora po kojima je Beccaria bio zastupnik „buržoaskog legalizma“ /o tim stavovima –v. Решетников, 1987:110/. Slična gledišta imali su i mnogi pisci kasnije „kritičke kriminologije“ koji sa svojih marksističkih pozicija tvrde da zalaganje Beccarie za zakonitost i potrebu da se društvo u celini zaštiti od zločina podrazumeva očuvanje onoga do čega je stalo buržoaziji /Tylor et al., 1973/.
- 12*/ U ovom radu korišćena su dva izdanja ovog dela: prvo, iz 1969. i šesto iz 1990. jer se ovaj deo teksta menjao u međuvremenu. Literatura koja se citira ostala je, međutim, ista (rad Verattia *Sociologija i kriminalna politika* iz 1961. godine).
- 13*/ On ovu školu ne svrstava u kriminološke, već u krivično pravne jer nastanak kriminologije vezuje za učenje italijanskog pozitivizma čiji rodonačelnik je još jedan Italijan i Beccarijin imenjak – Cesare Lombroso (1835–1909).
- 14*/ Ostavimo po strani to što je ovde promenjen naziv knjige, kao i činjenicu da je lektor morao da interveniše jer se u istoj rečenici ime jednog velikog mislioca piše u originalu (Beccaria) a drugog transkribovano (Volter – umesto Voltaire); zadržimo se na konstataciji kako se dugo verovalo da je pisac čuvenog eseja Francuz, a ne Italijan. Šteta je što prof. Milutinović nije naveo gde je u izvorima naišao na ovu tvrdnju, budući da je u literaturi jedno vreme bilo dosta zastupljeno verovanje da je stvarni autor eseja neki od braće Verri. Jedan od njih (Allesandro, ogorčen time što Beccria u Parizu u trenucima trijumfa nije ni pomenuo njihov doprinos nastanku eseja i značaj odgovora na optužbe Katoličke crkve kojim su odbranili delo) decembra 1766. u pismu ocu govori upravo o tome –v. Carnazzi /1981:30/. Koliki je doprinos navedene braće nastanku knjige vidi se i iz predgovora jednom od italijanskih izdanja knjige koje je objavljeno 1833. u Livornu /vari ed., 1833:5/.
- 15*/ Ovde se poziva na rad nemačkog autora Paula Pollitza (*Strafe und Verbrechen*) iz 1910. koji navodi i u popisu literature na kraju knjige. Međutim, izvesnu zabunu stvara činjenica da pri prvom njenom citiranju u tekstu stoji da je objavljena 30 godina kasnije (1940).
- 16*/ Pogrešno je naveden njegov naslov (*Trattato dei delitti e delle pene*), kao i mesto izdanja (Milano) –v. /Milutinović, 1984:31/.
- 17*/ Teško je poverovati da navodnici ovde imaju značenje ironičnog distanciranja od izrečene konstatacije. Pre će se, kao i u prethodnom slučaju, raditi o omašci onih koji su pripremali tekst za štampu.
- 18*/ Pitanje za lektora ove knjige: kako to da se „krivičnopravni“ piše zajedno, a „kriminalno politički“ odvojeno?
- 19*/ U pitanju je poznati rad nastao iz doktorske disertacije ljubljanskog profesora Ljube Bavconca *Kriminalna politika in njene tendence v socijalistični družbi* (Ljubljana, 1958).
- 20*/ Promišljena i svestrana kritika postojanja smrtne kazne koju daje Beccaria svodi se po autorkama na konstataciju da je ona „nelogična, jer država primenjuje ubistvo radi kažnjavanja za ubistvo“.
- 21*/ U trećem izdanju ove knjige objavljenom u Nišu 2009. u kome se kao koautorka pojavljuje i dr Miomira Kostić na stranicama 266–267 nalazi se potpuno isti tekst kao u njenom prethodno navedenom izdanju.
- 22*/ Ovde se autorka poziva na delo Franje Bačića (*Krivično pravo – Opći dio*) objavljeno u Zagrebu 1978.
- 23*/ Ocena je preuzeta iz jednog starijeg dela iz naše krivične literature – rada Mihajla Čubinskog (*Opšte karakteristike novih škola u krivičnom pravu*) publikovanog u Beogradu 1925. Treba naglasiti da su u jednom drugom radu (*Kriminalna politika*, Beograd, 1937.) ovog izbeglice iz Sovjetskog saveza u našoj literaturi između dva svetska rata ideje Beccarie najpotpunije obrađene. Istina, u toj knjizi ima i grešaka (kakva je ona koja prvo izdanje eseja *O zločinima i kaznama* locira u Milano, umesto u Livorno /Čubinski, 1937:72/) koje su – kako to često biva – kasnije preuzeli i neki drugi naši autori.
- 24*/ Nije baš najjasnije kako je Beccaria uspeo da u jednom svom delu utiče da se njegove ideje ugrade u krivične zakone nekoliko zemalja, a još je manje shvatljivo šta u tom društvu traže Srbija i Crna

- Gora koje u vremenu o kome se govori (početak XIX veka) nisu ni bile formirane kao države, pa nisu ni mogle imati svoje krivične zakone
- 25*/ Interesantno je da je na naslovnoj strani ove knjige reprodukovana gravura sa likom Cesare Beccarie.
- 26*/ Šteta je što autor nije naveo od koga je preuzeo ovu kategoriju „kaznenog čoveka“ i povezo je sa Klasičnom školom jer se u literaturi u tom kontekstu mogu naći izrazi kao „*homo criminalis*“ (-v. Bierne /1993/). Naprotiv, izraz „*homo penalis*“ vezuje se za nastanak antropološke škole i njenog osnivača Cesare Lombrosa /Horn, 1995:110/.
- 27*/ Opet se navodi o kojim se istraživanjima radi. U svakom slučaju, moderna kriminološka nauka ne deli mišljenje ovog autora o dominaciji neinteligentnih lica u populaciji učinilaca krivičnih dela.
- 28*/ Kuriozitet je da za autora jedne kasnije istoimene knjige koju je takođe objavila Policijska akademija u Beogradu /Vuković, 2010/ u izlaganju o prevenciji kriminaliteta, a posebno o njenim principima (legaliteta, humanosti i dr.) Beccaria uopšte ne postoji.
- 29*/ U tom pogledu stanje u našoj literaturi podseća na ono u američkoj u kojoj, kako kaže jedan autor, i pored brojnih dela koja o tome govore, za studente ideje Beccarie ostaju velika nepoznanica /Mueller, 1990:100/.
- 30*/ Uz napred navedene, bio im je dostupan i prevod njenog najvećeg dela u knjizi *Teorije u kriminologiji* /Ignjatović, 2009:151–158/ (u stvari, taj prevod je objavljen još 1997. u prvom izdanju knjige *Kriminološko nasleđe* istog autora).
- 31*/ Misli se na već pomenutog profesora Mihajla Čubinskog. Interesantno je da se drugi autor, profesor Toma Živanović nije posebno zanimao za ideje osnivača modernih krivičnih nauka. Smatrao ga je, posle Fierbaha najznačajnijim piscem XVIII veka /Živanović, 1941:31/ koji je „imao politički cilj revandikacije prirodnih prava čovekovih“ i kao doprinos ovog autora i škole koju je Beccaria zasnovao isticao tvrdnju /Živanović, 1941:19/ „da se može kazniti čovek (ne životinje)“. (!?) Razlog ovakvog nipodaštavanja ove škole leži u činjenici da je Živanović smatrao kako tek sa tripartitnim sistemom krivičnog prava (koji smatrao svojim izumom) ova nauka zaokružuje svoj predmet. A osnovu za izdvajanje krivca kao trećeg stuba krivičnog prava dali su pozitivisti, a ne Klasična škola.
- 32*/ Sve to i ime „hrišćanske ljubavi“ –v. o tome izvanrednu knjigu prof. Vladimira Bayera /1969/.
- 33*/ Kasnije se otkrilo da su osnov za razrešenje u pojedinim slučajevima bile poverljive ocene pripadnika tajne službe o tome kakve su lične sklonosti sudija i tužioca.
- 34*/ U Srbiji je moguće nešto što je nezamislivo u drugim državama Evrope kojoj težimo: da šef države obeća rođacima žrtve da će učinioci biti najstrožije kažnjeni ili da ministri javno napadnu na pravosuđe jer im se presuda u konkretnom slučaju ne sviđa. Pokušaj da se u ovoj oblasti nešto učini izvršen je 2009. uvođenjem krivičnog dela *nedozvoljeno komentarisanje sudskih postupaka* (čl. 336a KZ), ali je ono ubrzo (2012) brisano što se objašnjava time što sa kriminalno političkog aspekta „nije imalo opravdanje“ /Delić, 2014:150/. Kako se na nezavisnost u vršenju sudske funkcije gleda drugde govori nam engleski primer od pre nekoliko nedelja: sudija je od premijera javno zatražio da mu se ne meša u posao i to samo zato što je izjavio da ne veruje da je jedan od njegovih saradnika izvršio delo za koje je optužen.
- 35*/ Da apsurd bude veći, ovo načelo najviše se krši upravo tamo gde se u njega zaklinju. Kao deo propagandne kampanje posle Oktobarske revolucije, Lenjin je proklamovao da „nova vlast više neće imati tajni pred narodom“, objavljujući tajne ugovore Carske Rusije iz doba Velikog rata. Već njegov naslednik sklopio je 1939. sa nacističkom Nemačkom pakt o nenapadanju čije tajne klauzule su šokirale čitav demokratski svet. O američkim tajnim (e. *undercover*) operacijama širom sveta, ali i o takvim aktivnostima državnih organa na tlu SAD mogla bi se napisati čitava biblioteka.
- 36*/ Čini se da je kriterijum uspešnosti vlasti postalo to koliko je za godinu dana novih zakona doneto, a ne koliko oni odgovaraju uslovima na koje bi trebalo da budu primenjeni. Nešto od toga kako izgleda zakonodavna procedura i kako se radi čak i na najvažnijem propisu iz krivične materije (Krivičnom zakoniku) vidi se iz priloga najkompetentijeg autora u toj oblasti objavljenog u okviru zajedničkog projekta za pravosudnu reformu Kanada – Srbija /Stojanović, 2009:64/
- 37*/ Istini za volju, u dve susedne države koje su po hitnom postupku – iz geostrategijskih razloga – primljene u EU bilo je i gorih stvari: njihovi parlamenti su u žurbi čak usvajali i propise na

- engleskom jeziku jer stručne službe nisu imale vremena da prevedu na maternje jezike ono što su iz Brisela dobili kao tekst zakona. Ako je u njihovom slučaju žurba bila opravdana, postavljaju se pitanje otkuda ona ovde kada je jasno da u Uniji prevladava stav da uskoro neće biti novih proširenja.
- 38* Nerazlikovanje izraza „kriminalni“ i „kriminogeni“ (kao u medicini – „kancer“ i „kancerogeni“) pokazuje ne samo da sastavljači saopštenja za javnost nemaju elementarna znanja iz krivičnih nauka, nego i da im je strana elementarna logika: svaka sredina je potencijalno kriminogena (može stvoriti uslove da neko izvrši zločin), a samo neke su kriminalne.
- 39*/ Poput rušenja ugostiteljskih objekata sa obrazloženjem da se to čini „zato što se u njima okupljaju kriminalci“; ili hapšenje ljudi i određivanje pritvora zbog toga što se na fotografiji sa nekog slavlja nalaze pored lica „od ranije poznatih policiji“.
- 40*/ Navešemo noviji primer: u jednom od brojnih noveliranja Krivičnog zakonika bankari su (preciznije jedan njihov deo koji sebe naziva „kartičari“) uspeali da bez ikakve potrebe povećaju broj inkriminacija u Zakoniku unošenjem dela koje se sastoji u zloupotrebi platne odn. kreditne kartice. Uzalud im je objašnjavano da se radi o samo jednom od oblika tradicionalnog krivičnog dela prevara (na šta bi ličio KZ kada bi se prevara u svakom od oblika ispoljavanja predviđala kao posebno krivično delo?). Oni su insistirali da time nisu dovoljno zaštićeni i uspeali su u svom naumu.
- 41*/ Zato Beccaria traži da težina kazne u zakonu bude unapred fiksirana jer je jasno da samo u tom slučaju ona može delovati odvraćajuće; nasuprot tome, kada su kazneni rasponi široki (na primer od tri meseca do pet godina), zaprečena kazna neće imati takav efekat.
- 42*/ To se vidi iz podataka koje objavljuje Republički zavod za statistiku: u 2012. godini, kod punoletnih lica (Bilten br. 576) procenat onih čiji postupak je (od prijave dela do odluke) trajao preko godinu dana iznosio je 34%, a kada se uzmu u obzir i lica prema kojima je postupak trajao preko šest meseci, takvih lica je oko dve trećine. Nešto bolja je situacija kod maloletnih učinilaca čija šestina je na odluku čekala duže od godina dana, a zajedno sa onima kod kojih je postupak trajao duže od šest meseci, čine oko trećine (tačno 34.8%) maloletnih učinilaca krivičnih dela koji su poznati organima gonjenja (Bilten br. 577).
- 43*/ Zašto te 2002. godine umesto smrtne kazne nije, za najteže oblike teških krivičnih dela, uveden doživotni zatvor (kao što je to urađeno u većini drugih zemalja koje su usvojile abolicionističko stanovište) nije jasno. Beccaria je sa pravom ukazivao da ukidanje smrtne kazne dovodi do dileme kojom je kaznom zameniti i čak naglašavao da će – ako adekvatna zamena ne bude nađena doći do neopravdanog povlađivanja kriminalcima.
- 44*/ Strani konsultanti su nam preporučivali da taj korak preduzmemo u cilju širenja slobode štampe i ukazivali da se oklevetani može uvek obratiti parničnom sudu za naknadu štete. Pri tom nisu rekli da takve eksperimente ne smeju predložiti u zemljama iz kojih dolaze, u kojima je pravosuđe mnogo efikasnije od našeg. Kao jedna o posledica takvog rešenja, medijski prostor Srbije ponajviše liči na džunglu u kojoj svako može javno da okleveta bilo koga. Najviše što rizikuju oni koji to čine je da plate skroman novčani iznos koji sudovi presuđuju u takvim slučajevima. Mediji, naravno podržavaju ovakvo rešenje ponavljajući mantru da „novinari“ (za razliku od svih drugih profesija – lekara, učitelja, profesora univerziteta) „nipošto ne smeju ići u zatvor“.
- 45*/ Naše krivično zakonodavstvo, ne sreću, nije preuzelo „pelcer“ iz nekih stranih zakona koji kao krivično delo predviđaju npr. negiranje genocida izvršenog u istoriji nad nekim narodima. Tamo je inkriminisana sama izjava da se to nije desilo, čak i kada se njome ne raspiruje nacionalna ili rasna mržnja (u ovom drugom slučaju, postoji nesporan osnov za krivično gonjenje i jugoslovensko zakonodavstvo je – zahvaljujući Mošji Pijadi – među prvima u svetu posle Drugog svetskog rata unelo u pozitivno pravo).
- 46*/ Istovremeno, i da se izjasne kakav bi tretman imali oni domaći državljani koji su u stranoj zemlji učestvovali u demonstracijama koje su se izrodile u nasilje? Kao i da li bi krivično odgovarali samo oni koji su neposredno učestvovali u borbama, ili i kuvari, bolničari, lekari i drugi neborci? Trebalo bi pri tome imati u vidu još čitav niz činjenica: od toga da mnoge države imaju fiktivne privatne agencije u kojima penzionisani oficiri pružaju svaku pomoć – naoružavanje, osmišljavanje kampanja etničkog čišćenja, regrutovanje plaćenika (tzv. „psi rata“) – onima koji se bore za ciljeve njihovih zemalja; do toga da pripadnici mirovnih snaga (koje države legitimno šalju na područja zahvaćena ratom) često imaju druge zadatke, a ne da uspostave mir.

- 47*/ Kraljevina Jugoslavija nikako nije sa simpatijama gledala na učešće svojih državljana u građanskom ratu u Španiji u sastavu internacionalnih brigada. Ali nije uvodila novo krivično delo, već je po povratku tih lica u zemlju organizovala obaveštajne službe da prate njihovo ponašanje.
- 48*/ U Srbiji se u poslednje vreme ustalila praksa da okrivljeni / optuženi / osuđeni prvo prihvati pomilovanje, a onda se u javnosti pojavi sa izjavama da žali što mu nije pružena mogućnost da u krivičnom postupku dokaže svoju nevinost. Bilo bi dobro ovo uzeti u obzir za ubuduće i svesti ovaj oblik intervenisanja u pravosudni sistem na zaista izuzetne slučajeve očiglednih sudskih zabluda ili situacije u kojima je ono nužno iz humanitarnih razloga.
- 49*/ O „doslednosti“ našeg zakonodavca najbolje govori podatak da je ovaj razlog prvo izostavljen iz ZKP /-v. Škulić, 2007/, a onda vraćen u Zakonik /-v. Ilić G., 2013/. Sve to, po nekim autorima vodi preširokoj primeni pritvora u našoj pravosudnoj praksi /Ilić Z., 2011:352/.
- 50*/ Boštjan Zupančič /2004/ ga naziva „pravo na ne-samooptuživanje“ i ukazuje na njegov suštinski značaj.
- 51*/ Namerno su izabrani hipotetički slučajevi koji ne samo pripadnicima organa reda, nego još više (naročito ako se pomenu nedužni – žene i deca) javnosti izgledaju nesporni.
- 52*/ -v. dokument Zaštitnika građana /2012/.
- 53*/ U tom kontekstu treba pomenuti odluku Ustavnog suda Srbije kojom je krajem 2013. po prvi put utvrđena povreda prava osuđenog lica koja se sastojala u nečovečnom postupanju zaposlenih u jednom Kazneno popravnom zavodu u Srbiji (stručni tim Zaštitnika građana, postupajući po pritužbi porodice utvrdio je da je „zatvorenik 24. decembra 2011. bio izložen torturi, kojom prilikom su mu od strane službenih lica nanete telesne povrede“). Takođe, u odluci se konstatuje da za dve godine nije utvrđeno koja službena lica su učestvovala u zlostavljanju. Još jednom se potvrdilo ono što tvrde autorke u jednom novijem radu – da je prilično lako povrediti osnovna prava ovih ljudi“ (misli se na lica lišena slobode –Đ.I.) „a da je teško ove povrede izneti na svetlo dana“ /Simeunović i Jovanović, 2010:136/
- 54*/ U tom smislu, javlja se kao začetnik ideje o dekriminalizaciji koja je jadan od najvažnijih zahvata koje treba izvršiti u savremenom – pa i srpskom – krivičnom pravu. O tome -v. Stojanović /2011:24/.
- 55*/ Savremena kriminologija ih izdvaja na desetine -v. Robinson /2009/.

LITERATURA

- Bayer V. /1969/: *Ugovor s đavlom*, Zagreb
- Beccaria C. /2009/: U zločinima i kaznama (prevod) –in: Ignjatović Đ.: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Begović B. /2010/: Ekonomska teorija generalne prevencije – osnovna pitanja –in. *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd
- Beirne P. /1993/: *Inventing Criminology: Essays on the Rise of ‘Homo Criminalis’*, Albany
- Bentham J. /2009/: Uvodu u principe morala i zakonodavstva –in: Ignjatović Đ.: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Bettiol G. /1969/: *Diritto penale*, Padova
- Bošković M. /2000/: *Kriminologija s penologijom*, Novi Sad
- Carnazzi G. /1981/: *Cesare Beccaria – Dei delitti e delle pene*, Milano
- Čubinski M. /1937/: *Kriminalna politika*, Beograd
- Delić N. /2014/: *Nova rešenja u posebnoj delu KZ Srbije*, Beograd
- Horn D. /1995/: The Norm Which Is Not One – Reading the Female Body in the Lombroso's Anthropology –in: *Deviant Bodies: A Critical Perspective in the Science and Popular Culture* (Terry J. and Urla J., eds), Bloomington

- Ignjatović Đ. /1988/: Bekarijine ideje u krivičnom pravu, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, n° 4
- Ignjatović Đ. /1990/: Beccaria's criminal policy ideas: Actual importance –in: *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy* (Filippi C., ed.), Milano
- Ignjatović Đ. /2001/: Zločini protiv čovečnosti, *Sudska praksa* n° 11–12.
- Ignjatović Đ. /2009/: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2011/: *Kriminologija* (11 izd), Beograd
- Ilić G. et al. /2013/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, 4. izd., Beograd
- Ilić Z. /2011/: Kriminalitet i osuđena lica –in: *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive* (Kron L. i Knežić B., eds.), Beograd
- Janković I. /1985/: *Smrt u prisustvu vlasti – smrtna kazna u Jugoslaviji i svetu*, Beograd
- Krivokapić V. /2002/: *Prevenција kriminaliteta*, Beograd
- Lukić N. /2014/: *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta – komparativni pristup*, Beograd
- Milutinović M. /1969/: *Kriminologija*, Beograd
- Milutinović M. /1977/: *Penologija*, Beograd
- Milutinović M. /1984/: *Kriminalna politika*, Beograd
- Milutinović M. /1990/: *Kriminologija* (6. izd.), Beograd
- Monteskje Š. /1989/: *O duhu zakona*, t. I-II (prevod), Beograd
- Minteskje Š. /2004/: *Persijska pisma* (prevod), Beograd
- Mueller G. /1990/: Cesare Beccaria and the social significance of his concept of criminal policy –in: *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy* (Filippi C., ed.), Milan
- Nikolić V. i Kontantinović S. /1997/: *Kriminologija*, Niš
- Radulović Lj. /1999/: *Kriminalna politika – politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd
- Republički zavod za statistiku /2013/: *Bilteni br. 576 i 577*, Beograd
- Решетников Ф. /1987/: *Беккариа*, Москва
- Ristivojević B. /2012/: Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva u Srbiji –in: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekti)* (Bejatović S., ed.), Zlatibor
- Robinson M. /2009/: Integrativno sistemska teorija antisocijalnog ponašanja (prevod) –in: Ignjatović Đ.: *Teorije u kriminologiji*, Beograd
- Simeunović B. i Jovanović S. /2010/: Zaštita prava na život lica lišenih slobode, *Pravni život* n° 9
- Soković S. /2011/: Savremene globalne tendencije u kontroli kriminaliteta, *Crimen – časopis za krivične nauke*, n° 2
- Stojanović Z. /2009/: Postupak pripreme krivičnog zakonodavstva i njegov uticaj na sadržinu zakonskog teksta –in: *Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo* (Bejatović S., ed.), Beograd
- Stojanović Z. /2011/: Krivično zakonodavstvo i prevenција kriminaliteta –in: *Krivično zakonodavstvo i prevenција kriminaliteta* (Bejatović S., ed.), Brčko
- Škulić M. /2007/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd
- Tahović J. /1946/: *Kriminologija*, Beograd
- Taylor I., Walton P. and Young J. /1973/: *The New Criminology – For a Social Theory of Deviance*, London
- vari ed. /1833/: *Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Livorno
- Vuković S. /2010/: *Prevenција kriminaliteta*, Beograd

Zaštitnik građana /2012/: *Organizovanje Nacionalnog mehanizma za prevenciju torture (NPM) u Srbiji*, Bograd

Zupančič B. /2004/: Pravo na ne-samooptuživanje kao ljudsko pravo –in: *Primena međunarodnih krivičnih standarda u nacionalnim zakonodavstvima* (Nogo S., ed.), Beograd

Živanović T. /1941/: *Osnovi krivičnog prava – Opšti deo*, I knjiga, Beograd

Dorđe Ignjatović

Law School, University of Belgrade

ACTUALITY OF THE BOOK
ON CRIMES AND PUNISHMENTS
-on the occasion of the 250th anniversary of the book-

SUMMARY

After a short review of basic ideas advocated by Cesare Beccaria in his book *On Crimes and Punishments*, the author analyzes how these ideas are presented in Serbian criminological literature after the Second World War. It is concluded with regret that, with few exceptions, scientists use only general assertions, taken from the pre-war literature, due to their unwillingness to take some of the available translations of this, in the scope not lengthy, book.

After that, it is analyzed in what extent are Beccaria's attitudes in the book, of which 250 years we mark in this way, actual today in Serbia. Most ideas about the state and creation of „good legislation“ have shown to be like that, as well as those about criminal material and procedural law and about crime control.

In that regard, the author of this article has kept the attitude for twenty years, according to which the book *On Crimes and Punishments* is the most influential and the most important work from the field of criminal law sciences. The reason for that should be seen in the presentation of the system of criminal law reaction which is based on ideas of legality, prevention, respect for human dignity and fundamental human rights. In the meantime, the most parts of this system have not become less actual. And, as long as there are attempts of using criminal law reaction as a tool for the protection of particular interests, the embodiment of any form of fanaticism and tyranny, protection of ideological attitudes and dogmas, it will remain like that. And that, unfortunately, means very long.

Key words: Beccaria, penal reaction, criminal justice, human rights, Serbia, criminological literature.

OSNOVNI KRIMINALISTIČKI I NEKI KRIVIČNOPRAVNI/KRIVIČNOPROCESNI ASPEKTI ANGAŽOVANJA PRIKRIVENOG ISLEDNIKA

Apstrakt. U radu se objašnjavaju osnovni kriminalistički aspekti angažovanja prikrivenog islednika, gde se nakon definisanja te posebne dokazne radnje i sumarne uporednopravne analize, objašnjavaju sledeća osnovna pitanja: 1) obuka i selekcija prikrivenih islednika; 2) pripremanje prikrivenog islednika za konkretan zadatak; 3) stvaranje legende; 4) ubacivanje („infiltracija“) u konkretnu organizovanu kriminalnu grupu; 5) delovanje prikrivenog islednika u okviru organizovane kriminalne grupe; 6) ispitivanje prikrivenog islednika kao svedoka; te 7) pripremanje prikrivenog islednika za nove zadatke i prilagođavanje „redovnom“ načinu života. U radu se pored toga, posebno objašnjava i problematika zabrane prikrivenom isledniku da podstrekava na krivično delo, kao i problem činjenja krivičnog dela od strane prikrivenog islednika, tokom njegovog angažovanja.

Autor zaključuje da angažovanje prikrivenog islednika, kao i svaka posebna dokazna radnja, načelno ima *ultima ratio* karakter, ali je to kod ove specifične posebne dokazne radnje, koja je po pravilu veoma skupa i rizična, još i dodatno naglašeno.

Ključne reči: prikriveni islednik, posebne dokazne radnje, kriminalistika, organizovani kriminalitet, krivično procesno pravo.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Angažovanje prikrivenog islednika predstavlja vrstu posebne dokazne radnje, koja je primarno usmerena na otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela koja spadaju u organizovani kriminalitet.¹ Posebne dokazne radnje se često označavaju kao *specijalne dokazne tehnike*, odnosno *specijalne istražne tehnike* i predstavljaju određene načine prikupljanja dokaza koji su po svom karakteru atipični, te se primenjuju samo u odnosu na neka krivična dela, koja su *s jedne strane*, veoma teška, odnosno ozbiljna, kako u faktičkom pogledu s obzirom na posledice koje prouzrokuju u jednom opštem životnom smislu, tako i u krivičnopravnom pogledu, s obzirom na kaznu koja je za njih propisana, dok se *s druge strane*, takva dela zahvaljujući nekim njihovim fenomenološkim karakteristikama, te psihološkim i drugim osobinama njihovih učinilaca, veoma teško otkrivaju, razjašnjavaju i dokazuju korišćenjem uobičajenih, odnosno redovnih dokaznih metoda.²

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

1 Više o tome: Đ.Ignjatović i M.Škulić, *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012., str. 379 – 380.

2 Više o tome: M.Škulić *Organizovani kriminalitet – pojam i krivičnoprocesni aspekti*, „Dosije“, Beograd, 2003., str. 257 – 258.

Prikriveni islednici („istražitelji“) se u literaturi definišu kao policijski službenici, kojima je dodeljen promenjen identitet (*legenda*) u određenom vremenskom periodu da bi delujući tajno u kontaktu sa određenim kriminalnim krugovima, prikupljali informacije koje će moći da se koriste za otkrivanje, razjašnjavanje i sprečavanje krivičnih dela i to pre svega onih koja se odnose na organizovani kriminalitet.³ Prikriveni islednik u nekadašnjem pretkrivičnom postupku, a sada (prema ZKP-u iz 2011. godine) predistražnom postupku, predstavlja jednu vrstu „agenta“, odnosno lica koje na pritajen, krajnje diskretan način, prikuplja podatke o određenoj organizovanoj kriminalnoj grupi ili kriminalnim grupama, odnosno uopšte o organizovanom kriminalitetu, do kojih dolazi tako što se, u stvari, ubacuje u kriminalnu grupu ili na neki drugi prikriveni način povezuje sa članovima kriminalne organizacije.

U predistražnom postupku je uloga prikrivenog islednika orijentisana na prikupljanje dokaza u vezi delatnosti organizovanog kriminaliteta. U stvari, on tada prikuplja određene podatke do kojih svojim prikrivenim, odnosno tajnim aktivnostima može da dođe. Njegova je delatnost obaveštajnog karaktera, po samoj svojoj prirodi tajna, te usmerena kako na otkrivanje krivičnih dela, tako i na prikupljanje podataka na osnovu kojih se već otkrivena krivična dela mogu razjasniti i dokazati, ali se njegovim aktivnostima mogu i sprečiti krivična dela koja bi inače bila izvršena od strane pripadnika kriminalne organizacije. Slični subjekti postoje i u drugim krivičnoprocesnim zakonodavstvima.

2. SUMARNI UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ INSTITUTA PRIKRIVENOG ISLEDNIKA

Za položaj prikrivenog islednika („VE“ – *Verdeckter Ermittler*), se u nemačkoj literaturi ponekad ističe da je na samoj ivici legaliteta, posebno kada se radi o situaciji da on ne sprečava činjenje krivičnog dela od strane grupe u kojoj je ubačen, odnosno krivičnog dela o kome je tokom svoje prikrivene aktivnosti saznao, da tako ne bi otkrio svoje delovanje, odnosno svoj identitet.⁴ Ovakva se situacija zaista teško može pravdati sa etičkog stanovišta, pa ni u okviru uobičajenih pravnih rezona, mada postupanje po principu celishodnosti ni inače nije nepoznato u pravu uopšte, pa ni u krivičnom pravu, gde je u tom pogledu najkarakterističniji institut krajnje nužde, koji bi u nekim situacijama mogao da se primeni i na slučajeve u koji se odlikuje time da prikriveni islednik ne sprečava krivično delo, da tako ne bi otkrio svoj identitet, te da bi time, u krajnjoj liniji omogućio dokazivanje drugih teških (težih) krivičnih dela, ili sprečio njihovo izvršenje. Slično tome, nije definisana ni moguća situacija da prikriveni islednik bude primoran da učini krivično delo, jer bi u suprotnom otkrio svoj identitet.⁵ Ovo pitanje se, u nedostatku posebnog zakonskog regulisanja, može takođe, kao i prethodno, koje je etički ipak lakše objašnjivo, jer krivično delo ne čini policajac, već pripadnik kriminalne organizacije, rešavati

3 G. Koriath, *Verdeckter Ermittler – Ein europaweit taugliches Instrument*, Kriminalistik, No. 8–9/96, Heidelberg, 1996, str. 535.

4 J. Meyer, *Verdeckte Ermittlungen*, Kriminalistik, No. 1/99, Heidelberg, 1999, str. 49.

5 W. Beulke, *Strafprozeßrecht*, „C. F. Müller Verlag“, Heidelberg, 2000, str. 127.

jedino primenom pravila koja se odnose na krajnju nuždu. Prikrivenom isledniku se u Nemačkoj daje mogućnost da pod svojom „legendom“ (izmenjenim identitetom), učestvuje u pravnom saobraćaju, takođe da potpisuje ugovore, učestvuje u sudskim postupcima, upisuje se kao sopstvenik u zemljišne knjige, osniva firme, prijavi mesto stanovanja, registruje motorno vozilo itd.⁶

Prikriveni islednik danas ima veliku ulogu u aktivnostima razvijenih država u suprotstavljanju organizovanom kriminalitetu i to pre svega njegovim međunarodno ispoljenim formama. Institut prikrivenog islednika je na relativno sličan način uređen u većini evropskih država, tj. pre svega u Evropskoj Uniji,⁷ gde značajnu ulogu u koordinisanju policijskih akcija igra Organizacija evropske policije – EUROPOL, koji predstavlja najupadljiviji izraz zajedničke borbe protiv kriminaliteta u Evropi.⁸ Mogućnost angažovanja prikrivenih islednika je u nemačko krivično procesno pravo uvedena novelama od 9. juna 1989. godine. Krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina i većina drugih evropskih država je uvela slične procesne mogućnosti, što je posebno karakteristično za zemlje Evropske Unije, koje poslednjih godina (što smo prethodno objašnjavali), ostvaruju i posebne oblike kooperacije u odnosu na prikrivene policijske operacija, korišćenjem usluga EUROPOL-a.

Prema odredbi § 110a st. 1 StPO (nemački ZKP), prikriveni islednik (istražitelj) se može angažovati ako postoje činjenice koje ukazuju da je učinjeno neko teško krivično delo: 1) u oblasti nelegalnog prometa opojnih sredstava ili oružja, odnosno u oblasti falsifikovanja novca ili hartija od vrednosti, 2) u oblasti zaštite države, 3) delo iz zanata ili navike, ili 4) ako je delo izvršeno od strane člana bande ili na drugi organizovani način. Radi razjašnjenja krivičnog dela može biti angažovan prikriveni islednik, ukoliko određene činjenice ukazuju da postoji opasnost od ponavljanja krivičnog dela. Angažovanje je dozvoljeno samo ako razjašnjenje stvari na drugi način ne bi bilo plodotvorno ili bi bilo znatno otežano. Angažovanje prikrivenog islednika radi razjašnjenja krivičnog dela je pored ovoga, dopušteno i kada to preporučuje poseban značaj dela, a druge mere bi bile bezizgledne.

Prikriveni islednici su policijski službenici, koji istraživanje vrše pod izmenjenim identitetom (legendom), koji im se daje za duže vreme, a oni pod tim identitetom (legendom) mogu učestvovati u pravnom saobraćaju (§ 110a st. 2 StPO). Ukoliko je to neophodno za stvaranje i održavanje identiteta (legende) prikrivenog islednika, dopušteno je da se izdaju, menjaju i upotrebljavaju odgovarajuće isprave (§ 110 st. 3 StPO). Angažovanje prikrivenog islednika odobrava državno tužilaštvo. Ako postoji opasnost od odlaganja i u slučaju da se odobrenje tužioca ne može tražiti blagovremeno, angažovanje može započeti i bez odobrenja; a sa primenom ove mere se prekida ako državno tužilaštvo u roku od tri dana nije odobrilo njenu

6 U. Hellmann, *Strafprozeßrecht*, „Springer“, Berlin, Heidelberg, 1998, str. 118.

7 U literaturi se navodi da je „prvi pokušaj harmonizacije u pogledu definisanja pojma organizovane kriminalne grupe u zemljama članicama EU, učinjen 1998. godine usvajanjem Zajedničke akcije br. 733/1998. kojom se kao krivično delo predviđa učešće u kriminalnoj organizaciji u državama članicama EU.“ Više o tome: N.Lukić, *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta – komparativni pristup*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014., str. 13.

8 Više o tome: J. Storbeck, *EUROPOL – Probleme und Lösungen*, Kriminalistik, No. 1/96, Heidelberg, 1996, str. 17–21.

primenu. Odobrenje se daje u pismenom obliku uz određivanje roka trajanja mere. Produženje mere je dopušteno sve dok postoje pretpostavke za njenu primenu (§ 110b st. 1 StPO). Prikriveni islednik prema pravilima nemačkog krivičnog postupka, može pod određenim uslovima da uđe u stan, za šta mu je primarno potrebno odobrenje suda, ali u hitnim slučajevima, odnosno kada postoji opasnost od odlaganja, to može odobriti i državni tužilac.

Kao što smo već objasnili, pravila koja se odnose na prikrivenog islednika (istražitelja) su uvedena i u druga evropska krivičnoprocesna zakonodavstva, pre svega radi suzbijanja najopasnijih formi kriminaliteta, prvenstveno organizovanog, ali se inače u teoriji ističe da je primena takvih zakonskih rešenja skopčana s nizom praktičnih i doktrinarnim problema, pa se stoga ona i ne mogu koristiti rutinski, već samo onda kada je to povezano s težinom slučaja koji se ispituje.⁹

Slično prikrivenom isledniku, kao subjektu kakvog poznaju mnoga evropska zakonodavstva u SAD se pojavljuje „prikriveni agent“ (*undercover agent*), čiji je *ratio legis* istovetan kao i za ulogu prikrivenog islednika u evropskim zakonodavstvima, te koristi slične metode koje se svode na ubacivanje u kriminalnu grupu i prikriveno delovanje radi prikupljanja neophodnih dokaza u vezi teških krivičnih dela, pre svega iz sfere organizovanog kriminaliteta. Osnovna razlika se svodi na mogućnost koja u SAD postoji u vezi kombinovanja aktivnosti policijskih informatora, čak i neke vrste kriminalaca-pokajnika i prikrivenih agenata, koji mogu i formalno zajedno da deluju u kriminalnoj grupi, a pored toga, ponekad se čak omogućava i angažovanje *ad hoc* prikrivenih agenata koji dolaze iz same kriminalne sredine,¹⁰ što nije uobičajeno u evropskim krivičnoprocesnim zakonodavstvima, gde je, slično kao i kod nas, prikriveni agent pre svega službenik policije, ili eventualno, drugog državnog organa. Posebne mere prikupljanja podataka u SAD, pretežno od strane FBI-a, ali i drugih specijalizovanih službi su pre svega omogućene donošenjem posebnog zakona koji se odnosi na suzbijanje „reketiranja“, odnosno organizovanih iznuda i korupcije (*RICO*), shodno kojem deluju i određene posebne službe.

Informacije iznutra, odnosno iz samog kriminalnog „podzemlja“ su po pravilu bile dragocene za dokazivanje organizovane kriminalne aktivnosti, a u tom su posebnu ulogu imali kako informatori, koji su nekada korišćeni procesno kao svedoci i tada po pravilu bili uključivani u programe zaštite svedoka, ali i prikriveni agenti.¹¹ Za američku praksu je karakteristično da se prikriveni agenti ubacuju u kriminalne grupe i na veoma dugačak period, tako da predstavljaju neku vrstu „krtica“ u kriminalnom „podzemlju“, što nije skopčano samo sa velikim faktičkim rizicima od otkrivanja, već je u praksi teško zamislivo da oni tokom dužeg boravka u kriminalnoj

9 Uporedi: W. Grop und B. Huber (Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, „Max-Planck-Institut“, Freiburg, 2001., str. 87.

10 Više o tome: H. Abadinsky, *Organized Crime*, Third Edition, „Nelson-Hall“, Chicago, 1990., str. 431–461.

11 Ponekad se smatra da prikriveni agent koga koriste američke policijske i druge slične službe nije isto što i prikriveni islednik (istražitelj) tipičan za savremena evropska krivičnoprocesna zakonodavstva, ali to nije tačno, jer se u osnovi radi o istim subjektima, odnosno pojmovima, pa tako i autor koga u nastavku teksta citiramo koristi nemački zakonski izraz za prikrivenog agenta u pravu i praksi SAD, a to je – *Verdeckter Ermittler*.

sredini, ne budu primorani da se i sami u određenoj meri uključe u kriminalne aktivnosti. To tada ipak dovodi i do ozbiljnih krivičnopravnih problema, koji se u praksi ne uočavaju u velikoj meri, niti se njima američka pravna nauka više bavila, jer se takvi događaji po pravilu zataškavaju od strane same policije, tako da se nikada ni ne postavljaju kao pravna pitanja o kojima bi se rešavalo u određenom tipu procedure. Jedan od najzapaženijih slučajeva korišćenja prikrivenog agenta u praksi SAD u borbi protiv organizovanog kriminaliteta je vezan za aktivnost FBI-agenta Džozefa Pistonea (*Joseph Pistone*), koji je u periodu od 1975. do 1981. godine bio infiltriran u njujoršku Bonano-familiju Koza Nostre, gde je bio prihvaćen kao pravi pripadnik Koza nostre, te raspoređen u bandu pod vođstvom jednog kapoa Bonano-familije, da bi tako tokom šest godina svojih prikrivenih aktivnosti on uspeo da sakupi dokaze o svakodnevnim aktivnostima te kriminalne organizacije, od kojih su najvažnije bile informacije o kontaktima te kriminalne organizacije i drugih organizovanih kriminalnih grupa, što je nakon okončanja njegovog rada, rezultiralo osuđom više od 100 učinilaca krivičnih dela organizovanog kriminaliteta u poznatom slučaju „Pizza Connection“.¹²

3. SELEKCIJA I OBUKA PRIKRIVENIH ISLEDNIKA

S obzirom da su prema pravilima našeg Zakonika o krivičnom postupku, u funkciji prikrivenog islednika pre svega policajci, odnosno službenici drugih državnih organa, neophodno je u odnosu na taj opšti uslov selektivnog karaktera, razviti posebna pravila za obuku budućih i aktuelnih prikrivenih islednika, kao i prethodno sprovođenje selekcije među kandidatima za prikrivene islednike.

Postoje dve osnovne vrste selekcije prikrivenih islednika: 1) opšta selekcija i 2) posebna selekcija. *Opšta selekcija* podrazumeva odabir između više kandidata, tj. konkretnih lica koja bi trebalo da se obučavaju za prikrivene islednike ili koja će biti svrstana u odgovarajući deo organizacione jedinice kojoj pripadaju prikriveni islednici. *Posebna selekcija* se svodi na odabiranje konkretnih lica koja su već prošla opštu selekciju za konkretne zadatke, odnosno delovanje u svojstvu prikrivenog islednika u konkretnim organizovanim kriminalnim grupama. U nekim slučajevima (što je relativno retko u praksi), moguće je odmah sprovesti posebnu selekciju, a da njoj nije prethodila opšta selekcija, do čega dolazi kada to izuzetno, nameću neke konkretne okolnosti, kao kada na primer, treba krajnje hitno reagovati ili iskoristiti neku izuzetno povoljnu priliku za infiltraciju u konkretnu kriminalnu grupu, odnosno kada konkretno lice u određenoj situaciji po svom profilu u velikoj meri odgovara onome što se očekuje od konkretnog prikrivenog islednika koji bi trebalo da deluje u konkretnoj organizovanoj kriminalnoj grupi.

Opšta selekcija podrazumeva da postoji veći broj kandidata u odnosu na „raspoloživi“ broj budućih prikrivenih islednika, odnosno policajaca koji će biti obučavani da deluju kao prikriveni islednici.

Tri su osnovna načina na koje se dolazi do početnog broja kandidata: 1) davanje internog oglasa u okviru kriminalističke policije, ili u drugim državnim organima,

12 J.L. Barrett, *Strategie und Technologie, Erfahrungen US-amerikanischer Strafverfolgungsbehörde bei der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1997., str. 196.

koji daje odgovarajuća služba, a kod nas je to, kada je reč o policiji SKOPPI – Služba za kriminalističko-obaveštajne poslove i prikrivene islednike i 2) samoinicijativno javljanje zainteresovanih policajaca, odnosno službenika drugih državnih organa, koji bi želeli da postanu prikriveni islednici, te 3) ciljno pozivanje konkretnih lica, odnosno policajaca i drugih osoba koje po zakoniku mogu da budu prikriveni islednici, da se prijave radi selekcije.

Redovan način za prvi korak u opštoj selekciji je davanje posebnog internog oglasa, koji kao što je prethodno objašnjeno, u Srbiji daje Služba za kriminalističko-obaveštajne poslove i prikrivene islednike – odeljene za prikrivene islednike, a u kome se striktno navode određene „konspirativne“ komponente, što znači da rukovodioci konkretne organizacione jedinice MUP-a imaju dužnost da svoje službenike informišu o konkursu, a da pri tom, službenik koji se prijavi na takav interni konkurs, nema dužnost da o tome obavesti svog pretpostavljenog. Službeniku koji se prijavljuje na konkurs, odnosno koji ima nameru da se javi na konkurs, tj. interni oglas za prijem u odeljenje za prikrivene islednike, nije zabranjeno da svog pretpostavljenog o tome obavesti, već on samo nije dužan da to učini.

Prilikom opšte selekcije prikrivenih islednika, potrebno je od određenog relativno većeg broja kandidata, odabrati one koji prema svojim opštim osobinama, odgovaraju onome što bi ih u najvećoj meri učinilo adekvatnim za buduće delovanje u svojstvu prikrivenog islednika. Potrebno je prvo – imati u vidu koje su to najpoželjnije opšte osobine lica koje bi trebalo ili moglo da u budućnosti deluje kao prikriveni islednik, te drugo – razviti odgovarajuće metode za procenu u kojoj meri raspoloživi kandidati imaju takve, tj. poželjne lične karakteristike.

Opšte karakteristike lica koje je adekvatno da se obučava za funkciju prikrivenog islednika, te potom deluje kao prikriveni islednik su sledeće:

- 1) lično poštenje i visok stepen rezistencije na moguće koruptivne uticaje ili ucenjivanje;
- 2) lična hrabrost i spremnost na razumni rizik;
- 3) hladnokrvnost, sposobnost kontrolisanja emocija i dobro „vladanje sobom“ u rizičnim i uopšte, u stresnim situacijama;
- 4) visok stepen inteligencije, ali ne i samo inteligencije, već i određene životne „lukavosti“, snalažljivosti i sposobnosti za prilagođavanje novim okolnostima i neočekivanim situacijama;
- 5) odgovarajuće životno iskustvo;
- 6) adekvatan fizički izgled, dobro zdravstveno stanje i solidna fizička pripremljenost;
- 7) dobra obučenost u upotrebi hladnog i vatrenog oružja, kao i sposobnost korišćenja po potrebi, fizičke sile, što pre svega, podrazumeva solidno poznavanje odgovarajućih borilačkih veština; te
- 8) sposobnost uživljavanja u „lik kriminalca“, što podrazumeva i odgovarajućí „glumački“ talenat, odnosno visok stepen sposobnosti transformacije i ličnog „preobražaja“, te predstavljanja sebe drugačijim u odnosu na stvarne osobine ličnosti, što uključuje sposobnost konsekvantnog ponašanja u vidu uklapanja u „obrazac“ legende, što u stvari, znači u okviru „lika“ koji pripada konkretnom kriminalnom miljeu.

Mnoge od navedenih osobina se utvrđuju na temelju određenih psiholoških testova ličnosti, kao što je to na primer, test tipa MMPI –2.¹³ Tu spadaju karakteristike kao što su stepen maničnosti i obrnuto depresivnosti, stepen anksioznosti, nivo tolerancije na frustraciju i sl. Osim toga, u oceni opštih psiholoških osobina koriste se i klasični testovi inteligencije, ali i određeni testovi kojima se proveravaju memorijske sposobnosti ličnosti.

Neke, odnosno većina od navedenih opštih osobina apsolutno moraju da uvek postoje u najvećoj mogućoj meri, dok su neke poželjne, ali ne i uvek apsolutno neophodne, poput zahteva da budući prikriveni islednik bude dobro obučen za upotrebu oružja i korišćenje borilačkih veština, jer s jedne strane, takve veštine u određenoj meri može da stekne i kasnije tokom obuke, dok s druge strane, iako su te veštine često i po pravilu neophodne, one nekada, zavisno od vrste konkretnog krivičnog dela i osobenosti konkretne kriminalne organizacije, neće biti neophodne, kao na primer, kada se radi o nekom slučaju „čistog“ privrednog kriminaliteta sa elementima organizovanog kriminaliteta i sl.

Lično poštenje prikrivenog islednika je svakako najvažnija osobina koju on mora da poseduje. Ako je sam prikriveni islednik „na ivici zakona“, ne poseduje potreban stepen ličnog integriteta, sklon korupciji ili ima određene kontakte sa licima iz kriminalne (tzv. kriminogene) sredine, što se odnosi i na njemu bliska lica, onda to značajno umanjuje šanse za njegov uspešan angažman i čak naprotiv, povećava mogućnost za opstanak konkretne kriminalne organizacije koja je meta „istrage“, odnosno konkretne posebne dokazne radnje. Naravno, kada se radi o policajcima i službenicima drugih državnih organa, poput BIA-e i VBA-a, podrazumeva se da su oni pre zaposlenja u državnom organu prošli odgovarajuće bezbednosne provere, te da se takve provere periodično vrše i tokom njihove službe, ali u odnosu na buduće, tj. moguće prikrivene islednike, potrebno je dodatno vršiti takve veoma sveobuhvatne provere i to uz nultu toleranciju. Ovo je neophodno kako zbog specifičnosti angažovanja prikrivenog islednika, tako i zbog činjenice da duži boravak u kriminalnoj sredini, neminovno izlaže prikrivenog islednika tzv. korozivno-kriminalnom uticaju.

Slično kao što korozija nagriza gvožđe, pa često i najkvalitetnije čelike, tako i određena *iskušenja* u okviru kriminalne organizacije, poput lakog sticanja velikih svota novca, lagodnog života, uživanja u nizu mogućih „lakah“, na prvi pogled „be-

13 MMPI–2 (*The Minnesota Multiphasic Personality Inventory*) test se danas u opštoj psihologiji smatra standardnim instrumentom za objektivno i prilično pouzdano merenje psihopatoloških karakteristika osobe, kako u pogledu psihijatrijskih pacijenata, tako i prilikom psiholoških savetovanja, pri davanju dijagnoze (ne)postojanja mentalnih anomalija, radi diferencijalne dijagnoze u odnosu na različite vrste psihičkih poremećaja, kao i prilikom izbora tretmana u odnosu na pacijenta ili osobu koja ima određene psihološke probleme. MMPI–2 je široko prihvaćen i kada se radi o selekciji lica koja bi u okviru svoje profesije mogla biti suočena sa određenim rizicima ili koja bi mogla da u određenim situacijama budu rizična za druga lica (na primer, piloti u komercijalnim avio kompanijama, lica koja se bave poslovima bezbednosti, pripadnici vojske itd.), a veoma širokoj raspostranjenosti i primeni ovog testa doprinosi niz njegovih karakteristika, poput mogućnosti dobijanja podataka koji su izuzetno podobni za prognozu budućeg ponašanja osobe, jednostavno kvantitativno izražavanje sistemom bodovanja, kao i veoma jednostavna primena testa. Više o tome: J. Framingham, (2011). *Minnesota Multiphasic Personality Inventory (MMPI)*. *Psych Central*. Retrieved on June 23, 2014, from <http://psychcentral.com/lib/minnesota-multiphasic-personality-inventory-mmipi/0005959>.

zazlenih“ poroka, potencijalno kompromituju, pa i ugrožavaju prikrivenog islednika. I ovde je moguće ispoljavanje poznatog fenomena *kriminalne infekcije*, koji se inače, u kriminalistici i kriminologiji uglavnom vezuje za duži boravak u ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija. Samo lično izuzetno pošten čovek i naravno, ukoliko konkretan angažman ipak ne traje suviše, odnosno nerazumno dugo, može da bude apsolutno rezistentan u odnosu na takve uticaje i to treba uvek imati u vidu, kako prilikom selekcije prikrivenih islednika, tako i tokom planiranja i realizacije njihovog angažovanja.

Rezistentnost prikrivenog islednika na koruptivne uticaje se podrazumeva i ona je neposredno povezana sa njegovim ličnim poštenjem, koje je kao što smo prethodno objasnili, *conditio sine qua non* u selekciji budućih, tj. mogućih prikrivenih islednika. Pod koruptivnim uticajem ovde treba podrazumevati ne samo kumpiranje u materijalnom smislu, tj. klasično podmićivanje i korišćenje dobara i usluga finansijsko-materijalne prirode, već i druge oblike koruptivnog delovanja, poput korišćenja raznih drugih nedozvoljenih ili sumnjivih „pogodnosti“, što nekada mogu da budu i seksualne usluge, tipa usluga „dama za poslovnu pratnju“, pomoć u karijernom napredovanju i sl.

Izuzetno je važna rezistentnost prikrivenog islednika na moguće ucene, što podrazumeva da konkretno lice ne poseduje neku tajnu čije bi ga otkrivanje izložilo preziru, sramoti ili drugim štetnim posledicama. Potrebno je da se poseduju svi relevantni podaci o budućem, tj. mogućem prikrivenom isledniku koji se odnose na takve vrste tajni i naravno, ako se radi o takvim licima, ona se isključuju iz selekcije. Tu na primer, spadaju lica koja skrivaju svoju homoseksualnu seksualnu orijentaciju, osobe koje su u preljubničkim odnosima i sl.

Prikriveni islednik mora da bude hrabar, što znači da je spreman da sebe izloži opasnosti, što nekada podrazumeva i izlaganje „smrtnoj“ opasnosti, odnosno riziku po život. Sama po sebi, hrabrost nije dovoljna, a nije ni poželjna, ako se radi o tzv. „ludoj“ hrabrosti, što znači da prikriveni islednik treba da bude „razumno“ hrabar. On mora biti spreman da se izloži razumnom riziku, što znači onom stepenu riziku koji je opravdan u datim okolnostima i koji mu daje realne šanse da „preživi“ svoj zadatak, što je naravno, stvar procene u konkretnim okolnostima. Hrabrost se ne može naučiti, neko je hrabar u određenom stepenu ili nije, ali se tokom obuke prikriveni islednik, može naučiti da što je moguće realnije procenjuje stepen rizika.

Neke od poželjnih i potrebnih osobina prikrivenog islednika, odnosno kandidata za prikrivene islednike se procenjuju slobodnom ocenom, na temelju intervjua sa kandidatima, ali i prikupljanjem informacija od njihovih pretpostavljenih i iz drugih izvora, poput razgovora sa kolegama i sl. Neke od osobina su merljive, poput stepena inteligencije, pa i nekih osobina ličnosti, poput ocene da je osoba u određenoj meri sklona depresiji, maniji, melanholiji, da li je dominantno ekstrovertna ili introvertna i sl. Takve karakteristike se proveravaju odgovarajućim psihološkim testovima, tj. testovima inteligencije i testovima ličnosti. Sami po sebi, rezultati takvih psiholoških testova su odlična početna indikacija ali se ocena i tih osobina, zasniva ne samo na rezultatima testova, već i na utisku koji kandidat za prikrivenog islednika ostavlja u razgovoru, kao i uopšte, svojim ponašanjem. Na primer, to

što je neki kandidat natprosečno inteligentan ili čak genijalan s obzirom na rezultat urađenog testa inteligencije, odnosno koeficijent koji je na testu ostvario, nije samo po sebi dovoljno, ako se oceni da i pored toga, konkretni kandidat ne raspolaže konkretnom „životnom“ pameću, iskustvom u snalaženju u uobičajenim životnim situacijama, čak i odgovarajućom „lukavošću“ i sl.

Slično kao i selekcija prikrivenih islednika i njihova obuka može da bude: 1) opšta obuka za prikrivene islednike i 2) posebna obuka prikrivenih islednika.

Opšta obuka za prikrivene islednike se svodi na sistematsko sticanje odgovarajućih znanja i veština lica koja su prethodno selekcionisana da postanu prikriveni islednici, odnosno budu u sastavu konkretne organizacione jedinice, kao što je u Srbiji Odeljenje za prikrivene islednike u okviru Službe za kriminalističko-obaveštajne poslove.

Posebna obuka se odnosi na obučavanje konkretnog lica da deluje kao prikriveni islednik u okviru konkretne organizovane kriminalne grupe. U stvari, posebna obuka predstavlja neophodni deo pripremanja prikrivenog islednika za konkretan zadatak, s tim da ona u nekim situacijama, kada to nalažu razlozi hitnosti i kada jednostavno nema dovoljno vremena, za sprovođenje takve posebne obuke, ona može i da izostane, ali naravno, samo ako se proceni da postoji prihvatljiv rizik, tj. da izostanak takve posebne obuke, odnosno maksimalno skraćivanje vremena pripreme za konkretan zadatak prikrivenog islednika, nije skopčano sa neposrednim ugrožavanjem njegove bezbednosti ili nastankom drugih štetnih posledica.

Cilj opšte obuke lica koja bi trebalo da postanu prikriveni islednici su dalje razvijanje, usavršavanje i unapređivanje nekih od osobina koje ta lica već imaju u određenoj potrebnoj meri ili poseduju sposobnost da takve osobine steknu, a koje se (što je objašnjeno u prethodnom tekstu), smatraju neophodnim za prikrivenog islednika. To se naravno, odnosi samo na one osobine koje se obukom naknadno mogu steći, odnosno usavršiti, razviti, poboljšati i unaprediti, a ne i na one lične karakteristike koje konkretan čovek ima ili nema. Na primer, ne može se obukom bilo koje vrste postati pošteniji, manje koruptivan, hrabriji, inteligentniji i sl.

4. PRIPREMANJE PRIKRIVENOG ISLEDNIKA ZA KONKRETAN ZADATAK

Pripremanje prikrivenog islednika za konkretan zadatak podrazumeva sledeće:

- 1) određivanje osnovnog cilja koji je potrebno ostvariti angažovanjem prikrivenog islednika u konkretnoj organizovanoj kriminalnoj grupi;
- 2) prethodno pribavljanje svih relevantnih informacija o organizovanoj kriminalnoj grupi u koju bi trebalo da se infiltrira prikriveni islednik;
- 3) pribavljanje svih relevantnih informacija o najvažnijim članovima konkretne organizovane kriminalne grupe i licima koja ostvaruju relevantne kontakte sa takvom grupom ili njenim članovima; te
- 4) sprovođenje posebne i konkretno usmerene obuke prikrivenog islednika, radi neposredno predstojećeg angažovanja u konkretnoj organizovanoj kriminalnoj grupi, odnosno pripremanje konkretnog lica za budući konkretan

angažman u svojstvu prikrivenog islednika, što podrazumeva da prikriveni islednik dobije sve relevantne informacije o grupi i njenim članovima, nauči i uvežba najbolje načine komunikacije u grupi i sa njenim članovima, a pre svega, stvaranje legende i planiranje najadekvatnijeg načina za infiltraciju prikrivenog islednika u konkretnu organizovanu kriminalnu grupu.

Osnovni cilj prikrivenog islednika se svodi na infiltraciju u organizovanu kriminalnu grupu, odnosno stvaranje odgovarajuće veze sa njom i njenim pripadnicima, radi prikupljanja maksimalno moguće količine informacija i kredibilnih dokaza u odnosu na kriminalne i druge aktivnosti konkretne organizovane kriminalne grupe i njenih članova. Same informacije koje su cilj angažovanja prikrivenog islednika, mogu da budu operativnog ili dokaznog značaja. Konačno, u Zakoniku se omogućava i da prikriveni islednik bude ispitan kao svedok, tako da on tada i one informacije koje je prikupio, odnosno stekao tokom svog angažovanja, a koje same po sebi nisu dokaznog karaktera, može davanjem iskaza u svojstvu svedoka, praktično „transformisati“ u dokaze. Ovo u stvari, nije idealno i predstavlja neku vrstu „krajnje nužde“, jer se tada prikriveni islednik u krivičnom postupku nekada pojavljuje kao *derivativni svedok*,¹⁴ dok s druge strane i inače, smatramo da u praksi treba maksimalno retko koristiti zakonsku mogućnost da se prikriveni islednik ispita kao svedok, jer bi u stvari, njegovo angažovanje trebalo da bude primarno fokusirano na materijalne dokaze koje bi prikupio tokom delovanja u organizovanoj kriminalnoj grupi, što uključuje i audio-video materijal. Ovo je posebno značajno i s obzirom da je ispitivanje prikrivenog islednika kao svedoka, s jedne strane skopčano sa određenim rizikom po njega, dok s druge strane, to uvek ostavlja i mogućnost da se otkrije njegov identitet (bez obzira, što inače zakonske odredbe omogućavaju da se on ispita kao „anoniman“ svedok, odnosno pod pseudonimom), a što bi onda, konkretno službeno lice koje je nastupilo kao prikriveni islednik, „potrošilo“, odnosno time bi se veoma otežalo ili onemogućilo njegovo ponovno angažovanje u budućnosti. Konačno, u prilog stavu da po pravilu ne bi ni trebalo ispitivati prikrivenog islednika kao svedoka, govori i zakonsko pravilo koje i formalno limitira dokazni značaj njegovog iskaza, jer se odluka suda, odnosno presuda (što bi po logici stvari, pre svega, bila osuđujuća presuda), ne može zasnivati samo na takvom dokazu.

U informacije koje je o organizovanoj kriminalnoj grupi potrebno prethodno pribaviti, pre neposrednog angažovanja prikrivenog islednika, odnosno njegovog infiltriranja u organizovanu kriminalnu grupu, spadaju pre svega, određeni podaci, koji se svode na *cilj delovanja* prikrivenog islednika u konkretnom slučaju, pri čemu se zavisno od specifičnosti konkretne situacije, može prikupljati veći broj takvih informacija, odnosno više tipova podataka. Tu spadaju podaci koji se odnose na:

- 1) broj članova grupe;
- 2) identitet i osnovne karakteristike vodećih članova organizovane kriminalne grupe,
- 3) međusobne odnose između članova grupe, a naročito osobenosti hijerhijske lestvice u grupi;

14 Više o tome: M.Škuljić *Krivično procesno pravo*, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije“, Beograd, 2014., str. 229 – 230.

- 4) polje delovanja organizovane kriminalne grupe, što se odnosi kako na krivična dela koja grupa vrši, poput na primer, iznuda, trgovine ljudima, krivičnih dela u vezi droga itd., ali tako i na određene legalne ili paralegalne delatnosti organizovane kriminalne grupe, poput na primer, ulaganja novca u razne vrste „biznisa“, privatizacione poslove i sl., pri čemu ovde treba posebno obratiti pažnju na način pranja novca organizovane kriminalne grupe;
- 5) teritoriju na kojoj pretežno deluje konkretna organizovana kriminalna grupa, uz posebno obraćanje pažnje na susedne i „konkurentske“ organizovane kriminalne grupe, eventualnu podelu teritorije sa drugim grupama i slične „geografsko-informacione“ faktore;
- 6) određene „istorijske“ aspekte konkretne organizovane kriminalne grupe, što se odnosi na vreme formiranja, trajanje, lidera i moguće promene lidera itd.;
- 7) ostale relevantne veze organizovane kriminalne grupe koja je „meta“ budućeg angažovanja prikrivenog islednika, sa drugim organizovanim kriminalnim grupama;
- 8) moguće koruptivne veze organizovane kriminalne grupe u odnosu na pojedine pripadnike vlasti;
- 9) krivična dela koji su članovi organizovane grupe učinili ili se pripremaju da ih učine, kao i krivična dela drugih organizovanih kriminalnih grupa, odnosno drugih lica, o čemu se nekada može saznati i kontaktom sa članovima one kriminalne grupe u kojoj deluje prikriveni islednik, jer je kriminalno „podzemlje“ po pravilu dobro obavešteno i o aktivnostima drugih, a naročito rivalskih organizovanih kriminalnih grupa;
- 10) predmete povezane sa krivičnim delima, naročito one koji su dokaznog značaja, poput predmeta i sredstava izvršenja, plena iz krivičnog dela itd.;
- 11) informacije koje omogućavaju procenjivanje relevantnosti i pouzdanosti drugih izvora informacija o organizovanoj kriminalnoj grupi, gde su od posebne važnosti podaci na temelju kojih se može oceniti stepen kredibiliteta informatora, ali i svedoka saradnika, odnosno okrivljenog svedoka ili osuđenog svedoka;
- 12) podatke koji su od značaja za određivanje načina i vremena sprovođenja određenih dokaznih radnji, bilo onih koje su opšteg karaktera, kao što je pretresanje stana i lica, bilo drugih posebnih dokaznih radnji, gde spada u praksi posebno značajan i čest tajni audio i video nadzor;
- 13) identifikovanje potencijalnih svedoka u odnosu na kriminalne aktivnosti organizovane kriminalne grupe i njenih članova, kao i žrtava, odnosno oštećenih krivičnih delima pripadnika organizovane kriminalne grupe;
- 14) prikupljanje svih drugih konkretnih materijalnih dokaza,
- 15) pribavljanje ili pravljenje audio-video materijala koji može da posluži kao dokaz;
- 16) određivanje najpogodnijeg trenutka za lišavanje slobode svih ili određenih članova organizovane kriminalne grupe, kao i
- 17) sve druge relevantne informacije, što je po pravilu *questio facti* u svakom konkretnom slučaju.

5. STVARANJE O OČUVANJE LEGENDE POD KOJOM DELUJE PRIKRIVENI ISLEDNIK

Stvaranje adekvatne legende je od ogromnog i često ključnog značaja za buduće angažovanje prikrivenog islednika. Legenda je osnovni način prikrivanja pravog identiteta i svojstva prikrivenog islednika i ona predstavlja neku vrstu „maske“ pod kojom u organizovanoj kriminalnoj grupi deluje prikriveni islednik, te se svodi na lažni, tj. namerno izmenjeni i veštački kreirani „identitet“ prikrivenog islednika.

Legenda je izuzetno složenog karaktera i ne svodi se samo na „lažno predstavljanje“, odnosno niz lažnih identifikacionih podataka, poput imena i prezimena, nadimka i sl., već predstavlja neku vrstu kompleksnog i kompletnog veštačkog „kreiranja“ potpune druge i u stvarnosti nepostojeće osobe. Legendom se na kompleksan način ne samo prikriva pravi identitet prikrivenog islednika, već se njome istovremeno stvara i potpuno novi, a u stvarnosti nepostojeći „identitet“, odnosno faktički se „stvara“ novo i inače, nepostojeće lice.

Legenda obuhvata sledeće osnovne identifikacione aspekte: 1) *formalne aspekte* u vidu osnovnih identifikacionih podataka, kao što su ime i prezime, nadimak, ime na roditelja, mesto prebivališta, odnosno boravišta, mesto i vreme rođenja itd., te 2) *faktičke aspekte* u vidu odgovarajuće „kriminalne karijere“ i „kriminalne prošlosti“, kruga poznanika, životnih navika, određenog načina i čak „obrasca“ ponašanja i sl. Kreiranje tih osnovnih identifikacionih aspekata legende je složeno i zahteva izuzetno promišljen i pažljiv pristup. U osnovi je po pravilu, jednostavnije ostvarivanje formalnih identifikacionih aspekata legende, nego onih koji su faktičkog karaktera, ali se ti aspekti često i međusobno kombinuju.

Prilikom odabiranja formalnog lažnog identiteta budućeg prikrivenog islednika, važno je pažljivo odabrati ime i prezime, kao eventualno i nadimak. Prezime svakako mora da bude promenjeno, a kada je reč o imenu, tu dolazi u obzir i da se ono zadrži, naročito ako se radi o nekom imenu koje je relativno uobičajeno, tj. ima ga relativno veliki procenat populacije. Međutim, ako budući prikriveni islednik ima neko vrlo specifično i relativno retko ime, onda svakako i njega treba promeniti. Onda kada dolazi u obzir da se ime zadrži, argumenti u prilog toga su da tada postoji manji rizik od greške, kao kada bi se na primer, prikriveni islednik kome je „dodeljeno“ neko ime na koje se nije privikao, odazove kada čuje svoje pravo ime i sl. Obrnuto, zadržavanje pravog imena takođe ima i neke prednosti, kao na primer, kada bi prikrivenog islednika na ulici sreo neki poznanik koji bi ga oslovio pravim imenom. Naravno, takav rizik po logici stvari postoji i kada se radi o prezimenu, ali je on u tom pogledu značajno manji, jer se ljudi koji su poznanici ili prijatelji u rutinskoj i uobičajenoj komunikaciji daleko ređe međusobno oslovljavaju po prezimenu, nego po imenu. S druge strane, prikriveni islednik se uvek mora u potpunosti uživeti u svoj lažni identitet, što se odnosi i na njegove lične podatke, tako da bi u stvarnosti bilo veoma neuobičajeno da se obučeni i vešti prikriveni islednik, „olako odazove“ ili pokaže uznemirenje, kada ga neko oslovi njegovim pravim imenom, ili kada pomisli da mu se neko tako obraća.

Prikriveni islednik mora da veoma detaljno nauči sve elemente svoje lažne biografije do najsitnijih detalja, počev od lažnog boravišta i adrese, stručne spreme i

zaposlenja, podataka iz ličnih dokumenata, podataka o članovima porodice koji su izmišljeni (poželjno je da ima i fotografije žene i dece i sl), kao i relevantnih informacija o ljudima sa kojima komunicira, odnosno saraduje. Poželjno je da prikriveni islednik uz sebe osim lažnih dokumenata, poput putne isprave i lične karte, ima i druge neformalne materijale kojim se „dokazuje“ njegov lažni identitet, poput raznih računa, avionskih karata, priznanica, polisa osiguranja, članskih karti nekog sportskog kluba, kreditnih kartica i sl. Obrnuto, tokom svog angažovanja prikriveni islednik ne sme da ima pri sebi bilo kakav dokument, fotografiju i sl., što bi ukazivalo na njegov pravi identitet. U tom pogledu treba biti veoma pažljiv i izbeći svaku improvizaciju.

Bitan aspekt legende su i elementi „životne istorije“ prikrivenog islednika, što se odnosi na njegova životna iskustva, navike, obrazovni nivo i sl. U tom je pogledu najbolje da se što više elemenata iz stvarnosti uključi u legendu, jer samo tako prikriveni islednik može da bude kompetentan kao sagovornik u odnosu na teme koje uključuju elemente njegovog navodnog iskustva. Na primer, ako je u stvarnosti prikriveni isledni lovac ili ribolovac, on to može i treba da bude i u okviru svoje legende, osim ako to izuzetno nije prikladno ili adekvatno u konkretnom slučaju. Veoma je opasno da prikriveni islednik kao elemente svoje lažne biografije „ima“ iskustva koja u stvarnosti uopšte ne poseduje, jer tada postoji veliki rizik da bude otkriven ukoliko se pokrene razgovor o takvoj temi. Legenda i u tom pogledu treba da bude takva da s jedne strane, zvuči logično i uverljivo, a da s druge strane, prikriveni islednik bez većih problema i vrlo jednostavno, može da se u nju „uklopi“. To se odnosi i na način ponašanja prikrivenog islednika, elemente „životnog stila“, način oblačenja, žargon, način govora, fond reči, adekvatno korišćenje tzv. slenga, pri čemu treba imati u vidu i uobičajeni „način govora kriminalaca“, odnosno pripadnika organizovane kriminalne grupe, kao u stvari, osobene „subkulture grupe“ i sl.

6. UBACIVANJE („INFILTRACIJA“) PRIKRIVENOG ISLEDNIKA U KONKRETNU ORGANIZOVANU KRIMINALNU GRUPU

Infiltracija, odnosno „ubacivanje“ i „ulazak“ prikrivenog islednika u konkretnu kriminalnu organizaciju, odnosno organizovanu kriminalnu grupu, je od suštinske važnosti i presudnog značaja, ne samo za budući uspeh ili neuspeh prikrivenog islednika tokom svog tajnog angažovanja, već i za njegovu bezbednost, jer ako se pogreši u tom „prvom koraku“, to ne samo da će onemogućiti dalji angažman prikrivenog islednika, već nekada može dovesti i do fatalnih posledica po njega lično. Preduslov za uspešnu infiltraciju prikrivenog islednika u organizovanu kriminalnu grupu je prethodno pribavljanje svih relevantnih podataka o konkretnoj grupi i njenim članovima, bilo svim članovima, ako je reč o nekoj relativno manjoj grupi, bilo onima koji su najistaknutiji, kada se radi o velikoj grupi, koja se po logici stvari, može odlikovati i složenijim hijerarhijskim odnosima i kompleksnoj strukturi. Pre neposredne infiltracije u organizovanu kriminalnu grupu, neophodno je napraviti plan same infiltracije i delovanja prikrivenog islednika u organizovanoj kriminalnoj grupi, kao i stvoriti dobru legendu.

Posebno je važno imati sve bitne podatke o lideru organizovane kriminalne grupe, odnosno njenim članovima koji su na važnijim hijerarhijskim pozicijama i sa kojima će pre ili kasnije, a nekada i već u prvom kontaktu sa grupom (što zavisi kako od konkretnog zadatka, tako i od osobenosti same grupe ili konkretnih okolnosti), doći u kontakt prikriveni islednik. Po pravilu, kada se radi o složenijim i u „kriminalno-profesionalnom“ smislu, „ozbiljnijim“ organizovanim kriminalnim grupama, do kontakta prikrivenog islednika, bilo da se on pojavljuje u funkciji novog člana grupe, bilo lica koje je u određenim poslovnim vezama sa organizovanom kriminalnom grupom ili sa njom, odnosno njenim pripadnicima ostvaruje određenu saradnju, neće doći odmah, već tek nakon određenog „vremena proveravanja“ prikrivenog islednika, tokom kojeg će on kontakte imati isključivo sa određenim niže hijerarhijski pozicioniranim članovima organizovane kriminalne grupe.

Postoje dva osnovna oblika infiltracije prikrivenog islednika: 1) *plitka* ili površinska i 2) duboka ili *dubinska* infiltracija. Plitka infiltracija se sastoji u uspostavljanju relativno površnih veza sa konkretnom organizovanom kriminalnom grupom, odnosno pojedinim njenim članovima, što po pravilu, znači da prikriveni islednik ne postaje „član“ organizovane kriminalne grupe, već sa njom samo uspostavlja određene oblike saradnje, kao što je to na primer, kupovina ili prodaja droge ili oružja, davanje informacija i sl. Duboka infiltracija po pravilu podrazumeva da s jedne strane, prikriveni islednik sa organizovanom kriminalnom grupom ostvaruje daleko intenzivnije i dugotrajnije kontakte, a da on s druge strane, tada po logici stvari, najčešće i postaje „član“ takve grupe.

Površinska ili „plitka“ infiltracija je po pravilu, jednokratna i svodi se na konkretnu operaciju, često u kombinaciji sa simulovanim poslom, poput na primer, učestvovanja prikrivenog islednika u konkretnom slučaju krijumčarenja, transportu ili prodaji narkotika, kada se takva operacija brzo završava lišavanjem slobode njenih aktera, a time se okončava i angažman prikrivenog islednika u takvom konkretnom slučaju. Po logici stvari, takva „plitka“ infiltracija je, iako načelno zahteva kvalitetnu pripremu i pažljivu realizaciju, jer je i ona često skopčana sa ozbiljnim opasnostima po život i telesni integritet prikrivenog islednika, ipak značajno manje komplikovana i uglavnom daleko manje rizična od „duboke“, odnosno dubinske infiltracije, koja se svodi na čvršće „vezivanje“ prikrivenog islednika za organizovanu kriminalnu grupu koja je „meta“ njegovog angažmana, te u najvećem broju slučajeva podrazumeva da prikriveni islednik deluje u određenom, a nekada i dužem vremenskom periodu kao „član“ organizovane kriminalne grupe. U mnogim situacijama se podrazumeva prvo odgovarajuća „plitka“ infiltracija, koja služi da se zadobije poverenje organizovane kriminalne grupe, nakon čega sledi dubinsko prodiranje u nju.

Jedan od najpoznatijih primera takvog dubinskog prodiranja u organizovanu kriminalnu grupu je slučaj čuvenog *Džozefa D. Pistone-a*, agenta FBI-aja, koji je oko šest godina delovao u Bonano kriminalnoj porodici. Legenda ovog prikrivenog islednika se svodila, ne samo na njegov, sada već veoma poznat lažni identitet – *Doni Brasko*, već i na sve druge elemente potpuno „lažne“ ličnosti, koja je imala sve potrebne i poželjne osobine jednog mogućeg člana organizovane kriminal-

ne grupe.¹⁵ Naime, Doni Brasko se pre nego što je prodro u Bonano organizovanu kriminalnu grupu (familija Bonano), na kriminalnoj sceni pojavljivao kao relativno sitan kriminalac, ali koji zbog svoje inteligencije, hrabrosti i lojalnosti, svakako puno „obecavao“. On tako postaje interesantan Bonano organizovanoj kriminalnoj grupi, a naročito zahvaljujući tome što je sklopio blisko prijateljstvo sa jednim od najvažnijih članova te grupe, veoma poznatom i cenjenom revolverašu u tadašnjem kriminalnom podzemlju, koji ga je praktično, „uveo“ u porodicu Bonano.¹⁶ Tako je Pistone u stvari, sebe pretvorio u „mamac“, te se „nabacio“ Bonano porodici kao svojevrsni poželjni novi „kadar“ za „regrutovanje“ i „sveža krv“. Nakon čitavog niza slučajeva veoma uspešne *ad hoc* saradnje sa Bonano organizovanom kriminalnom grupom, Pistone uspeva da pod lažnim imenom Doni Brasko postane i formalni član Bonano organizovane kriminalne grupe.

Kako je Bonano porodica bila jedna od tradicionalnih grupa tiča „Koza Nostra“, odnosno spadala u klasičnu američku mafijašku organizaciju čiji su članovi uglavnom bili južnoitalijanskog porekla, ulazak Pistonea u takvu grupu je bio tradicionalan i formalan. On je morao da u prisustvu istaknutijih članova grupe položi ritualnu zakletvu, što je između ostalog, podrazumevalo i jedan skoro „magijski“ obred, kada mu je jedan od šefova nožem malo posekao dlan iz kojeg je nekoliko kapi krvi kapnulo na sliku jednog sveca, koju je Pistone držao u svojoj ruci i koja je potom zapaljena, a novi član organizovane kriminalne grupe je, otrešajući pepeo koji je ostao od karte, morao da izgovori svojevrsni zavet, koji se svodio na „kletvu“, po kojoj će i on sam izgoreti na isti način, kao i „svetac“, ukoliko izda svoju novu „braću“, odnosno kriminalnu organizaciju čiji je član tada upravo postao. Zahvaljujući informacijama koje je prikupio Pistone, delujući kao lažni „Doni Brasko“, otkriven je osnovni modus ubacivanja heroina na severnoameričko tržište, poznat kao „Pica veza“ (*Pizza Connection*), što je bila metaforična oznaka proizišla iz podataka da su se za krijumčarenje heroina pretežno koristile konzerve soka i pelata od paradajza, kao i pakovanja sira, navodno namenjeni lokalima i manufakturama u

15 Više o tome: C.Greig, *Criminal Masterminds – Evil Genius of the Underworld*, „Capella“, London, 2005, str. 110.

16 Kada je postalo jasno da je Doni Brasko u stvari, prikriveni islednik, odnosno tajni agent (*undercover agent*) FBI-aja i kada su potom, ubrzo usledila hapšenja brojnih članova Bonano porodice, bila je sasvim izvsna i sudbina čoveka koji je Braska, tj. Pistonea „preporučio“ za prijem u organizovanu kriminalnu grupu, koju je time praktično, izložio uništenju. U „svetu“ organizovanog kriminaliteta se takva vrsta neopreznosti i greške, ne prašta, a kazna za to je ista kao i za izdaju. On je ubrzo nestao bez traga i naravno, niko ne sumnja da je likvidiran, a sam Džozef Pistone koji i danas živi pod veoma ozbiljnim merama zaštite i promenjenog identiteta, je javno izjavljivao da mu je lično veoma žao što je njegov „prijatelj“ stradao zbog njegovog angažmana, ali da je to nažalost, deo „posla“, kako njegovog kao agenta FBI-aja, tako i žrtve, kao pripadnika miljea organizovanog kriminaliteta.

Inače, Pistone je napisao i knjigu u kojoj je opisao svoj poduhvat. I ovaj primer ukazuje na veoma složene psihološke, pa i moralne komponente angažovanja i delovanja prikrivenog islednika, koji često biva primoran i da ozbiljno „uprlja ruke“. Naime, Pistone je u konkretnom slučaju zaista uspostavio tople prijateljske odnose sa pripadnikom organizovane kriminalne grupe, koji je bio ključan činilac infiltracije u tu grupu, zadobio njegovo poverenje i onda ga praktično „izdao“, te u stvari, izložio likvidaciji. Bez obzira što je to učinjeno u okviru službenog zadatka i što je osnovni motiv nesporno plement, a to je uništenje opasne organizovane kriminalne grupe, ovakav čin je neminovno kod Pistonea izazvao ozbiljne moralne dileme, pa i izvestan stepen griže savesti.

kojima su se proizvodile pice.¹⁷ Zahvaljujući angažovanju Džozefa Pistonea, koji ne samo da je prikupio obilje materijalnih dokaza, već se kasnije pojavio i kao svedok u krivičnom postupku, više od sto članova Bonano organizovane kriminalne grupe je uhapšeno, optuženo i osuđeno.

Svakako osnovni preduslov za uspešno „ubacivanje“ prikrivenog islednika u organizovanu kriminalnu grupu je posedovanje svih relevantnih informacija kako o grupi uopšte, tako i o njenim bitnijim članovima. Ovo je od ogromne važnosti, jer neposedovanje takvih podataka može dovesti do razotkrivanja prikrivenog islednika i propasti cele akcije, ali to potencijalno može da ugrozi i sam život prikrivenog islednika. Kada se poseduju sve bitne informacije o organizovanoj kriminalnoj grupi i njenim članovima, potrebno je tome upodobiti elemente legende prikrivenog islednika. Na primer, ako je deo legende i odgovarajuća „kriminalna karijera“ prikrivenog islednika, odnosno njegova prošlost koja uključuje vršenje određenih krivičnih dela, posedovanje takvog „profesionalnog“ iskustva i sl., onda prikriveni islednik ne sme doći u situaciju da bude kompromitovan time što ne zna određene bitne pojedinosti neke kriminalne akcije u koju su bili uključeni pojedini članovi kriminalne organizacije u koju se infiltrira ili što nema dovoljno saznanja o nekom *modus-u operandi-u* koji je poznat članovima kriminalne organizacije. Slično ovome, ukoliko je deo legende i tvrdnja da je prikriveni islednik na primer, boravio u određenom zatvoru, onda taj deo legende može veoma lako da bude „provaljen“, ukoliko je u isto vreme u tom zatvoru bio neko od članova kriminalne organizacije, kada je tamo „navodno“ bio i prikriveni islednik, odnosno ukoliko je tada u tom zatvoru kaznu izdržavao neko drugi blizak organizovanoj kriminalnoj grupi. Ukoliko se takve konkretne informacije ne poseduju, onda je veliki rizik da angažovanje prikrivenog islednika propadne, što ne samo da bi predstavljao neuspeh u sprovođenju takve posebne dokazne radnje, već bi tada u krajnjoj liniji, u mnogim situacijama bio neposredno ugrožen i život prikrivenog islednika.

7. DELOVANJE PRIKRIVENOG ISLEDNIKA U ORGANIZOVANOJ KRIMINALNOJ GRUPI ILI U VEZI SA ORGANIZOVANOM KRIMINALNOM GRUPOM

Neposredno angažovanje prikrivenog islednika može da postoji u dva osnovna oblika: 1) *interno* – kada prikriveni islednik deluje kao „član“ organizovane kriminalne grupe i 2) *eksterno* – kada prikriveni islednik nije postao „član“ organizovane kriminalne grupe, ali sa njom ostvaruje određenu saradnju, odnosno ima kontakt „kriminalne“ prirode. Moguć je i mešoviti oblik angažovanja prikrivenog islednika – *eksterno-interne* prirode, koji se najčešće po pravilu i ispoljava u praksi. Ovi osnovni oblici delovanja prikrivenog islednika su naravno, povezani sa dva osnovna načina infiltracije prikrivenog islednika u organizovanu kriminalnu grupu: 1) površinskom, tj. „plitkom“ infiltracijom i 2) dubinskom, tj. „dubokom“ infiltracijom.

Uvek treba imati u vidu da oba oblika infiltracije nužno podrazumevaju određene početne probleme, „otpore“, teškoće, pa i svojevrsna iskušenja. Naime, iskusni

17 C.Greig, op.cit., str. 111 – 112.

kriminalci, članovi organizovane kriminalne grupe, po pravilu, nerado prihvataju „pridošlice“, te su skloni da i rutinski ispolje nepoverenje i sumnju u odnosu na njih. Prikriveni islednik mora uvek da ispolji visok stepen koncentracije u prvom kontaktu, naročito prilikom odgovaranja na konkretna pitanja i razgovor sa više učesnika, koji praktično „pomažu jedni drugima“, nekada i pokušavajući da „pridošlicu uhvate u zamku“.

Naročito je važno da prikriveni islednik brižljivo sačuva sve elemente svoje legende u čemu mu pre svega pomaže adekvatna i kvalitetna priprema, ali u nekim situacijama on mora da bude spreman i na odgovarajuću improvizaciju, kada najviše do izražaja dolaze kako njegove opšte sposobnosti, tako i prethodno obavljena priprema opšteg karaktera. Važno je da prikriveni islednik u prvom kontaktu ne pokazuje preveliku radoznalost, niti da deluje preterano zainteresovano za grupu, odnosno pojedine pripadnike. U tom je pogledu od ogromne važnosti samokontrola prikrivenog islednika i njegova sposobnost hladnokrvne i smirene procene svih relevantnih okolnosti.

Prikriveni islednik tokom svoga angažovanja, a naročito dubinskog, koje po logici stvari, podrazumeva da on postaje član organizovane kriminalne grupe ili sa njom, odnosno njenim članovima održava redovne kontakte, poslovno saraduje i sl, podrazumeva visok stepen samostalnosti u njegovom delovanju, ali i tokom takvog angažovanja prikriveni islednik mora povremeno da održava kontakte sa svojim pretpostavljenima, odnosno službom određene vrste. Preporučuje se postojanje određenog *tima za podršku prikrivenom isledniku i praćenje realizacije posebne dokazne radnje* čiji su osnovni zadaci da:

- 1) konstantno analizira i ocenjuje konkretno angažovanje prikrivenog islednika,
- 2) procenjuje stepen rizika za dalje angažovanje prikrivenog islednika i utvrđuje aktuelne i moguće faktore rizika u odnosu kako na sprovođenje takve posebne dokazne radnje, tako i posebno u pogledu same ličnosti prikrivenog islednika;
- 3) daje konkretne zadatke prikrivenom isledniku u okviru već započetog angažovanja, ili modifikuje neke od prethodno već postavljenih zadataka;
- 4) procenjuje postignuti uspeh u dotadašnjem angažovanju i dokazne „domete“ prethodno već sprovedenih aktivnosti u odnosu na organizovanu kriminalnu grupu i njene članove,
- 5) odlučuje koje bi nove informacije, bilo dokaznog, bilo operativnog značaja, trebalo da prikupi prikriveni islednik,
- 6) prosleđuje relevantne informacije prikrivenom isledniku i tokom njegovog angažovanja konstantno „razmenjuje“ sve relevantne informacije sa njim, te
- 7) donosi odluku o momentu kada treba da prestane konkretno angažovanje, što se uvek čini uz uzimanje u obzir dva osnovna činioca: a) stepena opasnosti po prikrivenog islednika ukoliko se nastavi sa angažovanjem, te b) načelne vrednosti i konkretnog dokaznog kredibiliteta do tada već prikupljenih dokaza zahvaljujući konkretnom angažovanju prikrivenog islednika.

Na čelu tima za podršku bi morao da bude veoma iskusan policajac, odnosno drugo ovlašćeno službeno lice, tj. pripadnik odgovarajuće službe, poput BIA-

e i VBA-e, koji je po mogućnosti i sam stekao odgovarajuće iskustvo i praktična znanja, radeći prethodno kao prikriveni islednik. Sam rukovodilac tima za podršku može istovremeno da bude i „osoba za vezu“ sa prikrivenim islednikom, a to može da bude i neki drugi član tima, što zavisi od konkretne procene, veličine tima i složenosti akcije o kojoj se radi.

Osoba za vezu sa prikrivenim islednikom mora da održava redovne kontakte sa prikrivenim islednikom, daje mu konkretne naloge i obaveštava ga po potrebi o rezultatima drugih dokaznih radnji koje se vrše u odnosu na konkretnu organizovanu kriminalnu grupu, kako bi time i dodatno usmerio njegovo angažovanje u pogledu određenih konkretnih ciljeva. Ta osoba takođe pomaže prikrivenom isledniku, ako se za tim ukaže potreba, kada mu skreće pažnju na moguće opasnosti i uopšte, sve uočene i prethodno u timu za podršku već pažljivo analizirane „destruktivne“ faktore u odnosu na njegov angažman. Uputstva koja se daju prikrivenom isledniku moraju da budu jasna i nedvosmislena, a zadaci koji mu se određuju u okviru njegovog angažovanja, moraju da budu veoma precizno određeni.

Prikrivenom isledniku se izlažu mogući alternativni „scenariji“ svih realno zamislivih situacija u kojima bi se mogao naći, bilo da se radi o potencijalnim opasnostima, bilo o mogućnostima za prikupljanje dokazno validnih informacija, te se detaljno razrađuju sve moguće varijante, kako bi se prikriveni islednik za njih unapred na najbolji mogući način pripremio i u psihološkom smislu prilagodio. To se čini sa *dva osnovna aspekta*: *prvo* – kroz odgovarajuće „problematizovanje“, tako što se pravi, odnosno formuliše određeni zamišljeni scenario, poput na primer, moguće konkretne opasnosti koja bi mogla da nastupi tokom angažovanja ili nastupanja neke „zgodne prilike“ za prikupljanje specifičnih dokaza i sl; te *drugo* – kroz određivanje načina na koji bi se nastali problem, odnosno nastupela situacija, mogli rešiti na najadekvatniji mogući način. Naravno, zahtev da se na ovaj način „obrade“ baš sve moguće situacije, bi svakako bio nerealan, odnosno utopijskog karaktera. To realno ipak nije moguće. Uvek tokom angažovanja prikrivenog islednika i njegovog delovanja u organizovanoj kriminalnoj grupi, može da nastane neka sasvim nova i potpuno neočekivana situacija, što konačno, mnoga iskustva iz prakse i pokazuju. Osnovni cilj je da sa kroz stvaranje ovakvih hipotetičkih „obrazaca“ na minimum smanji potreba za improvizacijama u konkretnim situacijama koje mogu da nastanu tokom angažovanja prikrivenog islednika, ali naravno, u nekim slučajevima se ni određene nužne improvizacije ne mogu izbeći, kada naravno, do izražaja u najvećoj meri dolazi ne samo obuka prikrivenog islednika, već i sve njegove opšte sposobnosti, te tada svojevrsni „ispit polažu“ i oni koji su učestvovali u selekciji i pripremi konkretnog lica za prikrivenog islednika, te sprovodili njegovu obuku.

Mesta sastajanja sa osobom za vezu moraju da budu vrlo pažljivo odabrana, tako da bi se minimizirala opasnost da takvo komuniciranje bude primećeno od strane pripadnika organizovane kriminalne grupe, odnosno „doušnika“ takve grupe ili da izazove sumnju. Preporučuje se redovna ili povremena promena lokacija, te izbor mesta koja neće da izazovu sumnju. Osoba za vezu i prikriveni islednik bi morali prethodno da razrade način komunikacije kada se za tim ukaže urgentna potreba, pri čemu se mogu koristiti i telefonski pozivi, odnosno SMS poruke, ali u nekim situacijama samo sa tzv. „specijala“ što u stvari znači, telefona za jednokrat-

nu upotrebu, jer kada se radi o „ozbiljnijim“ organizovanim kriminalnim grupama, treba imati u vidu da one često rutinski prisluškuju razgovore obavljane mobilnim telefonom, što danas u tehničkom smislu nije preterano zahtevno, niti suviše skupo.

Način govora i žargon prikrivenog islednika moraju da budu skladno prilagođeni pre svega, njegovoj legendi, ali i „očekivanjima“ članova organizovane kriminalne grupe u koju se infiltrira prikriveni islednik, odnosno u kojoj deluje, što nekada podrazumeva i posedovanje određenih „specifičnih znanja i veština“. Na primer, ako se radi o poslu primopredaje droge, poznato je da svaki i iole ozbiljniji i „profesionalniji“ diler narkotika dobro zna za „pravilo biznisa“ po kojem nikada „ne idu zajedno pare i roba“, pa ukoliko prikriveni islednik sugeriše takvu neku varijantu, on će se očigledno pokazati kao „laik“ u toj vrsti posla i time naravno, izazvati ozbiljnu sumnju kod dilera.

Život i delovanje u kriminalnoj sredini su po logici stvari, skopčani sa nizom ozbiljnih opasnosti, koje nekada mogu da nastupe i sasvim neočekivano, na šta u svakom trenutku mora da bude spreman i prikriveni islednik. Na primer, članovima organizovane kriminalne grupe uvek pretila potencijalna opasnost od drugih rivalskih organizovanih kriminalnih grupa i prikriveni islednik se sa tim mora suočavati, bez obzira što on u stvarnosti nije pravi „član“ organizovane kriminalne grupe u kojoj deluje, odnosno u pogledu čijih članova prikuplja dokazne informacije. Pored toga, nekada neke opasnosti mogu da nastupe i u situacijama koje su u potpunosti *ad hoc* tipa, kao kada na primer, tokom kontakta prikrivenog islednika sa dilerom droge, dođe do neočekivanog napada na njega, od strane narkomana ili bilo kojeg drugog kriminalca kojem se diler, kao osoba koja poseduje ili drogu ili novac dobio od prodaje droge, učini interesantnom „metom“ za razbojništvo.¹⁸

I čitav niz drugih aspekata povezanih sa uobičajenim i rutinskim aktivnostima prikrivenog islednika tokom njegovog angažovanja u organizovanoj kriminalnoj grupi, nužno zahteva i podrazumeva izuzetno visok nivo opreznosti. Tako na primer, prikriveni islednik u okviru svog angažovanja ne sme ni u kom slučaju da koristi svoj lični automobil, niti službeno policijsko vozilo, bez obzira što bi ono imalo „civilne“ tablice i naravno, svakako ne bi imalo oznaku MUP-a. Naime, policija sada raspolaže po pravilu, većim brojem vozila određenih marki i tipa, poput „Pežoa“ 307, 308 i 407, raznih tipova „Škode“ (najviše „Fabia“ i „Oktavia“), Fiata (pre svega „Punto“), kao i nekih modela „Folksvagena“ (najčešće „Golf“), tako da bi pojavljivanje prikrivenog islednika u nekom od tih automobila bilo veoma sumnjivo. I u budućće će, kada je o ovome reč, policija po pravilu, raspolagati samo ili pretežno automobilima određenog tipa, a naravno, takva vozila treba konsekvantno izbegavati za korišćenje u okviru angažmana prikrivenog islednika. Pored toga, u praksi su zabeleženi i slučajevi da su neki kriminalci angažovali svojevršno popisivanje automobila koji napuštaju policijske parkinge, a nažalost, treba imati u vidu da takve podatke kriminalcima mogu odati i korumpirani pripadnici policije. Naj-

18 U nekim od ovakvih situacija dolazi u obzir i da prikriveni islednik u krajnjoj nuždi učini „krivično delo“, odnosno delo koje je zakonom propisano kao krivično delo, ali koje tada, ukoliko su za to ispunjeni opšti zakonski uslovi (član 20 KZ), ne bi bilo krivično delo, jer bi bila isključena protivpravnost. Više o tome: M.Škulić, *Prikriveni islednik – zakonsko rešenje i neka sporna pitanja*, „Bezbednost“, br. 3/05, Beograd, 2005., str. 381– 382.

adekvatnije je da se za potrebe angažovanja prikriveno islednika iznajmi vozilo na lažno ime prikrivenog islednika (najbolje kod „Rent a car“ agencije), ili da se za te potrebe nabavi posebno vozilo koje ne pripada MUP-u, kao i da se izrade lažne registarske tablice i lažna saobraćajna dozvola. Naravno, ni u samom vozilu ne sme da bude bilo koji dokument ili predmet koji bi mogao da kompromituje lažni identitet prikrivenog islednika, a i ovde, slično kao što je to objašnjeno u pogledu čuvanja legende prikrivenog islednika, može biti korisno ako se u automobilu nalaze priznanice, druga dokumenta i sl., na lažno ime prikrivenog islednika. Slična pravila važe i u pogledu stanova koji se iznajmljuju za prikrivene islednike, gde je takođe, od ekstremno velike važnosti, da se konkretan stan ne može povezati ni sa policijom, odnosno drugim bezbednosnim službama, niti sa konkretnim prikrivenim islednikom, tj. važno je da u njemu nema ničega što bi moglo da ukaže na pravi identitet prikrivenog islednika.

Veoma je važno, ali i „osetljivo“ pitanje naoružavanja prikrivenog islednika, odnosno raspolaganja vatrenim ili eventualno, drugim oružjem tokom njegovog angažovanja. Zavisno od konkretne situacije, te pre svega, karakteristika, kako same organizovane kriminalne grupe u koju se infiltrirao prikriveni islednik, tako i elemenata njegove legende, treba rešiti i pitanje da li će on tokom angažovanja nositi oružje i koju vrstu oružja, ili će biti nenaoružan. Posedovanje oružja je s jedne strane, nekada neophodno radi lične bezbednosti prikrivenog islednika, koji tako stiče mogućnost da se zaštiti u nekim mogućim opasnim situacijama koje mogu da proizđu iz njegovog angažovanja i delovanja u organizovanoj kriminalnoj grupi, odnosno uopšte, u konkretnoj „kriminalnoj sredini“, dok je to s druge, strane, u nekim slučajevima apsolutno neophodno i kao deo održavanja o očuvanja legende, jer se od „kriminalca odgovarajućeg ranga“, kojeg „glumi“ prikriveni islednik, praktično očekuje da uvek bude na odgovarajući način i naoružan.

Naravno, kao što smo to već objašnjavali u prethodnom tekstu, sama upotreba oružja tokom angažovanja prikrivenog islednika, je složeno pitanje, koje se po pravilu, može rešavati pravilima krivičnog materijalnog prava koja se odnose na institut krajnje nužde ili nužne odbrane. Kada je reč o konkretnom izboru oružja, tu naravno, pre svega dolazi u obzir „kratko“, odnosno kratkocevno vatreno oružje, kao što su pištolji i revolveri. Treba izbegavati korišćenje, ne samo konkretnog, tj. „zaduženog“ službenog pištolja (što bi već na prvi pogled, bilo apsurdno), već i pištolja određenog tipa i marke, za koje je inače, karakteristično da se rutinski koriste u policiji, kao što je to u našim uslovima pre svega, pištolj „Crvena Zastava“ CZ-99 9mm para, ali i uopšte, druga oružja našeg nacionalnog proizvođača, osim eventualno, čuvenog „Tetejca“ („TT“), koji je još uvek, prilično popularan i među nekim kriminalcima. Treba imati u vidu i da kriminalci „višeg ranga“ pretežno koriste skuplje „varijante“ ručnog vatrene oružja, kao što su kompaktni pištolji marke „Glock“, eventualno čuveni „Džejmsbondovski“ pištolj malih dimenzija – „Valter PPK“ ili revolvere, poznatih marki kao što su „Smith & Wesson“ i „Colt“. Ručno vatreno oružje koje pri sebi ima prikriveni islednik, svakako ne bi trebalo da bude velikih dimenzija (jer takvo oružje ni inače, po pravilu, ne nose ni iskusni „kriminalci“), moralo bi da bude veoma pouzdano i precizno, te u kalibru koji se odlikuje solidnim balističkim karakteristikama, a pre svega, da poseduje dobru zaustavnu

moć. Pored toga, poželjno je da oružje, pre svega, pištolj, ima magacin koji prima veći broj metaka. Imajući u vidu te kriterijume, kao odličan izbor nameće se pištolj marke „Glock“ tip 26, poznat zbog svojih umanjenih dimenzija u odnosu na svog „starijeg brata“ i kao „Baby Glock“.

Boraveći u „kriminalnoj sredini“, prikriveni islednik se neminovno i po logici stvari, suočava sa mnogobrojnim iskušenjima, poput prethodno već objašnjavane situacije činjenja potencijalnog krivičnog dela, odnosno dela koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo. Osim toga, on će nekada biti u prilici da na primer, „proba“ drogu (naravno u sasvim maloj količini), da bi tako ocenio njen kvalitet. Tako nešto će nekada biti neizbežno, ali naravno, prikriveni islednik nikada ne sme zaista da upotrebljava drogu i on mora uvek da ima spreman „izgovor“ kojim objašnjava svoje distanciranje od upotrebe takvih zabranjenih psihoaktivnih supstanci, s obzirom da mnogi dileri narkotika spadaju i u korisnike supstanci kojima trguju. Donekle je stvar drugačija sa korišćenjem alkoholnih pića, jer se nekada, što je povezano i sa određenim socijalnim miljeom, subkulturom, pa i mentalitetom, od ljudi očekuje prigodna konzumacija alkohola, koji se kod nas i inače, smatra tzv. socijalno dopuštenom psihoaktivnom supstancom. Prikriveni islednik stoga, zavisno od konkretne situacije i svih relevantnih okolnosti, mora sam da proceni koji bi njegov odnos prema korišćenju alkoholnih pića tokom angažovanja u organizovanoj kriminalnoj grupi, odnosno prilikom svojih kontakata sa pripadnicima takve grupe, bio najadekvatniji, te ne bi doveo do ugrožavanja njegovog angažovanja ili ga čak, izložio opasnosti. Načelno bi korišćenje alkoholnih pića moglo da dovede do velikih problema i to treba imati u vidu, ali takođe, apriorno odbijanje prikrivenog islednika da apsolutno ne pije alkoholna pića, bi moglo da izazove sumnju. Prikriveni islednik stoga, mora da ima razumno objašnjenje zašto „ne preteruje“ sa alkoholom i on na primer, može uvek da objasni da se bavi sportom ili da ne želi da privlači pažnju policije ako bi vozio automobil pod uticajem alkohola i sl. U svakom slučaju, prikriveni islednik mora strogo da vodi računa, da i ako koristi alkoholna pića, onda kada proceni da je to adekvatno i da bi u suprotnom, izazvao sumnju, to čini na veoma razuman način, tako da ne dođe u situaciju koju ne bi do kraja mogao da kontroliše.

Osnovni cilj prikrivenog islednika je da tokom svog angažovanja u organizovanoj kriminalnoj grupi prikupi relevantne informacije, pre svega, one koje bi bile dokaznog karaktera, ali i podatke operativne prirode. On stoga, uvek mora da bude maksimalno fokusiran na taj primarni cilj, ali da pri tom, strogo vodi računa da u prvoj liniji očuva tajnost svog angažovanja, te da nepotrebnim rizikovanjem, ne ugrozi ni sebe, niti druga lica, kao ni načelnu konspirativnost posebne dokazne radnje u čijoj je realizaciji on sam ključni činilac.

7.1. Zabranjenost (nezakonitost) delovanja prikrivenog islednika u svojstvu „agenta provokatora“

Prikriveni islednik ne sme delovati u svojstvu tzv. agenta provokatora. U Zakoniku o krivičnom postupku je striktno propisano da je zabranjeno i kažnjivo da prikriveni islednik podstrekava na izvršenje krivičnog dela. Prema izričitoj zakonskoj

odredbi, prikriveni islednik *ne sme biti u ulozi tzv. agenta provokatora*. Zabranjeno je i kažnjivo da prikriveni islednik podstrekava drugog na izvršenje krivičnog dela.

Problematika „agenta provokatora“, je vrlo kompleksne prirode. Iako kod nas ne postoji takav institut, neki praktični obrasci u suzbijanju određenih vrsta krivičnih dela,¹⁹ ispoljavaju određene „dodire“ sa njim. To je posebno slučaj kada su u pitanju krivična dela primanja i davanja mita. Naime, ako bi se onaj od kojeg se davanje mita zahteva obratio policiji, odnosno javnom tužiocu, tada bi se po pravilu organizovala akcija, koja bi se svodila na simulovano davanje mita, pri čemu bi „davalac“ mita koji je po nalogu policije dao mito onome koji ga je tražio, uz npr. prethodno obeležavanje novčanica, organizovanje prisмотрe i sl., potom krivično ne bi gonio za krivično delo davanja mita, već bi se, ukoliko bi došlo do pokretanja krivičnog postupka, samo pojavio u ulozi svedoka.

Takođe, u praksi se dešavalo da policija sazna da određeno lice na primer, trguje drogom ili nelegalno proizvodi i pušta u promet psihoaktivne supstance, pa da onda organizuje akciju gde se pripadnik policije pojavljuje kao kupac, a onda neposredno pred realizaciju takve poslovne „transakcije“, ili dok je ona u toku, dolazi do lišavanja slobode prodavca droge. Kasnije, ako dođe do krivičnog postupka, policajac „kupac“ se eventualno poziva kao svedok, mada je bilo i slučajeva da je policija podnosila krivičnu prijavu protiv prodavca narkotika, a da se u njoj uopšte nije spominjao „kupac“, a ako bi se to pitanje u postupku i postavljalo, tvrdilo se ili da nameravane „kupovine“ nije ni bilo, ili čak, da je „kupac“ pobegao.²⁰

Na nivou pozitivnog zakonodavstva se sada ove situacije mogu rešavati drugačije, primenom posebne dokazne radnje simulovanih poslova, gde se sada, tj. u skladu sa pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku, i formalno omogućava simulovano davanje ili primanje mita. S druge strane, do sada primenjivana posebna dokazna radnja simulovanja pravnih poslova (u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku iz 2001. godine, sa novelama iz 2009. godine), u ovakvom slučaju nije bila primenjiva, jer se podmićivanje, ni inače, ne može smatrati „pravnim poslom“, pa ni „poslom“ uopšte. Sada zakonodavac (doduše uz pogrešan naslov, jer se tu ipak

19 Radi se pre svega o tzv. konsensualnim krivičnim delima, ili i drugim krivičnim delima „bez žrtve“, što je posebno karakteristično za krivična dela korupcije, ali i za druga krivična dela, kao što je to slučaj, sa onima koja se odnose na zabranjene psihoaktivne supstance. Više o tome: V.Delibašić, *Suzbijanje opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2014., str. 13 – 15.

20 Ovo se ponekad u kriminalističkoj teoriji objašnjava i na sledeći način: „U kriminalistici prevladava shvatanje da kod organizovanih kriminalaca postoji formirana volja za vršenje krivičnih dela koja ulaze u njihov *radius operandi* (npr. kod narkodilera raznih nivoa, trgovaca oružjem, lica sklonih korupciji). Ulazeći u „dil“ sa tim licima, policajac ne stvara odluku za vršenje krivičnog dela, zato što je oduka kod njih već ranije formirana“ i kako to objašnjava *Vodinić*, delovanje policajca na kriminalca (njegovu volju) u takvom slučaju nije „konstitutivno“, jer je takva volja postojala od ranije, već je ono „konstatujuće“. Više o tome: B.Simonović, *Kriminalistika* Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2004., str. 638. U stvari, u pogledu ovog pitanja ipak treba biti veoma oprezan, jer je u čisto krivičnopravnom smislu veoma teško moguće govoriti o „konstantno postojećoj volji da se izvrši krivično delo“, bez obzira što se na primer, može raditi o licu koje je ranije više puta osuđivano ili je u pitanju član organizovane kriminalne grupe i sl., a naročito je teško na generalan način objasniti pojam „lica koje je sklono korupciji“. Konačno, volja da se učini konkretno krivično delo i sama mora biti „konkretna“, tj. ticati se tačno određenog krivičnog dela.

ne radi o „poslu“), striktno u okviru posebne dokazne radnje simulovanja poslova, navodi i *simulovano podmićivanje* i to u oba njegova komplementarna vida; bilo simulovanje aktivnog podmićivanja – simulovano davanje mita, bilo simulovanje pasivnog podmićivanja – simulovano primanje mita.

Ovde bi trebalo imati u vidu da kada se simuluje bilo koji oblik krivičnog dela koje je *komplementarno*, onda onaj oblik dela koji se simuluje ne predstavlja krivično delo, jer nije protivpravan, što znači da kada se simuluje primanje mita, onda se to čini da bi se otkrilo i dokazalo davanje mita, isto kao što se obrnuto, simulacijom davanja mita, otkriva i dokazuje primanje mita. U kontekstu prethodno objašnjene prakse, kao i sa stanovišta određene dokazne logike, bilo bi znatno logičnije, ako se već želi, odnosno smatra adekvatnim uvođenje i ovakvog oblika formalne simulacije (a već smo objasnili da je u tom pogledu već decenijama ovo pitanje rešavano faktičkim načinom, tj. svojevrsnom *de facto* simulacijom), da se omogućava jedino *simulovano davanje mita* u odnosu na lice koje je mito prethodno zahtevalo, a ne i *simulovano primanje mita*, jer takav oblik simulacije s jedne strane, potencijalno podrazumeva znatno veći rizik od zabranjenog podstrekavanja na krivično delo, dok je s druge strane, po pravilu davanje mita u kriminalno-političkom smislu manje značajno.²¹

U prilog stava da naše pravo ni inače ne omogućava delovanje u svojstvu „agenta provokatora“ može se navesti: „Sporna je situacija kada je umišljaj lica koje vrši radnju podstrekavanja upravljen na to da izvršilac samo započne radnju izvršenja s ciljem njegovog hvatanja na delu pre nego što ga dovrši, zbog lakšeg dokazivanja dela. Reč je naime, o korišćenju tzv. agenata provokatora u suzbijanju određenih posebno opasnih oblika kriminaliteta (npr. terorizam, ilegalni promet drogom i dr.), što je u nekim zemljama, pod određenim uslovima, dozvoljeno. Ostavljajući po strani pitanje koliko je ovaj oblik borbe protiv kriminaliteta prihvatljiv sa aspekta sloboda i prava građana, polazeći od odredaba o saučesništvu i podstrekavanju, argument da agent provokator nije hteo da izvršilac prouzrokuje posledicu ne isključuje njegovu odgovornost kao podstrekača, naročito u slučaju ako dođe do dovršenja dela. Ni činjenica da motiv agenta provokatora nije kriminalan ne može isključiti njegovu odgovornost, već se može uzeti u obzir samo prilikom odmeravanja kazne.“²²

Prikriveni islednik ne može delovati kao „agent provokator“, jer je zabranjeno i kažnjivo da on podstrekava na činjenje krivičnih dela. Provociranje na izvršenje krivičnog dela je u svetu posebno vezano za delikte u vezi zloupotrebe narkotika, odnosno njihov nelegalan promet, ali takođe i za druga dela koja uključuju krijumčarenje i nezakonitu trgovinu određenom robom, kao na primer, nelegalan promet oružja. U SAD se u tu svrhu koriste policajci na posebnom tajnom zadatku, tj. učesnici u specijalnim tajnim operacijama – tzv. *undercover agenti*, što je u osnovi veoma slično prikrivenom isledniku (istražitelju) koga poznaju evropska zakonodavstva. Međutim, u SAD je za ovakve svrhe moguće korišćenje i policijskih došnika (informatora), koji se u saradnji sa policijom nekada opremaju i uređajima za prislušivanje, pa se onda i tonska traka koristi kao dokaz. U tom pogledu su

21 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. 64.

22 Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Beogradu i „Pravna knjiga“, Beograd, 2013., str. 276.

npr. karakteristične aktivnost DEA-a (*Drug Enforcement Administration*), posebne američke organizacije koja se bavi suzbijanjem nelegalne trgovine narkoticima, a pri tom njeni agenti deluju kako na tlu SAD, tako i širom sveta, te pri tom koriste kako sve standardne policijske metode, tako i načine delovanja koji su više karakteristični za tajne obaveštajne službe, a koji su u njenom radu čak pretežniji.

Obrnuto od prethodno iznetog primera iz komparativnog prava, ako bi prikriveni islednik suprotno zakonskoj zabrani podstrekavao neko lice na vršenje krivičnog dela, on bi mogao da odgovara kao podstrekač, bez obzira što je eventualno delovao u okviru svog zadatka, tj. u svojstvu prikrivenog islednika, jer bi time prekorao svoja ovlašćenja, te prekršio izričitu zakonsku zabranu. Odgovornost prikrivenog islednika bi se tada zasnivala na opštim pravilima krivičnog prava (član 34 KZ), a njegova uloga u krivičnom delu bi postojala u dva oblika: 1) mogao bi da odgovara kao izvršilac određenog krivičnog dela u situaciji kada samo po sebi, podstrekavanje predstavlja posebno krivično delo, odnosno kada je njegova radnja podstrekavanja istovremeno radnja izvršenja određenog dela; 2) mogao bi da odgovara kao podstrekač i to u dva modaliteta: a) ako je delo na koje je podstrekavao izvršeno i b) ukoliko delo na koje je podstrekavao nije ni pokušano, a radi se o krivičnom delu čiji je pokušaj po zakonu kažnjiv, kad bi se kaznio kao za pokušaj krivičnog dela (član 34 stav 2 KZ).

Inače, po logici stvari bi prikriveni islednik radnju podstrekavanja mogao preduzeti na bilo koji od načina koji su inače podobni da kod drugog lica stvore ili učvrste volju da učini krivično delo, što bi po pravilu i prema uobičajenom krivičnopravnom rezonovanju, moralo da bude odgovarajuće *aktivno delovanje*. To znači da iako inače, „pojedini autori nalaze da i podstrekavanje nečinjenjem dolazi u obzir“, treba smatrati da podstrekavanje nečinjenjem nije moguće,²³ pa se to naravno, odnosi i na prikrivenog islednika.

7.2. Izvršenje (činjenje) krivičnog dela od strane prikrivenog islednika

S obzirom da je, kao što smo to prethodno objasnili, izričitom zakonskom normom zabranjeno da prikriveni islednik podstrekava krivično delo, on nikako ne može delovati kao podstrekač, odnosno, ukoliko bi tako postupio, izložio bi se krivičnom gonjenju i kažnjavanju, ali se postavlja pitanje da li on u okviru svog angažmana može učiniti krivično delo, odnosno izvršiti ga ili učestvovati u njegovom izvršenju kao saizvršilac, ili pomoći da se krivično delo izvrši. Moglo bi se s jedne strane, poći od polaznog stava da ako zakonodavac zabranjuje podstrekavanje, tim pre zabranjuje i čini kažnjivim izvršilaštvo i saizvršilaštvo (jer se podstrekač kažnjava isto kao i da je izvršio krivično delo), pa i pomaganje – koje je lakši oblik saučesništva u užem smislu, jer se pomagač kažnjava kao da je sam izvršio delo, ali se može i blaže kazniti. Moglo bi se poći i od stava, da ukoliko ovo pitanje nije izričito rešeno pravilima ZKP-a, koja se odnose na odgovarajuću striktnu zabranu u odnosu na prikrivenog islednika (kao što ona postoji u pogledu podstrekavanja na izvršenje krivičnog dela), mora se rešavati prema opštim pravilima krivičnog prava. Nama se

23 Više o tome: I.Vuković, *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013., str 392 – 393.

čini da ovo drugo shvatanje ima više opravdanja, ali da je pitanje inače veoma komplikovano, a u svetlu uloge koju ima prikriveni islednik i izuzetno osetljivo.

Ukoliko prikriveni islednik izvrši, odnosno učini (kao izvršilac, saizvršilac, podstrekač ili pomagač) krivično delo, nevezano sa svojim angažmanom u svojstvu prikrivenog islednika, to pitanje se naravno, rešava prema opštim pravilima i tu u suštini nema nikakvih specifičnosti. Do ovakve situacije bi došlo ako lice tokom svog delovanja u svojstvu prikrivenog islednika i pod promenjenim identitetom učini neko krivično delo, ali bez veze sa njegovim profesionalnim angažmanom u svojstvu prikrivenog islednika u odnosu na organizovanu kriminalnu grupu, odnosno radi otkrivanja, dokazivanja ili sprečavanja krivičnog dela organizovanog kriminala, radi čega je i došlo do njegovog angažmana. Međutim, slično kao što smo to već objašnjavali u vezi pravila iz nemačkog krivičnog postupka, može se postaviti pitanje kako postupiti ukoliko je prikriveni islednik učinio krivično delo, da bi time sprečio otkrivanje njegove uloge i identiteta. Na primer, učestvuje u izvršenju iznude, jer bi odbijanjem da bude učesnik u izvršenju tog dela, otkrio svoje pravo svojstvo, ili čak izvrši i neko teže krivično delo, npr. ubistvo i sl. Takođe je moguća i situacija koja bi se u praksi verovatno češće mogla dešavati, da prikriveni islednik ne učini ništa u cilju sprečavanja određenog krivičnog dela, da time ne bi otkrio svoju ulogu. Mišljenja smo da se obe ove situacije, a posebno ona prva, kada sam prikriveni islednik direktno učestvuje u izvršenju krivičnog dela, odnosno izvršava ga, mogu rešavati jedino u skladu sa opštim krivičnopravnim pravilima koja se odnose na krajnju nuždu.

S druge strane, ovde se postavlja pitanje da li su ispunjeni svi zakonski uslovi za postojanje krajnje nužde, a pre svega, da li se radi o *neskrivljenoj*, odnosno *neizazvanoj opasnosti*. Nije li samim tim što deluje u organizovanoj kriminalnoj grupi, prikriveni islednik „skrivio“, tj. prouzrokovao opasnost u kojoj se nalazi ?

Smatramo da samo po sebi, angažovanje prikrivenog islednika, iako je ono nesporo „opasno“, ipak ne predstavlja skrivljenu opasnost. Naime, prikriveni islednik deluje vršeći svoju zadatak, odnosno svoju službenu dužnosti i iako se radi o opasnom zadatku, to ne znači da je on sam skrivio, odnosno izazvao takvu opasnost, već se svodi na njegovo izlaganje opasnosti u okviru vršenja službene dužnosti, pa iz toga proizlazi da je ispunjen uslov „neskrivljenosti“ u odnosu na opasnost, kada je reč o mogućem delovanju u krajnjoj nuždi. Tek onda kada bi u okviru svog angažmana, prikriveni islednik skrivio neku dodatnu opasnost, on u skladu sa opštim krivičnopravnim pravilima, ne bi imao pravo da tu opasnost otklanja činjenjem krivičnog dela u krajnjoj nuždi.

To znači da prikriveni islednik ne čini krivično delo ukoliko je odgovarajuću radnju kojom je prouzrokovao krivičnopravno relevantnu posledicu, preduzeo da bi time od sebe ili drugog otklonio istovremenu neskrivljenu opasnost koja se na drugi način nije mogla otkloniti, a pri tom učinjeno zlo nije veće od zla koje je pretilo.²⁴ Takođe, shodno opštim pravilima, ako prikriveni islednik izazove opasnost iz nehata, ili prekorači granice krajnje nužde, on se tada smatra učiniocem krivičnog dela,

24 Više o tome: M.Škulić, *Krivično delo prikrivenog islednika učinjeno u krajnjoj nuždi*, „Pravni život“ br. 9, Beograd, 2005, str. 661 – 690.

ali se može blaže kazniti, a ako je do prekoračenja došlo pod osobito olakšavajućim okolnostima, on može da bude i oslobođen kazne.

Međutim, ovde se može postaviti pitanje da li je prikriveni islednik bio dužan da se izloži opasnosti, jer „nema krajnje nužde ako je učinilac bio dužan da se izlaže opasnosti“? Na prvi pogled se čini nespornim da prikriveni islednik, koji je po profesiji policajac, svakako ima dužnost izlaganja opasnosti. To tako i jeste u drugim uobičajenim slučajevima, ali smatramo da se ta dužnost ne odnosi na situaciju u kojoj se on nalazi tokom svog tajnog angažmana u kriminalnoj sredini. Ovo važi samo za radnju izvršenja krivičnog dela i radnju pomaganja, jer je prikrivenom isledniku striktno zabranjeno da deluje kao podstrekač, a mimo ovoga i inače bi bilo prilično neuobičajeno, pa i realno teško zamislivo, da se podstrekava u krajnjoj nuždi.²⁵

S jedne strane, ni dužnost izlaganja opasnosti nije apsolutna, te tako ona ne postoji ako je u odnosu na lice koje je dužno da se izlaže opasnosti, bilo sasvim izvesno da će doći do njegove smrti.²⁶ Pored toga, prikriveni islednik svoju dužnost izlaganja opasnosti primarno ispunjava time što deluje prikriveno u okviru same grupe, on tada nema i dodatnu dužnost mimo onoga što je njegov primarni zadatak, ukoliko bi ispunjenjem takve dužnosti proizveo teške posledice i to ne samo što bi zahvaljujući tome bila otkrivena njegova prava uloga, već i što bi se tako lično izložio dodatnoj opasnosti po život i telo. Ta *dodatna (pridodata) opasnost*, mada proizlazi iz profesionalnog angažmana prikrivenog islednika, suštinski prevazilazi njegovu profesionalnu dužnost. Naravno, u ovakvoj proceni treba biti veoma oprezan, tako da načelno, prikriveni islednik mora da bude svestan da ne poseduje nikakav poseban zakonski osnov koji bi mu omogućavao da tokom svog prikrivenog delovanja, nekažnjeno vrši krivična dela.

Međutim, obrnuto, prikriveni islednik takođe treba da poseduje i svest da ako u nekom krajnje izuzetnom slučaju bude primoran da ipak izvrši (učini) krivično delo, što bi važilo pre svega, ukoliko bi mu u suprotnom bio direktno ugrožen život, ili ukoliko je njegov zadatak od velike važnosti za spasavanje života ili zdravlja ljudi, neće biti rutinski krivično gonjen, već će se imati u vidu sve okolnosti u kojima je delo učinio, te će se primeniti pravila koja se odnose na krajnju nuždu, ukoliko su za to ispunjeni potrebni zakonski uslovi. Ovo pre svega važi za situaciju u kojoj je potpuno izvesno da bi određena posledica nastupila čak i da se prikriveni islednik uzdržao od učestvovanja u izvršenju krivičnog dela, a da bi tada, uz to bila otkrivena i njegova uloga, te bi zahvaljujući tome on sam bio ubijen ili teško telesno povređen, a njegov zadatak samim tim neuspešno okončan. S obzirom da se u praksi ipak može tumačiti i da je prikriveni islednik dužan da se izlaže opasnosti, kada ne

25 Doduše, takav bi se primeri mogao zamisliti baš kada je reč o složenim i hijerarhijski striktno ustrojenim kriminalnim organizacijama, što podrazumeva više „komandnih“ nivoa, gde u obzir dolazi svojevrсно *indirektno podstrekavanje*. Tako bi na primer, prikriveni islednik, koji se nalazi na odgovarajućem mestu na hijerarhijskoj lestvici kriminalne organizacije u kojoj deluje, u određenoj situaciji (shodno poznatom sistemu „komandnog lanca“ i „tampona“ koji štiti lidera i visoko hijerarhijski pozicionirane članove organizacije), mogao da bude u prilici da prenese naređenje nekog hijerarhijski višeg člana organizacije ili samog lidera, drugom hijerarhijski nižem članu organizacije, ili budućem neposrednom izvršiocu krivičnog dela. Tada bi takvo „naređenje“ praktično predstavljalo vid (posrednog) podstrekavanja na krivično delo.

26 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 156 – 157.

bi došla u obzir primena pravila o krajnjoj nuždi (osim u slučajevima kada je prema okolnostima slučaja bilo sasvim izvesno da bi u suprotnom, on izgubio život), smatramo da bi bilo dobro da se ovo pitanje izričito reguliše zakonskim pravilima.

Kao što je to prethodno objašnjeno, smatramo nespornim da prikriveni islednik može delovati u krajnjoj nuždi, a inače, prema opštim pravilima, on bi svakako mogao postupati i u nužnoj odbrani tokom svog službenog insajderskog angažmana u organizovanoj kriminalnoj grupi, što je i inače, daleko manje podložno bilo kakvom restriktivnijem tumačenju u smislu da mu se i to pravo limitira, jer se kod nužne odbrane ne zahteva apsolutna neskrivljenost napada,²⁷ već je samo potrebno da se radi o protivpravnom napadu.²⁸

8. ISPITIVANJE PRIKRIVENOG ISLEDNIKA KAO SVEDOKA

Po pravilu bi trebalo izbegavati ispitivanje prikrivenog islednika kao svedoka. U prilog tome govori čitav niz razloga, počev od onih koji su bezbednosnog karaktera, pa do onih koji se temelje na procesno-dokaznom rezonu. Naime, prikrivenom isledniku stoje na raspolaganju izuzetno brojne mogućnosti da tokom svog angažovanja prikupi načelno veoma kredibilne materijalne dokaze, a u obzir dolazi i kombinovanje sa drugim posebnim dokaznim radnjama, kao što su tajni audio-video i kontrolisana isporuka. To znači, da ukoliko je prikriveni islednik svoj zadatak kvalitetno obavio, te ako su obezbeđeni materijali dokazi, odnosno isprave, snimci i sl., onda načelno, uopšte nije ni potrebno da se prikriveni islednik potom, još i ispituje kao svedok, tim pre što ga sprovođenje takve „klasične“ dokazne radnje, s jedne strane, može izložiti opasnosti, te on pored toga, zahvaljujući pojavljivanju u svojstvu svedoka može biti i „potrošen“ za eventualne buduće zadatke, odnosno novo angažovanje, a s druge strane, kako se prikriveni islednik ispituje pod šifrom, odnosno kao „neidentifikovani“ svedok, dokazna vrednost njegovog iskaza je shodno zakonskim odredbama (odluka suda se ne može zasnivati samo na iskazu prikrivenog islednika), ali i faktički, i inače, značajno limitirana. Međutim, ne samo da je u Zakoniku propisana takva mogućnost, već je to nekada ipak neophodno. Pozivanje i ispitivanje prikrivenog islednika kao svedoka će pre svega, biti potrebno kada se pojavi odgovarajući ozbiljni stepen sumnje u pravnu valjanost pribavljenih dokaza tokom njegovog angažmana i zahvaljujući tome, pa je potrebno takvu sumnju proveriti, odnosno potvrditi ili negirati, uzimanjem iskaza od samog prikrivenog islednika u odnosu na okolnosti koje se odnose na način pribavljanja dokaza, konkretne postupke i sl.

Prilikom ispitivanja prikrivenog islednika kao svedoka, potrebno je da se posebno obrati pažnja na sprečavanje da se otkrije njegov identitet. Naime, u Zakoniku je propisano da se on ispituje pod „šifrom“, čime je ustanovljen jedini slučaj po-

27 Kako to objašnjava citirani autor (*Z.Stojanović*), protivpravnost napada znači da je napad „protivan normama pravnog sistema, procenjujući ga objektivno, a ne sa aspekta napadača“, tako da napadač može biti i lice kod kojeg ne postoji svest o protivpravnosti napada.

28 Više o tome: *Z.Stojanović Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2013., str. 88.

jave „anonimnog svedoka“ u našem krivičnom postupku, a omogućena je i primena zakonskih pravila koja se inače, odnose na zaštitu svedoka, što sve ukupno stvara, dovoljno formalnih uslova da se „sačuva“ tajnog identiteta prikrivenog islednika. Međutim, to samo po sebi nije dovoljno, ako se prilikom ispitivanja prikrivenog islednika kao svedoka u konkretnom slučaju, ne obrati pažnja na pitanja koja mu se postavljaju, jer neka od tih pitanja, odnosno odgovori koji bi se na njih dali, bi indirektno mogli da dovedu do „razotkrivanja“ identiteta prikrivenog islednika. To načelno važi za obe glavne vrste stranačkog ispitivanja, kako osnovno, tako i unakrsno, ali će po logici stvari, biti pogrebno pokazati pojačanu opreznost kada se radi o unakrsnom ispitivanju, tokom kojeg su dozvoljena i sugestivna pitanja, a koje bi po logici stvari, u praksi moglo da bude prilično „agresivno“ u odnosu na prikrivenog islednika koji se ispituje kao svedok. Takođe, po logici stvari će prikrivenog islednika kao svedoka u najvećem broju slučajeva osnovno ispitivati javni tužilac, dok bi ga odbrana ispitivala unakrsno, ali nije nemoguće ni da ispitivanje prikrivenog islednika kao svedoka predloži odbrana, onda kada je javni tužilac smatrao da takvo ispitivanje u konkretnom slučaju nije potrebno, a sud ipak prihvati predlog odbrane, odnosno okrivljenog ili njegovog branioca. U takvom bi slučaju ti subjekti u funkciji odbrane prvo osnovno ispitivali kao svedoka prikrivenog islednika, a onda bi ga unakrsno ispitivao javni tužilac. U takvoj situaciji bi javni tužilac, koji inače nije ne smatrao da je potrebno kao svedoka ispitati prikrivenog islednika, najadekvatnije postupio, ako bi potpuno odustao od unakrsnog ispitivanja, osim ako bi ono bilo neophodno radi „pariranja“ u odnosu na određena pitanja odbrane postavljena tokom osnovnog ispitivanja.

9. PRIPREMANJE PRIKRIVENOG ISLEDNIKA ZA NOVE ZADATKE I PRILAGOĐAVANJE „REDOVNOM“ NAČINU ŽIVOTA

Nakon što je završeno njegovo službeno i vrlo specifično angažovanje, prikriveni islednik se mora *vratiti u stvarnost*. Nikada ne treba zaboraviti da je prikriveni islednik tokom svog tajnog angažovanja u organizovanoj kriminalnoj grupi, određeno vreme, zavisno od trajanja i intenziteta svog zadatka, intenzivno „živeo“ drugi život, odnosno „živeo životom drugog čoveka“ i to osobe koja je pripadnik kriminalnog miljea, odnosno „sveta“ organizovanog kriminaliteta. Takva vrsta „dvostrukog“ života neminovno, bez obzira na čvrstinu karaktera prikrivenog islednika, njegovo životno iskustvo, kvalitet obuke, stepen rezistentnosti na razna i mnogobrojna „iskušenja“ tokom tajnog angažmana i sl., neminovno ostavlja određene „tragove“ i posledice u psihološkom smislu.

Kao što je prethodno već objašnjeno, psihološki uticaj kriminalne sredine se nikada ne može potpuno izbeći, niti postoje osobe koje su baš uvek i apsolutno imune na raznovrsna iskušanja koja se mogu pojaviti tokom dužeg boravka u takvoj sredini. Pretpostavka je naravno, da će prikriveni islednik koji je prethodno pažljivo selekcionisan za tu dužnost i konkretan zadatak, te prošao odgovarajuću obuku i pripremu, biti sposoban da „odoli“ takvim uticajima, te bude otporan na

tzv. kriminalnu infekciju, ali ni to ne isključuje činjenicu da i tada u odnosu na njega nastupaju vrlo ozbiljne psihološke, pa i druge posledice, usled dužeg boravka u kriminalnoj sredini, te redovnog kontakta sa članovima organizovane kriminalne grupe i uopšte, ljudima iz kriminalnog miljea. Sam po sebi taj kontakt, zbor prirode ljudske psihe i činjenice da je čovek primarno „društveno biće“, uvek ostvaruje duboke uticaje.²⁹

Povratak prikrivenog islednika u „normalan“ život se svodi na svojevrsan proces njegove „reintegracije“ u uobičajene životne okolnosti, nakon što je njegov angažman u organizovanoj kriminalnoj grupi završen. Duži boravak u organizovanoj kriminalnoj grupi može biti praćen i velikim stresom nakon što je angažman završen. Prikriveni islednik može imati napade panike i straha, doživljavati velika uzbuđenja bez očiglednog razloga, biti depresivan, ili manično-depresivan, patiti od nesаницe i sl. Svi ovi problemi mogu dovesti i do drugih ozbiljnih problema u kontaktu sa članovima porodice, kolegama i uopšte u socijalnoj sredini, zbog čega je nekada neophodno da se prikrivenom isledniku posle završenog zadatka, a u okviru procesa reintegracije, pruži i odgovarajuća psihološka podrška.

Prikriveni islednik koji je dugo boravio u organizovanoj kriminalnoj grupi, a naročito ako je zahvaljujući njemu, takva grupa uništena ili bitno oslabljena, je praktično u velikoj meri „potrošen“ i on po pravilu, ne bi ni trebalo da se više koristi za takvu vrstu zadatka, jer to ne samo da bi za njega bilo veoma rizično, već ni on, nakon velikog uspeha koji je postigao, u velikoj meri ni bi imao pravu motivaciju ili bi lakše mogao da pogreši. I inače, prikriveni islednici se moraju veoma pažljivo angažovati i sa time ne bi trebalo preterivati, što i inače, važi kao opšta konstatacija kada su u pitanju posebne dokazne radnje, a naročito one čija je realizacija ne samo skupa i složena, već i skopčana sa velikim rizikom.

Promena „uloga“ često nije laka ni profesionalnim glumcima, a načelno je veoma teško, menjati „uloge“ koje se odnose na angažovanje prikrivenog islednika, kada se zna koji je ulog u pitanju i koje su moguće konsekvence svake greške u takvoj vrsti „glume“.

10. ZAKLJUČAK

Posebne dokazne radnje se često označavaju kao *specijalne dokazne tehnike*, odnosno *specijalne istražne tehnike* i predstavljaju određene načine prikupljanja dokaza koji su po svom karakteru atipični, te se primenjuju samo u odnosu na neka krivična dela, koja su *s jedne strane*, veoma teška, odnosno ozbiljna, kako u fak-

29 Bez obzira što prikriveni islednik nije sam „bira“ društvo u kojem se obreo, odnosno ljude sa kojima će se „družiti“ i kontaktirati i ovdje na izvestan način, važi narodna poslovice – „s kim si – takav si“, što naravno ne treba shvatiti u bukvalnom smislu, ali takav rezon svakako može da se primeni u smislu uticaja koji neposredno ili posredno, a nekada čak i latentno na prikrivenog islednika mogu da ostvare ljudi sa kojim se „po prirodni“ svog angažovanja, on redovno sretao, sa kojima je komunicirao, ostvarivao niz poslovnih i drugih kontakata i sl. U prethodnom tekstu smo ovo ilustrovali i jednim „istorijskim primerom“ prijateljske veze koju je čuveni Džozef Pistone, koji je pod imenom Doni Brasko delovao kao prikriveni islednik (*undercover agent*), ostvario sa jednim inače, veoma opasnim pripadnikom organizovane kriminalne grupe, koji ga je „uveo u posao“.

tičkom pogledu s obzirom na posledice koje prouzrokuju u jednom opštem životnom smislu, tako i u krivičnopravnom pogledu, s obzirom na kaznu koja je za njih propisana, dok se s *druge strane*, takva dela zahvaljujući nekim njihovim fenomenološkim karakteristikama, te psihološkim i drugim osobinama njihovih učinilaca, veoma teško otkrivaju, razjašnjavaju i dokazuju korišćenjem uobičajenih, odnosno redovnih dokaznih metoda.

Ratio legis ustanove prikrivenog islednika je povezan sa opštim *ratio legis-om* kreiranja posebnih pravila koja se odnose na organizovani kriminalitet, a u određenoj meri i na neka od „posebno teških krivičnih dela“. Naime, zbog prirode tih krivičnih dela i njihovih učinilaca, uobičajeni dokazni metodi i načini se ne pokazuju dovoljno efikasnim, a „entuzijazam“ potencijalnih svedoka u pravcu davanja iskrenog i procesno upotrebljivog iskaza, je značajno umanjen, dok je potreba službenih aktera krivičnog postupka za procesnim korišćenjem lica koja imaju određene dokazne informacije u vezi delatnosti kriminalne organizacije „iznutra“ (od tzv. insajdera), veoma izražena. Ovo je dovelo do neophodnosti kreiranja procesnih mehanizama koji će omogućiti prevazilaženje u mogućoj meri svih okolnosti koje utiču na aktuelan dokazni „deficit“, posebno kada su u pitanju lica koja se mogu saslušati kao svedoci, a poseduju saznanja do kojih su došli u neposrednom kontaktu sa pripadnicima kriminalne organizacije. Jedna od tih mogućnosti se odnosi na institut okrivljenog saradnika (nekadašnji svedok saradnik), a druga se odnosi na prikrivenog islednika. Obe kategorije ovih lica, ukoliko se saslušavaju kao svedoci, predstavljaju tzv. insajdere, tj. osobe koje dolaze neposredno iz *strukture same kriminalne organizacije*. Radi se o licima koja su bila stvarni (nekadašnji svedok saradnik, a sada *okrivljeni saradnik*), ili lažni, odnosno fingirani članovi kriminalne organizacije (*prikriveni islednik*).

Svojsvo svedoka je kod okrivljenog saradnika konstitutivni element njegovog procesnog položaja, jer on prema svom pojmu pre svega i jeste svedok (mada u osnovi, istovremeno ima i bitna procesna svojstva okrivljenog), dok je ispitivanje prikrivenog islednika kao svedoka, samo moguće, ali ne i obavezno. Naravno, okrivljeni saradnik je prethodno delovao kriminalno, ali je potom ispunio potrebne uslove da umesto okrivljenog postane svedok u krivičnom postupku, dok je prikriveni islednik delovao na temelju određenog zakonskog osnova, tj. uz prethodno ispunjenje svih potrebnih formalnih i materijalnih uslova predviđenih Zakonikom o krivičnom postupku, zbog čega je striktno i isključena protivpravnost njegovih aktivnosti. Pored toga, okrivljeni saradnik, kao što je to i inače tipično za većinu svedoka, u vreme dešavanja događaja o kojima će kasnije davati iskaz kao specifičan „svedok“, najverovatnije nije imao predstavu, ili bar o tome nije produbljenije razmišljao, da će takva svoja saznanja u nekom budućem periodu, iznositi u vidu svog iskaza u svojstvu tzv kooperativnog svedoka. Obrnuto, prikriveni islednik koji deluje unutar kriminalne organizacije, ili u kontaktu sa pripadnicima kriminalnih organizacija, unapred pouzdano zna, da postoji mogućnost, ili čak izrazita izvesnost, da bude pozvan i ispitivan kao svedok o okolnostima koje je tom prilikom opazio, odnosno činjenicama koje je prilikom svog prikrivenog angažovanja saznao. Ovo, kao što smo već istakli, nikako nije uobičajeno za druge kategorije svedoka, zbog čega se u praksi može očekivati i izvesna kvalitativna razlika između iskaza koje daju drugi

prosečni svedoci i onih koje će u svojstvu svedoka davati prikriveni islednici, koji su unapred, već u vreme dešavanja određenih događaja, posedovali svest, da će najverovatnije o tim događajima svedočiti u krivičnom postupku, odnosno da postoji takva mogućnost, a kao što smo to prethodno već istakli, smatramo da načelno, treba izbegavati pozivanje prikrivenih islednika kao svedoka, te njihovo ispitivanje u svojstvu svedoka u krivičnom postupku.

LITERATURA

- Abadinsky, H., *Organized Crime*, Third Edition, „Nelson-Hall“, Chicago, 1990.
- Barrett, J.L., *Strategie und Technologie, Erfahrungen US-amerikanischer Strafverfolgungsbehörde bei der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Bundeskriminalamt, Wiesbaden, 1997.
- Baulke, W., *Strafprozeßrecht*, „C. F. Müller Verlag“, Heidelberg, 2000.
- Vuković, I., *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Greig, C., *Criminal Masterminds – Evil Genius of the Underworld*, „Capella“, London, 2005.
- Grop, W. und Huber B (Hrsg.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, „Max-Planck-Institut“, Freiburg, 2001.
- Delibašić, V. *Suzbijanje opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2014.
- Framingham, J. (2011). Minnesota Multiphasic Personality Inventory (MMPI). *Psych Central*. Retrieved on June 23, 2014, dostupno na Internet adresi: <http://psychcentral.com/lib/minnesota-multiphasic-personality-inventory-mmipi/0005959>.
- Hellmann, U., *Strafprozeßrecht*, „Springer“, Berlin, Heidelberg, 1998.
- Ignjatović Đ. i Škulić, M., *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Koriath, G., *Verdeckter Ermittler – Ein europaweit taugliches Instrument*, Kriminalistik, No. 8–9/96, Heidelberg, 1996.
- Meyer, J., *Verdeckte Ermittlungen*, Kriminalistik, No. 1/99, Heidelberg, 1999.
- Lukić, N., *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta – komparativni pristup*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2014.
- Storbeck, J., *EUROPOL – Probleme und Lösungen*, Kriminalistik, No. 1/96, Heidelberg, 1996.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, dvadeseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Beogradu i „Pravna knjiga“, Beograd, 2013.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2013.
- Simonović, B. *Kriminalistika* Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2004.
- Škulić, M., *Organizovani kriminalitet – pojam i krivičnoprocesni aspekti*, „Dosije“, Beograd, 2003.
- Škulić, M., *Krivično delo prikrivenog islednika učinjeno u krajnjoj nuždi*, „Pravni život“ br. 9, Beograd, 2005.
- Škulić, M., *Prikriveni islednik – zakonsko rešenje i neka sporna pitanja*, „Bezbednost“, br. 3/05, Beograd, 2005.
- Škulić, M., *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije – novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije“, Beograd, 2014.

Milan Škulić

Faculty of Law, University of Belgrade

THE BASIC CRIMINALISTIC'S AND SOME
CRIMINAL LAW ASPECTS OF ENGAGEMENT
OF THE UNDERCOVER AGENT

SUMMARY

In the article are explained the basic characteristics of the engagement of undercover agent in the Criminalistic's point of view. Author writes about some specific aspects connected to the activities of undercover agent as a form of very specific special investigative techniques, which includes: 1) training and selection of the undercover agents, 2) preparation of the undercover agent for the concrete mission, 3) creation of „legend“ (false identity of the undercover agent), 4) infiltration of the undercover agent in the organized criminal group, 5) acting of the undercover agent inside the organized criminal group, 6) interrogation of the undercover agent as a witness in criminal procedure, 7) preparation of the undercover agent for the new missions and adoption to the „regular“ i.e. normal way of life.

In the article the institute of the undercover agent is summarized analyzed in the comparative law point of view too and besides it is specially explained the problem of the prohibition to undercover agent to incite to another to commit a criminal offence. In the article it is explained too the problem of committing of the criminal offence by the undercover agent during his engagement.

Author concludes that the engagement of undercover agent, as any other special investigative techniques, principally has so called *ultima ratio* character, but that is in the case of that special evidential method, which is as a rule very expensive and risky, additionally expressed.

Key words: Undercover Agent, Special Investigative Techniques, Criminalistics, Organized Crime, Criminal Procedure Law.

USTAVNI OSNOV OGRANIČENJA PRAVA NA SLOBODU I BEZBEDNOST

Apstrakt. Pravo na slobodu i bezbednost predstavlja jedno od najznačajnijih Ustavom Republike Srbije zajemčenih prava. S obzirom da pomenuto pravo ne spada u „tvrdo jezgro“ ljudskih prava, Ustav dopušta njegovo ograničenje u vidu lišenja slobode koje mora biti preduzeto samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom. Ako se ima u vidu da ustavne odredbe najčešće nisu u dovoljnoj meri sadržinski i pravno-tehnički određene, neophodna je intervencija zakonodavca, ali i tumačenje ustavnih jemstava koje daje Ustavni sud. Autor je analizirao ovu problematiku u svetlu prakse Ustavnog suda, a razmatranje je najpre usmerio na pojmovno razgraničenje prava na slobodu i bezbednost i prava na slobodu kretanja. Nakot toga je izložena praksa Ustavnog suda o pritvoru, i to najpre ona koja se odnosi na ustavnost pojedinih zakonom propisanih razloga za određivanje pritvora, a zatim stavovi koje je Ustavni sud zauzimao prilikom odlučivanja o ustavnim žalbama u kojima je isticala povreda ustavnih jemstava koja se odnose na pritvor. Analizirane su i odluke Ustavnog suda koje se odnose na mere koje mogu biti određene kao zamena za pritvor – na jemstvo i na zabranu napuštanja boravišta. Zaključak autora jeste da Ustavni sud u velikoj meri sledi standarde koje je postavio Evropski sud za ljudska prava, a sve to ima veliki značaj za uspostavljanje vladavine prava, u čijoj osnovi je ideja da se živi u skladu sa vladavinom zakona, a ne da se bude predmet nepredvidivih slabosti drugih pojedinaca.

Ključne reči: Ustav, sloboda, bezbednost, lišenje slobode, pritvor, jemstvo, zabrana napuštanja boravišta, Ustavni sud, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Evropski sud za ljudska prava.

I

Određba člana 27 stav 1 Ustava Republike Srbije¹ jemči pravo na ličnu slobodu i bezbednost, dopuštajući izuzetak u vidu lišenja slobode samo iz razloga i u postupku koji su predviđeni zakonom. Iako je pomenuti član posvećen prvenstveno pravu na slobodu, budući da se o pravu na bezbednost govori jedino u prvoj rečenici stava 1, u osnovi je reč o jednoj celini koja se mora tumačiti kao fizička sloboda i fizička bezbednost pojedinca. Uzimajući u obzir dosadašnju praksu evropske Komisije za ljudska prava² i Evropskog suda za ljudska prava³ koja se odnosi na tumačenje člana 5 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁴ koji jem-

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

1 Ustav Republike Srbije – Ustav, *Službeni glasnik RS*, broj 98/06.

2 Komisija za ljudska prava – KLJP, *Adler i Bivas protiv Nemačke*, 16. jul 1976; *Dyer protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 9. oktobar 1984.

3 Vid. Evropski sud za ljudska prava – ESLJP, *Bozano protiv Francuske*, 18. decembar 1986, § 54.

4 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – EKLJP, postala je deo srpskog pravnog poretka donošenjem Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava

či isto pravo, može se reći da pojam sloboda iz člana 27 stav 1 Ustava podrazumeva odsustvo lišenja slobode, dok bezbednost označava zaštitu od svakog arbitrnog zadiranja u tu slobodu.⁵ Za pravo na slobodu i bezbednost su, osim odredbe člana 27 Ustava koja predstavlja *sedes materiae*, od značaja i ustavna jemstva koja se odnose na postupanje s licem lišenim slobode (član 28 Ustava) i dopunska prava u slučaju lišenja slobode bez odluke suda (član 29 Ustava).

Uočava se da Ustav govori isključivo o lišenju slobode kao vidu ograničenja prava na slobodu i bezbednost, što nameće potrebu razgraničenja ovog pojma od ograničenja slobode kretanja koje predviđa odredba člana 39 stav 2 Ustava, propisujući mogućnost ograničenja slobode kretanja ako je, između ostalog, to potrebno radi vođenja krivičnog postupka. S obzirom da se isto pitanje postavlja i prilikom tumačenja člana 5 stav 1 EKLJP i ograničenja prava na slobodu kretanja koje reguliše odredba člana 2 Četvrtog protokola uz EKLJP, od značaja su stavovi koje je u vezi s tim izgradio ESLJP. Reč je o pojmovima koji se međusobno razlikuju samo po stepenu ili intenzitetu, a ne po prirodi ili suštini.⁶ Zbog toga prilikom njihovog razgraničenja treba poći od konkretne situacije i uzeti u obzir okolnosti kao što su vrsta, trajanje, posledice i načini izvršenja razmatrane mere.⁷ Pritom kao osnovne kriterijume valja koristiti način teritorijalnog ograničenja kretanja, dužinu trajanja tog ograničenja i poseban pravni položaj lica prema kome se primenjuje određena mera.⁸ Od navedenih kriterijuma odlučujući značaj za utvrđivanje da li je reč o lišenju slobode ili ograničenju slobode kretanja ima po pravilu vremensko trajanje mere ograničenja slobode.⁹

U odredbi člana 2 tačka 23 Zakonika o krivičnom postupku¹⁰ lišenje slobode je upotrebljeno kao opšti naziv za prinudno ograničenje prava na slobodu i drugih prava koja su sa njim povezana.¹¹ Ovim pojmom su obuhvaćeni hapšenje, zadržavanje, zabrana napuštanja stana, pritvor i boravak u ustanovi koji se, u skladu sa ZKP, uračunava u pritvor. Svakako najvažniji vid lišenja slobode o kojem govori pomenuta zakonska odredba jeste pritvor koji predstavlja jednu od mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka (član 188

i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, uz nekolike kasnije izmene i dopune, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05-ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 12/10.

- 5 O značaju prava na bezbednost vid. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 2002³, 180.
- 6 ESLJP, *Guzzardi protiv Italije*, 6. novembar 1980, § 93.
- 7 ESLJP, *Nielsen protiv Danske*, 20. novembar 1988, § 67.
- 8 A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima Komentar*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006, 123.
- 9 Najviše nedoumica iskrsava u vezi sa odstupanjima od prava na slobodu kao što su dovođenje, policijsko zadržavanje osumnjičenog ili lica zatečenih na mestu izvršenja krivičnog dela i t. sl. Premda se navedeni slučajevi smatraju lišenjem slobode, to ne bi trebalo uzeti kao pravilo, već bi odlučujuće merilo za određivanje karaktera određene mere morala da bude svrha zbog koje se ona preduzima. Vid. *Ibid.*, 124.
- 10 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.
- 11 Upor. G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2014, 62.

tačka 7 ZKP). U poređenju sa prethodnim zakonskim uređenjem pozitivnopravna rešenja pružaju veće mogućnosti za ostvarenje jednog od osnovnih pravila u ovoj materiji – da se prilikom odlučivanja o pritvoru (ili nekoj od drugih mera iz člana 188 ZKP) vodi računa da se on ne primenjuje ako se ista svrha može postići blažom merom (član 189 stav 1 ZKP). To je postignuto proširenjem mogućnosti za polaganje jemstva, tako da se ova mera može odrediti ne samo kao zamena za pritvor koji je određen ili se može odrediti iz razloga propisanih u tački 1, već i u tački 4 stav 1 člana 211 ZKP (član 202 stav 1 ZKP). Uvedena je i posebna mera pod nazivom zabrana napuštanja stana koja, saglasno članu 208 stav 1 ZKP, predstavlja alternativu pritvoru u slučajevima propisanim u članu 211 stav 1 tač. 1, 3 i 4 ZKP. Na drugoj strani, mera zabrane napuštanja boravišta se može, pored ostalog, odrediti ako postoje okolnosti koje ukazuju da bi okrivljeni mogao pobeći ili sakriti se (član 199 stav 1 ZKP), a to je upravo jedan od razloga za određivanje privora u skladu sa odredbom člana 211 stav 1 tačka 1 ZKP. Navedena lepeza mera bi trebalo da smanji negativnu tendenciju koja je prisutna kod domaćih sudova, a ogleda se u tome da se pritvor ne posmatra isključivo kao mera procesnog karaktera već se faktički koristi i kao određeni vid parasankcije.¹²

S obzirom da pravo na slobodu i bezbednost predstavlja ustavom zajemčeno pravo, njegova zaštita se može ostvariti pred Ustavnim sudom.¹³ To može biti učinjeno izjavljivanjem ustavne žalbe koja se smatra najefikasnijim postupkom neposredne zaštite osnovnih ljudskih prava.¹⁴ Na drugoj strani, značajan doprinos uspostavljanju standarda osnovnih ljudskih prava u krivičnom postupku US daje i u postupcima normativne kontrole, odnosno prilikom ocene saglasnosti zakona i drugih opštih akata sa Ustavom i zakonom (član 167 stav 1 Ustava). Za razliku od ustavne žalbe, u ovom slučaju se radi o posrednoj zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda, jer se putem normativne kontrole primarno štite druge objektivne vrednosti principa ustavnosti.¹⁵

O postojanju povrede prava na slobodu i bezbednost US je odlučivao u brojnim predmetima, izgradivši na taj način određene stavove o kojima će biti više reči. Pre nego što to bude učinjeno, biće razmotren predmet u kojem se US osvrnuo na ustavnost pojedinih zakonom propisanih razloga za određivanje pritvora.

12 U Strategiji za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji u periodu 2010–2015. koju je Vlada Republike Srbije usvojila 22. jula 2010, izneti su podaci da se broj pritvorenih lica od 31. decembra 2008. do 31. decembra 2009. uvećao za 23,93 odsto. Pored toga, u ukupnom broju osuđenih lica primljenih u toku 2008. na izdržavanje kazne zatvora u trajanju do tri godine, udeo lica koja su u toku krivičnog postupka bila u pritvoru iznosi 34 odsto. *Ibid.*, 504.

13 Ustavni sud – US.

14 U doktrini se ukazuje i na određene probleme koji su povezani sa postojanjem ustavne žalbe, a jedan od osnovnih je preopterećenost US ustavnim žalbama. Primera radi, pred US je u 2008. godini je bilo ukupno 1927 predmeta po ustavnim žalbama, u 2009. godini – 4356 predmeta, u 2010. godini – 8672 predmeta, dok je u 2011. godini bilo čak 12533 predmeta po ustavnim žalbama. O drugim razlozima preopterećenosti ustavnih sudova vid. B. M. Nenadić, *O jemstvima nezavisnosti ustavnih sudova S posebnim osvrtom na Ustavni sud Srbije*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 112–125.

15 Vid. 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, 203 i 209.

II

U rešenju kojim je odbacio inicijative za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti odredaba člana 142 stav 1 tač. 3, 5 i 6 Zakonika o krivičnom postupku iz 2001,¹⁶ US je izneo značajne stavove u vezi sa ustavnošću osporenih zakonskih odredaba o razlozima za određivanje pritvora.¹⁷

Ustavnost odredbe člana 142 stav 1 tačka 3 ZKP/2011 osporena je u svetlu člana 30 Ustava, sa tvrdnjom da preventivni pritvor koji se određuje radi osujećenja pretpostavljenih budućih kriminalnih aktivnosti okrivljenog, izlazi iz okvira ustavnopravne norme koja se vezuje za obezbeđivanje prisustva okrivljenog u samom postupku ili otklanjanje destrukcija kojima se taj postupak ometa.

Kada je reč o osporavanju ustavnosti odredaba člana 142 stav 1 tač. 5 i 6 ZKP/2011, to je učinjeno u odnosu na čl. 31 i 34 Ustava. Nesaglasnost sa članom 31 Ustava se, prema navodima inicijatora, sastoji u tome što posebno teške okolnosti krivičnog dela čine biće krivičnog dela, pa zato ne mogu ni da prestanu, tako da ukidanje pritvora po ovom osnovu, nije zasnovano na zakonu i zavisi isključivo od arbitrnosti suda. Pored toga, pošto zakonodavac nije odredio pojam posebno teških okolnosti, kao ni subjektivni odnos učinioca prema tim okolnostima, to je moguće utvrđivati tek u dokaznom postupku, tako da određivanje pritvora po ovom osnovu u najranijoj fazi postupka implicira da je okrivljeni odgovoran za postojanje tih okolnosti. Na taj način je, prema mišljenju inicijatora, ukinuta pretpostavka nevinnosti (član 34 stav 3 Ustava), a uspostavljena pretpostavka krivice, koju okrivljeni ne može da obori pre pravnosnažnog okončanja postupka.

Stav US je da osporene odredbe ZKP/2001 sadrže razloge za određivanje pritvora koji se mogu označiti kao razlozi preventivne prirode, budući da su određeni kao neophodni za vođenje krivičnog postupka. Njihov zajednički imenitelj jeste preventivni karakter kojim se želi ostvariti svrha određene specijalne prevencije (npr. u slučaju sprečavanja okrivljenog da nastavi sa vršenjem krivičnih dela), ili šireg preventivnog delovanja radi zaštite javne sigurnosti i bezbednosti građana.

Zakonska obaveza o utvrđivanju postojanja osobitih okolnosti za pritvorski osnov iz člana 142 stav 1 tačka 3 ZKP/2001 podrazumeva, prema shvatanju US, postojanje određenih izuzetnih (kvalifikovanih) okolnosti koje mogućnost ponavljanja krivičnog dela, dovršenja započetog krivičnog dela ili izvršenja krivičnog dela kojim se preti čine konkretnim, a ne apstraktnim, odnosno da se njihovo izvršenje može razborito predvideti i očekivati. Što je pouzdanije utvrđen visok stepen verovatnoće da će lice ponoviti krivično delo ili dovršiti započeto, odnosno da će učiniti krivično delo kojim preti, postoji i veća opasnost da se to stvarno i dogodi, pa samim tim i osobite, a ne bilo koje okolnosti imaju svoj *ratio legis* prilikom određivanja pritvora na osnovu odredbe člana 142 stav 1 tačka 3 ZKP/2001. Na taj način se, prema stanovištu US, smanjuje i stepen arbitrnosti sudova prilikom određivanja pritvora po ovom osnovu.

16 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP/2001, *Službeni list SRJ*, br. 70/01 i 68/02 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09, 72/09 i 76/10.

17 US, *IUz-1490/10*, 13. mart 2013.

Kada je reč o navodima inicijatora da razlozi za određivanje pritvora iz ove osporene zakonske odredbe nisu u saglasnosti sa Ustavom utvrđenom svrhom pritvora, kao neophodnog radi vođenja krivičnog postupka, US je istakao da se pod neophodnost vođenja krivičnog postupka ne mogu podvesti samo razlozi krivičnoprocesne prirode kojima se obezbeđuje prisustvo okrivljenog u postupku ili otklanjaju njegove moguće opstrukcije postupka sprečavanjem dokazivanja. Ti razlozi mogu biti i preventivne prirode, jer se njima štiti javna sigurnost od mogućeg (na osnovu posebnih okolnosti utvrđenog) kriminalnog delovanja nekog lica. Saglasno navedenom, stav US je da osporena odredba člana 142 stav 1 tačka 3 ZKP/2001 nije suprotna opštoj svrsi pritvora utvrđenoj Ustavom, odnosno da je u funkciji vođenja krivičnog postupka, te da inicijator nije potkrepio tvrdnje da ima osnova za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti ove zakonske odredbe.

U vezi s razlozima za određivanje pritvora propisanim u članu 142 stav 1 tač. 5 i 6 ZKP/2001, US je istakao da su oni određeni kumulativno, čime se u stvari smanjuje mogućnost arbitrnosti suda prilikom određivanja ove mere. Težina krivičnog dela kao pritvorski osnov jasno je i nedvosmisleno određena visinom zatvorske kazne koja je propisana Posebnim delom Krivičnog zakonika, tako da je ovaj osnov konkretan i odrediv. Što se pak tiče posebno teških okolnosti krivičnog dela koje mogu pritvor učiniti opravdanim u navedenim slučajevima, US je ukazao da je reč o pravnom standardu čije postojanje utvrđuje nadležni sud u svakom konkretnom krivičnom postupku. Tom prilikom se, kao i kod svih drugih osnova, mora voditi računa o opštim načelima na kojima se pravni institut pritvora zasniva, a to su legitimnost i racionalnost cilja koji se pritvaranjem određenog lica želi postići, a što se manifestuje, pre svega, utvrđivanjem činjenica, odnosno u ovom slučaju posebno teških okolnosti krivičnog dela za svaki pojedinačni slučaj određivanja pritvora, koje moraju biti konkretizovane i posebno obrazložene na logičan i pravno prihvatljiv način. Prilikom određivanja okolnosti krivičnog dela koje opravdavaju određivanje pritvora po ovim osnovima, sud je nadležan da utvrdi postojanje posebno teških okolnosti krivičnog dela nezavisno od postojanja kvalifikatornih okolnosti, kao obeležja konkretnog težeg oblika krivičnog dela, već na osnovu postojanja posebno teških okolnosti svakog konkretnog krivičnog dela kako u odnosu na posledice koje je to delo izazvalo, način njegovog izvršenja ili okolnosti vezane za ličnost oštećenog. Upravo ova razlika koja postoji između navedena dva pravna pojma sprečava automatsko određivanje pritvora protiv lica za koje postoji osnovana sumnja da je izvršilo krivično delo pod kvalifikatornim okolnostima, jer je sud taj koji ceni, prilikom određivanja pritvora, da li i kod ovakvih krivičnih dela postoje konkretne, naročite okolnosti koje su u odnosu na predmetno krivično delo posebno teške. Zbog toga i kod krivičnih dela koja nemaju obeležja krivičnog dela sa kvalifikatornim okolnostima, sud može odrediti pritvor ako nađe da postoje posebno teške okolnosti pod kojima je krivično delo izvršeno.

Povodom navoda inicijatora da se osporenim odredbama člana 142 stav 1 tač. 5 i 6 ZKP/2001 narušava ustavna garancija pretpostavke nevinosti iz člana 34 stav 3 Ustava, US je ukazao da pritvor kao procesna mera kojom se obezbeđuje nesmetano vođenje krivičnog postupka ne može da utiče na utvrđivanje krivice nekog lica za izvršenje krivičnog dela, koje mu se stavlja na teret. U prilog ovome govori i činje-

nica da se pritvor može odrediti nekom licu u toku krivičnog postupka iz zakonom propisanih razloga, a da se postupak završi oslobađajućom ili odbijajućom presudom, kao i činjenica da se pritvor može odrediti nekom licu na osnovu greške suda, uz Ustavom garantovano pravo na rehabilitaciju i naknadu štete u takvoj situaciji, na osnovu člana 35 stav 1 Ustava.

III

Prilikom razmatranja ustavnih žalbi u kojima se ističe povreda prava na slobodu i bezbednost, a u vezi sa ispunjenošću uslova za određivanje ili produženje pritvora, US se rukovodi načelnim stavovima koje je ESLJP izgradio u vezi sa uslovima koji su potrebni za određivanje i zadržavanje okrivljenog u pritvoru. Reč je o tri niti koje se provlače kroz praksu ESLJP: pritvor jeste izuzetak koji se mora usko tumačiti i ne sme se opravdavati pozivanjem na druge odredbe EKLJP; pritvor mora zadovoljiti zahteve za procesnom i materijalnom zakonitošću; mora postojati neodložna i brza sudska kontrola pritvora.¹⁸ Pod procesnim zahtevom zakonitog odlučivanja o pritvoru podrazumava se obaveza organa koji odlučuje o ovoj meri da lično sasluša lice koje je dovedeno pred njega, dok mu materijalni zahtev nameće obavezu ispitivanja okolnosti koje govore *pro et contra* pritvaranja.

Suštinski elemenat zaštite od proizvoljnog lišenja slobode predstavlja postojanje osnovane sumnje odnosno činjenica ili podataka koji su pogodni da uvere objektivnog posmatrača da je određeno lice moglo da učini krivično delo, što često zavisi od okolnosti konkretnog slučaja.¹⁹ Iako postojanje osnovane sumnje predstavlja uslov *sine qua non* za zakonitost zadržavanja u pritvoru, posle određenog vremena ono više nije dovoljno, već je neophodno da drugi razlozi nastave da opravdavaju pritvor.²⁰ Tom prilikom je sud obavezan da razmotri konkretne činjenice koje je pritvoreni naveo i koje mogu dovesti u sumnju postojanje neophodnih uslova za „zakonitost“ pritvaranja u smislu EKLJP.²¹

Kada je reč o produženju pritvora važi pretpostavka u korist puštanja na slobodu. Naime, sud ne može birati između toga da optuženog izvede na suđenje u razumnom roku ili da ga privremeno pusti na slobodu do suđenja. Sve dok deluje pretpostavka nevinosti optuženi se ne smatra krivim, tako da se on ima pustiti na slobodu kada produženje pritvora bude nerazumno.²²

Na tragu strazburške prakse²³ US je postupio u predmetu²⁴ u kojem je prema podnositeljki ustavne žalbe određen pritvor, jer nije bila dostupna sudu, a pošto je na osnovu pomenutog rešenja o određivanju pritvora lišena slobode tek nakon osamnaest dana izvedena je pred nadležni sud koji joj je ukinuo pritvor. Stav US je bio da ta-

18 ESLJP, *McKay protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 3. oktobar 2006, § 30, 35.

19 ESLJP, *Fox, Campbell i Hartley protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 30. avgust 1990, § 32.

20 ESLJP, *McKay protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 3. oktobar 2006, § 44.

21 ESLJP, *Nikolova protiv Bugarske*, 25. mart 1999, § 61.

22 ESLJP, *Neumeister protiv Austrije*, 27. jun 1968, § 4.

23 Vid. ESLJP, *Vrenčev protiv Srbije*, 23. septembar 2008, § 67, 68.

24 US, *Už-893/08*, 22. jun 2010.

kvim postupanjem nije ispoštovan Ustavom utvrđeni rok od 48 sati od lišenja slobode da izvođenja podnositeljke pred nadležni sud, radi ponovnog odlučivanja o pritvoru.

U jednom drugom predmetu²⁵ US se pozabavio problematikom produžavanja pritvora iz preventivnih razloga, tj. zbog potrebe da spreči vršenje novog krivičnog dela. S tim u vezi, stav ESLJP je da se ovaj pritvorski osnov odnosi na sprečavanje konkretnog i određenog krivičnog dela, tako da se na njemu ne može zasnivati politika generalne prevencije usmerena protiv nekog lica ili kategorije lica koja se kao pripadnici mafije pokazuju opasnim zbog svoje stalne sklonosti ka kriminalu.²⁶ Drugim rečima kazano, navedeni osnov za određivanje pritvora ne odnosi se na mere koje imaju isključivo preventivni karakter, tj. nemaju odnos sa izvršenjem konkretnog i određenog krivičnog dela.²⁷

U navedenom predmetu US je utvrdio da redovni sudovi nisu prilikom donošenja odluke o produženju pritvora dali objašnjenje kako bi podnosilac ustavne žalbe mogao da ponovi krivično delo primanja mita u situaciji kada je privremeno udaljen iz ustanove u kojoj je radio kao lekar specijalista neuropsihijatar. Polazeći od iznetog, US je ocenio da sudovi u osporenim rešenjima nisu naveli relevantne i dovoljne razloge zbog kojih su smatrali da je zadržavanje podnosioca ustavne žalbe u pritvoru bilo neophodno radi vođenja krivičnog postupka. Na osnovu toga je US utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo iz člana 31 Ustava, da bude pušten da se brani sa slobode čim prestanu razlozi zbog kojih je pritvor bio određen. Takođe, kako iz utvrđenih činjenica nesumnjivo proizlazi da lišenje slobode podnosioca ustavne žalbe nije sprovedeno iz razloga predviđenih zakonom, kako to jemči odredba člana 27 stav 1 Ustava, to se izneta ocena US odnosi i na ovu istaknutu povredu Ustavom zajemčenog prava.

U praksi ima i predmeta u kojima se u ustavnoj žalbi iznosi tvrdnja ne samo o povredi prava iz člana 27 stav 1 i člana 31 stav 1 Ustava, već i o povredi prava na pravično suđenje koje je predviđeno u članu 32 stav 1 Ustava. Primer za to je predmet²⁸ u kojem je US postojanje povrede prava iz člana 27 stav 1 i člana 32 stav 1 Ustava cenio u okviru prava iz člana 31 Ustava. Takav pristup je bio utemeljen na sadržine ustavne žalbe, kao i stavu US da dužina trajanja pritvora koja neće dovesti do povrede prava iz člana 31 Ustava podrazumeva da nadležni sudovi u svojim odlukama navode relevantne i dovoljne razloge kojima opravdavaju trajanje mere pritvora i pokazuju posebnu hitnost u vođenju postupka.

Stav US je bio da se u ustavnoj žalbi osnovano ističe da su sudovi morali uzeti u obzir i sledeće činjenice: da je podnosilac ustavne žalbe državljanin samo Republike Srbije, da ima prijavljeno prebivalište u Beogradu gde se nalazi centar njegovih životnih i radnih aktivnosti, da u Beogradu živi njegova porodica,²⁹ da se i pre dono-

25 US, *Už-1067/11*, 8. jul 2012.

26 ESLJP, *Guzzardi protiv Italije*, 6. novembar 1980, § 102.

27 ESLJP, *Ciulla protiv Italije*, 22. februar 1989, § 38.

28 US, *Už-3391/13*, 18. jul 2013.

29 Veća vezanost pritvorenika za zemlju u kojoj se vodi krivični postupak smanjuje mogućnost određivanja pritvora po ovom osnovu. Pored toga, opasnost od bekstva je manja i kako se povećava dužina pritvora, pošto se vreme provedeno u pritvoru uračunava u izrečenu kaznu. Vid. A. Jakšić, 137.

šenja naredbe o sprovođenju istrage uredno odazivao na svaki poziv nadležnih organa i da nije bežao. Uz to, nadležni sudovi su propustili da u osporenim rešenjima ocene konkretne okolnosti koje se odnose na ličnost okrivljenog, ovde podnosioca ustavne žalbe. Pored toga, navodi iz osporenih rešenja (da postoji osnovana sumnja da je podnosilac ustavne žalbe pribavio protivpravnu imovinsku korist trećim licima; da ista nije pronađena; da novčana sredstva i lične kontakte može da iskoristi za bekstvo; da okrivljeni koji se nalaze u bekstvu mogu da mu pruže logističku podršku prilikom bekstva i skrivanja), a bez navođenja konkretnih činjenica i okolnosti na kojima se ovakav zaključak temelji, ne mogu da budu ustavnopravno prihvatljivi, relevantni i dovoljni razlozi za produženje pritvora. Polazeći od svega navedenog, US je utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe osporenim rešenjima povređeno pravo na ograničeno trajanje pritvora zajemčeno odredbom člana 31 stav 1 Ustava.

Zavređuje da bude pomenut i predmet³⁰ u kojem je US utvrdio povredu prava iz člana 27 stav 3 Ustava.³¹ Pored navedenog prava, podnosilac ustavne žalbe je istakao i povredu prava zajemčenih odredbama člana 27 stav 1, člana 30 st. 1 i 3, člana 31 st. 1 i 2, člana 32 stav 1 i člana 33 stav 6 Ustava. Za razliku od prethodno izloženog predmeta, US je u ovom slučaju ispitivao postojanje svake od istaknutih povreda ponaosob, pa je u odnosu na sve ostale povrede odbio ustavnu žalbu kao neosnovanu.

Kada je reč o oceni da li je period ispitivanja zakonitosti pritvora od strane suda u saglasnosti sa obavezom hitnosti iz člana 27 stav 3 Ustava, US je utvrdio da je odluka o produženju pritvora saopštena podnosiocu i njegovim braniocima 3. juna 2011. godine, dok je pismeni otpravak prvostepenog rešenja o produženju pritvora dostavljen podnosiocu tek nakon više od tri meseca od dana donošenja. Navedeni period je bio neprihvatljivo dug za preispitivanje zakonitosti odluke o pritvoru, jer usled propusta prvostepenog suda da odmah izradi i dostavi pismeni otpravak rešenja o produženju pritvora, nije postupljeno u skladu sa zahtevom hitnosti utvrđenim odredbom člana 27 stav 3 Ustava. Zbog toga je US utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo zajemčeno odredbom člana 27 stav 3 Ustava.

IV

Pomenuto je da odredbe ZKP daju određena ovlašćenja sudu da umesto pritvora, i bez inicijative stranaka, oceni da li su ispunjeni uslovi za određivanje jemstva. Reč je o mogućnosti suda da i bez predloga, a nakon pribavljenog mišljenja stranaka, odredi novčani iznos koji u konkretnom slučaju može biti položen kao jemstvo (član 204 stav 2 ZKP). Pre nego što postupi na taj način, sud nije u obavezi da utvrdi da li su okrivljeni ili neko drugo lice spremni da ovaj iznos polože na ime jemstva. Navedenoj mogućnosti trebalo bi pribegavati uvek kada postoje uslovi iz člana 202 stav 1 ZKP i kada na strani suda postoji uverenje da se nesmetano vođe-

30 US, UŽ-5509/11, 26. septembar 2012.

31 Navedena ustavna odredba predviđa da svako ko je lišen slobode ima pravo žalbe sudu, koji je dužan da hitno odluči o zakonitosti lišenja slobode i da naredi puštanje na slobodu ako je lišenje slobode bilo nezakonito.

nje krivičnog postupka može obezbediti jemstvom. Ovako određeni novčani iznos ne predstavlja bilo kakvu obavezu za okrivljenog ili bilo koje drugo lice, već je reč o mogućnosti koja se okrivljenom predočava.³² Inače, odluka o jemstvu određenom od strane suda sadržana je u rešenju o određivanju pritvora ili u posebnom rešenju ako se okrivljeni već nalazi u pritvoru (član 204 stav 2 *in fine* ZKP).

U predmetu³³ o kojem je US nedavno odlučivao, postavljena su značajna pitanja u vezi sa osnovanošću produženja pritvora i mogućnošću suda da odredi iznos jemstva nakon čijeg polaganja okrivljeni može da bude pušten na slobodu. Tom prilikom je US analizirao problematiku odnosa jemstva i zabrane napuštanja stana, kao i iznosa koji okrivljeni treba da položi kao uslov za puštanje na slobodu.

Stav US je bio da su prilikom donošenja osporenog rešenja o produženju pritvora, uostalom kao i prilikom određivanja ove mere i njenog prvog produženja, brižljivo razmotrene sve okolnosti konkretnog slučaja. Naime, podnosiocu ustavne žalbe je pritvor određen iz razloga propisanih članom 211 stav 1 tač. 1 i 2 ZKP, da bi prilikom produženja pritvora to bilo učinjeno samo iz razloga predviđenih u članu 211 stav 1 tač. 1 ZKP. Za razliku od nekih drugih slučajeva u kojima je US razmatrao osnovanost produženja pritvora,³⁴ specifičnost ovog predmeta se ogleda u tome što je prilikom donošenja osporenog rešenja o produženju pritvora sud po službenoj dužnosti razmotrio i alternativne mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku, tačnije, podnosiocu ustavne žalbe je data mogućnost da polaganjem određenog iznosa jemstva bude pušten na slobodu.³⁵

S obzirom da pritvor predstavlja najtežu meru za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku, sud se prilikom odlučivanja o ispunjenosti uslova za produženje pritvora mora pridržavati pravila, sadržanog u članu 189 stav 3 ZKP, o ukidanju i po službenoj dužnosti kad prestanu razlozi zbog kojih je pritvor određen, odnosno zamene drugom blažom merom kad za to nastupe uslovi. Ako se ovo pravilo sagleda u svetlu okolnosti konkretnog slučaja, US nalazi da je sud imao mogućnost da pritvor zameni bilo zabranom napuštanja stana, bilo jemstvom, budući da se obe mere mogu odrediti kada postoje okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva, dakle, iz razloga zbog kojeg je osporenim rešenjem podnosiocu ustavne žalbe produžen pritvor. Iako predstavljaju blaže mere od pritvora, zabrana napuštanja stana i jemstvo se suštinski razlikuju po tome što se prva mera sastoji u lišenju slobode,³⁶ dok jemstvo po svojoj sadržini predstavlja puštanje na slobodu uz polaganje određenih garancija. Pored toga, razlika je u tome što je jemstvo, za razliku od zabrane napuštanja stana, po svojoj prirodi supsidijarnog karaktera u odnosu na pritvor, a to znači da se može odrediti, pored ostalog, kada je okrivljeni u pritvoru zbog opasnosti od bekstva. U tom slučaju se okrivljeni pušta na slobodu tek kada on lično ili neko drugi za njega pruži jemstvo da do kraja postupka neće pobeći i ako

32 Vid. G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 499.

33 US, *Už-10906/13*, 3. jul 2014.

34 Vid. US, *Už-3391/2013*, 18. jul 2013.

35 Vid. KLJP, *Bonnechaux protiv Švajcarske*, 5. decembar 1978; *Schertenleib protiv Švajcarske*, 12. jul 1979.

36 Na takav zaključak jasno upućuje odredba člana 2 tačka 23 ZKP koja pod pojam lišenja slobode podvodi, između ostalog, i zabranu napuštanja stana.

sam okrivljeni, pred sudom pred kojim se vodi postupak, da obećanje da se neće kriti i da bez odobrenja suda neće napustiti boravište (član 202 stav 1 ZKP).

Analizirajući obrazloženje osporenog rešenja o produženju pritvora US je utvrdio da se nadležni sud upustio u ocenu značaja i intenziteta okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva. Tom prilikom je sud razmotrio dve situacije, od kojih se prva odnosi na lišenje slobode, a druga na puštanje na slobodu okrivljenog. Kada je reč o merama kojima bi prisustvo okrivljenog u krivičnom postupku bilo obezbeđeno lišenjem slobode, osim produženja pritvora, dolazilo je u obzir i određivanje zabrane napuštanja stana. Na drugoj strani, puštanje na slobodu okrivljenog se moglo ostvariti bilo kao bezuslovno, bilo uz polaganje jemstva. U konkretnom slučaju se sud, nakon analize značaja i intenziteta okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva, po službenoj dužnosti opredelio za jemstvo, s tim da je puštanje okrivljenog na slobodu, saglasno članu 202 stav 1 ZKP, uslovio polaganjem jemstva. Na taj način se sud, uz uslov polaganja jemstva, opredelio za pretpostavku u korist puštanja na slobodu.³⁷

Nakon toga je US razmotrio pitanje da li je određivanjem jemstva u novčanom iznosu od 5.000.000,00 evra u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu NBS, podnosilac ustavne žalbe bio suštinski lišen mogućnosti da bude pušten na slobodu, jer ova mera nije bila primerena, kako se u ustavnoj žalbi navodi, njegovim „ličnim i porodičnim prilikama“?

S tim u vezi, US je istakao da se prilikom određivanja iznosa jemstva mora voditi računa o prilikama okrivljenog, njegovim izvorima prihoda, odnosu sa licima koja će za njega položiti jemstvo, kao i o uverenju da bi mogućnost gubitka jemstva u slučaju nepojavljivanja okrivljenog na suđenju predstavljala dovoljnu kočnicu za njega da ne pobjegne.³⁸ Ne bi trebalo međutim isključiti mogućnost da se prilikom određivanja iznosa jemstva u obzir uzmu i druge okolnosti, kao što su visina pričinjene štete koja se okrivljenom stavlja na teret, težina dela i naročito opasnost od bekstva,³⁹ pri čemu u finansijskim slučajevima dolazi u obzir polaganje velikog iznosa jemstva.⁴⁰ Štaviše, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja je dopušteno odrediti jemstvo u iznosu koji prevazilazi imovinske mogućnosti okrivljenog (na primer, uzimanjem u obzir njegovog „profesionalnog okruženja“), što se opravdava rastućom potrebom da se u zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda iskaže veća čvrstina u oceni povreda osnovnih vrednosti demokratskih društava.⁴¹ Na kraju, ali ne manje važno, od velike je važnosti da sudija koji ispituje postojanje osnova za produženje pritvora ima i ovlašćenje da odluči o puštanju na slobodu uz polaganje jemstva, iako nema smetnji da o ovoj stvari odlučuju i dvojica sudija, pod uslovom da to učine u kratkom roku.⁴²

Primenjujući izložene strazburške stavove na konkretan slučaj, US je ukazao da je optužnicom podnosiocu ustavne žalbe stavljeno na teret da je pribavio protiv-

37 Vid. ESLJP, *McKay protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 3. oktobar 2006. godine, § 41.

38 Vid. ESLJP, *Neumeister protiv Austrije*, 27. jun 1968, § 14.

39 Vid. ESLJP, *Kudla protiv Poljske*, 26. oktobar 2000, § 47.

40 Vid. ESLJP, *Wemhoff protiv Nemačke*, 27. jun 1968, § 15.

41 Vid. ESLJP, *Mangouras protiv Španije*, 28. septembar 2010. godine, § 83, 87.

42 Vid. ESLJP, *McKay protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 3. oktobar 2006. godine, § 47.

pravnu imovinsku korist za privredna društva ... u iznosu od 861.593.603,63 dinara, a da je pravnom licu AD „Galenika“ pričinio štetu u iznosu od 900.366.046,90 dinara, što predstavlja nesumnjivo veći iznos od novčanog iznosa koji je sud odredio da može da bude položen u vidu jemstva. Uz to, četiri krivična dela koja se optužnicom stavljaju na teret podnosiocu ustavne žalbe izvršena su u vremenskom periodu od decembra 2008. godine do kraja 2010. godine kada je AD „Galenika“ bila u isključivom vlasništvu Republike Srbije, a reč je o pravnom licu koje je imalo stratešku važnost za snabdevanje građana lekovima. Od posebne važnosti je i to što je odluku o iznosu jemstva koje treba da bude položeno sud doneo u rešenju kojim je produžio pritvor okrivljenom, iako je, saglasno članu 204 stav 2 ZKP, to mogao da učini i u posebnom rešenju. Takvim postupanjem sud je u potpunosti odgovorio zahtevu za brzim odlučivanjem.

V

Postojanje okolnosti koje ukazuju na opasnost od bekstva ili sakrivanja predstavlja osnov zbog kojeg se okrivljenom može odrediti ne samo pritvor, kao najstroža mera za obezbeđenje prisustva u krivičnom postupku, već mu se može zabraniti da bez odobrenja suda napusti mesto boravišta ili teritoriju Republike Srbije. U doktrini postoji mišljenje da bi meru zabrane napuštanja boravišta trebalo određivati u situacijama u kojima je reč o manje izraženoj opasnosti od bekstva, koja se može isključiti i ostavljanjem okrivljenom šire slobode kretanja.⁴³ U tom smislu, stav sudske prakse jeste da pritvor određen zbog opasnosti od bekstva okrivljenog, može biti ukinut i zamenjen blažom merom – zabranom napuštanja boravišta, ako sud proceni da se smanjila opasnost od bekstva okrivljenog.⁴⁴

O ustavnosti uslova za određivanje zabrane napuštanja boravišta pre izvesnog vremena se izjasnio i US.⁴⁵ Stav US je da je reč o meri kojom se ograničava sloboda kretanja, dakle, jedno od osnovnih ličnih prava pojedinca koji može, saglasno članu 39 stav 1 Ustava, da se slobodno kreće i nastanjuje u Republici Srbiji, da je napusti i da se u nju vrati. Međutim, navedene slobode nisu apsolutne, budući da Ustav u stavu 2 istog člana dopušta mogućnost njihovog ograničenja i upućuje na zakon koji reguliše ograničenje ovih sloboda, koji mora biti vezan opštim ustavnim pravilom koje definiše sadržaj, kvalitet i obim zakonskih ovlašćenja u materiji ljudskih prava (član 18 stav 2 Ustava) i granicama u kojima Ustav dopušta ograničenje ljudskih prava (član 20 Ustava). Istovremeno, Ustav neposredno utvrđuje razloge koji mogu biti osnov za ograničenje, među kojima je, pored ostalih, i vođenje krivičnog postupka.

Ispitujući da li je u konkretnom slučaju bilo ograničenja slobode kretanja podnosioca ustavne žalbe, US je, pre svega, podsetio da je odredbama člana 20 Ustava, pored ostalog, predviđena mogućnost ograničenja ljudskih i manjinskih prava pod

43 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, 487.

44 Vrhovni sud Srbije, *Kž. br. 275/07*, 20. septembar 2007. Na drugoj strani, u slučaju nepoštovanja izrečene mere zabrane napuštanja boravišta može se odrediti pritvor samo ako sud smatra da ne postoji osnovana sumnja da je okrivljeni učinio krivično delo za koje se tereti (*Apelacioni sud u Beogradu, Kž.2. br. 2729/11*, 11. avgust 2011).

45 US, *Už-1167/11*, 29. maj 2014.

sledećim uslovima: 1) da je takvo ograničenje dopušteno Ustavom i propisano zakonom; 2) da ograničenje služi svrsi koju Ustav dopušta; 3) da je takva vrsta ograničenja neophodna i potrebna u demokratskom društvu; 4) da se ograničenjem ne zadire u suštinu zajemčenog prava.

Iako je u konkretnom slučaju do ograničenja prava došlo, budući da podnosilac ustavne žalbe osporava rešenje kojim mu je pravnosnažno produžena mera zabrane napuštanja boravišta, US je utvrdio da je ograničenje (donošenje mere o zabrani napuštanja boravišta prema podnosiocu ustavne žalbe) bilo propisano zakonom (član 136 ZKP/2011) i da je svrha produženja navedene mere bila nesmetano vođenje krivičnog postupka, odnosno obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. Shodno tome, stav US je da je ograničenje slobode kretanja podnosioca ustavne žalbe težilo legitimnom cilju utvrđenim odredbom člana 39 stav 2 Ustava, tj. vođenje krivičnog postupka.

Prilikom ispitivanja da li je trajanje mere zabrane napuštanja boravišta bilo proporcionalno cilju koji se želi postići, US se upustio u ocenu da li je ovakvo ograničenje slobode kretanja podnosioca, a radi nesmetanog vođenja krivičnog postupka, zaista bilo i neophodno. Naime, US je konstatovao da je prema podnosiocu ustavne žalbe, do dana podnošenja ustavne žalbe mera zabrane napuštanja boravišta trajala dve godine i tri meseca, što se, samo po sebi, ne može uzeti kao jedini osnov za utvrđivanje da li je postignuta ravnoteža između opšteg interesa za nesmetano vođenje krivičnog postupka i ličnog interesa podnosioca da u potpunosti uživa slobodu kretanja. Ovo pitanje mora biti procenjavano u zavisnosti od okolnosti svakog konkretnog slučaja.

S tim u vezi, US je ukazao da se ograničenje slobode kretanja podnosioca ustavne žalbe u konkretnom slučaju sastojalo u zabrani napuštanja boravišta i obavezi da se svakog prvog u mesecu javlja nadležnim policijskim organima. Takođe, podnosiocu ustavne žalbe je (budući da je reč o bugarskom državljaninu) prilikom izricanja mere zabrane napuštanja boravišta oduzet i pasoš Republike Bugarske. U konkretnom slučaju je od posebne važnosti da je pasoš podnosiocu vraćen nakon što je prihvaćeno jemstvo i dostavljeni dokazi da je isto položeno, iako je krivični postupak protiv njega još bio u toku. Pored toga, podnosiocu ustavne žalbe je u cilju ostvarivanja redovne komunikacije sa porodicom u Republici Bugarskoj i održavanja poslovnih odnosa u Republici Srbiji, svaki put kada je zahtevao sud dozvoljavao privremeno napuštanje mesta boravka.

Imajući u vidu sve navedeno, US je zaključio da je ograničenje slobode kretanja podnosioca ustavne žalbe iz člana 39 stav 2 Ustava bilo srazmerno, odnosno da je uspostavljena pravična ravnoteža između opšteg interesa za nesmetano vođenje krivičnog postupka, i prava podnosioca ustavne žalbe.

VI

Postojanje ljudskih prava i osnovnih sloboda doprinosi u značajnoj meri ostvarenju zahteva za „vladavinom prava, ne čoveka“ („*the rule of law, not man*“). Koncept vladavine prava pretpostavlja i nezavistan, nepristrasan i svakome dostupan

sud,⁴⁶ što ima poseban značaj u oblasti ograničenja slobode lica protiv kojeg se vodi krivični postupak. S obzirom da je u toku krivičnog postupka okrivljeni zaštićen pretpostavkom nevinosti, svako zadiranje u njegova prava, a naročito pravo na slobodu, mora da bude dopušteno Ustavom i propisano zakonom, da služi svrsi koju Ustav dopušta, da je neophodno i potrebno u demokratskom društvu i da se njime ne zadire u suštinu zajemčenog prava (član 20 Ustava).

Za razliku od ranijih ustavnosudskih odluka u ovoj materiji,⁴⁷ stavovi US o lišenju slobode i uslovima pod kojima ona može biti ograničena su iznijansirani, što se može objasniti uticajem prakse ESLJP koji stavlja naglasak na izuzetnost, zakonitost i sudsku kontrolu u vezi s pritvorom.⁴⁸ Hitnost odlučivanja o pritvoru, zahtev za navođenje razloga koji opravdavaju produženje ove mere, obrazloženje sudske odluke kojom se odlučuje o ovoj meri i t. sl., pitanja su o kojima se izjašnjavao US. Pored toga, prilikom odlučivanja o problematici određivanja pritvora US je razmatrao mogućnost određivanja drugih, blažih mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku. Sve to u značajnoj meri utiče na redovne sudove koji ne samo da prate stavove US, već se u svojim odlukama izričito pozivaju na odluke kako US,⁴⁹ tako i ESLJP.⁵⁰

Na kraju, ali ne manje važno, o značaju odluka US o ispunjenosti uslova za određivanje ili produženje pritvora svedoče i kritike koje predstavnici izvršne vlasti ponekad upućuju US. Iako su odluke US izvršne, opšteobavezne i konačne (član 166 stav 2 Ustava), kritikovanje rada US jeste pokazatelj sadašnjeg stanja i puta koji treba savladati u u izgradnji institucija pravne države. Nije tu reč toliko o evropskim integracijama koje aktuelna, kao i prethodne političke garniture zagovaraju,⁵¹ već o potrebi građana Republike Srbije za uspostavljanje „vladavine prava, ne čoveka“,

46 Vid. Augusto Zimmermann, „Rule of Law as a Culture of Legality: Legal and Extra-Legal Elements for the Realisation of the Rule of Law in Society“, *ELaw – Murdoch University Electronic Journal of Law* 14, 1/2007, 17– 23.

47 Reč je o odluci Saveznog ustavnog suda od 7. decembra 2000 u kojoj je utvrđeno da se pritvor ne može odrediti iz razloga koji nije procesnopravne prirode. Vid. M. Grubač, T. Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011, PROJURIS, Beograd 2013, 372.

48 Primer za to jeste stav US o značenju ustavne odredbe o neophodnosti pritvaranja radi vođenja krivičnog postupka (član 30 stav 1 Ustava), pod koju se mogu podvesti ne samo razlozi krivično-procesne prirode, već i razlozi preventivne prirode kojima se javnost štiti od mogućeg kriminalnog delovanja određenog lica. S tim u vezi, ESLJP ističe da posebna težina krivičnog dela i uznemirenje javnosti do kojeg je usled toga došlo moraju počivati na činjenicama koje ukazuju da bi puštanje na slobodu okrivljenog dovelo do uzmemirenja javnosti. Pored toga, o opravdanosti pritvora se može govoriti samo ako je javni red efektivno ugrožen, tako da produženje pritvora ne može da predstavlja prejudiciranje kazne lišenja slobode (ESLJP, *Dumont protiv Francuske*, 31. maj 2005, § 63).

49 Apelacioni sud u Beogradu, *Kž.2 Po1 br. 347/12*, 13. avgust 2012.

50 Apelacioni sud u Beogradu, *Kž.2 Po1 br. 339/12*, 7. avgust 2012.

51 S tim u vezi, treba reći da Evropska komisija u izveštaju o napretku Srbije na putu ka evropskim integracijama ocenila kao pozitivno to što je Ustavni sud ukazao da produženje pritvora u toku istrage ne sme da krši ustavno pravo na razumno trajanje pritvora. European Commission, Commission Staff Document, *Serbia 2013 Progress Report*, Accompanying the document, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Enlargement Strategy and Main Challenges 2013–2014 {COM(2013) 700 final}, Brussels, 16. 10. 2013, SWD(2013)

utemeljene na ideji da se živi u skladu sa vladavinom zakona, a ne da se bude predmet nepredvidivih slabosti drugih pojedinaca – bilo monarha, sudija, državnih službenika ili drugih građana.⁵²

Goran P. Ilić

University of Belgrade, Faculty of Law
Constitutional Court

CONSTITUTIONAL BASIS FOR RESTRICTING THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY

SUMMARY

The right to liberty and security is one of the most important Serbian Constitution guaranteed rights. As mentioned law does not fall in the „core“ of human rights, the Constitution allows its limitation in the form of deprivation of liberty which must be undertaken only on the grounds and in the procedure stipulated by the law. If we bear in mind that constitutional provisions are often not enough specific in content and legal – technically way, it is required the intervention of the legislature, but also the interpretation of constitutional guarantees given by the Constitutional Court. The author analyzed this problems in light of the practice of the Constitutional Court, and the consideration was initially focused on the conceptual separation of the right to liberty and security and the right to freedom of movement. After that it is exposed the practice of the Constitutional Court on the arrest, and among them the first is related to the constitutionality of certain statutory grounds for detention, and attitudes that the Constitutional Court had occupied when deciding on constitutional complaints in which it is emphasized the violation of constitutional guarantees relating detention. The author also analyzed the decisions of the Constitutional Court concerning the measures that may be imposed as an alternative to custody – to bail and prohibition on leaving the residence. The conclusion of the author is that the Constitutional Court largely followed the standards set by the European Court of Human Rights, all of which is of great importance for establishing the rule of law, that are based on the idea of living under the rule of law, and not to be subject of unpredictable weaknesses of others.

Keywords: Constitution, freedom, security, arrest, detention, bail, prohibition on leaving the residence, the Constitutional Court, the European Convention on Human Rights, the European Court for Human Rights.

412 final, 42, dostupno na: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/sr_rapport_2013.pdf (posećeno 15. jula 2014).

52 Vid. G. P. Ilić, „Politička korupcija versus vladavina prava“, *Srpska politička misao* 4/2013, 20, 21.

Milovan M. Mitrović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NEZAPOSLENOST I KRIMINALITET U SRBIJI

Apstrakt. U ovom radu u prvi plan razmatranja ističe se problem masovne nezaposlenosti u Srbiji, kao deterministički sklop najraznovrsnijih uslova i uzroka povećane stope kriminaliteta i raznih drugih oblika socijalne patologije u aktuelnom srpskom društvu. Polazeći od najopštije antropološke hipoteze da je radna aktivnost osnova ljudske društvene egzistencije, ali i od osnovne sociološke pretpostavke da je kontinuirana profesionalna delatnost pojedinaca i grupa osnova društvene strukture i svekolikog društvenog razvoja, njihovo izostajanje i prekid u dužem vremenskom periodu neposredno ugrožavaju i ljudsku egzistenciju i reprodukciju društvene strukture, a pogotovo nekakav društveni razvoj. U okolnostima masovne nezaposlenosti stižu se svi neophodni i dovoljni uslovi za sve oblike socijalne patologije, a naročito za one koji su poput organizovanog kriminaliteta strukturno i sistemski uslovljeni.

Prvi deo rada je kritička analiza sistemskih determinanti masovne nezaposlenosti u Srbiji i njihove potencijalno i realno kriminalne prirode, koja je ponekad otvorena, a češće latentna. Tu se razmatra interesna sprega unutarnjih i spoljnjih, starih i novih, ekonomskih, političkih i pravnih kriminogenih činilaca i aktera koji preko svake mere uvećavaju nezaposlenost u Srbiji i tako na neligitiman (a često i nelegalan) način ostvaruju svoje kriminalne ciljeve.

U drugom delu rada ukazuje se na razne oblike patologije aktuelne i akutne besposlice u savremenom srpskom društvu u kojoj nastaju oni oblici kriminaliteta koji se skoro uvek javljaju u društvima u kojima masovna besposlica zahvata mlade ljude i radno sposobne slojeve stanovništva.

Ključne reči: nezaposlenost, pljačkaška privatizacija, organizovani kriminalitet, patologija besposlice.

1. MASOVNA NEZAPOSLENOST U SRBIJI JE POSLEDICA JEDNIH, A UZROK DRUGIH OBLIKA KRIMINALITETA

Sociološka analiza strukturno-funkcionalne povezanosti dva izražena i veoma negativna socijalna fenomena kao što su masovna nezaposlenost i relativno velika stopa kriminaliteta u nekom društvu mora da se usredsredi na njihove zajedničke uzroke i s njima povezane posledice u najdubljim ontološkim slojevima društvenog delovanja i ponašanja, kao i na analitičke uvide njihovih uzajamnih veza na nivoima teorije srednjeg obima kakvi su globalno-nacionalni institucionalni okviri, ali i uobičajeni organizacioni oblici delovanja i ponašanja pojedinih društvenih grupa, sve do njihovih neposredno vidljivih patoloških manifestacija u svakodnevnom društvenom životu.

U ovom radu u prvi plan razmatranja ističe se problem masovne nezaposlenosti u Srbiji, kao deterministički sklop najraznovrsnijih uslova i uzroka povećane stope kriminaliteta i raznih drugih oblika socijalne patologije u aktuelnom srpskom

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

društvu. Polazeći od najopštije antropološke hipoteze da je radna aktivnost osnova ljudske društvene egzistencije, ali i od osnovne sociološke pretpostavke da je kontinuirana profesionalna delatnost pojedinaca i grupa osnova društvene strukture i svekolikog društvenog razvoja, njihovo izostajanje i prekid u dužem vremenskom periodu neposredno ugrožavaju i ljudsku egzistenciju i reprodukciju društvene strukture, a pogotovo nekakav društveni razvoj. U okolnostima masovne nezaposlenosti stižu se svi neophodni i dovoljni uslovi za sve oblike socijalne patologije, a naročito za one koji su poput organizovanog kriminaliteta strukturno i sistemski uslovljeni.

Operacionalnom razradom ovih pretpostavki izdvajaju se tri osnovna problema i analitička zadatka ovog rada:

Prvi zadatak je kritička analiza sistemskih determinanti masovne nezaposlenosti u Srbiji i njihove potencijalno i realno kriminalne prirode, koja je ponekad otvorena, a češće latentna.

Drugi je zadatak razmatranje interesne sprege unutarnjih i spoljnjih, starih i novih, ekonomskih, političkih i pravnih kriminogenih činilaca i aktera koji preko svake mere uvećavaju nezaposlenost u Srbiji i tako na nelegitiman (a često i nelegalan) način ostvaruju svoje kriminalne ciljeve.

Treći je zadatak ukazivanje na svekoliku patologiju aktuelne i akutne besposlice u savremenom srpskom društvu koja je rodno mesto različitih vidova kriminaliteta. To su oni oblici kriminaliteta koji se skoro uvek javljaju u društvima u kojima besposlica postane masovna pojava i zahvati mlade ljude i radno sposobne slojeve stanovništva.

Karakter svake pojave zavisi od uzroka koji je izazivaju i posledica koje ona za sobom povlači. Samo su na prvi pogled iste one pojave koje se na sličan način javno manifestuju, a u stvari su izazvane različitim uzrocima te se po svom unutarnjem karakteru suštinski razlikuju. Jedno je kad neko postane nezaposlen zato što njegov posao više nije nikome potreban, kad sam loše radi ili proizvodi ono što na probirljivom tržištu više nema prođu ili je zaposlen u preduzeću ili ustanovi sa neracionalnom unutarnjom organizacijom i lošim ugledom u svojoj ili široj sredini. To je nezaposlenost izazvana strukturnim i funkcionalnim nedostacima konkretnih preduzeća i ustanova, širih društvenih segmenata i funkcionalnih područja ili globalnog sistema u celini. Takva nezaposlenost je *strukturnog tipa* i neke njene negativne karakterne crte često imaju i potencijalno i stvarno patološke, pa i neke kriminalne posledice.

Sasvim je različito kad se veliki broj dobrih radnika, zaposlenih u dobrim i ekonomski perspektivnim preduzećima, masovno i neselektivno otpušta samo zato da bi se imovina preduzeća što pre rasprodala, što je glavni pokazatelj problematične motivacije glavnih aktera i organizacije takvih pseudo-reformskih zahvata koji su u osnovi po svom karakteru kriminalni. Ovde se ne radi samo o tome da su takvi zahvati, sa šireg društvenog stanovišta gledano, grubi i tradicionalno neracionalni, jer dozvoljavaju „klanje vola za kilo mesa“.¹ Reč je o radnjama koje su ne samo etički neprihvatljive, ekonomski neracionalne i politički nelegitimne, nego su i teški zakonski prekršaji. U pitanju je, dakle, kršenje elementarnih pisanih i nepisanih

1 Takva je, recimo neracionalnost tradicionalnog pčelarenja, kad pčelar ubija roj pčela da bi iz košnice uzeo med i vosak.

ljudskih prava, te su takvi postupci kumulativno gledano kriminalni. Stoga je neophodno da se masovna nezaposlenost u Srbiji, prema činionicima koji je uslovljavaju i prema posledicama koje sama izaziva, razmatra i kao strukturno-razvojni i kao patološko-kriminalni fenomen. U ovom radu naglasak je na patološkim potencijalima nezaposlenosti uopšte, a naročito one koja je *kriminalno indukovana*.

Strukturna nezaposlenost je složena pojava koja ima više različitih uzroka, oblika ispoljavanja, ličnih (psiholoških), ekonomskih i socijalnih posledica i različitih načina ublažavanja mnogobrojnih problema koji su s njom posredno i neposredno povezani. Jednu vrstu problema imaju mladi visokoobrazovani ljudi koji su završili fakultete i koji na evidenciji društvenih službi za zapošljavanje i po desetak i više godina čekaju na posao. Neki su pasivniji, pa uglavnom čekaju na posao za koji imaju diplomu, dok se drugi uporno prijavljuju za svaki posao, ali i pored toga ostaju nezaposleni.

Prema evidenciji Nacionalne službe za zapošljavanje ukupan broj nezaposlenih u Srbiji, gledano po godinama od 2005. do 2013, kreće se između 913.293 (2006) i 744.222 (2010) s tim što je 2013. godine evidentirano 774.890 nezaposlenih. U martu 2014. godine u Srbiji je samo 68,07% nezaposlenih imalo odgovarajuću stručnu spremu za posao koji su tražili. Od 2008. godine naglo je pala potražnja za bilo kojim poslovima, a broj lica koja su tražila posao je ostao veliki, tako da je ponuda radne snage znatno prevazilazila potražnju, u svim statističkim kohortama (po stepenu stručne spreme, po polu i starosti). U Srbiji je više od jedne decenije nezaposlena trećina radno sposobnog stanovništva i više od polovine mladih ljudi. U četrdeset opština nezaposlen je svaki drugi stanovnik. Najviše je onih koji posao traže od jedne do dve godine (17,72%), a potom 13,09 odsto onih koji posao čekaju od tri do pet godina. Između pet i osam godina posao čekaju 73.334 nezaposlena lica. Struktura nezaposlenih već godinama se bitno ne menja, pa je tako na evidenciji onih koji traže posao najviše lica bez dovoljnih kvalifikacija i onih koji pripadaju mlađim generacijama. Najviše nezaposlenih ima od 25 do 29 godina (13,82 % od ukupnog broja nezaposlenih), a zatim onih u najproduktivnijim godinama (od 30 do 34 godine ih je 12,42% od ukupnog broja nezaposlenih od ukupnog broja nezaposlenih). I obrazovna struktura je loša, pa je najviše nezaposlenih sa četvrtim stepenom (224.452) a čak 222.619 evidentiranih nema nikakvih kvalifikacija.²

Prema nekim anketama („Infostud“, 2013) za jedno radno mesto u Srbiji u proseku konkuriše oko 150 osoba, što pokazuje da je potražnja za poslom velika, a izgledi da se do posla dođe veoma mali. U takvim okolnostima povećava se pritisak na one koji odlučuju o prijemu kandidata na posao, a višestruko se povećava verovatnoća da se korupcijom dolazi do radnih mesta. Ovde se stiču svi neophodni i dovoljni uslovi za nastanak jednog opasnog kriminalnog žarišta koje stvara neposredna deterministička spreaga masovne nezaposlenosti i sistemske korupcije.

Ovoj vrsti korupcije širom su otvorena vrata time što je direktorima javnih preduzeća i državnih ustanova zakonskim ovlašćenjima ostavljeno da po sopstvenom

2 Videti: *Mesečni statistički bilten*, Nacionalna služba za zapošljavanje, mart 2014, s. 10–11. Beograd; <http://www.novosti.rs>. 239.html:472286; <http://www.novosti.rs> 290. html:434030; <http://www.novosti.rs> 290. html:481321.

nahodjenju primaju na posao i otpuštaju s posla koga god hoće. Ako ponegde ponešto i piše o kriterijumima za zapošljavanje i otpuštanje ljudi, to se uglavnom ne poštuje, jer je namerno neprecizno formulisano te je podložno svakojakom tumačenju. Neodgovornost onih koji odlučuju ko će dobiti a ko izgubiti posao pojačava okolnost da su direktori javnih preduzeća i državnih ustanova provereni i privilegovani stranački kadrovi kojima je jedan od najvažnijih (latentnih) partijskih zadataka da zapošljavaju svoje stranačke kolege, ako nikako drugačije ono tako što će za njih „oslobađati“ radna mesta otpuštajući one koje je na isti način zaposlila prethodna vlast. Ovu vrstu zloupotrebe javnih ovlašćenja kod nas niko ne kažnjava zato što to rade sve stranke kad su na vlasti, što su ranije radile one koje više nisu na vlasti i što nameravaju da čine i one koje se nadaju da će na vlast doći.³

Okolo ovoga ne postoji samo prećutna međustranačka saglasnost, nego je neformalno rašireno i veoma jako očekivanje među stranačkim aktivistima da će svoj partijski angažman, ako ne na neki drugi profitabilniji način, naplatiti makar tako što će imati privilegije prilikom svog zapošljavanja ili kod zapošljavanja nekog člana svoje porodice. O širini i dubini ovog vida političke korupcije ne postoji niti je moguća precizna statistika, ali se njeno postojanje ogleda u raširenom uverenju među građanima da su političke stranke, za najveći broj svojih aktivista i pristalica, u prvom redu neformalne agencije, kancelarije ili biroji za zapošljavanje, pa tek potom političke organizacije ljudi koji imaju slične stavove o javnim pitanjima.

Mnogobrojne su, raznovrsne i veoma štetne posledice ovog vida političke korupcije koji pothranjuje visoka stopa nezaposlenosti u realnom (proizvodnom) sektoru naše privrede. Zbog ovoga kod nas i nastaje paradoksalna i u osnovi patološka pojava da u društvu u kojem je sve više nezaposlenih u oblasti proizvodnje i proizvodnih usluga kao ekonomskom sektoru koji bi realno (a ne virtuelno) trebalo da popunjava budžet u kojem su deficiti sve veći, stalno raste broj zaposlenih u državnoj upravi koja je na teretu takvog ispražnjenog budžeta.

Dodatni paradoks je činjenica da sve političke garniture, s vremena na vreme, najavljuju smanjenje prekobrojnih u administraciji i smanjenje stope nezaposlenosti u drugim sektorima, a stvarno se dešava sasvim suprotno: administracija koja neracionalno troši budžetska sredstva stalno raste, a nezaposlenost u privredi se iz godine u godinu uvećava, uprkos usvojenoj strategiji o smanjivanju nezaposlenosti na koju se niko ozbiljno ne osvrće.

Neosporna je društvena činjenica da je današnjoj masovnoj nezaposlenosti u Srbiji prethodila masovna zaposlenost koja je imala svoja strukturalna i razvojna ograničenja i kao takva bila i sama izvor nekih pozitivnih, ali i mnogih negativnih oblika delovanja i ponašanja zaposlenih u socijalističkim preduzećima i ustanovama prethodnog sistema. Ubrzana industrijalizacija u socijalizmu je omogućila masovan beg radne snage iz sela i poljoprivrede u nepoljoprivredne delatnosti i gradske sredine. Sistemski je podstaknuta razvojno neophodna pokretljivost radno sposobnog

3 Indikativan je u ovom smislu jedan konkurs koji je nedavno raspisao upravni odbor Zavoda za zdravstvenu rehabilitaciju u Gornjoj Trepči koji, pozivajući se na republički zakon o zdravstvu i statut zdravstvene ustanove, za pomoćnika direktora od kandidata pored „menadžerskih sposobnosti“ zahteva isključivo diplomu srednje geodetske škole (???). Najparadoksalnije je što takav namešteni konkurs niko nije poništio.

stanovništva iz seoskih sredina u kojima je vladala agrarna prenaseljenost koja je ranije bila hronična. To je u datim strukturnim okolnostima bio ne samo neophodan nego i poželjan razvojni projekat, ali je njegovo kampanjsko političko sprovođenje u velikoj meri umanjilo njegovu ekonomsku i socijalnu racionalnost. Došlo je, naime, do masovnog i preteranog egzodusa seljaka iz sela i poljoprivrede koji je za posledicu imao, na jednoj strani, brzo pražnjenje sela i devastaciju poljoprivrede, a na drugoj nagli porast gradova i preterano zapošljavanje u nepoljoprivrednom sektoru. Umesto ranije agrarne prenaseljenosti otišlo se u drugu krajnost, u ekonomski i socijalno neracionalno zapošljavanje u nepoljoprivrednim delatnostima.

Umesto da se ekonomska modernizacija istovremeno sprovodi i u poljoprivredi, ova je naizmenično bila izlagana raznim političkim projektima kolektivizacije, udruživanja i razdruživanja, podruštvljavanja, reprivatizacije, privatizacije i sličnog. Naglu postrevolucionarnu industrijalizaciju prati haotična urbanizacija s preteranim porastom gradskog stanovništva koje pritiska nerazvijenu urbanu infrastrukturu. Umesto da se civilizuju sela širenjem urbanih kulturnih obrazaca na seoske sredine, ruralizovani su gradovi koji nisu imali kapacitet za neophodnu akulturaciju masovnih pridošlica. U prenaseljenim i socijalno haotičnim gradskim sredinama lako se lome i međusobno sukobljavaju svi važeći kulturni obrasci, što pogoduje najraznovrsnijim vidovima društvene patologije i kriminaliteta u njenom jezgru. Urbana patologija se višestruko uvećava u uslovima masovne nezaposlenosti koja, inače, mnogo teže pogađa gradsko stanovništvo nego seosko.

Pošto je postrevolucionarni modernizacijski talas imao kampanjski karakter, on je za posledicu imao i činjenicu da su u socijalističkim preduzećima masovno zapošljavani i oni za kojima nije bilo ekonomske potrebe, samo ako su bili politički podobni. Paradoksalno je da se slična neracionalna pojava uočava i u današnjim okolnostima kampanjske tranzicije koja, i kad u društvu indukuje masovnu nezaposlenost, obezbeđuje u javnim preduzećima, kao na svojevrsnim partijskim feudima, ekskluzivno zapošljavanje stranačkih aktivista i pristalica vladajuće političke klase.

Krupni politički lomovi kojima je u poslednje dve-tri decenije izloženo srpsko društvo predstavljaju globalni deterministički okvir u kojem se radikalno transformišu svi kulturni obrasci, a naročito oni koji su u prethodnom socijalističkom sistemu bili uobičajeni u sferi rada i zapošljavanja. Roditelji su tada vaspitavali svoju decu da vredno uče i što uspešnije savladavaju svoje školske obaveze, a sve ostalo u njihovom životu biće briga države i društva: kad dobiju školsku diplomu, dobiće odgovarajuće zaposlenje koje će im obezbediti sve neophodne egzistencijalne uslove, redovnu i pristojnu platu, društveni stan u kojem će stanovati sa porodicom koju će osnovati, a sve to će im biti trajno obezbeđeno, bez neke posebne njihove obaveze – izuzev elementarne političke lojalnosti prema vladajućem režimu.

Kad je režim kod zaposlenih, pored redovnog rada počeo da vrednuje i radne rezultate, radni poredak je ekonomski racionalizovan do granice globalnog socijalističkog načina proizvodnje koji je u međuvremenu evoluirao od komandne do dogovorne i samoupravne ekonomije i privrede. Sve ovo je izgledalo kao najzad pronađeni „socijalistički način proizvodnje“ koji su ondašnji vodeći ekonomisti (Branko Horvat, Miladin Korać, Tihomir Vlaškalić, Ivan Stojanović i dr) na različite načine operacionalizovali i institucionalno aranžirali, ali su svi u osnovi prenebre-

gavali značaj međunarodnog političko-ekonomskog okruženja za održivost takvog modela društvene reprodukcije. Kad se spoljni politički kontekst naglo promenio u poslednjim decenijama 20. veka, veoma brzo se pokazalo da je „socijalistički način proizvodnje“, bez obzira da li je bio „komandni“ ili „samoupravni“, postao ekonomski neodrživ u oštroj konkurenciji na surovom svetskom tržištu prema kojem se naglo i neoprezno otvorio.

Sa socijalnog stanovišta taj sistem je bio prihvatljiviji za masu zaposlenih koji su u njemu imali osećaj egzistencijalne sigurnosti i pored njegove manje ekonomske efikasnosti. Mladi ljudi su, posle obaveznog i besplatnog školovanja dobijali kakav takav posao, za kakvu takvu platu, što je svima obećavalo kakvu takvu životnu ličnu i socijalnu perspektivu. Zapošljavanje, kao i prethodno školovanje, imalo je, pored ekonomskih još i socijalne razloge i ulogu. Smatralo se da je za mlade, nezrele i potencijalno devijantne ličnosti, bilo kakva škola i bilo kakav posao bolja životna sredina za psihološko i socijalno sazrevanje od ulice i kriminalnih gangova. Sfera društvenoga rada nije bila isključivo ekonomska sfera, kao što i ekonomija nije svođena na surovu tržišnu utakmicu.

Socijalnu održivost takvog sistema podrivala je njegova ekonomska neefikasnost, ali bi njegove optimalne i racionalne ekonomske reforme bile one koje ne bi išle u drugu krajnost i za račun navodne ekonomske efikasnosti i tržišne konkurentnosti urušavale njegove socijalne performanse. To bi bile mnogo suptilnije ekonomske i socijalne reforme od radikalne tranzicije koju prati neoliberalna ideologija tržišnog fundamentalizma. Ta agresivna ideologija prikriva i podržava kriminalne motive „elite belih okovratnika“ i raznoraznih domaćih „reformatora“ koji u prvoj fazi postsocijalističke tranzicije uvek nastupaju u neprincipijelnoj koaliciji sa stranim i ništa manje kriminalnim mentorima, kojima će u poslednjoj fazi tranzicije od socijalizma ka tržišnom imperijalizmu i sami biti podređeni, zajedno sa celim srpskim društvom.

Globalni tektonski potresi koji su se odigrali prilikom političkog i ekonomskog urušavanja socijalističkih sistema i njihovih jednopartijskih režima radikalno su promenili ulogu i položaj mase zaposlenih ljudi u privrednim i neprivrednim delatnostima. Sve što je dotle izgledalo kao trajno i do kraja radnog i životnog veka zagarantovano svim zaposlenim ljudima, odjednom se urušilo kao „kula od karata“. Masa ljudi je ove društvene potrebe doživela kao prirodnu kataklizmu koju su dočekali potpuno nepripremljeno – i politički i psihološki. U kataklizmički haotičnoj društvenoj situaciji započinje kriminalni „lov u mutnom“ u kojem se najbolje snalaze oni koji su u datom kontekstu imali poluge društvene moći u svojim rukama. Vladajuća politička elita započinje kriminalno transferisanje svoje političke vlasti u ekonomsku moć zasnovanu na pljačkaškoj privatizaciji opštedruštvenih dobara u formi državnog, društvenog, korporativnog i svakog drugog vlasništva.

Naliče tog strukturnog loma i haotičnog preobražaja globalnog institucionalnog sistema je kriminalno preuzimanje vlasništva od strane politički nelegitimnih, oligarhijski organizovanih i interesno povezanih grupacija koje od države kva- zipravno preotimaju najvrednije nepokretnosti, a surovo odbacuju zaposlene kao „živi balast“. Mase do skoro zaposlenih ljudi grubo se bacaju na divlje „tržište rada“.

A to tržište je, u svojim realnim manifestacijama, i u našim konkretnim okolnostima, još uvek tako divlje kakvo je bilo u vremenima prvobitne akumulacije kapitala u razvijenijim kapitalističkim zemljama.

Problem odnosa masovne nezaposlenosti i povećane stope kriminaliteta u Srbiji nalaže kritički osvrt na često iznošene teze da je masovna nezaposlenost u krajnjoj liniji determinisana strukturnim činiocima nerazvijenog srpskog društva s evropske poluperiferije, koje je politički i na svaki drugi način prinuđeno da se otvori prema međunarodnom tržištu. Otuda su, prema takvim mišljenjima, svi veliki društveni problemi, pa i ovi sa masovnom nezaposlenošću, razvojnog karaktera i posledica su nužnog prilagođavanja pojačanoj konkurenciji koja je u krajnjoj liniji, ne samo neophodna nego i korisna, pa u tom smislu i dobra, te se ne bi mogla ni u kom slučaju smatrati kriminalnom pojavom. Taj stav je u načelu ne samo moguć, nego je i prihvatljiv, ali samo uslovno, kao nužan reformski korak ka pravno uređenom, ekonomski konkurentnom, razvojno održivom i socijalno pravednom društvu. U suprotnom slučaju, on je društveno neprihvatljiv, kad god se međunarodno tržište u javnom političkom diskursu ideološki, kvaziteorijski i bezuslovno apsolutizuje, bez obzira na njegove socijalne posledice.

Pritom se obično sofistički koriste razne racionalizacije, kao što su ona da postoje slične pojave u okolnim i nama sličnim društvima ili protopolitički stav da su vladajuće elite na „slobodnim demokratskim izborima“ dobile većinsku političku podršku za reforme koje sprovode, te stoga imaju politički legitimitet da donose „bolne odluke“ u koje spada i masovan gubitak radnih mesta. Politička sofistika ovde se ogleda u namernom prenebregavanju politički, etički i pravno relevantnih okolnosti u kojima se t.zv. reforme sprovode – što sve zajedno ima kriminalne posledice.

Na početku svega bila je i još je u toku *velika politička prevara*: niko nikad nije rekao zaposlenima da će posle „demokratskih izbora“ biti otpušteni s posla kojim su se dotle bavili – zbog neophodnih reformi, demokratizacije, modernizacije, evropskih integracija i sličnih velikih i udaljenih ciljeva. Svi su im, umesto da im prethodno realno obezbede drugi i perspektivniji posao, obećavali „bolji život“ i sveopšti prosperitet – i to u neposrednoj budućnosti i bezuslovno. Ili, uz samo jedan uslov, da glasaju za njih i da blanko prihvate njihovu ideologiju. Masovna politička prevara je, dakle, bila u osnovi pljačkaške privatizacije i prateće masovne nezaposlenosti kao njenog naličja. Masovna je, doduše, svojevremeno bila i politička prevara s kojom je stvorena masovna zaposlenost. Razlika između ove dve političke prevare je, ipak, bitna. Prva prevara, kao i druga, jeste bila demagoška, ali je prva imala više utopijske, a druga kriminalne primese – ako ova potonja možda i nije bila u svemu kriminalna, a ona prva stvarno zaštićena od nekih kriminalnih motiva.

Demagoška je sofistika, takođe, i ukazivanje na sličnu sudbinu okolnih društava u vrtlogu kontroverzne tranzicije i post-socijalističke transformacije. To što su i druge oligarhijske vrhuške činile isto što i naša pre je argument za ocenu da su kriminalno delovali i jedni i drugi, a ne za tezu da se radi o pojavama koje su nužna posledica neophodnih i dosledno sprovedenih strukturnih reformi. Uostalom, ni revolucionarni teror i kriminalni postupci komunističkih vlasti prilikom uspostavljanja socijalističkih političkih režima i institucionalnih sistema, ne bi smeli da budu

nikome ni izgovor ni opravdanje za sve ono što je pratilo njihovo rušenje i postsocijalističku tranziciju. Oni načelno ni u kojem slučaju ne mogu predstavljati, ni etički ni politički, valjan odgovor na izazove neophodnih reformi u bivšim socijalističkim društvima. Zato je neprihvatljiv, u osnovi revanšistički argument da se uvek i samo „klinom klin izbija“ tako da radikalno i kriminalno komunističko revolucionisanje „zaslužuje“ radikalno i kriminalno postsocijalističko tranzicionisanje.

Takva revanšistička logika samo obrazlaže, a revanšistička etika pokušava da opravda ono što se u civilizovanim društvima ne može opravdati sofisticiranim metodom zamenjivanja nužde i vrlin: ako se zbog određenih kriminogenih i realnih činilaca i aktera lanac kriminaliteta u konkretnoj društvenoj stvarnosti ne može potpuno prekinuti, ne znači da je politički nužno nekakvo njegovo etičko opravdanje. Sociološka kritička analiza takvih političkih nastojanja pokazuje da se time samo potpomaže opstojavanje kriminogenih činilaca i kriminalnih postupaka koji mogu da budu u interesu samo kriminalnih aktera, a stvarno su uvek na štetu svima drugima i društvu kao celini. Zato su takva politička nastojanja, sama po sebi, prvi i latentni indikator kriminogenosti svojih aktera i globalnih okolnosti u kojima takvi akteri imaju javnu promociju i realnu ekonomsku i političku moć.

Najopasnije je što se time stvara i širi opšte mnjenje da je kriminalno delovanje i ponašanje ovladalo vrhovima državne vlasti, da je zahvatilo pravosuđe, policiju, vojsku, obrazovanje, zdravstvo, sport, pa čak i crkvu. U tako kriminalizovanom globalnom kontekstu briše se razlika između normalnih i patoloških fenomena, pa ni sankcionisanje kriminaliteta i kriminalaca nije moguće. U ekstremnim slučajevima, umesto da budu sankcionisani, kriminalci uzimaju „vlast u svoje ruke“ i presuđuju sudijama i drugim poštenim građanima, obično u svom surovom stilu i „po kratkom postupku“.

Tako je i u Srbiji zamagljena elementarna istina da je kriminalitet po definiciji najteža socijalna devijacija koja se zbog toga pravno sankcioniše u svim civilizovanim i pravno uređenim društvima. A tamo gde se kriminalci ne kažnjavaju, zločin i kazna pogađaju celo društvo. Postsocijalistička tranzicija i pljačkaška privatizacija su kriminalizovale neposredno kapital, a posredno i sferu rada. Otuda je masovna nezaposlenost u srpskom društvu u najvećoj meri posledica masovne protivpravne korupcije prilikom pljačkaške privatizacije državnih preduzeća kojom su novi vlasnici stekli svojinu nad imovinom tih preduzeća i protivpravno se domogli prilike da zatvore proizvodne i uslužne pogone, da rasprodaju njihovu imovinu i otpuste u njima zaposlene radnike. Korupcija prilikom privatizacija je glavno kriminalno žarište glavnih činilaca koji su prouzrokovali masovnu nezaposlenost u Srbiji. Kriminalna privatizacija se odvijala na sve moguće protivpravne načine, pa su shodno tome i zaposleni otpušteni po tim istim obrascima:

1. Najočiglednije je bilo bahato kršenje zakonskih propisa koji su štitali zaposlene, kad su delikte novih vlasnika tolerisale ne samo političke vlasti i nazovi nezavisna regulatorna tela, nego i pravosudni organi (tužilaštvo i sudovi) koji su se prečesto svi zajedno nalazili u istom lancu organizovanog kriminaliteta.
2. Najopasnija i najštetnija bila je politička korupcija izvršne i zakonodavne vlasti koja je osnovni uzrok protivpravnih ili kvazipravnih privatizacija.

Politička korupcija glavnih vlastodržaca i njihovih oligarhijski organizovanih stranaka omogućila je da se u Srbiji ustanovi partokratski model kriminalne vladavine. Korumpirane vrhuške političke vlasti predlagale su i donosile zakone koji su neposredno legalizovali pljačkašku privatizaciju, a posredno omogućavali masovno otpuštanje zaposlenih, koje je takođe, ponekad i naknadno, legalizovano.

3. Kriminalna podloga masovne nezaposlenosti ogleda se u činjenici da su bez posla ostajali i zaposleni u ekonomski perspektivnim preduzećima koja su često prodavana, ispod njihove realne cene, donosiocima nelegalno stečenog novca. Novi privatni vlasnici su ovim kriminalnim ili kvazipraavnim transakcijama tako više „prali“ svoj prljavi kapital nego što su razvijali kupljena preduzeća. Umesto ekonomski zdravog preduzetništva bujaju kriminalne novčane i svake druge špekulacije. Namerno se urušavaju preduzeća da bi se što brže prodajom njihove pokretne i nepokretne imovine došlo do što većeg profita. Zaposleni u takvim preduzećima masovno ostaju bez posla i postaju kolateralna šteta niza povezanih kriminalnih radnji novih vlasnika i njihovih političkih šticećenika. Ova vrsta nezaposlenosti analitički (i etički) se mora razlikovati od suštinski različitog tipa strukturne nezaposlenosti u nerazvijenoj socijalističkoj privredi koja nije u stanju da bez sistemskih reformi opstane u oštroj konkurenciji na kapitalističkom tržištu.
4. Veliki je društveni problem što se za sada u Srbiji ni u stručnim sociološko-pravnim analizama još ne uočavaju suštinske razlike između kriminalno indukovane i strukturno uslovljene nezaposlenosti, te ih ne razlikuje ni zvanična statistika, pa je i njihov stvarni obim nepoznat.
5. U tom smislu bi kriminalno indukovana nezaposlenost morala da bude i pravno drugačije tretirana od one koja je izazvana strukturno-reformskim činocima. To bi značilo da bi oni koji su je neposredno ili posredno izazvali bili na odgovarajući način pravno sankcionisani, uključujući kakvu-takvu, ako ne i sasvim srazmernu nadoknadu štete onima koji su je pretrpeli ostajući bez posla. Umesto ozbiljnog sistemskog sasecanja korena političke korupcije, danas smo u Srbiji uglavnom suočeni samo sa sporadičnim javnim (često tabloidnim) žigosanjem istaknutih pojedinaca iz oligarhijskog kruga političkih protivnika – bez pomena nadoknade štete koja je učinjena i državi i pojedincima. Čak i kad bi se svi akteri kriminalnih privatizacija u Srbiji pohapsili, a to je nemoguće ne samo zbog prepunih zatvora nego i zbog raširenog političkog klijentizma i korupcije u pravosuđu, sa izostajanjem nadoknade štete oštećenima anomijsko propadanje srpskog društva bi se nužno nastavilo.

2. SOCIJALNA PATOLOGIJA AKUTNE BESPOSLICE U SRPSKOM DRUŠTVU

Aktuelna i akutna besposlica u srpskom društvu u prvom redu je neposredna posledica masovne nezaposlenosti. To bi značilo da se njeni različiti pojavni oblici suštinski razlikuju prema socijalnim i personalnim činocima koji dovode do neza-

poslenosti i prema posledicama koje besposlica nužno proizvodi u međuljudskim odnosima u užoj i široj društvenoj sredini. U tom smislu bi se moglo reći da su etiologija, fenomenologija, viktimologija i terapija raznih tipova besposlice nužno različiti, te je i njihov patološki i kriminalni potencijal različit.

Neka nezaposlena lica aktivno traže i uvek nalaze nekakvu smislenu i alternativnu aktivnost koja za njih predstavlja kakav-takav odgovor na egzistencijalni izazov nezaposlenosti. U jednom slučaju ta alternativna aktivnost je legalna i društveno korisna, za njih i njihovu porodicu, kao i za društvo u celini. U drugom slučaju, njihova aktivnost je društveno štetna i kao takva neprihvatljiva, a često i nelegalna i kriminalna. Koji će pojedinci i koje grupe odabrati koji od ova dva alternativna puta izlaza iz egzistencijalno teške situacije u kojoj se nalazi svako nezaposleno lice nije lako i jednostavno znati. Zna se samo da na izbor životnih strategija pojedinaca značajno utiču njihove porodice i druge primarne grupe, nekada škola, a danas mas-mediji i pod njihovim uticajima usvojeni sistemi vrednosti. Zato je odnegovani moralni kodeks primarni, a to znači i prvi i najvažniji, orijentir pojedinaca i grupa na svim životnim raskrsnicama, a naročito na onoj na kojoj se razilaze kriminalni i legalni putevi.

Sa druge strane, iskustveno je potvrđeno, i nesistematskim uvidima i relevantnim sociološkim i kriminološkim istraživanjima, da je značajan broj onih koji na put kriminala skrenu onda kada su za njih zatvoreni legalni kanali društvene promocije, kada dožive neuspeh u pokušajima da na legalan način dođu do legalnog posla ili kada u sopstvenom legitimnom nastojanju da se izvuku iz bezizlaza nezaposlenosti ne budu ni od koga podržani, a pogotovo kad budu nepravedno i nelegalno osujećeni. Tada će jedni potonuti u lično i socijalno beznađe i skrenuti u autodestrukciju svoje ličnosti i svoje porodice, najčešće u alkoholizam i narkomaniju. Drugi će svoju frustraciju preobratiti u osvetu prema legalnom poretku koji smatraju nepravednim, prema protagonistima toga poretka, ali i prema svima drugima koji su u boljoj socijalnoj poziciji od njih. U njihovoj iskrivljenoj i kriminalnoj percepciji u mnogo čemu stvarno kriminalne stvarnosti kriminalni legitimitet dobija svaki vid njihove osвете uključujući i najteža krivična dela kao što su velike prevare i provale, surove otmice, razbojništva, pljačke, ubistva i sve drugo.

Ovako regrutovani teški kriminalci obično oponašaju kriminalitet belih okovratnika, sami se međusobno organizuju u kriminalne gangove i povezuju sa sistemskim kriminalom u legalnim institucijama. Nekada legalno nezaposlena lica se „samozapošljavaju“ tako što sama sebi nalaze nelegalni posao u kojem ostaju za ceo život. Tako u uslovima masovne nezaposlenosti nastaje masovan profesionalni kriminal koji stupa u neprincipijelne koalicije sa sistemskim kriminalitetom legalnog poretka. Time se stvara maligno tkivo organizovanog kriminaliteta koje vremenom zahvata sve organe društvenog organizma, sve dok u ovom razornom društvenom procesu ne dođe do konačnog obračuna globalnog poretka sa organizovanim kriminalitetom ili do globalnog sloma legalnog poretka.

Druga kategorija nezaposlenih pasivno čeka posao ili je brigu oko iznalaženja posla prenela na državne biroe za zapošljavanje ili specijalizovane privatne agencije. U njihovom slučaju traženje posla podrazumeva redovno odazivanje na periodične pozive oficijelnih službi za evidenciju nezaposlenih, na uzaludno višegodišnje

ispisivanje i slanje na razne strane svojih životnih biografija i očekivanje eventualnih razgovora sa poslodavcima. Neki među njima bivaju reketirani od privatnih agencija za traženje posla koje im nezakonito naplaćuju svoje usluge, neki se privremeno zapošljavaju na crno, rade na probu, bez plate i obaveznog osiguranja, a i kad nešto od poslodavca od zarade dobiju to dele sa agencijom koja im je našla takav posao. U najgorem slučaju dešava se da u potrazi za nazovi atraktivnim poslovima, u kriminalnim posredovanjima kriminalizovanih agencija za iznalaženje poslova za nezaposlene, ne mali broj lica, najčešće mladih devojaka, postaju žrtve trgovine ljudima i seksualnog trafikinga.

Akutnu besposlicu u Srbiji prati veliko socijalno i egzistencijalno beznađe mladih ljudi kojima mladost prolazi u iščekivanju zaposlenja kojeg nema. U Nacionalnoj službi za zapošljavanje više od 70.000 ljudi radno mesto čeka duže od deset godina. U toj službi ih uglavnom uče da pišu biografije i kako da vode razgovore sa poslodavcima, a oni uzaludno čekaju, umesto da se i služba i nezaposleni više aktiviraju u dokvalifikovanju, prekvalifikovanju i osposobljavanju za nove poslove u novim okolnostima.

Patologija svakodnevnog života besposlenih podseća na fenomen očekivanja Godoa, na kolektivnu dramu ljudi koji sve dublje i dublje tonu u opštem socijalnom beznađu u kojem nije lako izabrati i realno sprovesti smislenu i legalnu ličnu strategiju izlaza iz naoko bezizlaznih situacija. Predugo zadržavanje u začaranom krugu globalnog socijalnog beznađa trajno oštećuje mentalno zdravlje svih ljudi koji se u njemu nađu, a naročito onih koji su još mladi, nezreli i nisu očvrslili u teškoćama preživljavanja s kojima su se kod nas susretale starije generacije. U takvim okolnostima po geometrijskoj progresiji se povećava broj mladih ljudi koji postaju alkoholičari ili zavisnici od lakih i teških droga.

Sa totalnom dominacijom globalnog tržišta i u Srbiji se širi kriminalno tržište narkotika. Dileri droga su organizaciono osvojili javne prostore u našim gradovima u isto vreme kada su na ulicama „radili“ dileri deviza, a i jedni i drugi su personalno regrutovani iz mase nezaposlenih. Urušavanje opštih moralnih vrednosti, a naročito etike napornog rada i poštene zarade kao osnove pristojnog građanskog života, uticalo je da bude premalo onih koji su bili spremni da se iz grada vrata u sela iz kojih su došli i na njive koje su u međuvremenu zarasle u korov. U tome ih niko nije sistemski ni podsticao ni podržavao, kao ni one koji bi ostali u gradovima kao legalni sitni preduzetnici ili ljudi koji se pošteno samozapošljavaju u malim zanatskim, trgovinskim i drugim proizvodnim ili uslužnim poslovima. To se posebno odnosi na mlade, obrazovane i nezaposlene ljudi koji bez posla gube smisao za opstanak u Srbiji, a oni koji ne uspeju da se kako tako zaposle i da bilo gde odu, ulaze u veliki rizik da uopšte ne iznađu smisao svoga svakodnevnog života.

Paradoksalnost ovakvog globalnog stanja pojačava činjenica da su upravo mladi ljudi oni akteri koji jedino mogu povratiti nadu celom društvu, a sami su frustrirani, obeshrabreni i motivisani. Premalo je onih koji su spremni da se hrabro i motivisano izbore s kolektivnim frustracijama, a previše onih koji izlaz iz globalne nacionalne besperspektivnosti vide u trajnom odlasku u inostranstvo – najpre zbog posla kojeg u Srbiji nemaju, a potom i zbog svega drugog što se s pristojnim zapošljavanjem obezbeđuje u ličnom i porodičnom životu.

Čovek bez rada nije čovek u pravom smislu reči. Čak i težak rad za čoveka može da ima nekog smisla, ako je koliko-toliko društveno priznat i na bilo koji način vrednovan od referentne grupe i zajednice kojoj pripadaju oni koji ga obavljaju. Društvo, dakle, nije moguće bez rada, a od čoveka bez posla teže je samo čoveku bez zdravlja. Zato je masovna nezaposlenost svojevrсна bolest društva u kojem je ona raširena. Odraslo lice tek sa poslom kojim se profesionalno bavi može da postane psihološki zrelo i društveno priznato ličnost. Da nije rada ljudi se ne bi sistematski obrazovali, pošto lična radoznalost za većinu ne bi bila dovoljno jak izvor motivacije za ozbiljno učenje i sticanje raznih korisnih znanja i veština. Bez profesionalnog rada većina ljudi ne bi imala mogućnosti da razvije svoje lične sposobnosti i da ostvari svoje stvaralačke potencijale. Društveni odnosi u radnim grupama su oduvek bili važni za društveni život u celini, jer se u radu stiče prvo i najvažnije društveno priznanje svakog pojedinca. U modernim robno-novčanim društvima bez profesionalnog rada nema legalne zarade, a bez zarađenog novca na tržištu roba i usluga pojedinac ne može da zadovolji ni najelementarnije ljudske potrebe – ni lične, a ni potrebe svoje porodice. Odrasli ljudi koji ne zarađuju za sopstveno izdržavanje i koji nisu u stanju da izdržavaju svoju porodicu gube status pristojnih građana, ostaju bez ličnog dostojanstva i bilo kakvog društvenog ugleda, tonu na dno društvene piramide i ostaju na marginama društvene strukture.

Čak i oni koji su na neki legalan način materijalno zbrinuti, bez sistematske radne aktivnosti ne umeju ljudski valjano i društveno korisno da organizuju svoje vreme, lako zapadaju u dosadu i apatiju besposlice, a uz njih i u razne druge lične i socijalne poroke. U uslovima masovne besposlice neki iz egzistencijalne nužde, skrenu u kriminalne aktivnosti da bi došli do novca, a preko novca do elementarnog preživljavanja. Neki drugi, zbog svoje karakterne obesti i umišljeno višeg ličnog ili grupnog uticaja i statusa, do kojeg ne mogu legalno da dođu bez posla, kriminalno posežu za tuđim novcem i imovinom.

Na drugoj su strani oni koji umesto kriminala skreću u lične i socijalne poroke i bolesti. Oni koji su među njima materijalno zbrinuti, besmisao svoje lične i društvene egzistencije ispoljavaju kroz razne bolesti zavisnosti – u narkomaniji, alkoholizmu, kockanju i raznim vrstama razvratnog ponašanja i neumerenog konzumerizma. Tako kafane, kafići, klubovi, barovi, splavovi, kockarnice, kladionice, tajne javne kuće i otvorene ulice, za jedne nezaposlene postaju mesta polulegalnog i kriminalnog posla i zarade, a za druge mesta nastajanja mnogih ličnih i socijalnih poroka, duhovnog i fizičkog razbolevanja i svekolikog ljudskog propadanja. A i za jedne i za druge, kao i za celo globalno društvo, danonoćna gužva na navedenim mestima siguran je znak i najvidljiviji pokazatelj masovne besposlice kao akutne socijalne patologije koja je rodno mesto raznih vidova kriminaliteta.

Savremeno srpsko društvo karakteriše paradoksalno smenjivanje perioda koji na prvi pogled izgledaju kao antipodi, a strukturno su homoložni i pored svih svojih pojava razlika. U svakodnevnom društvenom životu to su realne situacije koje izgledaju kao suprotne krajnosti koje naglo jedna drugu smenjuju – kao nekakvo strukturno klatno koje se kreće levo-desno, a stvarno (razvojno i istorijski) ostaje u istom mestu – za koje smo zakovani, na kojem smo zavezani i njime u mnogo čemu zarobljeni (kao da je proklet). Tako nam izgleda i socijalna fenomenologija

smeñivanja prethodnog perioda masovnog zapošljavanja sa današnjim vremenom masovne nezaposlenosti u pogledu radnog i svakog drugog društvenog i ličnog statusa mase radno sposobnih građana u Srbiji. Neproizvoljno je iscurilo vreme u kojem je važno geslo „radio, ne radio – svira mi radio“, u kojem su mnogi bili zaposleni i svi redovno primali platu koju nisu morali da zarade i koje se nastavilo primanjem kakvih takvih plata bez ikakvog rada u javnim preduzećima koja su danas masovno u predstečajnom statusu, onom koji se eufemistički naziva „prestrukturiranjem“. To vreme je danas zamenjeno vremenom u kojem se uobičajilo pravilo „platio ti, ne platio – sviraće ti radio“. U tom vremenu nezaposleni i egzistencijalno ugroženi su prinuđeni da mnogo rade za nikakvu ili bezobrazno malu platu, bez formalnog zapošljavanja i civilizovanog radnog i socijalnog statusa.⁴ To je najniži socijalni status u kojem je teško preživljavanje praćeno masovnom turbo-folk kulturom, pinkovanim i tabloidnim medijima i stilom života koji opisuje staro geslo „udri brigu na veselje – pa nek traje dok traje“. A sasvim je neizvesno dokle će trajati i kad će „tikva da pukne“ – kao što je i sa socijalizmom bilo neizvesno dokle će da traje i kad će se urušiti.

Ako ono što u Srbiji mnogi jedva preživljavaju u ovom novom i teškom vremenu i nije po svom karakteru, prema svojim glavnim protagonistima i njihovim uobičajenim postupcima, po svemu kriminalno, u njemu je kriminala sasvim sigurno preko one granice iza koje određena istorijska vremena, društvene prostore, pojave i aktere moramo oceniti da su inficirani dubokom socijalnom patologijom. Ili drugačije i preciznije rečeno: u takvim patologizovanim vremenima i prostorima premalo je pozitivnih sistemskih podsticaja da se nezaposlenim mladim ljudima otvore nove, bolje i realnije mogućnosti za kreativan posao i pristojan život u odgovornoj državi i organizovanom društvu, a previše organizovanog kriminala i planiranog haosa koji guši sve pozitivne akcije manjine koja se još ne predaje, ne posustaje i još uvek nada da je bolje i danas moguće .

LITERATURA

- Kovačević, Mlađan: *Uzroci savremene ekonomske krize*, Akademija ekonomskih nauka, Beograd, 2013.
- Korupcija, vlast, država* (2004. prvi deo, 2005. drugi deo); priredili Verica Barać i Ivan Zlatić, izd. Zadruga „Res publica“, Beograd.
- Mesečni statistički bilten*, Nacionalna služba za zapošljavanje, mart 2014, s. 10–11. Beograd 2014.
- Mitrović, Milovan: *Sociologija*, Pravni fakultet, Beograd, 2005.
- Mitrović, Milovan: „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.

4 Ovu ocenu potvrđuje podatak koji je u svom izveštaju Skupštini Srbije 4. juna 2014. godine iznela poverenica za zaštitu prava građana da je daleko najveći broj pritužbi za ugrožavanje ljudskih prava iz oblasti povreda radnog prava i odnosi se na postupke poslodavaca, menadžera, upravnih i sudskih organa vezanih za radni status zaposlenih i nezaposlenih građana.

Mitrović, Milovan: „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.

<http://www.novosti.rs.239.html:472286>;

<http://www.novosti.rs.290.html:434030>;

<http://www.novosti.rs.290.html:481321>

Milovan M. Mitrović

University of Belgrade, Faculty of Law

UNEMPLOYMENT AND CRIMINALITY IN SERBIA

SUMMARY

In this essay, the author focuses on the problem of mass unemployment in Serbia, as a deterministic set of the most diverse conditions and causes regarding increased criminality rate and all other various forms of social pathology in the current Serbian society. Coming from the most general anthropological hypothesis that the working activity is the basis of human social existence, and also from the basic sociological assumption that continuous professional activities of individuals and groups are the basis of the social structure and social development in general, it's absence and discontinuity in the long run are a direct threat to human existence and reproduction of the social structure, especially for any kind of social development. In the circumstances of mass unemployment, all the necessary and sufficient conditions for the growth of structurally and systematically conditioned social pathologies, such as organized crime, are being fulfilled.

The first part of the essay is a critical analysis of the systemic determinants of mass unemployment in Serbia, their potentially, as well as realistically, criminal nature, which is sometimes open, but more often latent. The author discusses about interest bracing of internal and external, old and new, economic, political and legal criminological factors and actors, which, in overall, are increasing unemployment in Serbia beyond every reasonable measure and, by doing so, they are achieving their criminal goals illegitimately, or very often illegally.

In the second part of this essay, the author points at various pathologies of present and acute unemployment in the modern Serbian society. Consequently, specific types of criminality are being spawned, usually related with those societies where mass unemployment affects youth and working age population groups.

Key words: unemployment, criminal privatization, organized crime, unemployment pathology.

Boris Begović*

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i
Centar za liberalno-demokratske studije

POLICIJSKA ZAŠTITA I KRIMINAL: EKONOMSKA ANALIZA¹

Apstrakt: Pokazalo se da postoji snažna uzročno-posledična veza između nivoa policijske zaštite i stope kriminala. Taj zaključak se zasniva na nalazima u pogledu mehanizama koji leže u osnovi te veze, a posledica su generalne prevencije i onesposobljavanja do koga dovodi policijska zaštita. Ključni metodološki problem koji može da prati ovaj zaključak leži u simultanosti (endogenosti objašnjavajuće promenljive), odnosno u činjenici da pored toga što porast nivoa policijske zaštite dovodi do pada stope kriminala, istovremeno i porast stope kriminala dovodi do rasta nivoa policijske zaštite. Stoga je bitno pronaći mehanizam kojim će se uspešno kontrolisati onaj smer uzročno-posledične veze koji nije predmet istraživanja: smer od stope kriminala ka nivou policijske zaštite. Nekoliko istraženih mogućnosti (prirodni eksperiment, korišćenje promenljivih sa docnjom i korišćenje različitih instrumentalnih promenljivih) dalo je dobre rezultate i omogućilo se dobijanje pouzdanih nalaza empirijskih istraživanja – povećani nivo policijske zaštite zaista dovodi do pada stope kriminala. Razmatranje alociranja resursa unutar policije omogućava da se, bar u načelu, definiše optimalna policijska zaštita i to za zadati nivo raspoloživih budžetskih sredstava. Analiza mehanizama donošenja odluka u samoj policiji, međutim, pokazuje da je mala verovatnoća da se postigne optimalna policijska zaštita i da postojanje parcijalnih interesa onih koji čine policijsku službu dovodi do inferiornih rešenja. Međutim, čak i takva rešenja dovode do empirijski nedvosmislenog nalaza da povećanje policijske zaštite dovodi do pada stope kriminala, mada od slučaja do slučaja varira konkretan iznos koeficijenta elastičnosti ove promene. Za bilo kakvo empirijsko istraživanje veze između nivoa policijske zaštite i stope kriminala potrebna je javna baza podataka o kriminalu koja obuhvata statistiku krivičnih dela. Srbija danas nema takvu bazu podataka, tako da ostaje neizvesno koliki je koeficijent elastičnosti u njenom slučaju.

Ključne reči: policijska zaštita, kriminal, endogenost, alokacija resursa, elastičnost.

1. UVOD

Kao i svaka druga delatnost, policijska aktivnost, ona kojom se pruža policijska zaštita,² nije besplatna u ekonomskom smislu. To što njene troškove direktno ne

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

- 1 Zahvaljujem se Đorđu Ignjatoviću, Ivanu Jankoviću i Mariji Karanikić na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.
- 2 Pod policijskom zaštitom u ovom članku podrazumevaju se isključivo one aktivnosti policije koje su direktno usmerene ka suzbijanju kriminala. Ne radi se, dakle, o zaštiti izabranih ličnosti, već o zaštiti društva od kriminala, tj. o njegovom suzbijanju. Takođe, ne radi se o drugim brojnim policijskim poslovima koji ne spadaju u poslove suzbijanja kriminala, kao što su: regulisanje i kontrola saobraćaja, obezbeđenje javnih skupova, zaštita državne granice, otklanjanje neposredne opasnosti za ljude i imovinu, učestvovanje u spašavanju i pružanju prve pomoći ljudima, itd.

snose krajnji korisnici, ne znači da ti troškovi ne moraju da budu pokriveni. Radi se o tome da resursi koji su angažovani na pružanju policijske zaštite imaju svoje oportunitetne troškove. Zbog toga svako društvo mora odgovoriti na pitanje koliki nivo policijske zaštite želi, imajući u vidu da svaka dodatna jedinica policijske zaštite znači manje resursa potrebnih za neku drugu delatnost, odnosno za zadovoljenje nekih drugih potreba. Budući da postoji slobodan pristup korisnika policijskoj zaštiti, što je posledica činjenice da ona ima neke karakteristike javnog dobra, na navedeno pitanje o poželjnom nivou policijske zaštite se odgovara u političkom procesu, u kome se donose odluke vezane za javne finansije. Ne radi se samo o odluci o tome koliki će biti javni rashodi namenjeni pružanju policijske zaštite, nego i koliko će biti odgovarajuće poresko opterećenje, kao i koliki će biti javni rashodi namenjeni zadovoljenju drugih potreba pojedinaca koji čine jedno društvo (zdravstvo, obrazovanje, socijalna zaštita, očuvanje životne sredine, itd), za šta je, takođe, potrebno oporezivanjem obezbediti javne prihode. U političkom procesu, nezavisno od toga kakav je njegov karakter, dolazi se do odgovora na pitanje koliko je policajaca potrebno jednom društvu, kako i koliko treba da budu opremljeni i kolike treba da budu njihove plate.

Osnovna teza na kojoj se zasnivaju navedena politička razmatranja jeste da postoji uzročno-posledična veza između policijske zaštite i kriminala i to tako da povećanje nivoa policijske zaštite dovodi do obaranja stope kriminala, odnosno njegovog relativnog nivoa. Na osnovu toga se, polazeći od pretpostavke o pozitivnom graničnom proizvodu resursa angažovanih u pružanju policijske zaštite, pretpostavlja da uvećanje količine tih resursa dovodi do obaranja stope kriminala. Navedena teza može da se obrazloži na više načina. Prvo, samo prisustvo policije na javnom prostoru predupređuje vršenje onih krivičnih dela koja se vrše na tom prostoru, odnosno prisustvo policije odvrća potencijalne prestupnike od činjenja krivičnih dela, što se može nazvati policijskom prevencijom. Tipični primeri za ovakvo, policijsko preventivno delovanje jesu krivična dela vezana za nasilničko ponašanje i krađe, kao i krivična dela vezana za motorna vozila. Što više policije, to više predupređenih krivičnih dela, a to znači niža stopa kriminala. Drugo, policija je ključna karika u lancu kažnjavanja prestupnika, pa na taj način učestvuje u formiranju očekivane vrednosti kazne – kategorije koja generiše specijalnu i generalnu prevenciju (Becker, 1968 i Ehrlich, 1973). Naime, više resursa angažovanih u policiji pospešuje prijavljivanje samog krivičnog dela, što od strane žrtava, to i od trećih lica, a to znači da će veći broj krivičnih dela biti otkriven, što je preduslov za otkrivanje njihovih učinilaca. Takođe, više angažovanih resursa pospešuje da krivična dela budu rasvetljena, tj. razrešena u policijskom smislu, odnosno da njihovi učinioци budu identifikovani i privedeni, odnosno uhapšeni. Sve navedeno uvećava verovatnoću primene kazne, koja je ključna komponenta očekivane vrednosti kazne, što znači da povećanje resursa angažovanih u policijskoj zaštiti pojačava specijalnu i generalnu prevenciju. Treće, pojačana policijska zaštita dovodi do uvećanog broja hapšenja za dati broj krivičnih dela, što znači da učinioци krivičnih dela, koji posle hapšenja provode određeno vreme u pritvoru, a posle presude koja, eventualno, sledi, izdržavaju zatvorsku kaznu, bivaju onemogućeni da čine krivična dela u javnosti (Owens, 2013).

Shodno navedenom, ne postoji *prima facie* niti jedan razlog da se poveruje da će uvećanje količine resursa angažovanih na pružanju policijske zaštite *ceteris*

paribus dovesti do povećanja stope kriminala. Pa ipak, skepsa u pogledu efekata policijske zaštite po kriminal i njegovu stopu je velika, bar je bila velika u akademskoj zajednici krajem prošlog veka. Čak se u naučnoj literaturi pojavila tvrdnja da „... policija ne obara nivo kriminala. To je jedna od najbolje čuvanih tajni savremenog društva. Eksperti to znaju, policajci to znaju, jedino još javnost ne zna.“³

Imajući sve to u vidu, cilj ovog rada je da sveobuhvatno analizira odnos policijske zaštite i kriminala i to se čini pregledom rezultata najznačajnijih dosadašnjih teorijskih i empirijskih istraživanja ove veze. Ovakav cilj rada uslovio je i njegovu strukturu. Prvo će se razmotriti karakter veze između policijske zaštite i kriminala, da bi se potom teorijski razmotrila alokacija resursa unutar policije sa stanovišta optimalne policije zaštite. Sledi analiza mehanizama donošenja odluka o toj alokaciji, da bi se na kraju prikazali metodološki problemi i rezultati najznačajnijih empirijskih istraživanja veze između policijske zaštite i kriminala.

2. KARAKTER VEZE POLICIJSKE ZAŠTITE I KRIMINALA

Analiza angažovanja resursa za policijsku zaštitu vezana je za metodološki problem simultanosti, tj. problem dvosmerne uzročno-posledične veze. S jedne strane, opravdano je pretpostaviti da porast stope kriminala dovodi do kolektivnih odluka kojima se uvećava nivo policijske zaštite, odnosno dolazi do alokacije dodatnih resursa, kapitala i radne snage, u policijsku zaštitu. To znači da se može očekivati pozitivna korelacija između stope kriminala i nivoa policijske zaštite, pri čemu je smer uzročno-posledične veze od kriminala ka policijskoj zaštiti. S druge strane, kao što je već napomenuto, osnovni postulat ekonomske teorije kriminala ukazuje na to da povećani nivo policijske zaštite dovodi do uvećanja verovatnoće primene kazne, pa time i do uvećane očekivane vrednosti kazne, što *ceteris paribus* dovodi do pada stope kriminala. To znači da se može očekivati negativna korelacija između stope kriminala i nivoa policijske zaštite, pri čemu je smer uzročno-posledične veze od policijske zaštite ka kriminalu. Ukoliko se ove dve uzročno-posledične veze analitički ne razdvoje, ne može se dobiti pouzdan jednoznačan zaključak o njihovoj relativnoj snazi, odnosno o dominaciji jednog od navedenih smerova, kao ni i prirodi takve uzročnosti.

Osnovni metodološki zadatak, dakle, jeste identifikacija pojedinačne uzročno-posledične veze, odnosno razdvajanje simultanog dejstva, nešto čime se rana empirijska istraživanja nisu bavila. To razdvajanje se, načelo posmatrano, može učiniti na nekoliko različitih načina. Jedan od tih načina je tzv. prirodni eksperiment, tj.

3 Ovo je svodna ocena koju je dao Bayley (1994). Nezavisno od toga koliko je ova ocena opravdana, ona je posledica pesimizma koji je početkom poslednje decenije prošlog veka vladao u kriminologiji, naročito na osnovu rezultata empirijskih istraživanja tog vremena. Dok Cameron (1988) u svom pregledu dobijenih rezultata, prema kojima ne postoji statistički značajna veza između nivoa policijske zaštite i nivoa kriminala, odnosno postoji pozitivna korelacija između ove dve promenljive, te rezultate prihvata kao takve, odnosno posmatra ih kao dokaz teorijske hipoteze da nivo policijske zaštite ne utiče na nivo kriminala, Benson *et al.* (1998) u svom pregledu osporavaju navedene empirijske nalaze, ukazujući na brojne metodološke greške koje su načinjene u tim istraživanjima.

situacija pri kojoj je došlo do promene nivoa policijske zaštite, a da to nije bilo posledica promene stope kriminala, već neke druge promene koja ni na koji način nije uzročno-posledično vezana sa promenom stope kriminala. To se, praktično, svodi na traženje svojevrsnog „vanrednog stanja“ za koje je nesporno da je egzogeno sa stanovišta kriminala i njegovog relativnog nivoa, tj. stope.⁴

Jednu mogućnost za ovakvo specifično „vanredno stanje“ predstavljaju godine u kojima su izbori za one nivoe vlasti koje donose odluke o policijskoj zaštiti. Otuda je Levitt (1997) te godine u SAD (godine izbora guvernera na nivou saveznih država i izbora gradonačelnika) označio kao godine uvećanog nivoa policijske zaštite do koga ne dovodi porast stope kriminala, već je ono egzogeno. Naime, opravdano je pretpostaviti da oni koji su na vlasti žele da u izbornoj godini uvećaju svoju popularnost time što bi se oborila stopa kriminala, a smatraju, u skladu sa nalazima ekonomske teorije kriminala, da se to može postići povećanom policijskom zaštitom. Ponekad je samo percepcija biračkog tela važna, stoga je borba protiv kriminala tako visoko u retorici većine političara u mnogim zemljama. A ta retorika se u demokratskim zemljama pojačava i uvećanim policijskim budžetima u izbornim godinama. Izbori se održavaju nezavisno od stope kriminala i njegove promene, već prema unapred definisanom rasporedu, tako da su oni nesporno egzogena promenljiva veličina. Načelno posmatrano, ovaj metodološki postupak je opravdan, budući da se njime analizira samo onaj deo promene nivoa policijske zaštite koji nije posledica promene stope kriminala. Pokazalo se, međutim, da je u njegovoj primeni u ekonometrijskom istraživanju došlo do određenih grešaka pri izračunavanju rezultata,⁵ tako da je Levitt (2002) ponovio empirijsko istraživanje uticaja nivoa policijske zaštite na stopu kriminala. U ponovljenom istraživanju, kao indikator nivoa policijske zaštite, odnosno broja policajaca koji nije uslovljen stopom kriminala, tzv. instrumentalnu promenljivu,⁶ koristio je broj vatrogasaca. Argument u prilog izbora ove instrumentalne promenljive je jasan. Broj vatrogasaca zavisi od velikog broja faktora od kojih zavisi broj policajaca (vezano za preferencije poreskih obveznika), ali nikako ne zavisi od stope kriminala.

Prirodni eksperiment predstavlja i stanje pojačane policijske zaštite centralnog područja Buenos Airesa posle terorističkog napada na sinagogu u tom gradu 1994. godine, što su Di Tella i Schargordsky (2004) iskoristili za analizu efekata egzogeno povećanog nivoa policijske zaštite na vrlo lokalizovanom području grada, tako da

4 Jedna od prvih zabeleženih vanrednih stanja te vrste bio je štrajk policije u Montrealu oktobra 1969. godine, kada je grad ostao praktično bez policijske zaštite. Iako nije bilo sistematskog istraživanje ove situacije, zabeleženo je da je broj pljački banaka porastao za 50 puta u odnosu na uobičajen. Ipak, najveći broj svedočanstva o posledicama ovog štrajka svodi se na beleženje epizoda, a ne na sistematsko prikupljanje podataka. Videti: Klick i Tabarrok (2010).

5 McCrary (2002) je uočio greške u ponderisanju, koje su posledica inherentne greške u proceduri u ekonometrijskom programu koji je koristio Levitt (1997). Kada je te greške ispravio, McCrary (2002) u ponovljenom istraživanju, koristeći iste podatke, nije dobio statistički značajnu ocenu posmatrane uzročno-posledične veze.

6 Instrumentalna promenljiva je ona promenljiva koja je dobro povezana (korelisana) sa onom promenljivom koja se istražuje, ali istovremeno nije povezana (korelisana) sa onom veličinom čiji se uticaj na promenljivu koja se istražuje nastoji izolovati, odnosno kontrolisati. Više o tome videti: Mladenović i Petrović (2011).

su bili u mogućnosti da prate efekte na kriminal u onim delovima u grada u kojima je policijska zaštita egzogeno uvećana i u onima u kojima nije. Isto tako, prirodni eksperiment je i situacija posle terorističkog napada na javni saobraćaj u Londonu jula 2005. godine, što je dovelo do egzogene promene nivoa policijske zaštite u tom gradu tokom šest nedelja i to bez angažovanja novih policajaca, već isključivo većim radnim opterećenjem postojećih, što su Draca *et al.* (2011) iskoristili za analizu tako egzogeno promenjenog nivoa policijske zaštite na stopu kriminala, odnosno na učestalost činjenja različitih krivičnih dela, naročito imajući u vidu da se nivo policijske zaštite posle isteka tih šest nedelja vratio na prvobitni nivo. Isto tako, redovne promene nivoa tzv. uzbune na terorističku opasnost Vašingtonu, do kojih dolazi egzogeno (na osnovu saznanja o mogućim terorističkim napadima na prestonicu SAD, odnosno objekte u njoj), dovode do porasta nivoa policijske zaštite u tom gradu nezavisno od promene stope kriminala, što su Klick i Tabarrok (2005) iskoristili za analizu uticaja nivoa policijske zaštite na stopu kriminala, u potpunosti kontrolišući suprotni smer uzročno-posledične veze, od stope kriminala ka nivou policijske zaštite.

Nadalje, nivo policijske zaštite može da se promeni usled neke egzogene institucionalne promene. U SAD je takva promena došla sa uvođenjem programa COPS (*Community Oriented Policing Services*, tj. delovanje usmereno na lokalnu zajednicu),⁷ koji je omogućavao da one lokalne zajednice koje se opredele i kvalifikuju za ovaj program dobijaju dotacije iz američkog saveznog budžeta, što omogućava angažovanje više resursa, pre svega radne snage na pružanju policijske zaštite, tj. više policajaca na dužnosti. Upravo ovaj program, odnosno policijsku zaštitu u lokalnim zajednicama koje su pristupile ovom programu Evans i Owens (2007) koriste kao instrumentalnu promenljivu za nivo policijske zaštite, budući da broj policajaca zavisi od toga da li je neka lokalna zajednica pristupila tom programu ili ne. Ipak, kako upozoravaju Klick i Tabarrok (2010), izbor lokalnih zajednica koje učestvuju u programu COPS nije sasvim slučajnan. Za taj program su konkurisale one lokalne zajednice u kojima je policijska služba napredna, posvećena boljim rezultatima, orijentisana na budućnost, pa je stoga opravdano pretpostaviti da se radi o lokalnim zajednicama sa efikasnijom policijskom službom, odnosno efikasnijim pružanjem policijskih usluga. To znači da u ovaj program ulaze najbolje policijske uprave, one koje su već postigle dobre rezultate na suzbijanju kriminala, pa se stoga stvara lažna korelacija između programa COPS, odnosno uvećanja resursa za policijsku zaštitu na osnovu tog programa, i niske stope kriminala – ta stopa kriminala bi u posmatranim lokalnim zajednicama bila niža i bez postojanja programa COPS.⁸

Slična egzogena institucionalna promena dogodila se početkom prošle decenije u Velikoj Britaniji sa uvođenjem Inicijative u pogledu uličnog kriminala (*Street Crime Initiative*), kojom je povećano finansiranje budžeta pojedinih policijskih upra-

7 Navedeni program zasniva se na primeni strategije policijskog delovanja uz saradnju lokalne zajednice. Više o različitim policijskim strategijama, uključujući i strategiju „razbijenih prozora“, koja se zasniva na tome da se svim zainteresovanim stavi do znanja da se policija suprotstavlja svakom prestupništvu, uključujući sitnija protivpravna ponašanja („razbijeni prozori“ simbolizuju nemar na tom planu) videti: Ignjatović (2011).

8 Worall i Kovandzic (2010) su ekonometrijski testirali validnosti ovakve instrumentalne promenljive i došli do zaključka da se ona, bez obzira na navedene teorijske argumente, može prihvatiti.

va (10 od ukupno 43 koliko ih postoji na području Engleske i Velsa), a dodatna sredstva su bila usmerena na angažovanje policije na suzbijanju uličnog kriminala, pre svega razbojništava. To je omogućilo da se prati razlika između stope uličnog kriminala onih lokalnih zajednica, odnosno policijskih uprava koje su učestvovala u ovom programu i onih koje nisu (Machin i Marie, 2011). I autori ovog istraživanja su svesni da izbor lokalnih zajednica, odnosno policijskih uprava nije bio slučajna, odnosno da su ovom inicijativom bile obuhvaćene one policijske uprave u kojima je u prethodnom periodu bila zabeležena viša stopa uličnog kriminala. Stoga su u samom empirijskom istraživanju preduzeli korake kako bi se dodatno izolovao ovaj uticaj.⁹

Traženje egzogene promene nivoa policijske zaštite ne mora da bude vezano za resurse koji su angažovani, najčešće mereno brojem angažovanih policajaca, već može i za produktivnost tih resursa, odnosno za različiti nivo policijske zaštite koja sa pruža sa istim nivoom angažovanih resursa. Taj različiti nivo policijskog „proizvoda“ posledica je različitog radnog napora samih policajaca. Nadalje, opravdano je pretpostaviti da ukoliko su policajci zadovoljni svojom platom, ulažu veći radni napor i, na taj način, ostvaruju bolje rezultate u svojim poslovima, što dovodi do višeg nivoa policijske zaštite pri nepromenjenom broju angažovanih policajaca. Mas (2007) za svoje istraživanje koristi proces kolektivnog pregovaranja policijskih sindikata i vlasti u pogledu plata policajaca i njihovog povećanja, pa iznosi hipotezu da svaki ishod tog procesa koji ne dovodi do povećanja plate u od sindikata traženom iznosu obara kvalitet policijske zaštite u odnosu na maksimalni, pa stoga dolazi do povećanja učešća nerešenih slučajeva i do smanjenja broja hapšenja za dati broj učinjenih krivičnih dela. Nasuprot tome, što je manja razlika između zahtevane i kolektivnim pregovorima postignute plate policajaca, viši je kvalitet policijske zaštite, pa stoga dolazi do smanjenja učešća nerešenih slučajeva i do povećanja broja hapšenja za dati broj učinjenih krivičnih dela. Samim tim, dolazi do uvećanja očekivane vrednosti kazne, što u skladu sa tezom o specijalnoj i generalnoj prevenciji, dovodi do pada stope kriminala, zaoštavanjem specijalne i generalne prevencije, a shodno nalazima ekonomske teorije kriminala. I u ovom slučaju je identifikovana samo ona uzročno-posledična veza koja se odnosi na smer od nivoa policijske zaštite ka stopi kriminala i jasno razdvojena od ostalih uticaja.

Nešto drukčiji pristup se zasniva na identifikaciji različite doznje koja se pojavljuje u slučaju jedne, odnosno druge uzročno-posledične veze. Postojanje doznje u delovanju jedne promenljive na drugu omogućava korišćenje tzv. Grendžerovog (Granger) testa uzročnosti kojim se meri relativna snaga jednog u odnosu na drugi smer uzročno-posledične veze. Izvesno je da povećanje stope kriminala dovodi do porasta policijske zaštite sa određenom doznjom. To omogućava da se empirijskim istraživanjem dođe do zaključka da je, iako postoji simultanost, uzročno-posledična veza od nivoa policijske zaštite ka stopi kriminala daleko snažnija u poređenju sa uzročno-posledičnom vezom od stope kriminala ka nivou policijske zaštite (Marvell

9 Najznačajniji postupak te vrste je isključivanje iz analize onih policijskih uprava koje su pre početke uvođenja navedene inicijative imale drastično različite stope uličnog kriminala, odnosno usredsređivanje na one uprave koje, bez obzira na to da li je u njima primenjena navedena inicijativa ili ne, imale približne stope uličnog kriminala.

i Moody, 1996). Navedena činjenica da povećanje stope kriminala dovodi do porasta nivoa policijske zaštite sa određenom docnjom može da se objasni na sledeći način. Čak i da nisu potrebne političke odluke za dodeljivanje sredstava iz budžeta, koje po pravilu zahtevaju određeno vreme, sama realizacija administrativne odluke o angažovanju dodatnih resursa, pre svega angažovanja dodatnih policajaca, zahteva određeno vreme da bi dala rezultat meren brojem policajaca na dužnosti. Imajući u vidu specifičnosti obuke policajaca u američkoj saveznoj državi Njujork (*New York*), Corman i Mocan (2000) zaključuju da je ta docnja najmanje šest mesecu. Nasuprot tome, docnja u pogledu uticaja broja policajaca na stopu kriminala daleko je manja, tako da do zaoštavanja specijalne i generalne prevencije dolazi neposredno po uvećanju broja policajaca, najduže posle mesec dana. Ukoliko se ovi fenomeni sagledavaju na mesečnom nivou, navedene razlike omogućavaju jasnu identifikaciju uzročno-posledične veze od nivoa policijske zaštite ka stopi kriminala, što je omogućilo i produbljivanje istraživanja tog odnosa, testiranjem novih, dodatnih hipoteza vezanih za određene policijske strategije (Corman i Mocan, 2005).

Jedna od bitnih karakteristika policijskog rada može da posluži za rešavanje navedenog problema. Radi se o tome da policija veoma često primenjuje strategiju naglog zaoštavanja policijske zaštite, tzv. policijskog udara (*police crackdown*) u slučaju pojedinog krivičnog dela ili prestupa, odnosno na određenom području, koja daje rezultate u pogledu zaoštavanja specijalne i generalne prevencije (Sherman, 1990).¹⁰ Ovakva strategija je posledica načina alokacije resursa unutar same policije (o čemu će biti više reči u sledećem odeljku rada), a može da posluži kao način da se razdvoje kratkoročne i dugoročne promene nivoa policijske zaštite. Pri tome je implicitna pretpostavka da kratkoročne promene nisu posledica promene stope kriminala, već primene ove policijske strategije, dok su dugoročne upravo posledica promene stope kriminala.

Konačno, iznos policijskih budžeta koji je proporcionalan nivou policijske zaštite ne zavisi samo od stope kriminala na određenom području, već i od niza drugih faktora, a planirani policijski budžeti se ne realizuju u potpunosti. Razdvajanje dejstva različitih faktora na iznos budžeta, pa time i na nivo policijske zaštite, omogućava da se u analizu uključe samo oni faktori koji utiču na nivo policijske zaštite, a nisu vezani za stopu kriminala. Takođe, razdvajanje planiranog od stvarnog stanja u pogledu broja angažovanih policajaca omogućava tu istu stvar. To se može učiniti ukoliko su dostupni detaljni podaci o procesu formiranja policijskih budžeta. Razlika između predviđenog broja policajaca (koji u određenoj meri zavisi od stope kriminala) i broja stvarno angažovanih policajaca nikako ne zavisi od stope kriminala, pa ona može da bude dobar pokazatelj egzogene promene broja policajaca, što Vollaard i Koning (2009) koriste u svojoj analizi. Od stope kriminala ne zavisi ni stopa poreza na promet koji se naplaćuje na nivou američkih saveznih država. Međutim, od visine te stope zavisi iznos sredstava raspoloživih za policijsku zaštitu, budući da se deo tako prikupljenih sredstava transferima dodeljuje lokalnim zajed-

10 Pokazalo se da je za produženo trajanje efekta generalne prevencije potrebno ograničeno trajanje „policijskog udara“ i rotacija, tj. da se oblasti ovakvog naglog zaoštavanja policijske zaštite menjaju, kako u pogledu pojedinačnog krivičnog dela ili prestupa, tako i u pogledu geografskog područja na kome će se obavljati. Više o tome videti u: Sherman (1990).

nicama radi pružanja lokalnih javnih dobara, poput policijske zaštite. Upravo stoga Lin (2009) koristi ovaj podatak i to uz dodjku od jedne godine kao instrumentalnu promenljivu za nivo policijske zaštite. Analizom različitih kriterijuma na osnovu kojih se formiraju policijski budžeti lokalnih zajednica Vollaard i Hamed (2012) su uspeli da u potpunosti isključe, odnosno kontrolišu dejstvo stope kriminala na nivo policijske zaštite.

Dakle, sama činjenica da postoji simultanost, tj. dvosmerna uzročno-posledična veza, nije prepreka sveobuhvatnoj i dubokoj analizi samo jednog smera te veze. Bitno je da se na metodološkom planu pronađe odgovarajuće oruđe koje omogućava da uočena simultanost ne dovede do pogrešnih zaključaka, tj. da se kontrolišu onaj smer uzročno-posledične veze koji nije predmet istraživanja. To je naročito bitno pri empirijskim istraživanjima veze policijske zaštite i kriminala, o kojima će kasnije u ovom radu biti nešto više reči.

3. ALOCIRANJE RESURSA UNUTAR POLICIJE: OPTIMALNA POLICIJSKA ZAŠTITA

Nema ničeg spornog u teorijskoj hipotezi, odnosno tvrdnji da povećanje stope kriminala dovodi do uvećanja izdvajanja za policijsku zaštitu. Mehanizam uzročno-posledične veze je savršeno jasan. Što je veća opasnost od kriminala, kolektivna odluka je takva da se poveća količina resursa koja će biti posvećena aktivnosti na suzbijanju kriminala. U tom smislu, ne postoji nikakva kontroverza vezana za ovu uzročno-posledičnu vezu.

No, zanimljivo je pitanje kako promena količine resursa alociranih u policijsku službu dovodi do promene nivoa policijske zaštite. Na određeni način, ovo je pitanje ukupne faktorske produktivnosti resursa koji su na ovaj način angažovani. Da li postoji mogućnost da povećanje količine angažovanih resursa dovede čak do pada ukupne faktorske produktivnosti, što bi dovelo do negativnog graničnog proizvoda, odnosno do pada nivoa policijske zaštite?¹¹

Pri odgovoru na ovo pitanje treba ukazati na činjenicu da nisu svi resursi u policiji angažovani na policijskoj zaštiti, već policija obavlja i različite druge funkcije, poput, na primer pružanja pomoći pri nesrećama i elementarnim nepogodama. Ukoliko, usled političkih pritisaka, izazvanih, na primer, čestim i velikim poplavama, dođe do povećanja ukupnih angažovanih resursa namenjenih pružanju pomoći pri elementarnim nepogodama, to može biti praćeno realokacijom resursa iz onih aktivnosti koje su usmerene na policijsku zaštitu ka drugim, prioritetnim aktivnostima, što umanjuje resurse angažovane na suzbijanju kriminala. Takođe, postoji veoma veliki broj administrativnih poslova u okviru policije, tako da uvećanje resursa angažo-

11 Formalno gledano, to bi značilo postojanje negativnog graničnog proizvoda, što protivreči osnovnim nalazima teorije proizvodnje. Budući da može da se pretpostavi da dolazi do promene tehnologije, verovatno se radi o prekidima proizvodne funkcije, odnosno o tome da ta funkcija nije kontinualna, što je jedna od osnovnih pretpostavki teorije proizvodnje, pa se time dolazi do objašnjenja konzistentnog sa osnovnim nalazima teorije proizvodnje – negativni granični proizvod predstavlja prelazak sa jednog segmenta proizvodne funkcije na drugi, odnosno sa jedne proizvodne funkcije na drugu.

vanih na ovim delatnostima, ne mora da znači efektivno uvećanje resursa angažovanih u policijskoj zaštiti, a posledica toga može da bude pad nivoa policijske zaštite.

Nadalje, postavlja se pitanje optimalne kapitalne opremljenosti rada. Različiti nivoi kapitalne opremljenosti dovode do različite produktivnosti rada mereno nivoom policijske zaštite. Međutim, usled specifičnosti policijskog posla, povećanje kapitalne opremljenosti rada ne mora neminovno da dovede do povećanja produktivnosti policijskog rada. Tipičan slučaj pri kome povećanje kapitalne opremljenosti rada dovodi do pada produktivnosti policijskog rada je prelazak na policijsko patroliranje kolima umesto pešačkog patroliranja. Pokazalo se, naime, da je pešačko patroliranje daleko efikasnije, odnosno da pruža viši nivo policijske zaštite (Sherman, 1983, Sparrow *et al.*, 1990, McConville i Shepard, 1992 i Blundell, 2007). Štaviše, ovakva policijska strategija dovodi do jačanja policijske prevencije, nasuprot „reagovanju na poziv“, što je tipično za patroliranje kolima, čime se obara stopa kriminala pri istoj stopi hapšenja.¹²

Međutim, u slučaju policijske zaštite, i umanjeње tehničke opremljenosti rada povećanjem angažovanja radne snage može da dovede do pada produktivnosti rada, što dovodi do obaranja nivoa policijske zaštite. Tipičan primer za to je patroliranje kolima u paru, nasuprot samostalnog patroliranja. Pokazalo se da je samostalno patroliranje daleko efikasnije, odnosno da pruža viši nivo policijske zaštite u odnosu na patroliranje u paru (Bodystun *et al.*, 1977, Sherman, 1983, Skolnick i Bayley, 1986 i Bailey 2008). Samim tim, povećanje količine angažovanih resursa, naročito radne snage, ne mora neminovno da dovede do povećanja nivoa policijske zaštite.

Sledeća bitna karakteristika obavljanja policijske delatnosti jeste specijalizacija, odnosno postojanje specijalizovanih odeljenja policijske službe namenjenih zaštiti od pojedinih vrsta krivičnih dela. Najznačajnija je podela policijske zaštite od nasilničkog i imovinskog kriminala. Iako policijske ulične patrole u određenoj meri pružaju zaštitu od gotovo svih vrsta krivičnih dela koja se odigravaju na javnim prostorima, sve ostale komponente policijske zaštite vezane su za specijalizovana odeljenja. Ukoliko dođe do realokacije resursa iz jednog odeljenja u drugo, dolazi i do promene nivoa policijske zaštite od specifičnih krivičnih dela. Ukoliko se iz onih policijskih odeljenja koja se bave nasilničkim krivičnim delima, na primer, realociraju resursi, pre svega radna snaga, u odeljenja koja se bave imovinskim kriminalom, opravdano je očekivati pad nivoa policijske zaštite od jedne vrste krivičnih dela (nasilnička krivična dela) i njeno povećanje u nekoj drugoj oblasti (imovinski kriminal).

Bitno je uočiti da ovakva realokacija resursa unutar policije može da prati uvećanje ukupnog policijskog budžeta, odnosno uvećanje ukupnih resursa koji su angažovani na poslovima policijske zaštite. Ukoliko, na primer, društveni prioritet postane suzbijanje trgovine narkoticima, to može dovesti do porasta resursa angažovanih u toj vrsti policijske zaštite koji je posledica simultanog povećanja ukupnih resursa angažovanih u policijskoj zaštiti i realokacije resursa iz drugih oblasti policijske zaštite. Upravo to se dogodilo u nekim američkim saveznm državama tokom

12 Upravo primena različitih policijskih strategija može da dovede do različitih načina suzbijanja kriminala, odnosno umanjeња broja krivičnih dela. Stoga Benson *et al.* (1998) ukazuju na to da ne mora da postoji statistička povezanost, odnosno da nije neminovna negativna korelacija između stope hapšenja i nivoa kriminala.

1980-tih godina, pre svega na Floridi. Pokazalo se (Benson i Rasmussen, 1991 i Benson *et al.*, 1992) da je realokacija resursa iz drugih oblasti policijske zaštite u suzbijanje trgovine narkoticima dovela do simultanog porasta broja policajaca i stope nasilničkog i imovinskog kriminala.

U slučaju imovinskog kriminala, stvari su jasne u pogledu mehanizma uzročno-posledične veze. Kako su pokazali Benson *et al.* (1992), povećanje resursa angažovanih na suzbijanju trgovine narkoticima dovelo je do umanjenja verovatnoće hapšenja učinilaca imovinskih krivičnih dela. To je dovelo do umanjenja očekivane vrednosti kazne u slučaju imovinskog kriminala, pa je, shodno tezi o specijalnoj i generalnoj prevenciji, dovelo do povećanja stope te vrste kriminala. U slučaju nasilničkih krivičnih dela, naročito ubistava, stvari su nešto složenije u pogledu mehanizma uzročno-posledične veze. Radi se o tome da je u kriminološkoj literaturi (Goldstein, 1985, Goldstein i Brownstein, 1987, Goldstein *et al.*, 1992 i Resignato, 2000) ukazano na mehanizme kojim uvećanje nivoa trgovine narkoticima dovodi do uvećanja stope nasilničkih krivičnih dela, pre svega ubistava. Prvi mehanizam je, kako se navodi, psihofarmakološki efekat kojim se ublažavaju „kočnice“ ljudskom ponašanju. Drugi je „ekonomska prinuda“, budući da zavisnici, u cilju pribavljanja narkotika, čine nasilnička krivična dela koja donose finansijsku korist, poput razbojništva. Treći mehanizam je vezan za činjenicu da se međusobni odnosi u trgovini narkoticima, u kojoj su ugovori pravno ništavi, u velikoj meri regulišu nasiljem, uključujući ubistva. Uz to, oni koji učestvuju u trgovini narkoticima, zbog posedovanja velike količine gotovine i male verovatnoće da će prijaviti učinjeno krivično delo, predstavljaju atraktivne žrtve za razbojništvo.¹³

Sve navedeno ukazuje na to da povećanje nivoa trgovine narkoticima dovodi, odnosno može da dovede do povećanja broja nasilničkih krivičnih dela nezavisno od eventualne realokacije policijskih resursa. Istovremeno, međutim, povećanje nivoa trgovine narkoticima dovodi i do realokacije policijskih resursa ka ovoj oblasti, odnosno do umanjenja policijskih resursa koji su raspoloživi za suzbijanje nasilničkih krivičnih dela (tzv. efekat realokacije). Pokazalo se (Resignato, 2000) da se ova dva efekta (sistematski i realokacije) ne mogu analitički razdvojiti, tako da ne znamo koji se deo povećanja broja nasilničkih krivičnih dela do koga dolazi sa povećanjem nivoa trgovine narkoticima može pripisati jednom, odnosno drugom efektu. Ipak, jasno je da efekat realokacije uvek postoji, čak i u slučaju trgovine narkoticima koja može sama po sebi, tj. sistematski, da dovede do povećanja stope nasilničkih krivičnih dela.

Konačno, treba ukazati na činjenicu da policijska zaštita ima karakter zajedničkih resursa. Radi se o dobro poznatom mikroekonomskom fenomenu: resursima koje karakteriše slobodan pristup, ali uz postojanje graničnih troškova angažovanja samih resursa koji se nameću svim ostalim potencijalnim ili stvarnim korisnicima (Ekelund i Dorton, 2003). Kako je mikroekonomska teorija pokazala, u ovakvoj situaciji dolazi do, sa stanovišta društvenog optimuma, prevelikog korišćenja tog resursa, tako da je potrebno uspostaviti određeni sistem racionisanja njegove po-

13 Svi ovde navedeni efekti u literaturi se nazivaju sistematskim efektima koje na nasilnička krivična dela ima trgovina narkoticima (Miron, 1999).

trošnje.¹⁴ Zaista, policijskoj zaštiti ima pristup svako, ali bilo koje angažovanje policijskih resursa znači da oni ne mogu biti angažovani na nekom drugom zadatku. Sistem racionisanja policijskih usluga zasnovan je na principu prioriteta po javljanju, tj. ko se prvi javi, prvi dobije uslugu (*first-come-first-serve*). Međutim, ovakav sistem racionisanja znači da će, u uslovima u kojima su resursi ograničeni, neki od korisnika neminovno čekati na pružanje usluge, odnosno da će se pojavljivati zaostali slučajevi.

Čim postoje zaostali slučajevi, potrebno je da se između njih vrši izbor, odnosno da se donese administrativna odluka o tome koji su slučajevi prioritet. Stoga se postavlja pitanje na koji način, odnosno na osnovu kog kriterijuma se taj izbor vrši. Istraživanje sprovedeno u gradu Talahasiju (Tallahasee) u američkoj saveznoj državi Floridi pokazalo je da se prioritet stavlja na lakše slučajeve, odnosno na one slučajeve za koje policijski zvaničnici procenjuju da imaju veću verovatnoću rešavanja (Benson, 2010). To znači da dolazi do neefikasne alokacije policijskih resursa, budući da se resursi alociraju na lakše slučajeve, a ne na ona krivična dela koja generišu najveće društvene troškove. Ukoliko se prioriteta u pogledu zaostalih slučajeva formiraju između različitih odeljenja, tada ovakve odluke utiču na raspodelu resursa između odeljenja, pa može da dođe do istiskivanja resursa iz zaštite od onih krivičnih dela čije je rešavanje najteže, nezavisno do toga kolika se društvena šteta čini tim krivičnim delima. Štaviše, javlja se i loš podsticaj policijskim službenicima, budući da uvećanje broja zaostalih slučajeva unutar odeljenja može da dovede do dobijanja novih resursa. Stoga, u interesu samih policijskih službenika može da bude da održavaju, odnosno da uvećavaju broj zaostalih slučajeva.

Očigledno je da se u svim ovim slučajevima radi o diskrecionim odlukama policijskih službenika, budući da je njima poverena procena koje je krivično delo prioritet. Implicitno se pretpostavlja da se taj prioritet određuje prema društvenoj šteti koju krivično delo generiše, ali se ispostavlja da može da se koristi neki sasvim različiti kriterijum. Imajući to u vidu, potrebno je saznati nešto više o tome kako se donese odluke unutar same policije koje imaju implikacije na upotrebu policijskih resursa.

4. MEHANIZAM DONOŠENJA ODLUKA O ALOKACIJI RESURSA UNUTAR POLICIJE

Kako se donese odluke unutar policije o alokaciji resursa? Policija spada u državne službe čiji se pripadnici ponašaju na način na koji se ponašaju i sve ostale državne službe, sa ishodima koji se razlikuju od onih situacija u kojima učesnici na tržištu, koji maksimizuju profit koji prisvajaju, konkurišu jedni drugima. Osnovna pretpostavka ekonomske teorije jeste da se državni službenici ponašaju kao oni koji maksimizuju korisnosti koju uživaju (Benson, 2010). Shodno tome, može se reći da državni službenici, pojedinačno ili kolektivno, teže „veličini organizacije i njenog budžeta, diskrecionim pravima, sigurnosti, izbegavanju rizika od odgovornosti, tajnovitosti, napredovanju u karijeri, dokolici, internom pokroviteljstvu, i sopstvenoj koncepciji opšteg dobra.“ (Breton i Wintrobe, 1982). Navedena višestrukost ciljeva

14 Više o karakteru zajedničkih resursa i mehanizmima njihove alokacije videti: Nicholson (1995).

državnih službenika ne utiče na nalaz da državni službenici maksimizuju korisnost koju uživaju, nego samo da se radi o tome da njihova funkcija korisnosti ima veći broj argumenata.

U literaturi se pojavljuje koncepcija „preduzetničke konkurencije“ između državnih službenika u kojoj pojedinac, policijski službenik u slučaju policije, radi na ostvarenju sopstvenih ciljeva na taj način što selektivno traži i primenjuje inovacije u pogledu načina rada, odnosno u pogledu sprovođenja utvrđenih politika i ostvarivanja dobijenih zadataka. Strategije koje se pri tome primenjuju u velikoj meri zasnivaju se na kontroli protoka informacija, naročito protoku informacija ka nadređenima o stvarnim problemima i ograničenjima određenih politika, čime se opravdavaju sopstveni (nezadovoljavajući) rezultati, kao i informacija koje se tajno dostavljaju medijima, odnosno određenim segmentima javnosti (Benson i Wintrobe, 1992). Dakle, ne radi se o strategijama koje će uvećati efikasnost pružanja policijskih usluga, odnosno koje će dovesti do minimizacije stope kriminala za dati nivo angažovanih policijskih resursa, već o strategijama kojima će se postići sopstveni cilj, a to je, kako je već napomenuto, maksimizacija korisnosti koji policijski službenici uživaju.

Ovim postaje jasno da se u slučaju policijske službe radi o klasičnom agencijskom problemu. Principal u ovom kontekstu je javnost, koja se može shvatiti kao biračko telo ili kao skup svih poreskih obveznika, koji izdvajanjem određenog dela svog dohotka za finansiranje policije, žele obaranje stope kriminala na najmanji mogući iznos za dato poresko opterećenje.¹⁵ Upravo na taj način poreski obveznici maksimizuju korisnosti koju uživaju. Nasuprot tome, policijski službenici kao agenti imaju za cilj maksimizovanje sopstvene, a ne korisnosti poreskih obveznika. Ne samo da se ciljevi principala i agenata razlikuju, nego postoji i asimetrija informacija – agenti daleko bolje znaju od principala kako se koriste angažovani resursi, odnosno koliko je alokacija tih resursa udaljena od one maksimalno efikasne. Budući da su svesni da je postojeća alokacija resursa daleko od optimalne, agenti razmatraju različite strategije kojima će ubediti principala da je ta udaljenost manja nego što, sa strane posmatrano, izgleda, odnosno kojima će pronaći odgovarajuće opravdanje za takvu udaljenost, tj. za propuste pri alokaciji resursa.¹⁶ Ukratko, agenti imaju podsticaj da uvećavaju asimetriju informacija, ne da je umanjuju.¹⁷

U svetlu uočenog agencijskog problema treba posmatrati i nalaz da povećana stopa kriminala dovodi do političkih pritisaka za uvećanje policijskih budžeta,

- 15 Radi jednostavnosti, pretpostavlja se da se pri tome javna potrošnja ne menja niti u jednoj drugoj oblasti. Više o agencijskom problemu videti u: Bowles (2004)
- 16 Više o tim strategijama državnih službenika videti u: Breton i Wintrobe (1992). To uključuje i javnu kritiku osnovne državne politike u pogledu borbe protiv kriminala, odnosno specifičnih krivičnih dela, koja se primenjuje, s kojom se, oni koji je sprovode, navodno, ne slažu, budući da smatraju da takva politika sama po sebi nije delotvorna, a ne njeno loše sprovođenje. Očigledno, odgovornost za njihove propuste onda pada na one koji su tu politiku formulisali, a ne na njih koji je sprovode.
- 17 Uvećavanje asimetrije informacija u slučaju policijskih poslova veoma često se pravda potrebom očuvanja tajnosti. Nesumnjivo da je određeni stepen tajnosti potreban za uspešno obavljanje policijske zaštite, ali je to istovremeno idealan paravan za očuvanje, odnosno uvećanje asimetrije informacija.

odnosno uvećanje resursa koji će pripasti policiji. To se svodi na javnu raspravu, u zemljama u kojima je ima, o tome koliko je policajaca potrebno angažovati, odnosno koliki su resursi potrebni policiji za pružanje usluge suzbijanja kriminala. Imajući u vidu da je jedan od ciljeva državnih, u ovom slučaju policijskih službenika, da uvećaju sopstvenu organizaciju, odnosno njen budžet, policijski službenici imaju podsticaj da se ponašaju tako da ipak održavaju određenu stopu kriminala. Naime, ukoliko stopa kriminala padne isuviše nisko, to može dovesti do umanjenja veličine njihove organizacije, odnosno do smanjenja budžeta (Milakovich i Weis, 1975). Logika je očigledna, ukoliko je problem isuviše mali, ni organizacija koja se bavi tim problemom ne treba da bude velika. Iz ovoga sledi da policajci koji dobro rade svoj posao, što dovodi do pada stope kriminala, seku granu na kojoj sede. Ipak, treba razmotriti da li je snažniji podsticaj policajcima da ne rade dobro svoj posao (mereno stopom kriminala) ili onaj da samo namerno prikazuju stopu kriminala višom nego što ona zaista jeste (Seidman i Couzens, 1974). Ipak, treba reći da su ovi podsticaji uravnoteženi podsticajima druge vrste, koji imaju suprotan smer dejstva. Ukoliko postoji veliki broj nerešenih slučajeva, postavlja se pitanje odgovornosti, odnosno nekompetentnosti policijske službe, odnosno pojedinaca koji je čine, što može da utiče na njihovu profesionalnu karijeru i sve ono što oni od te karijere žele da dobiju. Ipak, može se očekivati da je ravnotežni nivo angažovanja policajaca, odnosno ravnotežni nivo njihovog radnog napora ipak znatno udaljen od radnog napora koji bi bio optimalan sa stanovišta društva.¹⁸

Konačno, treba ukazati i na činjenicu da neke strategije koje su se sa stanovišta efikasnosti policijske zaštite pokazale kao superiorne nisu prihvaćene od onih koji treba da ih sprovode, tj. od policijskih službenika. Bailey (2008) navodi da su policajci izrazito protiv pojedinačne ulične patrole pešačenjem (verovatno se radi o umanjenju nivoa korisnosti koju uživaju policajci koji proizlazi iz ovakvog načina rada), a zagovaraju patroliranje u paru i to motornim vozilom. Ukoliko su snažni policijski sindikati, odnosno ukoliko su policajci sa takvim preferencijama dobro organizovani na neki drugi način, može se dogoditi da oni načini rada za koje se pokazalo da su inferiorni sa stanovišta efikasnosti pružanja policijske zaštite budu zadržani.

5. EMPIRIJSKA ISTRAŽIVANJA VEZE POLICIJE I KRIMINALA: OSNOVNI METODOLOŠKI PROBLEMI I NAJZNAČAJNIJI REZULTATI

Pregledi ranih empirijskih istraživanja (Cameron, 1988 i Benson *et al.*, 1998) pokazali su da u najvećem broju slučajeva, ili nije zabeležena statistički značajna veza između nivoa policijske zaštite i stope kriminala ili da, suprotno teorijskim očekivanjima, postoji pozitivna korelacija između ove dve veličine. Iako su neki od

18 Ovo treba povezati sa problem indikatora efikasnosti rada policajaca koji se koristi za ocenu njihovog rada, budući da pojedini indikatori mogu da stvore neodgovarajuće podsticaje. Na primer, ukoliko se efikasnost rada policije meri isključivo stopom hapšenja, onda je jasno da policajci imaju snažan podsticaj da isključivo „reaguju na poziv“, a ne da se bave policijskom prevencijom, budući da se rezultati takvog rada ne iskazuju indikatorom kojim se meri efikasnost (Sherman, 1992).

istraživača to doživeli kao potvrdu hipoteze da ne postoji efekat generalne prevencije, odnosno da policijska zaštita ne deluje na stopu kriminala, savremeni empirijski radovi jasno su pokazali da je osnovni uzrok navedenih rezultata ranih empirijskih istraživanja postojanje simultanosti u vezi policijske zaštite i kriminala o kojoj rani empirijski radovi jednostavno nisu vodili računa. Samim tim, empirijske rezultate do kojih su došli rani empirijski radovi na ovom planu ne treba prihvatati kao metodološki korektne. Veliki napredak ekonometrije tokom poslednje dve decenije prošlog veka omogućio je da se u novim empirijskim radovima problem simultanosti reši na odgovarajući način.

Budući da je o rešavanju problema simultanosti bilo dosta reči u drugom odeljku ovog rada, sada na red dolaze drugi metodološki problemi empirijskih istraživanja. Prvi od njih je merenje policijske zaštite. U velikom broju radova indikator policijske zaštite je broj policajaca. Prvi problem sa korišćenjem ovog indikatora je taj što se znatan broj policajaca angažuje na poslovima koji nisu suzbijanje kriminala, a taj broj, odnosno učešće policajaca angažovanim na drugim poslovima, varira, kako u vremenu, tako od jedne do druge policijske uprave.¹⁹ Drugo, čak i ukoliko se na zadovoljavajući način reši uočen problem, pa ovo postane dobar indikator količine angažovanih resursa, bar što se radne snage tiče, ostaje otvoreno pitanje da li je to dobar indikator nivoa policijske zaštite, budući da se može očekivati različita produktivnost policijskog rada u zavisnosti od velikog broja faktora.²⁰ Pre će biti da se radi o indikatoru količine resursa angažovanih u policiji, ali se onda javlja problem vezan za to da angažovani kapital kao resurs nije obuhvaćen ovim indikatorom, što znači da isti količina angažovane radne snage može da se javi uz bitno različitu tehničku opremljenost rada. Drugi indikator policijske zaštite je broj hapšenja u odnosu na broj krivičnih dela, što je pokazatelj efikasnosti policije, čime se bolje aproksimira policijska zaštita, ali je primena ovog indikatora vezana za dva problema. Jedan je taj što stopa hapšenja zavisi od broja krivičnih dela, tj. nije ista pri različitim stopama kriminala.²¹ To znači da se može pojaviti problem endogenosti

19 Štaviše, nezavisno od ovog problema, pokazalo se da postoje razlike između broja policajaca na određenom području u zavisnosti od vrste izvora podataka. Jedno od mogućih objašnjenja ovakvih nekonzistentnosti leži u tome da se veoma često ne pravi dosledna razlika između broja policajaca („uniformisana lica“) i ukupnog broja zaposlenih u policiji, koji obuhvata i civilna („neuniformisana“) lica. Videti: Chaflin i McCrary (2013) i Ignjatović (2013).

20 Mas (2007) je pokazao da nivo policijske zaštite zavisi od nivoa plata policajaca, a serija radova u kojima je korišćen prirodni eksperiment (prikazani u drugom odeljku ovog rada) pokazala je da se različiti nivoi policijske zaštite mogu ostvariti uz isti broj policajaca.

21 Zanimljivo je pitanje da li povećanje nivoa kriminala dovodi do pada ili do porasta stope hapšenja. Osnovni argument u prilog tvrdnje da dovodi do pada jeste da, na kratak rok posmatrano, dolazi do umanjenja količine resursa koji se angažuju po jednom krivičnom delu, pa se stoga može očekivati pad relativne produktivnosti tih resursa i time obaranje stope hapšenja (Sah, 1991). Ovaj argument se, međutim, zasniva na implicitnoj pretpostavci o homogenosti krivičnih dela. Ukoliko se, nasuprot tome, pretpostavi da su krivična dela heterogena sa stanovišta rešavanja, tj. lakoće otkrivanja učinilaca, može se dogoditi da povećanjem broja krivičnih dela, što *ceteris paribus* dovodi do porasta broja krivičnih dela koja su lakša za rešavanje, dođe do realokacije policijskih resursa ka tim krivičnim delima, što može da dovede do iznadproporcionalnog povećanja stope hapšenja za ta krivična dela, pa time i uvećanja ukupne stope hapšenja, čak i na kratak rok. Štaviše, na dugi rok posmatrano, povećanje nivoa kriminala može da dovede do iznadproporcionalnog povećanja nivoa policijske zaštite, pa se stoga može očekivati porast stope hapšenja.

objašnjavajuće promjenljive u regresionom modelu u kome se stopa kriminala želi objasniti policijskom zaštitom merenom stopom hapšenja. Drugi problem leži u tome što stopa hapšenja kao indikator policijske zaštite u potpunosti isključuje efekat policijske prevencije koji dovodi do manjeg broja krivičnih dela.

Sledeće ozbiljno pitanje je ono o izvoru podataka o kriminalu: da li se radi o policijskim statistikama ili o anketi žrtava (*victims' survey*)? Pokazalo se (Marvell i Moddy, 1996, Levitt, 1998 i Vollaard i Hamed, 2012) da postoji sistematska veza između pristrasnosti policijskih statistika i veličine policijske službe, tj. broja policajaca. Naime, sa povećanjem broja policajaca dolazi do povećanja efikasnosti registrovanja krivičnih dela, tako da se uvećava statistička stopa (zabeleženog) kriminala i pri nepromenjenoj stopi kriminala u stvarnosti. To znači da se može dogoditi greška u empirijskim istraživanjima da se neopravdano odbace rezultati kao da nisu statistički značajni, a oni u stvari to jesu. Ipak, Levitt (1998) je utvrdio da ta odstupanja, bar u slučaju SAD, nisu velika i da to ne predstavlja krupan metodološki problem; ovaj nalaz ne mora da važi za ostale zemlje. Naravno, ostaje pitanje pouzdanosti ankete žrtava, budući da je i njeno sprovođenje vezano za brojne metodološke probleme, poput reprezentativnosti uzorka i istinitosti odgovora ispitanika.

Istraživanja novije generacije, ona rađena u poslednjih dvadesetak godina uglavnom koriste mesečne i dnevne podatke, što omogućava veoma precizno sagledavanje promena kako nivoa policijske zaštite, nezavisno od toga kojim se indikatorom meri, tako i stope kriminala. Gotovo sva istraživanja novije generacije pokazala su da postoji statistički značajna veza između nivoa policijske zaštite i stope kriminala i to tako da povećanje nivoa policijske zaštite dovodi do obaranja stope kriminala. Međutim, rezultati se razlikuju u zavisnosti od vrste krivičnih dela. U najvećem broju slučajeva ipak je zabeležena statistički značajna veza. Što se elastičnosti te veze tiče, koeficijent elastičnosti varira između 0,2 do 0,9, u zavisnosti od istraživanja do istraživanja i od jednog do drugog krivičnog dela.

Što se specifičnih rezultata empirijskih istraživanja tiče, ono sprovedeno u gradu Njujorku (*New York City*) potvrdilo je hipotezu o „razbijenim prozorima“ (Corman i Hope, 2005). Strategija empirijskog testiranja ove hipoteze zasnivala se na testiranju veze stope hapšenja maloletnika (uz implicitnu pretpostavku da se radi o manje ozbiljnim prestupima koji oni čine) i stope kriminala punoletnih lica. Pokazalo se da postoji statistički značajna veza i to takva da povećanje stope hapšenja maloletnika dovodi do opadanja stope kriminala. U slučaju ovog grada u posmatranom periodu, dakle, pokazalo se da se sa stanovišta obaranja stope kriminala isplati zaoštavanje suzbijanja manjih prestupa, odnosno zaoštavanje suzbijanja maloletničkog kriminala – dakle, strategija „razbijenih prozora“ u ovom je slučaju dala rezultate.

6. ZAKLJUČAK

Nedvosmisleno se pokazalo da nivo policijske zaštite utiče na stopu kriminala i to tako da uvećanje policijske zaštite dovodi do umanjenja kriminala. Teorijski mehanizmi ove veze su dobro obrazloženi, a rešen je i osnovni metodološki problem veze između stope kriminala i nivoa policijske zaštite, problem simultanosti,

tako da su dobijeni rezultati empirijskih istraživanja verodostojni. Može se reći da je postojanje navedene uzročno-posledične veze empirijski potvrđeno, ali je potrebno da se nastavi sa empirijskim istraživanjima, naročito u pogledu novih (geografskih) područja koja bi se obrađivala.

Verovatno da je najzanimljivije razmatranje vezano za organizaciju policije i ukupnu faktorsku produktivnost koja se javlja u pružanju policijske zaštite i da na tom planu postoji veoma veliki prostor za buduća istraživanja. Očigledno je da se radi o brojnim neefikasnostima koje su posledice načina na koji je organizovana ova služba. Potrebno je više saznanja o tome kakvi sve podsticaji postoje, koja su sve to racionalna ponašanja policijskih službenika koja daju ishode koji nisu optimalni sa stanovišta društva. Imajući u vidu sve specifičnosti policijske službe, odnosno brojna objektivna organizaciona ograničenja u pogledu pružanja policijske zaštite, izvesno je da u ovom pogledu nema jednostavnih rešenja, tzv. „čarobnih štapića“, ali je vreme da se otvori ta „crna kutija“ i da se nešto više sazna o tome šta se dešava u njoj.

Što se Srbije tiče, kod nas još uvek ne postoje javne baze podataka sa brojem učinjenih, odnosno zabeleženih krivičnih dela. Najnoviji pokušaj da se takve baze uspostave,²² bar zasad, nije dao rezultate. Nadalje, iako su počev od 2009. godine dostupni podaci o broju policajaca u Srbiji na veb sajtu EUROSTAT-a, ne postoji javna baza podataka sa dugogodišnjom vremenskom serijom ove promenljive, a nedostaje i razdvajanje broja policajaca koji se bave suzbijanjem kriminala i broja onih koji se bavi drugim policijskim poslovima. U uslovima u kojima ne postoje podaci o dve osnovne promenljive, ne mogu se sprovesti bilo kakva empirijska, odnosno ekonometrijska istraživanja uticaja nivoa policijske zaštite na stopu kriminala. Samim tim, nije ni moguće sistematsko praćenje efikasnosti policijske zaštite u Srbiji. Koristeći konceptualni okvir političke ekonomije, objašnjenje postojećeg stanja u tom pogledu može se potražiti u sledećem pitanju: u čijem je to interesu?

LITERATURA

- Bayley, D.H. (1994), *Police for Future*, Oxford and New York: Oxford University Press
- Bailey, R.E. (2008), The importance of solo patrol in policing a liberal society: a response to John Blundell, *Economic Affairs*, Vol. 28, ss. 53–56
- Becker, G.S. (1968), Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, ss. 169–217
- Begović, B. (2012), Statistika kriminala, u: Kron, L. (ur.), *Delikt, kazna i mogućnosti socijalne profilakse*, Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, ss. 27–45
- Benson, B.L. (2009), Escalating the war on drugs: causes and unintended consequences, *Stanford Law & Policy Review*, Vol. 20, 293–358
- Benson, B. (2010), The allocation of police, u: Benson, B.L. i Zimmerman, P.R. (ur.), *Handbook on the Economics of Crime*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, ss. 184–217
- Benson, B.L. i Rasmussen, D.W. (1991), The relationship between illicit drug enforcement policy and property crimes, *Contemporary Policy Issues*, Vol. 9, ss. 106–115
- Benson, B.L., Kim, I. i Rasmussen, D.W. (1994), Estimating deterrence effect: A public choice perspective on the economics of crime literature, *Southern Economic Journal*, Vol. 61, ss. 161–168

22 Više od tome videti: Begović (2012).

- Benson, B.L., Kim, I. i Rasmussen, D.W. (1998), Deterrence and public policy: Trade-offs in the allocation of police resources, *International Review of Law and Economics*, Vol. 18, ss. 77–100
- Benson, B.L., Kim, I., Rasmussen, D.W. i Zuehlke, T.W. (1992), Is property crime caused by drug use or by drug enforcement policy?, *Applied Economics*, Vol. 24, ss. 679–692
- Blundell, J. (2007), Policing a Liberal Society, *Economic Affairs*, Vol. 27, ss. 4–11
- Bodystun, J.E., Sherry M.E, I Moelter, N.P. (1977), *Patrol Staffing in San Diego: One- or Two-Officer Units*, Washington, D.C.: Police Foundation
- Breton, A. i Wintrobe, R. (1992), *The Logic of Bureaucratic Control*, Cambridge: Cambridge University Press
- Cameron, S. (1998), The economics of crime deterrence: A survey of theory and evidence, *Kyklos*, Vol. 41, ss. 301–323
- Chalfin, A. i McCrary, J. (2013), The effects of police on crime: New evidence from U.S. cities 1960–2010, *NBER Working Paper Series*, Working Paper 18815, Cambridge, Mass.: National Bureau of Economic Research
- Corman, H. i Mocan, N. (2000), A time-series analysis of crime, deterrence, and drug abuse in New York City, *American Economic Review*, Vol. 90, ss. 584–604
- Corman, H. i Mocan, N. (2005), Carrots, sticks and broken windows, *Journal of Law and Economics*, Vol. 48, ss. 235–266
- Di Tella, R. i Schargordsky, E. (2004), Do police reduce crime?: estimates using the allocation of police forces after a terrorist attack, *American Economic Review*, Vol. 94, ss. 115–133
- Draca, M., Machin, S. i Witt, R. (2011), Panic on the streets of London: Police, crime and the July 2005 terror attacks, *American Economic Review*, Vol. 101, ss. 2157–2181
- Ehrlich, I. (1973), Participation in illegitimate activities: A theoretical and empirical investigation, *Journal of Political Economy*, Vol. 81, ss. 521–565
- Eklund, R.B. i Dorton, C. (2003), Criminal justice institutions as a common pool: The nineteenth century analysis if Edwin Chadwick, *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 28, ss. 8–22
- Evans, W.N. i Owens, E.G. (2007), COPS and crime, *Journal of Public Economics*, Vol. 91, ss. 181–201
- Goldstein, P.J. (1985), The drug violence nexus: A tripartite conceptual framework, *Journal of Drug Issues*, Vol. 14, ss. 493–506
- Goldstein, P.J. i Brownstein, H.H. (1987), *Drug-Related Crime Analysis – Homicide*, Washington, D.C.: National Institute of Justice
- Goldstein, P.J., Brownstein, H.H. i Ryan, P.J. (1992), Drug-related homicide in New York: 1984 and 1988, *Crime and Delinquency*, Vol. 38, ss. 459–476
- Ignjatović, Đ. (2011), *Kriminologija*, 11. izdanje, Beograd: Dosije studio
- Ignjatović, Đ. (2013), *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Klick, J. i Tabarrok, A. (2005), Using terror alert levels to estimate the effects of police on crime, *Journal of Law and Economics*, Vol. 48, ss. 267–279
- 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 Publishing, ss. 127–144
- Levitt, S.D. (1997), Using electoral cycles in police hiring to estimate the effects of police on crime, *American Economic Review*, Vol. 87, ss. 270–290

- Levitt, S.D. (1998), The relationship between crime reporting and police: Implications for the use of uniform crime rates, *Journal of Quantitative Criminology*, Vol. 14, ss. 61–81
- Levitt, S.D. (2002), Using electoral cycles in police hiring to estimate effects of police on crime: Reply, *American Economic Review*, Vol. 92, ss. 1244–12650
- Lin, M. J. (2009), More police, less crime: Evidence from US state data, *International Review of Law and Economics*, Vol. 29, ss. 73–80
- Machin, S. i Marrie, O. (2011), Crime and police resources: The Street Crime Initiative, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 9, ss. 678–701
- Mas, A. (2007), Pay, reference points and police performance, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 121, ss. 783–821
- Marvell.T.B. i Moody, C.E. (1996), Specification problems, police levels, and crime rates, *Criminology*, Vol. 34, 609–646
- McConville, M. i Shepard, D. (1992), *Watching Police, Watching Communities*, London: Routledge
- McCrary, J. (2002), Using electoral cycles in police hiring to estimate effects of police on crime: Comment, *American Economic Review*, Vol. 92, ss. 1236–1243
- Milakovich, M.E. i Weis, K. (1975), Politics and measures of success in the war on crime, *Crime and Delinquency*, Vol. 21, ss. 1–10
- Miron, J.A. (1999), Violence and the U.S. prohibition of drugs and alcohol, *American Law and Economics Review*, Vol. 1, ss. 78–114
- Mladenović, Z. i Petrović, P. (2011), Uvod u ekonometriju, 5. izdanje, Beograd: Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu
- Nicholson, W. (1995), *Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions*, Forth Worth: The Dryden Press
- Owens, E.G. (2013), COPS and cuffs, u: Cook, P.J. et al. (ur.), *Lessons from the Economics of Crime: What Reduces Offending?*, Cambridge, Mass.: The MIT Press, ss. 17–43
- Resignato, A.J. (2000), Violent crime: A function of drug use or drug enforcement?, *Applied Economics*, Vol. 32, ss. 681–688
- Sah, K.J. (1991), Social osmosis and patterns of crime, *Journal of Political Economy*, Vol. 99, ss. 1272–1295
- Seidman, D. i Couzens, M. (1974), Getting the crime rate down: political pressures and crime reporting, *Law and Society Review*, Vol. 8, 457–493
- Sherman, L.W. (1983), Patrol strategies for police, u: Wilson, J.Q. (ur.), *Crime and Public Policy*, San Francisco: Institute for contemporary Studies Press, ss. 145–163
- Sherman, L.W. (1990), Police crackdowns: Initial and residual deterrence, *Crime and Justice*, vol. 12, ss. 1–48
- Sherman, L.W. (1992), Attacking crime: police and crime control, *Crime and Justice*, Vol. 15, ss. 159–230
- Skolnick, J. i Bayley, D.H. (1986), *The New Blue Line: Police Innovation in Six American Cities*, New York: The Free Press
- Sparrow, M.K., Moore, M.H. i Kennedy, D.M. (1990), *Beyond 9/11: A New Era for Policing*, New York: Basic Books
- Vollaard, B. i Koning, P. (2009), The effect of police on crime, disorder and victim precaution: Evidence from a Dutch victimization survey, *International Review of Law and Economics*, Vol. 29, ss. 336–348
- Vollaard, B. i Hamed, J. (2012), Why the police have an effect on violent crime after all: Evidence from British crime survey, *Journal of Law and Economics*, Vol. 55, ss. 901–924
- Worrall, J.L. i Kovandzic, T.V. (2010), Police levels and crime rates: An instrumental variable approach, *Social Science Research*, Vol. 39, ss. 506–516

Boris Begović

Faculty of Law, University of Belgrade

Center for liberal-democratic studies

POLICE PROTECTION AND CRIME: AN ECONOMIC ANALYSIS

SUMMARY

It was demonstrated that there is a strong causality link between the level of police protection and the crime rate. This conclusion is based on the insights into the mechanisms of this causal relationship that are based on the deterrent and incapacitation effects of the police protection („policing“). The crucial methodological problem is the one of simultaneity (endogeneity of the explanatory variable): apart for the causality from the level of police protection to the crime rate, there is a simultaneous causality from the crime rate to the level of police protection. Accordingly, it is of the crucial importance to find the mechanism to control the relation that is not the object of research: to control influence of the crime rate to the level of police protection. Some identified options (natural experiment, lagged variables, and instrumental variables) produce good results and enable obtaining reliable empirical results, confirming that the increase in the level of police protection brings about decrease in the crime rate. Consideration of the allocation of the resources within police service enables specification of, in principle, optimal police protection for a given available budgetary funds. The analysis of the mechanisms of decision making within police force, nonetheless, demonstrated that there is small probability for optimal police protection to be reached and that private interests within the force produce inferior outcomes. Nonetheless, even these outcomes produces undisputable empirical finding that an increase in police protection brings about a decrease in the crime rate, the elasticity of the relation varies from one jurisdiction to the other and from one period to the other. For any empirical research of the relation, there should be available public database on crime. There is none in Serbia today, hence the value of elasticity coefficient for Serbia is unknown.

Key words: police protection, crime, endogeneity, resource allocation, elasticity.

*Dorđe Đorđević**

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

NEOVLAŠĆENO IZVOĐENJE ARHEOLOŠKIH RADOVA

Apstrakt. Krivično delo neovlašćenog izvođenja arheoloških radova predstavlja jedno od krivičnih dela kojima se u našem KZ pruža posebna krivičnopravna zaštita kulturnim dobrima. Ovo delo je uneto u naš KZ njegovim izmenama i dopunama iz septembra 2009. godine, jer je prilikom donošenja KZ iz 2005. godine neopravdano izostavljeno, mada je u našem krivičnom zakonodavstvu bilo prisutno još od donošenja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Srbije iz 1994. godine. Ovim krivičnim delom inkriminisane su delatnosti kojima se neovlašćeno vrše arheološka iskopavanja i istraživanja.

U radu se analiziraju elementi ovog krivičnog dela i ukazuje na propuste i nedostatke prilikom njegovog formulisanja. U tom smislu ukazuje se na rešenja koja bi de lege ferenda trebalo usvojiti u cilju poboljšanja ove inkriminacije. Ističe se veliki značaj ovog krivičnog dela zbog šteta koje se njime nanose, a s druge strane ukazuje na njegovu veoma malu zastupljenost u sudskoj praksi.

Ključne reči: kulturno dobro, dobro koje uživa prethodnu zaštitu, arheološka nalazišta, arheološka iskopavanja, Krivični zakonik, krivično delo.

1. UVOD

Jedna od značajnih karakterisika savremenog društva jeste i sve veća uloga koju u takvom društvu ima kultura i kulturni život njegovih članova. Kulturna dobra, kao manifestacija kulturnog života jednog društva, oduvek su doduše imala veliki značaj, pa i veliku vrednost, ali su ona predstavljala privilegiju jednog uskog društvenog sloja najbogatijih i najuticajnih ljudi kojima su jedino i bila dostupna. Sa ukupnim razvojem društva i kulturnog nivoa i svesti ljudi kulturna dobra postaju potreba sve širih slojeva društva što utiče na sve veću interesovanje i potražnju za njima. Ovaj proces karakterističan je ne samo za kulturno najrazvijenije zemlje, već i za sve ostale. Uvećavana potražnja za različitim kulturnim dobrima podstiče staranje o njima i njihovo čuvanje, prikupljanje kulturnih dobara za različite kulturne ustanove (muzeje, galerije, privatne zbirke), ukrašavanje kako različitih zatvorenih, tako i otvorenih prostora, kao i korišćenje za različite druge namene u civilizovanom društvu. To u sve većoj meri utiče na stalan porast vrednosti ovih dobara, čemu doprinosi i sve šire upoznavanje ovih vrednosti, širenje kruga subjekata koji se za njih interesuju, kao i sve veći razvoj društvenih potreba za različitim kulturnim dobrima.

Porast vrednosti kulturnih dobara je nagao i ubrzan, tako da u mnogim slučajevima vrednost pojedinog kulturnog dobra i u kratkim vremenskim razmacima biva mnogostruko uvećana i dostiže izuzetno visoke iznose. Tako je, na primer, slika

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

„Krik“ Edvarda Munka prodata 2012. godine za 120 miliona dolara,¹ slika „Zlatna Adela“ Gustava Klimta 2006. godine za 135 miliona dolara,² slika „No. 5“ Džeksona Poloka procenjena je na 140 miliona dolara, a Da Vinčijeva slika „Hrist Spasitelj“ na čak 200 miliona dolara.³ I drugi umetnički predmeti dostižu velike vrednosti, pa je tako kolekcija čuvenih Faberžeovih jaja prodata 2004. godine za „više od 90, a možda i svih 120 miliona dolara“,⁴ kineska šolja iz vremena dinastije Ming za 36 miliona dolara,⁵ Stradivarijeva viola iz 1719. godine ponuđena je na aukciji u „Sotbiju“ za 45 miliona dolara,⁶ a čak je i umetnička fotografija pod nazivom „Rajna II“ Andreasa Gurskog prodata na jednoj aukciji u Njujorku 2011. godine za 4,3 miliona dolara.⁷

Na žalost, ovo pojačano interesovanje za kulturna dobra i njihovo sve veće vrednovanje praćeno je odgovarajćim promenama i u oblasti kriminaliteta koji se vrši prema ovim dobrima koji dobija sve značajnije razmere.⁸ Zbog velike vrednosti koju u savremenom društvu imaju kulturna dobra, ovaj oblik kriminaliteta donosi veliku imovinsku korist licima koja se njime bave. Prema nekim procenama kriminalci u svetu za godinu dana prodaju ukradena umetnička dela vredna oko šest milijardi dolara.⁹ Podaci Interpola govore da ova vrsta kriminala zauzima treće mesto po isplativosti, posle nelegalne trgovine oružjem i narkoticima.¹⁰

U cilju suzbijanja ove vrste kriminaliteta pojačavaju se i usavršavaju najraznovrsnije mere za zaštitu kulturnih dobara. U sklopu tih mera razvija se i pojačava i pravna zaštita tih dobara, što se izražava u sve većem broju i obimu pravnih propisa koji se u odnosu na zaštitu kulturnih dobara donose kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom planu.¹¹ Među njima posebno mesto zauzimaju krivičnopravne mere koje bi, kao najteže, trebalo da budu i najefikasnije u suzbijanju ovog vida kriminaliteta. U tom pogledu opšte odredbe krivičnog zakonodavstva nisu više dovoljne da bi se u ovoj oblasti ostvarila adekvatna krivičnopravna zaštita, pa se u krivičnom zakonodavstvu pojavljuje sve više posebnih propisa koji se odnose na ovu vrstu kriminaliteta.

2. ZAŠTITA KULTURNIH DOBARA U NAŠEM PRAVU

Pravna zaštita kulturnih dobara u našoj zemlji obezbeđena je brojnim odredbama pojedinih zakona i podzakonskih akata koji se odnose na ovu problematiku.

1 „Politika“, 4. 5. 2012, („Munkov Krik prodat za rekordnih 120 miliona dolara“), str. 14.

2 „Politika“, 13. 7. 2006, („Najskuplja slika na svetu“), str. 16.

3 „24 časa“, 1. jul 2011, („Da Vinčijev Hrist Spasitelj vredi 200 miliona dolara“), str. 5.

4 „Politika“, 6. 2. 2004, („Milioni za Faberžeova jaja“), str. A5

5 „Politika“, 9. april 2014, („Kineska šolja prodata za rekordnih 36,05 miliona dolara“), str. 14.

6 „Politika“, 28. mart 2014, („Na aukciji Stradivarijeva viola vredna 45 miliona dolara“), str. 14.

7 „Politika“, 19. 11. 2011, („Najskuplja fotografija na svetu“), str. 10.

8 Theft of cultural property in Canada, Interpol, Ottawa, 1990, str. 3.

9 Vidi: „Pogled“, decembar 2011, („U Beogradu pronađene dve izuzetno vredne slike Pabla Pikasa“), str. 28.

10 „Divljim arheoloziima određene ruke“, na: <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/t34875.lt.html>, pregledano 5.7.2014

11 Brguljan V: *Međunarodni sistem zaštite kulturnih i prirodnih dobara*, Republički zavod za zaštitu spomenika kulture, Zagreb-Beograd, 1985; Frigo M: *Droit interne et droit international en matière de trafice illicite de bien culturels: l'exemple italien*, dans la publication „*Protection pénale du patrimoine archéologique*“, présentée par V. Negri, Lyon, 1992, str. 132;

Među njima je svakako najznačajniji Zakon o kulturnim dobrima Srbije iz 1994. godine¹² kojim je ova materija detaljno regulisana. Prema ovom zakonu „kulturna dobra su stvari i tvorevine materijalne i duhovne kulture od opšteg interesa koje uživaju posebnu zaštitu utvrđenu ovim zakonom“. Ova definicija kulturnog dobra dopunjena je odredbom kojom se nabrajaju vrste kulturnih dobara koje su tim pojmom obuhvaćene, čime se bliže konkretizuje krug dobara koja se smatraju kulturnim dobrima. Prema ovoj definiciji kulturna dobra karakterišu tri elementa: da su to stvari i tvorevine materijalne i duhovne kulture, da su te stvari i tvorevine od opšteg interesa, i da one uživaju posebnu zaštitu utvrđenu Zakonom o kulturnim dobrima.¹³

Zakon ne daje objašnjenje niti definiciju prvog od ovih elemenata. Umesto toga on navodi osam vrsta kulturnih dobara. Te vrste kulturnih dobara su: spomenici kulture, prostorne kulturno-istorijske celine, arheološka nalazišta, znamenita mesta, umetničko-istorijska dela, arhivska građa, filmska građa i stara i retka knjiga.¹⁴

Prema navedenoj zakonskoj definiciji drugi elemenat pojma kulturnog dobra jeste da je to dobro od opšteg interesa, što ukazuje na suštinsku odliku kulturnih dobara koja daje osnova da se ona smatraju i utvrđuju za kulturna dobra. U tom smislu Zakon predviđa tri kategorije kulturnih dobara po njihovom značaju: kulturna dobra, kulturna dobra od velikog značaja i kulturna dobra od izuzetnog značaja. Zakon detaljno određuje uslove odnosno kriterijume za svrstavanje kulturnih dobara u određene kategorije prema značaju koji ta dobra imaju, čime se određuju i svojstva kulturnih dobara koja se u svaku od te tri kategorije svrstavaju.¹⁵ Tako se kulturnim dobrom od izuzetnog značaja smatra ono kulturno dobro koje ima jednu od sledećih karakteristika: poseban značaj za društveni, istorijski i kulturni razvoj naroda u nacionalnoj istoriji, odnosno za razvoj njegovog prirodnog okruženja; svedoči o presudnim istorijskim događajima i ličnostima i njihovom delovanju u nacionalnoj istoriji; predstavlja jedinstvene (raritetne) primerke stvaralaštva svog vremena ili jedinstvene primerke iz istorije prirode; veliki uticaj na razvoj društva, kulture, tehnike i nauke; ili izuzetnu umetničku ili estetsku vrednost. Pod kulturnim dobrom od velikog značaja podrazumeva se ono kulturno dobro koje ima jednu od sledećih karakteristika: značajno je za određeno područje ili razdoblje; svedoči o društvenim ili prirodnim pojavama, odnosno uslovima društveno-ekonomskog i kulturno-istorijskog razvoja u određenim razdobljima; ili svedoči o značajnim događajima i istaknutim ličnostima iz nacionalne istorije (čl. 5. Zakona o kulturnim dobrima). Članom 56. pomenutog zakona propisano je da kulturna dobra od izuzetnog značaja utvrđuje Narodna skupština Republike Srbije, nepokretna kulturna dobra od velikog značaja Vlada Republike Srbije, a pokretna kulturna dobra od velikog značaja utvrđuju Narodni muzej u Beogradu, Arhiv Srbije, Narodna biblioteka Srbije i Jugoslovenska kinoteka.

Formalni elemenat ovog pojma, da su u pitanju dobra koja uživaju posebnu zaštitu utvrđenu Zakonom o kulturnim dobrima, predstavlja treći elemenat pojma

12 Službeni glasnik RS, br. 71/94

13 Simović-Hiber I: Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara, „Pravni život“, br. 11/1995, str. 682.

14 Donošenjem posebnog Zakona o staroj i retkoj bibliotečkoj građi (Službeni glasnik RS br. 52/11) prestale su da važe odredbe Zakona o kulturnim dobrima koje se odnose na staru i retku knjigu.

15 Simović-Hiber I: Povodom novog modela krivičnopravne zaštite kulturnih dobara, „Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo“, br. 3/1994, str. 89.

kulturnog dobra. Da bi jedno dobro, koje inače ima sve odlike kulturnog dobra, uživalo posebnu zaštitu po Zakonu o kulturnim dobrima, ono prethodno treba da bude utvrđeno za kulturno dobro. Način i uslove za ovo utvrđivanje propisuje Zakon o kulturnim dobrima kojim je određena i nadležnost za ove poslove.

Međutim, pored kulturnih dobara koja se na izloženi način utvrđuju, postoje i kulturna dobra koja se takvim smatraju na osnovu samog Zakona o kulturnim dobrima. To su umetničko-istorijska dela, arhivska građa, filmska građa i stara i retka knjiga, koje čuvaju ustanove zaštite kulturnih dobara. Takve ustanove su: zavod za zaštitu spomenika kulture, muzej, arhiv, kinoteka, a pod određenim uslovima i ustanove koje vrše delatnost zaštite prirode i biblioteke.

Zakon o kulturnim dobrima takođe propisuje da i zaštićena okolina nepokretnog kulturnog dobra uživa istu zaštitu kao i samo kulturno dobro. Naime prirodna okolina nepokretnog kulturnog dobra sama ne sadrži karakteristike kulturnog dobra, pa u tom smislu i ne predstavlja kulturno dobro. Međutim, pošto nepokretna kulturna dobra, u izvesnom smislu, čine celinu sa prirodnom okolinom koja ih okružuje, to i ova okolina uživa zaštitu kao i kulturno dobro koje ona okružuje. Sledstveno tome i ova okolina, u tačno određenim granicama, dobija odgovarajuću zaštitu njenim utvrđivanjem za zaštićenu prirodnu okolinu nepokretnog kulturnog dobra.¹⁶ Ova zaštita se utvrđuje istim aktom kao i nepokretno kulturno dobro, a u njemu se utvrđuju i granice zaštićene prirodne okoline nepokretnog kulturnog dobra. Poslove zaštite prirodnih prostora u okviru granica zaštićene prirodne okoline nepokretnog kulturnog dobra vrše ustanove koje obavljaju delatnost zaštite prirode. Proglašenje okoline nepokretnog kulturnog dobra zaštićenom vrši isti organ koji utvrđuje i samo nepokretno kulturno dobro, a to je Vlada Republike Srbije koja je po tom zakonu nadležna za te poslove.

Pošto je, kao što je rečeno, našim zakonom prihvaćena formalna definicija pojma kulturnog dobra, zakonom je uveden i pojam dobra koje uživa prethodnu zaštitu, putem kojeg se uspostavlja određeni nivo zaštite dobara koji taj formalni element još uvek ne zadovoljavaju, ali imaju sve druge uslove da budu proglašena za kulturna dobra. O ovim dobrima biće nešto više reči u kasnijem izlaganju.

3. KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA KULTURNIH DOBARA U KZ SRBIJE

Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara realizovana je u KZ Srbije propisivanjem osam krivičnih dela čiji su zaštitni objekti kulturna dobra, odnosno dobra koja uživaju prethodnu zaštitu. Od ovih krivičnih dela tri predstavljaju posebna krivična dela, a pet posebne, teže oblike pojedinih krivičnih dela protiv imovine uopšte. U pitanju su sledeća krivična dela: krađa kulturnog dobra (čl. 204, st. 2. KZ), koja predstavlja teži oblik krivičnog dela krađe, utaja kulturnog dobra (član 207, stav 3. KZ), teži oblik krivičnog dela utaje, oduzimanje tuđeg kulturnog dobra (čl. 211, stav 2. KZ), teži oblik krivičnog dela oduzimanja tuđe stvari, uništenje i oštećenje kulturnog

16 Simović-Hiber I: Povodom novog modela krivičnopravne zaštite kulturnih dobara, „Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo“, br. 3/1994, str. 93.

dobra (član 212, stav 3), teži oblik krivičnog dela uništenja i oštećenja tuđe stvari, prikrivanje kulturnog dobra (član 221, stav 4), teži oblik krivičnog dela prikrivanja i iznošenje kulturnog dobra u inostranstvo (član 221a), kao posebno krivično delo, sve krivična dela iz grupe krivičnih dela protiv imovine, zatim neovlašćeno izvođenje arheoloških radova (član 353a KZ), krivično delo iz grupe krivičnih dela protiv javnog reda i mira, o kome će u ovom radu biti posebno reči, i uništavanje kulturnih dobara (član 383. KZ), krivično delo iz grupe krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Zaštitni objekat svih ovih krivičnih dela jesu kulturna dobra, ali kod pojedinih to su i dobra koja uživaju posebnu zaštitu, kod nekih su to samo pokretna kulturna dobra, a kod jednog krivičnog dela to su samo arheološka nalazišta, kao posebna vrsta kulturnog dobra.

Na osnovu iznetog možemo da zaključimo da naše krivično zakonodavstvo kulturnim dobrima pruža pojačanu krivičnopravnu zaštitu u odnosu na druge vrste imovine, što se manifestuje kroz postojanje posebnih inkriminacija kojima se ova dobra štite ili kroz postojanje posebnih, težih oblika pojedinih imovinskih krivičnih dela ako su uperena protiv kulturnih dobara. Međutim, trebalo bi razmisliti i o uvođenju nekih novih krivičnih dela, pre svih uništavanja arhivske građe (koje je već postojalo u našem krivičnom zakonodavstvu)¹⁷ i falsifikovanja kulturnih dobara,¹⁸ jer bi njihovim uvođenjem krivičnopravna zaštita kulturnih dobara bila znatno upotpunjena.

4. KRIVIČNO DELO NEOVLAŠĆENOG IZVOĐENJA ARHEOLOŠKIH RADOVA

Delatnosti vezane za neovlašćena arheološka iskopavanja predstavljaju veliku opasnost za kulturna dobra i njima se, po pravilu, tim dobrima nanose neprocenjive štete. Nagli porast cena različitih kulturnih dobara koja se pojavljuju na tržištu, o čemu je već bilo reči, čini da raste interes za arheološka iskopavanja i istraživanja arheoloških nalazišta, kao i za arheološke predmete do kojih se tim istraživanjima i iskopavanjima dolazi. Stoga je razumljivo da je vršenje ovakvih aktivnosti pravno regulisano kako bi se one pomogle, ali i zaštitile od neovlašćenog izvođenja ovih radova, kojima se nanose štete kako samim nalazištima, tako i arheološkim predmetima do kojih se dolazi, pre svega zbog nestručnosti i nesavesnog postupanja, kao i zbog gubljenja, uništavanja i nezakonitog prisvajanja pronađenih predmeta. U tom smislu sve je više slučajeva neovlašćenog vršenja arheoloških radova u svetu i kod nas, koja se vrše radi prisvajanja i kasnije prodaje nađenih predmeta što predstavlja veoma unosan posao.¹⁹ Ima slučajeva da se to radi i iz kolekcionarskih strasti, a mogući su slučajevi, istina veoma retko, da se takva iskopavanja vrše i iz drugih pobuda, na primer iz radoznalosti, radi sticanja popularnosti u slučaju nekog značajnog otkrića, iz naučne zainteresovanosti i dr.²⁰

17 Đorđević Đ: *Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara*, Beograd, 2001, Vojnoizdavački zavod, str. 208.

18 Đorđević Đ: *Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara*, Beograd, 2001, Vojnoizdavački zavod, str. 247.

19 Negri V: *La répression des atteintes aux biens archéologiques mobiliers, dans la publication „Protection pénale du patrimoine archéologique“*, présentée par V. Negri, Lyon, 1992, str. 33;

20 Đorđević Đ: *Krivična dela protiv kulturnih dobara u KZ Srbije, u „Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu“*, Kriminološko-policijska akademija, Beograd, 2013, str. 297.

U novije vreme u svetu su zabeleženi brojni ovakvi slučajevi, kako na već poznatim arheološkim nalazištima, tako i na drugim mestima za koja postoje indicije da bi na njima moglo doći do arheoloških nalaza.²¹ Tu treba, pre svega, pomenuti brojne slučajeve nedozvoljenih iskopavanja u Egiptu, Turskoj, na Tibetu, u Iraku i Iranu.²² I u našoj zemlji, samo u skorije vreme, prema pisanjima u štampi, zabeležen je veoma veliki broj takvih slučajeva, kao što su brojna nedozvoljena iskopavanja na području bivšeg Sirmijuma (Sremska Mitrovica) i u njegovoj okolini (slučaj zlatnog avarskog pojasa i dr.),²³ iskopavanja na prostoru bivšeg Viminacijuma (Kostolac) gde su nedozvoljena iskopavanja naročito učestala posle izgradnje termoelektrane i dnevnog kopa Drmno kada su nađeni brojni vredni arheološki predmeti (slučaj zlatne Venere i dr.),²⁴ nedozvoljena iskopavanja na lokalitetu Šarkamen kod Negotina (naročito posle otkrića nakita carice-majke cara Maksimina Daje),²⁵ iskopavanja na području Caričinog grada kod Lebana,²⁶ i drugih. Ovi i brojni drugi primeri nedozvoljenih iskopavanja ukazuju na potrebu što efikasnijeg suzbijanja ovih nedozvoljenih radnji, zbog čega se i kod nas i u svetu čine značajni napori na suzbijanju ove vrste kriminalnih delatnosti.²⁷

Krivično delo neovlašćenog izvođenja arheoloških radova uneto je u naš Krivični zakonik njegovim izmenama i dopunama iz septembra 2009. godine. Ovo krivično delo postojalo je u KZ Srbije iz 1977. godine, tačnije uneto je u njega izmenama i dopunama ovog zakona iz 1994. godine,²⁸ ali Krivičnim zakonikom iz 2005. godine nije bilo predviđeno sve do njegovih izmena i dopuna iz septembra 2009. godine. Nepredviđanje ovog krivičnog dela u KZ Srbije iz 2005. godine stvorilo je pravnu prazninu na ovom polju i omogućilo ekspanziju ove kriminalne delatnosti, jer sudovi nisu znali kako da kvalifikuju ovakva ponašanja, pa su mnoga prolazila nekažnjeno. To je izazvalo brojne reakcije naučne i stručne javnosti u smislu insistiranja na ponovnom uvođenju ovog krivičnog dela,²⁹ što je na kraju 2009. godine i učinjeno.

Prema članu 353a KZ ovo krivično delo čini onaj ko neovlašćeno vrši arheološka iskopavanja ili istraživanja. Ovo je osnovni oblik ovog krivičnog dela koji podrazumeva vršenje ovih radova na mestima za koja se pretpostavlja da se na njima

- 21 Mannheim-Ayache A: La protection pénale du patrimoine archéologique immobilier, dans la publication „*Protection pénale du patrimoine archéologique*“, présentée par V. Negri, Lyon, 1992, str. 13;
- 22 Vidi: Milosavljević Lj: Neovlašćena iskopavanja pokretnih kulturnih dobara, u Zborniku „*The Strategic Role of the Danube and its Tributaries in Cross-border and Regional Cooperation*...“, 2010, dostupno na: <http://danube-cooperation.com/danubius/2011/01/31/neovlascena-iskopavanja-pokretnih-kulturnih-dobara>, pregledano 5.7.2014.
- 23 „*Politika*“, 19.3.1998, („Nemerljivo blago pod zemljom“), str. 21; „*Politika*“, 25.5.1997, (Nedostajuća „karika“ zlatnog pojasa), str. 13.
- 24 „*Politika*“, 11.4.1998, („Pohapšeni ljudi koji su poharali Viminacijum“), str. 29.
- 25 „*Ilustrovana politika*“, br. 1997 od 26.4.1997, str. 10–11.
- 26 „*Politika*“, 28.3.1997, („Pljačka rimskih grobova“), str. 25.
- 27 Bregal A: L'action du service de police face au trafic et au vol des antiquités et objets d'art, dans la publication „*Protection pénale du patrimoine archéologique*“, présentée par V. Negri, Lyon, 1992, str. 73.
- 28 Đorđević Đ: *Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara*, Beograd, 2001, Vojnoizdavački zavod, str. 222.
- 29 „Divljim arheolozima određene ruke“, na: <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/t34875.lt.html>, pregledano 5.7.2014.

mogu naći arheološki predmeti, ali koja ne predstavljaju ili bar još uvek ne predstavljaju arheološka nalazišta.

Radnja kod ovog oblika krivičnog dela je nedozvoljeno iskopavanje i istraživanje. Ove dve delatnosti, koje predstavljaju radnju izvršenja ovog krivičnog dela, date su kumulativno, jer arheološko iskopavanje po prirodi stvari prethodi arheološkom istraživanju, odnosno iskopavanje se preduzima radi arheološkog istraživanja.³⁰ Kao iskopavanje u smislu ovog krivičnog dela smatra se kopanje na navedenim mestima radi dolaženja do arheoloških nalaza, odnosno pronalaženja arheoloških predmeta. To se može raditi ručno, uz pomoć različitog alata, ali i uz pomoć mašina ili drugih naprava (buldožeri, rovokopači, traktori sa plugom i dr.). Pod istraživanjem se smatra ispitivanje terena (na razne načine, na primer pomoću detektora), vršenje iskopavanja, pronalaženje arheoloških predmeta, njihovo izdvajanje radi dalje obrade i druge aktivnosti u okviru ove vrste istraživanja.

Ovo krivično delo ima teži oblik koji postoji ako je ostvarena neka od tri alternativno popisane kvalifikatorne okolnosti.³¹

Prva kvalifikatorna okolnost postoji ako se neovlašćena iskopavanja i istraživanja vrše na arheološkom nalazištu ili drugom nepokretnom kulturnom dobru ili dobru koje uživa prethodnu zaštitu. Kod ovog oblika krivičnog dela u pitanju su radovi na samim arheološkim nalazištima koja predstavljaju nepokretna kulturna dobra i koja su, kao takva, već upisana u registar kulturnih dobara. Kao arheološko nalazište, prema Zakonu o kulturnim dobrima, smatra se deo zemljišta ili površine pod vodom koji sadrže ostatke građevina ili drugih nepokretnih objekata, grobnih i drugih nalaza, kao i pokretne predmete iz ranijih istorijskih doba, a od posebnog su kulturnog i istorijskog značaja.

Prema podacima Republičkog zavoda za zaštitu spomenika kulture, u Srbiji je 155 arheoloških nalazišta utvrđeno za kulturno dobro, od toga je 18 kategorisano od izuzetnog, a 25 od velikog značaja. U Beogradu postoji 21 arheološko nalazište, s tim da je lokalitet Belo brdo u Vinči od izuzetnog značaja.³²

Sa arheološkim nalazištima kod ovog oblika krivičnog dela izjednačena su i druga nepokretna kulturna dobra i dobra koja uživaju prethodnu zaštitu. U nepokretna kulturna dobra, prema Zakonu o kulturnim dobrima, spadaju, pored arheoloških nalazišta, još tri vrste kulturnih dobara: spomenici kulture, prostorne kulturno-istorijske celine i znamenita mesta, a u pokretna kulturna dobra umetničko-istorijska dela, arhivska građa, filmska građa i stara i retka knjiga. Takvim određivanjem pojmova nepokretnih i pokretnih kulturnih dobara izostale su njihove opšte pojmovne definicije, već je dato samo okvirno nabrojanje šta spada u jednu, odnosno u drugu grupu kulturnih dobara. Stoga se konkretno određivanje sadržine ovih pojmova može dobiti tek pojmovnim određivanjem svake od navedenih vrsta kulturnih dobara.³³

30 Delić N: Nova rešenja u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira (XXXI), „*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*“, br. 2/2013, str. 288.

31 Delić N: *Nova rešenja u posebnom delu KZ Srbije*, Beograd, 2014, Pravni fakultat Univerziteta u Beogradu, str. 182.

32 Matić M: Pravni aspekti zaštite arheološkog nasleđa, „*Nasledje*“, br. 12/2011, str. 286.

33 Đorđević Đ: *Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara*, Beograd, 2001, Vojnoizdavački zavod, str. 84.

Pojam dobra koja uživaju prethodnu zaštitu takođe je određen u Zakonu o kulturnim dobrima. Naime, ovaj zakon, kao što je već rečeno, kulturnim dobrima smatra samo ona dobra koja su utvrđena i kao takva i upisana u registre kulturnih dobara. S obzirom na to dobra koja imaju karakteristike zbog kojih se mogu utvrditi kao kulturna dobra ne predstavljaju u smislu ovog zakona kulturna dobra sve dok, na zakonom propisani način, ne budu utvrđena kao kulturna dobra (odlukom nadležnog organa ili po sili zakona). Međutim, takvi predmeti takođe zaslužuju određenu pravnu zaštitu kako bi bili očuvani dok ne budu utvrđivanjem za kulturna dobra došli pod redovan režim njihove pravne zaštite. Zbog toga se u zakonodavstvima koja pojam kulturnog dobra određuju na osnovu formalnog elementa utvrđenosti za kulturno dobro, odnosno upisanosti u registar, posebno reguliše režim zaštite tih dobara koji se naziva prethodnom zaštitom, dok se dobra koja uživaju takav režim zaštite nazivaju dobrima koja uživaju prethodnu zaštitu. U tom smislu i naš Zakon o kulturnim dobrima takođe poznaje kategoriju dobara koja uživaju prethodnu zaštitu i posebno reguliše pitanja njihove zaštite. Pomenuti zakon sadrži odredbe koje se odnose na prava i obaveze određenih subjekata prema ovim dobrima (prijava, čuvanje, održavanje, korišćenje, mere zaštite i dr.). Prema tom zakonu prethodnu zaštitu uživaju stvari i tvorevine za koje se pretpostavlja da imaju svojstva od posebnog značaja za kulturu, umetnost i istoriju.

Zakon iscrpno nabroja koja sve dobra uživaju prethodnu zaštitu. Tu spadaju:

- 1) nekropole i lokaliteti sa arheološkim, istorijskim, etnološkim ili prirodnjačkim sadržajem; stara jezgra gradova i naselja; graditeljski objekti, celine i delovi graditeljskih objekata sa istorijskim ili arhitektonskim vrednostima; spomenici i spomen-obeležja posvećeni značajnim događajima i ličnostima; kuće u kojima su rođene ili su u njima radile zaslužne i istaknute ličnosti, zajedno sa stvarima koje su im pripadale; zgrade i mesta u prirodi vezane za istorijske događaje;
- 2) spisi, kompjuterski, filmski ili video zapisi; slike u pokretu, tekstovi i snimci televizijskih programa, fotografski i fonografski snimci i na drugi način sačinjeni zapisi i dokumenti; knjige i kartoteke o evidenciji tih spisa, zapisi i dokumenti, tekstovi i snimci radio programa, kao i mikrofilmovi o njima, primljeni i nastali u radu državnih organa i organizacija, organa jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, ustanova, drugih organizacija i verskih zajednice dok su od značaja za njihov tekući rad ili dok iz tog materijala nije izvršeno odabiranje arhivske građe u skladu sa odredbama ovog zakona (registraturski materijal);
- 3) predmeti likovnih i primenjenih umetnosti, arheološki predmeti, etnografski i prirodnjački predmeti, novac, poštanske marke, odlikovanja, unikatni, retki ili istorijski značajni predmeti tehničke kulture, muzički instrumenti i drugi slični predmeti stariji od 50 godina; predmeti, knjige, dokumenti, pisma, rukopisi i drugi pisani i reprodukovani, odnosno filmski ili magnetski zapisi; slike u pokretu, fotografisani i fonografisani materijal koji se odnosi na istorijske događaje, kao i na rad istaknutih i zaslužnih ličnosti u svim oblastima društvenog života, bez obzira na vreme i mesto nastanka.

Pored navedenih stvari i tvorevina koje uživaju prethodnu zaštitu Zakon predviđa da Vlada Republike Srbije može utvrditi i druge nepokretne i pokretne predmete koji uživaju prethodnu zaštitu, tako da postoji široka zakonska mogućnost da se krug stvari koje uživaju prethodnu zaštitu po potrebi može proširivati.³⁴

Imajući ovo u vidu opravdano se može postaviti pitanje razlikovanja ova dva oblika dela, osnovnog i ovog težeg. Jer iako se kod osnovnog oblika dela ne pominju dobra koja uživaju prethodnu zaštitu mesta na kojima se mogu vršiti neovlašćena iskopavanja i istraživanja to suštinski jesu, jer se radi o lokalitetima koji još nisu proglašeni za arheološka nalazišta i time uvrštena u registar kulturnih dobara kao nepokretna kulturna dobra, ali imaju određene karakteristike koje ih čine podobnim da to postanu.

Drugu kvalifikatornu okolnost predstavlja činjenica da je prilikom neovlašćenog iskopavanja ili istraživanja devastirano (uništeno, opustošeno) arheološko nalazište ili nepokretno kulturno dobro, odnosno dobro koje uživa prethodnu zaštitu. S obzirom na ovako određeno mesto izvršenja ovog oblika dela koje je isto kao i kod prvog težeg oblika dela ne vidi se smisao propisivanja dodatnog uslova (posledice) za postojanje ovog težeg oblika (devastiranje objekta odnosno mesta) kad će i bez njega postojati teži oblik dela (zbog mesta na kome se delo vrši). Stoga bi bilo logično da ovaj oblik dela bude propisan kao još teži (najteži) oblik dela, sa zaprećenom strožijom kaznom.³⁵

Treća kvalifikatorna okolnost će postojati ako je prilikom izvođenja ovih radova korišćena oprema ili uređaj za otkrivanje i pronalaženje arheoloških predmeta. U praksi su to najčešće ašovi, krampovi, pijuci i lopate za površinsko, a traktori za dubinsko kopanje i razne vrste detektora za otkrivanje metalnih predmeta.³⁶

Propisivanje ove kvalifikatorne okolnosti za postojanje težeg oblika dela takođe nema previše smisla i to iz dva razloga. Arheološka iskopavanja i istraživanja po pravilu se vrše uz korišćenje odgovarajuće opreme i uređaja i gotovo da je nemoguće zamisliti ih bez njih. Osim toga, kao što je već rečeno, ovakve aktivnosti gotovo uvek se vrše na arheološkim nalazištima ili drugim nepokretnim kulturnim dobrima, a ako to i nje slučaj, onda su svakako u pitanju dobra koja uživaju prethodnu zaštitu, koja su, kao što je već rečeno, kod ovog krivičnog dela sa njima izjednačena.

Tako dolazimo u situaciju da će, pri ovako formulisanom krivičnom delu, praktično uvek postojati njegov teži oblik, a koja će od kvalifikatornih okolnosti dovesti do ovakve kvalifikacije nije od posebnog značaja jer su propisane kazne iste. Ove nelogičnosti bi svakako de lege ferenda trebalo ispraviti.³⁷

Formulacija koju je za ovo krivično delo sadržao stari Krivični zakon Srbije posle njegovih izmena iz 1994. godine (član 240a) bila je znatno jednostavnija. Po njoj ovo krivično delo čini onaj „Ko neovlašćeno vrši arheološka iskopavanja ili

34 Kljajić M, Kljajić NJ: *Pravni sistem zaštite kulturnih dobara u Srbiji*, izd. Službeni glasnik, Beograd, 1996. str. 19–22.

35 Delić N: *Nova rešenja u posebnom delu KZ Srbije*, Beograd, 2014, Pravni fakultat Univerziteta u Beogradu, str. 183.

36 Matić M: Pravni aspekti zaštite arheološkog nasleđa, „*Nasledje*“, br. 12/2011, str. 288.

37 Đorđević Đ: Krivična dela protiv kulturnih dobara u KZ Srbije, u „*Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu*“, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013, str. 298.

istraživanja arheoloških nalazišta“. Čini nam se da bi vraćanje na ovu staru, jednostavniju, formulaciju (uz pojam arheološkog nalazišta trebalo bi dodati „ili nepokretno kulturno dobro odnosno dobro koje uživa prethodnu zaštitu“) doprinelo da se izbegnu nedostaci i nelogičnosti sadašnje odredbe člana 353a KZ, uz eventualno propisivanje težeg oblika dela ako je prilikom neovlašćenog iskopavanja ili istraživanja devastirano (uništeno, opustošeno) arheološko nalazište ili nepokretno kulturno dobro, odnosno dobro koje uživa prethodnu zaštitu, što je, kao što je već rečeno, sada jedan od težih oblika ovog krivičnog dela.

Kod oba oblika krivičnog dela nedozvoljenog izvođenja arheoloških radova potrebno je da se radovi (iskopavanje i istraživanje) vrše neovlašćeno. Stoga se može reći da je ovo krivično delo blanketne prirode,³⁸ jer pretpostavlja primenu odredaba Zakona o kulturnim dobrima s obzirom da su uslovi za dozvoljeno vršenje ovih radova propisani u njemu. Prema tim propisima arheološka iskopavanja i istraživanja mogu vršiti naučne ustanove i ustanove zaštite koje moraju imati projekat o arheološkom istraživanju, stručne kadrove za obavljanje ove delatnosti, odgovarajuću opremu, kao i sredstva potrebna za izvođenje radova i sprovođenje mere zaštite na nalazištu. Odobrenje za izvođenje ovih radova daje ministarstvo nadležno za poslove kulture. U odobrenju se izričito određuje područje na kome se mogu izvoditi radovi, vrsta i obim radova, vreme u kome će se radovi izvoditi, kao i obaveze koje mora da preuzme izvođač arheoloških radova u pogledu preduzimanja mera za zaštitu nalazišta i nalaza. U slučaju da arheološka iskopavanja i istraživanja ne budu obavljena u skladu sa datim odobrenjem, ministarstvo koje je dalo odobrenje može da naloži privremeno obustavljanje radova i da utvrdi rok u kojem izvođač radova mora da ispuni uslove za njihovo nastavljanje. Ako u tom roku potrebni uslovi ne budu ispunjeni ministarstvo može da zabrani izvođenje radova. S obzirom na to svako izvođenje arheoloških radova koje bi bilo izvođeno izvan određenih okvira u pogledu mesta, vremena i drugih uslova, izvođenje radova za vreme privremene obustave ili posle zabrane daljeg izvođenja, predstavlja neovlašćeno izvođenje arheoloških radova i pojavljuje se kao ovo krivično delo.

Osim Zakona o kulturnim dobrima kojim je dat najširi okvir za regulisanje ove delatnosti, ova materija je detaljnije regulisana i nekim podzakonskim aktima. Tako Pravilnik o obrascima za dokumentaciju koja se vodi o arheološkom iskopavanju i istraživanju³⁹ propisuje izgled i obaveznu sadržinu obrazaca za dokumentaciju, koja se vodi prilikom arheoloških iskopavanja i istraživanja, a Pravilnik o načinu vođenja evidencije o nepokretnostima koje uživaju prethodnu zaštitu⁴⁰ propisuje da se evidencija vodi i za lokalitete sa arheološkim sadržajem i način vođenja ove evidencije.⁴¹

Slična krivična dela postoje i u drugim krivičnim zakonicima. Tako KZ Hrvatske sadrži krivično delo nedozvoljenog obavljanja istraživačkih radova i prisvajanje kulturnog dobra (član 320),⁴² dok u KZ Republike Srpske u okviru već pomenu-

38 Delić N: Nova rešenja u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira (XXXI), „*Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*“, br. 2/2013, str. 287.

39 Službeni glasnik RS, 19/95, 102/2006.

40 Službeni glasnik RS, 19/95.

41 Matić M: Pravni aspekti zaštite arheološkog nasleđa, „*Nasledje*“, br. 12/2011, str. 286.

42 www.zakon.hr

tog krivičnog dela prisvajanja, uništenja ili oštećenja spomenika kulture, zaštićenih objekata prirode ili drugih predmeta koji su od posebnog kulturnog ili istorijskog značaja (član 253) postoji poseban oblik dela (stav 3) koji se, između ostalog, odnosi i na neovlašćeno vršenje arheoloških iskopavanja i istraživanja.⁴³ Krivičnim zakonom Makedonije predviđeno je krivično delo prisvajanja spomenika kulture (član 265),⁴⁴ arhivskog materijala, prirodne retkosti ili drugog arheološkog materijala, ali za njegovo postojanje traži prisvajanje predmeta do kojih se istraživanjem došlo.

Međutim, iako se stiče utisak da je u pitanju kriminalna aktivnost koja je česta i u sve većoj ekspanziji ovo krivično delo je veoma malo zastupljeno u praksi sudova u Srbiji. Tako su u 2011. godini za ovo krivično delo pravosnažno osuđena svega četiri lica, a u 2012. šest lica.⁴⁵ Sva lica osuđena su na uslovnu osudu.

5. ZAKLJUČAK

Krivično delo neovlašćenog izvođenja arheoloških radova veoma je značajno sa stanovišta zaštite kulturnih dobara pa se utoliko njegovo naknadno unošenje u KZ njegovim izmenama i dopunama iz septembra 2009. godine može oceniti kao neophodno. Međutim, formulacija kojom je ovo krivično delo, a naročito njegov teži oblik, određeno u KZ neprecizna je i nelogična, pa bi je de lege ferenda svakako trebalo popraviti. Ovo krivično delo se po prirodi stvari često vrši u sticaju sa drugim krivičnim delima protiv kulturnih dobara, kao što su krađa, utaja, prikrivanje i iznošenje kulturnog dobra u inostranstvo.

S obzirom na raširenost ove pojave čudi mali broj osuda za ovo krivično delo u našoj sudskoj praksi. Ipak, treba imati u vidu da je u pitanju relativno novo krivično delo, uvedeno 2009. godine, pa verovatno u posmatranom periodu (2010–2012) još uvek nema dovoljno pravosnažno okončanih slučajeva u vezi ovog krivičnog dela. Međutim, podaci iz ranijih godina (za vreme važenja starog KZ Srbije) pokazuju da je udeo ovog krivičnog dela u ukupnom kriminalitetu protiv kulturnih dobara i tada bio relativno mali.⁴⁶

Na kraju ovog izlaganja možemo da zaključimo da kriminalitet na štetu kulturnih dobara, u šta spada i neovlašćeno izvođenje arheoloških radova o kome je u ovom radu bilo reči, predstavlja jedan od značajnih oblika savremenog kriminaliteta. Zbog velike imovinske koristi koju donosi licima koja se njime bave ovakvom kriminalnom aktivnošću u novije vreme sve ređe bave pojedinci, a sve češće različite organizovane kriminalne grupe.⁴⁷ Ovo zato što povećanje značaja i vrednosti kulturnih dobara, a i uvođenje novih tehnologija, utiču na to su kulturna dobra

43 www.mup.vladars.net

44 www.moep.gov.mk

45 prema podacima Republičkog zavoda za statistiku, dostupno na www.stat.gov.rs, pregledano 5.7.2014.

46 Vidi: Đorđević Đ, Samardžić R: *Criminological And Criminal Law Aspects Of Theft Of Cultural Property*, u „*Archibald Reiss Days*“ volume I, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2011, str. 41.

47 Samardžić R: *Organizovani kriminalitet i nelegalne aktivnosti u vezi sa kulturnim dobrima*, u publikaciji *Organizovani kriminalitet – stanje i mere zaštite*, Policijska akademija, Beograd, 2005, str. 644.

danas po pravilu veoma dobro čuvana pa je do njih veoma teško neovlašćeno doći. Osim toga zbog povećanog interesovanja za kulturna dobra njihovo ilegalno tržište je veoma razvijeno, ali je s druge strane i aktivnost policije i drugih službi koje se bave suzbijanjem ove vrste kriminaliteta veoma izražena. To pred pojedince koji se eventualno bave ovom vrstom kriminala postavlja ogromne probleme, pa se oni najčešće udružuju u želji da tako lakše ostvaruju svoje kriminalne ciljeve. Zbog toga se mnoga od krivičnih dela protiv kulturnih dobara iz našeg KZ, pa i neovlašćeno izvođenje arheoloških radova, po pravilu vrše organizovano. To nameće obavezu da se suprotstavljanju ovom obliku organizovanog kriminala posveti posebna pažnja jer se njime nanosi velika šteta čitavoj našoj kulturnoj baštini i opštenacionalnim interesima u celini.⁴⁸

LITERATURA

- Bregal A: L'action du service de police face au trafic et au vol des antiquites et objets d'art, dans la publication „*Protection pénale du patrimoine archéologique*“, présentée par V. Negri, Lyon, 1992.
- Brguljan V: *Međunarodni sistem zaštite kulturnih i prirodnih dobara*, Republički zavod za zaštitu spomenika kulture, Zagreb-Beograd, 1985.
- Delić N: *Nova rešenja u posebnom delu KZ Srbije*, Beograd, 2014, Pravni fakultat Univerziteta u Beogradu
- Delić N: Nova rešenja u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira (XXXI), „*Anali Pravnog fakultata u Beogradu*“, br. 2/2013.
- Đorđević Đ: *Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara*, Beograd, 2001, Vojnoizdavački zavod
- Đorđević Đ: Krivična dela protiv kulturnih dobara u KZ Srbije, u „*Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu*“, Kriminalističko-polijska akademija, Beograd, 2013.
- Đorđević Đ, Samardžić R: Criminological And Criminal Law Aspects Of Theft Of Cultural Property, u „*Archibald Reiss Days*“ volume I, Kriminalističko-polijska akademija, Beograd, 2011.
- Frigo M: Droit interne et droit international en matiere de trafice illicite de bien culturels: l'exemple italien, dans la publication „*Protection pénale du patrimoine archéologique*“, présentée par V. Negri, Lyon, 1992.
- Kljajić M, Kljajić NJ: *Pravni sistem zaštite kulturnih dobara u Srbiji*, izd. Službeni glasnik, Beograd, 1996
- Mannheim-Ayache A: La protection pénal du patrimoine archéologique immobilier, dans la publication „*Protection pénale du patrimoine archéologique*“, présentée par V. Negri, Lyon, 1992.
- Matić M: Pravni aspekti zaštite arheološkog nasleđa, „*Nasledje*“, br. 12/2011.
- Milosavljević Lj: Neovlašćena iskopavanja pokretnih kulturnih dobara, u Zborniku „*The Strategic Role of the Danube and its Tributaries in Cross-border and Regional Cooperation*“, 2010, dostupno na: <http://danube-cooperation.com/danubius/2011/01/31/neovlas-cena-iskopavanja-pokretnih-kulturnih-dobara/>

48 Đorđević Đ: Krivična dela protiv kulturnih dobara u KZ Srbije, u „*Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu*“, Kriminalističko-polijska akademija, Beograd, 2013, str. 302.

- Negri V: La répression des atteintes aux biens archéologiques mobiliers, dans la publication „*Protection pénale du patrimoine archéologique*“, présentée par V. Negri, Lyon, 1992.
- Samardžić R: Organizovani kriminalitet i nelegalne aktivnosti u vezi sa kulturnim dobrima, u publikaciji „*Organizovani kriminalitet – stanje i mere zaštite*“, Policijska akademija, Beograd, 2005.
- Simović-Hiber I: Krivičnopravna zaštita kulturnih dobara, „*Pravni život*“, br. 11/1995.
- Simović-Hiber I: Povodom novog modela krivičnopravne zaštite kulturnih dobara, „*Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*“, br. 3/1994.
- Theft of kultural property in Canada*, Interpol, Ottawa, 1990.

OSTALI IZVORI

- „Politika“, 13. 7. 2006.
- „Politika“, 4. 5. 2012.
- „24 časa“, 1. jul 2011.
- „Politika“, 6. 2. 2004.
- „Politika“, 19. 11. 2011.
- „Politika“, 19.3.1998.
- „Politika“, 25.5.1997.
- „Politika“, 11.4.1998.
- „Ilustrovana politika“, 26.4.1997.
- „Politika“, 28.3.1997.
- „Pogled“, decembar 2011.
- <http://www.politika.rs/rubrike/Hronika/t34875.lt.html>
- www.moep.gov.mk
- www.zakon.hr
- www.mup.vladars.net
- www.stat.gov.rs

Djordje Djordjević

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

UNAUTHORIZED ARCHEOLOGICAL EXCAVATIONS

SUMMARY

Criminal offence of unauthorized archeological excavations is one of the criminal offences that have been given special protection by our Criminal Code as an offence against cultural property. This criminal offence was introduced in our CC within amendments of September 2009. It was unjustifiably omitted when CC was enacted in 2005, although it had been present in our criminal legislation since amendments on Serbian Criminal Code of 1994. This criminal offence incriminates actions of unauthorized archeological excavations and research.

In this paper author analyses elements of this criminal offence and points to omissions flaws in its formulation. In that sense he suggests possible solutions that should be incorporated de lege ferenda in order to improve this incrimination. Author also emphasizes great importance of this criminal offence because unauthorized archeological excavations as a rule result in great damages, but on the other hand, they are not widely spread in practice.

Keywords: Cultural property, previously protected property, archeological sites, archeological excavations, Criminal Code, Criminal offence.

*Nataša Delić**

Faculty of Law, University in Belgrade

CRIMINAL OFFENCES OF TERRORISM IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA AFTER THE AMENDMENT OF 2012

Abstract: This paper looks at the criminal offences of terrorism classified in the Chapter on Criminal Offences against Humanity and Other Values Protected under International Law. The Law on Amendments to the Criminal Code of Serbia, adopted in 2012, repealed the criminal offence of international terrorism in this Chapter and replaced it with the criminal offence of terrorism which, until then, had been regulated in the Chapter on Criminal Offences against Constitutional Order and Safety in the Republic of Serbia. Apart from the criminal offence of terrorism (Article 391), the same Chapter governs five specific „terrorist“ criminal offences (Articles 391a, 391b, 391c, 391d and 393a). As the criminal offences of terrorism were revised in order to be harmonised with the relevant international acts, the first part of this paper gives an overview of the content of the documents adopted by the UN, EU and the Council of Europe, with the aim of formulating both repressive and preventive mechanisms for combating terrorism, as well as providing the definition of this concept. The second part of the paper provides a description and analysis of the fundamental and additional characteristics of the essence of the criminal offences of terrorism under Serbian criminal legislation. At the end of the paper, the author concludes that the continued legislative reform should include a critical analysis of the criminal offences of terrorism in order to improve them both in terms of their structure and content.

Key words: terrorism, criminal offence, Criminal Code of Serbia, The Law on the Amendments to the Criminal Code from 2012.

1. INTRODUCTORY NOTES

Before the Law on Amendments to the Criminal Code from 2012¹ (LACC/2012) took effect, two criminal offences had been established in our legislation which criminalised specific acts of terrorism: the criminal offence of terrorism under Article 312 of the Criminal Code² (CC) which was included in the Chapter on Criminal Offences against Constitutional Order and Safety in the Republic of Serbia and therefore had a character of political criminal offence³, and the criminal offence of international terrorism under Article 391 of the CC, included in the Chapter on Criminal Offences against Humanity and Other Values Protected under International Law.

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

1 „The Official Gazette of the Republic of Serbia“, No. 121/12.

2 „The Official Gazette of the Republic of Serbia“, No. 85/05, 88/08 – corr. and 107/05.

3 Look in Group of Authors, ed. Lj. Bavcon, *Krivičnopravna zaštita države i njenog državnog uredjenja*, Zagreb, 1988, 17–19.

The criminal offence of terrorism was introduced in our legislation for the first time in 1973 and it included: murder, attempted murder, and endangering one or more persons by committing an act of terrorism with the intention of undertaking hostile activities against Yugoslavia. The elements of the essence of this criminal offence were partly modified in the Criminal Code of the SFRY from 1977⁴. The incrimination was rephrased relative to the act of committing the offence, while the intention to threaten the constitutional order and safety of the Federal Republic of Yugoslavia was included as a subjective element. The enactment of the CC in 2006 implied terminological corrections, stipulating that the constitutional order or safety of Serbia and Montenegro are the object of protection in this criminal offence. In conformity with the provision of Article 128 of the Law on Amendments to the Criminal Code from 2009⁵ (LACC CC/2009), additional terminological modifications were carried out by removing the phrase „or Montenegro“ from the text; the list of activities having the character of committing offence was expanded as well, and a more severe penalty was stipulated.

The criminal offence of international terrorism was included in our law in 1990, despite the fact that direct grounds for obligatory incrimination of this offence could not be found in any international document signed by our country. It was believed that the *ratio legis* of this criminal offence was contained in the goals of the European Convention on the Suppression of Terrorism of 1977 and the threat of terrorism as such. Our country did not ratify this Convention until 2001.

What made the two criminal offences different was their object of protection and, therefore, the intention as a subjective element of the essence of the criminal offence – in the case of terrorism, it is the intention to threaten the constitutional order and safety of Serbia, whereas in the case of international terrorism, the intention to harm a foreign country or an international organisation.⁶

As the differentiation between terrorism and international terrorism is considered outdated in terms of legislation, and the prevailing attitude is that terrorism should be treated as a criminal offence which, although targeted against a specific state or international organisation, is a threat to the values cherished by the entire international community,⁷ and given that the criminal offence of terrorism was not removed from the LACC CC/2009, this omission was corrected with the enactment of the LACC CC/2012 when this criminal offence was finally removed from Article 312 CC and the criminal offence of international terrorism was replaced in Article 391 with the so-called fundamental criminal offence of terrorism.⁸

4 „The Official Gazette of the Federal People’s Republic of Yugoslavia“, No. 44/76.

5 „The Official Gazette of the Republic of Serbia“, No. 72/09.

6 For more information on legal descriptions of these criminal offences see Z. Stojanović, „Krivična dela terorizma u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 2010/3, 16–20 and 22–23; Z. Stojanović, D. Kolarić, *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd, 2010, 74–76 i 79–82; Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2012, 842–844. and 1021–1024. and Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, 769. and 966.

7 Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd, 2014, 382.

8 See N. Delić, *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2014, 210–211.

In compliance with obligations envisaged in the relevant international documents, LACC CC/2012 stipulated, in the Chapter on the Criminal Offences against Humanity and Values Protected under International Law, and apart from the criminal offence of terrorism, five new „terrorist“ criminal offences: public instigation of terrorist acts (Article 391a), recruitment and training for terrorist acts (Article 391b), use of a deadly device (Article 391c), destruction and damaging of a nuclear facility (Article 391d), and terrorist conspiracy (Article 393a). These criminal offences, together with the criminal offences of terrorism (Article 391) and the financing of terrorism (Article 393), constitute a subgroup of the criminal offences of terrorism in the Chapter on the Criminal Offences against Humanity and Other Values Protected under International Law.⁹

2. INTERNATIONAL LEGAL ASPECT OF TERRORISM

The international legal aspect of combating terrorism as a global phenomenon requires the formulation of adequate rules aimed at articulating and coordinating both repressive and preventive mechanisms for combating terrorism, as well as providing the definition of this concept. The documents which are particularly important in this respect are the ones enacted by the UN, EU and the Council of Europe.

The failure of the UN member states to reach consensus regarding the definition of the fundamental elements of the generic concept of terrorism or international terrorism¹⁰ – which was caused, on one hand, by a complex nature of this phenomenon and many heterogeneous forms of its manifestation, and, on the other, by the different status of some countries in international relations¹¹, as well as by difficulties in differentiating between terrorism and the fight for national independence and freedom from colonialism and foreign occupation¹² – resulted in the decision of the United Nations to apply the so-called functional approach, instead of adopting an all-encompassing and general anti-terrorist convention. Consequently, many partial, sectorial or thematic conventions, incriminating

9 The following criminal offences are closely linked (in a strict sense) to the criminal offences of terrorism: endangering air traffic by violence (Article 292) and hijacking aircraft, ship, or other means of transport (Article 293), both included in the Chapter on Criminal Offences against Public Traffic Safety, and unlawful acquiring and endangerment of safety with nuclear material (Article 287), which is included in the Chapter on Criminal Offences against the General Safety of People and Property.

10 Though the phenomenon of terrorism has been studied in many social sciences, the truth is that neither jurisprudence nor the doctrines of other sciences offer an exact, generally accepted, synthetic concept of terrorism, or rather, international terrorism. See D. Jakovljević, *Terorizam sa gledišta krivičnog prava*, Beograd, 1997, 41–65; R. Gaćinović, *Terorizam*, Beograd, 2005, 48–55; D. Derenčinović, *Ogledi o terorizmu i antiterorizmu*, Zagreb, 2005, 9–13; D. Simeunović, *Terorizam*, Beograd, 2009, 33–40; S. Mijalković, M. Bajagić, *Organizovani kriminal i terorizam*, Beograd, 2013, 310–339; D. Gaćinović, *Terorizam u političkoj i pravnoj teoriji*, Beograd, 2011, 61–65. and D. Gaćinović, Ž. Đurić, „Naučna identifikacija fenomena terorizma“, in: *Suprotstavljanje organizovanom kriminalu – Pravni okvir, međunarodni standardi i procedure*, Beograd, 2013, 88–90.

11 See D. Jakovljević, 29–40.

12 For more information look in D. Gaćinović, *Mlada Bosna*, Beograd, 2014, 281–296.

different forms of terrorist activity, were enacted as a response to specific terrorist attacks. These conventions include:

Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (Tokyo, 14 September 1963) – The Convention, consisting of 26 Articles, imposes an obligation on all States Parties to criminalise under their national laws different acts jeopardizing the safety of airborne aircraft, persons and property on the aircraft, or jeopardizing good order and discipline during the flight. The Convention also defines and recognises certain powers of the aircraft commander who is authorised to apply the so-called reasonable measures, including restraining any person(s) he has reasonable cause to believe has committed or is about to commit an offence or any other act that could jeopardize or is jeopardizing the safety of persons or property on board, or who is jeopardising good order and discipline on the aircraft. The aircraft commander is also authorised, under specific conditions, to deliver to competent authorities of any State Party on the territory of which the aircraft lands any person who he has reasonable grounds to believe has committed on board of the aircraft an act which, in his opinion, is a serious offence according to the penal law of the state of registration of the aircraft.

Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (The Hague, 16 December 1970) – This Convention has 14 Articles and stipulates an obligation on the State Parties to criminalise an unlawful seizure of aircraft and any attempt at forceful taking over of control over the aircraft in flight. The contracting states are obliged to treat the hijacking of an aircraft as a serious criminal offence under their respective national legislations and to create the necessary mechanisms for providing legal assistance and extradition of the perpetrators.

Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Montreal, 23 September 1971) – The Convention consists of 16 Articles and represents a confirmation of further progress in bilateral international intervention in combating international terrorist acts against civil aviation. It prescribes incrimination of any form of violence against the passengers or members of the crew on board of aircraft in flight. Furthermore, the States Parties to the Convention are obliged to treat as criminal offence the placement of explosives in the aircraft and to punish under their respective criminal legislation any attempt at committing such an act. The States Parties to the Convention are also obliged to prescribe severe penalties for the criminal offence of jeopardizing the safety of aircraft flight and to undertake all necessary preventive measures in compliance with the international and national laws.

Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons (New York, 14 December 1973) – The Convention contains 19 Articles and its provisions encompass fundamental forms of preventing and combating terrorist acts against foreign governments and diplomatic representatives, as well as other persons protected under international law. The special protection guaranteed to such persons under this Convention reflects the belief that the protection provided before the adoption of the Convention was insufficient.

The States Parties to the Convention are obliged to incriminate under their respective national laws murder, kidnapping, or any other attack on personality or freedom of internationally protected persons, as well as on their official premises, private accommodation or means of transport. The Convention also stipulates the punishment for an attempt of any such act. As the Convention accepts the rule of *aut dedere aut iudicare*, the States are also under obligation to actively combat this form of terrorism. The provisions on the cooperation of the States Parties to the Convention on the prevention of these criminal offences, exchange of information and providing legal assistance are in line with the aforementioned rule.

International Convention against the Taking of Hostages (New York, 18 December 1979) – This Convention has 20 Articles regulating all issues important for an efficient prevention, prosecution and punishment of acts involving the taking of hostages. The pre-ambule to the Convention explicitly stresses that the taking of hostages is a form of international terrorism. This was the first time that international terrorism was explicitly mentioned in a sectoral international convention. Considering the fact that this is a serious criminal offence that the international community is greatly concerned about, the Convention defines the taking of hostages as kidnapping or detaining a person or threatening to kill, injure or continue to detain that person in order to compel a third party, a State, an international organisation, a natural or legal person, or a group of persons, to do or abstain from doing any act as an explicit or implicit condition for the release of hostages. The Convention specifically stipulates punitive measures for attempted hostage-taking, as well as for acting as an accomplice in an attempted or completed criminal offence. The State Party in the territory of which the hostage is held by the offender shall take all measures it considers appropriate to facilitate the situation of a hostage, in particular, to secure his/her release and facilitate their departure after the release. The subsequent provisions mostly repeat the stipulations of the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including diplomatic agents, particularly with regard to issues related to the prosecution of the perpetrators, international cooperation and assistance in the prevention of this offence, the extradition procedure and other procedural legal aspects. The Convention also contains a provision stipulating that a State Party has the right not to grant the request for extradition of an alleged offender if it has substantial grounds to believe that the request for extradition has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his/her race, religion, nationality, ethnic origin or political opinions, or that the person's position may be prejudiced for any of the mentioned reasons (the so-called Jordanian Amendment). The provisions of the Convention are not applicable when the act of hostage-taking has been committed during an armed conflict which, under the Geneva Humanitarian Conventions of 1949 and Additional Protocols to the Conventions of 1977, has a character of a liberation movement (the so-called protection clause concerning liberation movements). In addition, each State Party is bound by the Convention to undertake all necessary preventive measures, as well as the measures to establish its jurisdiction over the offences in cases where the

alleged offender is present in its territory and it does not extradite him to the State of jurisdiction over the particular case. It is also important that the Convention explicitly states that nothing can justify the violation of the territorial integrity and political independence of a State (the Entebbe clause). The asylum issue has been solved in the same manner as in the New York Convention, from which the clause on arbitration was taken in its entirety.

Convention on the Physical Protection of Nuclear Material (New York and Vienna, 3 March 1980) – The State Parties are bound by this Convention, which contains 23 Articles, to incriminate under their respective national laws an unlawful possession, use, transport and theft of nuclear material, embezzlement and fraudulent obtaining of nuclear material, and any threat that nuclear material will be used to cause death, serious bodily harm or substantial damage to property. The provisions of the Convention are applicable to nuclear material used for peaceful purposes while in international nuclear transport, and the concepts of „nuclear material“ and „international nuclear transport“ are explained in detail.

Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation (Rome, 10 March 1988) – This Convention has 22 Articles and it imposes on each State Party an obligation to incriminate under its national laws different activities that can jeopardize the safety of maritime navigation: taking control over a ship by force, destruction of a ship or causing damage to a ship or its cargo, placement of devices that can destroy or damage a ship or its cargo, destruction or serious damage maritime navigational facilities, communication of false information or data endangering the safe navigation of a ship, etc.

Protocol for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf (Rome, 10 March 1988) – This Protocol includes 10 Articles and it imposes on each State Party an obligation to incriminate under its national laws different activities that can jeopardize the safety of a fixed platform or persons on its surface. The Protocol defines a „fixed platform“ as an artificial island, device or mechanism permanently fixed to the sea bed for the purpose of researching or exploiting the natural resources or for other commercial purposes.

Protocol for the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (Montreal, 24 February 1988) – This protocol consists of 9 Articles and was concluded as an amendment to the 1971 Convention. Each State Party is bound to incriminate in their respective national legislation the following: first – any act of violence committed against a person at an international airport, which caused or could have caused serious injury or death, and second – destruction or damage to devices at the international airport for civilian air transport, destruction or damage to airplane devices while on ground, if it jeopardized or could have jeopardized the safety at the airport.

Convention on the Marking of Plastic Explosives for the Purpose of Identification (Montreal, 1 March 1991) – This Convention is comprised of 15 Articles and a

Technical Annex consisting of two parts. Each State Party is obliged to undertake the necessary and effective measures to prohibit and prevent the manufacturing of unmarked explosives on its territory, as well as the movement of unmarked explosives in or out of its territory. The Convention established the International Explosives Technical Commission comprised of experts authorised to evaluate technical developments relating to the manufacture, marking and detection of explosives, as well as to propose amendments to the Technical Annex to the Convention. This is the only convention which does not obligate the States Parties to the Convention to include certain incriminations in their national legislations. The first part of the Technical Annex describes various explosives, while the second one contains a table with the agents for explosive detection.

International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings (New York, 15 December 1997) – The Convention contains 24 Articles, out of which the provision under Article 1 is of special significance. It includes an extensive definition of „explosives and other devices“ which is not limited only to bombs, but also includes various types of hand-made, unconventional explosive devices. The provision under this Article expands the punishability regarding the scope of potential targets of attack on all governmental facilities (including all permanent or temporary facilities), infrastructure facilities (water, sewage, energy or communications), as well as public facilities and sites (commercial, business, cultural, historical, etc.) and public transport system. The States Parties to the Convention cannot refuse assistance or extradition on the grounds of treating the offence as a political offence by resorting to the so-called depolitisation clause. The Convention does not govern the activities of the armed forces during an armed conflict (in compliance with the provisions of the international humanitarian law) and the activities of the military forces of any given country conducted in line with their military duties (as long as these are in compliance with the appropriate standards of international law).

International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (New York, 9 December 1999) – Like previous conventions, this Convention, consisting of 28 Articles, does not offer a general definition of terrorism. It does, however, impose an obligation on all States Parties to the Convention to criminalise all forms of financing terrorism under their respective national legislations. In addition, it stipulates preventive measures that should be implemented through various mechanisms of international legal and technical assistance and cooperation. The Convention includes a provision stipulating that each State Party is bound to establish a normative framework for determining the liability of legal persons for financing terrorism. This liability can be criminal, civil or administrative. The coming into force of the UN Resolution 1373 of 2001 is especially relevant for this Convention, as this Resolution was supposed to accelerate the process of the national legislation harmonisation with the Convention and to provide the necessary grounds for the successful international cooperation. However, the discrepancy between the Convention and the Resolution in terms of their content has greatly hampered their implementation. The Resolution contains a particularly significant provision in which the States Parties are called to participate in the establishment of the Counter

Terrorism Committee – CTC, comprised of all Security Council member states. The main role of the Committee is to monitor the implementation of counter-terrorist measures and actions as well as further development and multiplication of national counter-terrorist potentials. After its reconstruction in 2004, and the establishment of the Executive Directorate – CTED, CTC has been given a more active role in the monitoring and the analysis of the needs and results accomplished by individual countries in combating terrorism.¹³

The most important EU document in the area of terrorism suppression is the *European Council Framework Decision on Combating Terrorism 2002/475/JHA of 2002*, adopted for the purpose of harmonisation of the member states' legal systems for a more effective suppression of terrorism. This Framework Decision contains 13 Articles. The provision of Article 1 is especially significant, as it defines terrorism as a criminal offence of committing a terrorist act with the aim of achieving a specific goal. Alternatively defined act and alternatively defined intention constitute the essence of the criminal offence. A terrorist act is the act of committing the offence. Under this provision, a terrorist offence is any offence which, given its nature and context, may seriously damage a state or international organisation and which is committed with the aim of: seriously intimidating the population; unduly compelling a government or international organisation to perform or abstain from performing an act; seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, social or economic structure of a country. The terrorist offence can be committed in any of the following ways: attacks upon a person's life or his/her physical integrity; kidnapping or hostage taking; causing extensive destruction to a governmental or a public facility, a transport system, an infrastructure facility, including an information system, a fixed platform on the continental shelf, a public place or private property likely to endanger human life or result in a major economic loss; seizure of aircraft, ship or any other means of public transport or transport of goods; manufacture, possession, acquisition, transport, supply or use of weapons, explosives or of nuclear, biological or chemical weapons; release of dangerous substances or causing fires, floods and explosions the effect of which is to endanger human life; interfering with or disrupting water supplies, power or any other fundamental natural resource, the effect of which is to endanger human life; threatening to commit any of these acts. As these are the activities that represent the acts of committing other criminal offences as well, what makes terrorism different from such criminal offences is its subjective element – intention to commit an act of terrorism. Other relevant provisions are the provisions defining the concept of a terrorist group, including the so-called connected political criminal offences, as well as the provision stipulating punishment for terrorist association.

The international legal framework for the activities of the Council of Europe on the suppression has been set by the adoption of several documents.

13 In the following period, The UN Security Council also adopted the following resolutions: Resolution 1540 of 2004 – on the prevention of acquisition and trading of the weapons of mass destruction by non-governmental agents (primarily terrorist organisations) as well as on the prevention of the acquisition and development of the equipment and materials necessary for manufacturing the weapons of mass destruction; Resolution 1566 of 2004 – on combating international terrorism. This Resolution contains a list of criminal offences of international terrorism; Resolution 1624 of 2005 – on the measures for prohibiting instigation of persons to commit terrorist acts.

European Convention on the Suppression of Terrorism ETC No. 90 of 1977 (The Strasbourg Convention) – The Convention was adopted to facilitate the extradition procedure of persons who committed criminal offences of terrorism. The title of the Convention may lead to a conclusion that it deals with terrorism in a general sense, while its content refers to only one form of terrorism – political terrorism. The Convention contains the so-called depolitisation clause listing all criminal offences which, for the extradition purposes, may not be treated by the State Parties as political offences, criminal offences related to political offences or offences committed for political reasons (connected criminal offences). The list includes the following criminal offences: an offence under the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, signed at The Hague on 16 December 1970; an offence under the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation, signed at Montreal on 23 September 1971; a serious offence involving an attack against the life, physical integrity or liberty of internationally protected persons, including diplomatic agents; an offence involving kidnapping, the taking of a hostage or serious unlawful detention; an offence involving the use of a bomb, grenade, rocket, automatic firearm or letter or parcel bomb if this use endangers persons; an attempt to commit any of the foregoing offences or participation as an accomplice of a person who commits or attempts to commit such an offence. The Convention also includes a provision on obligatory extradition of criminal offenders, and a provision stating that each State Party shall submit the case, without any exceptions and without undue delay, to its competent authorities for the purpose of prosecution. However, any State may, at the time of signature, declare that it reserves the right to refuse extradition in respect of any aforementioned criminal offence, provided that it takes into due consideration, when evaluating the character of the offence, all aspects of the offence, and particularly if it created a collective danger to the life, physical integrity or liberty of persons; affected persons foreign to the motives behind it; or cruel or vicious means have been used in the commission of the offence. Any State may later entirely or partly withdraw the reservation.

Protocol amending the European Convention on the Suppression of Terrorism *ETS No. 190 of 2003* – By the adoption of this Protocol the scope of the Convention was enlarged to include criminal offences containing the elements of terrorism and governed under the UN conventions adopted after 1977, i.e. after the European Convention was open for ratification. The Protocol represents further depolitisation of terrorism, as it stipulates stricter conditions under which the States may express their reservations. It also envisages the establishment of the Conference of States Parties against Terrorism (COSTER), a separate body authorised to ensure the following: effective use and operation of the Convention; exchange of information on significant legal and policy developments pertaining to the fight against terrorism; examination of reservations made regarding the depolitisation clause at the time of the signature.

Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism CETS No. 196 of 2005 (European or Warsaw Convention) – This is a regional convention which fills the gaps in the global sectoral anti-terrorist conventions. Its provisions mostly

regulate the mechanisms of prevention. Under the Convention, the measures for the suppression of terrorism should include the exchange of information among the States Parties, improved protection of a persons' safety and property and improved national systems for acting in emergency situations. The State Parties are obliged under the Convention to incriminate in their national laws any public instigation to commit terrorist offences as well as recruitment and training of terrorists. The Convention specifies that each State Party, when regulating such criminal offences, must fully observe the human rights standards, including the right to free speech, association and religious rights under the CE Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the International Covenant on Civil and Political Rights, and other obligations under international law.

Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism of 2005 – This Convention, consisting of 56 Articles, mainly deals with different aspects of repressive and preventive measures against money laundering. In this context, each Party is expected to adopt such legislative and other measures as may be necessary to be able to search, trace, identify, freeze, seize and confiscate property, of a licit or illicit origin, used or allocated to be used by any means, in whole or in part, for the financing of terrorism, or the proceeds of this offence, and to provide international co-operation to this end to the largest possible extent.

3. CRIMINAL OFFENCES OF TERRORISM IN SERBIAN CRIMINAL LAW

Terrorism (Article 391) – The criminal offence of terrorism under Article 391 of the Criminal Code includes many forms of this offence. The basic form of the offence is committed by a person who, with intention to seriously threaten the citizens or force Serbia, a foreign country or international organisation to do or not to do something, or to seriously threaten or violate the fundamental constitutional, political, economic or social structures of Serbia, a foreign country or international organisation: attacks the life or limb or freedom of another person; kidnaps or takes hostages; destroys a state or public facility, traffic system, infrastructure including information systems, platform on the continental shelf, common good or private property in a manner threatening to people's lives or causing serious damage to economy; hijacks an airplane, ship or other vehicle for public transport of people or goods; produces, possesses, provides, transports, supplies or uses nuclear, biological, chemical or other weapons, explosives, nuclear or radioactive material or devices, including the research and development of nuclear, biological and chemical weapons; releases contaminating material or causes a fire, explosion or flood or undertakes other risky actions that may threaten human life; prevents or stops the supply of water, power, or other natural resources the result of which may jeopardize human life (Paragraph 1).

The commission of the criminal offence is stipulated alternatively and it encompasses many different activities that are listed separately in our legislation.

Criminal offence is established if one of the alternatively stipulated acts has been committed for a specific purpose which is also alternatively defined: if a person seriously threatens the citizens or forces Serbia, a foreign country or international organisation to do or not to do something, or seriously threatens or violates the fundamental constitutional, political, economic or social structures of Serbia, a foreign country or international organisations.

Within the legal description of this criminal offence, the aim or intention is a differential category for determining, for example, if kidnapping of a person constitutes a criminal offence of terrorism or not. This means that the law does not treat as criminal offences of terrorism the cases in which the actions having the character of commission have been undertaken without the aforementioned intention.¹⁴ Criminal offence of terrorism implies an act which can be characterised as commission and which is undertaken with specific intention. Intention is the element of the essence of this criminal offence which determines an (extremely high) level of social threat it entails.

Accordingly, the subjective element of the criminal offence implies direct premeditation and appropriate intention. The criminal offence is considered committed even if the intention has not been carried out.

A privileged form of the criminal offence exists when a person threatens to commit the basic form of the offence, i.e. if there is a threat of commission with an appropriate intention (Paragraph 2).

Threat as a form of criminal offence should be understood in its general criminal law sense. In other words, a criminal offence is committed when there is a possibility of undertaking intentionally any action which has a character of commission of the basic form of the criminal offence.

A qualified form of criminal offence implies that the act resulted in death of one or more persons or serious destruction (Paragraph 3). In case of a graver consequence resulting in the death of one or more persons, criminal offence is established regardless of the number of killed persons. The death of more persons (more than one) may be treated as an aggravating circumstance when the duration of the sentence is determined. The term „serious destruction“ is a general clause which is interpreted depending on the circumstances of a particular case. Given that these criminal offences are qualified by the presence or absence of grave consequences, negligence as a form of guilt relative to a grave consequence must exist in the first case, while in the second both negligence and premeditation may be the form of guilt. The most serious form of criminal offence is committed if an offender, while committing the basic form of offence, kills one or more persons (Paragraph 4). In this case, the essence of two criminal offences has been realised: terrorism and murder. The relevant criminal offence presupposes an ordinary or qualified murder and that the killing has been committed in relation to terrorism.

14 It is generally believed that an alternative intention facilitates the proving of criminal offence in situations when it is unclear what the request of the offender is or when such request is not explicit. D. Derenčević, L. Cvitanović, M. Munivrana-Vajda, K. Turković, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb, 2013, 30.

As the two criminal offences are interconnected, it is logical to treat the case as the most serious form of terrorism, and not as an offence concurrent with the criminal offences of murder or serious murder. Both criminal offences have to be committed with premeditation. The previous form of the criminal offence is established if a person is killed out of negligence.

Public Instigation of Terrorist Acts (Article 391a) – Whoever publicly expresses or disseminates ideas¹⁵ that directly or indirectly instigate a criminal act referred to in Article 391 CC is guilty of committing the criminal offence referred to in Article 391a.¹⁶

Expression means expressing one's own ideas, whereas dissemination is expressing somebody else's ideas. Expression or dissemination of ideas must be done in public to constitute a criminal offence, which means that it has to be done in such way that the ideas are communicated to a wider and unspecified circle of people. The ideas can be communicated orally or in writing, through the public media, social networks, etc. Criminal offence is committed if the expressed or disseminated ideas instigate other people, directly or indirectly, to commit criminal offences of terrorism. Instigation should be understood as proclamation of affirmative attitudes towards committing acts of terrorism. Although there are grounds to conclude that instigation is based on the assumption that an appropriate decision already exists in the minds of persons, but, due to their indecisiveness, it has to be supported or strengthened, here we do not have a case of instigation of persons to commit criminal offences of terrorism, because the law defines instigation as directed on an unspecified circle of people and, in terms of content, does not include incitement to commit criminal offence of terrorism, but rather to create and support the belief that the idea is justified, in order to use that very same idea as a trigger for future actions or terrorist acts. The approval of ideas that directly or indirectly incite persons to commit terrorist offences may be considered as commission of this criminal offence, if the circumstances of the case constitute the grounds for instigation. The criminal offence is committed with the termination of actions which have a character of commission. On the subjective level, premeditation must be established.

Recruitment and Training for Terrorist Acts (Article 391b) – The criminal offence described in Article 391b has two forms.¹⁷

15 A theory that this criminal offence incriminates socially dangerous propaganda, which is not in opposition with the fundamental human right to freedom of thought and expression – which also includes the right to create and support certain opinions in other people in order to make them take action – has been circulating in legal literature for quite a while (Group of authors, ed. N. Srzentić, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 1986, 466). However, some contemporary authors believe that this is a form of verbal injury. This opinion is primarily based on two questionable terms used in our legislation – „idea“ and „indirectly“. See B. Ristivojević, „Negativna kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja KZ: temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident“, *Crimen*, Beograd, 2012/2, 184.

16 Two documents are relevant for the inclusion of this criminal offence in our legislation: the provision of Article 5 of the CE Convention on the Prevention of Terrorism from 2005, and the content of the European Council Framework Decisions on Combating Terrorism from 2002 and 2008 (2002/475/JHA and 2008/919/JHA).

17 In stipulating this criminal offence, our legislation drew heavily upon the provisions of Articles 6 and 7 of the CE Convention on the Suppression of Terrorism from 2005. The content of the European Council Framework Decision 2002/475/JHA on Combating Terrorism from 2002.

The first form of this criminal offence is committed by a person who, with intention to commit a crime of terrorism, recruits another person to commit or take part in the commission or to join terrorist conspiracy (Paragraph 1).

In this case, the commission is recruitment, which should be understood as convincing a person to willingly commit or participate in the commission of a terrorist offence or to join a terrorist association in order to take part in the commission of that criminal offence. The commission may be realised in any of the ways the instigation is committed, but it does not include making an appropriate decision, nor its realisation. The criminal offence is considered committed when the act, having the character of instigation, is finished, for instance, by offering certain benefits.

Direct premeditation and a corresponding intention are the subjective elements of the essence of this criminal offence.

The second form of the criminal offence is committed by a person who, with intention to commit a crime of terrorism, gives instructions on how to make and use explosive devices, firearms or other weapons or dangerous or harmful material, or trains another person to commit or take part in the commission of such criminal act (Paragraph 2).

Commission is determined alternatively and can imply giving instructions for making and using explosive devices, firearms and other weapons, or harmful and dangerous materials, or training other persons to commit or take part in the commission of the criminal offence of terrorism. These are preparatory actions that have been raised, due to a high level of danger to society, to the level of commission.¹⁸ The criminal offence is considered committed when the action, having the character of commission, is finished.

Direct premeditation and a corresponding intention are the subjective elements of the essence of this criminal offence.

Use of a deadly device (Article 391c) – The criminal offence under Article 391c of the Criminal Code has one basic and several more serious forms.¹⁹

The criminal offence in its basic form is committed by a person who, with intention to kill, inflict severe bodily harm or destroy or seriously damage a governmental or public facility, a public transportation system or other facility important for the safety or supplying of citizens or for the economy or functioning of public services, makes, transfers, keeps, gives to another, sets or activates a deadly device (explosive, chemical, biological or radioactive substance), in a public place or in or near a facility (Paragraph 1).

18 Although it is not in line with the rule that criminal law represents *ultima ratio*, law theory emphasises that the nature of these acts and danger they entail justify, to an extent, the enlargement of the criminal legal protection to include the incrimination of the preparatory actions. See Z. Stojanović, „Da li je Srbiji potreba reforma krivičnog zakonodavstva?“, *Crimen*, Beograd, 2013/2, 135; D. Kolarić, „Krivično delo terorizma – uporednopravni aspekti“, *Nauka, bezbednost, policija*, Beograd, 2011/2, 74. and D. Kolarić, „Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Crimen*, Beograd, 2013/1, 63–65.

19 The stipulation of this criminal offence is directly based on the provision of Article 2 of the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings from 1997.

The commission is prescribed alternatively and includes various activities in which a deadly device has been used or specific preparatory actions have been undertaken. Criminal offence is considered committed when the action having the character of commission has been completed. The place where the action has been undertaken is considered an important element of the essence of the criminal offence. The place in question is either a public place or public facility or close to the public facility.

Direct premeditation and a corresponding intention are the subjective elements of the essence of this criminal offence. The perpetrator's premeditation, apart from other elements, should include his/her awareness that the criminal offence is committed in a public place, inside a public facility, or close to a public facility.

If, in committing the act, the perpetrator premeditatedly inflicts bodily harm or destroys or seriously damages a public facility, the act will be treated as a more serious criminal offence (Paragraph 2). A serious bodily harm should be understood here as having the same meaning as in the stipulated criminal offence (under Article 121). Damage and destruction (of a public facility) also have the same meaning as elsewhere in criminal law. If the commission of the act results in a damage to a public facility, it should be determined, depending on the circumstances of the case, whether the damage is „considerable“ or not. The most serious criminal offence is committed if the perpetrator premeditatedly killed one or more persons (Paragraph 3).

Destruction and Damaging of a Nuclear Facility (Article 391d) – This criminal offence under Article 391d CC has one basic and more serious forms.²⁰

The criminal offence in its basic form is committed by a person who, with intention to kill someone, inflict severe bodily harm, threatens the environment or causes significant damage to property, destroys or damages a nuclear facility in such a manner that radioactive substances are released or may be released (Paragraph 1).

The commission of the criminal offence is the destruction of a nuclear facility in a manner that radioactive substances are or may be released, or a damage to a nuclear facility in a manner that radiocative substances are or may be released. The criminal offence is considered committed if a nuclear facility is destroyed or damaged in a specific way. The manner in which the act is committed is an important element of the essence of this criminal offence.

A nuclear facility is the object of commission. A nuclear facility is a facility where nuclear material is kept or used, including the facilities for storage, treatment and deposition of radioactive waste. Radioactive material is the material containing one or more radionuclides, the specific activity of which exceeds the prescribed limits. Radioactive waste is the radioactive material which is not planned for further use.²¹

On a subjective level, the criminal offence implies intention and direct premeditation which, apart from other elements, should include the perpetrator's awareness of the nature of the object of commission.

20 This criminal offence was included in our law in accordance with the provision of Article 2 of the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism adopted in 2005.

21 Article 3 of the Law on Protection from Ionizing Radiation and Nuclear Safety („The Official Gazette of the Republic of Serbia“, No. 36/09 and 93/12).

If, in committing the basic form of the criminal offence, the perpetrator inflicts with premeditation a serious bodily harm to a person or destroys or seriously damages a nuclear facility, the act will be treated as a more serious criminal offence (Paragraph 2). The most serious criminal offence is committed if, in committing the basic form of the criminal offence, the perpetrator premeditatively killed one or more persons (Paragraph 3).

Terrorist Conspiracy (Article 393a) – Ratio legis of this incrimination derives from the fact that conspiracy is one of the most striking characteristics of terrorism. The significance of this criminal offence lies in the likelihood that its commission will entail other terrorist acts as well, which automatically makes it a high-level social threat.

The criminal offence is committed if two or more persons are conspiring for a longer period of time in order to commit criminal offences referred to in Articles 391 to 393 of the CC.²²

The criminal offence is established if three conditions have been met: conspiracy of two or more persons; conspiracy is long-term; the aim of the conspiracy is to commit criminal offences referred to in Articles 391–393 of the CC.

Conspiracy implies the association of two or more persons, acting as co-perpetrators. As their association is not formal, nor does it require specific rules, the fact that the association exists will depend on the given circumstances. Long-term conspiracy implies that the association was created for a longer period of time (e.g. several months). It has to be established with a specific goal in mind, i.e. in order to commit the criminal offences referred to in Articles 391–393 of the CC. The goal may include the commission of one or more of the stipulated criminal offences. However, the incrimination does not focus on the number of offences, but on the fact that the committed offences have already been defined in terms of their form and classification. Whether the conspiracy will actually result in the commission of the aforementioned criminal offences is not the fact on which the establishment of the criminal offence depends. Criminal offence is considered committed if there was a conspiracy of two or more persons. If a joint commission or attempt at committing any of the criminal offences referred to in Articles 391–393 CC followed the establishment of conspiracy, the principle of subsidiarity will be applied, which means that there will be grounds to establish the second criminal offence and exclude the concurrence of offences. This is a preparatory action raised to the level of commission, and by committing any of the envisaged criminal offences it loses the character of an independent act.

The organiser and/or members of conspiracy are the perpetrators. Direct premeditation and a corresponding intention are the subjective elements of the essence of this criminal offence. As far as punishment is concerned, this form of

22 The European Council Framework Decision 2002/475/JHA on Combating Terrorism, adopted in 2002, was most relevant for the inclusion of this criminal offence in Serbian legislation. Terrorist conspiracy was established as a criminal offence first in the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings from 1997, and then in the 1999 International Convention on the Suppression of the Financing of Terrorism.

criminal offence is treated equally as the criminal offence for the commission of which the conspiracy was made.

This criminal offence is inherently a special form of the criminal offence of group organising for the purpose of committing criminal offences (Article 346). Under the principle of speciality, the only criminal offence will be the criminal offence of terrorist conspiracy.²³

Under the provision of Article 2, the perpetrator referred to in Paragraph 1 will be punished with imprisonment of up to three years, with a possibility of remitting the sentence if he/she reveals the group and thus or otherwise prevents commission of criminal offences referred to in Articles 391–393 of the CC, or contributes to their disclosure.

Therefore, the possibility of imposing or remitting the sentence exists in three cases: if the perpetrator of the basic form of the criminal offence prevents commission of criminal offences referred to in Articles 391–393 of the CC by disclosing the group/association; if the perpetrator of the basic form of the criminal offence prevents commission of criminal offences referred to in Articles 391–393 of the CC in any other manner (other than disclosure); and if the perpetrator of the basic form of the criminal offence contributes to disclosure of the terrorist association. Disclosure of the association implies identification of its members or organisers and members. Prevention implies that the group or association has not committed any of the criminal offences for the purpose of which it was formed. The application of this rule does not imply the reason for voluntary disclosure. In other words, it is not relevant why the association has been disclosed, i.e. if it has been the result of external factors.²⁴

The Financing of Terrorism (Article 393) – The financing of terrorism was included as a criminal offence in our legislation with the enactment of the Criminal Code of 2006.²⁵ The basic form of this criminal offence was fully defined, and a new, privileged form added to it, in the LACC CC/2009. However, the content of this criminal offence was reformulated in the LACC CC/2012 and the privileged form was revoked, given that both instigation and recruitment are punishable under general rules.

The criminal offence under Article 393 of the CC is committed by a person who directly or indirectly gives or collects funds with the intention to use them or knowing that they will be used, fully or partially, for commission of criminal offences referred to in Articles 391 to 392 of the CC or for financing of persons, a group or organised crime group who intend to commit these offences.

23 See Z. Stojanović, N. Delić (2014), 314–318.

24 This is the institute of genuine remorse which implies the behaviour of the perpetrator after the criminal offence has been committed by which the consequence is removed. In addition, by his/her proactive behaviour in a given case, the perpetrator also prevents any possible future consequences. For more information on genuine remorse, see: N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, 2009, 42–46.

25 The direct grounds for the inclusion of this criminal offence was the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism adopted in 1999.

The commission of the criminal offence is direct or indirect giving of funds which are, fully or partially, intended for the commission of criminal offences referred to in Articles 391 to 392 of the CC or for financing of persons, a group or organised crime group who intend to commit these offences, or for direct or indirect collecting of funds which will be used, partially or fully, for the commission of criminal offences referred to in Articles 391 to 392 of the CC or for financing of persons, a group or organised crime group who intend to commit these offences. The criminal offence is committed by undertaking either of the two alternatively prescribed commissions – giving or collecting funds. For the criminal offence to be considered committed it is enough that the funds were given or collected at least once. If the perpetrator of the one of the relevant criminal offences (Articles 391–392) first gave or collected funds for the commission of the criminal offences which later he/she actually committed, that perpetrator will be prosecuted only for the latter criminal offence. This is an apparent real concurrence through the application of the principle of consumption. The grounds for criminal charges exist if only a part of the given or collected funds was used for the financing of the aforementioned criminal offences of terrorism.

The subjective aspect of the criminal offence presupposes premeditation, which is a regular form of guilt and here it is not only unnecessarily described as a special subjective element of the essence of the criminal offence, but also it is not completely (and wrongly) defined.²⁶ As with other criminal offences described in this Chapter, the nomotechnical shortcomings of the given solution are the consequence of the consistent and uncritical implementation of international regulations.²⁷

Confiscation of objects is a compulsory security measure stipulated for this criminal offence (Article 87).

4. FINAL REMARKS

Terrorism is a destructive and dangerous phenomenon of our time which has increasingly occupied the attention of professional circles.²⁸ It is a multidimensional, polyvalent and diffused phenomenon which is primarily identified, as the majority of experts believe, by its political dimension.

The genesis of terrorism as a criminal offence *sui generis* is linked to the adoption of the relevant international acts. The grave consequences of terrorism were the reason for dealing with this issue at the international level. The first step was to provide a definition of the concept of terrorism that would include all forms of its manifestation. However, the efforts to position this complex phenomenon in an appropriate legal framework by applying only the principles of

26 As a rule, the incorporation of some general criminal law institutes in legal descriptions of criminal offences results in a disrupted cohesion and functional unity between the provisions of the general and special parts of criminal legislation.

27 Look in N. Delić (2014), 209–210.

28 Look in J. Čirić, „Тероризам – realna opasnost današnjice ili...“, in: *Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu*, Beograd, 2011, 208.

methodological reductionism did not give the expected results. Consequently, the original tautological definitions of terrorism, which were represented in a number of international instruments adopted in the third decade of the 20th century, were replaced with functionally determined definitions of specific terrorist activities. The absence of a solid and homogenous legal concept of terrorism resulted in the absence of a commonly accepted and scientific definition of terrorism.²⁹

A significant step forward in formulating the generic concept of terrorism was made in the 21st century with the adoption in 2002 of the The European Council Framework Decision 2002/475/JHA on Combating Terrorism which has so far provided the most general concept of terrorism.

In 2012, and in accordance with contemporary trends, Serbian legislation revoked the criminal offence of international terrorism, included in the group of criminal offences against humanity and other values protected by the international law, and replaced it with the criminal offence of terrorism (Article 391). In conformity with the international legal concept of terrorism under the European Council Framework Decision of 2002, the legal description of this crime involves an alternatively intended action taken for a specific purpose which is also alternatively defined. The activities having the character of commission of the criminal offence of terrorism are, by their very nature, preparatory acts or commissions of some other criminal offences. What makes them acts of terrorism is their goal, or intention as a subjective element of this criminal offence.

The accepted numerical-abstract, or mixed, model for defining commission makes the content of the criminal offence of terrorism very generalised. It can therefore be concluded that the legislation still adheres to the earlier defined dispositions. The reason primarily lies in the fact that these incriminations have a high level of adaptability, which provides a lot of room for protection. However, this also raises a very complex and hyper-sensitive question whether such extensive criminal legal protection is really necessary and justified.³⁰

In conformity with the relevant international instruments, our legislation stipulated, apart from the criminal offence of terrorism, five new „terrorist“ criminal offences in the Chapter on the Criminal Offences against Humanity and Other Values Protected under International Law (Articles 391a, 391b, 391c, 391d and 393a).

Unlike the „basic“ criminal offence of terrorism, the „special“ forms of punishable terrorist activities have been very precisely defined in international instruments, which should facilitate their incorporation in national legislations. Obligations of States Parties have been clearly defined in the relevant Conventions and, as a rule, they provide the necessary protection. Therefore, there was no room

29 Some experts believe that the international legal concept of terrorism is not necessary. R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2008, 17–21.

30 For more information, look in S. Herbert, *Grenzen des Strafrechts bei der Terrorismusgesetzgebung. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und England*, Berlin, 2014, 300. и M. Steinsiek, *Terrorabwehr durch Strafrecht? Verfassungsrechtliche und strafrechtssystematische Grenzen der Vorfeldkriminalisierung*, Baden-Baden, 2012, 470.

for any confusion in defining the content of these incriminations in our laws. However, the international rules, which in their original form are not suitable for the existing system of criminal law norms, were directly incorporated in Serbian legislation. Consequently, the defined incriminations do not fully comply with all requirements set in the specific segments of the principle of legality.

In conclusion, it is to be expected that the follow-up to the legislation reform will include the analysis of the criminal offences of terrorism with the aim of their improvement in terms of structure and content. Within the same context, the basic criminal offence of terrorism should be critically analysed first and, if necessary, its legal description redefined once again. The commission of this criminal offence should primarily be taken into consideration. Its current definition sets the scope of criminal legal protection too broadly, which automatically makes the legitimacy of the criminal law instruments used for protection in a particular case questionable. Similarly, if, in incriminating terrorism, our law-makers do not abandon the accepted „security“ orientation,³¹ which in itself completely nullifies the protective function of criminal law, and decide to keep multidisciplinary forms of the criminal offence of terrorism, their legal description will have to be edited. The reason for this lies in the fact that the criminal offences in question have been directly incorporated in Serbian law from the relevant international instruments, without a prior nomotechnical adaptation.

It should also be noted that, despite the fact that the highest possible level of cohesion between national and international law was achieved with the enactment of the LACC/2012, it remains unclear whether, and to what extent, this was achieved at the expense of the principles of proportionality and fairness. It is more than obvious that the intention of the lawmakers to comply with the relevant international instruments when stipulating the aforementioned criminal offences has resulted in incriminations the *ratio legis* of which lies primarily in providing security and removing certain sources of danger, instead of providing prevention based on the proportionate repression.

LITERATURE

- Gaćinović, R. (2005) *Terorizam*, Beograd;
- Gaćinović, R. (2011) *Terorizam u političkoj i pravnoj teoriji*, Beograd;
- Gaćinović, R. (2014) *Mlada Bosna*, Beograd;
- Gaćinović, R., Đurić, Ž. (2013) „Naučna identifikacija fenomena terorizma“, u: *Suprotstavljanje organizovanom kriminalu – Pravni okvir, međunarodni standardi i procedure*, Beograd, 83–94;
- Group of authors, ed. Srzentić, N. (1986) *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd;
- Group of authors, ed. Bavcon, Lj. (1988) *Krivičnopravna zaštita države i njenog državnog uređenja*, Zagreb, 1988;
- Delić, N. (2009) *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd;
- Delić, N. (2014) *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd;

31 Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2013, 75.

- Derenčinović, D. (2005) *Ogledi o terorizmu i antiterorizmu*, Zagreb;
- Derenčinović, D., Cvitanović, L., Munivrana-Vajda, M., Turković, K. (2013) *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb;
- Jakovljević, D. (1997) *Terorizam sa gledišta krivičnog prava*, Beograd;
- Kolarić, D. (2011/2) „Krivično delo terorizma – uporednopravni aspekti“, *Nauka, bezbednost, policija*, Beograd;
- Kolarić, D. (2013/1) „Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Crimen*, Beograd, 49–71;
- Lazarević, Lj. (2006) *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd;
- Mijalković, C., Bajagić, M. (2013) *Organizovani kriminal i terorizam*, Beograd;
- Ristivojević, B. (2012/2) „Negativna kriminalno-politička kretanja u materijalnom krivičnom zakonodavstvu Srbije od donošenja KZ: temeljno opredeljenje zakonodavca ili incident“, *Crimen*, Beograd, 170–190;
- Stojanović, Z. (2010/3) „Krivična dela terorizma u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 11–31;
- Stojanović, Z. (2012) *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd;
- Stojanović, Z. (2013/2) „Da li je Srbiji potreba reforma krivičnog zakonodavstva?“, *Crimen*, Beograd, 119–143;
- Stojanović, Z. (2013) *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd;
- Stojanović, Z., Kolarić, D. (2010) *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd;
- Stojanović, Z., Delić, N. (2014) *Krivično pravo, Posebni deo*, Beograd;
- Steinsiek, M. (2012) *Terrorabwehr durch Strafrecht? Verfassungsrechtliche und strafrechtssystematische Grenzen der Vorfeldkriminalisierung*, Baden-Baden;
- Simeunović, D. (2009) *Terorizam*, Beograd;
- Herbert, S. (2014) *Grenzen des Strafrechts bei der Terrorismusgesetzgebung. Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und England*, Berlin;
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D., Wilmschurst, E. (2008) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press;
- Čirić, J. (2011) „Terorizam – realna opasnost današnjice ili...“, u: *Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalu i terorizmu*, Beograd, 207–218.

Nataša Delić

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIVIČNA DELA TERORIZMA U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE NAKON NOVELE IZ 2012. GODINE

REZIME

Autor u radu razmatra krivična dela terorizma koja su svrstana u glavi krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Do donošenja Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2012. godine („Službeni glasnik RS“, broj 121/12) u našem pravu postojala su dva krivična dela kojima su bili inkriminisani određeni teroristički akti: krivično delo terorizma iz člana 312. Krivičnog zakonika, koje je pripadalo glavi krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije i krivično delo međunarodnog terorizma iz člana 391. Krivičnog zakonika, koje je pripadalo glavi krivičnih

dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Budući da je poslednjih godina u stručnim krugovima sve više prihvaćeno mišljenje da je na zakonodavnom planu razlikovanje terorizma i međunarodnog terorizma prevaziđeno, naš zakonodavac je 2012. godine brisao krivično delo terorizma (član 312), a umesto krivičnog dela međunarodnog terorizma (član 391) propisao je tzv. osnovno krivično delo terorizma. U skladu sa obavezama predviđenim odgovarajućim međunarodnim aktima, zakonodavac je u glavi krivičnih dela protiv čovečnosti i dobara zaštićenih međunarodnim pravom pored krivičnog dela terorizma (član 391) propisao još i pet novih „terorističkih“ krivičnih dela: javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela (član 391a); vrbovanje i obučavanje za vršenje terorističkih dela član (član 391b); upotreba smrtonosne naprave (član 391v), uništenje i oštećenje nuklearnog objekta (član 391g) i terorističko udruživanje (član 393a). Ova krivična dela zajedno sa krivičnim delom finansiranje terorizma (član 393) u okviru glave krivičnih dela protiv čovečnosti i dobara zaštićenih međunarodnim pravom konstituišu podgrupu krivičnih dela terorizma. Budući da je revidiranje krivičnih dela terorizma izvršeno radi njihovog usklađivanja sa relevantnim međunarodnim aktima, autor u prvom delu rada sažeto prikazuje sadržinu dokumenta koji su doneta od strane Organizacije ujedinjenih nacija, Evropske unije i Saveta Evrope u cilju pravnog uobličavanja represivnih i preventivnih mehanizama za borbu protiv terorizma kao i njegovog pojmovnog definisanja. U drugom delu rada autor daje prikaz i vrši analizu osnovnih i dopunskih obeležja bića krivičnih dela terorizma koja su predviđena u krivičnom zakonodavstvu Srbije. Nakon svega iznetog, autor konstatuje da nastavak zakonodavne reforme nužno treba da obuhvati i analitičko razmatranje krivičnih dela terorizma u cilju njihovog strukturalnog i sadržinskog unapređenja. U datom kontekstu, po mišljenju autora trebalo bi najpre kritički analizirati osnovno krivično delo terorizma i ukoliko se potvrdi da je to opravdano, još jednom redefinisati njegov zakonski opis. Pri tome, prvenstveno treba imati u vidu radnju izvršenja ovog krivičnog dela za koju bi se, s obzirom na način na koji je određena, moglo konstatovati da isuviše široko postavlja granice krivičnopravne zaštite i time dovodi u pitanje legitimnost sredstava kojima se krivičnopravna zaštita u konkretnom slučaju postiže. Ukoliko zakonodavac ne odustane od prihvaćene „bezbedonosne“ orijentacije prilikom inkriminisanja terorizma, koja po prirodi stvari u potpunosti poništava zaštitnu funkciju krivičnog prava, i u zakonu zadrži i multiplicirane oblike osnovnog krivičnog dela terorizma, autor smatra da bi bilo neophodno izvršiti redakcijsko doterivanje njihovih zakonskih opisa. Razloga tome leži u činjenici da je reč o krivičnim delima koja su iz relevantnih međunarodnih dokumenata preuzeta bez prethodne nomotehničke adaptacije.

Ključne reči: terorizam, krivično delo, Krivični zakonik Srbije, Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2012. godine.

Igor Vuković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

SVRHA KAŽNJAVANJA KAO KRITERIJUM ODMERAVANJA KAZNE

Apstrakt: Prema članu 54 stav 1 Krivičnog zakonika jedan od kriterijuma odmeravanja kazne učiniocu krivičnog dela jeste i svrha kažnjavanja. Naime, prema ovoj odredbi, sud učiniocu odmerava kaznu u granicama koje su zakonom propisane za to delo, imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća. Utoliko, iako olakšavajuće i otežavajuće okolnosti imaju centralno mesto u utvrđivanju kazne, nesumnjivo je da i svrha kažnjavanja može uticati na njenu visinu. Cilj ovog rada je da utvrdi na koji to način svrha kažnjavanja može da utiče da kazna u konkretnom slučaju bude veća ili manja. Autor razmatra ideje represije i generalne i specijalne prevencije, kao i različita shvatanja o uticaju svrhe kažnjavanja na odmeravanje kazne.

Gljučne reči: odmeravanje kazne, svrha kažnjavanja, specijalna prevencija, generalna prevencija, odmazda.

Pored olakšavajućih i otežavajućih okolnosti, na visinu konkretne kazne, koju sud unutar kaznenog raspona izriče učiniocu krivičnog dela, odgovarajući uticaj ostvaruje i svrha kažnjavanja. Svrhu kažnjavanja u srpskom pravu zakonodavac određuje kao: sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela, uticanje na druge da ne čine krivična dela, kao i izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona (član 42 KZ). I pored toga što je kao svrha u zakonu označena samo specijalna i generalna prevencija, danas je nesporno da se kažnjavanjem ostvaruju i represivni ciljevi. Kako bi se utvrdilo na koji to način svrha kažnjavanja konkretno utiče na visinu izrečene kazne, neophodno je na početku u osnovnim crtama izložiti ideje, na temelju kojih se danas brani kažnjavanje učinilaca krivičnih dela.

1. KAZNA KAO ODMAZDA

Istorijski najranije nastaje shvatanje koje smisao kažnjavanja ne vezuje za nekakve društveno-korisne ciljeve; svrha kažnjavanja sastoji se isključivo u odmazdi. Kažnjavanje je bezuslovno, apsolutno,¹ samo sebi cilj. Zločinac se kažnjava tako što se na učinjeno zlo odgovara zlom. Reč je zapravo o primeni starog principa taliona „oko za oko, zub za zub“. Koren učiniočeve krivice, koji se prepoznaje u njegovom

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

1 Lat. *absolutus*. Zato se ove teorije nazivaju još i *apsolutne* teorije.

svojevoljnom opredeljivanju za nepravo, nalazi svoj ekvivalent u kazni, čime se krivica za učinjeno zlo delo kaznom u izvesnom smislu ispašta, okajava.

Snazan uticaj teorije odmazde u nauci krivičnog prava može se objasniti time da su njene stavove branili najveći filozofi nemačkog idealizma – Kant i Hegel. Tako se Kant (*Kant*) u svojoj „Metafizici morala“ čvrsto drži principa taliona.² Krutost talionskog principa u svojim „Osnovnim crtama filozofije prava“ Hegel (*Hegel*) zamenjuje idejom o poništavanju zločina kaznom. Kao poništavanje učinjenog zločina i ponovno vaspostavljanje prava („negacija negacije prava“), kazna počiva na ekvivalentnosti nedela i kazne.³ Ideja kažnjavanja kao odmazde naišla je i na prihvatanje crkve, jer nalikuje hrišćanskoj ideji o okajavanju greha. Kao što je Hristos pravedni Sudija na nebu, tako bi i ovozemaljski sudovi trebalo da ostvaruju pravdu već na ovom svetu.⁴ Ideje teorije odmazde naišle su na veliki odjek i primenu u praksi sudova tokom srednjeg veka, iako u XIX veku dolazi do slabljenja njenog uticaja.

Protiv ove teorije govori najpre to što sama ideja odmazde, kazne koja je ekvivalentna učinjenom zločinu, onemogućava bilo kakvo preispitivanje neophodnosti kažnjavanja u konkretnom slučaju. Odmazda ne dopušta izuzetke, iako katkada interesi krivičnopravne zaštite ne zahtevaju da se učinilac kazni srazmerno učinjenom zlu.

Ideja odmazde ima sumnjive efekte i na planu izvršenja kazne. To se ne odnosi samo na napuštene oblike simboličnog talionskog kažnjavanja (odsecanje ruke kradljivcu ili jezika lažljivcu), već i na proklamovane ciljeve u izvršenju kazne. Resocijalizacija učinioca krivičnog dela nespojiva je sa odmazdom.

Ni umekšana varijanta kazne kao svojevrsnog okajavanja krivice nije prihvatljiva, jer počiva na utopiji moralnog saglašavanja kažnjenika sa kaznom, do čega u životu retko dolazi.⁵ Ako do mirenja učinioca sa kaznom i dođe, takvo unutrašnje saglašavanje pre je rezultat neizbežnosti kazne nego moralnog prevrata u čoveku. Jezički, takođe, sam pojam odmazde više nije prihvatljiv kao proklamovani cilj kažnjavanja, jer ne može valjano da obujmi novi zamah retributivnih ideja. Kazna nije sama sebi cilj, niti slepa odmazda, već predstavlja posledicu zahteva da se učinjeno nedelo *pravično* sankcioniše.

U svom savremenom vidu, retribucija se, kako ćemo videti, izražava kroz princip da kazna odgovara krivici učinioca i težini učinjenog dela. Ako se krivica razume kao prekor povodom učinjenog dela, onda se težina dela posredno vezuje za težinu prekora. Što je prekor veći – viša je i kazna. Time se istovremeno postavlja brana

2 Zakon kazne je kategorički imperativ. „Koju to vrstu i stepen kažnjavanja javna pravda čini sebi principom i merilom? Nikakav drugi neko princip jednakosti... Samo *pravo odmazde (ius talionis)*... može... tačno navesti kvalitet i kvantitet kazne“ (Imanuel Kant, *Metafizika morala*, Novi Sad, 1993, str. 134).

3 Vid. Franz Streng, „Schuld, Vergeltung, Generalprävention“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, br. 3/1980, str. 640–641.

4 Retributivnost iz teološkog ugla nije ipak tako stroga. Tako je prema Tomi Akvinskom kazna više lek, koji treba da ne samo ispravi učinjenu nepravdu, već i da sačuva od budućih prestupa i potakne čoveka na dobro (vid. Eberhard Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, 1963, str. 21).

5 Krajnje raznovrsna osećanja ljudi u susretu s kaznom izvanredno opisuju u svojim delima Dostojevski.

samovoljnom kažnjavanju. Kao što neko lakše delo ne sme biti praćeno drastičnim kažnjavanjem, tako i na teška krivična dela ne sme biti odgovoreno neprimereno lakom kaznom.

2. TEORIJA SPECIJALNE PREVENCIJE

Prema stanovištu suprotnom teoriji odmazde, nastalom na talasu humanističkih ideja, kažnjavanje je okrenuto društveno-korisnom cilju sprećavanja vršenja krivičnih dela.⁶ Kazna ima jasan zadatak, a to je da predupredi da učinilac vrši krivična dela u budućnosti.

Ideje preventivnog kažnjavanja nalazimo već u klasičnoj filozofiji. Čuvena je Platonova misao da se pametan čovek ne kažnjava zato što je sagrešio, već zato da ne bi grešio.⁷ Oživljavanje ideja specijalne prevencije do kojeg je došlo krajem XIX veka, duguje se sociološkoj školi Franca fon Lista (*Liszt*). List govori o tri načina putem kojih se onemogućava da učinilac vrši krivična dela u budućnosti. Najpre, njegovim zatvaranjem se društvo fizički osigurava od njegovog štetnog delovanja u toku tog perioda. Istovremeno, kažnjavanjem se učinilac upozorava i zastrašuje da ponovo ne čini krivična dela. Na koncu, kažnjavanjem učinilac može i da se popravi, resocijalizuje. Osnovnom cilju, onemogućavanju vršenja krivičnih dela od strane učinioaca, okrenuta su i konkretna kriminalno-politićka rešenja. Tako Listov poznati Marburški program predviđa jedne mere za one koje je moguće popraviti ili zastrašiti, a druge za one kod kojih popravlanje ili zastrašenje nije moguće.⁸

Prednosti ideje resocijalizacije su nesporne. Ako je zadatak krivićnog prava zaštita čoveka i društva, onda se ovaj cilj pre može ostvariti učinioćevom reintegracijom u društvo nego njegovim izolovanjem i žigosanjem. Ideja resocijalizacije učinioaca imala je veliki odjek i u stručnoj javnosti i zakonodavstvima sveta. Ipak, danas se oseća i izvesna zasićenost, razočarenje u stvarne domete delovanja na prestupnika, olićene u sintagmi da na njega „ništa ne deluje“ („*nothing works*“). Poslednjih decenija se u kriminalnoj politici na uporednom planu čak uoćava povratak idejama odmazde i generalne prevencije. Razloga za takvu promenu ima više.

Osnovni nedostatak ideje specijalne prevencije tiće se nepostojanja prihvatljivog kriterijuma dućine trajanja kazne. Ako je cilj kažnjavanja popravlanje učinioaca, onda bi to podrazumevalo njegovo zadržavanje u zatvoru dok god traje proces njegovog resocijalizovanja. Ideja specijalne prevencije bi štaviše vodila upravo promovisanju kazni sa neodrećenim vremenskim trajanjem,⁹ gde bi od uspeha u tretmanu zavisilo i konkretno trajanje kažnjavanja. Resocijalizacija otvara i osetljivo

6 Teorije koje kažnjavanje objašnjavaju odrećenim kriminalno-politićkim ciljevima koji se njime hoće postići – nazivaju se *relativnim* teorijama.

7 „Tu kaznu [izvršilac zloćina] valja da trpi ne zato što je poćinio zloćin – ono što je ućinjeno više ne može biti neućinjeno – nego radi toga da ubuduće i on sam i ostali koji vide kako je kažnjen potpuno omrznu nepravdu ili u velikoj meri poštede sebe od takve bede“ (Platon, *Zakoni*, Beograd, 1990, str. 379).

8 Franz von Liszt, „Der Zweckgedanke im Strafrecht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, str. 36.

9 Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I*, München, 2006⁴, str. 77.

pitanje, u kojoj meri je država uopšte vlasna da osuđenika popravlja i menja. Štaviše, kako učinjeno nedelo predstavlja više povod kažnjavanja, simptom da je popravljavanje neophodno, otvara se prostor za primenu neprihvatljivog predeliktneog kažnjavanja.¹⁰ Slične prognoze o opasnosti učinilaca krajnje su subjektivne,¹¹ po svojoj prirodi totalitarne, a prema ljudskom iskustvu često u primeni krivičnog prava zloupotrebjavane.

Osim toga, ne postoji uvek jasna veza između nečije „inficiranosti“ kriminalom, težine zlodela koja čini i neophodne dužine tretmana. Kako je razlog kažnjavanja uvek konkretan zločin, može se pojaviti raskorak između učinjenog lakog dela i potrebe specijalnog tretmana koje zahteva duži rad sa osuđenikom. Tamo gde težina nedela zaslužuje kaznu izraženu u danima i mesecima, kratkoća vremena rada sa osuđenikom onemogućava bilo kakav uspeh u tretmanu.

Slabost specijalne prevencije jeste i to što ne sadrži mehanizme kažnjavanja širokog spektra učinilaca. Kažnjenici na jednoj strani mogu biti izvršioci nehatnih i situacionih delikata, kod kojih opasnost njihovog povrata nije velika, ali to mogu biti i nepopravljivi učinioци, gde ideja njihovog resocijalizovanja u celosti zakazuje.

3. TEORIJA GENERALNE PREVENCIJE

Teorija generalne prevencije takođe je okrenuta predupređenju zločina u budućnosti, ali ne konkretnom učinioциu koliko delovanju na društvo u celini. Kažnjavanjem se članovi zajednice poučavaju kakva ponašanja se od njih očekuju i od kojih ponašanja treba da se suzdrže.

Najznačajniji vid ovog učenja razvio je poznati krivičar XIX veka Fojerbah (*Feuerbach*), svojom teorijom *psihološke prinude*.¹² Fojerbah psihološki razlog činjenja prestupa prepoznaje u čovekovoј čulnoj prirodi, njegovom nastojanju da u svetu oko sebe pronalazi zadovoljstva. Da bi ovaj čulni poticaj amortizovao, Fojerbah predlaže da učinjeni zločin bude kažnjen visokim kaznama, zlom koje je veće nego prijatnost koja se nedelom oseća, čime se građani zapravo prinuđavaju da propuste vršenje zločina. Ovo učenje je i danas aktuelno, jer se teško može negirati da i u savremenom veku značajnu branu vršenju krivičnih dela predstavlja spoznaja, očitovana u primeni prava – da se od učinjenog zločina ima više štete nego koristi.¹³

10 Vid. npr. Milanka Vešović, „Svrha kažnjavanja i sistem krivičnih sankcija u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Pravna misao*, br. 5-6/1987, str. 17.

11 Atanacković s pravom ukazuje da su mogućnosti ispitivanja ličnosti okrivljenog u krivičnom postupku, kao pretpostavka iole ozbiljnog pokušaja da se dužina trajanja kazne veže za objektivne kriterijume, krajnje ograničene. Sudije ne poseduju specijalizovana znanja, dok bi angažovanje stručnih lica za ocenu ličnosti okrivljenog vodilo neefikasnosti postupka i produžavanju preventivnog lišavanja slobode (Dragoljub Atanacković, „Realizacija svrhe krivičnih sankcija kroz izbor njihove vrste i mere“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/1985, str. 80-81).

12 „Svaka kazna ima nužnu (osnovnu) svrhu, da njenom pretnjom svako bude zastrašen od [činjenja] zločina“ (Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1832¹¹, str. 95).

13 Danas su vrlo zastupljena učenja koja smatraju da je čovek svojevrsan „*Homo oeconomicus*“, koji u svakom delovanju nastoji da maksimizira koristi i umanjí štetu (vid. Michel Baurmann, „Vor-

Generalna prevencija se ispoljava u dva svoja vida. *Negativni vid* generalne prevencije počiva na ideji zastrašivanja građana visokim kaznama. Otvoreno je pitanje, međutim, da li učinioци krivičnih dela uopšte uzimaju u obzir visinu kazni pre pristupanja kriminalu. Na njih više deluje procena rizika da li će povodom konkretnog zločina biti uhvaćeni.¹⁴ *Positivna* generalna prevencija počiva pak na jačanju poverenja građana u sposobnost poretka da se obračuna sa kriminalom. Reč je o procesu koji otpočinje aktivnim radom pravosudnih organa na stvaranju takvog poverenja, iznova se ostvaruje i potvrđuje njihovim kvalitetnim radom, a kulminira osećajem javnosti da je pravda u konkretnom slučaju zadovoljena.¹⁵

Generalna prevencija ima nesumnjive prednosti u odnosu na specijalnu prevenciju, ali slično specijalnoj prevenciji pati od jednog temeljnog nedostatka – ideja prevencije ne pruža pouzdan temelj za dužinu trajanja kazne.¹⁶ Kao što specijalna prevencija teži dužim kaznama radi uspeha u popravljanju učinioca tako i generalna prevencija teži višim kaznama u krivičnim zakonima radi boljih efekata u zastrašivanju građana.

4. SVRHA KAŽNJAVANJA U SRPSKOM KRIVIČNOM ZAKONIKU

Krivični zakonik Srbije naglasak stavlja na prevenciju kao svrhu kažnjavanja. Prema zakonskoj odredbi (čl. 42 KZ), svrha kažnjavanja je: sprečavanje učinioца da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela (st. 1), uticanje na druge da ne čine krivična dela (st. 2), kao i izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona (st. 3). Može se konstatovati da je čl. 42 KZ oblikovan pod snažnim uticajem relativnih teorija, s obzirom na to da st. 1 daje uobičajeno određenje specijalne prevencije, st. 2 negativne generalne prevencije, dok formulacija st. 3 sadrži savremeni izraz (jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona) ideja pozitivne generalne prevencije. Ipak, time ne možemo zaključiti da naše pravo u objašnjenju ciljeva kažnjavanja polazi isključivo od relativnih teorija o svrsi. Kazna najpre po samom svom biću predstavlja svojevrsnu odmazdu.¹⁷ Da retribucija predstavlja svrhu ka-

überlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention“, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, br. 8/1994, str. 371). Slični modeli aktuelni su i u srpskoj literaturi (vid. npr. Boris Begović, „Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja“, *Crimen*, br. 1/2010, str. 50 i dalje).

14 Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, str. 80.

15 U našoj literaturi o pozitivnoj generalnoj prevenciji vid. detaljnije Zoran Stojanović, „Generalna prevencija i zaštitna funkcija krivičnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2/1994, str. 220 i dalje. Inače, mogu se razlikovati dve varijante ovog učenja. Prva polazi od stava da krivično pravo može vaspitno da utiče i da menja ljudske nazore i moral, dok druga insistira na potvrđivanju i očuvanju sistema normi (vid. Tatjana Hörnle, Andrew von Hirsch, „Positive Generalprävention und Tadel“, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, br. 6/1995, str. 261-262). Oba ova modela našla su svoje mesto u srpskoj odredbi o svrsi kažnjavanja, koja govori o „jačanju morala“ i „učvršćivanju obaveze poštovanja zakona“ (čl. 42 tač. 3 KZ).

16 Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, str. 83.

17 Slično i Streng, str. 679.

žnjavanja govori i činjenica da kaznene raspone, kao jedan od polaznih parametara u odmeravanju kazne (pored olakšavajućih i otežavajućih okolnosti i same svrhe kažnjavanja) – zakonodavac oblikuje prema stepenu društvene opasnosti ponašanja i štetnih posledica dela.¹⁸ Što je zlo učinjeno krivičnim delom veće, viši je i kazneni raspon. Otuda se u našoj literaturi oduvek smatralo da se kažnjavanjem ostvaruju i retributivni i preventivni ciljevi.¹⁹ Štaviše, čini nam se da i sama zakonska odredba o svrsi kažnjavanja neposredno obuhvata i retribuciju. „Izražavanje društvene osude za krivično delo“ označava prekor društva povodom učinjenog dela, kojim se upravo izražava ideja da se na učinjeno nedelo odgovori srazmernom kaznom.²⁰ U tom smislu, i pored toga što većinsko shvatanje u našoj literaturi nalazi da je zakonska odredba o svrsi kažnjavanja oblikovana isključivo prema relativnim teorijama,²¹ imamo utisak da se srpsko zakonsko rešenje može smestiti u okrilje savremenih *mešovitih teorija* o svrsi kažnjavanja, koje danas i dominiraju u evropskom zakonodavstvu i literaturi.

Osnovni efekat na kažnjavanje ideja retribucije ostvaruje tako što koriguje eventualne šire preventivne zahvate uz pomoć *načela krivice*.²² Izrečena kazna mora stajati u srazmeri sa krivicom učinioaca i težinom dela. Može se desiti da kazna iz preventivnih razloga ide ispod krivicom zaslužene kazne, ali se ne može dogoditi da ona ovaj stepen prekoračuje.²³ Naglašeni značaj krivice za kažnjavanje mnoga zakonodavstva ističu tako što krivicu uzimaju kao temeljni kriterijum i samog odmeravanja. Tako austrijski KZ, primera radi, ukazuje da je „osnov za odmeravanje kazne krivica učinioaca“ (čl. 32 st. 1). Primat krivice u odmeravanju kazne potenciraju i drugi krivični zakoni.²⁴ U ovim zakonodavstvima, dakle, krivica ima *dvostruku funkciju*. Ona je ne samo konstitutivni element krivičnog dela, već i temeljni kriterijum na osnovu kojeg se određuje visina kazne. Kao element krivičnog dela ispituje se da li se učinjeno nedelo učinioacu može uopšte upisati u krivicu – staviti na teret. Tu je moguće da učinilac bude kriv za učinjeno ili da ne bude kriv, ali ne i da bude manje ili više kriv. Ovo stepenovanje krivice nastupa tek na planu odmeravanja kazne. Unošenjem krivice kao korektiva preventivnih ciljeva eliminiše se i osnovna slabost relativnih teorija – opasnost da se na talasu preventivnih ideja opravda nasilje države nad građanima.²⁵

18 Tako i Atanacković, str. 83.

19 Tako bi prema Stojanoviću retribucija kao svrha kažnjavanja bila prihvatljiva ako bi se njen sadržaj određivao kroz načelo pravednosti i srazmernosti (Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2012⁴, str. 205).

20 Iako bi se prekor mogao razumeti i kao „komunikativni element“ pozitivne generalne prevencije, kojim se ostvaruje efekat na građane (tako Hörnle, Hirsch, str. 266), kroz izražavanje društvene osude ipak se primarno ostvaruju retributivni efekti.

21 Tako Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2011², str. 223; Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 204.

22 „Osećaj za pravdu... zahteva da se niko ne sme kazniti strože nego što zaslužuje; a ‘zaslužena’ je samo kazna koja odgovara krivici“ (Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, str. 93). U srpskoj literaturi vid. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 295.

23 To je i osnovna razlika u odnosu na teoriju odmazde, koja zahteva srazmernost bez izuzetka.

24 „Sud odmerava kaznu prema krivici učinioaca“ (čl. 47 st. 1 švajcarskog KZ). „Krivica učinioaca je osnov za odmeravanje kazne“ (čl. 46 st. 1 nemačkog KZ).

25 Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, str. 92.

Srpski zakonodavac opravdano potencira značaj krivice kao konstitutivnog elementa krivičnog dela. „Nema kazne bez krivice“ (čl. 2 KZ); prekor može dobiti samo onaj član društva koji se *opredelio* za nepoštovanje zahteva zajednice. Kako krivičnog dela nema bez krivice, to i u našem pravu krivica ostvaruje svoju osnovnu funkciju zasnivanja krivičnopravne kažnjivosti. Ipak, naš zakonodavac ne izdvaja krivicu i kao centralni kriterijum odmeravanje kazne. Pored svrhe kažnjavanja, na visinu kazne utiču olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, gde, iako prvopomenut, „stepen krivice“ ipak predstavlja samo jednu od načelno ravnopravnih okolnosti koje sud vrednuje (čl. 54 st. 1 KZ). Treba međutim imati u vidu da stepen krivice kao jedna od relevantnih okolnosti u odmeravanju kazne ima u razumevanju naše teorije i prakse nešto drugačije značenje nego ono koje se pojmu krivice, kao centralnom kriterijumu odmeravanja, pridaje u prethodno pomenutim zakonodavstvima. Načelo da se kazna odmerava prema krivici učinioca nema pred sobom ispitivanje jedino elemenata subjektivne strane učinioca u vreme krivičnog dela (uračunljivosti, umišljaja ili nehata i svesti o zabranjenosti dela), kako to razume naša sudska praksa, koja krivicu (vinost) i inače objašnjava čisto psihološki. Krivica kao prekor zbog učinjenog nedela uvek pred sobom ima i objektivne karakteristike zločina i njegovu težinu. Otuda krivicu ovde treba razumeti pre kao *skrivljeno nepravo*,²⁶ prekor zbog ostvarenog neprava,²⁷ nego kao sumu isključivo subjektivnih činilaca krivičnog dela. Rečima Horna (*Horn*), „kazna ‘primerena krivici’ se dakle uglavnom ima razumeti kao kazna ‘primerena nepravu’...“²⁸ Stoga na visinu kazne jednako odlučno utiče težina ostvarenog nedela.

5. ZNAČAJ SVRHE KAŽNJAVANJA ZA ODMERAVANJE KAZNE

Nije jednostavno kvantifikovati domašaj svrhe kažnjavanja u granicama propisane kazne. Svrha kažnjavanja kao kriterijum odmeravanja ne ostvaruje dejstvo na visinu kazne nezavisno od otežavajućih i olakšavajućih okolnosti već upravo u sadejstvu sa njima. Tako većina okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca (raniji život, lične i porodične prilike, držanje posle dela, odnos prema žrtvi itd.) imaju snažno specijalno-preventivno značenje, jer od njih jako zavisi procena uticaja kazne, dok, s druge strane, okolnosti koje se tiču društvene opasnosti i težine dela snažno utiču na generalno-preventivnu dimenziju kažnjavanja. To usložnjava utvrđivanje konkretnog uticaja svrhe na visinu kazne, jer se, kao prethodno, postavlja pitanje da li u oceni olakšavajućih i otežavajućih okolnosti treba apstrahovati olakšavajuće i otežavajuće okolnosti bez upliva preventivnih promišljanja, ili nije isključeno da specijalno i generalno preventivni obziri budu uzeti u razmatranje i tokom samog vrednovanja olakšavajućih i otežavajućih okolnosti i kasnije. Drugim rečima, postavlja se pitanje

26 U tom smislu Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996⁵, str. 877.

27 Gerhard Schäfer, Günther M. Sander, Gerhard von Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, München, 2008⁴, str. 101.

28 Eckhard Horn, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I* (Hrsg. H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson), 1983⁴, § 46, str. 31.

da li na kvantum zaslužene kazne – kazne koja odgovara težini dela i krivici učinioca – preventivni razlozi utiču pre utvrđivanja ove mere, unutar postojećih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti iz čl. 54 st. 1 KZ, ili nezavisno od njih a nakon utvrđivanja ove mere. S jedne strane, postoji utisak da ako bi se dozvolilo da se preventivni razlozi uzimaju u obzir i na planu ocene otežavajućih i olakšavajućih okolnosti i u okviru posebnog stadijuma vrednovanja – da bi došlo do ishoda koji bi nalikovao dvostrukom vrednovanju, koje je prema čl. 54 st. 3 KZ zabranjeno. Ipak, ovaj utisak je samo prividan, jer proces odmeravanja kazne prema pozitivnim propisima i inače u nekim situacijama kao da podrazumeva izvesno dvostruko vrednovanje. Tako je u slučaju odmeravanja kazne za krivična dela učinjena u sticaju, u situaciji kada je sud za krivična dela u sticaju utvrdio kazne zatvora (čl. 60 st. 2 tač. 2 KZ), nejasno na temelju kojih okolnosti, unutar novog raspona, čiji minimum predstavlja povišena najteža utvrđena kazna, a maksimum umanjeni zbir utvrđenih kazni (odnosno opšti maksimum) – sud dolazi do jedinstvene kazne. Ovde Stojanović s pravom sugerše da „nije moguće potpuno razdvojiti okolnosti koje su relevantne samo za odmeravanje pojedinačnih kazni i one koje treba uzimati u obzir prilikom odmeravanja jedinstvene kazne.“²⁹ Slična poteškoća, koja u ishodu nalikuje zabrani dvostrukog vrednovanja, postoji i na planu ocene olakšavajućih i otežavajućih okolnosti i svrhe kažnjavanja, naročito imajući u vidu pomenutu neraskidivu povezanost pojedinih okolnosti i preventivnih činilaca. Zbog toga, i činjenice da su mnoge otežavajuće i olakšavajuće okolnosti gotovo u celosti pomešane sa vrednovanjem uticaja kažnjavanja na buduće ponašanje učinioca – moramo zaključiti da nije moguće apstrahovati uticaj svih olakšavajućih i otežavajućih okolnosti na visinu kazne bez upliva preventivnih promišljanja. To bi jedino bilo moguće ako bi na kvantum zaslužene kazne uticale samo pojedine okolnosti iz kruga onih koje imenuje zakonodavac. Iako smo izloženi riziku da u odabiru ovih okolnosti iz čl. 54 st. 1 KZ ne uspemo da u potpunosti izdvojimo one okolnosti kod kojih sud može da zanemari poriv da već inicijalno uzme u obzir i preventivna promišljanja, u krug takvih okolnosti svrstali bismo: stepen krivice, pobude iz kojih je delo učinjeno, jačinu ugrožavanja ili povrede zaštićenog dobra, kao i druge okolnosti pod kojima je delo učinjeno. Ostale okolnosti (raniji život učinioca, njegove lične prilike, njegovo držanje posle učinjenog krivičnog dela a naročito njegov odnos prema žrtvi, kao i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca) sa izrazitim preventivnim obzirima – treba ceniti nakon utvrđivanja kvantuma „zaslužene kazne“. Dakle, sve okolnosti koje sud u odmeravanju kazne unutar raspona ceni, a koje se odnose na *delo*,³⁰ obrazuju kaznu koju je učinilac „zaslužio“.³¹ Okolnosti koje se odnose na *ličnost*, i procenu uticaja kazne na vršenje krivičnih dela u budućnosti – treba uzeti u obzir tek u svojevrsnom drugom stepenu odmeravanja. Time međutim još uvek nismo ocrnali tipične uplive specijalno i generalno preventivnih činilaca na obrazovanje kazne.

Razlozi *specijalne* prevencije po pravilu će biti saglasni sa visinom kazne odmerene na temelju olakšavajućih i otežavajućih okolnosti koje se odnose na ostvareno

29 Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 269.

30 Nemojmo zaboraviti da pojam dela prema zakonskoj definiciji iz člana 14 st. 1 obuhvata i krivicu.

31 Ovde bi se imala svrstati i posebna okolnost dela učinjenog iz mržnje (čl. 54a KZ).

delo. Videli smo da je jedan od ciljeva specijalne prevencije upozorenje učiniocu zbog učinjenog nedela i stavljanje u izgled šta ga očekuje ako nešto slično ponovi. Kazna koju je učinilac i zaslužio na osnovu nabrojanih okolnosti u većini slučajeva će delotvorno ostvariti ovaj postavljeni cilj.³² Ipak, ova dva kriterijuma odmeravanja kazne mogu biti i u raskoraku. U tom smislu se u literaturi govori o tzv. *antinomiji* (protivrečnosti, suprotstavljanju) svrhe kažnjavanja i kazne odmerene na temelju težine dela i krivice učinioca.³³ Pored efekta upozorenja učiniocu, videli smo da specijalna prevencija može imati za cilj i popravljavanje učinioca odnosno zaštitu društva od opasnosti koja od njega preti. Ova dva proklamovana cilja naročito mogu biti u neskladu sa visinom kazne odmerene na temelju olakšavajućih i otežavajućih okolnosti. Tako je opšte poznato da su kratkotrajne kazne lišenja slobode teško spojive sa pedagoškim radom sa osuđenim licem tokom njihovog izdržavanja, zbog kratkoće vremena,³⁴ pa sud, polazeći od ove činjenice, može smatrati opravdanim da izrekne višu kaznu koja bi otklonila ovaj nedostatak. Isto bi se moglo desiti i u pogledu procene suda da je učinilac opasan po zajednicu, koja bi nekada imala više koristi od njegovog dugotrajnijeg uklanjanja iz društvenog života. Obrnuto, u mnogim slučajevima bi izdržavanje kazne, umesto boljitku, vodilo daljoj desocijalizaciji učinioca. Tako bi se, primera radi, kod teškog dela protiv bezbednosti saobraćaja sa smrtnim posledicama i grubim kršenjem saobraćajnih propisa, kazna višegodišnjeg zatvora možda smatrala adekvatna krivici, ali bi takva kazna, neretko, zbog gubitka posla i socijalnih porodičnih nedaća, na planu specijalne prevencije bila možda takođe nepoželjna.³⁵

Sporno je da li razlozi specijalne prevencije uopšte omogućavaju da se kvantifikuje mera kazne u kojoj bi specijalno-preventivni ciljevi mogli biti ostvareni. Slične procene spadaju u sferu spekulativnog, pa se ne može izbeći prigovor da odmeravanju kazne na temelju nejasnih predstava o delovanju kazne na učinioca u budućnosti nedostaje legitimacija. U vreme donošenja presude sud teško može imati valjanu predstavu koliko dugo bi trebalo da traje proces resocijalizacije osuđenika. Pravi uvid u to moguće je samo u postupku izvršenja kazne.³⁶

Danas se smatra apsolutno neprihvatljivim da na konkretnu visinu kazne izrečene učiniocu utiče potreba da se društvo, izolovanjem učinioca u ustanovama zatvorenog tipa, što je duže moguće osigura od opasnosti od njegovog daljeg vršenja krivičnih dela. Ovaj cilj je ostvariv samo izricanjem mera bezbednosti,³⁷ pre svih

32 Ipak, i ovde se ne može isključiti da sud padne u iskušenje da učinioca „ogrezlog“ u zločin „zastaši“ višom kaznom od zaslužene. Slične poticaje treba suzbiti i uzeti u obzir u pomenutom drugom stepenu odmeravanja.

33 U našoj literaturi vid. *ibid.*, str. 241. U antinomiji mogu biti ne samo vrednosti pravične kazne i kazne koja odgovara svrsi, već i unutar same svrhe – generalno i specijalno preventivni ciljevi kažnjavanja.

34 Vid. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, str. 212; Walter Stree, *Strafgesetzbuch. Kommentar* (Hrsg. A. Schönke, H. Schröder), München, 2001²⁶, str. 682.

35 Schäfer, Sander, Gemmeren, str. 162. Često se navodi primer ratnog zločinca (Schmidhäuser, str. 57; Vešović, str. 13), koji nakon rata više decenija neotkriven primerno živi u zajednici, gde pravična kazna daleko nadilazi onu meru kazne koja bi odgovarala interesima specijalne prevencije.

36 Horn, str. 24.

37 S pravom Georg Freund, „Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, br. 11/1999, str. 534; Schäfer, Sander, Gemmeren, str. 162.

obaveznim psihijatrijskim lečenjem i čuvanjem u zdravstvenoj ustanovi (čl. 81 KZ), ali i drugim merama.³⁸ Takođe, naročito je poželjno vrednovati očekivani učinak kazne zatvora u pogledu njenih eventualnih štetnih uticaja na budući život učinioca. Ova komponenta specijalne prevencije imaće naročiti značaj u slučaju odmeravanja kazne zatvora manje od dve godine, kada od sličnih procena zavisi eventualno izricanje uslovne osude.

Slične rezultate pokazuje i odnos *generalne* prevencije i kazne dobijene primenom olakšavajućih i otežavajućih okolnosti koje se odnose na delo učinioca. Uobičajeno se ističe da ciljeve pozitivne generalne prevencije – jačanje poverenja građana u pravni poredak i njegovo poštovanje – redovno zadovoljava kazna odmerena na bazi težine dela i krivice. Iako se teško može utvrditi „kvantum“ na temelju kojeg bi sud mogao da povisi ili umanji kaznu pozivajući se na neophodnost jačanja poverenja građana u normu,³⁹ ne treba isključiti mogući uticaj čl. 42 tač. 3 KZ na odmeravanje kazne. Tu naročito mislimo na situacije kolizije načela zakonitosti i legitimnosti, kada, i pored načelne kažnjivosti krivičnog dela propisanog u zakonu, naročite okolnosti pokazuju da kažnjavanje uopšte ili u određenoj meri nije više opravdano. Iako slučajevi divergencije ova dva načela, redovno i ne dovode do optuženja, eventualna presuda bi mogla da uvaži olakšavajuće dejstvo ove nesaglasnosti.⁴⁰ Pritisak može ići i u suprotnom pravcu. Nekada učinjeno krivično delo izaziva takvo uznemirenje javnosti, da se time vrši neformalan pritisak na sud u pravcu izricanja više kazne.⁴¹ Teško možemo sporiti da takav efekat na kažnjavanje jača moral građana i učvršćuje obavezu poštovanja zakona. Štaviše, nepristajanje suda da „poslušna“ zahtev javnosti upravo bi podrilo poverenje građana u pravni poredak. Ipak, u našoj literaturi se s pravom iskazuje zazor prema širem uplitanju generalno-preventivnih razloga u eventualno povišavanje kazne učiniocu, sa primedbama iz ugla kršenja načela krivice i jednakosti građana pred zakonom.⁴²

38 Razume se, i druge mere bezbednosti imaju za cilj da učinioca udalje od izvora opasnosti (stanja i uslova), koji vode izvršenju krivičnog dela.

39 S pravom Wolfgang Frisch, „Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strazumesungsdogmatik“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, br. 3/1987, str. 371; Jescheck, Weigend, str. 881. Slično konstatuje i Tomasz Kaczmarek, „Generalprävention und Strafe im polnischen Strafrecht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, br. 3/1995, str. 505, iako je u poljskom pravu, slično srpskom, pozitivna generalna prevencija ozakonjena kao vid svrhe kažnjavanja.

40 Može međutim biti sporno da li takvo tumačenje omogućava formulacija pozitivne generalne prevencije iz čl. 42 tač. 3 KZ, prema kojoj svrhu kažnjavanja predstavlja „jačanje morala“ odnosno „učvršćivanje obaveze poštovanja zakona“. Stiče se utisak da se na temelju ove odredbe učiniocu pre može izreći viša nego niža kazna, s obzirom na to da „učvršćivanje obaveze poštovanja zakona“ ukazuje na jasan primat načela zakonitosti, što bi isključilo olakšavajući ishod generalno-preventivnih promišljanja po učinioca. Sličan prigovor mogao bi se istaći i u pogledu kriterijuma „jačanja morala“, s obzirom na to da se razlozi jačanja moralnih shvatanja uobičajeno razumeju u smislu tradicionalnih vrednosti, što opet, reklo bi se, pre odgovara neuvažavanju drugačijeg vrednovanja stepena društvene opasnosti u vremenu nakon donošenja norme.

41 Dušica Miladinović-Stefanović, *Redovno odmeravanje kazne u krivičnom pravu*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, str. 32.

42 Miladinović-Stefanović ukazuje da učinilac tako „plaća ceh“ i postaje objekt na kojem se „demonstrira snaga i obaveznost norme“ (Miladinović-Stefanović, str. 33-34).

Negativna generalna prevencija zastrašivanjem potencijalnih učinilaca realno može biti u raskoraku sa zasluženom kaznom.⁴³ Načelno, nije prihvatljivo da se na temelju ideje zastrašivanja građana učiniocu odmeri veća kazna od zaslužene. Povišavanje kazne se ne može pravdati samo na osnovu neophodnosti zastrašenja građana ili učestalosti vršenja odnosnog dela u određenom vremenu i prostoru.⁴⁴ Takvim postupanjem bi građani postali obični pioniri u ostvarenju kriminalno-političkih ciljeva. Otuda se smatra da efekti generalne prevencije zastrašivanjem potencijalnih učinilaca mogu da se odraze na visinu kazne za konkretno delo – samo ukoliko ne prelaze meru kazne koja odgovara krivici učinioca. Ipak, slična razmišljanja ne dele i sudovi, koji upliv generalno-preventivnih razloga u cilju zastrašenja smatraju sasvim legitimnim.⁴⁵ Ovo povišavanje kazne iz generalno-preventivnih razloga naročito se dešava u uslovima porasta vršenja društveno-opasnih sličnih krivičnih dela u određenoj sredini ili uz povišenu opasnost podražavanja sličnih modela ponašanja od strane drugih građana. Iako su slična postupanja sudova snažno branjena u našoj ranijoj literaturi,⁴⁶ takva obrazloženja generalno-preventivnih razloga povišavanja kazne su iz ranije pomenutih razloga krajnje sumnjiva i treba ih napustiti.

U procesnom smislu, jedini mogući korektiv nepravilnog vrednovanja aspekata svrhe kažnjavanja predstavlja mogućnost pobijanja presude zbog odluke o kazni, uslovnoj osudi ili sudskoj opomeni, „ako sud nije pravilno odmerio kaznu s obzirom na činjenice koje utiču da kazna bude veća ili manja“ (čl. 441 st. 1 ZKP). U odlučivanju po žalbi, drugostepeni sud će presudom žalbu usvojiti i prvostepenu presudu preinačiti, ako smatra da je s obzirom na utvrđeno stanje zaista nepravilno odmerena krivična sankcija (čl. 459 st. 1 ZKP). U obrazloženju će se navesti činjenice kojima se drugostepeni sud rukovodio prilikom odlučivanja i koje odredbe su pritom povređene (čl. 460 st. 4 ZKP).

6. SHVATANJA O UTICAJU SVRHE KAŽNJAVANJA NA ODMERAVANJE KAZNE

Uticao proklamovane svrhe na visinu izrečene kazne različito je tumačen u literaturi. Prema jednom starijem shvatanju, koje se danas više ozbiljno i ne zastupa, svrha kažnjavanja ne bi trebalo da ima ikakvog uticaja na odmeravanje kazne. Kazna bi se utvrđivala samo na temelju olakšavajućih i otežavajućih okolnosti i propisane kazne. Preventivni razlozi bi mogli da ostvaruju izvesna dejstva samo na planu propisivanja kazne (npr. zastrašivanja građana visokim kaznenim rasponima) ili na

43 Otto Triffterer, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Wien – New York, 1994², str. 508.

44 Tako Jescheck, Weigend, str. 882.

45 Ovaj uticaj negativne generalne prevencije na odmeravanje kazne osećao se i u praksi nemačkih sudova u pogledu pojedinih krivičnih dela, npr. razbojništva ili seksualnih delikata (vid. Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2011⁵⁸, str. 350).

46 Vid npr. Miroslav Đorđević, „Porast broja krivičnih dela kao okolnost pri odmeravanju kazne“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2/1971, str. 301; Špiro Vuković, *Individualizacija kazne i opšta prevencija u praksi sudova u Srbiji*, magistrski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 1979, str. 39.

planu njenog izvršenja (npr. preko resocijalizacije kao cilja izvršenja), ali ne i kao jedan od kriterijuma za utvrđivanje visine izrečene kazne. Jasno je da ova ideja nije spojiva sa srpskim Krivičnim zakonikom, s obzirom na to da opšta pravila o odmeravanju kazne iz čl. 54 izričito naglašavaju da sud treba da „ima u vidu i svrhu kažnjavanja“. I nezavisno od toga, ovo rešenje ne pruža adekvatan model reagovanja na kriminalitet, jer se u ishodu svodi na retribuciju.

Prema jednom interesantnom učenju (tzv. *Stellenwerttheorie*), koje je razvio Horn, samo bi otežavajuće i olakšavajuće okolnosti imale značaj za utvrđivanje visine kazne, i to bez upliva preventivnih promišljanja. Kriterijumi svrhe kažnjavanja imali bi uticaja samo na izbor odgovarajuće krivične sankcije. Drugim rečima, kod utvrđivanja trajanja kazne bi odlučujuće uticali represivni razlozi, dok bi preventivni momenti opredeljivali sam odabir krivične sankcije (npr. uslovna osuda umesto kazne zatvora).⁴⁷ S jedne strane, ovo učenje pravilno primećuje da preventivni razlozi utiču ne samo na visinu kazne, već i na sam izbor krivične sankcije. Da je to tako, pokazuju brojne odredbe našeg Krivičnog zakonika (vid npr. čl. 58 st. 2, čl. 66 st. 4 ili čl. 77 st. 4 KZ). Ipak, u osnovi, ovo shvatanje u glavnom pitanju nalikuje prethodnom, s obzirom na to da ne dozvoljava da osim olakšavajućih i otežavajućih okolnosti na visinu kazne utiču i preventivni razlozi.⁴⁸ Osim toga, ono nije saglasno slovu srpskog Krivičnog zakonika, koji preventivne razloge uzima kao jedan od kriterijuma ne samo za izbor krivične sankcije,⁴⁹ već i za „odmeravanje kazne u granicama koje su zakonom propisane za to delo“ (čl. 54 KZ).

Sledeće shvatanje počiva na ideji da se primenom olakšavajućih i otežavajućih okolnosti dođe do tačne gornje granice kazne koja se ne bi smela prekoračiti. Ova mera kazne, koju je učinilac zaslužio, mogla bi međutim iz preventivnih razloga da bude snižena, čak do posebnog minimuma propisane kazne – do one mere u kojoj se ostvaruju i preventivni ciljevi kažnjavanja. Drugim rečima, olakšavajuće i otežavajuće okolnosti bi obrazovale gornju neprekoračivu granicu kazne. Da li će ova mera kazne biti i izrečena učiniocu, zavisilo bi od eventualnih preventivnih činilaca, koji bi visinu kazne mogli da koriguju, ali samo na dole. Utoliko bi svrha kažnjavanja u ovom tumačenju imala dejstvo nalik olakšavajućim okolnostima. Ovo učenje nalazi značajan broj pristalica u uporednoj literaturi i zakonodavstvu,⁵⁰ a načelno nije neprimenjivo ni u našem pravu. U njegov prilog govori i činjenica da kod mnogih krivičnopravnih instituta naš zakonodavac dopušta da sud, ceneći svrhu kažnjavanja, umanjí ne vrednost dela opredmećenu kaznom. Najočigledniji primer predstavlja institut tzv. sudskog ublažavanja kazne, koji omogućava sudu da odmeri ublaženu kaznu uvek kada utvrdi da postoje naročito olakšavajuće okolnosti, „ako oceni da se i sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja“ (čl. 56 tač. 3 KZ). Bilo bi nelogično da sud, vrednujući svrhu kažnjavanja, može da ode

47 Horn, str. 28. U austrijskoj literaturi ovo shvatanje zastupa Kunst (vid Günther Kunst, „Strafbemessung, Tatschuld und Spezialprävention“, *Österreichische Juristen-Zeitung*, br. 18/1977, str. 486).

48 Reinhart Maurach, Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1*, Heidelberg, 1992⁸, str. 88.

49 Razlozi prevencije naročito utiču na odabir krivične sankcije u slučaju mera upozorenja i mera bezbednosti.

50 Vid. npr. Frisch, str. 369; Claus Roxin, „Zur Problematik des Schuldstrafrechts“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, br. 3/1984, str. 657; Stree, str. 682.

ispod posebnog minimuma, ili čak i da učinioca oslobodi od kazne⁵¹ – a da takva mogućnost ne postoji u rasponu do posebnog minimuma.⁵²

Četvrto shvatanje, poznato kao teorija „slobodnog prostora“ (*Spielraumtheorie*), svojevrsne tolerancije u odmeravanju, koje danas nalazi široku primenu u stranoj literaturi i zakonodavstvima,⁵³ smatra da primenom otežavajućih i olakšavajućih okolnosti ne treba doći do fiksirane mere (zaslužene) kazne, već do svojevrsnog užeg raspona (unutar šireg raspona posebnog minimuma i maksimuma kazne), u kojem će se do tačne mere kazne doći uz pomoć ciljeva specijalne i generalne prevencije. Razlika ovog i prethodnog učenja jeste u tome što ovo shvatanje, za razliku od prethodnog, ne dopušta da se učiniocu izrekne kazna ispod one koju bi zaslužio na temelju otežavajućih i olakšavajućih okolnosti, već samo unutar određenih, užih granica.

Iako, načelno, ova pretpostavljena uža „zona“ pravične kazne deluje smisleno, nejasno je na osnovu kojih objektivno proverljivih parametara se mogu precizirati njene granice. Ovaj prostor slobodnog kretanja suda u odmeravanju kazne nije moguće objektivno verifikovati,⁵⁴ niti se sličan raspon navodi u presudi. Čak i kada bi takav raspon bilo moguće obrazovati, nije logično da je učinilac zaslužio više mogućih kazni različitog trajanja. Opet, s druge strane, obrazovanje sličnih raspona sasvim odgovara načinu obrazovanja visine kazne, uobičajenom u praksi u uslovima kolegijalnog odlučivanja u sudskim većima, gde se polazi od kazne unutar izvesnog raspona (npr. ne manje od tri i ne više od četiri godine zatvora), a gde se do konkretne kazne dolazi većanjem.

U vaganju dobrih i loših strana ovog i prethodnog shvatanja, teorija „slobodnog prostora“ ima jednu nespornu prednost, a to je činjenica da pojam zaslužene kazne ne fiksira samo jednu meru, već ipak daje slobodu sudu u definisanju „zaslužene kazne“. Ako smo ukazali da pojam „zaslužene kazne“, koliko je god moguće oslobođen od preventivnih promišljanja, treba vezati za olakšavajuće okolnosti koje se odnose isključivo na okolnosti dela, a druge okolnosti koje se tiču ličnosti učinioca, njegovog ponašanja pre i nakon dela i njihovog uticaja na buduće ponašanje učinioca, vrednovati nakon toga, onda jedna slobodna zona sudijske ocene šta je učinilac zaslužio deluje primerena složenosti procesa odmeravanja kazne. Osim toga, strog zahtev prethodnog učenja, da je zasluženu kaznu moguće samo sniziti, donekle amortizuje užu raspon „zaslužene kazne“, u okviru kojeg sud može nekom preventivnom faktoru priznati i izvesno dejstvo „nagore“. U prilog sličnom tumačenju govori i činjenica da naš zakonodavac definiše povrat kao fakultativnu otežavajuću okolnost (čl. 55 KZ). Kako ova okolnost, koja dotiče raniji život učinioca, ne spada u okolnosti koje se tiču dela, kvantum zaslužene kazne ne bi trebalo da obuhvati njenu ne vrednost. Ova ne vrednost bi se imala ceniti zajedno sa drugim okolnostima koje opredeljuju procenu uticaja kažnjavanja na budući život učinioca. Drugim rečima, čitav koncept – da je krivica neprekoračiva granica

51 Sud može osloboditi od kazne i učinioca krivičnog dela učinjenog iz nehata kad posledice dela tako teško pogađaju učinioca da izricanje kazne u takvom slučaju „očigledno ne bi odgovaralo svrsi kažnjavanja“ (čl. 58 st. 2 KZ).

52 Triffterer, str. 509.

53 Vid. npr. Maurach, Zipf, str. 90. Ovo shvatanje je već dugo vremena vladajuće u nemačkom sudskoj praksi (vid. Eduard Dreher, „Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes“, *Juristenzeitung*, br. 2/1967, str. 42).

54 *Ibid.*, str. 45.

u odmeravanju kazne – smatramo ostvarivim samo ako već sam pojam zaslužene kazne dopušta izvesno korigovanje njene visine „naviše“.⁵⁵ Ono u čemu naše shvatanje ipak odudara od teorije „slobodnog prostora“ jeste to što bi donji maksimum užeg raspona „zaslužene kazne“ ipak bio prekoračiv. Na takav ishod nas primorava zakonsko obličje pojedinih instituta, koji dopuštaju ublažavanje i oslobođenje kazne uz odlučan uticaj svrhe kažnjavanja.

Kako možemo zaključiti, učenje o „slobodnom prostoru“ suda u odmeravanju kazne predstavlja dobro polazište u utvrđivanju dometa svrhe kažnjavanja na odmeravanje. Njena prednost je to što u ovom tumačenju specijalno i generalno preventivni razlozi ne bi mogli eventualno da „povuku“ zasluženu kaznu samo bliže posebnom minimumu – već i, nalik otežavajućim okolnostima, posebnom maksimumu – ali samo u okviru užeg raspona kazne koja odgovara težini dela i krivici učinioca. Kada se, međutim, radi o domašaju preventivnih činilaca „nadole“, uži okviri teorije „slobodnog prostora“ čine nam se previše kruti i nesaglasni pozitivnim rešenjima na planu odmeravanja kazne. Tu bi trebalo dopustiti da generalno i specijalno preventivni razlozi mogu, izuzetno,⁵⁶ da idu i ispod okvira zaslužene kazne.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

THE PURPOSE OF PUNISHMENT AS A CRITERION OF SENTENCING

SUMMARY

According to Article 54 of the Serbian Criminal Code, one of the criteria of sentencing a criminal offender is the purpose of punishment. According to this provision, the court shall determine a punishment for a criminal offender within the limits set forth by law for that criminal offence, with regard to the purpose of punishment and taking into account all circumstances that could have influence severity of punishment. In this respect, although the mitigating and aggravating circumstances have the greatest impact on the sentence, there is no doubt that the purpose of punishment may also affect its duration. The aim of this study is to determine in what way the purpose of punishment may affect the sentence. The author discusses the idea of repression, special and general prevention, as well as different views on the impact of the purpose of punishment in sentencing.

Key words: sentencing, the purpose of punishment, special prevention, general prevention, retribution.

55 Druga mogućnost, koja bi podrazumevala da se izričito brani shvatanje da svrha kažnjavanja može da koriguje meru kazne dobijene primenom olakšavajućih i otežavajućih okolnosti i na gore i na dole, u granicama propisanog raspona kazne, danas se u literaturi uglavnom ne zastupa, upravo iz nastojanja da se time ne naruši polazni princip da kazna ne sme da prekorači stepen krivice.

56 Treba međutim imati u vidu da bi značajan ograničavajući faktor redukovanja kazne predstavljao generalno-preventivni aspekt očuvanja poverenja građana u pravni sistem. Tamo gde bi ova dva momenta bila u koliziji, odmeravanje kazne ispod mere zaslužene kazne – ne bi bilo moguće.

Marija Karanikić Mirić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

TIP ODGOVORNOSTI PRAVNOG LICA PO ČL. 172 ZOO

Apstrakt: Predmet ovog rada jeste odgovornost pravnog lica za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećima u vršenju ili povodom vršenja svojih funkcija. Analizirana je opšta norma o vanugovornoj odgovornosti pravnih lica koju sudovi i pravna teorija konstruišu iz čitavog niza zakonskih odredaba; razmatran je tip pravne odgovornosti pravnog lica: da li ono odgovara za vlastiti čin ili za drugoga, da li odgovara po osnovu krivice ili bez obzira na nju; ispitano je merilo krivice pravnog lica odnosno značenje izraza koje upotrebljavaju sudovi kada ocenjuju postupanje organa pravnog lica kao pogrešno. Razjašnjeno je da se nezakonit, nepravilan ili u opštem smislu pogrešan rad organa pravnog lica, s jedne strane, i pogrešno postupanje fizičkog lica za potrebe utvrđivanja njegove neposredne ili regresne odgovornosti, s druge strane, procenjuju prema bitno različitim standardima osnovano očekivanog ponašanja. Rad je metodološki strukturiran tako što je prvo proučena praksa domaćih sudova i naročito način na koji sudovi razumeju pojmove nezakonitog i nepravilnog rada organa pravnog lica. Potom su izneti razlozi s kojih se ta odgovornost kvalifikuje kao odgovornost pravnog lica za vlastito pogrešno postupanje – a ne kao odgovornost za drugoga, niti kao odgovornost bez obzira na vlastitu krivicu.

Ključne reči: čl. 172 ZOO, odgovornost pravnog lica za štetu koju prouzrokuje njegov organ, krivica pravnog lica, krivica fizičkog lica koje postupa kao organ.

1. UVOD

Pravno lice odgovara ukupnom svojom imovinom¹ za štetu koju njegovi organi prouzrokuju trećima u vršenju ili povodom vršenja svojih funkcija. Pravila o delik-

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

1 Pozakonjenje pravila da se za štetu odgovara celokupnom imovinom bilo je predloženo Skicom za zakonik o obligacijama i ugovorima, ali je taj predlog neopravdano odbijen. U čl. 203 st. 2 Skice stoji: „Za svoje obaveze dužnik odgovara celom svojom imovinom.“ Vid. Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list, Beograd 1996, 101. Komisija za izradu građanskog zakonika razmatra ispravljanje te greške. Vid. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednact. Građanski zakonik Republike Srbije. Druga knjiga. Obligacioni odnosi*, Vlada Republike Srbije, Beograd 2009, 105 (Prednact). Upor. „Deliktna sposobnost pravnog lica ne može se ograničiti njegovim statutom: pravno lice je neograničeno deliktno odgovorno i kada je njegova pravna sposobnost statutom ograničena.“ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev 1501/1998, Elektronska baza Službenog glasnika (*Sl. glasnik*). Isto: Stojan Cigoj, „Član 172. Odgovornost pravnog lica za štetu koju prouzrokuje njegov organ“, u: Boristlav T. Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1983, 630: Jedan je stav da se pravno lice može obvezivati neograničeno, a drugi da ono to može samo u granicama svoje pravne i poslovne sposobnosti. Međutim, ovaj spor dolazi u obzir samo u sferi poslovnih obaveza; u oblasti vanugovorne odgovornosti – to jest, u *pravu o naknadi štete* – kako kaže Cigoj – ograničenja sposobnosti ne deluju. Shvatanje *ultra vires* tu nije primenjivo.

tnoj odgovornosti pravnih lica postavljena su veoma apstraktno – bez obzira na vrste pravnih lica i njihovih organa. Režim deliktne odgovornosti je isti za privatno-pravna i javnopravna lica, za udruženja i ustanove, za inokosne i kolegijalne organe i tako dalje.² Reč je o vanugovornoj odgovornosti pravnog lica za skrivljene posledice sopstvenih radnji, a ne o odgovornosti za drugoga.³ Ima pravnih pisaca koji misle drugačije. Primerice, Đorđević i Stanković smatraju da postoje dva razloga da se odgovornost pravnog lica označi kao odgovornost za drugoga: Prvo, ona se tradicionalno tako klasifikuje. I drugo, reč je o odgovornosti jednog lica (pravno lice) za štetu koju prouzrokuje neko drugo lice (organ), s kojim je ovo odgovorno lice u posebnom odnosu. Kada prihvate da je reč o odgovornosti za drugoga, ovi autori konsekventno zaključuju i da ta odgovornost mora da bude objektivna, jer pravno lice ne može da se oslobodi odgovornosti dokazujući da ono samo nije krivo.⁴ Međutim, pravno lice je

- 2 Pravno lice može da odgovara samo za sopstvene organe, pa bili to i strani organi, to jest organi u čiji sastav ne ulaze (samo) učesnici predmetnog pravnog lica nego (i) lica van ove organizacije, ali nikako za tuđe organe, to jest za organe nekog drugog pravnog lica. O stranim organima vid. Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo. Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd 2012, 397. Upor. Opština ne može da odgovara za štetu koju građanima prouzrokuju organi države. Opština kao jedinica lokalne samouprave ima svoje organe i može da odgovara samo za štetu koju oni prouzrokuju trećim licima. Šteta koju prouzrokuje sud otklanja se tužbom prema državi a ne prema jedinici lokalne samouprave. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 5507/2001 od 10. januara 2002. (Ako drugačije nije posebno naglašeno, sudske odluke u ovom radu preuzete su iz elektronske baze *ParagrafLex*.) Isto važi i ako je u vreme štetnog događaja (1982) opština obezbeđivala sredstva za rad opštinskih sudova i preko svojih organa vršila izbor sudija, jer se i tada sudska vlast vršila u cilju očuvanja ustavnog poretka i prava i sloboda građana. Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 882/2001 od 1. avgusta 2001.
- 3 Da tu može biti reči samo o odgovornosti pravnog lica za sopstvene radnje (preduzete preko svojih organa), a ne o odgovornosti za drugoga smatraju i: Mihajlo Vuković, *Obvezno pravo. Knjiga I. Uvod, odgovornost za štetu i ostale vanugovorne obveze*, Školska knjiga, Zagreb 1956, 205, S. Cigoj, 620, Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo. Opšti dio*, Veselin Masleša, Sarajevo 1960, 324–325. Na margini: Cigoj kaže da organ pravnog lica postupa kao njegov *ego*, dok je zastupnik – *alter ego* pravnog lica. S. Cigoj, 620. Zastupnik može da se označi kao *alter ego* pravnog lica samo ako se pod time ne podrazumeva druga strana jedne te iste ličnosti, nego veoma naklonjena ali odvojena, posebna ličnost: *pravi prijatelj* u ciceronskom smislu. Ciceronov pravi prijatelj je *kao drugo ja* – ali on nije ja! Upor: Verus amicus (...) est enim is, qui est tamquam alter idem (Ein wahrer Freund ist gleichsam ein zweites Selbst). Marcus Tullius Cicero, *Laelius de amicitia*, 80, <http://www.forumromanum.org/literature/cicero/amic.html#80>. Ova analogija je ponekad bitno drugačije shvaćena i prenetu u domaćoj teoriji: tako da pravno lice jeste *ego*, a njegov organ (a ne zastupnik!) jeste *alter ego*. Upor. Miroslav Vrhovšek, „Pravno lice kao izvršilac krivičnog dela prema Zakonu o odgovornosti pravnih lica za krivična dela“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2010, 34, Nataša Petrović Tomić, *Osiguranje od odgovornosti direktora i članova upravnog odbora akcionarskog društva*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2011, 41. Ova druga konstrukcija nalaže da se *alter ego* odredi upravo suprotno – kao druga strana jedne te iste ličnosti, a ne kao pravi prijatelj u ciceronskom smislu.
- 4 Živorimir Đorđević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1987, 417. Odgovornost iz čl. 172 ZOO svrstavaju u odgovornost za drugoga, primera radi, i: Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet, Beograd 2008, 479, Bogdan Loza, *Obligaciono pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2000, 237, Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb 2006, 625. Kao jedini razlog za to što je ovo odgovornost za drugoga Klarić i Vedriš ističu pravo pravnog lica na regres. To je doktrinarno slab argument, jer pravo na regres postoji i u slučaju odgovornosti više lica za istu štetu – u slučaju da jedan solidarni dužnik isplati više nego što iznosi njegov udeo u šteti. Drugim rečima, iz same činjenice što postoji regresni zahtev ne može se pouzdano zaključiti da li je reč o odgovornosti za drugoga ili o odgovornosti *uz* drugoga.

razdvojeno od svojih osnivača i učesnika⁵ i ima sopstvena prava i obaveze – među kojima i obavezu da naknadi štetu do koje dođe u vršenju ili povodom vršenja njegove delatnosti.⁶ Svoju delatnost ono obavlja preko svojih organa.⁷ Sam organ pravnog lica nije pravno sposoban, nema vlastiti pravni subjektivitet, pa ne može ni da bude neko drugi – za koga bi pravno lice uopšte moglo da odgovara po pravilima odgovornosti za drugoga. Pravno lice i ne može da postupa drukčije nego preko svojih organa, a ovi organi su njegovi sastavni delovi a ne samostalni pravni subjekti. Osnov deliktne odgovornosti pravnog lica jeste pogrešno postupanje njegovog organa. Na taj način se o ovome uobičajeno govori, premda bi bilo preciznije da se kaže da pravno lice odgovara za *vlastito* pogrešno postupanje koje se po prirodi stvari sprovodi preko organa.⁸

Pravno lice odgovara zato što je njegov organ postupao nezakonito, nepravilno ili u širem smislu pogrešno u obavljanju ili povodom obavljanja svoje funkcije pa je na taj način prouzrokovao štetu nekom trećem licu.⁹ Odgovornost pravnog lica u

-
- 5 O pojmu učesnika, koji obuhvata članove, organe i zaposlene vid. V. Vodinelić, *op.cit.*, 377 i dalje, 396–397.
- 6 „Srednja škola čiji je učenik na času fizičkog vaspitanja zadobio udarac u predelu glave poseban je pravni subjekt, ima svojstvo pravnog lica i može da bude stranka u postupku. Stoga Republika Srbija nije odgovorna za štetu koja je pričinjena učeniku pri izvođenju školske nastave.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 40/2006 od 8. februara 2006. U tom smislu i: Narodna banka Srbije je republički organ *sui generis* sa svojstvom pravnog lica. Zahtev za naknadu štete koju su organi Narodne banke izazvali svojim propustima može da bude usmeren samo protiv nje same. Republika Srbija u tom slučaju nije pasivno legitimisana. Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 790/2006, od 14. juna 2006.
- 7 Jakov Radišić ističe da se ovde ne misli na organ pravnog lica u strogo formalnom smislu, to jest na onoga ko se kvalifikuje kao organ po izričitoj normi osnivačkog akta, nego na svakoga ko faktički obavlja funkciju organa jer je ovlašćen na učešće u formiranju volje pravnog lica: Svako ko faktički vrši funkciju organa jeste organ pravnog lica u smislu pravila o odgovornosti. To isključuje samozvance. Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd 2004, 243. Da je po ovom osnovu isključena odgovornost za onoga ko uzurpira svojstvo organa pravnog lica ili se neosnovano predstavlja kao organ: Mihailo Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1969, 116.
- 8 U praksi domaćih sudova bilo je i drugačijih stavova, ali su oni za sada u manjini. Primerice, u jednom slučaju Vrhovni sud Srbije smatrao je da država odgovara za štetu koju prouzrokuju radnici Ministarstva unutrašnjih poslova bez obzira na to da li su se oni ponašali onako kako je trebalo: „Bitno je da se utvrdi da je šteta nastala vršenjem službe a nije potrebno da se utvrđuje greška službenog lica ili rđavo funkcionisanje službe. Kod ove odgovornosti zahtev za naknadu štete bazira se na samoj činjenici što je šteta nastala vršenjem službe, a ne greškom radnika koji tu službu vrši odnosno ne greškom same službe.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3184/2005 od 26. januara 2006. Takođe: „Odgovornost Republike Srbije za štetu koju njeni organi prouzrokuju trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija, nezavisna je od postojanja krivice.“ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 228/2010 od 24. februara 2010. Ova odluka Apelacionog suda dvostruko je sporna. Prvo, Apelacioni sud tvrdi da je odgovornost države po čl. 172 ZOO nezavisna od krivice, a potom utvrđuje da je osnov te odgovornosti *propust* u radu Ministarstva unutrašnjih poslova. I drugo, sud je odbio da razmatra skrivljeni doprinos nekog drugog lica nastanku štete ističući da je odgovornost države po čl. 172 ZOO nezavisna od krivice. Međutim, i u tom slučaju, dakle, i da se za odgovornost države ne zahteva da postupanje njenog organa bude pogrešno, tuđ doprinos nastanku štete trebalo je razmotriti prilikom utvrđivanja uzročnosti, jer država ne bi mogla da odgovara za onaj deo štete koji je posledica tuđeg činjenja – a ne postupanja njenog organa.
- 9 Država *ne odgovara* za štetne posledice *zakonitog i pravilnog* postupanja svojih organa i službenika. Ona može da isplati naknadu za štetu prouzrokovanu normativnim aktima zakonodavnog organa

srpskom građanskom pravu ne zasniva se na tome što je njegov osnivač ili učesnik pogrešio pri izboru (*culpa in eligendo*), nadzoru (*culpa in vigilendo/inspiciendo*) ili usmeravanju (*culpa in instruendo*) onog organa koji je prouzrokovao štetu, nego na pogrešnom postupanju samog organa koji je doveo do štete.¹⁰ Dovoljno je to što organ koji je izazvao štetu nije postupao onako kako je trebalo – ne traži se greška u postupanju onih koji su ga odabrali, nadzirali i davali mu radna uputstva. Kada isplati naknadu štete oštećeniku, pravno lice može da zahteva isplaćeni iznos od štetnika, ali samo ako dokaže da je štetnik postupao namerno ili s grubom nepažnjom. Izuzetno, kada je država odgovorno lice a sudija štetnik, regresni zahtev odgovornog lica koje je isplatilo naknadu štete postoji samo prema štetniku koji je štetu prouzrokovao namerno. U svakom slučaju, pod štetnikom prema kojem je upravljen regresni zahtev pravnog lica ne misli se na organ pravnog lica, nego na fizičko lice koje je vlastitom radnjom prouzrokovalo štetu nekom trećem licu, postupajući u svojstvu organa odgovornog pravnog lica. Pravno lice ne odgovara samo za štetne posledice pogrešnog postupanja svojih organa nego i za štetne posledice pogrešnog postupanja drugih svojih učesnika – zaposlenih ili članova¹¹ – ali to nije predmet ovog rada. Isto tako, pravno lice odgovara po pravilima o objektivnoj od-

ili zakonitim i u svakom smislu ispravnim aktima drugih svojih organa ili službenika, ali u tom slučaju ne radi se o njenoj odgovornosti, nego o posebnom režimu naknade koju zakonodavac dobrovoljno prihvata iz razloga celishodnosti odnosno radi zadovoljenja pravičnosti i obezbeđenja pravne sigurnosti. Tako: Dragaš Denković, „Naknada štete prouzrokovane zakonitim radnjama javnih službenika i odgovornost“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2–3/1961, 231–234. Zoran Tomić govori o *javnom obeštećenju* kao o posebnom vidu naknade u slučaju da je zakonitom državnom intervencijom pričinjena izvesna šteta fizičkom ili pravnom licu. Vid. više: Zoran Tomić, „Pravna priroda tzv. odgovornosti države za štetu bez greške u jugoslovenskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1–4/1983, 692–707. Drugačije svetlo na izloženi Denkovićev stav baca nova ustanova objektivne odgovornosti države za štetu izazvanu propuštanjem da se direktiva EU implementira u nacionalno zakonodavstvo. Ovo pravilo načelno je postavljeno presudom u slučaju *Francovich* (Judgment of the Court of 19 November 1991, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v Italian Republic*, Joined cases C–6/90 and C–9/90, European Court reports 1991 Page I–05357). Nema prostora da se taj institut ovde dalje analizira.

- 10 Država odgovara za štetu koju sudija prouzrokuje svojim nezakonitim ili nepravilnim radom. Nasuprot tome, odgovornost države za štetu prouzrokovanu neosnovanim lišenjem slobode ili neosnovanom osudom ne zasniva se na pogrešnom postupanju njenih organa, nego je ta odgovornost objektivna – zasnovana na riziku da dođe i do neosnovanih lišenja slobode odnosno neosnovanih osuda. Taj rizik država prihvata na sebe da bi umanjila mogućnost da učinioci krivičnih dela ostanu nekažnjeni. Tako: Jasminka Stanojević, „Referati Apelacionog suda u Beogradu. Odgovornost države za štetu zbog neosnovane osude i neosnovanog lišenja slobode“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 3/2012, 218–219. Odgovornost države za štetu izazvanu neosnovanim lišenjem slobode odnosno neosnovanom osudom posebno je uređena Zakonikom o krivičnom postupku. Vid. čl. 18 i 583–595, Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014. Za njeno zasnivanje se ne zahteva da rad suda bude ni nezakonit, ni nepravilan, niti u opštem smislu pogrešan. To smatra i: Marija Milisavljević, „Naknada štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode“, *Pravni život* 11–12/1992, 1948. Uz to, država je odgovorna za štetu i ako je oštećenik bio lišen slobode u skladu s propisom koji je kasnijom odlukom Ustavnog suda proglašen neustavnim. Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 123/06 od 1. juna 2006. (U ovom slučaju izgleda da se radi o odgovornosti države za štetu prouzrokovanu normativnim aktom zakonodavnog organa.) Odgovornost države za štetu od neosnovane osude i neosnovanog lišenja slobode nije predmet ovoga rada.

- 11 Tako: V. Vodinić, *op. cit.*, 407–408.

govornosti ako se delatnost koju ono obavlja kvalifikuje kao opasna delatnost iz čl. 173 ZOO. Ni to nije tema ovog rada.

2. OPŠTA NORMA O ODGOVORNOSTI PRAVNOG LICA ZA ŠTETU KOJU PROUZROKUJE NJEGOV ORGAN

Domaći sudovi i pravna teorija konstruišu izloženu *opštu normu o odgovornosti pravnog lica za štetu koju skrivljeno prouzrokuje njegov organ* iz odgovarajućih zakonskih odredaba,¹² a pre svega iz čl. 35 st. 2 i čl. 151 st. 1 Ustava Republike Srbije,¹³ čl. 16 i 172 Zakona o obligacionim odnosima,¹⁴ čl. 124 Zakona o državnim službenicima¹⁵ i čl. 6 Zakona o sudijama.¹⁶ U poslednja dva propisa izričito je određeno da država ne odgovara za štetne posledice svakog službeničkog odnosno sudijskog rada, već samo kada je šteta izazvana nezakonitim ili nepravilnim postupanjem ovih štetnika. Isto je propisano Ustavom za slučaj da štetu prouzrokuje državni organ, imalac javnog ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave. Međutim, u čl. 172 st. 1 ZOO stoji samo da pravno lice odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem u vršenju ili u vezi s vršenjem svojih funkcija. Nema, dakle, izričite ustavne ili zakonske odredbe koja bi ograničila odgovornost pravnog lica na situacije u kojima je šteta posledica nezakonitog

- 12 Pojedina opšta pravila o odgovornosti za pričinjenu štetu ipak se ne primenjuju kada za štetu odgovara pravno lice. Primera radi: Pravno lice ne može da se pozove na odredbe ZOO o sniženju naknade zbog slabog imovnog stanja odgovornog lica. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 7036/1998 od 7. oktobra 1999.
- 13 Ustav Republike Srbije – Ustav RS, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006. Vid.: „Svako ima pravo na naknadu materijalne ili nematerijalne štete koju mu nezakonitim ili nepravilnim radom prouzrokuje državni organ, imalac javnog ovlašćenja, organ autonomne pokrajine ili organ jedinice lokalne samouprave.“ Čl. 35 st. 2 Ustava RS. „Sudija ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije.“ Čl. 151 st. 1 Ustava RS.
- 14 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. Vid. „Pravno lice odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem svojih funkcija. Ako za određeni slučaj nije što drugo u zakonu određeno, pravno lice ima pravo na naknadu od lica koje je štetu skrivilo namerno ili krajnjom nepažnjom. To pravo zastareva u roku od šest meseci od dana isplaćene naknade štete.“ Čl. 172 ZOO.
- 15 Zakon o državnim službenicima – ZDS, *Službeni glasnik RS* br. 79/2005, 81/2005 – ispr., 83/2005 – ispr., 64/2007, 67/2007 – ispr., 116/2008 i 104/2009. Vid. „Za štetu koju državni službenik na radu ili u vezi s radom prouzrokuje trećem licu nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija. Oštećenik ima pravo da naknadu štete zahteva i neposredno od državnog službenika, ako je on štetu prouzrokovao namerno. Ako Republika Srbija oštećeniku nadoknadi štetu koju je državni službenik prouzrokovao namerno ili iz krajnje nepažnje, ima pravo da od državnog službenika zahteva naknadu plaćenog iznosa u roku od šest meseci od dana isplaćene naknade štete.“ Čl. 124 ZDS.
- 16 Zakon o sudijama – ZS, *Službeni glasnik RS* br. 116/2008, 58/2009 – odluka US, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – odluka US, 121/2012, 124/2012 – odluka US i 101/2013. Vid. „Za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija. Ako je Republika Srbija na osnovu pravnosnažne sudske odluke, odnosno poravnanja zaključenog pred sudom ili drugim nadležnim organom, isplatila štetu iz stava 1. ovog člana, može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa, ako je šteta prouzrokovana namerno.“ Čl. 6 st. 1 i 2 ZS.

ili nepravilnog postupanja njegovog organa ako odgovorno lice nije nosilac javnih ovlašćenja. Iz jezičkog, to jest gramatičkog tumačenja odredbe čl. 172 st. 1 ZOO proizlazi da je ta odgovornost objektivna – da pravno lice odgovara za štetu pričinjenu u obavljanju ili povodom obavljanja svoje delatnosti preko svojih organa bez obzira na to što su njegovi organi postupali onako kako je trebalo. Drugim rečima, u zakonskom pravilu ne pominje se krivica, pa na prvi pogled izgleda da ona i nije potrebna.¹⁷ Međutim, logičko tumačenje nalaže da se ova odredba ZOO drugačije razume: U odsustvu posebnih pravila o osnovu odgovornosti pravnog lica za štetu nastalu radom njegovih organa, tu odgovornost treba zasnovati na opštim pravilima. Po opštim pravilima odgovornost lica koje obavlja određenu delatnost može da se zasnuje bez obzira na krivicu samo ako ta delatnost generiše povećanu opasnost od štete po okolinu kada se obavlja onako kako bi je trebalo obavljati.¹⁸ Mimo ovih izuzetnih slučajeva, a to će reći uvek kada posao koji određeno pravno lice obavlja preko svojih organa nije abnormalno opasan, opšta pravila nalažu da se za štetu odgovara po osnovu krivice.¹⁹ Teret dokazivanja pada na oštećenika: domaći sudovi

-
- 17 Za razliku od odgovornosti poslodavca za zaposlene iz čl. 170 st 1. ZOO, u čl. 172 ZOO nije predviđeno da odgovorno lice (pravno lice) može da se oslobodi odgovornosti dokazujući odsustvo krivice štetnika (organa pravnog lica). Tako: Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, 479. Radišić naglašava da je odgovornost pravnog lica za štetu u srpskom pravu objektivna samo u tom smislu što pravno lice odgovara bez obzira na svoju krivicu, ali da postupak organa kojim je pričinjena šteta mora da ima karakter delikta. U Radišićevom opusu to znači da taj postupak mora da bude skriven. J. Radišić, *op.cit.*, 243.
- 18 Upor. „(1) Opasnu delatnost treba razumeti kao ljudsku aktivnost koja, kada se obavlja na normalan način, a to će reći onako kako bi je obavljao razuman i pažljiv čovek, predstavlja povećanu opasnost od štete za okolinu, to jest generiše povećani rizik štete po druge. (2) Ako je delatnost takva da je se razuman i pažljiv čovek ne prihvata ako za nju nije posebno obučen, onda je merodavno da li delatnost predstavlja povećanu opasnost od štete kada se obavlja na profesionalan način, to jest onako kako bi je obavljao razuman i pažljiv stručnjak. U tom slučaju delatnost je opasna ako stvara povećani rizik štete i kada je obavlja razuman i pažljiv stručnjak. (3) U opasne delatnosti treba uvrstiti i one koje redovno nisu opasne ali to postaju s obzirom na opasne okolnosti pod kojima ih treba obaviti.“ Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 86. Vid. takođe: Stojan Cigoj, „Građanska odgovornost“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom prvi, Službeni list, Beograd 1978, 425 (ukupna delatnost državnih organa ne može se označiti kao opasna delatnost).
- 19 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1151/2004 od 5. maja 2005: „Pravno lice odgovara za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu obavljanjem posla koji spada u njegove dužnosti, i to po pretpostavljenoj krivici pravnog lica.“ Da je reč o odgovornosti za grešku (krivicu) smatraju: S. Cigoj, *ibid.*, 620–621, J. Radišić, *op.cit.*, 243, V. Vodinić, *op.cit.* 408 (skriviljene radnje učesnika pravnog lica računaju se pravnom licu kao njegovi delikti), Slavoljub Popović, „Odgovornost države i organizacija koja vrše javna ovlašćenja za štetu nanetu građanima i pravnim licima“, *Pravni život* 11–12/1992, 1914 i dalje (ubraja odgovornost države za nezakonit ili nepravilan rad organa u subjektivnu odgovornost, ali ukazuje i na brojne druge oblike odgovornosti države za koje se ne traži krivica). Dragaš Denković je takođe smatrao da je odgovornost za nezakonit odnosno nepravilan rad službenika – odgovornost za građansko-pravnu krivicu, a nezakonitu odnosno nepravilnu radnju službenika treba razumeti tako da ona obuhvati *svako njihovo protivpravno postupanje i to u najširem smislu*. Vid. Dragaš Denković, „Odgovornost države za štetu koju prouzrokuju državni službenici – pojam nezakonite radnje“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1953, 438–442. Slično je krivicu određivao Konstantinović. Upor. „Krivica je svako neprid-

smatraju da oštećenik mora da dokaže da je postupak organa pravnog lica kojim mu je prouzrokovana šteta bio nezakonit, nepravilan ili u opštem smislu pogrešan.²⁰

3. MERILO KRIVICE: NEZAKONITO, NEPRAVILNO ILI U OPŠTEM SMISLU POGREŠNO POSTUPANJE

Prvo da pogledamo osnovno razumevanje krivice u srpskom pravu. Pod naslovom *Kada postoji krivica*, u čl. 127 Skice stoji:²¹ „Pri prosuđivanju da li je lice koje je štetu prouzrokovalo krivo ili ne, to jest da li se ponašalo kako je trebalo, sud vodi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čoveka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima.“ Ova definicija je neopravdano izostavljena iz jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima (1978). Međutim, sudovi su postepeno prihvatili pojmovno određenje krivice koje je bilo predloženo Skicom, pa se sada bez sumnje može reći da se krivica u domaćem građanskom pravu razume kao pogrešno postupanje odgovornog lica, a ne kao njegova svest ili volja određenih kvaliteta.²² Sudovi prosuđuju krivicu *in abstracto*, a to će reći po jednom objektivnom merilu na čiju sadržinu u načelu ne utiču lične osobine i prilike štetnika.

Opšta norma o subjektivnoj odgovornosti za štetu spada u onu vrstu *neodređenih dispozicija* koje se nazivaju *dispozicijama s neodređenim pojmovima – pravnim standardima* jer sadrži standard osnovano očekivanog ponašanja, a ne konkretan opis takvog ponašanja.²³ Taj standard zapravo je jedno pravilo o ponašanju ljudi koje već dugo važi u praksi naših sudova i čije pozakonjenje je pomenutim čl. 127

žavanje već dobro utvrđenih navika i običaja, pa makar oni bili novijeg porekla.“ M. Konstantinović, *op.cit.*, 90.

- 20 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 935/07 od 18. septembra 2008, Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1035/2004 od 21. oktobra 2004. Isto: Odluka Višeg trgovinskog suda, Pž. 1275/2006, *Sl. glasnik*. Suprotno to jest da se krivica učesnika pravnog lica oborivo pretpostavlja: V. Vodinić, *ibid.* 408. Međutim, Vodinić se poziva na čl. 170 ZOO po kojem se pretpostavlja krivica zaposlenog a ne organa. Odgovornost iz čl. 170 je klasičan primer odgovornosti za drugoga. Tu je krivica samog poslodavca irelevantna, a uslov za zasnivanje njegove odgovornosti jeste pretpostavljena krivica zaposlenog. Zaposleni je neposredno odgovoran za štetu koju je prouzrokovao namerno. U takvom slučaju poslodavac i zaposleni odgovaraju solidarno za istu štetu, svaki po svome osnovu. Međutim, Vodinić široko tumači zakonsku pretpostavku krivice *zaposlenog* kao pretpostavku krivice *učesnika* pravnog lica, što pored zaposlenih obuhvata i organe i članove.
- 21 Vid. M. Konstantinović, *Obligaciono pravo. Beleške sa predavanja*, 78. Komisija za izradu Građanskog zakonika predlaže doslovno pozakonjenje ovog pravila. Vid. čl. 171, st. 1 Prednacrtu.
- 22 Vid. naročito Miodrag V. Orlić, „Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu: razvoj i perspektive“, u: *Forum za građansko pravo za jugoistočnu evropu. Izbor radova i analiza. Knjiga I*, GTZ, Beograd 2010, 331–353, Miodrag V. Orlić, „Esej o krivici – u građanskom pravu“, *Pravni život* 1–2/2009, 179–198. Vid. takođe: Marija Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, predgovor napisao prof. dr Miodrag V. Orlić, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, *passim.*, Miodrag Orlić, „Građansko-pravna odgovornost advokata u srpskom pravu“, u: *Odgovornost i osiguranje odgovornosti advokata*, Intermex, Beograd 2006, 13–26.
- 23 O neodređenim dispozicijama i njihovim vrstama, a posebno o dispozicijama s neodređenim pravnim pojmovima – pravnim standardima, vid. Radomir Lukić, *Teorija države i prava – II. Teorija prava*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva i BIGZ, Beograd 1995, 96–99.

Skice predložio Mihailo Konstantinović. Ono nalaže da svako postupa onako kako bi se prema redovnom toku stvari moglo osnovano očekivati od razumnog i pažljivog čoveka u datim okolnostima. Ova dispozicija je preciznija, čvršće određena kada potencijalni štetnik postupa u profesionalnom kapacitetu: Od stručnjaka se osnovano očekuje da postupa sa stručnjačkom, profesionalnom razboritošću i pažnjom, to jest onako kako bi se u datim okolnostima ponašao razuman i pažljiv stručnjak odgovarajuće specijalizacije. Kada je reč o odgovornosti pravnog lica za štetu koju njegov organ pričinu trećem licu u obavljanju ili povodom obavljanja funkcije koja mu je dodeljena, onda je dispozicija norme o subjektivnoj odgovornosti određena još preciznije. Takva dispozicija sadrži još više parametara koje sud mora da uzme u obzir pri prosuđivanju da li je organ pravnog lica postupao onako kako je trebalo. Ovi parametri se ne isključuju međusobno: Jedno te isto činjenje ili nečinjenje može u isto vreme da bude i nezakonito i protivno pravilima struke i nedovoljno razborito i nedovoljno pažljivo, a ako je pravno lice nosilac određenih javnih ovlašćenja, onda i takvo da vređa javno poverenje. To što određeno postupanje nije zakonom zabranjeno, odnosno što nije protivno pravilima određene struke, niti je protivno pravu u širem smislu – još uvek ne znači da ono nije pogrešno. Pogrešno je i ono postupanje koje je *stricto sensu* dopušteno, ali nije u dovoljnoj meri razborito i pažljivo – ne preduzima se s onom razboritošću i pažnjom koja se osnovano očekuje u datim okolnostima.

Postupanje pravnih lica uređeno je u najvećoj meri pravnim propisima i običajima u pravnom prometu i od pravnih lica se osnovano očekuje da sva ta pravila poštuju, pa se pogrešno, to jest skrivljeno postupanje pravnog lica veoma često manifestuje kao ponašanje protivno pravnoj zapovesti. Pojam protivpravnosti u srpskom građanskom pravu i inače je obuhvaćen pojmom krivice, a kada za štetu odgovara pravno lice, onda se krivica po pravilu svodi na protivpravnost.²⁴ Ovo ne znači da se između pojmova protivpravnosti i krivice gubi razlika: Postupanje pravnog lica preko njegovih organa može da bude pogrešno i ako nije strogo uzev protivno pravnoj zapovesti. U svakom slučaju, protivpravnost se ne traži pored krivice, uz nju, nego je u pojedinim slučajevima postupanje pravnog lica pogrešno *zato što je protivno pravu*. Standard društveno prihvatljivog ponašanja je određeniji, preciznije postavljen kada se odnosi na pravna lica. Ponašanja pravnih lica su po prirodi stvari detaljnije normirana, pa se njihovo pogrešno, to jest skrivljeno postupanje češće svodi na postupanje protivno osnovanim društvenim očekivanjima koja su pretočena u pravnu normu. Međutim, pogrešno je i ono postupanje pravnog lica koje nije protivno pravnoj zapovesti ali nije ni razborito, pažljivo, savesno u dovoljnoj meri.²⁵ U svakom slučaju, merilo društveno prihvatljivog postupanja pravnih lica uvek je ono ponašanje koje je moglo osnovano da se očekuje *od pravnog lica* – a ne od fizičkih lica ovlašćenih da učestvuju u formiranju volje pravnog lica.

24 Više: M. Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, 257 i dalje.

25 U švajcarskom pravu kao protivpravni čin (u kontekstu vanugovorne odgovornosti) označava se i povreda obaveze pažljivog postupanja koja ne proizlazi iz ugovora: „Acte illicite. (...) Il peut s'agir de la violation fautive d'une obligation extracontractuelle de diligence.“ ATF 116 II 695 JT 1991 I 625. Odluka navedena u: „Art. 41, Code des Obligations“, u: Georges Scyboz, Pierre Scyboz, Pierre-Robert Gilliéron, Andrea Braconi, *Code Civil Suisse et Code des Obligations annotés (CC&CO)*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2008, 35.

Merilo krivice ovde je izloženo opisno i pragmatično, s prvenstvenim ciljem da usmeri i pravno lice i sudiju koji utvrđuje da li je organ pravnog lica postupao onako kako je trebalo u konkretnom slučaju. Kompleksnost ovoga merila, to jest slojevitost standarda zakonitog i pravilnog postupanja prema kojem se odmerava ponašanje organa pravnog lica, vidljiva je u odlukama najviše sudske instance. Kada utvrđuju da li su ispunjeni uslovi za zasnivanje odgovornosti pravnog lica za štetu koja je nastala u obavljanju njegove delatnosti, sudovi prosuđuju *zakonitost i pravilnost rada* organa pravnog lica čijim je postupanjem prouzrokovana šteta. Nezakonitost i nepravilnost rada ne zahtevaju se kumulativno nego alterativno.²⁶ Pod nezakonitim radom sudovi misle na postupanje suprotno zakonu²⁷ ili drugom opštem aktu, uključujući propuštanje da se zakon ili drugi opšti akt primeni,²⁸ ili, čak, postupanje *protivno običajima odnosno pravilima morala*.²⁹ Pojam nepravilnog rada mnogo je složeniji. Tu spada postupanje protivno pravilima određene struke odnosno službe³⁰ ili delatnosti,³¹ zatim

- 26 „Za postojanje odgovornosti za prouzrokovanu štetu pretpostavka je alternativno a ne kumulativno postojanje nezakonitog ili nepravilnog rada u obavljanju službi ili delatnosti. Nezakonit rad bi se manifestovao kao postupanje protivno zakonu, drugom propisu ili opštem aktu, ili propuštanje da se zakon, propis ili opšti akt primeni ili kao radnja protivna običajima ili pravilima norme (*sic!*). Kao nepravilan rad mogu se označiti radnje koje nisu u skladu s opštim normama o vršenju određene službe odnosno delatnosti.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4475/2003 od 3. novembra 2004.
- 27 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 535/2006 od 17. maja 2006. Takođe: Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2816/2005 od 1. marta 2006: „Kada finansijska policija u postupku redovne kontrole, obavljene saglasno svojim ovlašćenjima, izvrši oduzimanje robe, u takvoj radnji nema protivpravnosti, a time i odgovornosti za štetu.“ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 6172/2013 od 13. septembra 2013: „Lice od koga je policija privremeno oduzela vozilo a potom, protivno propisima, vozilo vratila nekom drugom licu, ima pravo na naknadu štete po čl. 172 ZOO, ako dokaže da je vlasnik vozila.“ Takođe: Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 1458/2007 od 27. septembra 2007: Država odgovara za štetu zbog nepravilnog rada suda ako sud sprovede izvršenje radi naplate novčanog potraživanja na stvari trećeg lica koje je u izvršnom postupku istaklo prigovor da je vlasnik stvari. Izvršni sud je bio dužan, sa stanovišta ustavnih i zakonskih propisa, da raspravi činjenicu da li je traktor kao predmet izvršenja radi naplate novčanog potraživanja zaista vlasništvo dužnika ili trećeg lica.
- 28 Država odgovara za štetu do koje je došlo nepravilnim radom organa uprave koji nije doneo rešenje kojim bi se okončao upravni postupak povodom kojeg je oštećeniku bila oduzeta kvarljiva prehrambena roba. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 161/2010 od 30. juna 2010. Ali: Zakonitost postupanja državnog organa ne može biti dovedena u pitanje činjenicom što je kasnijom odlukom Ustavnog suda utvrđeno da je opšti akt u skladu s kojim je taj organ postupao – neustavan. S druge strane, država odgovara za štetu ako odmah nakon što je odluka Ustavnog suda objavljena u Službenom glasniku, ne izvrši povraćaj neosnovano naplaćenog poreza. U tom smislu: Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 9099/2005 od 28. decembra 2005, Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 4522/2006(1) od 7. decembra 2006.
- 29 „Nezakonit rad organa manifestuje se u postupanju protivno zakonu, drugom propisu ili opštem aktu, ili u propuštanju da se zakon, drugi propis ili opšti akt primeni, ili u *radnji koja je protivna običajima i pravilima morala*. Kao nepravilan rad mogu se označiti radnje koje nisu u skladu sa opštim normama u vršenju službe, odnosno delatnosti, a kojima je građanima pričinjena šteta.“ Presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu P. 1699/04 od 19. novembra 2004, presuda Okružnog suda u Beogradu Gž. 6190/2005 od 1. juna 2005. i presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 123/2006 od 1. juna 2006.
- 30 Odluka Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 335/2002 od 10. aprila 2002: Nepravilno postupanje je i postupanje *protivno internim pravilima rada* odgovornog pravnog lica. U datom slučaju postupanje je bilo suprotno uputstvu za rad u službi za platni promet: nije obavljena prethodna kontrola verodostojnosti pečata i potpisa na nalogu za plaćanje, za koji se kasnije ispostavilo da je falsifikovan.
- 31 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3204/2005 od 7. decembra 2006.

rad koji se ne obavlja po protokolu i na uobičajen način.³² Takođe, kao nepravilan rad u praksi naših sudova kvalifikuje se *pristrasno, zlonamerno, šikanozno*,³³ u opštem smislu *nesavesno*,³⁴ *protivno osnovanim očekivanjima* u datim okolnostima,³⁵ pa čak *nedomaćinsko* postupanje organa pravnog lica.³⁶ Kao merilo pravilnog rada organa pravnog lica u teoriji se pominje još i *vršenje normalne i dobre službe*.³⁷

Da sumiramo. Pojam krivice u srpskom građanskom pravu i inače je objektivizovan – krivica se razume kao pogrešno postupanje, a ne kao psihički odnos subjekta prema vlastitom činu i posledicama tog čina.³⁸ Međutim, merilo krivice dodatno se objektivizuje pri prosuđivanju da li je *organ pravnog lica* koji je prouzrokovao štetu nekom trećem postupao onako kako je trebalo. Standard osnovano očekivanog ponašanja tu je preciznije utvrđen: pravno lice je manje slobodno u svom postupanju od fizičkog lica, osobito ako to pravno lice ima i određena javna ovlašćenja. Naime, dispozicija pravila o odgovornosti pravnog lica za štetu koju prouzrokuje njegov organ daleko je određenija; osnovana društvena očekivanja u pogledu postupanja pravnih lica obično su izričito normirana – uobličena u pravnu zapovest o ponašanju. Međutim, to što postupanje pravnog lica u konkretnom slučaju nije protivno nijednoj takvoj zapovesti još uvek ne znači da ono – to postupanje – nije pogrešno. Ono može da bude pogrešno i zato što je nedovoljno razborito ili pažljivo s obzirom na okolnosti. Od ovoga ne treba bežati. Na prvom mestu, razborito i pažljivo treba da bude postupanje a ne subjekt koji postupa. Na proceni je ponašanje, a ne stanje svesti i volje, pa nema prepreke ni da se postupanje pravnog lica označi kao nedovoljno pažljivo, nesmotreno, nerazborito³⁹ – a u praksi naših sudova i šikanozno, zlonamerno, nedo-

32 „Postupanje organa za čiji rad odgovara država i pravilnost njihovog rada ocenjuje se, po čl. 172 ZOO, prema propisanim pravilima postupka za rad organa i okolnostima konkretnog slučaja. Nezakonitim radom službenog lica ili organa smatra se postupanje suprotno zakonu, drugom propisu ili opštem aktu, kao i propuštanje da se zakon, drugi propis ili opšti akt primeni. Nepravilan rad službenog lica ili organa je činjenje ili nečinjenje protivno uobičajenom ili propisanom načinu obavljanja delatnosti, koje šteti pravu ili interesima nekog lica.“ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 403/2010 od 8. aprila 2010.

33 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 116/2012 od 1. februara 2012, Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1151/2004 od 5. maja 2005.

34 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2797/2005 od 14. februara 2006.

35 „Nepravilan rad postoji kada organ svoju delatnost nije obavio onako kako se od njega u datoj situaciji i datim okolnostima očekivalo.“ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž1. 840/2010 od 24. februara 2010.

36 Vrhovni sud Srbije je smatrao da su prvotužena Savezna Republika Jugoslavija (Vojska Jugoslavije) i drugotužena Republika Srbija (Ministarstvo unutrašnjih poslova) solidarno odgovorne za štetu koju su svojim *nedomaćinskim* ponašanjem prouzrokovali pripadnici vojske i policije za vreme boravka u hotelu u vlasništvu tužioca. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2875/2005 od 22. decembra 2005.

37 S. Popović, *op.cit.*, 1919.

38 Ideju o krivici kao socijalnom faktoru najpre je u našoj pravnoj teoriji jasno formulisao Mihailo Konstantinović: „Kad god se dogodi šteta nečijim postupkom, mi pošto utvrdimo kako se ponašalo lice koje je štetu prouzrokovalo, uporedimo njegovo ponašanje s ponašanjem vrlo pažljivog čoveka. [...] To znači da nije dovoljno ponašati se kao lice prosečne marljivosti, potrebno je ponašati se kao lice vrlo pažljivo i oprezno. Inače, svako drugo ponašanje znači krivicu. To se može reći da se građanska krivica sastoji u tome što se štetnik nije ponašao onako kako je trebalo, kako se moglo osnovano očekivati.“ M. Konstantinović, *op.cit.*, 90.

39 Upor. J. Radišić, *op.cit.* 243 (primerice, razmatra slučaj kada organ *nemarno* obavlja poslove iz svoje delatnosti). Vid. takođe: „Država odgovara za štetu koju upravni organ prouzrokuje trećem

maćinsko, nesavesno, nestručno i tome slično. Drugo, organ pravnog lica po prirodi stvari jeste zapravo fizičko lice čije se radnje uračunavaju pravnom licu – pod uslovom da je ono ovlašćeno da ih preduzme i da ih je u konkretnom slučaju preduzelo u svojstvu organa a ne u privatnom svojstvu.⁴⁰ U tom smislu pravni značaj razboritosti i pažljivosti pri njegovom postupanju ne može se ograničiti na regresni postupak između pravnog lica i fizičkog lica koje je postupalo u svojstvu organa, nego su to elementi objektivno shvaćene krivice samog pravnog lica, to jest parametri koji se moraju uzeti u obzir pri prosuđivanju da li se organ pravnog lica ponašao onako kako je trebalo.⁴¹ *Pravno lice* odgovara za onaj nerazborit ili nedovoljno pažljiv postupak fizičkog lica

licu u vršenju i u vezi s vršenjem svoje funkcije, ponašajući se *s krajnjom nepažnjom* u situaciji koja je iziskivala poštovanje najkraćih mogućih rokova.“ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 591/2010 od 22. septembra 2010.

- 40 Vid. V. Vodinelić, *op.cit.*, 396. Upor. Direktor preduzeća ne odgovara za štetu koju zaposleni pretrpi usled nezakonitog upućivanja na plaćeno odsustvo, jer je nezakonito rešenje doneo u vršenju funkcije inokosnog poslovnog organa, a ne kao fizičko lice. Za štetu po čl. 172 ZOO može da odgovara samo preduzeće. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. II-728/2003 od 18. juna 2003. Isto: „Pod pojmom zaposlenog iz čl. 170 st. 2 ZOO *ne podrazumeva se* fizičko lice koje vršeci funkciju direktora postupa kao organ pravnog lica.“ Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. 731/2008 od 21. novembra 2008. U istom tonu: Za štetu koju prouzrokuje guverner Narodne banke, ova banka odgovara po pravilima o odgovornosti za rad svojih organa, a ne po pravilima o odgovornosti za rad zaposlenog. Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 8297/2006(3) od 26. septembra 2007. „Po odredbi čl. 172 ZOO nije moguće pozvati na građanskopravnu odgovornost neposrednog učinioca štete (policajac, sudija, inspektor ...) već se postupak može voditi samo protiv države ili drugog pravnog lica o čijem se organu radi.“ Vera Knežević-Mandić, „Referat Apelacionog suda u Novom Sadu. Privilegovani rok zastarelosti potraživanja naknade štete“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda* 3/2011, 357. Isto: Dimitar Pop-Georgijev, „Član 172. Odgovornost pravnog lica za štetu koju prouzrokuje njegov organ“, u: Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović (ur.) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kulturni centar u Gornjem Milanovcu i Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac – Gornji Milanovac 1980, 522, B. Loza, 237. Suprotno: J. Radišić, *op.cit.*, 244. Radišić smatra da u ovim slučajevima treba analogno da se primeni pravilo iz čl. 170 st. 2 ZOO – o neposrednoj odgovornosti zaposlenog za štetu koju je na radu ili u vezi s radom *namerno* prouzrokovao trećem licu. To bi značilo da fizičko lice koje je postupalo u svojstvu organa pravnog lica treba neposredno da odgovara za štetu koju *namerno* izazove u vršenju ili povodom vršenja svoje funkcije. Ovo ne isključuje odgovornost samog pravnog lica. Isto kao Radišić, mada ne iz istog razloga: N. Petrović Tomić, *op.cit.*, 41–42. Petrović Tomić smatra da pravno lice odgovara za svoj organ po pravilima o odgovornosti za drugoga, zbog toga što ova koncepcija omogućava da pravno lice odgovara za organ – ali ne umesto njega, što ostavlja prostor da oštećenik naknadu zahteva neposredno od fizičkog lica koje je postupalo kao organ pravnog lica. Međutim, ovaj pravni efekat mogao bi se postići i na drugi način, bez odstupanja od početne premise da organu nedostaje pravni subjektivitet i da zbog toga on sam nije ni deliktan sposoban. Više ću reći o tome u poslednjem delu ovog rada.
- 41 Upor: Tužilac mora da dokaže da mu je šteta pričinjena protivzakonitom radnjom (činjenjem ili propuštanjem) suda kao državnog organa *odnosno* grubom nepažnjom ili namerom konkretnog sudije. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. br. 1364/2012 od 24. januara 2013. (*parafrazirala M.K.*). Vid. takođe: Država je odgovorna za štetu jer je njen organ (MUP) *znao* da postoji osnovana sumnja da je jedno vozilo ukradeno u Švajcarskoj i da broj na njegovoj šasiji nije originalan fabrički broj, pa je *prećutao* saznanje o krađi i podneo prekršajnu prijavu Carinarnici protiv nevlasnika na čije ime je vozilo bilo registrovano u Srbiji. Umesto da preispita postupak registracije i stvori uslove da se vozilo vrati svome vlasniku, MUP je omogućio domaćem licu koje nije vlasnik da plaćanjem kazne za carinski prekršaj povрати državinu na vozilu koje nije njegovo. Presuda Opštinskog suda u Nišu P. 4794/2002, od 12. decembra 2003, Presuda Okružnog suda u Nišu Gž. 503/2004 od 18. marta 2004. i Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2655/2004 od 21. aprila 2005.

kao organa pravnog lica koji je doveo do štete i onda kada taj postupak stogo uzev nije bio protivan zakonskoj zapovesti. Međutim, ne može se zasnovati regresna odgovornost *fizičkog lica* koje je štetu pričinilo delajući u svojstvu organa pravnog lica ako njegovo postupanje nije bilo skrivljeno u kvalifikovanom obliku (namerno ili grubo nepažljivo). U jednom slučaju Vrhovni sud Srbije rezonovao je na sledeći način: „Postojanje odgovornosti pravnog lica nije uslovljeno namerom ili grubom nepažnjom jer je postojanje namere ili grube nepažnje pravno relevantno samo u regresnoj parnici. Odgovornost pravnog lica uslovljena je neprimenjivanjem ili pogrešnim primenjivanjem određenih propisa, osim ako je reč o pogrešnom tumačenju zakona.“⁴² Međutim, to što se odgovornost pravnog lica može zasnovati i onda kada fizičko lice u organu pravnog lica te, konsekventno, u pravnom licu nije postupalo namerno, niti pak krajnje nepažljivo – to upravo znači da je svako substandardno, nedovoljno pažljivo i nedovoljno razborito postupanje fizičkog lica u svojstvu organa pravnog lica obuhvaćeno pojmom *nepravilnog postupanja organa pravnog lica*, za čije štetne posledice pravno lice svakako odgovara.

U praksi domaćih sudova izraženo je i drugačije shvatanje: „Oblik vinosti u vidu namere ili krajnje nepažnje iz čl. 172 st. 2 ZOO od uticaja je samo na pravo pravnog lica (pa i države) da se regresira za iznos isplaćene naknade od lica koje je štetu neposredno skrivilo. Ova odredba ne može se primeniti pri oceni da li uopšte postoji ili ne postoji odgovornost države za rad njenih organa.“⁴³ Međutim, ovde se i ne radi o tome da li se pravilo iz čl. 172 st. 2 ZOO primenjuje izvan regresnog odnosa, nego o tome kako razumeti pravni standard *nepravilnog rada organa pravnog lica*. Taj pravni standard postavljen je sasvim gipko u praksi naših sudova, pa oni već smatraju da se kao nepravilno kvalifikuje: postupanje protivno pravilima struke, službe ili delatnosti; postupanje protivno protokolu i običajima; pristrasno, zlonamerno, šikanozno i u opštem smislu nesavesno postupanje; postupanje koje nije razborito i pažljivo u dovoljnoj meri – i čak ono koje nije domaćinsko.

U slučaju da je zakonsko pravilo kojim se uređuje ponašanje određenog pravnog lica ovlašćujuće, propuštanje tog pravnog lica da iskoristi zakonsko ovlašćenje nije po sebi ni nezakonito ni nepravilno.⁴⁴ Na primer, u jednom slučaju ovlašćeno

42 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1035/2004 od 21. oktobra 2004. Nasuprot ovde citiranom shvatanju, u jednom potonjem slučaju, koji takođe treba da ostane usamljen, Vrhovni sud Srbije zahtevao je, i to *contra legem*, nameru ili bar krajnju nepažnju sudije da bi se uopšte zasnivala odgovornost države za njegovo (sudijsko) inače nezakonito postupanje: „Za postojanje odgovornosti (tužene države) potrebno je da je tužilja pretrpela štetu za koju traži naknadu i da je ta šteta nastala kao posledica svesnog ili krajnje nepažljivog ili nesavesnog postupanja suda (kao organa tužene) u vršenju zakonskih ovlašćenja ili zloupotrebe ili prekoračenja tih ovlašćenja.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 935/2007 od 18. septembra 2008.

43 Pravni stav Višeg trgovinskog suda, izražen kao odgovor na pitanje trgovinskih sudova a utvrđen na sednicama Odeljenja za privredne sporove 19 i 20. septembra 2005. i Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove od 26. septembra 2005. Isto: Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1035/2004 od 21. oktobra 2004: „Postojanje odgovornosti pravnog lica nije uslovljeno namerom ili grubom nepažnjom jer je postojanje namere ili grube nepažnje pravno relevantno samo u regresnoj parnici. Odgovornost pravnog lica uslovljena je neprimenjivanjem ili pogrešnim primenjivanjem određenih propisa, osim ako je reč o pogrešnom tumačenju zakona.“ Isto: Odluka Saveznog suda, Gzs. 39/1974 od 16. septembra 1975.

44 Upor: Država odgovara za štetu koju pripadnik MUP-a prouzrokuje prekoračenjem, zloupotrebom ili *pogrešnim vršenjem* svojih ovlašćenja. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 895/2009 od 14. maja

službeno lice organa unutrašnjih poslova kontrolisalo je ispravnost putnih isprava i identitet lica koja su prelazila državnu granicu, ali je propustilo da pregleda sama ta lica, stvari koje su ona nosila, njihovo vozilo i isprave o vozilu. Vrhovni sud Srbije smatrao je da službenik nije postupao ni nezakonito ni nepravilno, jer on može a ne mora da vrši ove dodatne provjere – one se vrše samo ako to opravdavaju posebne okolnosti poput postojanja sumnje u izvršenje krivičnog dela.⁴⁵ Međutim, ako službenik organa unutrašnjih poslova propusti da iskoristi zakonsko ovlašćenje znajući da za postupanje po ovlašćenju postoje opravdani razlozi, ili uzimajući s nedovoljno razboritosti i pažnje da opravdanih razloga nema, onda njegovo postupanje treba označiti kao pogrešno. Drugim rečima, nepravilan rad organa pravnog lica – kao pravni standard – obuhvata i nedovoljno pažljivo, odnosno nedovoljno razborito ponašanje tog organa i onda kada ono *stricto sensu* nije protivno pravnoj zapovesti. Primera radi, Vrhovni sud Srbije smatrao je da je država odgovorna po čl. 172 ZOO za štetu koju je njen organ pričinio izvršnom dužniku svojim *nedovoljno pažljivim ponašanjem* u postupku prinudnog izvršenja: Prilikom prinudnog iseljavanja dužnika iz stana, državni organ je smestio njegove stvari u neodgovarajući magacinski prostor u kome su one propadale dok se dužnik nalazio u bolnici.⁴⁶

4. POGREŠNO TUMAČENJE PRAVA PRI ODLUČIVANJU – KAO OBLIK NEPRAVILNOG RADA?

Kao posebno pitanje razmatra se da li *pogrešno tumačenje prava* može da se označi kao pogrešno postupanje državnog organa, a na prvom mestu – suda.⁴⁷ Domaći sudovi su o ovome zauzeli jedinstven stav: Izraženo pravno mišljenje u tumačenju prava i donošenju odluke suda kao državnog organa ne može da bude osnov odgovornosti za štetu, nezavisno od toga da li je ono potvrđeno u instancionom po-

2009. Slično: Država odgovara za štetu koju službeno lice ili državni organ ili organizacija koja vrši javna ovlašćenja izazove prekoracanjem, zloupotrebom, *neblagovremenom* ili *pogrešnom* primenom svojih ovlašćenja. Rešenje Višeg trgovinskog suda, V Pž. 1275/2006 od 1. juna 2006.

45 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2129/2007 od 18. decembra 2007. U istom tonu: Neopravdano izricanje mere privremenog oduzimanja putne isprave kvalifikuje se kao *nepravilan rad suda*. Izricanje ove mere je neopravdano ako se njime *narušava princip proporcionalnosti*. U konkretnom slučaju princip proporcionalnosti narušen je neopravdano dugim trajanjem krivičnog postupka povodom jedne saobraćajne nesreće, koji je okončan oslobađajućom presudom. Okrivljenom je oduzeta putna isprava koja mu je bila izdata u Namačkoj, gde je on imao gostionicu koju nije mogao da poseti duže od dve godine. Ukazivao je na mogućnost da mu se izrekne blaža mera (polaganje jemstva) kojom se moglo postići obezbeđenje njegovog prisustva u krivičnom postupku. Tokom trajanja krivičnog postupka ništa nije ukazivalo na to da se taj postupak ne može uspešno sprovesti bez privremenog oduzimanja putne isprave. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. II-2374/2003 od 29. januara 2004. U ovom slučaju Vrhovni sud je označio kao nepravilno (a ne kao nezakonito) postupanje državnog organa koje narušava ustavni princip proporcionalnosti. Vid. čl. 20 st. 3 Ustava RS: „Pri ograničavanju ljudskih i manjinskih prava, svi državni organi, a naročito sudovi, dužni su da vode računa o suštini prava koje se ograničava, važnosti svrhe ograničenja, prirodi i obimu ograničenja, odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja i o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava.“

46 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3268/2008 od 19. marta 2009.

47 Ostavljamo po strani pitanje odgovornosti države pred međunarodnim sudovima za štetu pričinenu nezakonitom ili nepravilnom odlukom suda u poslednjoj instanci.

stupku ili su odluke koje su bile zasnovane na njemu – ukinute.⁴⁸ Ovo nije ograničeno na sudove, već važi i kada drugi državni organi pogrešno tumače pravne norme: Vrhovni sud Srbije je u jednoj presudi jasno kazao da je nepravilnost i nezakonitost odluke stambene komisije ispitivana i ispravljena u postupku po pravnom leku a da pogrešno pravno stanovište članova stambene komisije, nastalo kao rezultat njihovog pogrešnog razumevanja propisa, ne znači po sebi da je rad ove komisije bio nepravilan.⁴⁹ Drugim rečima, ako je državni organ postupao nepravilno zato što je pogrešno tumačio propise na osnovu kojih je odlučivao, takve nepravilnosti otklanjaju se u postupcima po pravnim lekovima.⁵⁰ U praksi se dešavalo i da sud kvalifikuje propuštanje oštećenika da upotrebi određeno pravno sredstvo kao oštećenikov doprinos nastanku štete koja ga je zadesila.⁵¹

5. ODREĐENJE TIPA ODGOVORNOSTI PRAVNOG LICA PO ČL. 172 ZOO

Tip odgovornosti pravnog lica iz čl. 172 ZOO teško je odrediti. O tome ne postoji saglasnost u domaćoj pravnoj teoriji. Prvo, treba videti da li je ovim pravilom propisana odgovornost pravnog lica za vlastiti čin, ili odgovornost pravnog lica za

- 48 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 935/07 od 18. septembra 2008: Da je sud postupao pogrešno ne može se zaključiti samo iz činjenice što su presude prvostepenog i drugostepenog suda ukinute u revizijskom postupku. Potrebno je da se utvrdi da je šteta nastala kao posledica nesavesnog postupanja suda u vršenju zakonskih ovlašćenja ili zloupotrebe ili prekoračenja tih ovlašćenja. Isto: Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2066/2005 od 16. novembra 2005, Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1035/2004 od 21. oktobra 2004. Takođe: Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 169/98 od 15. aprila 1998, *Bilten sudske praksa privrednih sudova* 1/1999, 79 (Ne dovodi svako nepravilno postupanje državnog organa u okviru njegovih zakonskih ovlašćenja do prava na naknadu štete. Organ koji postupa u okviru zakonskog ovlašćenja ne može biti odgovoran za pogrešno pravno tumačenje zakonske norme. Otuda primena neodgovarajuće zakonske norme nije, sama po sebi, povreda dužnosti u vršenju funkcije državnog organa.)
- 49 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3204/05 od 7. septembra 2005.
- 50 U prvom stepenu sud je tumačio propis s pažnjom dobrog stručnjaka i, uprkos tome, pogrešno je razumeo zakonsku normu. Ovo je ispravljeno u postupku po žalbi. I inače, pogrešno pravno shvaćanje, odnosno pogrešno tumačenje pravne norme ne može da bude osnov odgovornosti države za nepravilan rad njenog organa. Tako: Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 6241/2004 od 14. septembra 2004. Tužilac koji je oslobođen disciplinske odgovornosti nema pravo na naknadu nematerijalne štete na ime duševnih bolova zbog povrede ugleda i časti, jer je njegov ugled bio zaštićen prezumpcijom nevinosti, kao jednim od osnovnih načela disciplinskog postupka. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1151/2004 od 5. maja 2005. godine. Lice protiv kojeg je pokrenut i vođen prekršajni postupak nema pravo na naknadu štete već samim tim što je postupak protiv njega obustavljen, nego samo ako dokaže da je postupak pokrenut ili vođen na nezakonit ili nepravilan način. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2712/2003 od 19. februara 2004. „Ni to što je pokrenuto više krivičnih postupaka bez ijedne osuđujuće presude samo po sebi nije dovoljno za zaključak o nepravilnom ili nezakonitom radu državnih organa.“ Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 7450/2010 od 28. aprila 2011.
- 51 Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 4314/2007 od 21. maja 2008: „Za odgovornost države za štetu koju sud kao njen organ prouzrokuje trećem licu u postupku izvršenja, pored utvrđivanja da je šteta nastala radnjom ili propuštanjem suda, bitno je i da se utvrdi da li je sam oštećeni doprineo nastanku štete, tako što je propustio da upotrebi pravni put – zakonom predviđeni postupak protivizvršenja za povraćaj prinudno skinutog novčanog iznosa.“ Isto: M. Konstantinović, *op.cit.*, 122: Odgovornost za štetu ne postoji ako je oštećenik mogao da izbegne štetu ulaganjem pravnog sredstva, ali je propustio to da učini.

drugoga: za organ pravnog lica ili za fizičko lice koje postupa u svojstvu organa. Potom, treba se odrediti prema osnovu ove odgovornosti: Da li je za njeno zasnivanje potrebna krivica i u kom obliku? Da bi ovo razmatranje bilo jasno i precizno, potrebno je da se bliže odrede određeni pojmovi. Reč je o *radnom definisanju*, jer su i sadržine i obimi svih pomenutih pojmova za nauku sporni. Polazimo od sledećih postulata: Subjektivna odgovornost je uvek odgovornost za sopstvenu krivicu. Tuđa krivica može da bude uslov ali nikako osnov za zasnivanje odgovornosti. Može se odgovarati *uz uslov* da je neko drugi kriv, ali ne *po osnovu* tuđe krivice. Odgovornost uz uslov tuđe ali bez vlastite krivice jeste objektivna odgovornost. I drugo: Odgovornost za štetu prouzrokovanu sopstvenom radnjom jeste odgovornost za vlastiti čin. Nasuprot tome, ako je jedno lice svojom radnjom pričinilo štetu, a drugo lice za tu štetu odgovara, onda je reč o odgovornosti za drugoga.

Odgovornost pravnog lica iz čl. 172 ZOO treba razumeti kao odgovornost za sopstveni čin.⁵² Ne postoji način da pravno lice postupi a da to ne bude preko njegovih organa. Jedini način da pravno lice dela jeste preko svojih organa. Postupci organa računaju se pravnom licu. Organ pravnog lica nije *neko drugi* za koga bi pravno lice moglo da odgovara, nego deo pravnog lica. U tom smislu, pravno lice odgovara *za vlastite radnje*, preduzete na jedini mogući način – a to je preko organa tog pravnog lica. Dve konstrukcije nisu moguće kada se uzmu u obzir osnovna znanja o tome šta je pravno lice: Nije moguće da ono odgovara za vlastitu radnju koja *nije* preduzeta preko nekog od njegovih organa – jer pravno lice ne može da postupi na drugi način nego preko svojih organa. Nije moguće ni da pravno lice odgovara za drugoga ako je taj drugi njegov organ – jer organ pravnog lica nije entitet sa samostalnom pravnom egzistencijom. Iz svega ovoga konsekventno sledi da kada odgovara po osnovu krivice, pravno lice nužno odgovara za vlastitu krivicu. Ovaj zaključak se, kao što je pokazano, ne prihvata jednodušno u našoj pravnoj teoriji. Obično se navodi da pravno lice ne odgovara za sopstvenu krivicu zato što za zasnivanje njegove odgovornosti nije potrebno da postoji njegova vlastita greška u izboru (*culpa in eligendo*), nadzoru (*culpa in vigilando/inspicendo*) ili uputstvima (*culpa in instruendo*) u pogledu postupaka onog organa pravnog lica koji je izazvao štetu. Međutim, i ova tri tradicionalna oblika krivice za štetu koju prouzrokuje neko drugi *u konstrukciji pravnog lica kao lica koje odgovara* nužno se manifestuju kao pogrešna postupanja nekog od organa pravnog lica: I kada greši u izboru ili nadzoru ili uputstvima, pravno lice greši u postupanju (komisiji ili omisiji) preko svojih organa. I da su greške u nadzoru, izboru i instrukcijama ovde pravno relevantne, pravno lice bi moglo da ih učini isključivo preko svojih organa. U tom smislu ne može se istovremeno tvrditi da je (1) odgovornost pravnog lica za grešku u nadzoru jednog organa nad drugim – odgovornost za sopstvenu radnju; a da je (2) odgovornost pravnog

52 U *Beleškama*, M. Konstatinović klasifikuje odgovornost pravnog lica kao odgovornost za drugoga i smatra da je ona objektivna – pravno lice odgovara za *krivice* svojih organa, a krivica samog pravnog lica neoborivo se pretpostavlja. Ono se ne može braniti dokazujući da nije krivo. Tako: M. Konstantinović, *op.cit.*, 116–117. Ipak, u drugom odeljku Skice (*Prouzrokovanje štete*), odgovornost pravnih lica izdvojena je u posebnu glavu koja broji samo jedan član (Odeljak drugi, Glava V, čl. 146) – drugim rečima, nije smeštena u Glavu III u kojoj se nalaze različiti oblici odgovornosti za drugoga.

lica za štetu koju organ neposredno prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom – odgovornost za drugoga. Odgovornost pravnog lica iz čl. 172 ZOO nije uslovljena postojanjem greške u nadzoru, izboru ili davanju uputstava, ali je prema razumevanju naših sudova uslovljena pogrešnim postupanjem organa pravnog lica koji je tom svojom greškom neposredno izazvao štetu.⁵³ Drugim rečima, pravno lice ne odgovara zbog toga što je pogrešio neki njegov organ koji je trebalo da postavi, nadzire ili instruiira drugi organ koji je izazvao štetu, već jednostavno zbog toga što je ovaj potonji organ izazvao štetu pogrešnim postupanjem. Irelevantno je, dakle, da li je nad organom koji je prouzrokovao štetu vršen nadzor kako je trebalo, da li je on izabran odnosno postavljen i instruiran u skladu s osnovanim očekivanjima. Jedino je bitno da je rad samog onog organa koji je izazvao štetu substandardan, po svojim svojstvima pogrešan, i to na bilo koji od načina o kojima je u ovom radu već bilo reči. Međutim, i ova krivica – krivica za nezakonit, nepravilan ili u opštem smislu pogrešan rad nekog organa – opet je krivica pravnog lica. Njeno merilo su osnovana očekivanja prema pravnom licu, a ne prema nekom njegovom delu ili prema fizičkom licu koje je ovlašćeno da učestvuje u formiranju volje pravnog lica. Osnovana očekivanja upravljena su prema pravnom licu i ta očekivanja su mera stvari.⁵⁴

Sve ovo je lakše da se pokaže kada se uzme u obzir sledeće: Opšta norma koju domaći sudovi konstruišu polazeći, pre svega, od čl. 172 ZOO, poznaje *dva oblika krivice*.

(1) Na prvom mestu tu je pogrešno postupanje organa pravnog lica. Preciznije, reč je o nepravilnom, nezakonitom ili u širem smislu pogrešnom postupku samog pravnog lica preko njegovog organa. Radi se o krajnje objektivizovanoj krivici – o činjenju ili nečinjenju koje odstupa od osnovano očekivanog. Merilo te krivice je ponašanje koje se osnovano može očekivati od pravnog lica – a ne od fizičkog lica koje postupa kao njegov organ. U tom smislu incidentna nesposobnost za rasuđivanje fizičkog lica koje je postupalo kao organ ne znači da do samog pravnog lica ne može biti krivice.⁵⁵ Recimo, pravno lice odgovorno je za nepravilan rad inokosnog organa i onda kada taj organ čini jedno službeno-fizičko lice koje je u času preduzimanja štetne radnje iz bilo kog razloga bilo nesposobno da rasuđuje. Treba uočiti da već samo

53 „Za postojanje odgovornosti pravnog lica za štetu koju njegov organ prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi s vršenjem funkcije potrebno je da postoji uzročna veza između greške njegovog organa i pretrpljene štete.“ Odluka Okružnog suda u Kraljevu, Gž. 1192/1997, *Sl. glasnik*.

54 M. Konstantinović se s ovim nije složio u Beleškama, nego je smatrao da ovo stanovište *ne odgovara stvarnosti jer kao krivicu pravnog lica prikazuje ono što je ustvari krivica njegovog organa*. Vid. M. Konstantinović, *op.cit.*, 118. Ipak, on je u Skici izdvojio odgovornost pravnog lica za organe u posebno poglavlje, a odgovornost poslodavca za zaposlenog ostavio je u poglavlju u kojem su objedinjeni slučajevi odgovornosti za drugoga. Za to postoje opravdani razlozi o kojima je već bilo reči: zaposleni može neposredno da odgovara za štetu koju prouzrokuje na radu ili u vezi s radom, on ima pravni subjektivitet, potpuno odvojenu pravnu egzistenciju od svog poslodavca. Za organ pravnog lica to ne može da se kaže, čak ni kada je reč o inokosnom organu.

55 Suprotno: „Pravno lice odgovara na osnovu krivice njegovih učesnika (organa, članova, zaposlenih). Kako jedino lice sposobno za rasuđivanje može biti krivo, pravno lice je deliktно sposobno i odgovorno samo ako je njegov učesnik pri vršenju štetne radnje bio sposoban za rasuđivanje i kriv. U protivnom, pravno lice je deliktно nesposobno i neodgovorno.“ V. Vodinić, *op.cit.*, 408.

nezakonito, nepravilno ili u opštem smislu pogrešno postupanje pravnog lica (preko organa) *jest* krivica. Već je rečeno da opšta norma o odgovornosti za krivicu u našem pravu sadrži neodređenu dispoziciju. Međutim, kada za štetu odgovara pravno lice, ta dispozicija je određenija: *pravni standard* prema kojem se odmerava postupanje organa pravnog lica (preciznije: postupanje samog pravnog lica preko organa) ostavlja manje slobode onome ko postupa i u praksi naših sudova manifestuje se najpre kao nezakonito ili nepravilno postupanje.

- (2) Od toga treba razlikovati krivicu fizičkog lica koje je svojom materijalnom radnjom prouzrokovalo štetu. U sistemu odgovornosti prema čl. 172 ZOO, ova krivica je relevantna samo ako je kvalifikovana, to jest ako doseže do stepena namere ili makar grube nepažnje. (a) Postojanje ovakve krivice *nije uslov* za zasnivanje odgovornosti pravnog lica: pravno lice može da odgovara i kada je fizičko lice postupalo s običnom nepažnjom ili čak bez ikakve krivice – jedino što u takvim slučajevima pravno lice neće imati pravo da se za isplaćeni iznos naknade regresira od fizičkog lica.⁵⁶ (2) Kao i svako substandardno postupanje fizičkog lica u vršenju ili u vezi s vršenjem funkcije organa pravnog lica, tako i njegovo namerno ili grubo nepažljivo štetničko ponašanje prilikom formiranja volje pravnog lica može da bude od značaja u prosuđivanju da li je postupanje organa pravnog lica bilo *nepravilno*. (3) Postojanje ovog oblika krivice je presudno u regresnom postupku: Na njenom postojanju zasniva se regresni zahtev pravnog lica koje je isplatilo naknadu oštećeniku – prema fizičkom licu koje je svojom materijalnom radnjom izazvalo štetu. Merilo krivice fizičkog lica koje je postupalo kao organ pravnog lica jesu *osnovana društvena očekivanja*; ali ne ona koja su upravljena prema pravnom licu, nego očekivanja upravljena prema fizičkom licu koje se prihvatilo pomenutog svojstva.

Dve opisane krivice se *ne zahtevaju* kumulativno za zasnivanje odgovornosti pravnog lica. Za to je dovoljan prvi oblik krivice – krivica samog pravnog lica, to jest njegovo nezakonito, nepravilno ili u širem smislu pogrešno postupanje koje je po prirodi stvari moguće samo preko sopstvenog organa. Uz to se *ne traži* još i krivica fizičkog lica.⁵⁷ Regresni zahtev pravnog lica prema fizičkom licu zasniva se na drugom obliku krivice – što će reći: na nameri ili gruboj nepažnji fizičkog lica – s tim što taj zahtev ne može da bude osnovan ako pre toga nije utvrđena odgovornost pravnog lica za pogrešno postupanje njegovog organa i ako pravno lice nije isplatilo naknadu oštećeniku po tom osnovu. Granica između dva oblika krivice zamagljena

56 Suprotno: Marko Đurđević, „Odgovornost privrednog društva za štetu koju prouzrokuje njegov organ i zaposleni“, *Pravo i privreda* 5–8/2006, 140. Đurđević smatra da je krivica fizičkog lica koje obavlja funkciju organa osnov odgovornosti pravnog lica.

57 Suprotno: Ivica Crnić, „Odgovornost društveno-političke zajednice i organizacije koja obavlja poslove od javnog (općeg) interesa; Odgovornost pravne osobe za štetu koju uzrokuje njezin organ; Odgovornost organizacije udruženog rada i drugih pravnih osoba trećem“, *Naša zakonitost* 9–10/1987, 1092. (Uz nepravilan ili nezakonit rad organa pravnog lica, smatra Crnić, neophodno je još da postoji volja ili pristanak da se oštećeniku prouzrokuje šteta. Očigledno je i da on razume krivicu fizičkog lica kao psihički odnos prema vlastitom činu i njegovim posledicama.)

je kada fizičko lice postupa kao inokosni organ. Međutim, ni tu ništa ne mora da bude sporno. Merilo krivice inokosnog organa – a to je zapravo krivica pravnog lica za koju ono i odgovara – jeste postupanje koje se osnovano očekuje od pravnog lica u datim okolnostima. Nasuprot tome, merilo krivice fizičkog lica u regresnom postupku ili po direktnoj tužbi oštećenika (ako je ona dozvoljena) može samo da bude ponašanje koje se u datoj situaciji osnovano očekuje od hipotetički razboritog i pažljivog fizičkog lica određenih profesionalnih atributa. U ovome treba istrajati i kada je fizičko lice postupalo u kolegijalnom organu pravnog lica: Pravno lice odgovorno je za nezakonit, nepravilan ili u opštem smislu pogrešan rad svog kolegijalnog organa. Merilo krivice u tom slučaju je postupanje koje se moglo osnovano očekivati od pravnog lica – a pravno lice i tada nužno postupa preko svojih organa. Drugo pitanje je krivica fizičkog lica u pravnom licu, po osnovu koje to fizičko lice može da duguje regres pravnom licu koje je isplatilo naknadu oštećeniku ili da bude čak neposredno odgovorno prema oštećeniku. Pravno lice ima regresni zahtev prema fizičkom licu u kolegijalnom organu ako se to fizičko lice nije ponašalo onako kako je trebalo učestvujući u formiranju volje pravnog lica. U našem pravu to je ograničeno na slučajeve namernog postupanja i postupanja s grubom nepažnjom. Međutim, merilo krivice fizičkog lica u tom slučaju nisu osnovana očekivanja prema pravnom licu, nego upravo prema hipotetički razboritom i pažljivom fizičkom licu koje se prihvata svojstva organa i učestvuje u formiranju volje tog pravnog lica. Drugim rečima, fizičko lice u kolegijalnom organu pravnog lica odgovorno je za vlastito pogrešno postupanje u formiranju volje pravnog lica.⁵⁸ To treba da obuhvati i propuštanje da se učestvuje u formiranju ove volje i protivpravno, odnosno, u opštem smislu, pogrešno ponašanje prilikom učestvovanja u odlučivanju. Fizičko lice neće odgovarati, recimo, ako se u svojstvu člana kolegijalnog organa ponašalo kako je trebalo prilikom donošenja i izvršavanja zajedničke odluke, odnosno ako je svoja ovlašćenja vršilo s dovoljno razboritosti i pažnje.

Već je pokazano da naši sudovi razumeju pravila iz čl. 172 ZOO tako da se po njima ne može zasnovati *neposredna* odgovornost fizičkog lica koje je u svojstvu organa pričinilo štetu trećem. Ilustrovana je i naklonost domaće teorije prema ovom

58 S. Cigoj, *op.cit.*, 620 (pravno lice ima regresni zahtev samo prema onom fizičkom licu u kolegijalnom organu, čija je radnja bila *nepravilna* – fizička lica koja su glasala protiv nezakonite ili nepravilne odluke ne bi trebalo da duguju naknadu isplaćenog iznosa pravnom licu); B. Loza, *op.cit.*, 237 (regresni zahtev postoji u zavisnosti od *uticaja* fizičkog lica u kolegijalnom organu na donošenje nezakonite ili nepravilne odluke tog organa, što je faktičko pitanje); Ljubiša Milošević, „Građanskopravna deliktna odgovornost za prouzrokovanu štetu u našem pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3–4/1970, 327 (regresni zahtev postoji samo prema onim fizičkim licima u kolegijalnom organu pravnog lica koja su *učestvovala* u prouzrokovanju štete). Vid. takođe: „Kad član kolegija izbiva od sjednice, on ustvari ne vrši svoju dužnost i odgovara, ako odatle bude štete. On bi se mogao braniti samo time, da je bio spriječen doći na sjednicu ili da svojim prisustvom ne bi ionako onemogućio donošenje štetnog zaključka. Prema ovom gledištu morali bi za štetu odgovarati oni, koji se naprosto susreću od glasanja.“ M. Vuković, *op.cit.*, 206. Međutim, ovaj Vukovićev stav ne razrešava situaciju kada, recimo, ubedljiva većina članova kolegijalnog organa ne dođe da glasa – a svaki se poziva na to što konkretno njegov dolazak ne bi promenio stvar. U svakom slučaju, nije sporno da pogrešno postupanje konkretnog fizičkog lica nije osnov odgovornosti pravnog lica, nego je taj osnov pogrešno delanje samog pravnog lica putem kolegijalnog organa.

tumačenju,⁵⁹ ali su predstavljena i drugačija shvatanja: (1) da fizičko lice koje je postupalo kao organ pravnog lica treba direktno da odgovara oštećeniku po analogiji sa zaposlenim iz čl. 170 st. 2 ZOO⁶⁰ – dakle, samo ako je namerno prouzrokovalo štetu; (2) da neposredna odgovornost fizičkog lica koje je postupalo kao organ pravnog lica proizlazi iz činjenice što je ovde reč o odgovornosti za drugoga. Međutim, odgovornost za drugoga može da postoji i kada taj drugi ne odgovara neposredno. I drugo, nije potrebno da se usvoji koncepcija o odgovornosti za organ kao odgovornosti za drugoga da bi se mogla zasnovati neposredna odgovornost fizičkog lica koje je štetu prouzrokovalo postupajući u svojstvu organa. Sama činjenica što fizičko lice u organu pravnog lica može da odgovara (po opštim pravilima obligacionog prava ili po posebnim pravilima privrednog prava) ne može da posluži kao argument da je odgovornost pravnog lica – odgovornost za drugoga. Tek kada bi organ mogao neposredno da odgovara, moglo bi i da se tvrdi da je tu reč o odgovornosti za drugoga.⁶¹ U čl. 170 st. 2. ZOO zakonodavac je ograničio neposrednu odgovornost zaposlenog na odgovornost

- 59 Treba dodati da to shvatanje nije novo. Primerice, Ljubiša Milošević je smatrao da je odgovornost pravnog lica za organ objektivna (upravo iz ranije pominjanog razloga da se ne traži njegova greška u nadzoru, izboru ili davanju uputstava organu koji je pričinio štetu), da ono može da se regresira od fizičkog lica koje je delalo kao organ, a da je samo oštećeno lice dovoljno zaštićeno postojanjem odgovornosti pravnog lica. Direktne tužbe prema pravnom licu ne treba da bude. Vid. Lj. Milošević, *op.cit.*, 321, 327.
- 60 Isto posebno zakonsko pravilo važi za državne službenike: „Oštećenik ima pravo da naknadu štete zahteva i neposredno od državnog službenika, ako je on štetu prouzrokovao namerno.“ Čl. 124 st. 2 ZDS. Zakon o sudijama ne predviđa posebno pravilo o neposrednoj odgovornosti sudije. Vid. čl. 6 ZS, u kojem se nalaze pravila o odgovornosti države za nezakonit ili nepravilan rad sudije i o uslovima pod kojima je država ovlašćena da od sudije zahteva („može da traži“) naknadu iznosa koji je isplatila oštećeniku. Pravo države na regres postoji samo u slučaju namere: Ne važi opšte načelo da se gruba nepažnja izjednačava s namerom (*Culpa lata dolo equiparatur*). Vesna Rakić Vodinelic argumentovano kritikuje ovakav razvoj građanskopravnog imuniteta sudije u domaćem pravu: Nema razloga za ovakvu privilegovanost sudije s obzirom na visoko postavljene zahteve stručnosti, osposobljenosti i dostojnosti, koji važe prilikom izbora sudija. Ograničavanje regresne odgovornosti sudije na nameru suprotno je pravnoj tradiciji u Srbiji i u regionu, po kojoj sudija regresno odgovara kako za nameru, tako za grubu nepažnju. Nezavisno od toga, neposredna odgovornost sudije u evropskom kontinentalnom pravu je retkost a razlog za to je potreba očuvanja sudijske nezavisnosti. Vesna Rakić Vodinelic, „Ograničena odgovornost sudije za štetu – neophodna privilegija koja obezbeđuje nezavisnost ili učvršćivanje sudijske neodgovornosti?“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 3–4/2013, 736–742. U slučaju da oštećenik zahteva naknadu štete neposredno od sudije, Rakić Vodinelic ističe da je po čl. 6 st. 1 ZS neposredno odgovorna država, pa bi stoga trebalo odbaciti tužbu protiv sudije zbog nedostatka posebne procesne pretpostavke (prethodnog vođenja parnice protiv države) ili odbiti tužbeni zahtev zbog nedostatka pasivne legitimacije (tužen je sudija, a ne država). Rakić Vodinelic, *ibid.*, 734.
- 61 Izvan ovoga ostaje pitanje odgovornosti lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu (vid. čl. 61 i 78 Zakona o privrednim društvima – ZPD, *Službeni glasnik* br. 36/2011 i 99/2011) za štetu koju trpe članovi tog društva, a koje se razrešava po pravilima ZPD. Da pomenuti odnos odgovornosti ne potpada pod čl. 172 ZOO: M. Đurđević, *op.cit.*, 139–140. Drugo je pitanje mogu li u tom slučaju oštećeni članovi da zahtevaju naknadu neposredno od društva po čl. 172 ZOO. Sudsku odluku o ovome nisam pronašla, a u domaćoj teoriji kompanijskog prava izražen je stav da mogu. Vid. Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo. Pravo privrednih društava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2013, 143. Na margini: „Na međusobne odnose političke stranke i njenog člana ne primenjuje se pravilo o odgovornosti pravnog lica za rad njegovih organa iz čl. 172 ZOO.“ Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 11654/2010(2) od 27. juna 2012. To je i zato što se član stranke ne kvalifikuje kao treće lice iz čl. 172.

za nameru.⁶² Ako namere nema, zaposleni je zaštićen od direktnog zahteva oštećenika. Međutim, ako nema izričitog *ograničenja odgovornosti* – kao što je ovo iz čl. 170 st. 2 ZOO – onda fizičko lice koje je postupalo kao organ pravnog lica može da odgovara po opštim pravilima o odgovornosti. Drugim rečima, umesto da se pravi analogija s izuzetkom, primeniće se opšte pravilo zato što nema norme koja izričito isključuje ili ograničava direktnu odgovornost fizičkog lica koje je postupalo kao organ.⁶³ Ostaje pitanje regresnog postupka: Tu postoji izričito zakonsko pravilo o pravu pravnog lica na regres u slučaju namere ili grube nepažnje fizičkog lica koje je postupalo kao organ. *A contrario* u ostalim slučajevima regresnog zahteva nema. Regresni zahtev u suprotnom smeru ne može se isticati.

Da svedemo. I samo pravno lice i fizičko lice koje je postupalo kao organ tog pravnog lica mogu da odgovaraju za pričinjenu štetu po opštim pravilima o odgovornosti – osim ako je njihova deliktna odgovornost zakonom izričito isključena ili ograničena. Takvo ograničenje odgovornosti po izuzetku postoji u vezi s neposrednom odgovornošću zaposlenog: Zaposleni odgovara za štetu koju pričinji trećem licu na radu ili u vezi s radom samo ako je postupao namerno (čl. 170 st. 2 ZOO). Isto je propisano za državne službenike (čl. 124 st. 2 ZDS). Neposredna građanskopravna odgovornost sudije, smatra se, izričito je isključena Ustavom.⁶⁴ Takvog izričitog ograničenja nema u opštem pravilu o odgovornosti fizičkog lica koje je postupalo u svojstvu organa pravnog lica (čl. 172 ZOO). Domaći sudovi zaključuju da ono ipak nije neposredno odgovorno jer o njegovoj odgovornosti nema posebnih pravila. Pojedini teoretičari smatraju da ovde treba pribeći analogiji s pravilom o neposrednoj odgovornosti zaposlenog. Međutim, to bi značilo da se analogija pravi s izuzetkom. Naprotiv, u odsustvu izuzetka trebalo bi primeniti opšta pravila o vanugovornoj odgovornosti, čiju primenu čl. 172 ZOO ne zabranjuje.

Fizičko lice koje postupa u svojstvu organa pravnog lica može a ne mora da bude zaposleno u tom pravnom licu. Pojedini autori preporučuju da ova lica neposredno

Komisija za izradu građanskog zakonika predlaže da se izričito propiše da fizičko lice u organu pravnog lica odgovara za štetu koju prouzrokuje svojim nezakonitim radom. Vid. čl. 185 Prednacrt. (Komisija ovo lice nespreno naziva organom a ne fizičkim licem, ali njena intencija nije sporna: da odgovara fizičko lice u organu pravnog lica a ne organ.)

- 62 Kao što je rečeno, neposredna odgovornost državnih službenika takođe je ograničena na nameru (čl. 124 st. 2 ZDS), a neposredna građanskopravna odgovornost sudije isključena je ustavnim normom (čl. 151 st. 1 Ustava). Prema shvatanju Vrhovnog suda Srbije tužba za naknadu štete protiv sudije može da bude odbačena zbog nepostojanja pravnog interesa za podnošenje tužbe ili na osnovu direktne primene čl. 35 i 151 Ustava. Pravno shvatanje usvojeno na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 15. marta 2007: Za Vrhovni sud nije sporno da ustavna garancija sudijskog imuniteta podrazumeva i potpunu zaštitu sudije od građanskopravne odgovornosti – čak u slučajevima kada je sudija štetu prouzrokovao namerno.
- 63 Čl. 172 ZOO ne isključuje ni mogućnost da pravno lice odgovara za štetu po nekom drugom osnovu: recimo, da država odgovara za štetu od akata javnog nasilja to jest nasilnog ispoljavanja političkog stava (čl. 180 ZOO) ili da pravno lice odgovara za opasnu stvar ili opasnu delatnost (čl. 173 i 174 ZOO).
- 64 Vrhovni sud Srbije smatra da pravilo o građanskoj neodgovornosti sudije proizlazi neposredno iz čl. 151 Ustava RS: „Sudija ne može biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke, osim ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije.“ Pravno shvatanje usvojeno na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 15. marta 2007. Drugim rečima, iako u čl. 6 ZS nema izričite norme o sudijskoj građanskopravnoj neodgovornosti, smatra se da ona proizlazi neposredno iz Ustava.

odgovaraju za štetu pričinjenu namerno ili grubom nepažnjom zahvaljujući analognoj primeni pravila o direktnoj odgovornosti zaposlenog.⁶⁵ S tim u vezi treba ukazati i na sledeće: Kada bi se na taj način utvrđivala odgovornost fizičkog lica koje je postupalo kao organ a istovremeno je zaposleno u pravnom licu, onda se tu i ne bi radilo o analogiji nego o neposrednoj primeni zakonskog pravila o ograničenju odgovornosti.⁶⁶ O analognoj primeni pravila koje se tiče zaposlenih moglo bi da bude reči samo ako fizičko lice u organu pravnog lica nije i samo zaposleno u tom pravnom licu. To može, primera radi, da bude član saveta neke ustanove koji nije zaposlen u toj ustanovi. U svakom slučaju, bez obzira na to postoji li samo njihova regresna ili i neposredna odgovornost, sva fizička lica u jednom kolegijalnom organu pravnog lica trebalo bi da u slučaju nezakonitog, nepravilnog ili u opštem smislu pogrešnog rada ovog organa odgovaraju po istom režimu – nezavisno od toga da li su zaposlena u datom pravnom licu. Pored toga, ograničenje direktne odgovornosti zaposlenog na nameru predstavlja vid zaštite koju je zakonodavac namenio zaposlenom koji upravo u tom kapacitetu – u svojstvu zaposlenog – prouzrokuje štetu trećim licima. Fizičko lice koje je postupalo u svojstvu organa pravnog lica – čak kada je i ono samo zaposleno u pravnom licu – ima više ovlašćenja od „običnih“ zaposlenih, pa treba da ima i više odgovornosti.

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law, University of Belgrade

CIVIL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES UNDER ART. 172 OF SERBIAN LAW ON OBLIGATIONS

SUMMARY

This paper deals with civil liability of the legal entities for damage caused to third parties by their organs, in the exercise or on the occasion of the exercise of their functions. The main focus is put on the general rule of non-contractual liability of legal persons, as constructed by the courts and legal doctrine from a number of statutory provisions. The author examines the type of general civil liability of legal persons for their organs in Serbian law and clarifies that this is not vicarious liability but a type of liability for one's own acts (including omissions). This liability is based on objective fault, *i.e.* on substandard behavior of legal entity via its organs, measured by an external yardstick. The notion of fault is understood as a social transgression, *i.e.* as failure of a legal entity to measure up to the standards of society. The author analyzes a number of court decisions in order to ascertain the contents of the aforesaid external yardstick of fault. When it comes to the natural person who has acted as an organ, on behalf of legal entity, the author separately examines the possibility of their direct liability to the damaged party and the conditions of the legal entity's right of recourse.

Key words: Art. 172 LoO, civil liability of legal entities, substandard behavior of legal entities, fault of a natural person acting as organ of legal entity.

⁶⁵ J. Radišić, *op.cit.*, 244.

⁶⁶ Drugo je pitanje da li bi to bilo primereno, odnosno da li je pravilo o ograničenju odgovornosti iz čl. 170 st. 2 ZOO rezervisano samo za ona zaposlena lica koja nemaju svojstvo organa. Čini mi se da je upravo to slučaj to jest da je ograničavanje odgovornosti na nameru – poseban oblik zaštite zaposlenog, s obzirom na element subordinacije u njegovoj pravnoj poziciji.

SAVREMENI KONCEPTUALNI OKVIRI I EFEKTIVNOST TRETMANA PRESTUPNIKA

Apstrakt. Resocijalizacija, kao ideja i ideal specijalne i tercijarne prevencije, prolazila je kroz burne periode euforičnog uzdizanja i bespoštednog devalviranja. Nemoć društva da reši problem kriminaliteta proizvodi specifičnu kolektivnu tenziju koja se s vremena na vreme ventilira napadima na ideju resocijalizacije, pri čemu se u široj javnosti resocijalizacijski tretman s fascinantnom upornošću interpretira kao neopravdano milosrđe prema prestupnicima. Krhka delotvornost tretmana tokom XX veka dodatno je slabila poziciju resocijalizacije. Jasno je da sami po sebi, resocijalizacijski tretmani ne mogu rešiti problem kriminaliteta, makar i postigli pažnje vrednu efektivnost u redukovanju rizika od povrata. No, bez obzira na to što verovatno nikada neće biti naročito omiljeni, oni će ostati značajna komponenta specijalne i tercijarne prevencije, sa zadatkom da se razvijaju, pruže najviše što mogu i dostignu optimalnu delotvornost. U ovom radu se razmatraju savremene paradigme u koncipiranju tretmana prestupnika i aktuelno stanje stvari u pogledu efektivnosti tretmana pojedinih kategorija prestupnika. U fokusu pažnje su dva dominirajuća konceptualna okvira resocijalizacijskog tretmana u zemljama Zapada – *Model rizik-potreba-responzivnost* i *Model dobrog življenja*. Budući da ovi modeli nisu nepomirljivi niti se isključuju, optimalno bi bilo kombinovati njihove prednosti. Uspeh programa utemeljenih na ovim modelima zavisice od uspešnosti u motivisanju prestupnika za aktivno uključivanje u tretman, a pravi izazov za svaki od njih biće uključivanje prestupnika sa tvrdokornim antisocijalnim stavovima. Rezultati evaluacijskih studija koji se očekuju u godinama koje predstoje od značaja će biti i za domaće prilike, posebno imajući u vidu nedavno strateški definisane ciljeve u vezi sa širenjem lepeze programa tretmana prestupnika, odnosno planirano koncipiranje novih, savremenih programa i intervencija.

Ključne reči: resocijalizacija, tretman prestupnika, *Model rizik-potreba-responzivnost*, *Model dobrog življenja*.

1. UVOD

Nekoliko decenija nakon što je s neslućenim snagom odjeknula rezignirana konstatacija Roberta Martinsona da je resocijalizacija prestupnika jalov posao¹, trivijalizovana i iskorišćena kao argument kojim je stavljena tačka na „naivnu

* vanredni profesor, biljana.sp@kpa.edu.rs

1 Metaanalizom iz 1974. godine kojom su Douglas Lipton, Robert Martinson i Judith Wilks analizirali učinke rehabilitacijskih tretmana prestupnika koji su sprovedeni u SAD u periodu od 1945–1967. godine utvrđeno je da oni nisu, zanemarujući nekoliko izuzetaka, imali efekta na recidivizam. Martinson je ove rezultate iste godine približio naučnoj, stručnoj i široj javnosti svojim člankom pod naslovom: „What works?—Questions and answers about prison reform“ objavljenom u njujorškom neokonzervativnom žurnalu *The Public Interest*, te se ocena da u resocijalizaciji prestupnika „ništa ne deluje“ (*nothing works*) vezuje prvenstveno za njegovo ime.

bolećivost“ reakcije na kriminalitet u eri države blagostanja, akademsko interesovanje za efektivne modele tretmana prestupnika ponovo je u usponu. To se, istina, moglo očekivati, pre ili kasnije. Nesporno je da u meri u kojoj se prosečan prestupnik razume kao racionalno biće sa kapacitetom da pravi svrsihodne izbore i uspostavi kontrolu nad sopstvenim impulsima i ponašanjem, koncipiranje tretmana prestupnika ima smisla, a njegovu efektivnost valja razumeti kao veličinu zavisnu dobrim delom od kvaliteta njegovog sadržaja i implementacije. Poznato je da mnogi programi tretmana prestupnika, makar bili dobro osmišljeni i teorijski utemeljeni, nisu valjano implementirani niti evaluirani, te je konstatacija da baš ništa ne deluje, nesporno preterana.² Bilo kako bilo, posle niza decenija u kojima je bila vodeći cilj u postupanju prema prestupnicima, resocijalizacija je od 70-ih godina XX veka izložena žestokoj kritici sa raznih strana, naročito u SAD, gde su je liberali „razotkrili“ kao „plemenitu laž“ i paravan za prinudu države nad prestupnicima, dok su je konzervativci smatrali maskom za bolećivo postupanje prema ovoj populaciji.³ Martinsonova ocena da u tretmanu prestupnika ništa ne deluje prigrljeno je kao „konačan dokaz“ nečega što su, navodno, ionako svi znali.⁴ Dizanje ruku od resocijalizacije kao cilja i ideala, odustajanje od tretmana prestupnika, uz ignorisanje činjenice da je prestupnička populacija heterogena duž širokog spektra obeležja, može biti „politička“ odluka, često razumljiva, ne nužno moralno opravdana, ali nipošto (barem ne još uvek) snažno potkrepljena empirijskim nalazima.

Kada bi svi ili većina ljudi koji vrše zločine hteli ništa drugo do da budu zločinci crpeći dobit i neslućeno zadovoljstvo iz vlastitog zločinstva i patnje drugog, sve bi bilo jednostavnije. Tada uistinu ništa ne bi moglo da deluje. Verovatnije je, ipak, da čak ni onaj za kog bismo mogli reći da je uistinu zao i ekstremno agresivan, ne živi za to da čini zlo. Barem ne neprekidno. Ljudi imaju ljudske potrebe i prirodno teže njihovom zadovoljenju na načine koji zavise od njihovih mogućnosti, znanja, umeća, veština, volje i sistema vrednosti, ali i socijalnih okolnosti. Malobrojni su oni među prestupnicima čiji su ljudski kapaciteti toliko oskudni, a potrebe i želje toliko izmeštene da se nikako drukčije sem zločinom ne mogu zadovoljiti, onih koji su nepovratno digli ruke od društva i mesta u njemu, time i od vlastite sudbine, oni na koje je razumno i opravdano primeniti reciprocitet i u smislu nade i očekivanja. A čovekove mogućnosti, znanje, umeće, veštine, volja i sistem vrednosti, sve je to podložno uticaju i promeni. Na toj premisi počiva ideja resocijalizacije – na uverenju da čovek može promeniti svoje socijalno funkcionisanje pronalazeći alternativan način da zadovolji potrebe koje su ga ranije pokretale na zločin. Uostalom, sve što se danas čini u oblasti formalnog (i neformalnog) reagovanja na prestupništvo zapravo

2 Rotman, E.: Do Criminal Offenders Have a Constitutional Right to Rehabilitation, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1987, Vol. 77 (4), p. 1035; Cullen, F. T. et al.: Nothing Works Revisited: Deconstructing Farabee's 'Rethinking Rehabilitation', *Victims and Offenders*, 2009, 4, pp. 101–123.

3 Cullen, F. T., Gendreau, P.: Assessing Correctional Rehabilitation: Policy, Practice, and Prospects. In Horney, J. (Ed.) *Criminal Justice 2000, Volume 3: Policies, Processes, and Decisions of the Criminal Justice System*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, p. 109. Dostupno na: https://www.ncjrs.gov/criminal_justice2000/vol_3/03d.pdf [12.06.2014.]

4 *Ibidem*, p. 109.

počiva na tom uverenju. Ima li ono uopšte alternativu? Na mogućnost promene, odnosno odustajanje od zločina, jednako računaju i teorija zastrašivanja i resocijalizacijski tretman. Razlika je u tome što se u prvom slučaju očekuje spontana promena, dok se u drugom cilja na asistiranu promenu. U kojoj meri je promena uistinu svojevoljna i autonoman izbor, inicijativa i opredeljenje prestupnika, odnosno da li, u kojoj meri i na koji način drugi ljudi utiču na nju, stvar je diskusije koja može biti inspirativna i zanimljiva, ali nema praktičnog smisla. Ono što ne bi trebalo da je sporno jesu tvrdnje da čovek može promeniti ponašanje; da prestupnici mogu odustatati od prestupničkog ponašanja, te da neki prestupnici to mogu učiniti bez stručne pomoći, drugi ne.

Resocijalizacijski tretman podrazumeva plansko postupanje koje je usmereno na promenu određenih aspekata vezanih za funkcionisanje učinioca za koje se veruje da su u vezi sa njegovim prestupništvom (npr. stavovi, kognitivni procesi, ličnost, mentalni status, interpersonalni odnosi, profesionalne veštine i dr.), a sa ciljem redukovanja rizika od povrata.⁵ Kada su motivisani, ljudi su uglavnom kadri da napreduju, menjaju sebe i svoje izbore. Neuspeh tretmana je zato najčešće rezultat manjkavosti sadržaja, metodološkog okvira ili implementacije. Za očekivati je da će se u ovoj oblasti sporo i mukotrpno dolaziti do delotvornih programa tretmana koji će imati značajnije pozitivne učinke na stepen rizika od povrata, a razume se da je ozbiljan, naučni pristup nezaobilazan u njihovom kreiranju i selekciji.

No, ne treba zaboraviti da nauka nema ni ekskluzivnu, niti najvažniju reč kada je u pitanju tretman prestupnika. Resocijalizacija kao ideja, ideal i cilj je pravno, političko, ali i etičko pitanje.⁶ Naučna saznanja su pre svega u funkciji obezbeđivanja argumentacije koja će podstaći i opravdati društvene izbore i stavove u vezi sa resocijalizacijom prestupnika, te je utoliko uloga nauke važna. Zločinom se, pak, povređuju prava i interesi pojedinaca, grupa i društvenih zajednica i sve što je u vezi sa postupanjem sa učiniocima legitimna je sfera interesovanja građana i zajednice, koji zahtevaju i zaslužuju zaštitu – s toga pitanje resocijalizacije prestupnika neizbežno ima i svoju socijalnu i moralnu dimenziju.⁷ Reagovanje države na zločin i viktimizaciju, odnosno tretman prestupnika i tretiranje žrtava u okviru kaznenopravnog sistema i ne treba da bude nekakvo scientističko ili tehničko pitanje, odnosno puko „pitanje struke i nauke“: ono mora imati legitimitet i biti u funkciji osnaživanja pozitivnog normativnog sistema i vrednosti društva. Društvena nastojanja u pogledu resocijalizacije prestupnika, ma koliko stremila progresivnim rešenjima, moraju biti uravnotežena, ako ne i sekundarna u odnosu na napore u pravcu zaštite i rehabilitacije žrtava i primerene zaštite društva. Može biti da punitivne stavove i otpore prema resocijalizaciji prestupnika, koja se u široj javnosti više oseća nego razume kao ničim opravdana „bolećivost“ prema onima koji je „nisu zaslužili“, nadahnju-

5 Cullen, F. T., Gendreau, P.: *Assessing Correctional Rehabilitation: Policy, Practice, and Prospects*, op. cit., p. 112.

6 Ward, T.: The Heart of Offender Rehabilitation: Values, Knowledge, and Capabilities (Foreword). In Craig, L.A., Dixon, L., Gannon, T. A. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*. Wiley-Blackwell, 2013.

7 Ward, T.: The Heart of Offender Rehabilitation: Values, Knowledge, and Capabilities (Foreword), op. cit.

ju pre osećanje nebezbednosti i doživljaj nepravdične zanemarenosti i prepuštenosti žrtava i potencijalnih žrtava (tj. građana koji poštuju društvene norme), nego puka osvetnička osećanja i pobude.

Na drugoj strani, suprotno utisku običnih ljudi, mnogi prestupnici ne uživaju u svojim zločinima i ne žive za njih. Zabluda je, recimo, da većina nasilnika, tih često očajnih ljudi, socijalno marginalizovanih i mentalno fragilnih do nesposobnosti da dobro procenjuju i kontrolišu agresivnost i onda kada je to izvesno na njihovu vlastitu štetu, neurotičnih ili psihotičnih, zavisnih od psihoaktivnih supstanci ili od drugih nad kojima histerično nastoje da uspostave kontrolu na njima jedino znan način, sadistički uživaju u vršenju nasilja. Nasilje je češće manifestacija neuspeha i nemoći, nego moći. Nasilnicima je potrebna ozbiljna psihoterapijska pomoć, mnogo više od jednostavnog „podizanja svesti“ o pravima i jednakosti ljudi. Ona je potrebna i mnogim drugim prestupnicima. Ne samo vršenje nasilnih delikata, već i svako drugo prestupničko ponašanje uglavnom je jedna od posledica slabije funkcionalnog psihičkog sklopa, odnosno slabih veština samoregulacije, kognitivnih distorzija i loše procene posledica rizičnog ponašanja.

Prestupnički život je veoma rizičan. Teško da racionalna osoba bira „kriminalnu karijeru“ kao svoje trajno „profesionalno“ opredeljenje. Pre će biti da se mnogi od habitualnih prestupnika kockaju sa sudbinom od danas do sutra, u iščekivanju nekog većeg dobitka koji će im jednog dana otvoriti nove, sigurnije perspektive. No, što su društveno-ekonomske prilike teže i neizvesnije, što je raširenije osećanje društvene nepravde, rizikovanje se sve češće i šire percipira kao racionalna, legitimna ili jedino dostupna opcija, pa mu pribegava sve više ljudi. U vreme bujanja kriminaliteta u jednom društvu i pratećeg posrnuća sistema vrednosti i normi, resocijalizacija postaje problematično pitanje i počinje da nalikuje farsu – osuđeni je doživljavaju kao svojevrstu obmanu, stručna javnost kao mrtvo slovo i neostvariv ideal, šira javnost kao neopravdano milosrđe. Nezgoda je u tome što programi tretmana prestupnika slabije uspevaju u teškim društvenim prilikama, kada su najpotrebniji. Međutim, čak i onda kada očekivanja od tretmana nisu i ne mogu biti visoka, to još uvek nije dobar argument za odustajanje od njega. Naprotiv, postoji obaveza države da učini sve što je u njenoj moći u okviru pravnog poretka da spreči zločine, a tretman prestupnika je jedan od načina sa kojim se mora ozbiljno pokušati, u svakom konkretnom slučaju. Ako se uzme u obzir i činjenica da prestupnici većinom imaju nepovoljno socijalno zaleđe, da su mnogi razvojno i obrazovno zanemareni, vaspitno i zdravstveno zapušteni, socijalno i ekonomski deprivirani i marginalizovani, da su neki od njih rasli trpeći svakodnevno nasilje i strah, onda je jasno da postoji obaveza da se, u meri u kojoj je to moguće, ispravi ono što je ponekad, makar delimično i hipotetički, rezultat prethodnih propusta različitih državnih organa i službi. Čak i u slučaju da se resocijalizacija ne predviđa eksplicitno kao svrha propisivanja, izricanja i izvršenja krivičnih sankcija, individualizovan rad sa osuđenim usmeren na jačanje njegovih kapaciteta za samoaktualizaciju kroz prosocijalno ponašanje, odnosno postupanje usmereno na promenu s ciljem njegove socijalne rehabilitacije, trebalo bi da je dostupan u izvršenju kazne, kao paket pomoći i podrške na koju on ima pravo. Ukoliko se resocijalizacija razume na takav način, onda njena vrednost ne počiva

isključivo na efektivnosti,⁸ mada se podrazumeva da je efektivnost tretmana izuzetno značajna i u interesu je i društva i osuđenog.

Prestupnici su heterogena populacija. Raširen je stav da među njima ima onih koji su rezistentni na svaki tretman, narcisoidnih, manipulativnih, predatorski nastrojenih individua koje će veoma teško odustati od ideje i prakse da druge ljude tretiraju kao puko sredstvo u funkciji vlastitih kriminalnih ciljeva, istrajni u odbijanju ili izigravanju svakog uključivanja u tretman. U današnje vreme, kada o čoveku i kriminalitetu znamo mnogo više nego u vreme kada smo prestupnike stereotipizirali i generalizovali iz perspektiva pionirskih kriminoloških teorija, a opet svesni da i dalje ne znamo sve, resocijalizaciju i ne treba razumeti kao dogmu ili sveprožimajuću „filozofiju“ specijalne ili tercijarne prevencije, već kao njihovu, za sada, najsigurniju opciju. Nesporno je da je, paralelno uz resocijalizacijske tretmane, nužno razvijati i unapređivati tercijarno-preventivne odgovore primerene specifičnim segmentima prestupničke populacije, shodno ciljevima i principima kažnjavanja, a imajući u vidu rezultate evaluacijskih studija o efektivnosti punitivnih sankcija i mera utemeljenih na teoriji zastrašivanja (poput, recimo, intenzivnog nadzora) koji, na žalost, za sada nisu ohrabrujući.⁹ Zašto nisu? Možda baš zbog toga što se temelje na pogrešnom verovanju da su prestupnici mahom jednako kao „mi“ vešti i kadri da brzo i pravilno opažaju, tumače događaje i situacije, da promišljaju, donose odluke, percipiraju posledice i kontrolišu impulse i da im je do vlastitog života i životnih vrednosti jednako stalo kao „nama“. Ne možemo da se otrgnemo verovanju da su oni odabrali da budu zli, a uz to nas ne uzimaju za ozbiljno. Kad im jasno stavimo u izgled šta ih čeka ako krenu putem zločinstva, dovešće se u red i zlo će se povući, usled straha ili opreza. Treba samo da budemo dovoljno oštri. Često zaboravljamo da krivična sankcija obično nije prva negativna posledica koju prosečan prestupnik nije predvideo i na svojoj koži osetio, da neki nisu kadri da uče iz iskustva, drugi duboko veruju da su sposobni izmaći se svakoj „izvesnosti“, dok da nekima među prestupnicima nije previše stalo do vlastitog života koji vide i osećaju kao mizeran. Previđamo da od njih očekujemo „pravi izbor“, za koji neki jesu, drugi nisu kadri, makar i želeli da ga naprave. Mnogima je potrebna stručna pomoć. Ako se to ignoriše, generalna i specijalna prevencija kao cilj propisivanja i primene kazne biće jednako „naivno“ očekivanje. Bez obzira na to koliko bili nezadovoljni dosadašnjim efektima resocijalizacijskog tretmana, teško je osporiti da je on razuman izbor i neophodan oslonac tercijarne prevencije i zaštite društva. Rezultati novijih metaanaliza¹⁰ pokazuju da tretmani prestupniuka ostvaruju jasne pozitivne učinke, redukujući stopu povrata u proseku između 10 i 30 procenata.

8 Rotman, E.: Do Criminal Offenders Have a Constitutional Right to Rehabilitation, *op. cit.*, p. 1036.

9 Cullen, F.T. *et al.*, *op. cit.*, pp. 101–123; McGuire, J.: ‘What Works’ to Reduce Re-offending 18 Years On. In Craig, L.A. *et al.* (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, *op. cit.*, pp. 20–49.

10 Lipsey, M. W., Cullen, F. T.: The effectiveness of correctional rehabilitation: A review of systematic reviews. *Annual Review of Law and Social Science*, 2007, 3, pp. 297–320; Caudy, M.S. *et al.*: Reducing Recidivism Through Correctional Programming: Using Meta-Analysis to Inform the RNR Simulation Tool. In Taxman, F.S., Pattavina, A. (Eds.): *Simulation Strategies to Reduce Recidivism: Risk Need Responsivity (RNR) Modeling in the Criminal Justice System*. Springer, 2013, pp. 167–193.

U naučnom i stručnom diskursu o resocijalizacijskom tretmanu prestupnika već se decenijama zagovara pristup utemeljen na dokazima o delotvornosti i traži odgovor na pitanje: *šta deluje*. Vremenom je ovo pitanje preobličeno u: *šta, na koga i u kakvim okolnostima deluje*.¹¹ Gomilanje empirijske građe o delotvornosti trebalo bi da podstiče razvoj i teorije i prakse u ovoj oblasti. Solidna teorijska utemeljenost tretmana od vrhunske je važnosti za njegovu efektivnost. Najveći broj savremenih programa temelji se na kognitivnoj teoriji socijalnog učenja i uključuje grupne i individualne kognitivno-bihejvioralne intervencije,¹² koje za sada najkonzistentnije pokazuju pozitivne učinke.¹³

Aktuelno stanje stvari u oblasti resocijalizacije prestupnika u zapadnim zemljama karakteriše uspon novih, konkurentnih paradigmi u koncipiranju tretmana. U nastavku će biti razmotreni danas dominirajući konceptualni okviri u kreiranju programa tretmana prestupnika, njihova teorijska utemeljenost i efektivnost na osnovu dosadašnjih empirijskih nalaza. U fokusu pažnje biće naročito *Model rizik-potreba-responzivnost* i *Model dobrog življenja* koji u današnje vreme uživaju veliku popularnost u akademskoj i stručnoj javnosti u oblasti izvršenja krivičnih sankcija. Reč je o modelima koji su nastali iz potrebe da se pruži odgovarajuća alternativa punitivnom licu tercijarne prevencije s kraja XX veka. Njima je tretmanu prestupnika vraćen dignitet i istovremeno je učinjen značajan iskorak u odnosu na tradicionalnu procenu i koncipiranje tretmana, kada je individualizovano postupanje prevashodno zavisilo od procenjenog stepena opasnosti osuđenog za zajednicu, pri čemu je procena rizika od povrata temeljena uglavnom na podacima o njegovoj prošlosti, odnosno istoriji kriminalne aktivnosti.

2. MODEL RIZIK-POTREBA-RESPONZIVNOST (*RISK-NEED-RESPONSIVITY MODEL*)

Model rizik-potreba-responzivnost (*Risk-Need-Responsivity* – RNR-model) razvijan je od 80-ih godina prošlog veka, a široj akademskoj javnosti preliminarno je predstavljen 1990. godine u članku kanadskih autora Donalda Andrewsa i saradnika,¹⁴ kao set principa klasifikacije osuđenika s ciljem efikasne resocijalizacije. Model su konačno uobličili Donald Andrews i James Bonta predstavljajući ga

-
- 11 Woessner, G., Schwedler, A.: Correctional Treatment of Sexual and Violent Offenders: Therapeutic Change, Prison Climate, and Recidivism, *Criminal Justice and Behavior*, 2014, 41, p. 862.
 - 12 Kognitivno-bihejvioralna terapija razvija se od 60-ih godina XX veka kombinovanjem metoda bihejvioralne terapije usmerene na promenu manifestnog ponašanja i kognitivne terapije, usmerene na unapređenje u sferi unutrašnjih mentalnih procesa. Cilj ove terapije u tretmanu prestupnika jeste promena iracionalnog mišljenja i kognitivnih distorzija, unapređivanje veština samoregulacije i rešavanja problema i promena bihejvioralnih obrazaca koji predstavljaju faktore rizika od povrata.
 - 13 Hollin, C. R., Palmer, E.J., Hatcher, R.M.: Efficacy of Correctional Cognitive Skills Programmes. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, op. cit., pp. 117–128; McGuire, J.: ‘What Works’ to Reduce Re-offending 18 Years On, op. cit., p. 33; Redondo, S., Sánchez-Meca, J., Garrido, V. (1999). The influence of treatment programmes on the recidivism of juvenile and adult offenders: An European metaanalytic review, *Psychology, Crime & Law*, 1999, 5, pp. 252–254.
 - 14 Andrews, D.A., Bonta, J., Hoge, R.D.: Classification for effective rehabilitation: Rediscovering psychology. *Criminal Justice and Behavior*, 1990, 17(1), 19–52.

u knjizi *Psihologija kriminalnog ponašanja*¹⁵, gde postuliraju da efektivni tretman prestupnika, tj. tretman koji ima za cilj redukovanje recidivizma, treba da se temelji na sledeća tri principa:

- 1) pri kreiranju programa tretmana ustanovljavaju se prioriteti, tj. promene koje su u fokusu, a koje referiraju na faktore rizika od povrata; najintenzivniji tretman namenjen je prestupnicima za koje se primenom instrumenta za procenu¹⁶ ustanovi da se nalaze u najvećem riziku, dok su prestupnicima za koje se proceni da su u najmanjem riziku namenjene minimalne intervencije (*princip rizika*);
- 2) u fokusu intervencije su promenljivi, tj. *dinamički* faktori ili „kriminogene potrebe“, koje su u direktnoj vezi sa rizikom od povrata (*princip potrebe*);
- 3) efektivnost intervencije temelji se na responzivnosti modela; odabir modela tretmana treba da bude zasnovan na empirijskim nalazima o tome koji tipovi tretmana uspevaju kod prestupničke populacije, odnosno pojedinih njenih segmenata; intervenciju treba sprovoditi na način koji odgovara stilovima učenja i potrebama pojedinih kategorija prestupnika (*princip opšte i specifične responzivnosti*).

Andrews i Bonta su akademskoj javnosti poznati pre svega kao zastupnici holističkog i interdisciplinarnog pristupa u objašnjenju kriminalnog ponašanja, koje elaboriraju iz perspektive kognitivne teorije socijalnog učenja. Njegove činioce nalaze na ličnom, interpersonalnom i nivou zajednice i upućuju na značaj identifikovanja kako motivacionih, tj. podstičućih, tako i kontrolnih faktora (individualnih i spoljnih resursa kontrole). Da bismo razumeli kriminalno ponašanje, potrebno je da ozbiljno uvažimo činjenicu da pojedinac nije prost produkt društvenih okolnosti, već da je ličnost pojedinca u neprestanoj interakciji sa socijalnim okruženjem, a uzročnost kriminalnog ponašanja je multifaktorska. Svaka obuhvatna teorija kriminalnog ponašanja, kako naglašavaju ovi autori, u fokusu mora imati čitav spektar faktora, počev od bioloških i neuroloških činilaca, pa do socijalnih i kulturnih faktora. Identifikovanje konstelacije kriminogenih faktora ili faktora rizika iz tog širokog spektra, od presudnog je značaja za efikasan individualizovani tretman.

Ključni cilj tretmana jeste redukovanje verovatnoće povrata. Intenzitet tretmana zavisi od procene stepena rizika, te se osuđeni za koje se na temelju različitih

15 Andrews, D.A., Bonta, J.: *The Psychology of Criminal Conduct* (5th ed.). Anderson, Cincinnati, 2010.

16 Danas su sve zastupljenije skale procene rizika „treće generacije“ kojima se u obzir uzimaju i rizici i potrebe prestupnika, tj. i statički i dinamički faktori. Cilj ovih instrumenata nije samo procena „opasnosti“ prestupnika za društvo, već i markiranje ključnih tačaka njegovog tretmana u funkciji razvoja, osnaživanja i pomoći (Bonta, J., Wormith, J. S.: *Applying the Risk-Need-Responsivity Principles to Offender Assessment*. In Craig *et al.* (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, *op. cit.*, pp. 71–93). Uпитnik *LS/CMI (Level of Service/Case Management Inventory)* je instrument procene za starije adolescente i odrasle osuđeničke koji su 2004. godine razvili Andrews, Bonta i Wormith i koji predstavlja unapređenje prethodne verzije upitnika *LSI-Revised (LSI-R)*. Uпитnik sadrži sledeće skale koje se odnose na faktore rizika: kriminalna istorija; obrazovanje/zaposlenost; porodica/brak; slobodno vreme/rekreacija; drugari; problemi sa alkoholom/drogom; antisocijalne strukture; prokriminarno orijentisani stavovi. Hoge i Andrews su razvili sličan instrument procene za maloletnike – *Youth Level of Service/Case Management Inventory 2.0 (YLS/CMI 2.0)*.

parametara proceni da se nalaze u visokom riziku od povrata, uključuju u najintenzivniji tretman. Stepenn rizika se procenjuje na osnovu dve grupe faktora: *statičkih* i *dinamičkih*. Statički faktori rizika su nepromenljivi, vezani za prošlost osuđenog i istoriju njegove prestupničke aktivnosti (npr. uzrast pri prvom hapšenju, broj ranijih osuda itd.). Dinamički faktori rizika su, s jedne strane, osnov za obuhvatnu procenu rizika od povrata, dok su s druge strane u fokusu samog tretmana, budući da su od neposrednog uticaja na verovatnoću povrata, a podložni promeni. Najčešće, reč je o određenim dimenzijama ličnosti (poput niske samokontrole, iritabilnosti, agresivnosti i potrage za uzbuđenjima), antisocijalnim stavovima, slabim kognitivnim i socijalnim veštinama, lošim porodičnim odnosima, slabom školskom i radnom postignuću, određenim obrascima socijalne interakcije i neuključenosti u pozitivne socijalne i rekreativne aktivnosti. Andrews i Bonta upućuju na osam centralnih faktora koji determinišu rizik od recidivizma, hijerarhijski ustrojenih, pri čemu četiri faktora imaju izraženiju prediktivnu snagu i uključuju: *istoriju antisocijalnog ponašanja*, karakterisanu ranim uključivanjem u različite antisocijalne aktivnosti; *antisocijalna obeležja ličnosti*, poput impulsivnosti, stalne potrage za zadovoljstvom i avanturama, agresivnosti i neosetljivost za druge (od dopunskog značaja su i niska samokontrola, slabe veštine kontrole besa i rešavanja problema); *antisocijalnu kogniciju* koja obuhvata stavove, vrednosti, uverenja i lični prestupnički identitet; *druženje sa antisocijalnim osobama* i relativna izolacija od prosocijalnih druženja, pri čemu su od značaja kvalitet odnosa i stepenn uticaja koji antisocijalne osobe imaju na pojedinca. Preostala četiri faktora uključuju *nepovoljne prilike u porodici/braku*; *probleme u vezi sa školovanjem/poslom*; *odsustvo ili malobrojnost pozitivnih aktivnosti u slobodno vreme* i *zloupotrebu psihoaktivnih supstanci*, i predstavljaju dopunske činioce, odnosno slabije prediktore recidivizmama.^{17 18}

Princip „potrebe“ nalaže da se intervencijama u okviru tretmana cilja na „kriminogene potrebe“, tj. one potrebe osuđenog koje su od neposrednog uticaja na njegovo prestupničko ponašanje. „Kriminogene potrebe“ su zapravo dinamički faktori rizika. Od opštih psiholoških potreba osuđenog razlikuje ih to što direktno utiču na rizik od povrata, pa intervencije moraju biti usredsređene na njih, bez nepotrebnog rasplinjavanja i ciljanja na promene koje nisu od značaja za rizik od povrata. „Nekriminogene potrebe“ (poput, recimo, niskog samopoštovanja) ne treba da budu u fokusu tretmana, sem ukoliko nisu relevantne za neki njegov princip (npr. za responzivnost).

RNR-model, kao set principa za konstruisanje resocijalizacijskog tretmana, ne predodređuje terapijske intervencije, odnosno metode u okviru programa postupanja. No, smatra se da najveću efektivnost i responzivnost pokazuju programi utemeljeni na kognitivnim, bihevioranim i socijalnim teorijama učenja, odnosno da

17 Andrews, D.A., Bonta, J.: *The Psychology of Criminal Conduct*, op. cit.

18 Nalazi velikog broja dosadašnjih studija generalno potvrđuju prediktivni značaj svih faktora rizika od povrata na koje su uputili Andrews i Bonta, premda neka istraživanja ukazuju na to da se faktori „srednje snage“ ponekad pokazuju prediktivnijim u odnosu na „velikih četiri“ faktora. Vidi: Grieger, L., Hosser, D.: Which Risk Factors are Really Predictive? An Analysis of Andrews and Bonta's 'Central Eight' Risk Factors for recidivism in German Youth Correctional Facility Inmates, *Criminal Justice and Behavior*, 2014, 41(5), pp. 613–634, first published on December 19, 2013. Elenkronska verzija dostupna na: <http://cjb.sagepub.com/content/41/5/613>.

su kognitivno-bihejvioralni metodi efikasni u radu sa najširoom prestupničkom populacijom. Ovi modeli uključuju podsticanje na promenu ukazivanjem na razloge zašto je ona potrebna; kognitivno restrukturiranje, modelovanje i pojačavanje antikriminalnih stavova; učvršćivanje novostečenih veština kroz vežbe igranja uloga itd. Princip responzivnosti dalje nalaže da se u obzir moraju uzeti i individualne karakteristike osuđenih koje mogu uticati na efektivnost intervencije. Responzivnost prema određenom programu tretmana varira u zavisnosti od uzrasta, pola, kulturnog zaleđa i drugih obeležja prestupnika, što zahteva specifično prilagođavanje intervencije: najbolji efekti se postižu na temelju uvažavanja specifične responzivnosti korisnika tretmana.

Budući koncizan, praktičan i solidno empirijski podržan, RNR-model je postao vodeći, paradigmatki skup principa procene i tretmana, ostvarujući značajan uticaj na koncipiranje tretmana prestupnika najpre u Kanadi, a potom i u Australiji, Novom Zelandu, SAD i mnogim evropskim zemljama. Empirijski nalazi ukazuju da tretmani bazirani na njegovim principima snižavaju rizik opšteg povrata, kao i specijalnog povrata kod nasilnih i seksualnih prestupnika.¹⁹

3. MODEL DOBROG ŽIVLJENJA (*GOOD LIVES MODEL*)

Model dobrog življenja koncipirao je novozelandski profesor kliničke psihologije Tony Ward 2002. godine,²⁰ nastojeći da ponudi bolju alternativu RNR-modelu u tretmanu seksualnih prestupnika, ali je model u narednim godinama privukao veliku akademsku pažnju i izrastao u konceptualni okvir generalno primenljiv u tretmanu prestupnika.²¹

Uveren da je svako nastojanje u resocijalizaciji prestupnika osuđeno na neuspeh ukoliko se sami prestupnici aktivno ne uključe u tretman, odnosno proces odustajanja od prestupništva, Ward u koncipiranju resocijalizacijskog tretmana polazi od Maslovljeve teze o potrebi i težnji ljudi za samoaktualizacijom. Bili toga svesni ili ne, ljudi nastoje da maksimizuju svoje potencijale u različitim domenima funkcionisanja. Zastupnici modela dobrog življenja ukazuju na jedanaest takvih domena, tj. primarnih ličnih dobara ili opštih životnih ciljeva, koji važe generalno. Svi ljudi, naime, žele: 1) da sačuvaju život i dobro zdravlje; 2) da steknu znanja jedne ili druge vrste; 3) da budu vešti u igri (rekreativnim i dokoličarskim aktivnostima); 4) da ovladaju radnim veštinama; 5) da postignu zadovoljavajući stepen autonomije; 6) da postignu unutrašnji mir; 7) povezanost sa drugima (uključujući prijateljstva, intimne, romantične i porodične odnose); 8) uključenost u zajednicu; 9) da ostvare

19 Vidi: Looman, J., Abracen, J.: The Risk Need Responsivity Model of Offender Rehabilitation: Is There Really a Need For a Paradigm Shift? *International Journal of Behavioral Consultation and Therapy*, 2013, 8, 3–4, p. 30.

20 Ward, T.: Good lives and the rehabilitation of offenders: promises and problems, *Aggression and Violent Behavior*, 2002, 7, pp. 513–528.

21 Danas se ovaj konceptualni okvir koristi za programe resocijalizacijskog tretmana namenjene seksualnim prestupnicima oba pola, nasilnim prestupnicima, maloletnim prestupnicima, prestupnicima zavisnim od psihoaktivnih supstanci, prestupnicima sa mentalnim poremećajima i drugim kategorijama prestupnika.

neku vrstu spiritualnosti (shvaćene u širem smislu, kao pronalaženje značenja i svrhe života); 10) sreću, i 11) da budu kreativni.²² Svaka racionalna ljudska delatnost u osnovi je usmerena na postizanje nekog primarnog ličnog dobra. Prestupnici su osobe koje su svoje (legitimne) potrebe i aspiracije pokušali da ostvare na društveno neprihvatljiv način, vršenjem delikta. S toga je zadatak i cilj intervencija u okviru resocijalizacijskog tretmana usvajanje alternativnih, društveno prihvatljivih načina zadovoljavanja ljudskih potreba i aspiracija.

Nastojeći da promovišu alternativni konceptualni okvir resocijalizacijskog tretmana, Ward i sledbenici njegovih ideja su tokom poslednje decenije ukazivali na slabe tačke modela Rizik-potreba-responzivnost, pa je, pored ostalog, isticano da on minimizuje ulogu lične motivacije, da ne uvažava dovoljno individualne razlike korisnika tretmana i da potcenjuje značaj kontekstualnih ili ekoloških faktora. Osnovna i najbitnija razlika između ovih koncepcija jeste u njihovoj orijentaciji: za razliku od RNR-modela koji akcenat stavlja na *deficite* i „kriminogene potrebe“, model dobrog življenja naglašava *snage* i primarne ljudske potrebe. Dok prvi pristupa tretmanu s negativnim terminološkim odrednicama, fokusiran na *eliminisanje* negativnih stavova, *redukovanje* kognitivnih distorzija, *otklanjanje* devijantnih seksualnih interesovanja i sl, model dobrog življenja promoviše *jačanje* snaga, veština i sposobnosti i sastavljanje plana za bolji život. Umesto da se cilja isključivo na „individualne faktore rizika“, intervencijama u okviru tretmana se podstiče promena koja proizlazi iz „holističke rekonstrukcije *self-a*“.²³ Drugačije rečeno, bolji način redukcije stope povrata jeste pružiti pomoć pojedincima da ostvare neophodne uslove da žive boljim životima, nego ih učiti kako da minimizuju šanse da se u budućnosti ponovo nađu u zatvoru. Primarni cilj tretmana nije samo redukovanje rizika od povrata, već i jačanje prestupnikovih sposobnosti da primarna dobra ostvaruje na društveno prihvatljiv način. Opažajući da je cilj tretmana da njemu samom pomogne da živi ispunjenim životom, prestupnik se lakše uključuje u proces tretmana i ulaže u njega.

U svojoj najnovijoj verziji – *Good Live-Desistance approach*, model se, pored socijalno-kognitivne teorije, oslanja na koncepcije o odustajanju od prestupništva (*desistence theory*) i „pozitivnu psihologiju“. Odustajanje od prestupništva nije događaj već proces koji traje određeno vreme, sa koracima unapred i unazad. Razmatrajući empirijske nalaze o tome da najveći broj prestupnika odustaje od kriminalnih aktivnosti do ulaska u četvrtu deceniju života, Ward i Laws²⁴ identifikuju dvanaest faktora koji doprinose odustajanju od prestupničkog ponašanja: 1) starenje; 2) stupanje u brak; 3) zaposlenje i sigurnost posla; 4) vojna služba; 5) boravak u zavodu za maloletnike; 6) boravak u zatvoru; 7) obrazovanje; 8) kognitivna transformacija (način na koji pojedinac vidi sebe); 9) „Pigmalionov efekat“ (visoka očekivanja drugih dovode do rasta poverenja u sebe); 10) raskidanje veza sa kriminalnom prošlošću; 11) spiritualnost, i 12) strah od teške povrede ili smrti.

22 Willis, G.M., Ward, T.: The Good Lives Model – Does it Work? Preliminary Evidence. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, op. cit., p. 307.

23 Ward, T., Maruna, S.: *Rehabilitation: Beyond the risk paradigm*. NY: Routledge, New York, 2007, p. 117.

24 Ward, T., Laws, D. R. Desistance from sexual offending: Motivating change, enriching practice, *International Journal of Forensic Mental Health*, 2010, 9(1), pp. 11–23.

Značajno pitanje je odnos između spontanog odustajanja od prestupništva i onog koje se direktno ili indirektno podstiče kroz tretman. Zastupnici Modela dobrog življenja smatraju da razlike nisu u kvalitativno drugačijim putevima ka neprestupničkom životu, već su rezultat nejednakih psiholoških i socijalnih resursa kojima pojedinci raspolažu. Ono što prestupniku treba da bude ponuđeno kroz tretman trebalo bi da zavisi od njegovih specifičnih potreba i kapaciteta, kao i od socijalnih okolnosti u kojima živi. Dok će nekima biti dovoljna kratkotrajna intenzivna socijalna podrška i profesionalno osposobljavanje bez terapije, drugima će, usled većih psiholoških problema, biti potrebne specijalističke intervencije. Nije dovoljno unaprediti empatiju prestupnika ili ga obučiti da upravlja stresom i emocionalnim manifestacijama; potrebno je osigurati mu podršku i pomoć u kreiranju njemu smislenog identiteta i socijalno prihvatljivog načina života.

Kod primene programa baziranog na modelu dobrog življenja procena počinje prestupnikovom konceptualizacijom dobrog života, pri čemu se od njega traži, postavljanjem detaljnih pitanja, da sačini svoju hijerarhiju primarnih dobara/ciljeva i da imenuje potrebe s kojima je njihovo prestupničko ponašanje bilo u vezi. Potom se navode sekundarni ciljevi posredstvom kojih se mogu ostvariti primarni ciljevi na društveno prihvatljiv način. Na temelju njih terapeut, u saradnji sa prestupnikom, sačinjava ka budućnosti orijentisan individualni plan dobrog življenja koji sadrži lične ciljeve, raspoložive načine njihovog postizanja, prepreke, faktore rizika i strategije njihovog nadvladavanja.²⁵ Faktori rizika se tretiraju kao prepreke u dostizanju dobara. Intervencije mogu uključivati izgradnju unutrašnjih kapaciteta (unapređivanje veština samoregulacije, ovladavanje socijalnim veštinama i dr.), aktiviranje spoljnih resursa i socijalne podrške za realizovanje ciljeva tretmana.

Razmatrajući doprinos modela dobrog življenja, Andrews, Bonta i Wormith su ocenili da su kritike na račun RNR-modela, posebno one koje se odnose na ulogu i mesto procene rizika od povrata u koncipiranju tretmana, neopravdane. Prema njima, davanje prioriteta postizanju „životne ispunjenosti“ u odnosu na neutralisanje kriminogenih potreba vrlo je problematično. Ovi autori su se zapitali da li proponenti Modela dobrog življenja zapravo zagovaraju povratak na nestrukturisanu procenu na osnovu staromodnih i prevaziđenih kliničkih intervjuja i posmatranje tretmana i terapije kao nečeg što je više veština nego primenjena nauka, zaključivši da bi insistiranje na „životnoj ispunjenosti“ predstavljalo vraćanje unazad, na ono iz doba pre pojave RNR-modela.²⁶

Razumljiva je konstatacija Andrewsa i saradnika da se intervencije utemeljene na modelu dobrog življenja i neće mnogo razlikovati od intervencija baziranih na RNR-modelu, ukoliko se u tretmanu dovoljna pažnja obrati na dinamičke faktore rizika. Ovi autori priznaju činjenicu da intervencije usmerene na „nekriminalne po-

25 Willis, G.M., Prescott, D.S., Yates, P.M.: The Good Lives Model (GLM) in Theory and Practice. *Sexual Abuse in Australia and New Zealand*, 2013, 5(1), pp. 3–9. Dostupno na: http://response-systemspanel.whs.mil/Public/docs/meetings/Sub_Committee/20140225_CSS/Materials_Presenters/08_TheGoodLivesModel_Willis_Prescott_Yates_2013.pdf [15.07.2014.]

26 Andrews, D.A., Bonta, J., Wormith, J.S.: The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model: Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention? *Criminal Justice and Behavior*, 2011, 38, 7, p. 741.

trebe“ nisu uvek nepotrebno rasipanje resursa, budući da one mogu biti od značaja za motivaciju osuđenog za uključivanje u tretman. Takođe, oni ukazuju da primarni cilj terapije u okviru tretmana ipak ne treba da bude postizanje „životnog ispunjenja“, jer postoji opasnost da se tako prevede ciljevi prevencije povrata, dok bi se, u isto vreme, pred profesionalce u sistemu izvršenja krivičnih sankcija postavili neostvarivi ciljevi i nemogući zadaci.²⁷

Operacionalizacija modela dobrog življenja u praksi otpočela je tek pre nekoliko godina. Premda su preliminarni nalazi o efektivnosti obećavajući,²⁸ teško je u ovom trenutku oceniti da li je i u kojoj meri ovaj konceptualni okvir superioran u odnosu na RNR-model. Nesporno, polazi se od razumnih premisa. Ali cilj ovog modela „orijentisanog na snage pojedinca“, onako kako je postavljen, zvuči kao idealan cilj svakog pristupa u tretmanu i svakog terapijskog rada. Idealno je, razume se, u procesu podsticanja prestupnika na promenu ponašanja „opskrbiti ga unutrašnjim i spoljnim resursima koji će mu omogućiti da živi dobar ili bolji život – socijalno prihvatljiv i lično smislen“,²⁹ odnosno staviti u pogon njegove sposobnosti i motivaciju za odustajanje od prestupništva, čime će se sniziti rizik od povrata i povećati njegovi izgledi za ostvarivanje dobrog življenja.³⁰ To je pre pitanje pravilnog pristupa svakog terapeuta svom zadatku nego orijentacije u tretmanu koja je, barem kada je reč o navedena dva konceptualna okvira, više tehničko nego suštinsko pitanje. Eksplicitna orijentacija ovog modela nije ono što ga bitno razlikuje. Razlikuje ga to što sasvim opravdano snažno akcentuje proces i način motivisanja prestupnika za učesće u tretmanu kao ključno pitanje – istina, bez motivacije prestupnika da ostvari promenu ne može biti nikakvog pozitivnog rezultata. Ako se uzme da je motivacija prestupnika prethodno i često presudno pitanje, onda se može reći da Model dobrog življenja nudi konkretnu dodatnu vrednost konceptualnom uobličavanju tretmana prestupnika, čiji će značaj biti predmet istraživačke pažnje u narednim godinama.

4. ŠTA DELUJE U TRETMANU POJEDINIH KATEGORIJA PRESTUPNIKA

Tretman učinilaca nasilnih krivičnih dela. Kognitivno-bihejeviorna terapija danas se generalno smatra najdelotvornijom intervencijom u tretmanu učinilaca krivičnih dela nasilja. Njeni ciljevi su usmereni na unapređivanje kognitivnih i veština kontrole emocija i obično uključuje treninge kontrole besa i rešavanja problema. Utemeljeni na činjenici da je bes najčešća emocionalna podloga nasilja, programi kontrole besa su decenijama unazad ambiciozno razvijani i danas se široko primenjuju i u zavodskim i vanzavodskim uslovima. Rezultati evaluacijskih studija ukazuju na delotvornost ovih programa u redukciji stope povrata.³¹ Neki autori,

27 *Ibidem.*, p. 750.

28 Willis, G.M., Ward, T.: The Good Lives Model – Does it Work? Preliminary Evidence, *op. cit.*, pp. 305–317.

29 *Ibidem.*, p. 306.

30 *Ibidem.*, p. 305.

31 Vidi: Lipsey, M.W., Landenberger, N.A., Wilson, S.J.: *Effects of Cognitive-Behavioral Programs for Criminal Offenders*. Campbell Systematic Reviews 2007:6. Dostupno na: <http://campbellcollaboration.org/lib/project/29/> [12.06.2014.]

pak, upozoravaju da efektivnost programa kontrole besa može biti kompromitovana činjenicom da nisu svi učinioci nasilnih delikata kandidati za ovakvu terapiju, dok je među onima koji to jesu, mnogo nedovoljno motivisanih da se u nju uključe. Budući da bes često jeste prekursor agresivnog ponašanja, ali da on sam nije ni neophodan niti dovoljan za manifestovanje nasilja, program kontrole besa trebalo bi da bude jedna od komponenti multimodalnog tretmana koji uključuje i druge tehnike kognitivno-bihevioralne terapije, uz pomoć koje će prestupnici unapređivati kako veštine samoregulacije, tako i razumevanje vlastite dobiti od uzdržavanja od nasilnog ponašanja u budućnosti.³²

Učinioci nasilja u partnerskom odnosu, odnosno nasilja nad ženama, najčešće se uključuju u tretmane u okviru kojih se primenjuje kognitivno-bihevioralna terapija ili u psihoedukacijski Duluth model. Primena kognitivno-bihevioralne terapije temelji se na tezi da faktori nasilja u ovim slučajevima jesu kognitivne distorzije o sebi, partneru i partnerskom odnosu (iracionalne misli i i kognitivne distorzije mogu doprineti pobuđivanju besa), kao i nedostatku veština za odgovarajuću ekspresiju i obradu emocionalnih stanja koji dovode do neadekvatnog ispoljavanja ljutnje, odnosno do verbalne ili fizičke agresije. Tretman uključuje predavanja, domaće zadatke i ponavljanja, s ciljem da korisnici uvežbaju tehnike kojima su podučeni od strane terapeuta. Bihevioralni aspekt terapije tiče se načina i situacija u kojima dolazi do nagomilavanja i ispoljavanja agresivnosti i uključuje trening asertivnosti i sistematsku desenzitizaciju.³³ Duluth model³⁴ je usmeren na reedukaciju i promenu uverenja nasilnih muškaraca o nasilju, ženama, ljutnji i kontroli stresa, a uključuje i trening partnerskih veština i edukaciju u oblasti rodni uloga. Navedena dva modela pokazala su gotovo jednaku, ne previše jaku efektivnost u sprečavanju povrata ove kategorije prestupnika, a razlozi za ograničen uspeh se pored ostalog traže u okolnosti da se u ove programe učinioci najčešće uključuju zbog toga što su na to obavezani sudskom odlukom ili iz straha da će ih u suprotnom partnerka napustiti, a ne zato što su to sami želeli.³⁵

Banks, Kini i Babcock upućuju da intenzitet tretmana za učinioce nasilja nad partnerom korespondira sa tipologijom nasilnika koju su dali Holtzworth-Munroe i Stuart (1994)³⁶ i to tako što učinioci nasilja isključivo u porodici imaju najmanje potreba u smislu tretmana – na njih obično pozitivno deluje već samo hapšenje i strah da će biti napušteni od partnerke ili da će im ugled u zajednici biti narušen; kad su u pitanju druga dva tipa nasilnika, obećavajućim modelom tretmana sma-

32 Novaco, R.W.: Reducing Anger-Related Offending: What Works. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, op. cit., pp. 211–236.

33 Banks, J., Kini, Sh., Babcock, J.: Interventions that Work to Stop Intimate Partner Violence. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, op. cit., pp. 162–163.

34 Duluth model je razvijen 80-ih godina XX veka u istoimenom gradu u američkoj saveznoj državi Minesoti.

35 Banks, J., Kini, Sh., Babcock, J.: Interventions that Work to Stop Intimate Partner Violence, op. cit., p. 162.

36 Ova klasifikacija sadrži tri tipa učinilaca nasilja nad partnerkom: a) one koji vrše nasilje isključivo u porodici; b) granične/disforične ličnosti i c) generalno nasilne.

tra se dijalektički bihevioralna terapija,³⁷ podvrsta kognitivne bihevioralne terapije koja uključuje obučavanje za prepoznavanje i upravljanje emocijama, posebno razvijena za potrebe tretmana osoba sa graničnim poremećajem ličnosti.

Tretman seksualnih prestupnika oduvek je bilo kontraverzno pitanje. Negativni stavovi u široj, pa i stručnoj javnosti prema učinocima seksualnih delikata, pogotovu onim čije su žrtve deca, kao i različite mere njihovog postpenalnog nadzora otežavaju reintegraciju ovih prestupnika i često poništavaju efekte terapeutskih napora usmerenih na redukciju rizika od povrata. Nisu retki stavovi da se sa ovim prestupnicima ništa značajno ne može postići, da za njih „leka“ nema, da jedino što se može učiniti da bi društvo od njih bilo bezbedno jeste: „zatvoriti i baciti ključ“.

Empirijski nalazi uglavnom ukazuju da seksualne prestupnike karakterišu greške u mišljenju, kao i da su veoma česte kognitivne distorzije vezane za žrtvu i okolnosti događaja. Mnogi od ovih prestupnika su izrazito manipulativni, sklони laganju, igrama moći, samoopravdavanju i gaje čvrste antisocijalne stavove. S toga ne čudi što su terapijski programi koji uključuju kognitivno-bihevioralnu terapiju, koja se u radu sa ovom kategorijom prestupnika primenjuje tokom poslednje dve-tri decenije, pokazali veću delotvornost u odnosu na tradicionalne bihevioralne terapijske metode. Ove poslednje počivaju na uverenju da seksualni delikti rezultuju iz devijantnog seksualnog pobuđenja,³⁸ pa se u tretmanu primenjuju bihevioralni terapijski modeli odvikavanja od devijantnih seksualnih fantazija, bazirani na klasičnom i instrumentalnom uslovljavanju i averzivnoj terapiji. Počev od 80-ih godina XX veka, sve više se primenjuju programi kojima se prestupnici obučavaju da sami prepoznaju i kontrolišu vlastite fantazije i ponašanje, kao i da razumeju poziciju i stradanje žrtve. Kognitivno-bihevioralna terapija cilja na promenu unutrašnjih procesa (mišljenja, emocija, uverenja, psihološke pobudljivosti), kao i ponašanja (socijalnih veština i strategija za prevazilaženje problema) i može uključivati korekciju neadekvatnog opažanja situacija, iracionalnih uverenja i grešaka u mišljenju povezanih sa prestupničkim ponašanjem.

Dve velike metaanalize tretmana seksualnih prestupnika³⁹ ukazale su na određenu, premda ne zadovoljavajuću delotvornost kognitivno-bihevioralnih terapijskih programa u snižavanju stope povrata seksualnih prestupnika, pod uslovom da su dizajnirani u skladu sa RNR-principima i valjano implementirani. Pokazalo se da efektivni tretmani istovremeno redukuju stope opšteg i specijalnog povrata,⁴⁰

37 Banks, J., Kini, Sh., Babcock, J.: Interventions that Work to Stop Intimate Partner Violence, *op. cit.*, p. 166–167.

38 McGuire, Carlisle i Young su šezdesetih godina XX veka izneli teorijsko gledište prema kome je razvoj devijantnih seksualnih interesovanja uzrok seksualnog prestupništva. McGure, R.J. *et al.*: Sexual deviation as conditioned behaviour: a hypothesis. *Behaviour Research and Therapy*, 1965, 3, pp. 185–190. Prema: Marshall, W.L. *et al.*: What Works in Reducing Sexual Offending. In Craig, L.A., *et al.* (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*. Wiley-Blackwell, 2013, p. 175.

39 Hanson, R.K. *et al.*: First report of the Collaborative Outcome Data Project on the effectiveness of psychological treatment of sex offenders, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 2002, 14, pp.169–194; Lösel, F., Schmucker, M.: The effectiveness of treatment for sexual offenders: a comprehensive meta-analysis, *Journal of Experimental Criminology*, 2005, 1, pp.117–146.

40 Marshall, W.L. *et al.*: What Works in Reducing Sexual Offending, *op. cit.*, pp. 179–181.

kao i da se u dizajniranju tretmana za seksualne prestupnike mora voditi računa o značajno različitim potrebama pedofila i ostalih seksualnih prestupnika.⁴¹

Jedan od obećavajućih modela tretmana seksualnih prestupnika jeste onaj koji su formulisali William Marshall i saradnici (2011),⁴² uvažavajući kako dobre rezultate koje ostvaruju programi bazirani na RNR– principima, tako i potenciranje snaga osuđenog, onako kako to upućuje Model dobrog življenja.⁴³ Program se realizuje kroz tri faze. U okviru prve faze radi se na jačanju motivacije prestupnika za uključivanje u tretman, uz naročito fokusiranje na četiri teme: samopoštovanje, osećanje stida, veštine osobe da se iznese sa situacijom i kontrola raspoloženja. Druga faza je posvećena delovanju na poznate kriminogene faktore (npr. na deficite u veštinama partnerstva koji ishode neuspehom u uspostavljanju i održavanju intimnih veza i hroničnog osećanja usamljenosti ili na devijantna seksualna interesovanja), pri čemu se akcenat stavlja na dobiti od prosocijalnih načina ostvarivanja potreba i osnažuje se atraktivnost prosocijalnih seksualnih aktivnosti. Uz to, radi se na daljem unapređenju veština kontrole raspoloženja i nošenja sa frustracijama, pri čemu se prestupnik podstiče da odabir načina na koji će postupiti bude takav da maksimizuje kratkoročne i dugoročne benefite za sebe i druge. Na početku treće faze, prestupniku se predočavaju lična dobra iz modela dobrog življenja nakon čega se on izjašnjava o tome koja od tih dobara za njega imaju najveću vrednost i na čemu želi najviše da radi. U ovoj fazi se identifikuju i osobe koje mogu pružiti podršku tokom reintegracije prestupnika u zajednicu. U isto vreme, prestupnik se podstiče da prihvati to da je sam odgovoran za postizanje svojih ciljeva, dakle ne osobe koje će mu u procesu reintegracije pružati podršku. Program je, prema tvrdnji njegovih tvoraca, pokazao delotvornost kakvu nije nijedan raniji program tretmana seksualnih prestupnika,⁴⁴ te je nesumnjivo da će u budućnosti ovaj model biti predmet naročite pažnje u metaanalizama u ovoj oblasti.⁴⁵

Kada je reč o tretmanu seksualnih prestupnika ne može se zaobići primenu medikamentne terapije, odnosno hemijskog tretmana kao dopunske terapijske in-

41 Perez ukazuje na to da su tretmani za seksualne prestupnike uglavnom dizajnirani tako da odgovore na terapijske potrebe lica koji seksualno zloupotrebljavaju decu, od kojih se ne može očekivati efektivnost kada se primenjuju u tretmanu silovatelja. Drugim rečima, slaba efektivnost postojećih programa posledica je i toga što su fokusirani na promenu devijantnih stavova povezanih sa seksualnošću, a ne antisocijalnih stavova generalno. Perez, D.M.: *Treating rapists/Sex Offenders*, In Fisher, B.S., Lab, S.P. (eds.): *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*, Volume 2, pp. 949–953.

42 Marshall, W.I. et al.: *The rehabilitation of Sexual Offenders: A Strengths-Based Approach*. American Psychological Association, Washington, DC., 2011. Prema: Marshall, W.L. et al.: *What Works in Reducing Sexual Offending*, op. cit., pp. 181–185.

43 Marshall, W.L. et al.: *What Works in Reducing Sexual Offending*, op. cit., p. 181.

44 Praćenjem 535 seksualnih prestupnika koji su bili uključeni u navedeni tretman u periodu od 1991–2001. godine utvrđeno je da je stopa specijalnog povrata tokom prvog petogodišnjeg perioda nakon otpuštanja bila 4–5 puta niža od ona koja je očekivana na temelju primenjenih prognostičkih instrumenata, dok je stopa opšteg povrata bila trostruko niža od očekivane. Marshall, W.L. et al.: *What Works in Reducing Sexual Offending*, op. cit., p. 184.

45 Više u: Marshall, W.L. et al.: *What Works in Reducing Sexual Offending*, op. cit., pp. 173–191; Marshall, W.L. et al.: *The Rehabilitation of Sexual Offenders: A Strengths-Based Approach*, American Psychological Association, Washington, DC, 2011.

tervencije uz psihoterapiju. Najčešće, reč je o primeni hormona ili antiandrogenih agenasa (poput medroksiprogesteron acetata) s ciljem snižavanja seksualnog nagona kod hroničnih seksualnih prestupnika, posebno onih koji usled mentalnih deficita nisu sposobni da uspešno kontrolišu impulse i prestupnika za koje se utvrdi da imaju naročito izražen seksualni nagon. Neke studije su pokazale da ovakvi hemijski tretmani rizik od povrata značajno redukuju.⁴⁶

Tretman prestupnika zavisnih od psihoaktivnih supstanci. Univerzalno važi da je zloupotreba alkohola i droga značajno (direktno ili indirektno) povezana sa prestupničkim ponašanjem, odnosno da većina prestupničke populacije u mnogim zemljama sveta koristi psihoaktivne supstance u meri koja zahteva tretman.⁴⁷ Zloupotreba psihoaktivnih supstanci smatra se jednim od najvažnijih kriminogenih faktora i podrazumeva se da svaki program resocijalizacijskog tretmana koji cilja na širu prestupničku populaciju mora adekvatno odgovoriti na ovaj dinamički faktor rizika. Oslanjajući se na nalaze evaluacija, John Weeks i saradnici upućuju na sedam ključnih komponenti efektivnih programa tretmana prestupnika zavisnih od alkohola i droga: 1) program treba da je utemeljen na teoriji socijalnog učenja i kognitivno-bihejvioralnom pristupu; 2) program treba da je koncipiran shodno principima modela rizik-potreba-responzivnost; 3) intenzitet programa treba da odgovara težini problema; 4) program treba da uključuje primenu tehnika za jačanje motivacije; 5) program treba da ima terapijski integritet; 6) treba da budu dostupne dopunske intervencije, poput opijatske supstitucione terapije, i 7) program treba da sadrži komponentu naknadne nege.⁴⁸ Drugim rečima, konzumiranje psihoaktivnih supstanci je naučeno i maladaptivno ponašanje, a terapija treba da uključuje unapređenje veština nošenja sa frustracijama i kognitivnih procesa. Konzumiranje alkohola i droga dinamički je faktor rizika od značajnog uticaja na rizik od povrata. Prestupnici treba da budu sistematski motivisani za uključivanje u tretman (npr. tehnikom motivacionog razgovora). Terapeuti treba da budu pažljivo odabrani, obučeni, nadgledani, a program treba da se sprovodi na konzistentan i standardizovan način. Efektivne tehnike tretmana sa ovom kategorijom prestupnika obuhvataju: motivacioni razgovor, trening socijalnih veština, načina rešavanja problema i nošenja sa frustracijama, strukturirana prevencija prekida apstinencije, trening kontrole stresa, profesionalno osposobljavanje i posttremanski nadzor i naknadnu negu.⁴⁹

Veliki broj evaluacijskih studija sprovedenih poslednjih dvadesetak godina potvrdio je efikasnost tretmana zavisnosti od psihoaktivnih supstanci u redukciji rizika od povrata. Efikasni tretmani uključuju model terapijske zajednice, ali i druge modele koji se primenjuju u zavodskim ili vanzavodskim uslovima.⁵⁰

46 Meyer, W.J., Cole, C., Emory, E.: Depo Provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 1992, 20, pp. 249–259.

47 Weekes, J.R. et al.: What Works in Reducing Substance-Related Offending? In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation—An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, op. cit., pp. 237–238.

48 *Ibidem*, pp. 245–248.

49 Weekes, J.R. et al., 2004, prema: Weekes, J.R. et al.: What Works in Reducing Substance-Related Offending? op. cit., p. 248.

50 *Ibidem*, pp. 248–249.

Tretman maloletnika. Broj koncepcija i programa tretmana koji se danas primenjuju u radu sa maloletnim prestupnicima je veliki. Ovom prilikom pažnja će biti usmerena na tri koncepta tretmana koji se aktuelno smatraju najefektivnim. Prvi je multisistemska terapija,⁵¹ oblik tretmana koji se pokazuje najdelotvornijim u redukciji stope povrata maloletnih prestupnika.⁵² Reč je o intenzivnom porodičnom i tretmanu u zajednici koji je prvobitno dizajniran za maloletnike sklone vršenju težih i nasilnih delikata, ali se u međuvremenu pokazao kao efikasan i u radu sa mladima koji manifestuju druge vrste poremećaja u ponašanju.⁵³ Ovaj model tretmana doživeo je veliku popularnost i uticajnost. U njega se godišnje uključuje preko 17.000 mladih i njihovih porodica u SAD, Kanadi, Evropi i Australiji.⁵⁴ Program je potvrđen kao efikasan rezultatima brojnih studija, a pokazao se kao značajno efektivniji od individualne terapije.⁵⁵

Teorijske osnove multisistemske terapije čine teorija porodičnih sistema i socijalno-ekološka teorija. Porodica je sistem vođen pravilima ponašanja, a problematično ponašanje pojedinca u vezi je sa obrascima interakcija između članova porodice. Ne samo da strategije disciplinovanja unutar porodice imaju uticaj na antisocijalno ponašanje, već i antisocijalno ponašanje maloletnog lica ima povratni uticaj na ponašanje ostalih članova i može imati i određenu funkciju unutar porodice. Socijalno-ekološka teorija deli slične teze o interakcijama individue i okruženja, s tim što u fokusu ima mnogo širi opseg mikrosocijalnih i makrosocijalnih uticaja na pojedinca.

Većinu terapijskih usluga u multisistenskoj terapiji klijent dobija direktno od svog terapeuta⁵⁶ koji je porodici dostupan u svako doba, a u slučajevima u kojima usluge pružaju druge službe, terapeut obezbeđuje pristup tim službama i nadgleda kvalitet pruženih usluga. Program traje tri do pet meseci i podrazumeva sačinjavanje plana tretmana za svakog maloletnika i njegovu porodicu. Intervencije iz plana tretmana mogu uključivati porodičnu terapiju, trening socijalnih veština, podsticanje prosocijalnih aktivnosti i veza maloletnika i dr. Programi tretmana su u određenoj meri fleksibilni i ne podrazumevaju obavezu terapeuta da sledi nekakav rigorozan i neporomenljiv protokol.

- 51 Model je od sredine 70-ih godina XX veka razvijao Scott Henggeler sa grupom saradnika, koji je u to vreme u Virdžiniji (SAD) bio angažovan u radu sa maloletnicima sa antisocijalnim ponašanjem. Više o modelu u: Henggeler, S. W. *et al.*: Multisystemic treatment of juvenile offenders: Effects on adolescent behavior and family interactions, *Developmental Psychology*, 1986, 22, pp. 132–141; Henggeler, S.W., Borduin, C.M.: *Family Therapy and Beyond: A Multisystemic Approach to Treating the Behavior Problems of Children and Adolescents*. Brooks/Cole, Pacific Grove, 1990.
- 52 Mnoge eksperimentalne i druge evaluacijske studije potvrdile su delotvornost modela u redukciji stope recidivizma maloletnika, uključujući i one koji su vršili nasilne delikte. Više informacija na: www.mstservices.com/proven-results/proven-results
- 53 Borduin, C.M. *et al.*: Evidence-Based Interventions for Serious and Violent Juvenile Offenders, In Craig, L.A. *et al.* (eds). *What Works in Offender Rehabilitation—An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, *op. cit.*, p. 196.
- 54 *Ibidem*, p. 194.
- 55 *Ibidem*, p. 195.
- 56 Tim za sprovođenje multisistemske terapije obično čine od dva do četiri terapeuta (svaki radi sa 4–6 porodica) i supervizor. Intenzitet direktnih kontakata terapeuta sa porodicom po pravilu je veći na početku tretmana, da bi se u završnoj fazi uglavnom sveo na jedan nedeljno.

Određene potvrde efektivnosti dobili su i modeli funkcionalne porodične terapije,⁵⁷ kao i multidimenzionalni tretman u hraniteljskoj porodici.⁵⁸ Kada je reč o funkcionalnoj porodičnoj terapiji, empirijske potvrde njene delotvornosti u redukciji povrata postoje, ali se kao značajan faktor efektivnosti pokazala posvećenost terapeuta koji sprovodi program. Funkcionalna porodična terapija se za sada pokazuje delotvornijom u tretmanu maloletnih prestupnika koji vrše lakša krivična dela.⁵⁹

Multidimenzionalni tretman maloletnih prestupnika u hraniteljskim porodicama, koji je razvijen kao alternativa zavodskom tretmanu maloletnika sa hroničnim prestupničkim ponašanjem,⁶⁰ podrazumeva sprovođenje intervencija sa maloletnikom smeštenim u porodicu hranitelja posebno obučenih za primenu adekvatnih tehnika vaspitanja i kontrole ponašanja, kao i sa njegovom prirodnom porodicom. Model je utemeljen na postavkama teorije socijalnog učenja i tezi da prevencija antisocijalnog ponašanja podrazumeva delovanje na sve sisteme iz maloletnikovog okruženja – porodicu, školu i zajednicu. Primarni ciljevi jesu redukovanje prestupničkog ponašanja maloletnika, promovisanje prosocijalnog ponašanja i povratak u biološku porodicu na kraju uspešnog tretmana. Boravak maloletnika u u hraniteljskoj porodici obično traje od 6–9 meseci. Do sada je osam kliničkih eksperimentalnih studija potvrdilo efektivnost ovog koncepta tretmana u radu sa hroničnim maloletnim prestupnicima i program se danas primenjuje u SAD, Kanadi i Evropi.⁶¹ Prva nezavisna evaluacija delotvornosti, sprovedena u Švedskoj, pokazala je da je program u pogledu efektivnosti superioran u odnosu na druge programe tretmana.⁶²

57 Funkcionalna porodična terapija, razvijena 70-ih godina XX veka, polazi se od premise da svaki problem predstavlja simptom disfunkcionalnih porodičnih odnosa, a rešavanje problema se vidi u popravljaju stilova komunikacije unutar porodice i snižavanju defenzivnosti i negativiteta. Program obično vodi od 3–8 terapeuta, a svaki radi sa 12–15 porodica. U proseku, tretman uključuje dvanaest sesija tokom tri–četiri meseca i realizuje se na temelju protokola tretmana koji se odvija u tri faze: 1) *uključivanje/motivacija*, u kojoj terapeut ohrabruje klijentova pozitivna očekivanja od tretmana; 2) *promena ponašanja*, tokom koje terapeut podstiče stvaranje novih obrazaca porodične interakcije, primenom bihejvioralnih i kognitivno-bihejvioralnih tehnika; 3) *faza generalizacije*, u kojoj terapeut nastoji da podstakne održanje postignute promene u ponašanju i njenu generalizaciju na širi kontekst; porodici se pomaže da intenzivira saradnju sa školom i predstavnicima krivičnog sistema za maloletnike, da anticipira moguće probleme u budućnosti i pripremi plan odgovora na njih. Alexander, J.F., *Sexton*, T.L.: **Functional family therapy**. *OJJDP Juvenile Justice Bulletin*, December 2000. Dostupno na: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/184743.pdf>; [18.07.2014]. Borduin, C.M. *et al.*: Evidence-Based Interventions for Serious and Violent Juvenile Offenders *op. cit.*, p. 199.

58 *Ibidem*, pp. 194–200.

59 *Ibidem*, pp. 198–199.

60 Ovaj koncept tretmana je početkom 80-ih godina XX veka formulisala Patricia Chamberlain sa grupom saradnika. Program je namenjen hroničnim prestupnicima uzrasta od 12–17 godina i po pravilu se primenjuje tek ukoliko druge intenzivne intervencije ostanu bez rezultata. Shodno teorijskom utemeljenju i ciljevima programa, metode rada uključuju brižljiv nadzor, konzistentno postavljanje granica i predvidljive posledice kršenja pravila, razvijanje podržavajućeg odnosa sa maloletnikom i redukciju kontakata sa vršnjacima sa sličnim problemima.

61 Više o rezultatima evaluacijskih studija kao i drugim informacijama u vezi sa modelom na: www.mtfc.com

62 Westermarck, Hansson, Olssen, 2011, prema: Borduin, C.M. *et al.*: Evidence-Based Interventions for Serious and Violent Juvenile Offenders, *op. cit.*, p. 198.

Tretman prestupnika sa antisocijalnim poremećajem ličnosti. Kada je reč o davno odomaćenom pesimizmu u pogledu tretmana lica sa antisocijalnim (psihopatskim) poremećajem ličnosti, u literaturi se sreću jetki komentari da je o tome daleko više pisano nego što se zapravo zna,⁶³ a zna se još uvek nedovoljno, pre svega zbog metodoloških manjkavosti mnogih studija koje onemogućavaju sprovođenje odgovarajućih metaanaliza na osnovu kojih se može oceniti efektivnost pojedinih tretmana.⁶⁴ Ipak, rašireno je uverenje da je ocena o neupotrebljivosti tretmana za psihopatske prestupnike preterana, premda su terapijske potrebe ove kategorije prestupnika veoma složene i još uvek nema pouzdanih saznanja o tome koji oblici intervencija mogu dati rezultat.

5. ZAVRŠNI OSVRT

Dve danas dominirajuće paradigme u koncipiranju resocijalizacijskog tretmana u zemljama Zapada – *Model rizik-potreba-responzivnost* i *Model dobrog življenja*, ni u konceptualnom niti u praktičnom smislu nisu previše udaljeni niti se isključuju. Razlika u orijentaciji ova dva modela (orijentacija na „slabosti“ naspram orijentacije na „snage“) prevazilazi formalni značaj samo u meri u kojoj utiče na motivisanost prestupnika da se uključe u tretman. Pitanje procesa i načina motivisanja prestupnika za uključivanje u tretman važnije je od svih drugih, pri čemu treba imati na umu i različita ograničenja, počev od obaveze poštovanja autonomije i drugih prava prestupnika.⁶⁵ Poseban izazov za svaki program jeste motivisanje prestupnika sa snažnim antisocijalnim stavovima da se aktivno uključe u tretman, a budućnost će pokazati da li je u tom pogledu Model dobrog življenja superiorniji.

Pitanje efektivnosti tretmana značajnije je za izbor resocijalizacijskog modela nego za opravdanje resocijalizacije kao ideala ili svrhe kažnjavanja. Delotvornost tretmana prestupnika, koliko god bila nezadovoljavajuća, ne treba da bude povod za razočaranje (tim pre što ni očekivanja nisu mogla biti spektakularna), već podsticaj za dalji razvoj teorije i prakse u ovoj oblasti. Empirijski nalazi govore da su se multimodalni tretmani i oni koji ciljaju na više raznorodnih faktora rizika pokazali efektivnijim. Uspešan tretman perzistentnog prestupnika može, recimo, uključivati obučavanje u socijalnim i kognitivnim veštinama, uvežbavanje uspostavljanja samokontrole i obezbeđivanje podrške za održavanje pozitivnih promena kroz nadzor ili asistenciju u rešavanju svakodnevnih praktičnih problema.⁶⁶ Terapijski metod izbora u tretmanu različitih kategorija prestupnika danas u prvom redu kognitivno-bihejvioralna terapija, sa mnoštvom tehnika za unapređenje empatije, veština emocionalne kontrole, procesa mišljenja, rešavanja problema i dekonstrukcije antisocijalnih stavova. Evaluacijske studije potvrđuju delotvornost kognitivno-bihejvio-

63 Hemphill and Hart, 2002, prema: Tew, J. et al.: What Works in Reducing Violent Re-offending in Psychopathic Offenders. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, op. cit., p. 131.

64 Tew, J. et al.: What Works in Reducing Violent Re-offending in Psychopathic Offenders, op. cit., p. 131.

65 Glaser, B.: Paternalism and the good lives model of sex offender rehabilitation, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 2011, 23(3), pp. 329–345

66 McGuire, J.: 'What Works' to Reduce Re-offending 18 Years On. op. cit., p. 33.

ralnih intervencija. Povoljna je okolnost što kognitivno-bihejvioralna terapija predstavlja jednostavniju proceduru od tradicionalne grupne ili terapije jedan na jedan, a osoblje se relativno lako može obučiti za njenu primenu.

Dalje evaluacije programa tretmana prestupnika biće blagorodne ne samo za selekciju najefektivnijih modela resocijalizacijskog tretmana pojedinih kategorija prestupnika, već će biti informativne za delatnost koja daleko više obećava – primarnu i sekundarnu prevenciju prestupničkog ponašanja.

Na kraju, u sumarnom osvrtu na situaciju u oblasti tretmana prestupnika u našoj zemlji, teško je ne konstatovati prilično obeshrabrujuće stanje koje je očigledno rezultat dugotrajnog delovanja različitih nepovoljnih okolnosti. Ocenjeno je da su programi tretmana u ustanovama za izvršenje sankcija u Republici Srbiji „neodgovarajući i nedovoljni“,⁶⁷ da pojedinačni i grupni tretmanski rad sa osuđenima u velikom broju zavoda „nije dovoljno efikasan i sistematičan“,⁶⁸ a u nekima od njih se uglavnom ne sprovodi.⁶⁹ Nedostaju mogućnosti za radno angažovanje osuđenih, učešće u edukacijama i stručnom osposobljavanju, kao i aktivnosti usmerenih ka socijalizaciji.⁷⁰

Ono što predstavlja pozitivan razvoj, pored „revitalizacije srednjeg stručnog obrazovanja i profesionalnog osposobljavanja osuđenih lica“,⁷¹ jeste to da je Uprava za izvršenje krivičnih sankcija Ministarstva pravde i državne uprave otpočela primenu jedinstvenog pristupa tretmanu osuđenih lica zasnovanom na proceni rizika,⁷² individualnih potreba i kapaciteta za promenu, a svi službenici tretmana su prošli obuku s ciljem usvajanja znanja u primeni upitnika za procenu rizika, inicijalnom razvrstavanju i utvrđivanju i primeni programa postupanja. S druge strane, samo je „jedan broj“ službenika tretmana obučen za primenu kognitivno-bihejvioralne terapije u radu sa osuđenim licima.⁷³

67 *Strategija razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine*. „Službeni glasnik RS“, br. 114/2013. Strategiju je donela Vlada RS 23. decembra 2013. Godine (Odluka Vlade 05 broj: 021–10982/13).

68 Zaštitnik građana RS: *Redovni godišnji izveštaj zaštitnika građana za 2013. godinu*. Beograd, 15. mart 2014, str. 100. Dostupno na: www.ombudsman.rs/attachments/3286_Redovni%20godisnji%20izvestaj%20Zastitnika%20gradjana%20za%202013.%20godinu.pdf [10.08.2014.]

69 Pored navedenog, Zaštitnik građana je u Izveštaju o poseti KPZ Sremska Mitrovica aprila 2012. godine, ocenio da je pojedinačni i grupni rad sa osuđenima „nezadovoljavajući“, dok se zadaci osoblja u realizaciji individualnih programa postupanja prema osuđenima „uglavnom ne ostvaruju“. Vidi: Janković, M. (prir.): *Nacionalni mehanizam za prevenciju torture. Monitoring ustanova u kojima se nalaze lica lišena slobode. Izveštaj o poseti KPZ Sremska Mitrovica*. Zaštitnik građana, Beograd, 2013, str. 99. Dostupno na: www.zastitnik.rs/attachments/3027_Izvestaj%20o%20poseti%20KPZ%20Sremska%20Mitrovica.pdf [10.08.2014.]

70 *Strategija razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine*. Vlada RS donela je Strategiju 23. decembra 2013. godine (Odluka Vlade 05 broj: 021–10982/13).

71 Realizuje se u kazneno-popravnim zavodima u Požarevcu, Nišu i Sremskoj Mitrovici kroz IPA projekat Evropske delegacije u Srbiji, a u prvoj fazi obuhvaćeno je 500 osuđenih lica u okviru pet obrazovnih programa. *Strategija razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, op. cit.*, t. 3.5.

72 Procena rizika u ustanovama za izvršenje krivičnih sankcija vrši se na osnovu upitnika za osuđene prema *Pravilniku o tretmanu, programu postupanja, razvrstavanju i naknadnom razvrstavanju osuđenih lica* („Sl. glasnik RS“, br. 72/2010).

73 *Strategija razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, op. cit.*, t. 3.5.

Zabrinjava to to što „glavni izazovi“ uključuju: nedovoljan broj specijalizovanih i individualizovanih programa tretmana; nedovoljno obučenog osoblja osposobljenog za sprovođenje programa; slabosti u fazi pripreme za otpust i u stvaranju uslova za postpenalni prihvata.⁷⁴ Drugačije rečeno, problematično je sve u vezi sa tretmanom i njime su nezadovoljni svi, uključujući i osuđenike.⁷⁵ Slične manjkavosti postoje i kada je reč o programima koji se formulišu radi pružanja socijalne podrške u okviru postpenalnog prihvata.⁷⁶

Nedavno usvojeni strateški dokumenti najavljuju skore promene na bolje. *Strategija razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji* označava tretman kao jedan od prioriternih razvojnih oblasti, a kao primarne zadatke navodi: „primenu širokog spektra programa tretmana“ usmerenih na očuvanje mentalnog i fizičkog zdravlja tokom izvršenja kazne, promenu ponašanja, stručno osposobljavanje, pripremu za otpust i reintegraciju osuđenih (t. 1.3). Kao prioriterni aktivnosti, Strategija određuje donošenje specijalizovanih programa za različite kategorije osuđenih lica,⁷⁷ kao i kontinuiranu obuku i stručno usavršavanje službenika tretmana.

Akcionim planom za sprovođenje Strategije⁷⁸ predviđeno je više mera i aktivnosti s ciljem unapređenja tretmana, a naročita pažnja je posvećena razvoju programa za „posebno osetljive kategorije lica“, uključujući žene, maloletnike, invalide, mentalno obolela lica i lica zavisna od psihoaktivnih supstanci.⁷⁹ Radi poboljšanja tretmana maloletnika predviđene su mere kadrovskog ojačavanja i „unapređenje novih programa tretmana maloletnika“, poput specijalizovanih programa za učinioce seksualnih krivičnih dela i osobe zavisne od psihoaktivnih supstanci i programa

74 Na ove nedostatke je ukazivao i Zaštitnik građana u više svojih izveštaja. Tako, u pomenutom Izveštaju o poseti KPZ Sremska Mitrovica pored ostalog se konstatuje da, kako na jednog vaspitača dolazi preko 100 osuđenih, ne može se očekivati bilo kakav efikasan pojedinačni ili grupni tretmanski rad sa osuđenima. Povrh toga, zaposleni u Službi za tretman tvrde da su veoma opterećeni obimnim administrativnim poslovima, zbog čega im preostaje „izuzetno malo“ vremena za neposredan rad sa osuđenima. Janković, M. (priř.): *Nacionalni mehanizam za prevenciju torture. Monitoring ustanova u kojima se nalaze lica lišena slobode. Izveštaj o poseti KPZ Sremska Mitrovica, op. cit.*, str. 96–97.

75 Nezadovoljstvo tretmanom je jedan od čestih predmeta žalbi osuđenika upravnicima ustanova. *Izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2012. godinu*. Ministarstvo pravde i državne uprave RS, str. 32.

76 Zaštitnik građana je nedavno ocenio da su ovi programi „i dalje paušalni“, da je osuđeni nakon otpuštanja „prepušten sam sebi.“ Zaštitnik građana RS: *Redovni godišnji izveštaj zaštitnika građana za 2013. godinu, op.cit.*, str. 103.

77 T.j. programe prevencije zavisnosti od psihoaktivnih supstanci, za kontrolu besa, za učinioce seksualnog i rodno zasnovanog nasilja, kao i posebnih specijalizovanih programa namenjenih osetljivim kategorijama osuđenih lica – maloletnika, žena, lica sa posebnim potrebama, starih lica, lica sa teškim mentalnim poremećajima i dr.

78 *Akcionni plan za sprovođenje strategije razvoja sistema izvršenja krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine*, usvojen Zaključkom Vlade Republike Srbije (05 Broj: 021–8527/2014), od 7. avgusta 2014. godine. Dostupno na: www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678

79 Predviđa se mera razvijanja novih programa tretmana, obuke, stručnog usavršavanja, kao i pomoći okupacionom terapijom za posebno osetljive kategorije lica – žene, maloletnike, invalide, mentalno obolela lica, zavisnike i dr. (t. 4.4 Akcionog plana). Rok za analizu postojećih programa tretmana je septembar 2014, a rok za izradu „savremenih“ programa tretmana prema posebno osetljivim kategorijama osuđenih je decembar 2015. godine.

pripreme za otpust (t.5.4; 5.5). Kao jedna od mera za poboljšanje položaja i prava žena u sistemu izvršenja krivičnih sankcija predviđeno je „unapređenje programa tretmana“, pri čemu se eksplicitno navode specijalizovani programi za žrtve nasilja, tretman bolesti zavisnosti i program pripreme za otpust. Aktivnosti kojima će se mera realizovati obuhvataju analizu postojećih programa tretmana, njihovo unapređenje i izradu novih, shodno utvrđenim potrebama osuđenica i mogućnostima primene. Predviđeno je i unapređenje obuke i stručnog usavršavanja zaposlenih radi adekvatnog sprovođenja novih programa obuke za osuđenice (t. 6.2; 6.5).

Radi realizacije cilja koji se odnosi na primenu opštih i specijalizovanih programa tretmana i programa prihvata u društvenu zajednicu, predviđene su mere: unapređivanja jedinstvene strategije i smernica u oblasti tretmana i pripreme za otpust osuđenih, kao i primena odgovarajućih programa postupanja za različite kategorije osuđenih lica; kontinuirane obuke službenika tretmana sa akcentom na preispitivanje i izmenu programa postupanja i primenu specijalizovanih programa; izrade i uvođenja specijalizovanih programa tretmana koji se odnose na prevenciju zavisnosti od psihoaktivnih supstanci, kontrolu besa, za učinioce seksualnog i rodno zasnovanog nasilja, kao i posebnih specijalizovanih programa za osetljive kategorije osuđenih lica – maloletnike, žene, osuđene na duge kazne, osobe sa posebnim potrebama, stara lica i duševno obolele osobe, i obezbeđivanje adekvatnog stručnog usavršavanja za sve zaposlene koji učestvuju u sprovođenju programa tretmana (t. 7.1–7.5). Aktivnosti u realizaciji navedenih mera obuhvataju izradu novog Pravilnika o tretmanu, programu postupanja, razvrstavanju i naknadnom razvrstavanju osuđenih; organizovanje obuke službenika tretmana, načelnika službi i upravnike ustanova za bolju primenu instrumenta za procenu rizika, određivanje individualnih ciljeva i izradu pojedinačnih programa postupanja; organizovanje obuke za primenu psihosocijalnog tretmana za zavisnike od droga (KBT), psihoterapijskih tretmana u radu sa osuđenim licima, obuke u veštinama nenasilne komunikacije, rešavanja konflikata i dr., organizovanje obuka za primenu specijalizovanih programa i kontinuirana obuka službenika tretmana. Kao indikator cilja određeno je da je „primenom individualizovanih programa tretmana tokom i nakon izvršenja kazne smanjen opšti povrat za 20% u odnosu na 2013. godinu“.

Preostaje da se sačeka i vidi na koji će se način realizovati postavljeni zadaci i u kojoj meri će se ispuniti strateški ciljevi. Ostaje da se uskoro dozna na koji će se način unaprediti jedinstvena strategija i smernice u oblasti tretmana i pripreme za otpust osuđenih donošenjem Pravilnika o tretmanu, programu postupanja, razvrstavanju i naknadnom razvrstavanju osuđenih u septembru tekuće godine; na koji način i sa koliko pažnje će se odabrati, odnosno koncipirati „novi programi“ tretmana za posebne kategorije osuđenika i to u relativno kratkom roku; kakvi će se specijalizovani programi tretmana (na temelju analize potreba osuđenih lica) izraditi i uvesti u vezi sa kontrolom besa, za učinioce seksualnog i rodno zasnovanog nasilja; na koje se programe misli pod „specijalizovanim programima za žrtve nasilja“ za osuđenice; na koji će način „procena rizika osuđenog“ korenspondirati sa vrstom intervencija i intenzitetom tretmana; sa kolikom uspešnošću će se stvoriti uslovi za realizaciju postpenalnog tretmana lica nakon izvršene kazne zatvora kao jedan od prioritetnih strateških ciljeva itd. Postoji nada da će programi i intervencije koji

će biti dostupni osuđenima uistinu ciljati na dinamičke faktore rizika, tj. da će u zadovoljavajućoj meri biti upodobljeni resocijalizacijskim potrebama osuđenih, kao i da će osoblje biti dovoljno brojno i primereno obučeno za njihovo sprovođenje, ali i za motivisanje osuđenih za aktivno uključivanje u tretman. Uz to, nade ima da će profesionalno osposobljavanje i radno angažovanje osuđenih biti unapređeni.

Jasno je da su sva pitanja koja se tiču položaja maloletnih učinilaca u okviru krivičnog pravnog sistema od izuzetne važnosti. Potrebno je, međutim, da pažnja koja se poklanja pitanjima tretmana maloletnika, odnosno tercijarne prevencije, bude daleko veća. Cena indolentnosti i stihijskog delovanja u ovoj oblasti biće previsoka, a isporučiće se nekom drugom, u budućnosti. Deo odgovornosti za takvo stanje snosi i akademska zajednica, koja nije proizvela dovoljno kvalitetnih istraživanja u ovoj oblasti. Nema dovoljno pouzdanih naučnih saznanja ni o faktorima rizika maloletničkog prestupništva, a još manje o efektivnosti programa tretmana, ili programa prevencije prestupništva uopšte. Premda ohrabruje najava da će do kraja tekuće godine biti usvojena posebna strategija za unapređenje položaja i prava maloletnika u krivičnom pravnom sistemu, treba reći da bi jednako radovala konačna najava obuhvatnih, temeljnih istraživanja kojim bi se identifikovali rizici i potrebe različitih kategorija maloletnih prestupnika u našoj zemlji, na osnovu kojih bi u budućnosti mogla da se koncipira lepeza efektivnijih tretmana, ali i drugih adekvatnih odgovora kako u okviru krivičnog pravnog sistema, tako i izvan njega.

Najzad, stratejski odgovor države, na temelju obuhvatnih analiza stanja, neohodan je i u vezi sa prevencijom kriminaliteta, prevencijom maloletničkog prestupništva i prevencijom nasilja, čime bi se postavili temelji perspektivnijeg sistemskog odgovora društva na kriminalitet, koji bi nesumnjivo povećao izgleda i resocijalizacijskom tretmanu.

LITERATURA

- Alexander, J.F., Sexton, T.I.: *Functional family therapy*. *OJJDP Juvenile Justice Bulletin*, December 2000. Dostupno na: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/184743.pdf>
- Andrews, D.A. et al.: Classification for effective rehabilitation: Rediscovering psychology. *Criminal Justice and Behavior*, 1990, 17(1), 19–52.
- Andrews, D.A., Bonta, J.: *The Psychology of Criminal Conduct* (5th ed.). Anderson, Cincinnati, 2010.
- Andrews, D.A., Bonta, J., Wormith, J.S.: The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model: Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention? *Criminal Justice and Behavior*, 2011, 38, 7, pp. 735–755.
- Banks, J., Kini, Sh., Babcock, J.: Interventions that Work to Stop Intimate Partner Violence. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, Wiley-Blackwell, 2013, pp. 159–172.
- Bonta, J., Wormith, J. S.: Applying the Risk-Need-Responsivity Principles to Offender Assessment. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, Wiley-Blackwell, 2013, pp. 71–93.
- Caudy, M.S. et al.: Reducing Recidivism Through Correctional Programming: Using Meta-Analysis to Inform the RNR Simulation Tool. In Taxman, F.S., Pattavina, A. (Eds.): *Si-*

- mulation Strategies to Reduce Recidivism: Risk Need Responsivity (RNR) Modeling in the Criminal Justice System*. Springer, 2013, pp. 167–193.
- Cullen, F. T. *et al.*: Nothing Works Revisited: Deconstructing Farabee's 'Rethinking Rehabilitation', *Victims and Offenders*, 2009, 4, pp. 101–123.
- Cullen, F. T., Gendreau, P.: *Assessing Correctional Rehabilitation: Policy, Practice, and Prospects*. In Horney, J. (Ed.) *Criminal Justice 2000, Volume 3: Policies, Processes, and Decisions of the Criminal Justice System*, Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, pp. 109–175. Dostupno na: https://www.ncjrs.gov/criminal_justice2000/vol_3/03d.pdf
- Glaser, B.: Paternalism and the good lives model of sex offender rehabilitation, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* 2011, 23(3), pp. 329–345.
- Grieger, L., Hosser, D.: Which Risk Factors are Really Predictive? An Analysis of Andrews and Bonta's 'Central Eight' Risk Factors for recidivism in German Youth Correctional Facility Inmates, *Criminal Justice and Behavior*, 2014, 41(5), pp. 613–634, first published on December 19, 2013. Elektronska verzija dostupna na: <http://cjb.sagepub.com/content/41/5/613>.
- Hanson, R.K. *et al.*: First report of the Collaborative Outcome Data Project on the effectiveness of psychological treatment of sex offenders, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 2002, 14, pp. 169–194.
- Henggeler, S. *et al.*: Multisystemic treatment of juvenile offenders: Effects on adolescent behavior and family interactions, *Developmental Psychology*, 1986, 22, pp. 132–141
- Henggeler, S.W., Borduin, C.M.: *Family Therapy and Beyond: A Multisystemic Approach to Treating the Behavior Problems of Children and Adolescents*. Brooks/Cole, Pacific Grove, 1990.
- Janković, M. (prir.): *Nacionalni mehanizam za prevenciju torture. Monitoring ustanova u kojima se nalaze lica lišena slobode. Izveštaj o poseti KPZ Sremska Mitrovica. Zaštitnik građana*, Beograd, 2013. Dostupno na: www.zastitnik.rs/attachments/3027_Izvestaj%20o%20poseti%20KPZ%20Sremska%20Mitrovica.pdf
- Lipsey, M. W., Cullen, F. T.: The effectiveness of correctional rehabilitation: A review of systematic reviews. *Annual Review of Law and Social Science*, 2007, 3, pp. 297–320.
- Lipsey, M.W., Landenberger, N.A., Wilson, S.J.: *Effects of Cognitive-Behavioral Programs for Criminal Offenders*. Campbell Systematic Reviews 2007:6. Dostupno na: <http://campbell-collaboration.org/lib/project/29/>
- Looman, J., Abracen, J.: The Risk Need Responsivity Model of Offender Rehabilitation: Is There Really a Need For a Paradigm Shift?, *International Journal of Behavioral Consultation and Therapy*, 2013, 8(3–4), pp. 30–36.
- Lösel, F., Schmucker, M.: The effectiveness of treatment for sexual offenders: a comprehensive meta-analysis, *Journal of Experimental Criminology*, 2005, 1, pp. 117–146.
- Marschall, W.L. *et al.*: *The Rehabilitation of Sexual Offenders: A Strengths-Based Approach*, American Psychological Association, Washington, DC, 2011.
- Martinson, R.: What works?—Questions and answers about prison reform, *The Public Interest*, 1974, 35, pp. 22–54. Dostupno na: www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/what-works-questions-and-answers-about-prison-reform
- McGuire, J.: 'What Works' to Reduce Re-offending 18 Years On. In Craig, L.A. *et al.* (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*, Wiley-Blackwell, 2013, pp. 20–49.

- McGure, R.J. et al.: Sexual deviation as conditioned behaviour: a hypothesis. *Behaviour Research and Therapy*, 1965, 3, pp. 185–190
- Meyer, W.J. et al.: Depo Provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 1992, 20, pp. 249–259.
- Ministarstvo pravde i državne uprave RS: *Izveštaj o radu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija za 2012. godinu*. Ministarstvo pravde i državne uprave RS, Uprava za izvršenje krivičnih sankcija Beograd, mart 2013.
- Novaco, R.W.: Reducing Anger-Related Offending: What Works. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*. Wiley-Blackwell, 2013, pp. 211–236.
- Perez, D.M.: Treating rapists/Sex Offenders, In Fisher, B.S., Lab, S.P. (eds.): *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*, Volume 2, pp. 949–953.
- Redondo, S., Sánchez-Meca, J., Garrido, V. (1999). The influence of treatment programmes on the recidivism of juvenile and adult offenders: An European metaanalytic review. *Psychology, Crime & Law*, 1999, 5, pp. 251–278.
- Rotman, E.: Do Criminal Offenders Have a Constitutional Right to Rehabilitation, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1987, Vol. 77 (4), pp. 1023–1068.
- Tew, J. et al.: What Works in Reducing Violent Re-offending in Psychopathic Offenders. In Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*. Wiley-Blackwell, 2013, pp. 129–141.
- Ward, T.: Good lives and the rehabilitation of offenders: promises and problems. *Aggression and Violent Behavior*, 2002, 7, pp. 513–528.
- Ward, T.: The Heart of Offender Rehabilitation: Values, Knowledge, and Capabilities (Foreword). Craig, L.A. et al. (eds). *What Works in Offender Rehabilitation – An Evidence-Based Approach to Assessment and Treatment*. Wiley-Blackwell, 2013.
- Ward, T., Maruna, S.: *Rehabilitation: Beyond the risk paradigm*. NY: Routledge, New York, 2007.
- Ward, T., Laws, D. R.: Desistance from sexual offending: Motivating change, enriching practice. *International Journal of Forensic Mental Health*, 2010, 9 (1), pp. 11–23.
- Woessner, G., Schwedler, A.: Correctional Treatment of Sexual and Violent Offenders: Therapeutic Change, Prison Climate, and Recidivism, *Criminal Justice and Behavior*, 2014, 41, pp. 862–879.
- Willis, G.M. et al.: The Good Lives Model (GLM) in Theory and Practice. *Sexual Abuse in Australia and New Zealand*, 2013; 5(1), pp. 3–9.
- Zaštitnik građana RS: *Redovni godišnji izveštaj zaštitnika građana za 2013. godinu*. Beograd, 15. mart 2014. Dostupno na: www.ombudsman.rs/attachments/3286_Redovni%20godisnji%20izvestaj%20Zastitnika%20gradjana%20za%202013.%20godinu.pdf

Biljana Simeunović-Patić

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

CONTEMPORARY CONCEPTUAL FRAMEWORKS AND EFFECTIVENESS OF OFFENDER REHABILITATION

SUMMARY

Offender rehabilitation as an idea, or ideal of tertiary prevention went through the turbulent periods being embraced euphorically in one time and mercilessly disparaged in another. Society's failure to resolve crime problem produces a specific collective tension which is ventilated from time to time by attacking rehabilitation, and *it is quite interesting* how persistently offender treatment is viewed by the public as unjustified compassion toward offender population. Poor efficiency of offender treatments in XX century additionally weakened the position of rehabilitation. It is clear that offender treatment alone cannot resolve the crime problem even if they achieve remarkable efficiency in recidivism reduction. In spite of the fact it will never be particularly popular, offender rehabilitation will continue to be significant component of tertiary prevention with the task to develop in order to give as much as possible and achieve optimal efficiency. This paper discusses contemporary paradigms in conceptualization of offender treatment and actual effectiveness of treatment for some offender categories. Two conceptual offender treatment frameworks dominant in the Western countries are in the focus: The Risk-Need-Responsivity Model and the Good Lives Model. Having that these models are not irreconcilable and don't exclude one another it might be optimal to combine advantages of both. The success of any program based on these models will, however, depend on success of motivating offenders to participate actively in treatment. It will be a great challenge to motivate offenders with hardcore antisocial attitudes. Results of evaluation studies expected in years to come will be highly important for Serbia too, having in mind that recently adopted national strategic documents define the goal of „widening of range of offender treatment programs“, including conceptualization of new, modern programs and interventions.

Key words: offender rehabilitation, offender treatment programs, Risk-Need-Responsivity model, Good Lives model.

SKRIVLJENO PONAŠANJE ZAPOSLENOG I OTKAZ UGOVORA O RADU – RAZGRANIČENJE POVREDE RADNE OBAVEZE OD SLIČNIH OTKAZNIH RAZLOGA

Apstrakt: Poslodavčevo ovlašćenje za jednostrano okončanje radnog odnosa ograničeno je pravom zaposlenog da ne bude neopravdano otpušten. Poslodavac, otud, može dati zaposlenom otkaz samo ako za to postoji valjani razlog, koji se odnosi na sposobnosti ili ponašanje zaposlenog ili na potrebe poslodavca. Premda predstavlja jedan od najznačajnijih otkaznih razloga koji se tiču ponašanja zaposlenog, pojam povrede radne obaveze nije lako odrediti, posebno ako se imaju u vidu teškoće njenog razgraničenja od drugih otkaznih razloga, naročito onih koji se odnose na skrivljeno ponašanje zaposlenog. Stoga je u radu učinjen pokušaj određivanja ovog pojma, uz razmatranje ključnih aspekata povreda radnih obaveza koje se sastoje u nepodređivanju zaposlenog poslodavčevoj vlasti. U okviru posebnih poglavlja, povreda radne obaveze razgraničena je od otkaznog razloga koji se sastoji u narušavanju radne discipline, a, zatim, i od otkaznog razloga koji se sastoji u zloupotrebi prava na bolovanje, pri čemu je konstatovano da se povredom radne obaveze može smatrati svesno i smišljeno postupanje zaposlenog u cilju odobravanja prava na odsustvo protivno njegovoj nameni, kao i preduzimanje aktivnosti koje su kontraindikovane određenoj bolesti ili su kontradiktorne ponašanju u koje se poslodavac osnovano može pouzdati. Povreda radne obaveze razgraničena je i od krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom, budući da isti životni događaj može činiti povredu radne obaveze i imati elemente bića krivičnog dela. Ovo tim pre što se blanketnom normom kao povreda radne obaveze može propisati i radnja koja predstavlja krivično delo, premda ni tada disciplinska i krivična odgovornost nisu međusobno uslovljene, već elementi određenog krivičnog dela služe poslodavcu samo kao sredstvo za identifikaciju povrede radne obaveze. Najzad, u radu je razmotreno i osetljivo pitanje razgraničenja povrede radne obaveze od otkaznog razloga koji se sastoji u neprihvatanju poslodavčeve ponude za izmenu (bitnih elemenata) ugovora o radu, uz zaključak da taj razlog ne može imati za posledicu tzv. disciplinski otkaz, budući da je odbijanje poslodavčeve ponude zakonito, a motivi za njeno isticanje nisu disciplinske prirode.

Ključne reči: razlozi za otkaz ugovora o radu, povreda radne obaveze, nepoštovanje radne discipline, zloupotreba prava na bolovanje, krivično delo učinjeno na radu, odbijanje ponude za izmenu ugovora o radu.

1. UVOD

Skrivljeno ponašanje zaposlenog može proizvesti više značajnih posledica po njegov radnopravni položaj. Obrisi tog uticaja mogu se, štaviše, uočiti i pre zasnivanja radnog odnosa, budući da, na osnovu zakona, činjenica da je kandidat za za-

* docent, ljubinka@ius.bg.ac.rs

poslenje osuđen za određeno krivično delo ili na određenu vrstu kazne može imati za posledicu to da mu, po izdržanoj kazni, bude ograničeno pravo na rad i sloboda rada (tj. sloboda izbora zaposlenja i zasnivanja radnog odnosa). Nas, međutim, u prvom redu, interesuje sfera radnih odnosa, u kojoj je, najopštije posmatrano, skrivljeno ponašanje zaposlenog skopčano sa sledećim mogućim posledicama: a) nastanak *opravdanog otkaznog razloga* usled činjenice da je zaposleni povredio radnu obavezu, prekršio radnu disciplinu, zloupotrebio pravo na bolovanje ili je pravosnažnom presudom oglašen krivim za krivično delo na radu ili u vezi sa radom; b) *prestanak radnog odnosa koji nastupa ex lege* zbog odsustva zaposlenog sa rada u trajanju dužem od šest meseci usled izdržavanja krivične sankcije; c) *udaljenje zaposlenog sa rada*, koje postoji kao obaveza u slučaju da mu je određen pritvor (obavezno udaljenje), odnosno kao mogućnost kada je protiv njega pokrenut krivični postupak zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom ili ako je učinio povredu radne obaveze koja ugrožava imovinu veće vrednosti, odnosno ako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca (fakultativno udaljenje); d) *odgovornost zaposlenog za štetu* koju je na radu ili u vezi s radom prozrokovao poslodavcu ili trećem licu.

Moguće posledice skrivljenog ponašanja zaposlenog, već na prvi pogled, pokazuju da na njegov radnopravni položaj utiču radnje koje su izvršene na mestu rada i u radno vreme, kao i radnje, koje su na drugi način povezane sa obavljanjem poslova za poslodavca. Izuzetak, u tom smislu, predstavljaju situacije u kojima postoji sumnja da je zaposleni izvršio (bilo koje) krivično delo i da mu je zbog toga određen pritvor, budući da zaposleni ne može biti suspendovan zbog krivičnog dela koje nije učinjeno na radu ili u vezi sa radom, osim ako se nalazi u pritvoru. Osim toga, izvesne posledice nastaju i u slučaju osude na određenu kaznu, uključujući osudu za krivična dela koja nisu izvršena na radu ili u vezi sa radom. Van ovih izuzetaka, radnja zaposlenog koja se ne odnosi na obavljanje posla u ime, za račun i pod vlašću poslodavca ne može predstavljati razlog za disciplinsko kažnjavanje zaposlenog, niti razlog za prestanak njegovog radnog odnosa.¹ Ovo stoga što je poslodavcu pravom priznato ovlašćenje da kažnjava zaposlene disciplinskim merama, uključujući otpuštanje kao najtežu disciplinsku meru, samo za radnje koje ugrožavaju ili onemogućavaju ostvarivanje specijalnog cilja određenog privrednog društva, ustanove ili druge radne sredine.²

Poslodavčeva vlast otpuštanja nije, međutim, apsolutna, već svaki pravni sistem određuje okolnosti u kojima on može okončati radni odnos, uz izuzetak pravnih sistema koji počivaju na idejama **doktrine *employment at will***. U **radnom pravu velike većine država**, dolazi, dakle, do napuštanja ili modifikacije opštih pravila obligacionog prava o prestanku ugovora sa trajnim izvršenjem, što je uticalo na razvoj čitavog niza radnopravnih instituta, koji imaju za cilj ograničavanje poslodavčeve vlasti otpuštanja. Najznačajniji od njih predstavlja garantija prava zaposlenog da ne bude neopravdano otpušten. U savremenom radnom zakonodavstvu se, u

1 Alain Cœuret, Élisabeth Fortis, *Droit pénal du travail*, 4^e édition, LexisNexis/Litec, Paris, 2008, str. 78.

2 Alfred Légal, Jean Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1938, str. 135–136. i 321–322.

tom smislu, utvrđuje spisak razloga zbog kojih prestanak radnog odnosa može biti dopušten. Na to je snažno uticao i razvoj *konceptije valjanih razloga za prestanak radnog odnosa*, koja je osmišljena pod okriljem Međunarodne organizacije rada, i to oko ideje da poslodavac može okončati ugovor o radu samo ako za to postoji valjani razlog koji se tiče sposobnosti i ponašanja zaposlenog ili potreba poslodavca. U izvorima prava Međunarodne organizacije rada sadržana su, pritom, određena merila za povlačenje preciznijih granica standarda „ponašanje zaposlenog“ i to, u cilju sprečavanja zloupotreba i arbitrarnog odlučivanja poslodavca, odnosno u cilju objektiviziranja razlogâ za otkaz.³ Tako, ponašanje zaposlenog, kao jedan od valjanih razloga za prestanak radnog odnosa na inicijativu poslodavca, podrazumeva povredu radne obaveze koja je takve vrste da po nacionalnom zakonodavstvu ili praksi opravdava prestanak radnog odnosa, ali samo ukoliko je određena povreda bila jednom ili više puta ponovljena, osim ako je zaposleni bio pisanim putem upozoren na postojanje povrede.⁴

U srpskom Zakonu o radu, otkazni razlozi koji se tiču ponašanja zaposlenog obuhvataju skrivljenu povredu radne obaveze, narušavanje radne discipline, krivično delo učinjeno na radu ili u vezi sa radom, nevraćanje na rad, zloupotrebu prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad i odbijanje zaključenja ugovora o radu pod izmenjenim uslovima. Među ovim razlozima, disciplinski otkazni razlozi postoje „ako zaposleni svojom krivicom učini povredu radne obaveze utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu“, ili „ako ne poštuje radnu disciplinu propisanu aktom poslodavca, odnosno ako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca“, ili „ako se zaposleni ne vrati na rad kod poslodavca u roku od 15 dana od dana isteka roka za neplaćeno odsustvo ili mirovanje radnog odnosa“, te, „ako zaposleni zloupotrebi pravo na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad“.⁵

2. DISCIPLINSKI RAZLOZI ZA PRESTANAK RADNOG ODNOSA

2.1. Problem određenja pojma povrede radne obaveze

Poslodavcu pripadaju pravom priznata ovlašćenja za organizaciju, usmeravanje i kontrolu rada zaposlenih, za uređivanje njihovih prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa, kao i za njihovo disciplinsko kažnjavanje. Bez tih ovlašćenja, poslodavac ne bi mogao da delotvorno organizuje obavljanje svoje delatnosti. To vredi i za ovlašćenje za kažnjavanje zaposlenih za povrede radnih obaveza, budući da u svakoj radnoj sredini postoje pravila kojima se utvrđuju radne obaveze i uređuje odgovornost za njihove povrede (disciplinska odgovornost). Povreda radne obaveze je i jedan od najznačajnijih otkaznih razloga koji se tiče ponašanja zaposlenog. Uprkos tome, ovaj pojam nije lako odrediti, posebno ako se imaju u vidu teškoće razgraničenja povrede radne obaveze od drugih otkaznih razloga, naročito onih koji

3 Dušan Paravina, „Prestanak radnog odnosa po osnovu tehnološkog viška, naročito prema standardima Međunarodne organizacije rada“, *Radno i socijalno pravo*, br. 4-7/2000, str. 20–21.

4 Termination of employment recommendation, 1982 (No. 166), tačka 7.

5 Zakon o radu („Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/09 i 32/13), član 179, tač. 2–3 i 5–6.

se, takođe, tiču skrivljenog ponašanja zaposlenog. Ovo tim pre što su, zbog osobitosti različitih delatnosti poslodavaca i različitih oblika organizacije i upravljanja radom zaposlenih, kao i zbog različitih standarda ponašanja i radne discipline na različitim poslovima, povrede radnih obaveza toliko raznovrsne da ne bi bilo korisno, a, sva je prilika, ni moguće, zakonom utvrditi njihov *numerus clausus*. To ne znači, međutim, da se povrede radnih obaveza mogu određivati proizvoljno i da je dopušteno dovesti zaposlene u stanje stalnog straha od neočekivanog kažnjavanja (i iznenadnog gubitka zaposlenja). Umesto toga, *načelo pravne određenosti povreda radnih obaveza* predstavlja jedan od najdelotvornijih mehanizama za ograničavanje poslodavčeve disciplinske vlasti i vlasti otpuštanja.⁶ Iako se neki zakonodavci odlučuju za fleksibilnu definiciju povrede radne obaveze, uz indikativno nabranje nedopuštenih ponašanja, u većini država je prepušteno socijalnim partnerima da u izvorima autonomnog radnog prava preciziraju pojam povrede radne obaveze. Za sličan pristup odlučio se i naš zakonodavac, utvrdivši da poslodavac može da primeni otkazni razlog koji se sastoji u povredi radne obaveze samo ako je određena povreda prethodno utvrđena kao kažnjivo ponašanje ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom, odnosno pravilnikom o radu.⁷

Kao najteža disciplinska mera, prestanak radnog odnosa se po pravilu, primenjuje u slučaju težih povreda radnih obaveza. To, dalje, znači da bi, u skladu sa zahtevom za postupnošću u izricanju disciplinskih mera, najteža mera morala biti „rezervisana“ samo za povrede radnih obaveza koje su *takve težine i sa takvim posledicama* da opravdavaju prestanak radnog odnosa, npr. zato što onemogućavaju ili bitno otežavaju rad drugih zaposlenih ili utiču na nastanak štete većeg obima. Ozbiljnost svake povrede radne obaveze se, pritom, procenjuje *in concreto*, tj. u svetlu svih okolnosti određenog slučaja, budući da ista povreda radne obaveze u različitim okolnostima može proizvesti i različite posledice u odnosu na vršenje poverenih radnih zadataka, rad drugih zaposlenih ili proces rada.⁸ Tako, primera radi, poslodavac, po pravilu, neće imati valjani razlog da kazni najtežom disciplinskom merom zaposlenog koji je neopravdano zakasnio ili izostao sa posla, ali nije isključeno da bi u određenim izuzetnim slučajevima, ova povreda mogla predstavljati i opravdani otkazni razlog, npr. ako je zaposleni pozorišni glumac ili profesionalni fudbaler zbog čijeg je zakašnjenja ili nedolaska na pozorišnu predstavu ili na utakmicu bio onemogućen rad svih njegovih kolega. U tom smislu, interesantno je uočiti da se u praksi britanskih sudova, opravdanost tzv. disciplinskog otkaza procenjuje prema tome šta je bio osnovni poslodavčev razlog za otkaz i da li taj razlog nije bio trivijalan ili nedostojan, već može da opravda otpuštanje zaposlenog. To, naročito, podrazumeva primenu testa razumnih odgovora (*the range of reasonable responses test*), u kojem sudije proveravaju da li otkaz koji je poslodavac dao zaposlenom zbog

6 „Radnik može biti pozvan na disciplinsku odgovornost samo za povredu radne obaveze koja je bila propisana pre no što je učinjena“. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4129/93, od 22. decembra 1993. godine, nav. prema Zoran Ivošević, *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa*, Savremena administracija, Beograd, 1997, str. 143.

7 Zakon o radu („Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/09 i 32/13), član 179, tačka 2.

8 Zoran Ivošević, *Zasnivanje i prestanak radnog odnosa u udruženom radu: kroz komentare i sudsku praksu*, Pravno-ekonomski centar, Beograd, 1986, str. 238.

povrede radne obaveze „ulazi u opseg razumnih odgovora na ponašanje zaposlenog“, odnosno da li je poslodavac postupio razumno kada je smatrao da je određeni razlog dovoljan za otpuštanje zaposlenog.⁹ Ocena „razumnosti“ poslodavčevog odgovora na ponašanje zaposlenog se, pritom, u velikoj meri zasniva na stepenu krivice zaposlenog, što znači da su izgledi za postojanje neopravdanog otkaza manji što je veći stepen krivice zaposlenog i ozbiljnija povreda radne obaveze koju je učinio.¹⁰

Srpski zakonodavac uvodi razliku između lakših i težih povreda radnih obaveza samo u posebnom režimu radnih odnosa, dok u opštem režimu radnih odnosa takve razlike nema, makar ne izričite. Ipak, na tragu ovog rešenja nalazi se pravilo o mogućnosti poslodavca da izrekne meru udaljenja sa rada bez naknade zarade, „ako smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obaveze, odnosno radne discipline, nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos“.¹¹

2.1.1. Radne obaveze zaposlenog i njihove najznačajnije povrede

Obaveza zaposlenog da stavi svoje radne sposobnosti na raspolaganje poslodavcu je njegova *glavna obaveza iz radnog odnosa*. Oko nje se obrazuju *druge radne obaveze*, počevši od marljivog i savesnog izvršavanja poverenih radnih zadataka na utvrđenom mestu rada i prema unapred utvrđenom rasporedu radnog vremena. Osim toga, zaposleni je dužan da, prilikom izvršavanja prestacije rada, poštuje pravila sadržana u izvorima (heteronomnog i autonomnog) radnog prava, kao i da čuva poslodavčevu imovinu za čije je korišćenje ovlašćen. Pored sporednih radnih obaveza, zaposleni ima i druge obaveze, koje predstavljaju *dopunu i garantiju radnih obaveza*, počevši od obaveze vernosti. Potonja obaveza, naime, doprinosi ispunjenju glavnih obaveza, tj. konkretizuje i unapređuje ispunjenje prestacije rada kao takve, postavljajući pred zaposlenog zahtev da se uzdrži od svake aktivnosti koja bi mogla da naštetiti poslodavcu, kao i da preduzme svaku radnju koja doprinosi zaštiti poslodavčevih interesa.¹² Zaposleni je, u tom smislu, dužan da obavesti poslodavca o okolnostima značajnim za primenu ugovora o radu, da se pristojno ponaša, da se prema kolegama ophodi sa uvažavanjem i obzirom, da se uzdrži od konkurencije i da čuva poslovne tajne. Interesantno je uočiti da se, u izuzetnim slučajevima, neke od ovih obaveza protežu i izvan sfere profesionalnog života zaposlenog, tako da se kao nelojalno ponašanje mogu kvalifikovati i određeni postupci zaposlenog u privatnom životu (npr. ocrnjivanje poslodavca i druge zloupotrebe slobode izražavanja), naročito ako je reč o zaposlenima od kojih se očekuje posebna diskrecija, savesnost i lojalnost, kao što je to slučaj sa zaposlenima kojima su povereni rukovodeći poslovi.¹³ Sa druge strane, valja uočiti da obaveza uzdržavanja od javnog iznošenja podataka koji mogu da nanesu štetu poslovanju ili ugledu poslodavca ne

9 Hugh Collins, *Justice in dismissal. The law of termination of employment*, Clanderon Press/Oxford University Press, New York, 1992 (reprinted 2011), str. 37–42.

10 *Ibid.*, str. 54.

11 Zakon o radu („Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/09 i 32/13), član 170.

12 Paul Durand, André Vitu, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, Paris, 1950, str. 586.

13 Antoine Jeammaud, „La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français“ u: Patricia Kurczyn Villalobos, Carlos Alberto Puig Hernández /soordinadores/, *Estudios juridico en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, UNAM, México D.F., 2003, str. 429.

uključuje i obavezu uzdržavanja od obelodanjivanja takvih podataka u dobroj veri, a radi zaustavljanja nezakonitog postupanja poslodavca ili kolega (uzbunjivanje).¹⁴

Povrede radnih obaveza mogu se uspostaviti različitim radnjama činjenja i nečinjenja, saglasno osobenostima radne sredine u kojoj zaposleni radi, kao i osobenostima posla čije mu je obavljanje povereno. Raznovrsnost pojava oblika povreda radnih obaveza uticala je na osmišljavanje više njihovih klasifikacija. Tradicionalna klasifikacija je, pritom, zasnovana na vrstama obaveza koje zaposleni povređuje. Na osnovu tog kriterijuma, izdvojene su četiri vrste povreda: a) povrede *obaveze podređivanja poslodavčevoj vlasti*; b) povrede *obaveze kolegijalnosti i solidarnosti sa drugim članovima radne sredine*; c) povreda *obaveze saradnje*; d) povreda *obaveze uzdržavanja od radnji koje štete poslodavčevom ugledu*.¹⁵ U novijoj literaturi predlaže se, međutim, klasifikacija povreda radnih obaveza u dve grupe: prvu grupu čine radnje koje se neposredno ili posredno tiču *neodgovarajućeg ispunjavanja radnih obaveza* (npr. neizvršavanje zakonitih naloga, neopravdano kašnjenje, povreda pravila o zaštiti bezbednosti i zdravlja na radu).¹⁶ Druga grupa povreda obuhvata različite oblike *neprimerenog ponašanja kojim se uzrokuje poremećaj u radnoj sredini*.¹⁷ Ove dve vrste klasifikacija se u značajnoj meri preklapaju, što je naročito vidljivo kod prve vrste povreda radnih obaveza u obema klasifikacijama. One su, naime, povezane sa pravnom subordinacijom, kao bitnim elementom radnog odnosa (i ugovora o radu), koji podrazumeva podređivanje zaposlenog poslodavčevim upravljačkim, normativnim i disciplinskim ovlašćenjima, zbog čega će posebna pažnja u radu biti posvećena upravo povredama radnih obaveza koje predstavljaju nepodređivanje zaposlenog poslodavčevoj vlasti. To, naročito, vredi za neizvršavanje poslodavčevih naloga (fr. *insubordination*), koje „zauzima najviše mesto u hijerarhiji mogućih težih povreda radnih obaveza, budući da negira i protivreči osnovnom elementu ugovora o radu – vlasti poslodavca“.¹⁸

2.1.1.1. Nepodređivanje zaposlenog vlasti poslodavca

Glavne obaveze subjekata radnog odnosa tiču se izvršavanja prestacije rada pod (upravljačkom, normativnom i disciplinskom) vlašću poslodavca, odnosno obaveze poslodavca da isplaćuje zarade i da omogućući zaposlenom redovno, uredno i bezbedno obavljanje poverenog posla. Prestacija rada i zarada stoga, čine *bitne elemente*

14 Više o odsustvu protipravnosti u ovom slučaju videti u: Ljubinka Kovačević, *Cilj i smisao radno-pravne zaštite 'uzbunjivača'*, u: Đorđe Ignjatović (ur.), „Kaznena reakcija u Srbiji“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 221–237.

15 A. Légal, J. Brethe de la Gressaye, *op. cit.*, str. 291. U smislu postavki institucionalne koncepcije radnog odnosa, prema kojoj se radna sredina razume kao jedna institucija, odnosno kao hijerarhijski organizovana zajednica interesâ svih koji su u nju uneli svoja sredstva i/ili radne sposobnosti, ovi autori kvalifikuju drugu, treću i četvrtu vrstu povreda radnih obaveza kao povredu obaveze kolegijalnosti i solidarnosti sa drugim članovima insitucije, odnosno kao povredu obaveze saradnje u instituciji, te povredu obaveze uzdržavanja od radnji koje štete ugledu institucije.

16 International Labour Conference, 67th Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981, str. 21.

17 *Ibid.*

18 Viviane Vannes, Laurent Dear, *La rupture abusive du contrat de travail – Théories et applications*, Bruylant, Bruxelles, 2010, str. 189.

ugovora o radu, zajedno sa pravnom subordinacijom. U tom smislu, i radne obaveze, najopštije posmatrano, jesu obaveze koje zaposleni ima u vezi sa pravilnim obavljanjem posla i radnih zadataka koje mu je poverio poslodavac.

Obaveza ličnog obavljanja rada predstavlja, dakle, osnovnu obavezu zaposlenog, koji je dužan da stavi poslodavcu na raspolaganje svoje radne sposobnosti i da ispunjava njegove naloge i uputstva. Sa druge strane, zaposleni kome poslodavac trenutno ne poveri izvršavanje nekog zadatka ima obavezu da bude dostupan poslodavcu kako bi mogao da izvršava radne zadatke kada se za tim bude ukazala potreba. Zaposleni je, pritom, dužan da izvršava naloge i uputstva koje mu izdaju sva lica koja su nadležna za njihovo izdavanje, što uključuje i obavezu postupanja po nalogima pretpostavljenih, kao i po nalogima lica koja zaposlenom nisu neposredno nadređena, čak, i ako ona uobičajeno ne izdaju radne naloge.¹⁹

U izdavanju nalogâ i uputstava, poslodavca ograničavaju opšta pravna načela, zakoni, podzakonski akti, kolektivni ugovori, pravilnik o radu, ugovor o radu, običaji. Neke od tih granica proizlaze već iz same prirode stvari, zbog čega poslodavčevi nalozi i uputstva mogu imati za predmet samo izvršavanje prestacije rada, tako da zaposleni ne čini povredu radne obaveze ako ne izvrši poslodavčev nalog koji prevazilazi okvire poverenog posla i radnih zadataka.²⁰ To, dalje, znači da poslodavčevi nalozi ne smeju biti suprotni prirodi poslova za koje je zasnovan radni odnos, već se mogu ticati samo izvršavanja radnji za koje poslodavac ima legitiman interes.²¹

Premda predmet poslodavčevih naloga mogu biti najraznovrsniji poslovi, to nikako ne može biti ništa što je zakonom zabranjeno, nemoralno ili nepošteno. Zaposleni, stoga, ne treba da izvršava poslodavčeve naloge i uputstva slepo, već razborito. On ima pravo da odbije nalog za obavljanje radnih zadataka za koje su neop-

19 Michael Despax, „L'évolution du rapport de subordination“, *Droit social*, broj 1/1982, str. 14.

20 Zaposleni čini povredu radne obaveze ako ne postupa po nalogima koji se odnose na zadatke koje ugovorne strane normalno ugovaraju, kao i na „određene osobene ili akcesorne zadatke, koji su povereni zaposlenom ili su određeni okolnostima slučaja“. U izuzetnim slučajevima, poslodavac može, međutim, imati opravdani razlog da od zaposlenog zahteva i privremeno obavljanje zadataka koji nisu obuhvaćeni ugovorom o radu, ako zaposleni poseduje sposobnosti za njihovo obavljanje. Takva izmena opisa posla ne prelazi granice poslodavčevog *ius variandi*, zbog čega je, primera radi, Radni sud u Liježu zaključio da se ne može kvalifikovati kao zloupotreba poslodavčeve vlasti otpuštanja – otkaz koji je dat zaposlenom zato što je odbio da privremeno obavlja deo zadataka koji se sastaje u čišćenju trpezarijskog poda i toaletâ. Ovo stoga što je poslodavčev nalog bio neophodan, budući da je zaposlenom koji je do tada obavljao ove zadatke prestao radni odnos i što oni ne iziskuju više od 90 minuta rada. Takođe, Sud je kvalifikovao ponašanje zaposlenog kao povredu radne obaveze i zato što je ugovorom o radu bilo utvrđeno da će on obavljati aktivnosti koje odgovaraju njegovim profesionalnim sposobnostima svaki put kada za tim bude postojala neophodna potreba preduzeća, dok je pravilnikom o radu bilo potvrđeno da „poslodavac zadržava pravo da privremeno premesti zaposlenog na druge poslove, kako bi osigurao dobro funkcionisanje preduzeća“ (Cour du travail de Liège, 2 avril 2003, *Rôle général*, no. 29.837/01). V. Vannes, L. Dear, *op. cit.*, str. 197–198.

21 U tom smislu je u belgijskoj sudskoj praksi, s pravom, potvrđeno sledeće pravilo: „ako se od svakog radnika očekuje da poštuje naloge poslodavca, onda ovi nalozi moraju poštovati uslove ugovora o radu, ne smeju biti izdavana u cilju izlišnog kinjenja radnika zbog razloga koji jesu ili nisu vezani za izvršenje ugovora o radu, i moraju ostati u granicama koje omogućavaju njihovo izvršavanje u toku redovnog radnog vremena“. Cour du travail de Mons, 13 mai 1988, *Rôle général*, no. 14.385, nav. prema V. Vannes, L. Dear, *op. cit.*, str. 192–193.

hodne radne sposobnosti kojih zaposleni nema, jer bi, u suprotnom, mogla nastati opasnost za bezbednost i zdravlje zaposlenog i drugih lica,²² odnosno za sigurnost poslodavčeve imovine. Obaveza počinovanja poslodavčevom nalogu ne postoji *a fortiori* ni ako on glasi na preduzimanje određene nezakonite radnje. Takvi nalozi se mogu kvalifikovati kao *zloupotreba upravljačkih ovlašćenja poslodavca*, zbog čega je zavisna strana dužna da upozori pretpostavljenog na nezakonitost naloga i da posle upozorenja sačeka sa izvršenjem, odnosno da od njega odustane.

Zaposleni ne čini povredu radne obaveze ni ako ne postupi po nalogu koje poslodavac učinio ne uzevši u obzir legitimne interese svog suktrahenta. Ovo stoga što poslodavčevi nalozi ne smeju neopravdano zadirati u ljudska prava i slobode zaposlenih, što, između ostalog, podrazumeva obavezu uzdržavanja od njihove diskriminacije, kao i od suvišnih i šikanoznih naloga koji ugrožavaju ili povređuju njihov psihičko zdravlje i dobrobit. Tu obavezu ne treba, međutim, razumeti samo kao refleksiju prava zaposlenih na poštovanje dostojanstva, već i kao poslodavčevu *obavezu naročito poštovanja dostojanstva zaposlenih*.²³ Tako, primera radi, zaposleni ne čini povredu radne obaveze ako ne postupi po nalogu poslodavca da prilikom dolaska na rad ili napuštanja mesta rada mora pokazati ovlašćenom licu svoju torbu, ako takva kontrola nije neophodna zbog razloga sigurnosti ili specifične prirode poslodavčeve delatnosti, odnosno ako je poslodavac mogao da zaštiti svoje (legitimne) interese merama koje su manje invazivne po dostojanstvo zaposlenih.²⁴ Ali, i onda kada ti razlozi postoje, poslodavac mora poštovati dobre običaje i obzire elementarne pristojnosti, zbog čega je, primera radi, francuski Kasacioni sud ocenio da je poslodavac neopravdano otkazao ugovor o radu zbog povrede radne obaveze radnicama u supermarketu koje su odbile da pristupe „pretresu“ koji je naložio poslodavac, budući da je za ovu vrstu kontrole bio zadužen zaposleni muškog pola.²⁵

Kako poslodavčevu pravo na kontinuirano upravljanje radom zaposlenih uključuje obezbeđivanje sredstava za rad, organizaciju radnog vremena i mesta rada, kao i organizaciju, planiranje, vrednovanje i kontrolu izvršavanja rada, tako se kao povreda obaveze podređivanja upravljačkoj vlasti poslodavca, najpre, mogu kvalifikovati neizvršavanje ili nesavesno, neblagovremeno ili nemarno izvršavanje naloga poslodavca, kao i učestalo zakašnjanje, neopravdano odsustvovanje u toku radnog vremena ili raniji odlazak zaposlenog s rada. Ovako se može kvalifikovati i uporno odbijanje zaposlenog da pristupi zakonito organizovanom vrednovanju radnih spo-

22 Videti: Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu („Službeni glasnik RS“, broj 101/05), član 33; Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10), čl. 24 i 26.

23 Michèle Bonnechère, „Loptique du travail décent“, *Droit ouvrier*, février 2007, str. 65.

24 Tako je, primera radi, francuski Kasacioni sud utvrdio da je ova nadzorna mera dopuštena samo ako je bila neophodna za obezbeđivanje sigurnosti preduzeća, kao što je to bio slučaj sa obavezanim pregledanjem stvari zaposlenih koje je poslodavac uveo neposredno posle serije atentata koji su se dogodili u mestu sedišta poslodavca i učestalih uzbuna zbog podmetanja bombe u poslodavčevim prostorijama. Pored toga što je bila opravdana, ova mera nadzora bila je i srazmerna svom cilju, budući da je uključivala samo obavezu zaposlenih da otvore lične torbe pred službenicima obezbeđenja. Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 juin 1998, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 323, nav. prema: Philippe Waquet, „La vie personnelle du salarié“, *Droit social*, broj 1/2004, str. 29.

25 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 19 décembre 1973, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 677, nav. prema: M. Despax, *op. cit.*, str. 195.

sobnosti i rezultatâ rada o kojem je prethodno bio obavešten,²⁶ a isto vredi i za nenamensko korišćenje sredstva za rad. Kako je svrha sredstava za rad u potpunosti vezana za izvršavanje prestacije rada, osnovni cilj poslodavčeve kontrole upotrebe ovih sredstava čini otkrivanje, kažnjavanje i sprečavanje njihove nenamenske upotrebe, ne bi li se kontrolisali troškovi, sprečilo „traćenje“ radnog vremena, oštećenje opreme i sl. Ovo pitanje postaje, međutim, posebno delikatno povodom *upotrebe službenih sredstava za komunikaciju*, tim pre što većina poslodavaca toleriše njihovu simboličnu upotrebu u privatne svrhe, naročito kada je reč o upotrebi službenih telefona, pristupu internetu i slanju i prijemu elektronske pošte preko službenog računara (implicitna politika tolerancije koja se može kvalifikovati kao običaj preduzeća).²⁷ Zbog toga se, u odsustvu izričite zabrane, smatra da je upotreba službenih sredstava za komunikaciju u privatne svrhe dopuštena. Pretpostavljena dozvola podrazumeva, međutim, ograničen pristup ovim sredstvima, tj. umerenu i razumnu upotrebu telefona i računara za lične potrebe. Zaposlenom, tako, nije zabranjeno da koristi službeni telefon da bi proverio kako se oseća njegovo bolesno dete ili da posredstvom službenog računara pošalje jedan razuman broj mejlova ili na internetu proveri red letenja, kako bi saznao vreme dolaska aviona kojim putuje njegova majka. *A contrario*, povredom radne obaveze trebalo bi smatrati dugotrajne telefonske razgovore sa astrolozima, učestalu višesatnu posetu internet stranicama posvećenim kockanju ili „razmenu jednog značajnog broja zabavnih mejlova koji većim delom imaju izrazito ličnu konotaciju, i koji, svojom dužinom, učestalošću i sadržajem, očigledno, odvlače pažnju zaposlenog od njegovih radnih zadataka“.²⁸ To, konačno, znači da se korišćenje službenog telefona i računara u lične svrhe može kvalifikovati kao povreda radne obaveze ako je poslodavac nedvosmisleno zabranio takvo ponašanje i o zabrani obavestio sve zaposlene. Ako takve zabrane nema, povreda radne obaveze može postojati samo u slučaju neumerene upotrebe telefona i službenog računara, posebno ako je ona usmerena na ostvarivanje lukrativnog cilja i značajnije ometa zaposlenog u izvršavanju poslova. Ova vrsta povrede se, u tom smislu, može kvalifikovati i kao *povreda obaveze saradnje*, dok se vrsta povreda koje su u tradicionalnoj klasifikaciji označene kao *povreda obaveze uzdržavanja od radnji koje štete ugledu poslodavca* u izvesnoj meri preklapaju sa drugom grupom povreda iz „moderne“ klasifikacije povreda radnih obaveza.²⁹ Takođe, valja imati u vidu da se u praksi, ove dve vrste

26 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 10 juillet 2002, n° 00-42368, <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007442093&fastReqId=1525125667&fastPos=115>, 20. novembar 2012.

27 Ovo tim pre što u savremenom (informacionom) društvu, apsolutna zabrana upotrebe službenog računara u privatne svrhe verovatno ne bi ni bila realna.

28 Alexandre Barège, *Léthique et le rapport de travail*, L.G.D.J., Paris, 2008, str. 251.

29 S tim u vezi, interesantno je uočiti da je sve do devedesetih godina prošlog veka, u francuskoj sudskoj praksi bio prihvaćen stav da poslodavac može da otkaze ugovor o radu ako je izgubio poverenje u zaposlenog. Zaokret je učinjen presudom u kojoj je Socijalno odeljenje Kasacionog suda odlučilo da gubitak poverenja, sam po sebi, ne predstavlja opravdani razlog za otkaz ugovora o radu zbog ponašanja zaposlenog, već da „otkaz zbog razloga koji je inherentan ličnosti zaposlenog mora biti zasnovan na objektivnim elementima“ (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 29 novembre 1990, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 597, nav. prema: Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, Em-

povreda radnih obaveza mogu i preklapati, kao što će to, primera radi, biti slučaj sa *zloupotrebom službenih sredstava za rad za uznemiravanje kolega ili trećih lica*. Ovo stoga što obaveza namenskog korišćenja sredstava za rad podrazumeva obavezu zaposlenog da ih koristi na razuman način i za zakonite potrebe.³⁰

U *povrede koje uzrokuju poremećaj u radnoj sredini* može se svrstati i narušavanje reda i mira na mestu rada, nedolično, kao i nasilničko ili uvredljivo ponašanje prema kolegama, koje je, u tradicionalnoj klasifikaciji, izdvojeno kao samostalna vrsta povrede radne obaveze (povrede obaveze kolegijalnosti i solidarnosti sa drugim članovima radne sredine). Osim toga, poremećaj u radnoj sredini može uzrokovati i *dolazak zaposlenog na posao pod dejstvom alkohola*, budući da poslodavčeva obaveza da osigura bezbedne i zdrave uslove rada pretpostavlja i ovlašćenje za utvrđivanje zabrane dolaska na posao u nاپitom stanju, kao i zabrane konzumacije alkohola u toku rada. U tom slučaju, ostaje, međutim, otvoreno pitanje koja je to količina alkohola zbog koje treba smatrati da zaposleni ugrožava bezbednost i dobro funkcionisanje radne sredine i zbog koje, posledično, može biti kažnjen. Određivanje tih granica, neretko, uključuje „pozajmljivanje“ zakonskih kriterijuma koji su utvrđeni za zabranu upravljanja vozilom pod dejstvom alkohola. Takvo mehaničko prenošenje pravila iz jedne u drugu oblast života se, međutim, čini necelishodnim, budući da uticaj konzumacije alkohola na korektno izvršavanje posla i eventualno izazivanje opasnosti u značajnoj meri zavisi od prirode posla koji zaposleni obavlja za poslodavca, tako da, primera radi, određena količina alkohola ne utiče jednako na radnu sposobnost crtača stripa i zaposlenog koji rukuje opasnim materijama.³¹ Pritom, valja imati u vidu da zabrana korišćenja alkohola u radno vreme može biti apsolutna ili relativna (npr. ako je upotreba alkohola dopuštena samo na isteku radnog vremena ili za vreme proslava i okupljanja kolega),³² te da povredu radne obaveze može

manuel Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2008, str. 459. i 461–462). Tako je, primera radi, Kasacioni sud našao da Udruženje ustanova za medicinu rada nije imalo stvaran i ozbiljan razlog za otpuštanje sekretarice koja se u vreme odmora bavila „proricanjem sudbine“ iz tarot karata u lukrativne svrhe. Time je ukinuta odluka Apelacionog suda da je poslodavac imao opravdani („disciplinski“) razlog za otkaz, jer je aktivnost kojom se zaposlena bavila u vreme odmora nespojiva s poslom koji joj je poverio poslodavac, posebno što je imala pristup poverljivim dosijeima pacijenata. Kasacioni sud je, s pravom, utvrdio da u ovom slučaju nije povredena obaveza vernosti, a da „inkriminisano ponašanje, koje se odnosi na lični život zaposlene, samo po sebi, ne može uspostaviti povredu radne obaveze“. Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 21 octobre 2003, *Droit social*, broj 1/2004, str. 30.

30 To je, primera radi, potvrdio francuski Kasacioni sud odlučujući o zakonitosti otkaza koji je dobio zaposleni zato što je sa službene e-adrese poslao antisemitsku poruku trećem licu, koje je o tome obavestilo poslodavca. Sud je, s pravom, zaključio da činjenica da je zaposleni poslao poruku antisemitskog sadržaja s adrese koju mu je poslodavac stavio na raspolaganje i iz koje se poslodavac može identifikovati – predstavlja težu povredu radne obaveze. Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 juin 2004, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 152, nav. prema: Cour de cassation, Rapport annuel, 2005, str. 112.

31 Jacky Heraud, „L'alcool dans l'entreprise“, *Droit ouvrier*, janvier 2004, str. 9.

32 Tako i: *Management of alcohol-and drug-related issues in the workplace. An ILO code of practice*, International Labour Office, Geneva, 1996, stav 5.1. Zbog ovih razloga, sistematsko testiranje svih zaposlenih kod poslodavca je, u načelu, zabranjeno. Takođe, poslodavcima je zabranjeno da utvrđuju obavezu zaposlenog da dokazuje da je trezan. Namesto toga, poslodavac koji kod zaposlenog primeti znake konzumacije alkohola treba da dokaže da je zaposleni u nاپitom stanju, tj.

predstavljati i uporno odbijanje zaposlenog da se podvrgne alko-testu, pod uslovom da je ranije bio obavešten o mogućnosti primene ove nadzorne mere.³³

2.2. Razgraničenje povrede radne obaveze od nepoštovanja radne discipline

Radne obaveze nisu, dakle, i jedine obaveze zaposlenog, već iz radnog odnosa proizlaze i druge njegove obaveze, koje sve zajedno okuplja pojam *radne discipline*.³⁴ Neki autori, pritom, prave razliku između *radne discipline u objektivnom smislu*, pod kojom podrazumevaju sve (osnovne i sporedne) obaveze zaposlenih, i *radne discipline u subjektivnom smislu*, pod kojom se podrazumeva podređivanje zaposlenog radnom redu i nalogima poslodavca.³⁵ Od pojma radne discipline (u objektivnom smislu) treba razlikovati i obavezu zaposlenog da čuva disciplinu rada. Reč je o sporednoj radnoj obavezi, koja proizlazi iz organizacione (tehničke) subordinacije, a neophodna je za obezbeđivanje dobrog funkcionisanja svake radne sredine.

Videli smo da povreda radne obaveze, najopštije posmatrano, podrazumeva svaku radnju činjenja ili nečinjenja kojom se povređuju obaveze koje zaposleni ima u vezi sa pravilnim obavljanjem posla i radnih zadataka koje mu je poverio poslodavac, dok se *nepoštovanje radne discipline* može definisati kao protivpravna skrivljena povreda bilo koje (glavne ili sporedne) obaveze koju zaposleni ima na radu ili u vezi sa radom.³⁶ Za razliku od povrede radne obaveze, nepoštovanje radne discipline ne mora biti utvrđeno kao kažnjivo ponašanje ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom, odnosno pravilnikom o radu da bi predstavljalo opravdani razlog za otkaz

da od njega zahteva da se podvrgne alko-testu, ali samo ako bi obavljanje poslova u takvom stanju predstavljalo opasnost za zaposlenog ili druga lica. Potonje pravilo potvrđuje da je primena alko-testa dozvoljena samo onda kada to opravdavaju razlozi sigurnosti (tj. kada postoji potreba se spreći ili prekinu opasne situacije). Mere koje poslodavac preduzima u cilju obezbeđivanja sigurnosti na mestu rada ne smeju, međutim, biti „suviše energične“, tako da je upotreba alko-testa dopuštena samo u odnosu na one kategorije zaposlenih kojima je povereno obavljanje određenih poslova ili koji na radu rukuju određenim mašinama.

33 U tom smislu je zanimljiv stav Vrhovnog suda Srbije da je za ocenu zakonitosti otkaza ugovora o radu zbog odbijanja saobraćajnog dispečera da se podvrgne ovoj kontroli irelevantan navod tužioca da mu je „kontrola ponuđena na krajnje uvredljiv način“. Sud je, naime, zaključio da je: „dužnost tužioca bila da se kontroli podvrgne, a da zbog eventualnog grubog postupanja komisije [...] stavi primedbe na ponašanje članova komisije, što bi bio predmet nekog drugog postupka [...] Razlozi koji su rukovodili tužioca da odbije kontrolu alko-testom su sada nebitni, već je bitna činjenica ta što je tužilac postupio suprotno svim napred navedenim propisima i naredbi direktora (kolektivni ugovor, ugovor o radu, odluka direktora o zabrani unošenja i konzumiranja alkohola u objektima poslodavca i mogućnosti ispitivanja alkoholisanosti zaposlenih, naredba direktora da su zaposleni dužni da se odazovu na poziv komisije za kontrolu alkoholisanosti – LJ. K.), pogotovu imajući u vidu odgovornost poslova na kojima je tužilac bio raspoređen“ (presuda Rev. II 18/07, od 21. februara 2007. godine, *Izbor sudske prakse*, br. 7–8/2008, str. 67–68). Ovaj stav Vrhovnog suda može se analizirati i u svetlu načelnog zahteva da se alko-test vrši na način koji najmanje vredi ličnost zaposlenog, budući da je Sud našao da bezbednost zaposlenog i trećih lica predstavlja opravdan razlog za ograničavanje zaštite prava zaposlenog na dostojanstvo na radu.

34 Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, str. 587.

35 Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problemi sociologije rada*, treće izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1971, str. 271.

36 N. Tintić, *op. cit.*, str. 587.

ugovora o radu. Umesto toga, za postojanje ovog otkaznog razloga biće dovoljno da se zaposleni ne ponaša u skladu sa zahtevima iz bilo koje poslodavčeve odluke, uputstva, kodeksa ponašanja ili nekog drugog akta, zbog čega svako nepoštovanje discipline može da dovede do otkaza, ako je ponašanje zaposlenog takvo da, s obzirom na proces rada i sve okolnosti slučaja, on ne može da nastavi rad kod poslodavca.³⁷

(Ne)podnošljivost ponašanja zaposlenog se, pritom, procenjuje u svakom konkretnom slučaju, budući da je reč o „standardu koji u različitim situacijama treba da dovede do jedinstvene ocene – da zaposleni ne može da nastavi rad kod poslodavca i da zato dobije otkaz“.³⁸ S tim u vezi se u literaturi, s pravom, ukazuje na unutrašnju protivrečnost ovog otkaznog razloga, budući da, kao i u pogledu drugih opravdanih otkaznih razloga, i u slučaju nepoštovanja radne discipline, poslodavac može, ali ne mora, da otkáže zaposlenom ugovor o radu.³⁹ A to nije lako objasniti ako je ponašanje zaposlenog „takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca“.

2.3. Zloupotreba prava na bolovanje

Mesto preduzimanja radnje povrede radne obaveze najčešće odgovara mestu rada, dok je vreme izvršenja povrede redovno obuhvaćeno radnim vremenom, što znači da ponašanje zaposlenog van mesta rada i u vreme odmora, u načelu, uživa „disciplinski imunitet“.⁴⁰ Ipak, „koordinate“ mesta i vremena povrede radne obave-

37 Odluka Vrhovnog suda Srbije Rev. 2406, od 13. jula 2006. godine, navedeno prema: Snežana Andrejević, „Praksa Vrhovnog suda Srbije u sporovima iz radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2008, str. 143–144.

38 Zoran M. Ivošević, Milan Z. Ivošević, *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 366.

39 Tako Zoran Ivošević, *Radno pravo*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta „Union“, Beograd, 2009, str. 256.

40 Pravilo o izuzimanju činjenica iz privatnog života zaposlenog iz područja disciplinske vlasti poslodavca može, međutim, biti derogirano u krajnje izuzetnim slučajevima. Vake uočava tri takva izuzetka: prvi se tiče unapred utvrđene povrede obaveza koje se opravdano odnose i na ponašanje zaposlenog van radnog vremena i mesta rada (npr. obaveze čuvanja poslovne tajne); drugi izuzetak odnosi se na odbijanje zaposlenog da se ponaša u skladu sa opravdanim ograničenjima njegove autonomije na mestu rada (npr. ograničenje slobode izbora načina odevanja na mestu rada), dok se treći izuzetak tiče činjenica iz privatnog života zaposlenog koje su blisko povezane sa funkcionisanjem radne sredine (Ph. Waquet, *op. cit.*, str. 23–29). Potonji izuzetak je u francuskoj sudskoj praksi potvrđen kroz pravilo da ponašanje zaposlenog koje uzrokuje pravi poremećaj u preduzeću (fr. *trouble caractérisé au sein de l'entreprise*) može biti razlog za kažnjavanje zaposlenog, čak i ako je realizovano van radnog vremena i mesta rada. Ovaj izuzetak, pri tom, ne dira u pravilo da činjenica iz privatnog života, sama po sebi, nikada ne može biti razlog za (disciplinski) otkaz, budući da opravdani razlog za otkaz neće predstavljati sama činjenica iz privatnog života zaposlenog, već poremećaj koji ona uzrokuje u nekoj radnoj sredini. Određena činjenica mora biti takva da utiče na obavljanje poslova za poslodavca i pored toga što je nastupila van mesta rada i/ili izvan radnog vremena. Da bi bio relevantan, taj uticaj treba da se ispolji kao *poremećaj u preduzeću* zbog kojeg poslodavac *može* da pretrpi štetu (npr. finansijske gubitke, gubitak klijenata, narušavanje ugleda poremećaj kolegijalnih odnosa koji onemogućava, odnosno otežava rad zaposlenih). To dobro ilustruje slučaj zaposlenog u kasi za porodična davanja koji je, na osnovu lažnih dokaza o visini primanja, pokušao da ostvari pravo na dečji dodatak kod druge kase za porodične prestacije iako ne ispunjava uslove za ovaj vid socijalne zaštite (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 9 juillet 2002). Kacioni sud je utvrdio da je poslodavac imao stvaran i ozbiljan razlog za otkaz, i to, ne samo zbog vrste posla koji je poveren zaposlenom, već i zbog činjenice da njegov poslodavac obavlja delatnost

ze mogu biti i drugačije određene, pod uslovom da je *radnja povrede ili njena posledica povezana sa radom*.⁴¹ U tom smislu, povredom radne obaveze može se smatrati i „zloupotreba prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad“, iako su tokom odsustva suspendovane osnovne obaveze strana ugovora o radu.

Zaposlenom koji je, zbog bolesti, povrede ili drugog zdravstvenog razloga, privremeno sprečen da obavlja poslove za poslodavca pripada pravo na plaćeno odsustvo sa rada, koje se kolokvijalno označava kao bolovanje. Korišćenje ovog prava ne može predstavljati opravdani razlog za otkaz ugovora o radu, u skladu sa načelom zabrane diskriminacije i garantijama prava na poštovanje privatnog života i prava na zdravlje.⁴² To ne isključuje, međutim, mogućnost kažnjavanja zaposlenog koji svesno i smišljeno postupa u cilju odobravanja prava na odsustvo protivno njegovoj nameni, kao i zaposlenog koji za vreme odsustva preduzima aktivnosti kontraindikovane njegovoj bolesti ili na drugi način prolongira proces ozdravljenja (i period isplate naknade zarade). Zloupotreba prava na bolovanje postoji i ako zaposleni za vreme odsustva obavlja privrednu ili drugu aktivnost, jer je tada njegovo ponašanje kontradiktorno ponašanju u koje poslodavac osnovano može da se pouzda. Stoga se, u smislu jedne od pomenutih klasifikacija povreda radnih obaveza, zloupotreba prava na bolovanje može svrstati u onu vrstu povreda koje se sastoje u nelojalnom ponašanju zaposlenog.⁴³

koja građanima omogućava delotvorno ostvarivanje jednog od osnovnih ljudskih prava, prava na socijalnu sigurnost. Sud je, stoga, pošao od postavke da određeni poslovi podrazumevaju obavezu zaposlenog da skrupulozno poštuje pravila društvenog morala ne samo prilikom obavljanja poslova za poslodavca, već i u privatnom životu. Pri tom valja uočiti da je u ovom slučaju, priroda posla koji zaposleni obavlja za poslodavca bila usko povezana sa činjenicama koje mu se stavljaju na teret. Sud, naime, prepoznaje opravdani razlog za otkaz, upravo, u činjenici da je sporno ponašanje zaposlenog, po svojoj prirodi, *slično* radnjama koje on obavlja za poslodavca, što znači da zaposleni ovom radnjom ne bi izazvao poremećaj da je, npr. radio kao tekstilni radnik u fabrici odeće. Više o ovom pitanju videti u: Jean Savatier, „Porté de l’immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle: Cass. soc., 25 et 26 février 2003“, *Droit social*, broj 6/2003, str. 625–630; Jean Mouly, „Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle: le retour discret de la perte de confiance“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 839–847; Chantal Mathieu-Geniaut, „L’immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 848–855; Virginia Mantouvalou, Hugh Collins, „Private life and dismissal: Pay v UK“, *Industrial Law Journal*, broj 1/2009, str. 133–138; Paul-Henri Antomattei, „Le licenciement pour trouble objectif“, *Droit social*, broj 1/2012, str. 10–13.

41 Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 3522/92 od 26. novembra 1992. godine, nav. prema: Zoran Ivošević, Borivoje Šunderić, Ostoja Milisavljević, *Zaštita prava u sporovima iz radnog odnosa – prvih 500 odluka Vrhovnog suda Srbije, praksa ustavnih sudova i mišljenja ministarstava za rad, Savremena administracija, Beograd, 1994, str. 74–75*. To naročito vredi za radnje koje zaposleni preduzima van radnog vremena, ali u svojstvu zaposlenog, tj. koristeći položaj koji ima u određenoj radnoj sredini. Sa ovim slučajem izjednačeni su i slučajevi u kojima se za izvršenje radnje koriste predmeti koji pripadaju poslodavcu (npr. službeno vozilo), nezavisno od toga što je radnja izvršena van radnog vremena ili van mesta rada. Stoga se u domaćoj sudskoj praksi smatra da se ponašanje zaposlenog van mesta rada i izvan radnog vremena može kvalifikovati kao povreda radne obaveze samo ako postoji *‘veza između uloge, pozicije i situacije radnika i njegovog ponašanja, i to takva veza bez koje radnik ne bi bio u stvarnom položaju da učini radnju’* (Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 120/70, od 23. jula 1990).

42 Vid.: Zakon o radu („Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/09 i 32/13), član 183, tačka 1; Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca („Službeni list SFRJ“ – Međunarodni ugovori, broj 4/84), član 5.

43 International Labour Conference, 67th Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981, str. 21. Više o zloup-

Za razliku od preovlađujućih uporednopravnih rešenja, koja podrazumevaju da se matičnim zakonom za oblast radnih odnosa taksativno ili makar egzemplifikativno nabrajaju ponašanja kojima zaposleni zloupotrebljava prava na odsustvo, srpski zakonodavac predmetni otkazni razlog navodi kao „zloupotrebu prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad“. Sadržina ovog otkaznog razloga, otud, ostaje nejasna, a moguće polazište u njenom otkrivanju može predstavljati konstatacija da se u domaćem zakonodavstvu, pod zloupotrebom prava podrazumeva vršenje prava protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato.⁴⁴ S tim u vezi, otvara se pitanje da li i otkazni razlog koji je u Zakonu o radu imenovan kao „zloupotreba prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad“ postoji samo u slučajevima protivciljnog vršenja prava na plaćeno odsustvo sa rada (slučajevi u kojima se odsustvo ne koristi radi najbržeg mogućeg oporavka zaposlenog, odnosno njegovog najbržeg mogućeg povratka na rad, uz stvaranje uslova za delotvorno korišćenje usluga zdravstvene zaštite i svođenje posledica bolesti ili povrede na najmanju moguću meru)⁴⁵ ili su njime pokriveni i drugi vidovi abuzivnog vršenja prava na bolovanje. Ovu dilemu u značajnoj meri relativizuje činjenica da se u abuzivnom ponašanju zaposlenog, po pravilu, stiže više razloga nedopuštenosti vršenja prava na odsustvo, tako da će ono u isto vreme biti i protivciljno i protivrečno (npr. u slučaju obavljanja profesionalne ili druge delatnosti za drugog, uprkos sprečenosti zaposlenog za rad). Na drugoj strani, ostaje nejasan odnos predmetne odredbe Zakona o radu i odredbe Zakona o zdravstvenom osiguranju kojom su utvrđeni slučajevi u kojima osiguraniku obaveznog zdravstvenog osiguranja ne pripada pravo na naknadu zarade, bez obzira na njenog isplatioca (poslodavac ili Republički fond za zdravstveno osiguranje).⁴⁶ Ovo posebno stoga što Zakonom o radu nije utvrđen, čak, ni neprecizan, opis sadržine prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad, niti je precizirano da li je za postojanje zloupotrebe potrebno da korišćenje prava škodi poslodavcu, u smislu štete ili druge nepovoljne posledice. A ta nedorečenost skopčana je sa teškoćama da se u praksi precizno utvrdi postojanje zloupotrebe prava na plaćeno odsustvo, tim pre što se ni u izvorima autonomnog radnog prava, po pravilu, ne utvrđuju ponašanja kojima zaposleni odstupa od cilja prava na plaćeno odsustvo iz zdravstvenih razloga. Taj nedostatak mogao bi biti prevaziđen ukoliko bi pojedina abuzivna ponašanja bila *exempli causa* navedena u Zakonu o radu, odnosno u kolektivnom ugovoru ili u jednostranom aktu poslodavca. Poslodavci i zaposleni bi tada imali jasniju sliku o interesima koji treba da se ostvare kvalifikacijom zloupotrebe bolovanja kao opravdanog otkaznog razloga, naravno, uz mogućnost otkaza i u drugim, nestandardnim slučajevima nedopuštenog vršenja prava na odsustvo.

potrebi bivanja videti u: Ljubinka Kovačević, „(Ne)dopušteno korišćenje prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad“, *Pravo i privreda*, vol. XLIX, br. 7–9/2012, str. 483–509.

44 Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, i „Službeni list SRJ“, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99), član 13.

45 Xenia Scheil-Adlung, Lydia Sandner, *Wage continuation during sickness: Observations on paid sick leave provisions in times of crises*, International Labour Organization, Geneva, 2010, crp. 4.

46 Zakon o zdravstvenom osiguranju („Službeni glasnik RS“, br. 107/05, 109/05, 57/11 i 119/12), član 85.

3. RAZGRANIČENJE POVREDE RADNE OBAVEZE OD KRIVIČNOG DELA UČINJENOG NA RADU ILI U VEZI SA RADOM

Poslodavčeva disciplinska ovlašćenja nisu apsolutna. Stoga se u stručnoj i naučnoj literaturi, s pravom, kritikuju zakonodavci koji, poput srpskog zakonodavca, propuštaju da i u pogledu vršenja disciplinske vlasti predvide određena ograničenja koja se poštuju u drugim društvenim odnosima u vezi sa priznavanjem prava na kontrolu i kažnjavanje. To naročito vredi za kažnjavanje građana za učinjena krivična dela, iako se krivične sankcije izriču u interesu čitavog pravnog poretka, dok poslodavac izriče disciplinske mere samo u cilju zaštite odnosâ u određenoj radnoj sredini.⁴⁷ Pravila o krivičnoj i disciplinskoj odgovornosti razlikuju se, dakle, prema objektu zaštite, što je u praksi, posebno značajno za razlikovanje otkaznog razloga koji se sastoji u (težoj) povredi radne obaveze i razloga za otkaz koji se tiče krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom.⁴⁸ Reč je, naime, o krivičnom delu koje zaposleni izvrši prilikom obavljanja poverenih radnih zadataka ili u vezi sa radom, poput falsifikovanja službene isprave, odavanja službene tajne, pronevere, posluge, primanja mita ili krađe. Pritom, valja imati u vidu da radnja koja ima obeležja krivičnog dela može predstavljati opravdani razlog za otkaz samo ako je protiv zaposlenog doneta pravosnažna osuđujuća krivična presuda.⁴⁹ Ovo stoga što se, u skladu sa načelom zakonitosti i garantijom pretpostavke nevinosti, postojanje krivičnog dela i krivične odgovornosti učinioca utvrđuje pravosnažnom presudom kojom se optuženi oglašava-

47 Ovo je, između ostalog, i razlog što disciplinska odgovornost zaposlenog prestaje prestankom radnog odnosa, dok potonja okolnost nema nikakvog značaja za njegovu krivičnu odgovornost za krivično delo učinjeno na radu ili u vezi sa radom. Lazo M. Kostić, „Odnos krivične i disciplinske odgovornosti javnih službenika“, *Pravosuđe*, br. 7–8/1939 (poseban otisak), str. 3. i 6.

48 Zakon o radu („Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/09 i 32/13), član 179, tačka 4.

49 Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 30. novembra 2004. godine, <http://www.vrh.sud.yu>, 17. januar 2009. godine. Do utvrđivanja ovog shvatanja, u domaćoj literaturi bila su zastupljena različita stanovišta o uslovima za primenu otkaznog razloga koji se tiče krivičnog dela na radu ili u vezi sa radom. Jedna grupa autora je, tako smatrala da je otkaz ugovora o radu zbog ovog razloga nezavisan od krivičnog postupka i da poslodavac može da zaposlenom dâ otkaz ako sazna da je zaposleni učinio krivično delo, ako je protiv zaposlenog podneo krivičnu prijavu i ako postoje odgovarajući dokazi. Ovo stanovište bilo je formirano po uzoru na mišljenje Ministarstva za rad i zapošljavanje Republike Srbije broj 011–00–743/2002–02, od 27. septembra 2002. godine, u kojem su bila potvrđena upravo ova tri uslova za primenu predmetnog otkaznog razloga. Druga grupa autora je, međutim, upozoravala na nelogičnost ovog shvatanja i sve rizike koji ga prate, prevashodno u pogledu ugrožavanja ljudskih prava zaposlenog. Ovo stoga što jedino sud može utvrditi da li je zaposleni učinio krivično delo na radu ili u vezi sa radom, tako da u slučaju da presudom bude utvrđena odgovornost zaposlenog, poslodavac može da odluči da li će mu zbog toga dati otkaz ili ne, budući da osuđujuća presuda ne proizvodi automatski prestanak radnog odnosa. Ovo tim pre što je za udaljenje zaposlenog sa rada neophodno da je protiv njega pokrenut krivični postupak, dok je, po mišljenju Ministarstva, za odluku o otkazu ugovora o radu bilo dovoljno već i samo podnošenje krivične prijave protiv zaposlenog. Za prvo shvatanje vid. u: Paraskeva Mihajlović, „Prestanak radnog odnosa po sili zakona i otkazom ugovora o radu od strane poslodavca“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2004, str. 418; za argumentovanu kritiku ovog shvatanja vid. Borivoje Šunderić, „Kažnjavanje pre osude“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2004, str. 46–50.

va krivim. Poslodavac stoga ne može da kvalifikuje krivično delo na radu ili u vezi sa radom kao opravdani otkazni razlog u postupku davanja otkaza.⁵⁰

Prilikom razgraničenja otkaznih razloga koji se sastoje u povredi radne obaveze i u krivičnom delu učinjenom na radu ili u vezi sa radom, najpre, valja uočiti da se opšti pojam i elementi bića krivičnog dela ne mogu poistovetiti sa pojmom i elementima povrede radne obaveze. Isto vredi i za disciplinsku i krivičnu odgovornost – one se ne mogu izjednačiti niti jedna drugu mogu isključiti, budući da je njihova pravna priroda različita. Ove dve vrste pravne odgovornosti, otud, mogu postojati uporedo i jedna prema drugoj se odnose kao dva kruga sa zajedničkim presekom. U njihovom preseku se, tako, nalaze ponašanja koja, u isto vreme, povlače i krivičnu i disciplinsku odgovornost (načelo paralelne odgovornosti), dok ostale delove ovih dvaju krugova ispunjavaju radnje koje podrazumevaju samo krivičnu odgovornost zaposlenog ili samo njegovu disciplinsku odgovornost.⁵¹ Zaposleni, stoga, može biti disciplinski kažnjen za ponašanje koje istovremeno povlači i krivičnu odgovornost samo ako je ono unapred utvrđeno i kao povreda radne obaveze. Tako, primera radi, učestvovanje u tuči, koje predstavlja krivično delo, može biti utvrđeno i kao povreda radne obaveze, budući da predstavlja ne samo nasilje kojim se povređuju osnovna ljudska prava, već i razlog poremećaja u procesu rada i međuljudskim odnosima u određenoj radnoj sredini.⁵² To, dalje, znači da, u slučaju da ponašanje zaposlenog povlači i disciplinsku i krivičnu odgovornost, nepostojanje elemenata krivičnog dela, samo po sebi, neće značiti da nema povrede radne obaveze. Istovremeno, valja imati u vidu da se povreda radne obaveze može utvrditi i blanketnim normama, uključujući i norme (kolektivnog ugovora ili ugovora o radu) kojima se upućuje na krivičnopravne propise, što znači da se kao povreda radne obaveze može propisati i radnja koja predstavlja krivično delo.⁵³ Ipak, disciplinska i krivična odgovornost neće ni tada biti međusobno uslovljene, već će elementi određenog krivičnog dela služiti poslodavcu samo kao sredstvo za identifikaciju povrede radne obaveze.⁵⁴

Ove dve vrste pravne odgovornosti zaposlenog utvrđuju se u dva potpuno nezavisna postupka koji ne utiču jedan na drugi, zbog čega se u slučajevima u kojima istovremeno predstavlja i krivično delo, povreda radne obaveze utvrđuje bez pre-

50 Pravo na takvu kvalifikaciju ne bi imao ni sud u parničnom postupku radi ocene zakonitosti otkaza, budući da postojanje krivičnog dela tada ne predstavlja prethodno pitanje koje sud rešava u postupku po tužbi za poništaj otkaza zbog krivičnog dela na radu ili u vezi sa radom. Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. II 383/06, od 11. novembra 2005. godine, <http://www.vrh.sud.yu>, 17. 1. 2009.

51 I pored toga što je pretpostavkom nevinosti otklonjena apriorna krivica zaposlenog kao krivičnoprocesnog subjekta, u određenim slučajevima, na njegov radni odnos može uticati i sama činjenica da postoje dokazi koji formiraju određeni stepen sumnje da je zaposleni izvršio neku radnju, npr. prilikom udaljenja sa rada zaposlenog kome je određen pritvor ili protiv kojeg je pokrenut krivični postupak zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom.

52 Z. Ivošević, *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa*, op. cit., str. 145.

53 *Ibid.*, str. 156.

54 U tom smislu se, primera radi, ponašanje zaposlenog sme kvalifikovati kao krađa u postupku otkaza ugovora o radu, iako pravosnažnom presudom on nije oglašen krivim za pokušaj krađe. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev-868/07, od 26. marta 2008. godine, nav. prema: Ivica Crnić, *Otkaz ugovora o radu: s iscrpnom sudskom praksom, prilogima i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb, 2013, str. 19.

sude o krivičnoj odgovornosti.⁵⁵ Poslodavac, stoga, nije dužan da čeka sa disciplinskim postupkom do pravnosnažne odluke suda, tim pre što bi u suprotnom postojao rizik od nastupanja zastarelosti kršenja radnih obaveza, što može imati za posledicu to da zaposleni koji je počinio težu povredu radne obaveze ostane disciplinski nekažnjen.⁵⁶ Takođe, ishod krivičnog postupka povodom istog činjeničnog opisa radnji ne utiče na položaj zaposlenog kome je prestao radni odnos zbog povrede radne obaveze. Iz istih razloga, okolnost da je odbačena krivična prijava povodom iste radnje *ne* utiče na ocenu zakonitosti odluke o izricanju disciplinske mere protiv zaposlenog,⁵⁷ uključujući i prestanak radnog odnosa kao najtežu disciplinsku meru. Takođe, obustavljanje krivičnog postupka koji je bio pokrenut protiv zaposlenog neće imati nikakvog uticaja na zakonitost (disciplinskog) otkaza ugovora o radu.⁵⁸

I, najzad, valja primetiti da je odnos otkaznih razloga koji se tiču povrede radne obaveze i krivičnog dela na radu ili u vezi sa radom naročito delikatan ako je poslodavac udaljio sa rada zaposlenog protiv koga je pokrenut krivični postupak zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom. Reč je, zapravo, o slučaju primene *privremene mere fakultativnog udaljenja zaposlenog sa rada sa naknadom zarade*, koja ozbiljno ugrožava profesionalni položaj (zbog privremenog isključenja iz radne sredine i suspenzije /osnovnih/ prava i obaveza iz radnog odnosa) i ekonomsku sigurnost zaposlenog (zbog ostvarivanja naknade zarade čija je visina značajno niža od zarade).⁵⁹ Ova mera je vremenski ograničena i traje do utvrđivanja odgovornosti zaposlenog, a najduže tri meseca. Do isteka ovog perioda, poslodavac ima na raspolaganju dve mogućnosti – prva je iniciranje prestanka radnog odnosa, dok se druga sastoji u vraćanju zaposlenog na rad, budući da se prestankom udaljenja (ako nije došlo do otkaza ugovora o radu), svaka strana radnog odnosa vraća u pređašnje stanje radnog odnosa: zaposleni je dužan da se javi na posao, a poslodavac da mu omogući nastavak rada.⁶⁰ Budući da u najvećem broju slučajeva, krivični postupak protiv zaposlenog neće biti pravnosnažno okončan u navedenom tromesečnom roku, poslodavac ostaje bez mogućnosti da zaposlenom dâ otkaz zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom, već treba da mu omogući vra-

55 Odluka Suda udruženog rada SR Crne Gore, Ž. br. 394/81, *Sudska i upravna praksa*, broj 4/1982, str. 129.

56 Zaključak Suda udruženog rada Slovenije, Sp-53/77, od 25. februara 1977. godine, *Sudska i upravna praksa*, broj 129.

57 Odluka Suda udruženog rada Bosne i Hercegovine, broj Ž-276/76, od 17. novembra 1976. godine, *Sudska i upravna praksa*, broj 4/1982, str. 128.

58 Odluka Suda udruženog rada Srbije, broj 722/76, od 5. novembra 1976. godine, *Sudska i upravna praksa*, broj 4/1982, str. 129.

59 Valja imati u vidu da je udaljenje zaposlenog sa naknadom zarade preventivna mera kojom se ublažavaju ili otklanjaju posledice nekog njegovog ponašanja. Ona se, dakle, izriče dok još nije utvrđena disciplinska odgovornost zaposlenog, zbog čega je za njenu primenu dovoljno da se postojanje povrede radne obaveze naznači i učini verovatnim, bez utvrđivanja svih elemenata bića povrede. Tako presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3095/92, od 27. avgusta 1992. godine, nav. prema Z. Ivošević, *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa, op. cit.*, str. 202.

60 U tom smislu se ni radno mesto sa kojeg je zaposleni udaljen ne smatra slobodnim, te poslodavac ne bi mogao da sa drugim licem zasnuje radni odnos na neodređeno vreme za rad na tom radnom mestu (poslu). Dragoslav R. Živković, *Zakon o radnim odnosima, s komentarom i registrom pojmova*, drugo izdanje, Službeni list SRJ, Beograd, 1997, str. 172.

ćanje na rad. U nekim slučajevima, to može biti skopčano sa ozbiljnim poremećajem u radnoj sredini, zbog čega poslodavac može da obezbedi njeno dobro funkcionisanje otpuštanjem zaposlenog zbog nekog drugog opravdanog otkaznog razloga. To prevashodno vredi za povredu radne obaveze, naravno, pod uslovom se u radnji zaposlenog mogu pronaći elementi određene povrede radne obaveze.⁶¹

4. RAZGRANIČENJE POVREDE RADNE OBAVEZE OD NEPRIHVATANJA PONUDE ZA IZMENU UGOVORA O RADU

Premda načelo *pacta sunt servanda* postavlja pred strane ugovora o radu zahtev da ugovor izvršavaju onako kako on glasi, obe ugovorne strane mogu učiniti ponudu za zaključenje aneksa ovog ugovora. Ovo stoga što je priroda radnog odnosa takva da se ispunjenje obaveza zaposlenog i poslodavca prostire u vremenu, tako da na njih mogu uticati različite okolnosti. Odredbama Zakona o radu utvrđeno je više slučajeva u kojima poslodavac može da uputi zaposlenom ponudu za zaključenje aneksa ugovora o radu. Pored promene bitnih elemenata ugovora (posla i zarade), kao razlozi za izmenu ugovora utvrđeni su i promena mesta rada, upućivanje zaposlenog na rad kod drugog poslodavca, te ostvarivanje prava zaposlenih za čijim je radom prestala potreba, dok se ugovorom o radu, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu mogu utvrditi i drugi razlozi za isticanje ponude za zaključenje aneksa.⁶² Neprihvatanje poslodavčeve ponude za izmenu ugovora o radu može, međutim, predstavljati razlog za otkaz samo ako je ponuda upućena zaposlenom radi njegovog premeštaja na drugi posao, premeštaja u drugo mesto rada, upućivanja na rad kod drugog poslodavca i ostvarivanja prava koja zaposleni ima kao višak (premeštaj na druge poslove, rad kod drugog poslodavca, prekvalifikacija ili dokvalifikacija, rad sa nepunim radnim vremenom). Izmena uslova ugovora, pritom, ima prednost u odnosu na otkaz na inicijativu pogođene strane, tako da radni odnos neće prestati ako druga strana pristane na pravičnu izmenu određenih uslova ugovora.

Ponudu za zaključenje aneksa ugovora o radu mogu uputiti obe ugovorne strane, ali to redovno čini poslodavac, posebno ako se imaju u vidu njegova nastojanja da iskoristi prednosti fleksibilnosti – od radnog vremena (nepuno radno vreme) i mesta rada (geografska mobilnost zaposlenih), preko primanja po osnovu radnog odnosa (bonusi, nagrade za doprinos poslovnom uspehu preduzeća i sl.), do dodeljivanja radnih zadataka.⁶³ Premda se svaki od ovih primera ne tiče izmene uslova

61 Fakultativno udaljenje zaposlenog sa rada sa naknadom zarade predstavlja privremenu meru, čija se primena završava vraćanjem zaposlenog na rad ili prestankom radnog odnosa. Kako poslodavac u roku od tri meseca može da vrati zaposlenog na rad ili da mu da otkaz, neki pisci veruju da bi potonja posledica mogla da se protumači i na način da zaposlenom može prestati radni odnos i pre pravnosnažnosti krivične presude, tim pre što je nerealno očekivati da ona bude doneta u roku od tri meseca. Ovi autori, stoga, predlažu izmenu odgovarajućih odredaba Zakona o radu u pravcu vezivanja otkaznog razloga za učinjeno radnju krivičnog dela, umesto za samo krivično delo, što bi, po njihovom uverenju, kao kod svakog blanketnog propisa, omogućilo identifikaciju otkaznog razloga nezavisno od postojanja krivičnog dela i krivične odgovornosti. Z. Ivošević, *Radno pravo, op. cit.*, str. 257–258.

62 Zakon o radu („Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/09 i 32/13), član 171.

63 Christian Bessy, *La contractualisation de la relation de travail*, L.G.D.J., Paris, 2007, str. 97–119.

ugovora, valja imati u vidu da je saglasnost zaposlenog neophodna za izmenu i onda kada poslodavčeva ponuda znači poboljšanje određenih uslova ugovora (npr. povećanje zarade). U tom smislu se može zaključiti da je pravo da odbije poslodavčevu ponudu za izmenu ugovora o radu – *apsolutno pravo zaposlenog*, koje on može ostvariti i ako su predložene izmene minimalne ili povoljnije za njega samog.⁶⁴

Kada se u ulozi ponuđača nalazi poslodavac, budućnost ugovora zavisi od toga da li će zaposleni prihvatiti ponudu za zaključenje aneksa ili ne. Neprihvatanje ove ponude, naime, ozbiljno ugrožava stabilnost zaposlenja, jer se smatra opravdanim razlogom za otkaz na inicijativu poslodavca.⁶⁵ U skladu sa slobodom ugovaranja, zaposleni može da odbije ponudu za zaključenje aneksa, nakon čega može zahtevati primenu neizmenjenog ugovora o radu, dok poslodavac može da se složi sa tim zahtevom, tj. da povuče svoju ponudu, ali može i da je zadrži i da zaposlenom dâ otkaz. Odluka poslodavca da zaposlenom koji nije prihvatio ponudu za izmenu ugovora ne dâ otkaz skopčana je sa obavezom da mu omogući izvršavanje prestacije rada u ranijim uslovima (poslodavac je, primera radi, dužan da zaposlenom isplaćuje istu zaradu ili da mu omogući rad sa punim radnim vremenom, iako je predložio smanjenje visine zarade ili prelazak na rad sa nepunim radnim vremenom).⁶⁶ Ako, međutim, ne želi da zaposleni nastavi da radi u prvobitnim uslovima, poslodavac ima na raspolaganju samo jednu mogućnost: otkaz ugovora o radu. Ista mogućnost stoji na raspolaganju i zaposlenom kome poslodavac nastoji da nametne nove, izmenjene, uslove rada, i pored toga što mu je zaposleni uskratio saglasnost za izmenu ugovora.

U jednom delu literature, izraženo je stanovište da neprihvatanje poslodavčeve ponude za zaključenje ugovora o radu *ne* predstavlja motiv za otkaz ugovora o radu, već da u tom slučaju prestanka radnog odnosa, motiv za otkaz predstavlja – činjenica zbog koje je ugovor izmenjen (npr. potreba procesa rada ili ekonomske, organizacione i tehnološke promene kod poslodavca). U uporednom pravu, motiv za izmenu ugovora mogu biti i činjenice vezane za ponašanje zaposlenog, naročito ako je otkaz usledio nakon njegovog odbijanja da radi na nižem radnom mestu na koje je premešten zbog učinjene povrede radne obaveze.⁶⁷ Uz potonji izuzetak, otkaz ugovora o radu koji poslodavac može dati zaposlenom u slučaju neprihvatanja ponude za izmenu ugovora o radu *ne* može se kvalifikovati kao tzv. disciplinski otkaz. Ovo

64 Zaposleni bi, otud, mogao da se usprotivi svakoj izmeni ugovora o radu čak i ako je ugovor koji je zaključio sa poslodavcem sadržao klauzulu koja ovlašćuje poslodavca na jednostranu izmenu bitnih elemenata ugovora. Christophe Radé, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrestien – Lextenso editions, Paris, 2011, str. 81.

65 Nepotpisivanje aneksa ugovora o radu, samo po sebi, nije, dakle, razlog za prestanak radnog odnosa, budući da se ugovor može izmeniti samo ako se sa tim saglasi ponuđena strana. Ako se ponuđena strana ne saglasi sa ponudom koja joj je upućena, postojeći (neizmenjeni) ugovor o radu ostaje na snazi sve dok ga jedna od ugovornih strana valjano ne otkáže. Sklep VS RS VIII Ips 455/2006, z dne 29. 5. 2007, z vezi s sodbo VDSS Pdp 1535/2005, z dne 24. 8. 2006, nav. prema Marta Klampfer, „Sprememba ali sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi zaradi spremenjenih okoliščin“, u: Darja Senčur Peček, Nataša Belopavlovič, Miran Kalčič (red.), *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana, 2008, str. 221.

66 Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27^e édition, Dalloz, Paris, 2013, str. 636.

67 *Ibid.*, str. 638.

stoga što je odbijanje poslodavčeve ponude zakonito, a motivi za isticanje ponude za izmenu ugovora nisu disciplinske prirode.⁶⁸

I, najzad, valja primetiti i to da poslodavac koji, i pored odbijanja zaposlenog da prihvati ponudu za zaključenje aneksa, *via facti* nameće izmenu ugovora o radu čini povredu ugovora. U slučaju tako jednostrano izmenjenih uslova ugovora, zaposleni nije dužan da obavlja nove poslove, da radi u novom mestu rada ili u drugim novim uslovima, čak ni privremeno, u skladu sa načelom *Quod non conventum non debetur*.⁶⁹ Odbijanje zaposlenog da postupi po poslodavčevom rešenju o premeštaju, stoga ne bi moglo da se kvalifikuje kao neopravdani izostanak sa posla, samovoljno napuštanje posla ili kao druga povreda radne obaveze. U ovom slučaju, zaposleni može da otkáže ugovor o radu, s tim što se *otkaz može pripisati poslodavcu*, uz pravo zaposlenog na zaštitu koja mu pripada u slučaju nezakonitog otkaza. Ovo stoga što radni odnos tada ne prestaje krivicom zaposlenog, već zato što je poslodavac jednostrano izmenio uslove ugovora premestivši zaposlenog, protiv njegove volje, na drugi posao ili u drugo mesto rada. Zato bi bilo prihvatljivije da poslodavac koji je jednostranom odlukom premestio zaposlenog na drugi posao ili u drugo mesto rada – raskine radni odnos (otkazom zbog smanjenja obima posla ili drugog opravdanog razloga nakon što zaposleni izričito izjavi da ne pristaje da radi na drugom poslu ili u drugom mestu rada).

5. ZAKLJUČAK

Premda predstavlja jedan od najznačajnijih otkaznih razloga koji se tiče ponašanja zaposlenog, *pojam povrede radne obaveze* nije lako odrediti, posebno ako se imaju u vidu teškoće razgraničenja povrede radne obaveze od drugih otkaznih razloga, naročito onih koji se, takođe, tiču skrivljenog ponašanja zaposlenog. Ipak, može se zaključiti da povreda radne obaveze, najopštije posmatrano, podrazumeva svaku radnju činjenja ili nečinjenja kojom se povređuju obaveze koje zaposleni ima u vezi sa pravilnim obavljanjem posla i radnih zadataka koje mu je poverio poslodavac. Ozbiljnost svake povrede radne obaveze se, pritom, procenjuje *in concreto*, tj. u svetlu svih okolnosti određenog slučaja i posledica koje povreda proizvodi u odnosu na vršenje poverenih radnih zadataka, proces rada i rad drugih zaposlenih, tako da otkaz može biti dopušten samo u slučaju povreda koje su takve težine i sa takvim posledicama da opravdavaju otpuštanje zaposlenog.

Mesto preduzimanja radnje povrede radne obaveze najčešće odgovara mestu rada, dok je *vreme izvršenja povrede* redovno obuhvaćeno radnim vremenom. Ipak, povreda radne obaveze može imati i drugačije prostorne i vremenske „koordinate“, pod uslovom da je radnja povrede ili njena posledica povezana sa radom. U tom smislu, povredom radne obaveze može se smatrati i *zloupotreba prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad zbog bolesti, povrede ili drugog zdravstvenog razloga*. Korišćenje ovog prava ne može predstavljati opravdani razlog za otkaz ugovora o radu, ali to ne isključuje mogućnost otpuštanja zaposlenog koji

68 Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrétien, Paris, 2006, str. 433.

69 N. Tintić, *op. cit.*, str. 272–273.

svesno i smišljeno postupa u cilju odobravanja prava na odsustvo protivno njegovoj nameni, ili za vreme odsustva preduzima aktivnosti kontraindikovane njegovoj bolesti ili na drugi način prolongira proces ozdravljenja (i period isplate naknade zarade). Zloupotreba prava na bolovanje postoji i ako zaposleni za vreme odsustva obavlja privrednu ili drugu aktivnost, jer je tada njegovo ponašanje kontradiktorno ponašanju u koje poslodavac osnovano može da se pouzda. Stoga se zloupotreba prava na bolovanje može svrstati u onu vrstu povreda radnih obaveza koje se sastoje u nelojalnom ponašanju zaposlenog. Valja uočiti da srpski zakonodavac predmetni otkazni razlog navodi kao „zloupotrebu prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad“, bez makar i samo egzemplifikativnog nabiranja ponašanja kojima zaposleni zloupotrebljava prava na odsustvo. Sadržina ovog otkaznog razloga, otud, ostaje nejasna, baš kao što je nejasan i odnos predmetne odredbe Zakona o radu i odredbe Zakona o zdravstvenom osiguranju kojom su utvrđeni slučajevi u kojima osiguraniku obaveznog zdravstvenog osiguranja ne pripada pravo na naknadu zarade. Ovo posebno stoga što Zakonom o radu nije utvrđen, čak, ni neprecizan, opis sadržine prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad, niti je precizirano da li je za postojanje zloupotrebe potrebno da korišćenje prava škodi poslodavcu. Upravo ta nedorečenost skopčana je sa teškoćama da se u praksi precizno utvrdi postojanje zloupotrebe prava na bolovanje, tim pre što se ni u izvorima autonomnog radnog prava, po pravilu, ne utvrđuju ponašanja kojima zaposleni odstupa od cilja prava na bolovanje. Taj nedostatak mogao bi biti prevaziđen ukoliko bi pojedina abuzivna ponašanja bila *exempli causa* navedena u Zakonu o radu, odnosno u kolektivnom ugovoru ili jednostranom aktu poslodavca. Subjekti radnog odnosa bi tada imali jasniju sliku o interesima koje treba ostvariti kvalifikacijom zloupotrebe bolovanja kao opravdanog otkaznog razloga, naravno, uz mogućnost otkaza i u drugim, nestandardnim slučajevima nedopuštenog vršenja prava na bolovanje.

Otkaznom razlogu koji se sastoji u povredi radne obaveze posebno je blizak otkazni razlog koji se tiče *nepoštovanja radne discipline*. On predstavlja protivpravnu skrivljenu povredu bilo koje (glavne ili sporedne) obaveze koju zaposleni ima na radu ili u vezi sa radom, s tim što ona, za razliku od povrede radne obaveze, ne mora biti utvrđena kao kažnjivo ponašanje ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom, odnosno pravilnikom o radu. Umesto toga, za postojanje ovog otkaznog razloga biće dovoljno da se zaposleni ne ponaša u skladu sa zahtevima iz bilo kog poslodavčevog akta, budući da svako nepoštovanje discipline može da dovede do otkaza, ako je ponašanje zaposlenog takvo da, s obzirom na proces rada i sve okolnosti slučaja, on ne može da nastavi rad kod poslodavca. Potonji zakonski uslov unosi, međutim, izvesnu protivrečnost u ovaj otkazni razlog, budući da, i u slučaju nepoštovanja radne discipline, poslodavac može, ali ne mora, da otkáže zaposlenom ugovor o radu, što je teško objasniti ako je ponašanje zaposlenog „takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca“.

Povredu radnu obaveze treba razlikovati i od otkaznog razloga koji se sastoji u *krivičnom delu učinjenom na radu ili u vezi sa radom*, budući da određeno ponašanje zaposlenog može povlačiti i disciplinsku i krivičnu odgovornost. Prilikom razgraničenja ovih dvaju otkaznih razloga, najpre, valja uočiti da se opšti pojam i elementi bića krivičnog dela ne mogu poistovetiti sa pojmom i elementima povrede

radne obaveze, a isto vredi i za disciplinsku i krivičnu odgovornost. One se ne mogu izjednačiti niti jedna drugu mogu isključiti, budući da je njihova pravna priroda različita. Pritom, valja imati u vidu da se povreda radne obaveze može utvrditi i blanketnim normama kojima se upućuje na krivičnopravne propise, što znači da se kao povreda radne obaveze može propisati i radnja koja predstavlja krivično delo. Ipak, ni u tom slučaju, disciplinska i krivična odgovornost neće biti međusobno uslovljene, već će elementi određenog krivičnog dela služiti poslodavcu samo kao sredstvo za identifikaciju povrede radne obaveze.

I, najzad, povredu radne obaveze treba razlikovati i od otkaznog razloga koji se tiče *neprihvatanja poslodavčeve ponude za izmenu ugovora o radu*. U skladu sa slobodom ugovaranja, zaposleni može da odbije ponudu za zaključenje aneksa, nakon čega može zahtevati primenu neizmenjenog ugovora o radu, dok poslodavac može da povuče svoju ponudu, ali može i da je zadrži i da zaposlenom dâ otkaz. U jednom delu literature, izraženo je stanovište da neprihvatanje poslodavčeve ponude *ne* predstavlja motiv za otkaz, već da u tom slučaju prestanka radnog odnosa, motiv za otkaz predstavlja činjenica zbog koje je ugovor izmenjen (npr. potreba procesa rada ili ekonomske, organizacione i tehnološke promene kod poslodavca). U uporednom pravu, motiv za izmenu ugovora mogu biti i činjenice vezane za ponašanje zaposlenog, naročito ako je otkaz usledio nakon njegovog odbijanja da radi na nižem radnom mestu na koje je premešten zbog učinjene povrede radne obaveze. Uz potonji izuzetak, otkaz ugovora o radu koji poslodavac može dati zaposlenom u slučaju neprihvatanja ponude za izmenu ugovora o radu *ne* može se kvalifikovati kao tzv. disciplinski otkaz, tj. otkaz zbog skrivljene povrede radne obaveze. Ovo stoga što je odbijanje poslodavčeve ponude zakonito, dok motivi za isticanje ponude za izmenu ugovora nisu disciplinske prirode.

LITERATURA

- Andrejević Snežana, „Praksa Vrhovnog suda Srbije u sporovima iz radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, broj 1/2008, str. 127–162.
- Antomattei Paul-Henri, „Le licenciement pour trouble objectif“, *Droit social*, broj 1/2012, str. 10–13.
- Baltić Aleksandar, Despotović Milan, *Osnovi radnog prava Jugoslavije i osnovni problemi sociologije rada*, treće izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1971.
- Barège Alexandre, *Léthique et le rapport de travail*, L.G.D.J, Paris, 2008.
- Bessy Christian, *La contractualisation de la relation de travail*, L.G.D.J., Paris, 2007.
- Bonnechère Michèle, „L’optique du travail décent“, *Droit ouvrier*, février 2007, str. 57–74.
- Cœuret Alain, Fortis Élisabeth, *Droit pénal du travail*, 4^e édition, LexisNexis/Litec, Paris, 2008.
- Collins Hugh, *Justice in dismissal. The law of termination of employment*, Clanderon Press/Oxford University Press, New York, 1992 (reprinted 2011).
- Crnić Ivica, *Otkaz ugovora o radu: s iscrpnom sudskom praksom, priložima i abecednim kazalom pojmova*, Organizator, Zagreb, 2013.
- Despax Michael, „L’évolution du rapport de subordination“, *Droit social*, broj 1/1982, str. 11–19.

- Durand Paul, Vitu André, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, Paris, 1950.
- Heraud Jacky, „L'alcool dans l'entreprise“, *Droit ouvrier*, janvier 2004, str. 1–12.
- Ivošević Zoran, *Zasnivanje i prestanak radnog odnosa u udruženom radu: kroz komentare i sudsku praksu*, Pravno-ekonomski centar, Beograd, 1986.
- Ivošević Zoran, *Komentar Zakona o osnovama radnih odnosa*, Savremena administracija, Beograd, 1997.
- Ivošević Zoran, *Radno pravo*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta „Union“, Beograd, 2009.
- Ivošević Zoran, Borivoje Šunderić, Ostoja Milisavljević, *Zaštita prava u sporovima iz radnog odnosa – prvih 500 odluka Vrhovnog suda Srbije, praksa ustavnih sudova i mišljenja ministarstava za rad*, Savremena administracija, Beograd, 1994.
- Ivošević Zoran M., Ivošević Milan Z., *Komentar Zakona o radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.
- Jammaud Antoine, „La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français“, u: Patricia Kurczyn Villalobos, Carlos Alberto Puig Hernández /soordinadores/, *Estudios juridico en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*, UNAM, México D.F., 2003, str. 415-433.
- Kostić Lazo M., „Odnos krivične i disciplinske odgovornosti javnih službenika“, *Pravosuđe*, br. 7-8/1939 (poseban otisak).
- Kovačević Ljubinka, *Cilj i smisao radnopravne zaštite 'uzbunjivača'*, u: Đorđe Ignjatović (ur.), „Kaznena reakcija u Srbiji“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 221-237.
- Kovačević Ljubinka, „(Ne)dopušteno korišćenje prava na odsustvo zbog privremene sprečenosti zaposlenog za rad“, *Pravo i privreda*, vol. XLIX, br. 7–9/2012, str. 483-509.
- Légal Alfred, de la Gressaye Jean Brethe, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1938.
- Mantouvalou Virginia, Collins Hugh, „Private life and dismissal: *Pay v UK*“, *Industrial Law Journal*, broj 1/2009, str. 133–138.
- Mathieu-Geniaut Chantal, „L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 848–855.
- Mazeaud Antoine, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrétien, Paris, 2006.
- Mihajlović Paraskeva, „Prestanak radnog odnosa po sili zakona i otkazom ugovora o radu od strane poslodavca“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1-6/2004, str. 401–427.
- Mouly Jean, „Le licenciement du salarié pour des faits relevant de sa vie personnelle: le retour discret de la perte de confiance“, *Droit social*, br. 9–10/2006, str. 839–847.
- Paravina Dušan, „Prestanak radnog odnosa po osnovu tehnološkog viška, naročito prema standardima Međunarodne organizacije rada“, *Radno i socijalno pravo*, br. 4-7/2000, str. 14-25.
- Pélissier Jean, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jammaud, Emmanuel Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e édition, Dalloz, Paris, 2008.
- Pélissier Jean, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27^e édition, Dalloz, Paris, 2013.
- Radé Christophe, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrestien – Lextenso editions, Paris, 2011.
- Savatier Jean, „Porté de l'immunité disciplinaire du salarié pour les actes de sa vie personnelle: Cass. soc., 25 et 26 février 2003“, *Droit social*, broj 6/2003, str. 625–630.
- Senčur Peček Darja, Belopavlović Nataša, Kalčić Miran (red.), *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana, 2008.
- Scheil-Adlung Xenia, Sandner Lydia, *Wage continuation during sickness: Observations on paid sick leave provisions in times of crises*, International Labour Organization, Geneva, 2010.

- Šunderić Borivoje, „Kažnjavanje pre osude“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1-6/2004, str. 39–50.
- Tintić Nikola, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972.
- Vannes Viviane, Dear Laurent, *La rupture abusive du contrat de travail - Théories et applications*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- Waquet Philippe, „La vie personnelle du salarié“, *Droit social*, broj 1/2004, str. 23–29.
- Živković Dragoslav R, *Zakon o radnim odnosima, s komentarom i registrom pojmova*, drugo izdanje, Službeni list SRJ, Beograd, 1997.

Korišćeni izvori prava i dokumenti

- Zakon o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, i „Službeni list SRJ“, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99)
- Zakon o radu („Službeni glasnik RS“, br. 24/05, 61/05, 54/2009 i 32/13)
- Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu („Službeni glasnik RS“, broj 101/05)
- Zakon o zdravstvenom osiguranju („Službeni glasnik RS“, br. 107/05, 109/05, 57/11 i 119/12)
- Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu („Službeni glasnik RS“, broj 36/10)
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca („Službeni list SFRJ“ – Međunarodni ugovori, broj 4/84)
- ILO Termination of employment recommendation, 1982 (No. 166)
- International Labour Conference, 67th Session, *Report VIII (1). Termination of employment at the initiative of the employer*, International Labour Office, Geneva, 1981.
- Management of alcohol-and drug-related issues in the workplace. An ILO code of practice*, International Labour Office, Geneva, 1996.

Ljubinka Kovačević

School of Law, University in Belgrade

EMPLOYEE MISCONDUCT AND TERMINATION OF EMPLOYMENT – DISTINGUISHING BETWEEN DISCIPLINARY OFFENCE AND SIMILAR GROUNDS FOR DISMISSAL

SUMMARY

Disciplinary offence is not an easy concept to define, although it represents one of the most common reasons for *conduct-related dismissal*. Especially if we consider how difficult it is to distinguish between disciplinary offence and other grounds for dismissal, especially those related to employee misconduct. Still, we can conclude that *disciplinary offence* represents any act of commission or omission that violates the obligations employees have, to properly perform duties and tasks entrusted to them by their employer.

The place where the disciplinary offence usually occurs corresponds to the workplace, and the time of the offence is regularly covered by working hours. However, the time and place „coordinates“ may vary, when the act of offence or its consequences are work related.

In that sense, abusing the right to a leave because of a temporary inability to work due to illness, injury or other medical reasons can also be considered a disciplinary offence. An employer can dismiss an employee who acts knowingly and deliberately in order to get the leave against its intended purpose, as well as an employee who engages, during his/her leave, in activities that are contraindicated with his/her illness or may otherwise prolong the healing process (and the period of sick pay). If an employee is conducting any business activity during his/her sick leave, it will be considered *abuse of the right to paid sick leave*, because it is contradictory to the conduct an employer can reasonably rely on. It should be noted that Serbian legislator defines this ground for dismissal as „abuse of the right to a leave due to temporary inability to work“, without listing the conduct that represents abuse of that right. The grounds for dismissal, therefore, remain unclear, especially because the Labour Law does not even establish an imprecise description of the right to a leave due to temporary inability to work, nor is it clear if the leave has to have a harmful effect on the employer in order to be considered abuse. This vagueness is fraught with difficulties to precisely establish, in practice, the existence of abuse of the right to sick leave, especially since the sources of autonomous labour law, as a rule, do not specify which type of employee conduct deviates from the purpose of the right to sick leave. This deficiency could be overcome by listing *ex-empli causa* some abusive conduct in the Labour Law, collective agreement or an employer's unilateral act. Thus, parties to the employment relationship would have a clearer picture on interests that are to be realized by qualifying sick leave abuse as justifiable grounds for dismissal, with an open possibility of dismissal in other, non-standard, cases of impermissible exercise of the right to sick leave.

Violation of labour discipline, as ground for dismissal, is very similar to the disciplinary offence. It consists of unlawful culpable violation of any obligation that an employee has at work or in connection to the work, except that, unlike the disciplinary offence, it doesn't have to be defined as misconduct in the contract of employment, collective agreement, or work rules to be a justifiable cause for dismissal. The aforementioned cause for dismissal will be justifiable if an employee fails to comply with requirements from any of the employer's acts, which means that any disregard to labour discipline may lead to a dismissal if an employee's conduct is such that, considering the work process and all circumstances of the case, he/she cannot continue working for said employer. The latter condition, however, adds some contradiction to this cause for dismissal, since an employer may or may not dismiss an employee for violation of labour discipline, which is hard to explain when the conduct of the employee is such „that he/she cannot continue working for said employer“.

Disciplinary offence, as grounds for dismissal, should be distinguished from the *crime at work*, since certain forms of employee conduct may lead to disciplinary and criminal liability. When distinguishing between the aforementioned grounds for dismissal, it should be noted that the general notion of a crime and its elements cannot be equated with the notion of a disciplinary offence and its elements. The same goes for disciplinary and criminal liability – one cannot be equated with the other, nor can one exclude the other, since their legal nature is different. We should also bear in mind that disciplinary offence can be covered by blanket norms referring to the criminal laws, which means that a crime can be stipulated as a disciplinary offence. However, even then, disciplinary and criminal liabilities are not mutually dependent, but the elements of a crime serve the employer merely as a means of identifying disciplinary offence.

Finally, disciplinary offence, as grounds for dismissal, should be distinguished from the *refusal of an employer's offer to amend the employment contract*. In accordance with the freedom of contract, an employee may refuse an offer for amendment, and require implementation of the unmodified contract of employment, while an employer may withdraw his offer,

or retain it and dismiss the employee. Some authors maintain the position that the refusal to amend the contract is not a motive for dismissal, but rather the fact causing the contract to be amended (e. g. economic, organisational and technological changes). In comparative law, motive to amend the contract can be related to employee conduct, especially if the contract was terminated after his/her refusal to work in a lower position, to which he/she was assigned after violating work obligations. With exception of the aforementioned, dismissal of an employee, upon his/her refusal to agree to the amendment of the employment contract, *cannot* be qualified as the so called disciplinary dismissal. This is because the refusal of the employer's offer is legal, while the motives for referring an offer to amend elements of an employment contract are not disciplinary in nature.

Key-words: Reasons for dismissal, Disciplinary offence, Violation of labour discipline, Abuse of right to sick leave, Crime at work, Refusal of an employer's offer to amend the employment contract.

Vanja Bajović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NAČELO NE BIS IN IDEM

Apstrakt: U radu se razmatra smisao, domašaj i granice načela *ne bis in idem* sa unutrašnjeg i međunarodnog aspekta. Međunarodni domašaji ove garancije posmatraju se kroz prizmu prakse ESLJP i Evropskog suda pravde, a u cilju komparativnog tumačenja prikazana je i praksa američkih sudova kod primene zabrane dvostruke ugroženosti (*double jeopardy prohibition*). Unutrašnji domašaji načela posmatraju se kroz tumačenje prakse domaćih sudova, sa posebnim osvrtom na odnos krivičnog i prekršajnog postupka.

Ključne reči: *ne bis in idem*, krivično delo, prekršaj, činjenični identitet dela.

1. UVOD

Načelo *ne bis in idem* sprečava ponovno vođenje krivičnog postupka i kažnjavanje lica kome je već suđeno za to delo i u pogledu koga je postupak pravnosnažno okončan. Ovo načelo zajedničko je svim savremenim pravnim sistemima (u anglosaksonskom pravu je izraženo kroz zabranu dvostruke ugroženosti, tzv. *double jeopardy prohibition*) a proklamovano je i brojnim međunarodnim aktima kao što su Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (VII Protokol), Međunarodni pakt za zaštitu građanskih i političkih prava, Statut Međunarodnog krivičnog suda, statuti međunarodnih krivičnih tribunala, Konvencija o sprovođenju šengenskog sporazuma itd. Njime se sa jedne strane pojedinac „štiti“ od ponovnog pokretanja postupka za delo za koje mu je već suđeno, dok se sa druge strane štite i državni interesi da se materijalna sredstva i resursi ne troše „duplo“ istovremenim ili konsekutivnim pokretanjem različitih postupaka za isto delo.

Istorijski posmatrano, postoje dva pristupa načelu *ne bis in idem*: *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (protiv nikoga se ne smeju voditi dva krivična postupka zbog istog dela) i *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (niko ne sme biti dva puta kažnjen za isto delo). Pretpostavka za primenu prvog načela je vođenje krivičnog postupka, bez obzira da li je taj postupak završen izricanjem kazne, a pretpostavka za primenu drugog je kazna, što znači da jedino izricanje kazne sprečava ponovo kažnjavanje za isto delo.¹

* asistent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 C.J.M. Safferling /2001/: *Towards an International Criminal Procedure*, Oxford University Press, 319–339, J. A.E. Vervaele /2005/: „The transnational *ne bis in idem* principle in the EU“, *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue 2, r. 100.

2. UNUTRAŠNJE I MEĐUNARODNO VAŽENJE NAČELA *NE BIS IN IDEM*

Načelo *ne bis in idem* je pretežno načelo unutrašnjeg karaktera, što znači da je ograničeno na pravnosnažne odluke donete u okviru jedne države. Iako je u većini evropskih država ovo načelo ograničeno samo na unutrašnji poredak, činjenici da je tom licu za to krivično delo već suđeno pred sudom druge države daje se određen značaj, najčešće tako što se krivično gonjenje dodatno uslovljava odgovarajućim odobrenjem nadležnog organa.

EKLJP u skladu sa tim predviđa da se „nikome ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravnosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom *te države*.“ I ESLJP se u dosadašnjoj praksi bavio samo nacionalnim domašajima ovog načela.²

Dok se u većini evropskih federalnih država (Nemačka, Belgija i sl.) presuda doneta u okviru druge federalne jedinice smatra unutrašnjom presudom u smislu zabrane ponovnog suđenja u drugoj federalnoj jedinici, u SAD-u se zabrana dvostruke ugroženosti (*double jeopardy prohibition*) tumači nešto drugačije, pa je moguće vođenje više paralelnih postupaka za isto delo ako su njime povređeni zakoni više država članica. Primera radi, ako je lice kidnapovano u Alabami a ubijeno u Džordžiji, protiv učinioca može biti vođen postupak i izrečena sankcija u obe države,³ što se obrazlaže time da su „države i njihove vlade odvojene političke zajednice koje crpe ovlašćenja iz različitih izvora i iz sopstvenih zakona. U skladu sa svojim suverenim ovlašćenjima svaka država samostalno propisuje koja se ponašanja na njenoj teritoriji smatraju kažnjivim i kažnjava za takva dela“;⁴ „Negirati državni pravo da primeni svoje krivične zakone jer je druga država bila brža, predstavljalo bi šokantno i neopravdano oduzimanje njenog istorijskog prava i dužnosti da održava red i mir u okviru svojih granica.“⁵

Isto tako, moguće je vođenje postupka za isto delo kako pred sudom države članice tako i pred federalnim sudom, ako je lice svojim ponašanjem povredilo oba zakona, primera radi ako bi opljačkalo federalnu banku u Nju Džerziju.⁶ Uprkos

2 Slična je situacija i sa Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima. Komitet za ljudska prava je zaključio da se član 14(7) Pakta ne odnosi na strane pravosnažne presude. *UN Human Rights Committee*, 2. November 1987.

3 U postupku *Heath v. Alabama*, 474 U.S.82 (1985) Vrhovni sud SAD-a potvrdio je presudu suda u Alabami kojom je licu koje je u jednoj državi osuđeno na kaznu doživotnog zatvora, u postupku za isto delo u drugoj državi izrečena smrtna kazna. Okrivljeni je naime angažovao dva lica da ubiju njegovu suprugu koja je bila u devetom mesecu trudnoće. Žrtva je kidnapovana u Alabami a ubijena u Džordžiji. Okrivljeni je pred sudom u Džordžiji priznao krivicu i osuđen je na kaznu doživotnog zatvora, ali je kasnije protiv njega pokrenut postupak u Alabami i izrečena mu je smrtna kazna. Navedeno prema: S.A. Saltzburg, D.J. Capra /2004/: *American Criminal Procedure*, Seventh Edition, Thomson West Edition, US, 1571–1572.

4 *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978). Navedeno prema: S.A. Saltzburg, D.J. Capra /2004/: 1569.

5 *Heath v. Alabama*, 474 U.S.82 (1985).

6 Poznat i često citiran slučaj „dvostrukog suđenja“ jeste postupak protiv dvojice policajaca koji su u Los Anđelesu ubila 22-godišnjaka afro-američkog porekla a koje je porota sačinjena od 12

ovoj mogućnosti, u praksi su višestruki postupci za isto delo retki. Politika je federalnog tužilaštva da ne pokreće postupke protiv lica protiv kojih se vodi postupak na državnom nivou, osim ako to ne nalažu „suštinski federalni interesi.“⁷

Interesantno je da Konvencija o sprovođenju šengenskog sporazuma (*Convention Implementing the Schengen Agreement*)⁸ pojedincu pruža jaču „zaštitu“ od ponovnog suđenja u drugoj državi potpisnici, nego što je to slučaj u okviru federalnih jedinica SAD-a. Ovom Konvencijom je regulisan transnacionalni *ne bis in idem* princip i njegova primena među stranama ugovornicama. Prema članu 54 Konvencije: „Lice protiv koga je postupak pravnosnažno okončan u jednoj strani ugovornici ne može biti krivično gonjeno u drugoj strani ugovornici za iste radnje pod uslovom da mu je kazna izrečena, da je izvršena, upravo se izvršava ili se više ne može izvršiti po zakonima države ugovornice koja ju je izrekla.“ Dok se u SAD-u protiv lica koje se bavilo preprodajom opojnih droga u više američkih država postupak može pokrenuti u svakoj od tih država kao i na federalnom nivou, Evropski sud pravde je, tumačeći član 54 Konvencije istakao da se primera radi, protiv lica koji je u Holandiji osuđeno zbog uvoza i prodaje opojnih droga, kasnije u Belgiji ne može voditi postupak za isto delo.⁹

Kako naša država nije potpisnica Šengenske konvencije, ove odredbe je ne obavezuju. Dominacija teritorijalnog principa izražena je i kroz pravilo da se u Srbiji može voditi krivični postupak za delo učinjeno na našoj teritoriji, čak iako je u inostranstvu pokrenut ili dovršen krivični postupak protiv tog lica za to delo, uz odobrenje Republičkog javnog tužioca (član 6 st. 4 KZ RS). Ako je krivično delo učinjeno u inostranstvu, krivično gonjenje se neće preduzeti ako je učinilac u potpunosti izdržao kaznu na koju je osuđen u stranoj državi ili je pravnosnažnom presudom oslobođen, kazna mu je zastarela ili oprostena (član 10 KZ RS). Sa druge strane, kazna koju je učinilac izdržao po presudi inostranog ili međunarodnog krivičnog suda uračunaće se u kaznu koju izrekne domaći sud za isto krivično delo (čl. 11 KZ RS), što faktički omogućava ponovno pokretanje postupka za to isto krivično delo. Shodno tome, gonjenje se može preduzeti ako je protiv tog lica u stranoj državi vođen krivični postupak i doneta pravnosnažna presuda, ali to lice nije u potpunosti izdržalo kaznu na koju je osuđeno. Pritvor i svako drugo lišenje slobode (samim tim

belaca oslobodila odgovornosti. Postupak je kasnije pokrenut i na federalnom nivou, gde im je izrečena kazna zatvora ispod zakonskog minimuma, pod obrazloženjem da im je „dva puta suđeno za isto delo“, odnosno da su dva puta „*placed in jeopardy*“. O tome: S.A. Saltzburg, D.J. Capra /2004/: 1570.

- 7 Smatra se da određena krivična dela maltene uvek povlače takve interese pa su poslednjih decenija česti paralelni ili konsekutivni postupci na državnom i federalnom nivou za krivična dela zloupotreba opojnih droga. O tome: S. Guerra /1995/: „The Myth of Dual Sovereignty: Multi-jurisdictional Drug Law Enforcement and Double Jeopardy“, *Cardozo Law Review* No. 73, pp. 1159.
- 8 Konvencija je zaključena 14.06.1985 između Holandije, Nemačke, Francuske, Belgije i Luksemburga. Tekst Konvencije dostupan na: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=C.ELEX:42000A0922\(02\):en:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=C.ELEX:42000A0922(02):en:HTML)
- 9 *Leopold Henri Van Esbroeck*, Judgement of the Court, 9 March 2006, C-436/04. Isto je odlučeno i u predmetima *Gasparini and others*, Judgment 28 September 2006., C-467/04, *Kretzinger*, Judgement of the Court, 18 July 2007, C-288/05 i *Norma Kraaijenbrink*, Judgement of the Court, 18 July 2007, C-367/05.

i kazna koju je učinilac izdržao po presudi inostranog suda) uračunaće se u kaznu zatvora koju izrekne domaći sud za isto delo (član 11 KZ-a).

I praksa stoji na stanovištu da osuđujuća presuda inostranog suda ne sprečava ponovno pokretanje postupka za isto delo, pred domaćim sudom. Tako je protiv naših državljanina pokrenut postupak pred Višim sudom u Beogradu zbog krivičnog dela ratnog zločina, uprkos činjenici da su okrivljeni u Hrvatskoj već osuđeni za to delo kaznama od 7 i 8 godina zatvora, pod obrazloženjem da „u slučaju kada po presudi suda strane države, za delo učinjeno u inostranstvu, okrivljeni koji je državljanin Republike Srbije, kaznu nije izdržao, niti je pravosnažnom presudom oslobođen, niti je kazna zastarela, ima mesta suđenju okrivljenom pred domaćim sudom za isto delo, a da takvo postupanje ne predstavlja kršenje pravila *ne bis in idem*.“¹⁰

Izuzetak je predviđen u slučaju presuda Međunarodnog krivičnog suda i međunarodnih krivičnih tribunala koje onemogućavaju ponovno vođenje postupka protiv istog lica za isto delo pred nacionalnim sudovima. Član 10 stav 1 Statuta Međunarodnog krivičnog Tribunala za bivšu Jugoslaviju propisuje da se „nikome ne može suditi pred nacionalnim sudom za dela koja prema ovom Statutu predstavljaju teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava, a za koja je već suđeno pred Međunarodnim sudom.“ I član 20 stav 2 Rimskog Statuta predviđa da se „ni jednoj osobi ne može suditi pred drugim sudom za neki zločin predviđen u članu 5 za koji je već bila osuđena ili oslobođena od ovog Suda.“

Na taj način je u međunarodnim krivičnim postupcima ovom načelu dat međunarodni karakter, ali ova zabrana važi samo u jednom smeru – postupci koji su pravosnažno okončani pred međunarodnim sudom ne mogu se ponovo pokretati pred domaćim sudovima, ali lice protiv koga je postupak vođen pred domaćim sudom nije „toliko zaštićeno“ jer mu se pod određenim uslovima može ponovo suditi za isto delo pred međunarodnim sudom. Prema članu 10 stav 2 Statuta Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju licu kome je pred nacionalnim sudom suđeno za dela koja predstavljaju teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava može se ponovo suditi pred Međunarodnim sudom ako: a) je delo za koje je suđeno kvalifikovano kao obično krivično delo; ili ako b) postupak pred nacionalnim sudom nije bio nepristrasan ili nezavistan, ili je bio usmeren na zaštitu optuženog od međunarodne krivične odgovornosti, ili je bio nepropisno vođen. Slično tome i Rimski statut predviđa da je ponovo pokretanje postupka moguće ako je postupak pred drugim sudom: a) imao za cilj da to lice zaštiti od krivične odgovornosti za zločin koji je u nadležnosti ovog suda; ili b) postupak nije vođen nepristrasno i nezavisno, uz poštovanje garancija predviđenih međunarodnim pravom, ili je vođen na način koji je bio suprotan nameri da se lice privede pravdi (član 20 stav 3 Rimskog statuta).

3. NAČELO *NE BIS IN IDEM* U UNUTRAŠNJEM PRAVU

Po Ustavu RS niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravosnažno odbijena ili je postupak pravosnažno obustavljen (čl. 34 st. 4 Ustava RS). Identična

10 Presuda Apelacionog suda u Beogradu – Odeljenja za ratne zločine Kž1 Po2 9/10 od 19. januara 2011. i presuda Višeg suda u Beogradu – Odeljenja za ratne zločine K. Po2 36/10 od 15. juna 2010. godine, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, str. 26–27

odredba sadržana je u članu 6 stav 1 ZKP/2001.¹¹ Na taj način obuhvaćena su oba aspekta zabrane, kako ponovno gonjenje (*bis vexari*) tako i ponovo kažnjavanje (*bis puniri*) za isto delo. ZKP/2011 (član 4) izostavlja drugi, punitivni aspekt ovog načela, predviđajući samo da „niko ne može da bude gonjen“ za krivično delo za koje je postupak pravosajžno okočan.¹² Ovo je donekle logično jer da bi neko bio kažnjen u krivičnom postupku, mora biti i „gonjen“, odnosno mimo krivičnog postupka ne može mu se izreći krivična sankcija, ali isto tako proizilazi da lice za to delo može biti kažnjeno u nekom drugom (prekršajnom) postupku, o čemu će u daljem izlaganju biti više reči.

Univerzalna prihvaćenost ovog načela ne znači i jednoobraznost u njegovom tumačenju i primeni – brojna pitanja u vezi primene ovog načela ostaju otvorena. Koje vrste odluka aktiviraju primenu načela, da li samo meritorne ili i formalne odluke? Da li se ovo načelo odnosi samo na zabranu vođenja krivičnog postupka ili se odnosi i na prekršajni i različite upravne postupke u kojima se kažnjavaju određene radnje? Da li se gleda identitet pravne kvalifikacije dela ili činjenični identitet? Da li se ovo načelo odnosi i na odluke inostranih sudova ili pak važi samo u nacionalnim okvirima? Da li pravosajžna odluka baš u svakom slučaju onemogućava ponovno vođenje postupka u istoj stvari, ili su u određenim izuzetnim situacijama dozvoljeni i određeni izuzeci? Različiti sistemi daju različite odgovore na navedena pitanja.

3.1. Odluke u pogledu kojih deluje načelo ne bis in idem – Određivanje pojma bis

Dok neka zakonodavstva dejstvo načela *ne bis in idem* ograničavaju samo na postupke u kojima je doneta meritorna sudska odluka (oslobađajuća ili osuđujuća presuda) u našem pravu pod dejstvo ovog načela potpada i odbijajuća presuda kao i rešenje o obustavi postupka. Prema Ustavu RS (član 34) i Zakoniku o krivičnom postupku (čl. 4 ZKP/2011) odluke u pogledu kojih važi zabrana ponovnog suđenja su osuđujuća, oslobađajuća i odbijajuća presuda, kao i rešenje o obustavi postupka.

U poređenju sa dosadašnjim rešenjem ZKP/2011 donekle sužava primenu ovog načela. Po ZKP/2001 načelo *ne bis in idem* je zabranjivalo ponovno pokretanje istrage koja je obustavljena. Eventualno nastavljanje postupka usled podnošenja novih dokaza bilo je moguće samo ako je sud odbio zahtev tužioca za sprovođenje istrage zbog nepostojanja osnovane sumnje da je osumnjičeni izvršio krivično delo, ali ne i u slučaju da je istraga već bila pokrenuta pa nakon toga obustavljena (čl. 406 st. 3 ZKP/2001). To je u neku ruku nametalo pojačanu odgovornost istražnom sudiji odnosno vanraspravnom veću da ne obustavljaju „olako“ istrage usled nedostataka dokaza, budući da bi njihovo kasnije pokretanje bilo onemogućeno. ZKP/2011 umesto o rešenju o obustavi istrage govori o naredbi o obustavi istrage koju donosi javni tužilac (čl. 308 ZKP/2011) pa se nameće pitanje da li i ova naredba onemogućava naknadno ponovo pokretanje postupka, ako se eventualno pribave novi dokazi

11 Opširnije o ovom načelu po ZKP/2001 vidi: M. Škulić /2011/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 100–103.

12 Opširnije o ovom načelu po ZKP/2011 vidi: G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski i A. Trešnjev /2012/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 66–69.

protiv okrivljenog. Na ovo pitanje može se dati samo negativan odgovor, imajući u vidu da član 4 ZKP/2011 govori samo o odlukama suda kojima se okončava krivični postupak, a naredbu o obustavi istrage donosi javni tužilac. Shodno tome, ovo načelo više ne sprečava javnog tužioca da i nakon obustavljene istrage kasnije naknadno pokrene novi postupak protiv istog lica, ako bi u međuvremenu eventualno pribavio nove dokaze.

3.2. Pojam „istog dela“ – Problem definisanja pojma idem

Kod procene da li se radi o „istom delu“, pitanje je da li težište staviti na pravnu kvalifikaciju ili na identitet činjeničnog opisa dela. Iako se u praksi ESLJP mogu naći odluke u kojima je težište stavljano na pravni identitet dela,¹³ preovlađuje stav da akcenat treba staviti na identitet činjenica.¹⁴ Odlučujuće je dakle da li je istom licu u dva različita postupka stavljeno na teret isto ili suštinski isto činjenično stanje, dok pravna kvalifikacija dela nije od značaja. Isti stav preovlađuje u našoj teoriji i praksi. U tom smislu Vasiljević kaže da identitet dela postoji „ako se radi o istom istorijskom događaju, a da je delo drugo ako je posredi novi istorijski događaj. Drugačija pravna kvalifikacija dela u tom pogledu nije od značaja jer ona, bez odgovarajuće promene u činjeničnom stanju, ne menja identit dela i ne omogućava novu krivičnu tužbu, niti se identitet menja preko činjenica koje su nastupile posle pravnosnažnosti presude.“¹⁵

Pored identiteta dela Vasiljević insistira i na identitetu lica i to ne samo u odnosu na okrivljenog,¹⁶ već i u odnosu na tužioca, pa dolazi do zaključka da javni tužilac može podići optužbu za krivično delo za koje je gonio privatni tužilac i obrnuto. Identitet obeju stranaka je neophodan u parničnom postupku, ali je u krivičnom postupku ovakvo viđenje neprihvatljivo. Ako javni tužilac odustane od krivičnog gonjenja pa sud u skladu sa tim donese odbijajuću presudu koja je postala pravnosnažna, jasno je da oštećeni kao tužilac ne može naknadno pokrenuti postupak protiv istog okrivljenog za isto delo, bez obzira što se ne radi o „identičnom tužiocu“. Zbog toga zakon i predviđa da odbijajuća presuda doneta zbog odustanka javnog tužioca od gonjenja na glavnom pretresu kome ne prisustvuje oštećeni stupa na pravnu snagu tek kada isteknu rokovi za podnošenje molbe za povraćaj u pređašnje stanje, a da rešenje o obustavi postupka zbog odustanka javnog tužioca od krivičnog gonjenja postaje pravnosnažno tek po isteku rokova za preuzimanje gonjenja

13 Vidi odluke: *Oliveira v. Switzerland*, App. No. 25711/94, judgment of 30.07.1998, *Göktan v. France*, App. No. 33402/96, Judgment of 02.07.2002.

14 U predmetu *Zlotukhin protiv Rusije*, ESLJP se definitivno odlučio za identitet činjenica kao odlučujući za procenu postojanja istog dela (*Sergey Zlotukhin v. Russia*, App. no. 1493/03, judgment of 10.02.2009.) Taj stav potvrđen je u svim kasnijim slučajevima u kojima je odlučivano o povredi ovog načela (*Rutosalainen v. Finland*, App.no. 13079/03, judgment of 16.06.2009.; *Tsonyo Tsonev v. Bulgaria*, App.no. 2376/03, judgment of 14.01.2010.). O tome i: D. Popović /2012/: *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd, 275–276.

15 T. Vasiljević /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 685–686.

16 U tom smislu, T. Vasiljević pravilno navodi da je lice isto i ako se javlja u novoj formi krivca (npr. ranije je gonjen kao saučesnik a sada kao izvršilac) ili je njegova krivica drugačije kvalifikovana (ranije ga je teretio za umišljaj, sad za nehat). T. Vasiljević /1981/: 685.

od strane oštećenog. Do problema može doći ako sud u postupku pokrenutom po zahtevu javnog tužioca utvrdi da se ne radi o delu koje se goni po službenoj dužnosti već po privatnoj tužbi (primera radi na glavnom pretresu ustanovi da se ne radi o teškoj već o lakoj telesnoj povredi, ili da se ne radi o običnoj već o sitnoj krađi). U praksi se takva situacija rešava donošenjem rešenja o odbacivanju optužnice (čl. 349 st. 1 tač. 2 ZKP/2001 i čl. 416 st. 1 tač. 2 ZKP/2011– postupak vođen bez zahteva ovlašćenog tužioca) u pogledu koga ne dejstvuje zabrana *ne bis in idem*.

Praksa takođe insistira na identitetu činjeničnog osnova dela a ne njegove pravne kvalifikacije. Tako se primera radi navodi da je „prilikom ocene da li se radi o presuđenoj stvari sud vezan krivičnopravnim događajem, a ne krivičnim delom koje se okrivljenom stavlja na teret;“¹⁷ da je „osnovni uslov za donošenje presude kojom se optužba odbija da postoji identitet radnje izvršenja krivičnog dela između ranije presude i presude koja je predmet razmatranja;“¹⁸ da „prilikom procene da li postoji identitet činjeničnog osnova presude kao jedan od uslova za primenu instituta presuđene stvari nije merodavna pravna kvalifikacija činjenica nego njihova faktička istovetnost.“¹⁹ Shodno tome, nakon pravnosnažnog okončanja postupka tužilac ne može ponovo pokrenuti postupak za „iste činjenice“ a drugačije kvalifikovati delo.

U vezi sa tim postavlja se pitanje šta čini „činjenični osnov dela“, da li je reč o činjenicama navedenim u optužnom aktu u pogledu kojih je vođen postupak, ili pak činjenica koje su navedene u izreci presude? U tom smislu je ilustrativan sledeći primer:

Kod okrivljenog je 04.02.2004 pronađeno 0,50 grama opojne droge. Tom prilikom okrivljeni je priznao da je kupio drogu u količini od 10 grama, dakle više od onoga što mu je optužnicom stavljeno na teret, ali je osuđen samo za posedovanje 0,50 grama koji su pronađeni kritičnom prilikom i navedeni u optužnici. Tužilac je dakle, zanemario priznanje okrivljenog u pogledu količine kupljene opojne droge, ne istraživši osnovanost njegovog priznanja, a sud ga je, u skladu sa tužiocem optužnicom oglasio krivim samo za posedovanje 0.50 grama. Nekoliko dana kasnije od okrivljenog je oduzeto 3,84 grama od te iste količine, što mu je stavljeno na teret u drugom krivičnom postupku u kome je sud doneo odbijajuću presudu jer se radilo o „presuđenoj stvari“. Međutim, VSS je ukinuo odbijajuću presudu i vratio predmet na ponovno suđenje pod obrazloženjem da se identitet radnje ceni u odnosu na činjenični opis krivičnog dela iz izreke presude. Naveo je da se „radnja ovog krivičnog dela sastoji u držanju droge, a da je pravno nebitna činjenica kako je i u kojoj količini okrivljeni nabavio drogu. Prema tome, sledi da je za donošenje pravilne i zakonite odluke od odlučnog značaja sadržina ranije donete presude, a ne priznanje okrivljenog u pogledu količine i načina nabavljanja droge.“²⁰

17 Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Kž. Broj 2130/2002 od 31.10.2002. godine. U konkretnom slučaju odbačen je zahtev za sprovođenje istrage oštećenog kao tužioca zbog krivičnog dela krađe iz člana 165 stav 1 KZ RS, pod obrazloženjem da je protiv istog okrivljenog već vođen i pravnosnažno okončan krivični postupak kojim je odbijen kao neosnovan zahtev za sprovođenje istrage za krivično delo pronevere iz člana 251 KZ RS, a koji je zasnovan na istom krivično pravnom događaju. Vidi: *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije*, br. 2/2003., str. 13.

18 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž. Br. 2092/04 od 01.03.2005. godine

19 Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. 847/2006 od 15.05.2006. godine

20 Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Kž. Br. 2092/04 od 01.03.2005. godine

Na taj način donete su dve presude za „isti istorijski događaj“ i to na štetu okrivljenog, budući da je okrivljeni ponovo bio „ugrožen“ pokretanjem novog postupka za naknadno pronađenu količinu opojne droge nabavljene istom prilikom.

Navedena odluka Vrhovnog suda po kojoj se identitet dela ceni u odnosu na činjenični opis iz izreke presude suprotna je praksi Evropskog suda pravde,²¹ koji se bavio pitanjem izvoza i prodaje narkotika u više država, tačnije mogućnošću vođenja postupaka u više država za isto krivično delo. Primera radi, u predmetu *Van Esbroeck*, postavilo se pitanje mogućnosti suđenja belgijskom državljaninu u Belgiji za krivično delo distribucije opojnih droga u Holandiju, koji je u Holandiji za ovo krivično delo već osuđen i izdržao je zatvorsku kaznu. Teorija primenjena od strane Vrhovnog suda Srbije po kojoj se identitet dela procenjuje na osnovu činjeničnog opisa iz izreke presude, u konkretnom slučaju ne bi sprečavala ponovo vođenje postupka imajući u vidu da se izreka presude donete od strane suda u Holandiji (uvoz i preprodaja narkotika) mora razlikovati od dela koje mu se stavlja na teret u Belgiji (izvoz narkotika). Međutim, Evropski sud pravde zauzeo je suprotan stav nalazeći da se krivična dela koja se sastoje od izvoza i uvoza iste opojne droge u različitim državama u načelu smatraju „istim delima“.²² Štaviše, količina droge koja je predmet postupka u dve države ugovornice ili lica okrivljena kao saučesnici ili saizvršiooci u delu ne moraju biti identični da bi postojao identitet činjenica.²³ Po mišljenju ovog suda, identitet činjenica zapravo znači „identitet materijalnih radnji, shvaćenih u smislu postojanja skupa konkretnih okolnosti (činjenica) koje su međusobno *neraskidivo povezane*. Te činjenice moraju biti povezane s obzirom na vreme, mesto i sadržaj... Dakle, izvoz droge iz jedne strane ugovornice i njen uvoz u drugu stranu ugovornicu u načelu predstavljaju iste radnje.“²⁴

Kriterijum „*neraskidive povezanosti*“ činjenica primenjen u praksi ovog suda, omogućava da se domet pravila *ne bis in idem* proširi i na one slučajeve u kojima ne postoji potpuni identitet činjenica, ali pod uslovom da različite činjenice u različitim postupcima čine prostorno, vremensko i sadržajno „neraskidivo jedinstvo“. U navedenom slučaju pred Vrhovnim sudom Srbije, primena ovog kriterijuma bi sprečavala ponovno vođenje postupka za naknadno pronađenu količinu opojne droge, imajući u vidu da je reč o drogi koja je nabavljena istovremeno kad i droga za koju je okrivljeni pravnosnažno osuđen, što znači da su činjenice u ova dva postupka prostorno, vremenski i sadržajno neraskidivo povezane.

Kriterijum neraskidive povezanosti dakle podrazumeva da *idem*, odnosno identitet dela postoji ako činjenice u pogledu kojih se protiv okrivljenog vodi postupak predstavljaju neraskidivo jedinstvo sa činjenicama u pogledu kojih je postupak pravnosnažno okončan. Primena ovog kriterijuma omogućava i adekvatnije rešavanje problema delovanja načela *ne bis in idem* u različitim postupcima koji se vode

21 Reč je o najvišoj sudskoj instanci u okviru Evropske Unije, nadležnoj za tumačenje propisa i usklađivanje prakse država članica. Iako njegove odluke nemaju obavezujuće dejstvo u odnosu na Srbiju, težnja ka evropskim integracijama i harmonizacijom propisa nalaže da se one uzmu u razmatranje.

22 *Leopold Henri Van Esbroeck*, Judgement of the Court, 9 March 2006, C-436/04.

23 *Van Straaten and others*, Judgment 28 September 2006., C-150/05.

24 *Leopold Henri Van Esbroeck*, Judgement of the Court, 9 March 2006, C-436/04.

po istoj stvari, pre svega prekršajnom i krivičnom, a što može predstavljati veliki problem u praksi.

4. NAČELO NE BIS IN IDEM U KRIVIČNOM I PREKRŠAJNOM POSTUPKU

Pored krivičnih, u našem pravu postoje i druge vrste kažnjivih dela kao što su privredni prestupi i prekršaji.²⁵ Imajući u vidu da se obeležja ovih delikata često preklapaju, a da je u praksi maltene uobičajeno da policija istovremeno, zbog istog dela, podnese krivičnu prijavu javnom tužiocu i zahtev za pokretanje prekršajnog postupka prekršajnom sudu, nameće se pitanje predstavlja li takvo postupanje i vođenje različitih postupaka za isto delo, kršenje zabrane *ne bis in idem*?

Po Ustavu Republike Srbije tako nešto ne bi bilo moguće jer izričito propisana zabrana ponovnog suđenja i za „neko drugo kažnjivo delo.“ Po članu 34 st. 1 Ustava:

„Niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo.“

Zakonik o krivičnom postupku ograničava ovu zabranu samo na sukcesivno vođenje krivičnog postupka predviđajući da:

„Niko ne može biti gonjen za *krivično delo* za koje je odlukom suda pravnosnažno oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili je postupak pravnosnažno obustavljen.“ (čl. 4 st. 1 ZKP/2011).

Prema članu 63 st. 3 KZ-a:

„Zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao odnosno platio za prekršaj ili privredni prestup, kao i kazna ili disciplinska mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline uračunava se u kaznu izrečenu za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline.“

Prema članu 8 Zakona o prekršajima:²⁶

„Nikome se ne može ponovo suditi niti mu može ponovo biti izrečena prekršajna sankcija za prekršaj o kome je pravnosnažno odlučeno u skladu sa zakonom.“

Zabrana iz stava 1. ovog člana ne sprečava ponavljanje prekršajnog postupka u skladu sa ovim zakonom.

25 Privredni prestupi su specifična kategorija delikata koju poznaje samo naše zakonodavstvo, a od krivičnih dela se razlikuju pre svega po tome što se kao njihov učinilac javlja pravno lice (kao i odgovorno lice u pravnom licu). O privrednim prestupima i prekršajima i njihovom odnosu prema krivičnim delima opširnije: Z. Stojanović /2005/: *Krivično pravo-opšti deo*, 11. izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 27.

26 Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013.

Protiv učinioca prekršaja koji je u krivičnom postupku pravnosnažno oglašen krivim za krivično delo koje obuhvata i obeležja prekršaja ne može se za taj prekršaj pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti i dovršiti.

Protiv učinioca prekršaja koji je u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oglašen odgovornim za privredni prestup koji obuhvata i obeležja prekršaja ne može se za taj prekršaj pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti i dovršiti.“

Pored toga ZOP nalaže da se u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka navede da li je protiv okrivljenog povodom istog događaja pokrenut krivični postupak ili postupak za privredni prestup (čl. 181 st. 1 i 8), te da će prekršajni sud u tom slučaju spise predmeta dostaviti nadležnom sudu na dalje postupanje i o tome obavestiti podnosioca zahteva (čl. 183 st. 2 i 3). Ako je okrivljeni u krivičnom postupku, odnosno u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oslobođen ili oglašen krivim za istovetan događaj koje obuhvata i obeležje prekršaja, prekršajni sud će doneti rešenje o obustavi prekršanog postupka (čl. 248 st. 1 tač. 4). Isto tako, jedan od razloga za ponavljanje prekršajnog postupka je činjenica da je lice koje je kažnjeno za prekršaj za istu radnju već jednom kažnjeno za prekršaj, privredni prestup ili krivično delo (čl. 280 st. 1 tač. 3).

U našem pravu su retka krivična dela protiv opšte sigurnosti, životne sredine, zdravlja ljudi bezbednosti javnog saobraćaja i t. sl., koja u svom opisu ujedno ne sadrže i obeležja prekršaja. Novi ZOP onemogućava pokretanje i vođenje prekršajnog postupka po završetku krivičnog postupka okončanog pravnosnažnom osuđujućom ili oslobađajućom presudom, ali je problematična mogućnost vođenja krivičnog postupka po okončanju prekršajnog postupka za isti događaj. U teoriji je ovo pitanje retko razmatrano, a autori koji su se njime bavili smatraju da zabrana ponovnog suđenja ne isključuje vođenje krivičnog postupka kada mu je prethodio neki drugi kazneni postupak za delikt koji potiče iz istog događaja (disciplinski, prekršajni ili postupak za privredni prestup).²⁷ U praksi se isto tako ističe da „da bi se radilo o presuđenoj stvari potrebno je da je ranija odluka koja bi služila kao povod za odbijanje optužbe bude krivična, a nikako odluka prekršajnog suda“.²⁸

Navedeno stanovište teorije i prakse suprotno je praksi Evropskog suda za ljudska prava. Ilustrativan u tom smislu je slučaj *Maresti protiv Hrvatske* u kome je Hrvatska osuđena za povredu čl. 4 Protokola 7 uz Evropsku konvenciju.²⁹ Podnosilac prestavke je u prekršajom postupku osuđen zbog drskog i nepristojnog ponašanja na javnom mestu, vređanja građana i narušavanja njihovog mira, dok je kasnije u krivičnom postupku osuđen za krivično delo teške telesne povrede do koje je došlo tom prilikom. Iako se na prvi pogled radi o različitim „činjeničnim opisima“, okrivljeni je u presudi prekršajnog suda oglašen krivim i za fizički napad na D. R., delo za koje je kasnije osuđen i u krivičnom postupku. ESLJP je stoga zaključilo da je došlo do povrede čl. 4 Protokola 7 EKLJP.

27 T. Vasiljević i M. Grubač /2005/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Deseto izdanje, Justijnian, Beograd, 38.

28 Presuda Apelacinog suda u Novom Sadu, Kž. 1 3680/10 od 21.08.2010. godine.

29 *Maresti v. Croatia*, App. no. 55759/07, Judgement of 25.06.2009.

Po članu 4 st. 1. Protokola 7:

„Nikome se ne može ponovo suditi niti se može kazniti u *krivičnom postupku* iste države, za *krivično delo* za koje je već pravnosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države.“

Iako se u Konvenciji izričito govori samo o krivičnom postupku i krivičnom delu, treba imati na umu da se pojam krivičnog dela u praksi ESLJP ne ograničava samo na dela propisana krivičnim zakonom, već je za procenu da li se radi o takvom delu odlučujuća njegova priroda i težina kazne kojoj je lice izloženo.³⁰ Kada je reč o „prirodi dela“ Sud procenjuje da li to delo služi zaštiti vrednosti koje se štite krivičnim pravom, da li je odredba kojom je delo propisano generalnog ili specijalnog karaktera (tj. da li se odnosi na sve građane ili na određena lica sa posebnim svojstvima) i koji se ciljevi ostvaruju izrečenim sankcijama. Sama težina dela ili pak činjenica koji organi ga utvrđuju (sud ili neki drugi organ) nije od značaja. U pogledu težine kazne je odlučujući poseban maksimum koji je predviđen za to delo, dok stvarno izrečena kazna nije od značaja. Pri tom važi oboriva pretpostavka da se radi o krivičnom delu svaki put kada je za to delo moguće izreći kaznu zatvora, a ta pretpostavka se može pobijati ako se dokaže da se lišenje slobode ne može smatrati posebno štetnim s obzirom na njegovu prirodu, trajanje ili način izvršenja.³¹

Za veliki broj prekršaja u našem pravu moguće je izreći zatvorske kazne, svrha kažnjavanja za prekršaje je retributivna i preventivna,³² što znači da su ispunjeni kriterijumi ESLJP da se prekršaji po tumačenju tog suda smatraju krivičnim delima.³³ To opet nameće problem razlikovanja krivičnog dela i prekršaja u svetlu načela *ne bis in idem*. U Hrvatskoj je nakon odluke u slučaju Maresti ovaj problem

30 Navedeni kriterijumi uspostavljeni su u slučaju Engel, u kome je istaknuto da su za procenu da se radi o „optužbi za krivično delo“ odlučujuća tri alternativno postavljena kriterijuma: pravo razvrstavanje dela prema nacionalnom pravu, priroda dela i težina kazne koja se može izreći. Vidi: *Engel and others v. The Netherlands*, App. No. 5370/72, judgment of 08.06.1976. Vidi: D. Popović /2012/: 244–245.

31 Nakon odluke u predmetu Maresti, Državno tužilaštvo Republike Hrvatske donelo je privremene smernice za postupanje državnih tužilaca, policije, službenika poreske i carinske uprave, Finansijske policije i Državnog inspektorata, u cilju jasnog razgraničenja kada treba pokretati prekršajni, a kada krivični postupak. O tome opširnije: D. Novosel, M. Rašo, Z. Burić /2010/: „Razgraničenje kaznenih djela i prekršaja u svetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 17, broj 2, str. 785–812.

32 Po članu 28 stav 2 ZOP-a svrha kažnjavanja u prekršajnom postupku je izražavanje društvenog prekora učiniocu zbog izvršenog prekršaja i uticaj na njega i sva ostala lica da ubuduće ne čine prekršaje.

33 Razlikovanjem krivičnog dela i prekršaja ESLJP se bavio u slučaju *Öztürk v. The Federal Republic of Germany*, (App. No. 8544/79, Judgment of 21.02.1984) kada je istakao da klasifikacija dela po unutrašnjem zakonodavstvu nije od značaja za to razgraničenje. Istaknuto je da se „Konvencija ne suprotstavlja tome da države, vršeći svoj zadatak zaštitnika javnog interesa, stvaraju ili zadržavaju postojeću razliku između različitih kategorija kažnjivih dela u domaćem pravu, ali iz toga ne sledi da je klasifikacija dela koju države primenjuju od odlučujućeg značaja za primenu Konvencije... Ako bi države imale mogućnost da, time što će po sopstvenom nahođenju klasifikovati delo kao prekršajno umesto kao krivično, isključe primenu članova 6 i 7 Konvencije, onda bi njena primena bila podređena njihovoj suverenoj volji. Ovakva sloboda mogla bi dovesti do rezultata koji nisu u skladu sa ciljem i svrhom Konvencije.“

rešen na normativnom planu, slično američkom pravu u kome se pravi jasna razlika između prekršaja (*misdemenaors*) i krivičnih dela (*criminal offences*), kako bi se u najvećoj mogućoj meri izbegla preklapanja u obeležjima pojedinih krivičnih dela i prekršaja.³⁴

Diskutabilno je da li su naši sudovi nakon odluke ESLJP u predmetu Maresti imali u vidu stavove Evropskog suda ali primetna je promena prakse u skladu sa tim tumačenjem. Primera radi, okrivljeni je u prekršajnom postupku oslobođen krivice za prekršaj iz člana 6 stav 3 Zakona o javnom redu i miru, koji vrši lice koje „vršenjem nasilja nad drugim, ugrožava spokojstvo građana ili remeti javni red i mir.“ Nakon toga je tužilac pokrenuo krivični postupak za krivično delo iz člana 20 stav 1 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, jer je okrivljeni „narušavao red i mir tako što je za vreme fudbalske utakmice vršio nasilje nad glavnim sudijom tako što mu je zadao udarac zatvorenom šakom u predelu glave, čime je izazvao uznemirenje i ugrozio spokojstvo prisutnih građana.“ Tužilac je, pozivajući se na član 63 stav 3 KZ-a tvrdio da zabrana dvostruke ugroženosti ima u vidu samo pravnosnažne osuđujuće presude, istakao je da društvena opasnost i zaštitni objekt prekršaja i krivičnog dela nisu identični te da je shodno tome moguće voditi krivični postupak za isto delo. Sud je međutim doneo odbijajuću presudu koja je potvrđena odlukom Apelacionog suda, istakavši sledeće:

„Događaj i njegova pravna priroda su isti ako se sagledaju u celini, a kazna zatvora propisana je za oba delikta. Ne postoji znatna razlika u činjeničnim opisima, a činjenični osnov optužbe u krivičnom postupku u potpunosti je obuhvaćen presudom Prekršajnog suda... Nije od uticaja brzina i složenost prekršajnog i krivičnog postupka, već suština ovih postupaka pred dva različita suda iste države, koji rezultiraju izricanjem kazne sa ciljem budućeg sprečavanja i odvratanja od vršenja kažnjivih dela. U slučaju oslobađanja u prekršajnom postupku učinilac se više ne mora bojati daljeg krivičnog progona za istu radnju odnosno istovetne bitne i odlučne (pravno relevantne) činjenice.“³⁵

U drugoj odluci je takođe pravilno primećeno da „u smislu člana 6. Zakonika o krivičnom postupku koji reguliše procesno načelo *ne bis in idem*, odlukom suda smatra se kako odluka u krivičnim stvarima tako i odluka prekršajnog suda.“³⁶ Navedene odluke u skladu su sa tumačenjima i praksom ESLJP.

34 U hrvatskoj teoriji je diskutovano i oko toga da li bi ista odluka bila doneta da je poštovan „vremenski sled“, tačnije da je Maresti u prekršajnom postupku bio osuđen samo za one činjenice koje se odnose na prekršaj, umesto što je oglašen krivim i za fizički napad na oštećenog, i uglavnom je davan negativan odgovor. U skladu sa tim je isticano da je kod ovog razgraničenja potrebno pratiti „vremenski sled“, odnosno razlikovati remećenje javnog reda i mira u smislu vikanja i razbijanja na javnom mestu, od konkretnog krivičnog dela, isečka iz tog događaja, kada lice koje remeti javni red u jednom trenutku nožem nanosi tešku telesnu povredu nekoj osobi. Tada u optužnom predlogu za prekršaj ne treba opisivati nastalu posledicu (nanošenje povrede), kao što se u opisu krivičnog dela ne sme opisivati čitav događaj koji je već prekršajno procesuiran, već je dovoljno naznačiti „nakon prethodne svađe“ i sl. Vidi: D. Novosel et al. /2010/: 799.

35 Presuda Višeg suda u Kragujevcu K- 67/11 od 08.08.2011. godine i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž.1- 3876/11 od 20.10.2011. godine, *Bilten Višeg suda u Kragujevcu*, broj 3/2012.

36 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kžl. 4171/2011(2) od 10.1.2012. godine- *Bilten Višeg suda u Kragujevcu*, broj 3/2012.

5. ZAKLJUČAK

Zabrana „dvostruke ugroženosti“ ne štiti samo pojedinca od ponovnog kaznenog gonjenja u istoj stvari, već je i u interesu države da se materijalna sredstva i resursi ne troše „duplo“ istovremenim ili konsekutivnim pokretanjem različitih postupaka za isto delo.

Pojam „istog dela“ podrazumeva identitet činjeničnog opisa dela, nezavisno od njegove pravne kvalifikacije, a primetno je u našoj praksi da je za procenu ovog „identiteta“ merodavna izreka presude, tj. činjenice u njoj navedene. Ovakva praksa omogućava da se, primera radi, protiv lica koje je osuđeno zbog posedovanja 5 grama opojne droge, kasnije pokrene postupak zbog posedovanja naknadno otkrivene količine pribavljene istom prilikom, usled propusta tužilaštva da „u potpunosti“ ispita i dokaže slučaj, što okrivljenog stavlja u nepovoljan položaj i faktički dovodi do toga da on biva ponovo osuđen za istu radnju. Umesto toga, daleko primereniji je kriterijum „neraskidive povezanosti“ činjenica, koji se koristi u praksi Evropskog suda pravde i omogućava da se domet pravila *ne bis in idem* proširi i na one slučajeve u kojima ne postoji potpuni identitet činjenica, ali pod uslovom da različite činjenice u različitim postupcima čine prostorno, vremensko i sadržajno „neraskidivo jedinstvo“. Primena ovog kriterijuma adekvatnije bi odgovorila i na problematiku paralelnih ili konsekutivnih vođenja krivičnog i prekršajnog postupka za isto delo. U našem pravu su retka krivična dela protiv opšte sigurnosti, životne sredine, zdravlja ljudi, bezbednosti javnog saobraćaja i t. sl., koja u svom opisu ujedno ne sadrže i obeležja prekršaja.

Krivični Zakonik (čl. 63 st. 2) omogućava da se protiv lica koje je kažnjeno u prekršajnom ili nekom drugom postupku kasnije vodi krivični postupak za delo koje obuhvata i obeležje prekršaja (čl. 63 st. 2). Iako je navedena odredba suprotna praksi ESLJP, kao i Ustavu RS koji se ne ograničava samo na krivična dela, već izričito zabranjuje vođenje postupka za drugo *kažnjivo* delo (čl. 34 st. 4 Ustava), donošenjem novog Zakona o prekršajima postavlja se pitanje njene praktične primenljivosti. Novi ZOP naime daje jasnu prednost vođenju krivičnog nad prekršajnim postupkom, predviđajući da se prekršajni postupak ne može voditi protiv učinioaca koji je u krivičnom postupku pravnosnažno oglašen krivim za delo koje obuhvata i obeležja prekršaja, da je podnosilac zahteva za pokretanje prekršajnog postupka dužan da u zahtevu navede da li je protiv okrivljenog povodom istog događaja pokrenut krivični postupak, te da će u tom slučaju prekršajni suda dostaviti spise predmeta nadležnom sudu na dalje postupanje. Imajući u vidu ove odredbe teško je zamisliti situaciju da lice prvo bude kažnjeno u prekršajnom, a nakon toga i u krivičnom postupku, što bi bilo moguće pozivanjem samo na odredbe KZ-a. Problem nastaje u situaciji ako je lice u krivičnom postupku oslobođeno odgovornosti, što je lako zamisliti u praksi budući da veliki broj delikata čija se obeležja preklapaju sadrži obeležja prekršaja ali ne i krivičnog dela. Primera radi, protiv okrivljenog se može pokrenuti krivični postupak zbog krivičnog dela ugrožavanja javnog saobraćaja ili učestvovanja u tuči, ali se u postupku može utvrditi da pričinjena šteta ne prelazi iznos od 200.000 dinara ili da se naneta povreda ne može smatrati teškom telesnom povredom. Krivični sud je u tom slučaju dužan da donese oslobađajuću presudu, što

ne znači da delikt nema obeležja prekršaja. Ali problem predstavlja član 248 stav 1 tačka 4 ZOP-a koji nalaže prekršajnom sudu da obustavi prekršajni postupak, ako je okrivljeni u krivičnom postupku, odnosno u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oslobođen ili oglašen krivim za istovetan događaj koje obuhvata i obeležje prekršaja. Navedena odredba je u interesu zaštite načela *ne bis in idem*, ali u suprotnosti sa osnovnim ciljevima kaznenopravne zaštite društva i pojedinaca.

Vanja Bajović,
Faculty of Law, University of Belgrade

NE BIS IN IDEM PRINCIPLE

SUMMARY

The guarantee of *ne bis in idem* (or *double jeopardy prohibition* in common law) restricts the possibility of a defendant being prosecuted repeatedly on the basis of the same offence. Despite the fact that this guarantee is proclaimed by numerous international conventions (European Convention on Human Rights, International Pact on civil and political rights, the Statutes of International Criminal Court and International Criminal Tribunals, etc.), its scope, range and effects are not clear. Regarding that, numerous issues remain open. Which types of decisions are covered by guarantee? What does the notion of *idem* mean— whether the identity of legal qualification of criminal offence, of factual identity? Whether the principle has an effect only at the national level, or has extraterritorial, international effects. Whether the final decision always prevents new criminal prosecution for the same offence or the guarantee has some exceptions?

The first part of the paper deals with an internal and extraterritorial or international effect of the *ne bis in idem* principle. In the scope of that are analyzed the practice of the European Court of Human Rights and European Court of Justice. While ECHR limits this guarantee on national frame, Convention Implementing the Schengen Agreement provides broader protection to the individuals regulating implementation of this principle among the member states of the Convention. In the scope of this part is also analyzed the practice of American courts in implementation the double jeopardy prohibition. It is interesting to notice that this prohibition prevents new prosecution only within the borders of one Federal State, but not at the federal level. The provisions of the Statutes of International Criminal Court and International Criminal Tribunals regarding the *ne bis in idem* principle are also examined.

The second part is dedicated to this principle in Serbian law. The principle is proclaimed not only by the Code of Criminal Procedure, but by the Serbian Constitution as well. However, the court practice is inconsistent regarding its implementation. The most controversial issues are interpretation of the „*idem*“; that is the question what makes the factual identity of the offence, and parallel prosecution for criminal offence and misdemeanor. Considering the first issue, the author suggests implementation of the criteria of „inextricably link of the facts“, implemented by the European Court of Justice. Regarding the second issue, the author criticizes certain provisions of the Criminal Code and Code on the Misdemeanors, and suggests some practically implemented solutions.

Key words: *ne bis in idem*, criminal offence, misdemeanor, factual identity of the offences.

POMAGANJE KAO OBLIK SAUČESNIŠTVA

Apstrakt: Pomaganje predstavlja formu saučesništva u užem smislu kojom se sa umišljajem doprinosi izvršenju krivičnog dela. Taj doprinos treba da stoji u određenoj uzročnoj vezi sa posledicom glavnog dela, iako ne mora odlučujuće uticati na njeno ostvarenje i nužno je da bude pokriven umišljajem, koji se kod pomaganja, zbog toga što treba da obuhvati i bitna obeležja krivičnog dela u kome se pomaže, opisuje kao dvostruki pomagački umišljaj. Radnja pomaganja je dosta ekstenzivno postavljena, jer osim fizičkog angažovanja kojim se pruža podrška tuđem delu, pomaganje čini i psihički uticaj na izvršioca u smeru daljeg jačanja već stvorene odluke ili se manifestuje kao davanje saveta ili uputstava kojima se izvršenje krivičnog dela omogućava ili olakšava. Osim aktivnom radnjom, pomaganje je za razliku od podstrekavanja moguće i nečinjenjem. Širok krug radnji koje svojom prirodom mogu ispuniti pomagački kvalitet stvara često poteškoće u praksi na planu razgraničenja pomaganja od saizvršilaštva i podstrekavanja. To je razgraničenje važno pošto zakonodavac za pomaganje predviđa mogućnost ublažavanja kazne. Takav krivičnopravni status pomagačke uloge je normativni izraz stvarnog intenziteta neprava i krivice lica koje, kao jedna sporedna figura bez materijalne vlasti nad delom, svoje ponašanje ograničava na preduzimanje neizvršilačke radnje kojom podupire delo drugoga. Osim toga, potvrda pomaganja kao najblažeg oblika zajedničkog učešća u ostvarenju bića kakvog delikta vidljiva je i iz zakonskog rešenja prema kome neuspelo pomaganje ne stoji pod pretnjom kazne.

Ključne reči: saučesništvo u užem smislu, saučesništvo u širem smislu, pomaganje, doprinos izvršenju krivičnog dela, limitirana (ograničena) akcesornost, umišljaj, ublažavanje kazne.

1. UVOD

Zakonski opisi krivičnih dela obuhvataju samo izvršioca. Izvršilac je lice koje preduzimanjem radnje izvršenja ostvaruje elemente bića krivičnog dela. Ako se taj pojam odredi u svom užem značenju (restriktivni pojam izvršioca), on u tom slučaju uključuje lice koje samo (ili posredstvom drugog lica ili zajedno sa njim) učestvuje u radnji opisanoj bićem krivičnog dela. Van obima tog pojma ostala bi lica koja ni delimično ne preduzimaju radnju izvršenja, ali koja svojim ponašanjem daju doprinos izvršenju krivičnog dela (na drugi način učestvuju u njegovom ostvarenju). Stoga je kažnjivost lica koje navede izvršioca na ostvarenje obeležja krivičnog dela ili mu u tome pomogne potrebno konstituisati zasebnim odredbama opšteg dela krivičnog prava. Većina savremenih, pre svega evropskih zakonodavstava,¹ u

* asistent, djokic@ius.bg.ac.rs

1 I u engleskom krivičnom pravu postoji razlika između izvršioca (*principal*) i saučesnika (*secondary party*) ali su forme saučesništva (*aiding, abetting, counselling i procuring*) neprecizne u svom sadržaju i nedovoljno izdiferencirane, tako da između tih pojmova postoji značajno preklapanje.

oblikovanju materije učinioca krivičnog dela polazi od dualističkog sistema učestvovanja u krivičnom delu, kroz razlikovanje izvršilaštva i saučesništva. Prema tom modelu izvršilaštvo se shvata kao neposredno, posredno ili zajedničko izvršenje sopstvenog krivičnog dela, dok saučesništvo predstavlja učešće neizvršilačkom radnjom u tuđem delu. Ovo razlikovanje omogućava da svaki doprinos, shodno svojoj posebnoj ne vrednosti, dobije pravno drugačiji značaj. Nasuprot ovom sistemu stoji princip tzv. jedinstvenog izvršioca (ekstenzivni pojam izvršioca) – gde se svako ko je uzročno doprineo ostvarenju zakonskog bića krivičnog dela (bez obzira na stvarni značaj doprinosa) smatra izvršiocom. Odlučujući kriterijum za postojanje izvršioca u ovom smislu je isključivo kauzalitet. Ipak, o vrsti i značaju doprinosa vodi se računa, ali tek na planu odmeravanja kazne, što za krivično pravo sa svojim dalekosežnim pravnim posledicama nije prihvatljivo, tako da model jedinstvenog izvršioca zbog svojih previše uprošćenih kriterijuma nije odgovarajući način rešavanja ovog važnog pitanja.² Na potrebu naročitog sistemskog regulisanja materije saučesništva s jedne strane ukazuje i činjenica da je stepen ne vrednosti neprava dela snažnije izražen u slučaju kada u ostvarenju krivičnog dela učestvuje više lica, dok s druge strane učesnici mogu preduzimati radnje različitog kvaliteta, zbog čega su neophodne posebne odredbe koje bi adekvatno normativno izrazile ulogu svakog učesnika, s obzirom na vrstu i intenzitet doprinosa.

U srpskom krivičnom pravu pravi se razlika između izvršioca i saučesnika. I jedan i drugi smatra se učiniocom krivičnog dela. Ipak, polazeći od zakonskih rešenja i vladajućeg shvatanja u nauci, osnovna postavka dualističkog sistema je donekle modifikovana, pošto zbog prihvatanja najužeg shvatanja u okviru restriktivnog pojma izvršioca (izvršiocom se smatra samo neposredni izvršilac), saizvršilac se smatra saučesnikom u širem smislu, „dok je posredni izvršilac institut kojem u našoj teoriji nije dato jasno mesto u sistemu opšteg dela“.³ KZ posebno ne reguliše izvršilaštvo, kao što je to slučaj u nekim stranim zakonodavstvima (§ 25 nemačkog KZ), ali zato pod naslovom – *Saučesništvo u krivičnom delu* – sadrži odredbe o saizvršilaštvu (čl. 33. KZ), podstrekavanju (čl. 34. KZ) i pomaganju (čl. 35. KZ). Rešenje iz opšteg dela KZ u principu polazi od toga da se o izvršilaštvu može govoriti samo ukoliko u ostvarenju krivičnog dela učestvuje jedno lice, a da uvek kada više lica zajedničkim delovanjem učine krivično delo postoji saučesništvo. KZ ne sadrži odredbu o posrednom izvršiocu. To je pravna figura koja podrazumeva da jedno lice (posredni izvršilac) preko drugog lica ostvaruje elemente krivičnog dela, ali se i pored zajedničkog učešća ne radi o saučesništvu, jer se lice koje preduzima radnju izvršenja smatra sredstvom u rukama drugog lica, koje ima vlast nad njegovom voljom ili znanjem.⁴ I pored toga što sam naziv upućuje na zaključak da se saizvršilaštvo

2 J. Wessels/W. Beulke /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, p. 190.

3 Z. Stojanović /2013/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, p. 258. U čl. 112. Krivičnog zakonika („Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr, 107/2005 – ispr, 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013 – u daljem tekstu KZ) kojim je određeno značenje upotrebljenih izraza stoji (st. 11.): *Učiniocom se smatraju izvršilac, saizvršilac, podstrekač i pomagač.*

4 Doduše, moguće je da se jedno lice posluži drugim za izvršenje krivičnog dela, pri čemu je taj drugi upotrebljen kao mehaničko sredstvo, ne kao ličnost, pa ni na koji način nije mogao izbeći ostvarenje bića krivičnog dela, u kom slučaju bi se prema vladajućem mišljenju radilo o neposred-

pojavljuje kao jedan vid izvršenja krivičnog dela,⁵ KZ ga svrstava u saučesništvo. Zbog tradicionalnog stava da saizvršilaštvo ne predstavlja formu izvršilaštva, već saučesništva u jednom širem smislu,⁶ podstrekavanje i pomaganje se u našoj literaturi smatraju vrstom saučesništva u užem smislu.

2. OSNOV KAŽNJAVANJA SAUČESNIŠTVA

U teoriji se na različite načine nastoji da se adekvatno legitimise kažnjavanje saučesničkih radnji, tj. na najprikladniji način utemlji pretnja kaznom koja pogađa lica koja svojim ponašanjem na neki način učestvuju u ostvarenju krivičnog dela, ali ne preduzimaju radnju koja je sadržana u zakonskom opisu krivičnog dela.

S obzirom na to da prema vladajućem učenju podstrekavanje i pomaganje ne predstavljaju samostalno krivično delo,⁷ već formu učešća u tuđem delu, obe vr-

nom izvršilaštvu primenom neodoljive sile. Vid. I. Vuković /2013/: „O situacijama posrednog izvršilaštva u srpskom krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 1, Beograd, p. 105.

- 5 U prilog tome govori i činjenica da saizvršilac mora ispuniti svojstvo koje se kod pojedinih krivičnih dela zahteva za izvršioca, što nije neophodno kada je reč o podstrekaču ili pomagaču (čl. 36. st. 4 KZ). U nemačkoj dogmatici je ubičajeno, uz oslonac na zakonsko rešenje, da se saizvršilaštvo smatra formom izvršilaštva.
- 6 Na taj stav se može naići u Objašnjenjima uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ: „U Nacrtu ne postoji posebna odredba o saizvršioštvu kao vrsti saučesništva u širem smislu. Glavni razlog zbog kojeg nije unesena ovakva odredba sastoji se u tome, što je pojam saizvršioštva dovoljno jasan i što postavljanje uopštenog pravila o tome kad postoji saizvršioštvo u praksi može da izazove različita tumačenja“. *Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Beograd 1951, p. 100. Saizvršilaštvo je zakonski regulisano tek 1977. god. Govoreći o specifičnom položaju saizvršioca Atanacković primećuje da bi se zbog direktnog učestvovanja u samom izvršenju krivičnog dela moglo reći da saizvršioци nisu saučesnici, već izvršioци. Ovaj autor ipak zaključuje da je saizvršilac jedan ambivalentni učesnik u krivičnom delu. „On je, s jedne strane, izvršilac dela, i kao takav ‘deli’ krivično-pravnu sudbinu svakog drugog izvršioca, dok je, s druge strane, i saučesnik, i kao takav ‘deli’ krivično-pravnu sudbinu ostalih učesnika u krivičnom delu. To sve ukazuje na njegov specifični položaj u krivičnom pravu i posebna pravila koja važe za njegovu krivičnu odgovornost. U tome leži razlog što se on smatra saučesnikom u širem smislu, dakle saučesnikom koji u isto vreme i jeste saučesnik i nije saučesnik u punom smislu reči“. D. Atanacković /1995/: „Saučesništvo u krivičnom delu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 1-2, Beograd, p. 9. U jugoslovenskoj literaturi Bačić je zastupao stav da je saizvršilaštvo forma izvršilaštva a ne saučesništva, pošto između tih figura postoji strukturalna i kvalitativna razlika. Svrstavanje saizvršilaštva pod saučesništvo od strane zakonodavca Bačić smatra pravno-tehničkim rešenjem koje nema dogmatsko značenje. „Iz ovog naziva (saučesništvo u krivičnom delu, I. Đ.) ne bi trebalo zaključiti da je u pitanju jedna jedinstvena forma učestvovanja u krivičnom delu, jer se u stvari radi o dve kvalitativno i strukturalno različite forme, jedna spada u izvršilaštvo, druga je saučesništvo. Zakonodavno-tehnički je ipak opravdano povezivanje ove dve forme s obzirom na neka zajednička pravila o odgovornosti više učesnika u izvršenju istog dela, kao i s obzirom na činjenicu da se svuda radi o fenomenu ostvarivanja krivičnog dela od strane više lica“. F. Bačić /1978/: *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd, p. 125 i F. Bačić /1982/: „O saizvršilaštvu“, *Naša zakonitost*, № 1, Zagreb, p. 6.
- 7 Zakonodavac ponekad podstrekavanje i pomaganje predviđa kao samostalno krivično delo (vid. npr. čl. 119. i 120. KZ). Moguće je da izvršenje jednog krivičnog dela istovremeno ispuni pretpostavke za pomaganje u tuđem delu. T. Fischer /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, p. 251. Ko primera radi nabavi drugom oružje za koje zna da je namenjeno za izvršenje krivičnog dela odgovaraće za krivično delo iz čl. 347. KZ ukoliko mu nisu poznata sva bitna obeležja krivičnog dela koje će to drugo lice izvršiti. Ako je lice koje svojim ponašanjem ostvaruje

ste saučesništva sadržaj neprava izvode iz neprava glavnog dela. To ipak ne znači da podstrekavanje i pomaganje ne otelotvoravaju sopstvenu nevrednost.⁸ Osnov kažnjavanja saučesništva prema preovlađujućem učenju (*Unrechtsteilnahmetheorie*) treba dakle videti u doprinosu nepravu koje ostvaruje drugo lice – izvršilac krivičnog dela, usled čega glavno delo postaje takođe i delo saučesnika. Utoliko je predmet neprava saučesništva od izvršioca izveden napad na zaštitni objekt.⁹ Ovo shvatanje polazi od nesamostalne prirode kao i same suštine saučesništva. Saučesnik ne ostvaruje nepravo sadržano u biću krivičnog dela (njegova radnja nije opisana bićem, nalazi se izvan bića krivičnog dela) ali svojom radnjom doprinosi sadržaju neprava glavnog učinioca, koji je nosilac radnje izvršenja. Društvena opasnost saučesničke radnje proizlazi iz ostvarenog dela kome se on svesno i voljno pridružio, kao i iz kriminalne energije koju je angažovao u svojoj saučesničkoj delatnosti.¹⁰ Jedno drugačije shvatanje (*Verursachungstheorie*), koje se naslanja na ekstenzivno shvatanje pojma izvršilaštva, polazi od toga da nepravo saučesništva leži u prouzrokovanju posledice od strane saučesnika. Nepravo saučesništva interpretira se isključivo kroz vezu sa posledicom glavnog dela. Saučesniku se stoga ne uračunava nepravo koje je ostvario izvršilac, već (posredno) prouzrokovanje posledice saučesničkom radnjom.¹¹ Nedostatak ovog gledišta je objektivna nemogućnost razlikovanja izvršioca od saučesnika,¹² kao i okolnost da se na delo izvršioca gleda kao na ponašanje koje efikasno prenosi doprinos saučesnika.¹³ Još je manje prihvatljivo shvatanje koje suštinu neprava saučesništva prepoznaje u njegovoj povezanosti sa izvršiocom krivičnog dela. Polazište ove teorije (*Schuld- bzw. Unrechtsverstrickungstheorie*) predstavlja okolnost da saučesnik svojim ponašanjem upliće izvršioca u nepravo i krivicu. Saučesnik „korumpira“ izvršioca.¹⁴ Prihvatanje ovog stava značilo bi da se težište odgovornosti za izvršenje krivičnog dela nalazi na strani saučesnika, pa se sa njega prenosi na izvršioca, što nije u skladu sa principom lične odgovornosti i akcesornom prirodom saučesništva.¹⁵

3. POJAM POMAGANJA I RADNJA POMAGANJA

Pomaganje je oblik saučesništva u užem smislu kod kojeg se sa umišljajem doprinosi izvršenju krivičnog dela.¹⁶ To je svaka delatnost kojom se stvaraju ili održavaju povoljni uslovi za ostvarenje bića krivičnog dela od strane izvršioca.¹⁷ Podrška

obeležja dela iz čl. 347. KZ umišljajem obuhvatilo konkretna obeležja kasnije izvršenog krivičnog dela postojace odgovornost samo za pomaganje u tom delu, tj. sticaj je prividan. Vid. Z. Stojanović /2012/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 915.

8 J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, pp. 207-208.

9 U. Kindhäuser /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, p. 322; C. Roxin /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, pp. 130-131.

10 F. Bačić /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, p. 361.

11 U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 322.

12 F. Bačić /1986/: *op. cit.*, p. 362.

13 U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 322.

14 U. Kindhäuser: *ibid.*, p. 322.

15 F. Bačić /1986/: *op. cit.*, pp. 361-362.

16 Z. Stojanović /2013/: *op. cit.*, p. 277.

17 D. Atanacković: *op. cit.*, p. 45.

i podupiranje tuđeg dela, kao centralna karakteristika pomaganja, podrazumeva da pomagač ne učestvuje u radnji izvršenja, već da nekom drugom radnjom omogućava ili olakšava izvršenje krivičnog dela. Pomagač nije nosilac vlasti nad delom i svojom ulogom ne utiče bitno na tok dešavanja, već predstavlja jednu sporednu figuru koja drugom licu svojim doprinosom samo olakšava izvođenje radnje izvršenja. Taj doprinos, u zavisnosti od načina na koji se ostvaruje potpora delu, može biti realizovan nekom fizičkom radnjom ili kroz psihički kontakt sa izvršiocom.¹⁸ U tom smislu uobičajeno se u literaturi govori o dve vrste pomaganja: fizičkom (materijalnom) i psihičkom (intelektualnom) pomaganju. Fizičko pomaganje se sastoji u materijalnom podupiranju izvršenja krivičnog dela, dok se psihičko pomaganje sastoji u nematerijalnom (intelektualnom) podupiranju izvršenja krivičnog dela.¹⁹ Reč je o radnjama koje su takve prirode da bi u slučaju kada ih preduzima izvršilac uglavnom predstavljale nekažnjive pripreme radnje. Doprinos izvršenju krivičnog dela po pravilu se ostvaruje aktivnom radnjom, ali je u nauci nesporno da je pomaganje moguće i nečinjenjem, kada lice u ulozi garanta uprkos mogućnosti da se umeša u postojeći kauzalni tok propušta da spreči nastupanje posledice, ili da izvršenje krivičnog dela barem oteža. Na primer, ako ne čuva objekat koji je bio dužan da čuva čime omogućiti izvršenje krivičnog dela krađe stvari iz tog objekta.²⁰ U tom slučaju ipak treba paziti da takvo nečinjenje ne preraste u (sa)izvršilaštvo. Takođe, pomaganje je moguće i kod omisivnih delikata, kada pomoć može biti pružena na bilo koji način.²¹

Zakonodavac je, za razliku od podstrekavanja čiji pojam u KZ nije određen, naveo neke tipične radnje pomaganja, ali ne ograničavajući pomaganje samo na te slučajeve. Tako se prema čl. 35. st. 2. KZ pomaganjem u izvršenju krivičnog dela smatra naročito: davanje saveta ili uputstava kako da se izvrši krivično delo, stavljanje učiniocu na raspolaganje sredstava za izvršenje krivičnog dela, stvaranje uslova ili otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog dela, kao i unapred obećano prikriivanje krivičnog dela, učinioca, sredstava kojima je krivično delo izvršeno, tragova krivičnog dela ili predmeta pribavljenih krivičnim delom. Od navedenih tipičnih pomagačkih radnji stavljanje učiniocu na raspolaganje sredstava za izvršenje krivičnog dela,²² kao i stvaranje uslova ili otklanjanje prepreka za izvršenje krivičnog dela predstavljaju oblik fizičkog pomaganja, dok u psihičko pomaganje spada davanje saveta ili uputstava kako da se izvrši krivično delo, kao i unapred obećano prikriivanje krivičnog dela, učinioca, sredstava kojima je krivično delo izvršeno, tragova krivičnog dela ili predmeta pribavljenih krivičnim delom.²³ Ovo razlikovanje ipak nije

18 J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, p. 740.

19 D. Atanacković: *op. cit.*, p. 46.

20 Z. Stojanović /2013/: *op. cit.*, p. 278.

21 U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 373.

22 Kao pomagač je odgovarao učinilac koji je pomogao izvršiocu u izvršenju krivičnog dela nedozvoljene trgovine na taj način što mu je stavio na raspolaganje svoje vozilo u čijim šupljinama je ovaj sakrio 2200 paklica stranih cigareta bez akciznih markica koje su bile namenjene prodaji. I. Simić/A. Trešnjev /2006/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Sedma knjiga*, Beograd, p. 38.

23 Psihičkim pomaganjem a ne podstrekavanjem smatra se i uticaj na učinioca koji je čvrsto rešio da ostvari obeležja nekog krivičnog dela, u smislu otklanjanja izvesnih prepreka ili dilema u pogledu izvršenja dela, ili daljeg jačanja njegove odluke ili plana izvršenja krivičnog dela. K. Kühl

od presudnog značaja i moguće je da u istom delu pomagač preduzme više radnji od kojih neke predstavljaju materijalnu a druge intelektualnu podršku izvršiočevom ponašanju. Da bi ove radnje predstavljale pomaganje kao oblik saučesništva potrebno je da su preduzete pre ili u toku izvršenja krivičnog dela, ali ne i posle ostvarenja svih njegovih zakonskih obeležja,²⁴ jer u tom slučaju izostaje bilo kakav doprinos izvršenju krivičnog dela. Kod temporalnih delikata pomaganje je moguće ne samo u toku preduzimanja radnje izvršenja već i nakon njenog dovršenja ali pre nego što je nastupila posledica.²⁵ Radnje koje se sastoje u prikrivanju dela ili učinioca a koje se preduzimaju nakon stvarnog dovršenja krivičnog dela, pod uslovom da nisu unapred obećane, ne predstavljaju saučesništvo, već jedno od dva posebna krivična dela (prikrivanje ili pomoć učiniocu posle izvršenog krivičnog dela).²⁶ I u anglosaksonskom krivičnom pravu ovaj vid „pomoći“ (*accessory after the fact*) ne predstavlja pomaganje kao oblik saučesništva, već zasniva odgovornost za zasebne delikte.²⁷ Iako to u teoriji nije nesporno treba smatrati da formalno dovršenje ne isključuje uvek mogućnost pomaganja.²⁸ Tako je moguće da izvršiocu krivičnog dela protivpravnog lišenja slobode nakon protivpravnog zatvaranja (kada je delo formalno dovršeno) neko pomogne u održavanju stvorenog protivpravnog stanja (delo je materijalno dovršeno tek prestankom tog stanja). Nastupanjem materijalnog dovršenja krivičnog dela prestaje mogućnost saučestvovanja u delu.²⁹

Problem koji je u poslednje vreme u nemačkoj literaturi i praksi dobio na značaju je pitanje u kojoj meri se kažnjivost pomaganja može prostirati na tzv. neutralne, svakodnevne radnje. Pri tome se misli na radnje koje onaj koji ih ostvaruje preduzima ne samo prema izvršiocu krivičnog dela već prema svakom drugom licu,

/2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, p. 742; U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 366; T. Fischer: *op. cit.*, p. 253.

24 D. Atanacković: *op. cit.*, p. 46.

25 Pomoć pruženu posle dovršene radnje izvršenja pojedini autori nazivaju međupomoć. Vid. N. Srzentić/A. Stajić/Lj. Lazarević /2000/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, p. 262.

26 Ove radnje mogu da prerastu i u podstrekavanje ako je reč o unapred obećanom prikrivanju koje je učvrstilo nedovoljno formiranu odluku izvršioaca (vid. N. Jovančević /2008/: *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd, p. 367) ili čak uz dodatne uslove i u saizvršilaštvo. U slučaju unapred obećanog prikrivanja nije odlučujuće da li će obećana pomoć biti stvarno izvršena. F. Bačić /1986/: *op. cit.*, p. 380. Ako nakon izvršenja dela dođe do pružanja pomoći u ovom smislu, postojaće samo pomaganje, a ne i sticaj sa odgovarajućim krivičnim delima. J. Tahović /1961/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, p. 307.

27 Ipak, do pre pola veka u Engleskoj je važno staro *common law* pravilo prema kome i u slučaju pomoći izvršiocu nakon što je dovršio krivično delo postoji saučesništvo u tom delu. A.P. Simester/J.R. Spencer/G.R. Sullivan/G.J. Virgo /2010/: *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, p. 205.

28 T. Fischer: *op. cit.*, p. 252. Dok pojedini autori pomaganjem smatraju i doprinos u fazi između formalnog (*Vollendung*) i materijalnog (*Beendigung*) dovršenja krivičnog dela (tzv. sukcesivno pomaganje), jedan rastući broj autora ovo negira, pozivanjem na načelo pravne sigurnosti i zabranu analogije. Vid. J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 222. U istom smislu i Vuković, koji saizvršilaštvo i pomaganje u intervalu do materijalnog dovršenja smatra mogućim isključivo kod onih delikata kod kojih pojam materijalnog okončanja dela proishodi iz bića dela. I. Vuković /2008/: „Materijalno dovršenje krivičnoga dela“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2, Beograd, p. 157. Slično i K. Kühl: *op. cit.*, p. 747.

29 C. Roxin: *op. cit.*, p. 220; T. Fischer: *op. cit.*, p. 252.

sledeći dozvoljenu svrhu, nezavisnu od krivičnog dela. Takve radnje posmatrane iz vizure objektivnog bića predstavljaju socijalno adekvatan način ponašanja. Ako se pođe od toga da se te radnje kreću u granicama dozvoljenog rizika došlo bi do negiranja objektivnog uračunavanja ili protivpravnosti.³⁰ Npr. tu bi spadala regularna prodaja noža izvršiocu razbojništva ili vožnja taksi vozilom izvršioca do mesta izvršenja za uobičajenu naknadu. Kao primer neutralnih radnji koje nisu poslovne prirode navodi se pozajmljivanje stvari od suseda koja će kasnije poslužiti kao sredstvo izvršenja krivičnog dela.³¹ Uobičajeno se polazi od toga da svakodnevne radnje nisu isključene iz kruga potencijalnih radnji pomaganja, ali se smatra da se razgraničenje krivičnopravno relevantnih pomagačkih radnji u ovom slučaju ne može vršiti isključivo na osnovu objektivnih merila, prema kojima pre svega redovni poslovi razmene svakodnevnog života treba da budu smatrani nekažnjivim, ukoliko nisu neposredno povezani sa deliktom.³² Težište u slučajevima uobičajenih svakodnevnih radnji leži u subjektivnoj strani dela. Tom linijom kreće se i novija sudska praksa u Nemačkoj. Ako je radnja izvršioca isključivo usmerena ka vršenju krivičnog dela i to je poznato onom ko pruža pomoć, onda se njegov doprinos ima ceniti kao radnja pomaganja. U ovom slučaju njegovo ponašanje gubi karakter svakodnevne radnje, te upućuje na „solidarisanje“ sa izvršiocom i ne može se posmatrati kao socijalno adekvatno ponašanje.³³ Ukoliko onaj koji objektivno pruža pomoć ne zna kako će izvršilac upotrebiti njegov doprinos, već samo drži da je moguće da će njegovo delanje biti upotrebljeno za izvršenje krivičnog dela, to njegovo ponašanje se redovno neće smatrati kažnjivim pomaganjem, osim kada je prepoznao do te mere visok rizik da će onaj kome pruža podršku ostvariti kažnjivo ponašanje.³⁴ Ova formula ispravno pridaje važnost subjektivnoj usmerenosti radnje, naglašavajući da neka radnja može biti spolja „neutralna“ samo ako se izolovano posmatra, ali da njen karakter zavisi od smisla koji joj pripisuje onaj koji tu radnju preduzima.³⁵ U ovoj problematici do punog izražaja dolazi široko postavljena granica pojma pomaganja, kao i poteškoća prilikom svrstavanja određenih radnji u krug kažnjivih pomagačkih radnji.³⁶

30 J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 221.

31 Vid. J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, p. 747.

32 U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 370. Učenje o socijalnoj adekvatnosti, i u svojoj pojavnosti profesionalne adekvatnosti, nije pouzdan oslonac za razlikovanje nekažnjivog od kažnjivog ponašanja. Takođe, i razmišljanje o hipotetičkom kauzalitetu, koje polazi od toga da je izvršilac pomoć bez daljeg mogao sam da nadomesti, ne može se prihvatiti kao isključivi kriterijum. J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, p. 748.

33 K. Kühl: *op. cit.*, p. 739.

34 J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, pp. 221-222; C. Roxin: *op. cit.*, p. 218; J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, pp. 748-749; U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 369.

35 Vid. C. Roxin: *op. cit.*, p. 210.

36 Tvrdi da je ovo jedno složeno pitanje na koje nije lako pronaći zadovoljavajuće rešenje Kindhäuser s pravom konstatuje da ako svaku radnju koju izvršilac koristi za ostvarenje svog plana smatrao pomaganjem, u tom slučaju vrši pomaganje i onaj koji izvršiocu proda životne namirnice ili odeću. U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 370. Ovde se na sličan način može preneti razmišljanje koje je došlo do izražaja na planu određivanja pojma podstrekavanja. Ne postoji podstrekavanje ukoliko je određenim ponašanjem samo stvorena neka provocirajuća situacija za koju se pretpostavlja da će neko lice podstaći na vršenje krivičnog dela, a bez nekog komunikativnog uticaja na izvršioca u pravcu stvaranja odluke (vid. Z. Stojanović /2013/: *op. cit.*, p. 273). Jednako, ne može se neka

No, jasno je da se samo povezivanjem objektivnih i subjektivnih elemenata nekog ponašanja može doći do prirode i karaktera tog ponašanja. Od značaja za krivično pravo su samo one pomagačke radnje koje su usmerene ka vršenju krivičnog dela. Stoga se nekakva neutralnost ponašanja može potvrditi samo u odsustvu navedenog subjektivnog odnosa.³⁷ Ali kako za krivičnopravnu kažnjivost nije dovoljna samo negativna subjektivna usmerenost ka zabranjenoj posledici, koja ničim nije spolja materijalizovana, tako se ne može ni svako ono ponašanje koje je inače društveno prihvatljivo smatrati kriminalnim samo zbog unutrašnjeg smisla koji mu daje subjekt koji ga ostvaruje. Određena ponašanja se zbog svoje društvene prihvatljivosti ne mogu smatrati radnjom krivičnog dela. Ne predstavljaju pomaganje one radnje koje izvršiocu stoje na dozvoljeni način na raspolaganju. Tako prodaja predmeta koji svako može steći nije pomaganje, koje na jedan nedozvoljeno riskantan način povećava sposobnost izvršioca za izvršenje krivičnog dela.³⁸

Jedno od važnih pitanja oko koga ne postoji potpuno jedinstvo odnosi se na to u kojoj meri pomagačka radnja mora imati uticaja na izvršenje krivičnog dela, tj. da li pomaganje treba da stoji u uzročnoj vezi sa krivičnim delom. Može li se govoriti o pomaganju ako jedno lice da određeno sredstvo u cilju izvršenja krivičnog dela drugom licu, koje to sredstvo prilikom ostvarenja bića krivičnog dela uopšte ne upotrebi? Ili izvršilac ne postupi po savetu drugog lica u pogledu toga na koji način da preduzme radnju izvršenja. Ovo je pitanje u tesnoj vezi i sa početnim opredeljenjem o osnovu kažnjivosti saučesništva i njegovoj pravnoj prirodi. Pođe li se od toga da radnja saučesništva ima sebi svojstvenu nevrednost i samostalan karakter, te da ne zavisi od glavnog dela, kažnjivost u tom slučaju ne dotiče njen uticaj na posledicu glavnog dela. Ukoliko se nevrednost pomagačke radnje derivira iz nevrednosti neprava glavnog dela ova problematika poprima složenije konture. U tom smislu učenje o akcesornoj prirodi saučesništva pretpostavlja izvršenje dela od strane glavnog učinioca, kao opšti uslov za postojanje saučesništva. Ipak, drugo je pitanje da li i u kojoj meri ponašanje pomagača predstavlja doprinos izvršenju krivičnog dela, tj. da li je kauzalno za posledicu glavnog dela. Prema jednom shvatanju (*Handlungsförderungstheorie*) ne zahteva se kauzalnost pomagačkog učinka; dovoljno je da je radnja pomaganja u bilo kom momentu bila pogodna (podobna) da doprinese izvršenju, čak iako ta radnja u svom ishodu stvarno nije uticala na samo izvršenje. Slično ovome je i razmišljanje pojedinih autora koji smatraju dovoljnim uslovom za postojanje pomaganja povećanje rizika povrede zaštićenog dobra (u smislu apstraktne opasnosti) radnjom pomagača. Usvajanje ovakvih rešenja proširilo bi zonu kažnjivosti i praktično bi dovelo do zaobilaženja pravila o nekažnjivosti pokušano pomaganja.³⁹ Vezivanje pretnje kaznom pomaganja za (sa)prouzrokovanje posledice saučesničkom radnjom, kao teorijski osnov potvrde deliktne ponašanja u tom slučaju, podrazumeva po sebi zahtev kauzaliteta. Bez stvarnog uticaja na izvršioca

radnja sama po sebi bez dodatnih uslova i uprkos doprinosu izvršenju krivičnog dela smatrati pomaganjem.

37 Fišer ispravno konstatuje da neko generalno „neutralno“ ponašanje po sebi ne postoji. T. Fischer: *op. cit.*, p. 255.

38 U. Kindhäuser: *op. cit.*, p. 372.

39 U. Kindhäuser: *ibid.*, p. 368.

i posrednog prouzrokovanja posledice ne može postojati pomaganje.⁴⁰ Na istoj liniji je i rezultat teorije o učešću u nepravu glavnog dela, koje pomaganje smatra kvantitativno slabije izraženom formom učestvovanja u krivičnom delu, ali zahteva uslov potpomaganja neprava glavnog dela. Prema vladajućem učenju (*Erfolgsförderungstheorie*) neophodan je kauzalni doprinos ostvarenju dela. Pri tome, pomaganje ne zavisi od toga da li je doprinos *condicio sine qua non* za posledicu glavnog dela,⁴¹ već je dovoljno da je ostvaren uticaj na konkretno nastupanje posledice, tako da jedna kažnjiva pomagačka radnja postoji kada je doprinos takav da olakšava, intenzivira ili osigurava ostvarenje zakonskog bića krivičnog dela.⁴² Štaviše, pomaganje postoji kada bi izvršilac i bez podrške pomagača postupio na isti način, preduzimajući sam iste radnje i izvršenje dela doveo do kraja. I doprinos koji nije neophodan i koji ne utiče presudno na izvršenje dela predstavlja pomaganje.⁴³ Kazniće se primera radi kao pomagač lica koje je do mesta izvršenja krivičnog dela donelo merdevine, iako bi izvršilac merdevine mogao doneti i sam, bez tuđe pomoći.⁴⁴ Relevantan doprinos prema gotovo jedinstvenom mišljenju u nauci ne postoji u situaciji običnog odobravanja dela, ili prostog prisustva na mestu izvršenja.⁴⁵ Saglasnost postoji i oko stava da odsustvo stvarnog fizičkog doprinosa delu ne isključuje automatski poma-

40 U. Kindhäuser: *ibid*, p. 367.

41 C. Roxin: *op. cit*, pp. 192-193; T. Fischer: *op. cit*, p. 254; A.P. Simester/J.R. Spencer/G.R. Sullivan/G.J. Virgo: *op. cit*, p. 211. Kažnjivost pomaganja ne zavisi bezuslovno od kauzalnog odnosa koji se zahteva u oblasti izvršilaštva. J. Wessels/W. Beulke: *op. cit*, p. 220. Za pojam pomaganja nije od značaja koliko je delatnost pomagača stvarno doprinela izvršenju krivičnog dela i prouzrokovanju posledice. J. Tahović: *op. cit*, p. 305.

42 U. Kindhäuser: *op. cit*, p. 367. Delimično se vladajuće shvatanje precizira na bazi učenja o povećanju rizika (*Risikoerhöhungslehre*) – pomagač svojim učinkom mora doprineti povećanju rizika koji se realizovao u ostvarenju bića krivičnog dela. U skladu sa ovom formulom, doprinosi koje je izvršilac sam mogao i hteo preduzeti, a koji ne dovode do povećanja već stvorenog rizika isključuju se kao beznačajni. U. Kindhäuser: *op. cit*, p. 368.

43 J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit*, p. 743.

44 J. Wessels/W. Beulke: *op. cit*, pp. 220-221.

45 G. Stratenwerth/L. Kühlen /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, p. 258; C. Roxin: *op. cit*, p. 200; J. Wessels/W. Beulke: *op. cit*, p. 208; T. Fischer: *op. cit*, p. 254; N. Haralambous /2010/: *Criminal Law. Directions*, Oxford, p. 353. Pojedini autori isključuju pomagački doprinos takvim formama podrške uz obrazloženje da se pomaganje, za razliku od podstrekavanja, ne sastoji u uticaju na izvršioca, već se mora odnositi na obličje dela. Ovom obrazloženju se stavlja prigovor da je jedva izvodljivo striktno podvajanje delovanja na učinioca i delo, pošto svako uticanje na izvršioca posredno dotiče i delo. Vid. U. Kindhäuser: *op. cit*, pp. 366-367. U starijoj nemačkoj sudskoj praksi neretko se i samo prisustvo na mestu izvršenja krivičnog dela uračunavalo u kažnjivo pomaganje. Primera radi u jednom slučaju se obično pasivno prisustvo za stolom u restoranu za kojim jedno lice vrši iznudu smatralo pomaganjem, dok je sud u drugom slučaju kažnjavanje prisustva na mestu izvršenja krivičnog dela pravdao pozivanjem na psihičku podršku izvršiocu, jer je tako kod njega stvoren pojačan osećaj sigurnosti. Ipak, novija praksa običnu svest o tome da jedno lice vrši krivično delo ili samo prisustvo na mestu izvršenja ne uvažava kao relevantan pomagački kvalitet. Vid. K. Kühl: *op. cit*, pp. 742-743; C. Roxin: *op. cit*, pp. 200-201. U jednoj odluci iz naše sudske prakse sud je smatrao pomagačem učinioca koji je, nakon što je izvršilac prišao pasivnom subjektu i uz primenu sile oduzeo tašnu, stao ispred pasivnog subjekta i na taj način (ne preduzimajući ništa ni prema pasivnom subjektu ni prema svedoku) objektivno omogućio izvršenje krivičnog dela razbojništva, izazivajući strah kod svedoka da pokuša da spreči izvršioca. I. Simić/A. Trešnjev /2004/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Peta knjiga*, Beograd, pp. 26-27.

ganje kao oblik saučesništva, jer uvek treba voditi računa da li su ispunjeni uslovi za psihičko pomaganje.⁴⁶

U našoj literaturi i praksi gotovo da nema spora u tom pogledu, jer se težište stavlja na presudan element u opšteprihvaćenoj definiciji pomaganja, a to je *doprinos* krivičnom delu. Prema tome, ako radnja pomaganja nije imala uticaja na izvršenje krivičnog dela – neće predstavljati pomaganje.⁴⁷ Između radnje pomaganja i izvršenja dela traži se određena uzročna veza, ali to ne mora biti odlučujući doprinos, jer bi se uz dodatne uslove tada radilo o saizvršilaštvu. Za postojanje uzročnosti kod pomaganja dovoljno je da je doprinos uticao na ostvarenje krivičnog dela u svom konkretnom obliku, odnosno pomaganje postoji i onda kada bi ostvarenje krivičnog dela bez radnje pomaganja bilo moguće, ali na drugačiji način i u drugom obliku. Dovoljno je da je pomaganje dovelo i samo do manjih modifikacija u radnji izvršenja, odnosno načinu ostvarenja krivičnog dela.⁴⁸

Shodno rečenom, ukoliko izvršilac ne iskoristi podršku pomagača, npr. od pomagača stvoreno sredstvo za provaljivanje nije upotrebljeno, nedostaje potpora delu. U tom slučaju govori se o neuspehom pomaganju, koje postoji ako pomognuti uopšte ne izvrši krivično delo ili ga izvrši nezavisno od radnje pomaganja.⁴⁹ Neuspelo pomaganje nije kažnjivo. Takvo rešenje, iako drugačije od onog koje važi za neuspelo podstrekavanje (za koje se kažnjava ako se podstrekavalo na izvršenje dela čiji je pokušaj kažnjiv) je ispravno. Pomaganje predstavlja najblažu formu učešća u ostvarenju krivičnog dela i ukoliko radnja pomagača ni na koji način nije uticala na izvršioca, nema ni pravno-dogmatskog ni kriminalno-političkog opravdanja takvo ponašanje smatrati kriminalnim. Izuzetno, kažnjivost pomaganja neće biti isključena, ako kroz pokušaj fizičkog pomaganja budu ispunjeni uslovi za psihičko pomaganje.⁵⁰

Doprinos, kao ključna odlika pomaganja, u isto vreme je i konstitutivni element u zakonskoj definiciji saizvršilaštva, pa se prirodno postavlja pitanje kako razlikovati ove dve kvalitativno drugačije forme učešća u krivičnom delu. To je pitanje i praktično veoma važno, pošto saizvršilaštvo, kao najintenzivnija forma učešća u ostvarenju krivičnog dela, nosi sobom jači stepen socijalno-etičkog prekora od pomaganja, za koje zakonodavac predviđa i mogućnost blažeg kažnjavanja. Razgraničenje ovih formi u praksi ponekad nije lako sprovodivo, jer jedno isto ponašanje, koje predstavlja tipičnu radnju pomaganja (npr. čuvanje straže), pod određenim uslovima može prerasti u saizvršilaštvo. Preciznije određen pojam saizvršilaštva u čl. 33. KZ u odnosu na ranije zakonodavstvo ipak jasno utire put načelnom kriterijumu razgraničenja. Osim u situaciji kada više lica zajedničkim učestvovanjem u radnji izvršenja sa umišljajem ili iz nehata ostvare biće krivičnog dela, saizvršilaštvo

46 J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, p. 744.

47 D. Atanacković: *op. cit.*, p. 46; vid. Ž. Topalović /1909/: *Krivično pravo po predavanjima Dr. Božidara Markovića*, Beograd, p. 488; M. Pijade (redaktor) /1948/: *Komentar Opšteg dela Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 98; M. Tomić /1986/: „Pomaganje u izvršenju krivičnog dela“, *Advokatura*, № 45-46, Beograd, p. 30.

48 Z. Stojanović /2013/: *op. cit.*, p. 277.

49 N. Srzentić/A. Stajić/Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 265.

50 Vid. G. Stratenwerth/L. Kuhlen: *op. cit.*, p. 258. Ili je reč o slučaju kada postoji neko samostalno krivično delo.

postoji i onda kada neki od učesnika ni delimično ne učestvuje u preduzimanju radnje izvršenja, već ostvarujući zajedničku odluku drugom radnjom sa umišljajem *bitno doprine* izvršenju krivičnog dela.⁵¹ Kao što je već rečeno, doprinos kod pomaganja mora biti u izvesnoj uzročnoj vezi sa glavnim delom, u smislu da je uticao na modifikaciju izvršenja dela, ali nije neophodno da taj doprinos bude odlučujući za izvršenje krivičnog dela. Naprotiv, saizvršilaštvo u svojoj drugoj pojavnoj formi (učestvovanje u neizvršilačkoj radnji) podrazumeva osetan uticaj na glavno delo, doprinos bez koga radnja izvršenja ne bi bila moguća. Kvalitativno različite uloge saizvršioca i pomagača najbolje ilustruje u stranoj literaturi vladajuće učenje o vlasti nad delom (*Tatherrschaftslehre*).⁵² Saizvršilac je centralna ličnost, ključna figura, koja poseduje funkcionalnu vlast nad delom⁵³ i koja upravlja planom i presudno može uticati na tok i završetak kriminalnog ponašanja. Pomagač je samo jedna sporedna figura, bez vlasti nad delom, koja svojim ponašanjem podržava delo glavnog učinioca.⁵⁴ Osnov razlikovanja običnog od bitnog doprinosu treba dakle tražiti na planu objektivnog značaja preduzete radnje, tj. njene funkcije u postupku ostvarenja bića krivičnog dela. Bitan je onaj doprinos koji je tako tesno povezan sa radnjom izvršenja da sa njom predstavlja jednu funkcionalnu celinu, tj. koji je od presudnog značaja za uspešno ostvarenje zajedničkog plana. Uz ostale uslove učinilac koji je bitno doprineo izvršenju krivičnog dela smatraće se saizvršiocom, dok nebitno, obično doprinošenje predstavlja pomaganje.⁵⁵

Problem razgraničenja postoji i između psihičkog pomaganja i podstrekavanja. Pošto prema vladajućem učenju u pojam podstrekavanja spada ne samo stvaranje već i učvršćivanje jedne nedovoljno formirane odluke kod izvršioca, ovaj problem postaje još teži. Ipak, načelni kriterijum je jasan. Uticaj na lice koje je čvrsto rešilo da ostvari biće nekog krivičnog dela smatraće se pomaganjem. Ako je odluka da se izvrši krivično delo uopštena i još uvek kolebljiva, dalje njeno učvršćivanje predstavljaće podstrekavanje. Međutim, uprkos široko prihvaćenom stavu da je poma-

51 Izuzetno je zamislivo i pomaganje u situaciji kada pomagač učestvuje u radnji izvršenja. Npr. kod posebnih delikata (*delicta propria*) moguće je da učinilac nema svojstvo koje se traži za izvršioca ali učestvuje zajedno sa drugim licem koje to svojstvo ima u preduzimanju radnje izvršenja. Zbog odsustva neophodnog svojstva on ne može biti saizvršilac ali nema prepreke da se njegovo učešće kvalifikuje kao pomaganje. Vid. M. Đorđević /1988/: „Saizvršilaštvo“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, № 1, Beograd, p. 36.

52 U jugoslovenskoj literaturi teoriju vlasti nad delom kao najbolji kriterijum za razgraničenje izvršilaštva od saučesništva prihvata Bačić. Prema tom kriterijumu jedna radnja koja nije radnja izvršenja može u datoj situaciji biti njoj ekvivalentna, ako znači jedan odlučujući doprinos izvršenju dela. Takav doprinos je funkcionalno povezan sa radnjom izvršenja da je dopunjuje na odlučujući način, tako da to nije obično podupiranje izvršenja, obično olakšavanje izvršenja. Vid. F. Bačić /1986/: *op. cit.*, pp. 345-348.

53 Vlast nad delom se kod neposrednog izvršilaštva manifestuje kao vlast nad radnjom, kod posrednog izvršilaštva kao vlast nad voljom ili znanjem drugog lica, a na planu saizvršilaštva kao funkcionalna vlast nad delom. J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 192.

54 K. Kühl: *op. cit.*, p. 734; J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 192.

55 Iako je bez dodatnih okolnosti konkretnog slučaja nezahvalno davati analizu, čini se da je sud pogrešio kada je smatrao pomagačem a ne saizvršiocom učinioca koji je prišao pasivnom subjektu s leđa i obuhvativši ga rukama, blokirajući mu ruke i vrat, sprečio ga u pružanju otpora dok su ga druga dvojica tukla i nanela mu tešku telesnu povredu. I. Simić/A. Trešnjev /2006/: *op. cit.*, p. 38.

ganje moguće tek nakon što je izvršilac na svom kriminalnom putu preduzeo prvi korak, tj. doneo odluku da delo izvrši,⁵⁶ postoji i mišljenje da se o pomaganju može govoriti čak i pre nego što je izvršilac doneo odluku.⁵⁷ U tom smislu, primera radi, pomaže i učinilac koji, ne želeći da navodi na izvršenje dela, daje savete drugome za slučaj da se ovaj reši da izvrši krivično delo, nakon čega izvršilac svoju radnju sprovodi na taj način.⁵⁸ Prihvati li se ovakav stav, problem razgraničenja psihičkog pomaganja od podstrekavanja postaje još složeniji.

Nesporno je da ne može postojati sticaj između pomaganja i nekog drugog oblika saučesništva u istom krivičnom delu.⁵⁹ Ukoliko jedno lice najpre stvori odluku kod drugog da izvrši krivično delo, pa mu kasnije i pomogne u ostvarenju bića, odgovaraće samo kao podstrekač. Pošto je pomaganje najlakša forma saučesništva neko lice će odgovarati kao pomagač samo ukoliko nije saizvršilac ili podstrekač u istom delu.⁶⁰ Sporno je samo da li je sticaj prividan po osnovu konsumpcije ili supsidijariteta,⁶¹ ali je to pitanje samo od načelnog značaja.

4. UČEŠĆE VIŠE LICA U POMAGANJU

Izvršiocu može pomagati više lica. Ako svi pomagači neposredno pružaju podršku izvršenju krivičnog dela onda se radi o sapomagačima. U tom slučaju moguće je da svi sapomagači učestvuju u istoj radnji pomaganja (npr. zajednički prave sredstvo za izvršenje krivičnog dela) ili da svaki pomagač svojom radnjom pomaže u izvršenju krivičnog dela (npr. jedan pomagač daje sredstva za izvršenje krivičnog dela, drugi otklanja prepreke, treći daje savete i uputstva itd.).⁶² Kada se doprinos izvršenju krivičnog dela ostvaruje preko nekog trećeg lica, reč je o posrednom pomaganju.⁶³ To je u stvari pomaganje pomagaču. Između neposrednog pomagača i izvršioca ne mora uvek biti samo jedan posrednik, već ih može biti i više.⁶⁴ Za odgovornost posrednog pomagača nije nužno da on zna ko je neposredni izvršilac.⁶⁵ Pomaganjem se smatra i podstrekavanje na pomaganje (npr. nagovaranje drugog da

56 Ne može biti pomaganja pre nego što se izvršilac odlučio na radnju izvršenja. N. Srzentić/A. Stajić/Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 261.

57 Tako u našoj literaturi Atanacković smatra da pomaganje može postojati i pre nego što je izvršilac doneo odluku da izvrši krivično delo. „Pomagač, dakle, može delovati u pretpostavci da će izvršilac tek odlučiti da izvrši krivično delo. Naravno za odgovornost pomagača u takvom slučaju neophodno je da je izvršilac to delo učinio ili bar pokušao da učini (ukoliko je pokušaj takvog dela kažnjiv) kao i da to delo po svojim obeležjima odgovara delu na koje se pomaganje odnosi-lo“. D. Atanacković: *op. cit.*, p. 54.

58 C. Roxin: *op. cit.*, p. 219.

59 J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, p. 750.

60 N. Srzentić/A. Stajić/Lj. Lazarević: *op. cit.*, pp. 263-264. U slučaju kada nije sigurno da li su ostvareni svi uslovi za teži oblik zajedničkog učestvovanja u delu treba se *in dubio pro reo* odlučiti za postojanje blaže forme saučesništva; naravno, samo pod uslovom da su ostvarene sve pretpostavke te forme saučesništva. J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 224.

61 Z. Stojanović /2013/: *op. cit.*, p. 279.

62 D. Atanacković: *op. cit.*, pp. 48-49.

63 Z. Stojanović /2013/: *op. cit.*, p. 279.

64 N. Srzentić/A. Stajić/Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 261.

65 D. Atanacković: *op. cit.*, p. 48.

izvršiocu doda nož), kao i pomaganje podstrekaču (npr. neko piše pismo po diktatu podstrekača). Pomaganje u podstrekavanju ostaje pomaganje zbog toga što pomagač ne stvara odluku kod podstrekača da izvrši podstrekavanje (jer je on tu odluku već imao) a takođe ne stvara ni odluku kod izvršioca, jer tu odluku stvara podstrekač.⁶⁶

5. UMIŠLJAJ POMAGAČA

Kažnjivo je samo umišljajno doprinošenje tuđem delu. Nehatno pomaganje, iako zamislivo, nije pomaganje u krivičnopravnom smislu.⁶⁷ Umišljaj pomagača mora obuhvatiti radnju pomaganja i određeno, ne nužno u svim pojedinostima konkretizovano, glavno delo. U tom smislu bi se moglo govoriti o dvostrukom pomagačkom umišljaju.⁶⁸ Pomagač mora najpre imati svest i volju da svojim ponašanjem pomaže drugome. Pri tome je dovoljan i eventualni umišljaj; pomagač mora u najmanju ruku računati s tim da svojom radnjom izvršiocu olakšava izvršenje dela, tj. da podržava njegovo dovršenje.⁶⁹ U odnosu na glavno delo neophodna je svest o konkretnom delu u bitnim obeležjima.⁷⁰ Ne traži se da pomagač ima svest o svim pojedinostima konkretnog dela. Neznatna odstupanja u izvršenju dela u odnosu na predstavu pomagača ne dotiču njegovu odgovornost. To proizlazi kako iz učenja o nebitnom odstupanju stvarnog od zamišljenog kauzalnog toka, tako i iz same prirode pomaganja – pojedinosti izvršenja prepuštene su izvršiocu, jer pomagač nema volju da poseduje vlast nad delom.⁷¹ Pomagač pri tome ne mora imati neki poseban interes od izvršenja krivičnog dela. Činjenica da on svesno i voljno pomaže izvršiocu, iako u sebi delo ne odobrava (intimno se „distancira“ od dela), ne isključuje njegov umišljaj.⁷²

Osim toga što pomagač treba svojim umišljajem da obuhvati sva obeležja krivičnog dela u čijem izvršenju pomaže, on mora biti svestan kom individualno određenom licu pomaže ili kom određenom krugu lica pripada izvršilac. Opšte je usvojeno, kao i kod podstrekavanja, da pomagač ne mora lično poznavati izvršioca.⁷³ Takođe, nije neophodno da izvršilac zna da mu neko pomaže u izvršenju krivičnog dela (tzv. tajna pomoć).⁷⁴

66 D. Atanacković: *ibid*, p. 48.

67 N. Srzentić/A. Stajić/Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 263. „U vezi s tim u jednom slučaju se postavilo pitanje da li bifedžija može da odgovara za pomaganje u krivičnom delu ugrožavanja javnog saobraćaja ako je, znajući da šoferu autobusa predstoji vožnja, ovoga poslužio rakijom i drugim pićima i zajedno sa njim pio, pa je posle toga šofer izazvao saobraćajnu nezgodu. Sud je našao da u ovom slučaju postoji nehat bifedžije i da zbog toga on ne može da odgovara za pomaganje u krivičnom delu koje je šofer učinio“. D. Atanacković: *op. cit.*, p. 53.

68 C. Roxin: *op. cit.*, p. 224; K. Kühl: *op. cit.*, p. 749; J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, p. 745.

69 J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 222.

70 T. Fischer: *op. cit.*, p. 257; N. Haralambous: *op. cit.*, p. 356. Pri tome uslov konkretizacije dela trebalo bi blaže postaviti u odnosu na uslove koji važe za podstrekavanje. K. Kühl: *op. cit.*, p. 749.

71 J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, pp. 745-746.

72 T. Fischer: *op. cit.*, p. 257.

73 Z. Stojanović /2013/: *op. cit.*, p. 279.

74 K. Kühl: *op. cit.*, p. 743; J. Tahović: *op. cit.*, p. 305; A.P. Simester/J.R. Spencer/G.R. Sullivan/G.J. Virgo: *op. cit.*, p. 211.

6. AKCESORNOST POMAGANJA

Osnovna krivičnopravna pretpostavka kažnjivosti pomaganja (isto važi i za podstrekavanje osim u slučaju tzv. neuspelog podstrekavanja) jeste postojanje biću odgovarajućeg i protivpravnog dela izvršioca.⁷⁵ Iako u čl. 35. st. 1. KZ stoji: Ko drugom sa umišljajem pomogne u izvršenju *krivičnog dela*, ne traži se i krivica izvršioca kao uslov za postojanje pomaganja.⁷⁶ To je posledica prihvatanja ograničene (limitirane) akcesornosti na planu pravne prirode saučesništva. Prema ovom shvatanju saučesništvo je zavisno od izvršilaštva. Bez izvršioca nema saučesnika. Osim toga što je neophodno da izvršilac ostvarenjem obeležja krivičnog dela zakorači u kriminalnu zonu,⁷⁷ potrebno je da ostvari i objektivne elemente na nivou opšteg pojma krivičnog dela, tj. ne traži se njegova krivica, dovoljno je ispunjenje svih konstitutivnih elemenata neprava. Akcesornost saučesništva koja je ograničena na objektivno nepravo izvršiočevog dela, predstavlja vladajuće pravno rešenje u većini zakonodavstava, a od njega izričito polazi i naš zakonodavac, predviđanjem u čl. 36. st. 2. KZ da osnovi koji isključuju krivicu izvršioca (neuračunljivost, stvarna i pravna zablude) ne isključuju postojanje krivičnog dela saizvršioca, podstrekača ili pomagača kod kojeg krivica postoji.⁷⁸ To znači da nije moguće saučesništvo u radnjama koje ne ispunjavaju biće nekog krivičnog dela ili u radnjama koje su načelno kažnjive i predstavljaju krivično delo, ali u konkretnom slučaju nisu protivpravne.⁷⁹ S obzirom na to da krivica izvršioca nije uslov za postojanje saučesništva, pomaganje je moguće i u nehatnom delu izvršioca.⁸⁰

7. KAŽNJAVANJE POMAGANJA

Pomagač se kažnjava u granicama propisane kazne za krivično delo, a može se i blaže kazniti. Pomaganje je dakle fakultativni osnov za ublažavanje kazne.⁸¹ To znači da sud može učiniocu koji je pomagao u izvršenju krivičnog dela izreći kaznu

75 Isto važi i za englesko krivično pravo. Postojeće saučesništvo iako je izvršilac ostvario samo objektivne elemente neprava (*actus reus*) iako kod njega ne postoji krivica (*mens rea*). N. Haralambous: *op. cit.*, p. 360.

76 S obzirom na to da KZ izričito polazi od ograničene akcesornosti zakonodavno-tehnički bi bilo bolje da je po uzoru na odredbe čl. 81. i 82. KZ umesto termina *krivično delo* upotrebljen izraz *protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo*. Povezujući pojam pomaganja sa akcesornom prirodom saučesništva Srzentić/Stajić/Lazarević pomaganje definišu kao „... preduzimanje takve radnje kojom se s umišljajem *doprinosi izvršenju protivpravne radnje* drugog lica, s kojom radnjom ovo lice ostvaruje obeležje nekog bića krivičnog dela“. N. Srzentić/A. Stajić/Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 260.

77 Pretpostavka kažnjivosti pomagača je da je glavno delo u kome je pružio pomoć dovršeno ili barem ušlo u stadijum kažnjivog pokušaja. J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 222.

78 Akcesornost saučesništva normativno dolazi do izražaja i kroz odredbu iz čl. 37. KZ o pokušaju i lakšem krivičnom delu.

79 J. Wessels/W. Beulke: *op. cit.*, p. 208.

80 U nemačkom krivičnom pravu, koje je 1943. god. prešlo na limitiranu varijantu akcesorne teorije, neophodno je da se radi o pomaganju u umišljajnom delu (§ 27 I). Ukoliko „pomagač“ zna za nepostojanje umišljaja kod izvršioca i svesno ga iskoristi, on postupa sa izvršilačkom voljom i smatraće se (poput podstrekača u ovakvoj situaciji) posrednim izvršiocem. J. Baumann/U. Weber/W. Mitsch: *op. cit.*, p. 742; G. Stratenwerth/L. Kuhlen: *op. cit.*, p. 257.

81 Prema rešenju iz nemačkog KZ za pomaganje je predviđeno obavezno ublažavanje kazne (§ 27 II).

koja je po vrsti ili meri blaža od one koja je propisana za delo na koje se pomaganje odnosilo.⁸² S obzirom na to da pomaganje predstavlja najblažu formu saučesništva, a pomagač igra samo jednu sporednu ulogu, ovakvo zakonsko rešenje je opravdano.

Ako je krivično delo ostalo u pokušaju, pomagač će se kazniti za pokušaj (čl. 37. st. 1. KZ). To znači da će u situaciji kada izvršilac ne ostvari krivično delo u svim konkretnim obeležjima, pomaganje biti kažnjivo, samo ako je kažnjiv pokušaj tog krivičnog dela. U tom slučaju postojaće dva osnova za ublažavanje kazne, što se mora uzeti u obzir prilikom odmeravanja kazne.⁸³

U skladu sa odredbom čl. 32. st. 3. KZ pomagač koji dobrovoljno spreči izvršenje krivičnog dela može se osloboditi od kazne.

Kažnjavanje pomagača ne zavisi od toga hoće li izvršilac koji je ostvario nepravo biti kažnjen.⁸⁴

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

AIDING AS A FORM OF COMPLICITY

SUMMARY

In Serbian Criminal law there are two forms of complicity in a limited sense: abetting and aiding. The aiding as a form of participation in a criminal offence requires the intentional contribution by the secondary participant to the perpetration of a criminal offence. It is not questionable that between that contribution and the consequence of the principal's offence must be a causal link. The actus reus of aiding consists of any act which helps principal in a perpetration of a criminal offence. Some typical acts of aiding are enumerated in the provision of Article 35. para. 2 of the Serbian Criminal Code. Broadly defining of the notion of aiding makes some difficulties in distinguishing aiding from other forms of participation in a criminal offence. The aiding depends on an unlawful act committed by a principal. It does not require that the principal is criminally liable for the act. Mens rea of the aiding must relate to two different matters: aider's own conduct in assisting of principal's actions and all basic elements of that criminal offence. It is not required that the principal should be aware of the assistance. This form of complicity is possible only prior to or during the commission of the criminal offence. Considering the aiding represents the mildest form of participation in a criminal offence Criminal Code prescribes a possibility of mitigation of punishment for aider.

Key words: complicity in a limited sense, complicity in a broader sense, aiding, contribution to the perpetration of a criminal offence, causal link, limited accessoriness, intent, mitigation of punishment.

82 Izuzetno, pomagač se neće kazniti za delo na koje se pomaganje odnosi ako izvršilac izvrši lakše krivično delo, a koje bi bilo obuhvaćeno delom na koje se pomaganje odnosi, već za krivično delo koje je učinjeno.

83 F. Bačić /1986/: *op. cit.*, p. 382. Ako se u takvoj situaciji radi o posebnom deliktu a pomagač nema svojstvo koje se traži za izvršioca, postojaće tri osnova za ublažavanje kazne (čl. 36. st. 4.).

84 C. Roxin: *op. cit.*, p. 231.

POJAM I KARAKTERISTIKE PRIVREDNOG KRIVIČNOG PRAVA

Apstrakt. Autor se u radu bavi pojmom i određenim karakteristikama privrednog krivičnog prava. Posle uvodnog izlaganja u kome je ukazano na značaj određenja pomenutog pojma, pažnja je prvo posvećena njegovom definisanju. U literaturi u tom pogledu postoje različiti stavovi, ali polazeći od krivično pravnog pristupa najčešće se pojam privrednog krivičnog prava povezuje sa određenom grupom krivičnih dela. Pored kategorije krivičnih dela protiv privrede, predviđene u Krivičnom zakoniku, koja nesporno ulazi u pojam privrednog krivičnog prava, autor analizira koje inkriminacije iz oblasti sporednog krivičnog zakonodavstva takođe čine privredna krivična dela. U radu je predstavljena i jedna od mogućih klasifikacija privrednih krivičnih dela. Drugi deo teksta posvećen je izlaganju o pojedinim institutima opšteg dela krivičnog prava koji imaju određene specifičnosti kada se radi o inkriminacijama usmerenim protiv privrede. U pitanju su princip supsidijarnosti, blanketni karakter krivično pravnih normi, određena pitanja kod instituta stvarne i pravne zablude kao i kod krivičnih dela čija se posledica sastoji u apstraktnoj opasnosti.

Ključne reči: privredno krivično pravo, pojam, klasifikacija, sporedno krivično zakonodavstvo, karakteristike.

1. UVODNE NAPOMENE

O pojmu privrednog krivičnog prava diskutovano je u domaćoj kao i u stranoj krivično pravnoj dogmatici. Iako nije u pitanju neko posebno krivično pravo već njegov sastavni deo, ima više razloga zbog kojih se može govoriti o ovom pojmu. Na određenje privrednog krivičnog prava uticaj su imale i druge krivične discipline. Tako je u kriminologiji dobro poznat tip kriminaliteta koji se označava kao kriminalitet belog okovratnika kao i kriminalitet kompanija. Za razliku od nekih kriminoloških definicija, koje su ovaj tip kriminaliteta određivale oslanjajući se na karakteristike učinilaca, za privredno krivično pravo se može reći da je određeno s obzirom na vrstu ponašanja, odnosno krivičnih dela. U tom smislu se kao interesantno postavlja i pitanje razlikovanja ovih kriminoloških pojmova i sa druge strane privrednog krivičnog prava. Određenje krivičnih dela koja ulaze u pojam privrednog krivičnog prava zavisi od mišljenja autora koji se bave ovom problematikom i u tom pogledu izraženi su različiti stavovi. Iako u našem Krivičnom zakoniku postoji posebna grupa krivičnih dela čiji je grupni zaštitni objekat privreda, ima opravdanja i neke druge inkriminacije, pre svega one iz oblasti sporednog krivičnog zakonodavstva, svrstati u pojam privrednog krivičnog prava. U literaturi se takođe navodi da pojedina opšta pravila krivičnog prava imaju određene specifičnosti kada su u pitanju privredna krivična dela. Među njima su na primer princip supsidijarnosti i

* asistent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

fragmentarnosti, problem uzročnosti kod kolektivnog odlučivanja, neka pitanja kod instituta stvarne i pravne zablude, (pre)zastupljenost blanketnih inkriminacija kao i onih čija se posledica sastoji u apstraktnoj opasnosti, pitanje odgovornosti u slučaju faktičkog obavljanja poslova upravljanja, odgovornost garanta za nesprečavanje vršenja krivičnih dela od strane zaposlenih. Pored navedenog, razmatranje pojma privrednog krivičnog prava može biti upotpunjeno i odredbama drugih zakona među kojima su posebno značajne norme kojima se predviđa odgovornost pravnih lica za krivična dela. Naposljetku, još jedan, svakako ne manje bitan, razlog koji doprinosi kontinuiranoj analizi kriminalnog ponašanja u oblasti privrednog poslovanja iz uglova različitih krivičnih disciplina su štetne posledice ovih krivičnih dela koje po svom obimu, a posebno kada se radi o finansijskim posledicama, značajno prevazilaze one koje su rezultat vršenja drugih krivičnih dela.

2. POJAM PRIVREDNOG KRIVIČNOG PRAVA

Pojam privrednog krivičnog prava nije nov u krivično pravnoj dogmatici. No, jedinstven stav u pogledu njegovog određenja nije postignut. Raznolikosti definicija doprinose i stavovi iz drugih naučnih disciplina, poput kriminologije, kojima se nastoje precizirati pojmovi slični privrednom krivičnom pravu, kao što su kriminalitet belog okovratnika i korporacija kao i profesionalni kriminalitet. Zbog toga pojedini autori i ukazuju da se privredno krivično pravo može odrediti na različite načine u zavisnosti od ugla posmatranja.¹

2.1. Kriminalistički aspekt

U literaturi se navodi da posmatrano sa procesno pravnog / kriminalističkog aspekta privredna krivična dela predstavljaju jednu vrstu imovinskih delikata kod kojih postoje dokazne poteškoće/specifičnosti.² Po tom pristupu bi pravno gledano dovoljno bilo postojanje samo krivičnog dela prevare. Prigovor navedenom gledištu upućuje se povodom zaštitnog objekta, koji kod privrednih krivičnih dela nije imovina, već je cilj ovih inkriminacija zaštita drugih dobara.³

2.2. Kriminološki aspekt

Posmatrano iz kriminološkog ugla ne postoji jedinstven stav o određenju ovog tipa kriminaliteta. Tačke sporenja⁴ među kriminolozima prisutne su prvo kod pitanja da li su karakteristike učinilaca važan element definicije⁵, što je bila okosnica

1 K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Köln, 2004, p.19-24.

2 *Ibid.* Vidi i: H. Otto, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), *Dogmatischer Teil I, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 2, 1984, p. 341-342.

3 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 19-24.

4 Više o tome u: D. O. Friedrichs, *Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society*, USA, 2009, p. 5.

5 Više o tome: S. E. Brown, F. A. Esbensen, G. Geis, *Criminology: Explaining Crime and its Context*, USA, 2010, p. 440.

Saterlendovog shvatanja kojim je ukazano da vršenje krivičnih dela nije isključivo rezervisano za pripadnike nižih društvenih slojeva. No, u prvoj polovini 20. veka, kada je Saterlend svojom tvrdnjom uzdrmao postojeće stavove u kriminologiji, nije bilo mnogo ljudi koji su vršili ova dela i uglavnom i jesu pripadali višim društvenim slojevima. Danas je razvoj tehnologije i industrije omogućio mnogima da se bave poslovima koji pružaju priliku za vršenje dela koja se označavaju kao kriminalitet belog okovratnika.⁶ Druga vrsta neslaganja u pogledu određenja ovog tipa kriminaliteta odnosi se na vrstu krivičnih dela koja su njime obuhvaćena. Nesporno je da su među njima kriminalne aktivnosti koje se vrše u privrednom poslovanju i koje se označavaju kao ekonomski kriminalitet belog okovratnika⁷, ali veliki broj autora je saglasan da i krivična dela koja za posledicu imaju ugrožavanje života i zdravlja ljudi kao i životne sredine, a vrše se u sferi privrednog poslovanja (na primer stavljanje u promet štetnih proizvoda) takođe predstavlja ovaj tip kriminaliteta, koji se sada imenuje kao nasilnički kriminalitet belog okovratnika.⁸ Dalja neslaganja postoje po pitanju da li se kao učinilac ovih krivičnih dela pojavljuje fizičko lice ili u obzir dolazi odgovornost pravnog lica u kom se slučaju govori o kriminalitetu kompanija. Naposljetku, sporno je da li predmet proučavanja treba ograničiti na dela koja zakonodavac određuje kao krivična ili bi zajedno sa njima, zbog čestih zakonskih izmena u ovoj oblasti kao i neujednačenosti pravnih sistema, trebalo ovom tipu kriminaliteta priključiti i kršenja upravno pravnih i građansko pravnih normi, odnosno u našem slučaju i privrednih prestupa.

2.3. Krivično pravni aspekt

Kada je u pitanju materijalno krivično pravo, veliki broj autora smatra da je najcelishodnije poći od zajedničkog zaštitnog objekta. Po nekim mišljenjima on se određuje kao zaštita poverenja u celokupni privredni sistem, odnosno pojedini segment privrednog sistema čije se postojanje i funkcionisanje krivičnim delima ugrožava.⁹ Po drugom pristupu zaštitni objekat se vidi u povredi poverenja građana samo kod određenih krivičnih dela, dok se kod drugih može sastojati u trošenju državnih ili društvenih kontingenata (kroz na primer zagađivanje životne sredine).¹⁰ Stav o zaštiti poverenja građana u privredni sistem podvrgnut je kritikama, jer poverenje predstavlja socijalno-psihološki sadržaj koji je neprecizan, a ne može se ni forenzički proveriti. Ako se krivično delo ne otkrije sledi da ne bi bilo ni povrede zaštitnog objekta. Takođe se ne sme prenebrežniti ni situacija u kojoj su građani već izgubili poverenje u privredni sistem. Stoga je predmet zaštite funkcionisanje nekog sistema, a ne poverenje u njega.¹¹

6 G. Geis, *White Collar and Corporate Crime: A Documentary and Reference Guide*, USA, 2011, p. 18-19.

7 D. O. Friedrichs, *op.cit.*, p. 5.

8 Vidi: M. L. Benson, S. S. Simpson, *White Collar Crime, an Opportunity Perspective*, New York, 2009, p. 119. F. Adler et al, *Criminology*, Canada, 2008, p. 310-315.

9 H. Otto, *op.cit.*, p. 342.

10 R. Hefendehl, Die Rechtsgutlehre und der Besondere Teil des Strafrechts, Ein dogmatisch-empirischer Vergleich von Chile, Deutschland und Spanien, *Zeitschrift für Internationale strafrechtsdogmatik*, 10/2012, p. 506-512.

11 C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2006, p. 38-39.

Bez obzira da li je u pitanju zaštita poverenja građana u privredni sistem ili zaštita sistema kao takvog, autori navedenih gledišta saglasni su da je u pitanju zaštita kolektivnog/nadindividualnog pravnog dobra, odnosno zaštita kolektivnog i nekog uzgrednog pravnog dobra. Ima mišljenja da su kolektivna (društvena) pravna dobra neodređena i maglovita i da zaštita koju krivično pravo pruža može biti usmerna samo ka dobrima pojedinca. Tako se po jednom pristupu privredno krivično pravo određuje kao onaj segment krivičnog prava koji predviđanjem sankcija štiti individualno ostvarivanje ekonomskih interesa od nedopuštenog ponašanja trećih lica. Polazište ovog stava je individualizam u privrednom poslovanju kao i shvatanje, doduše uz prihvatanje određenih ograničenja, o učiniocu kao proračunatom i racionalnom *homo economicusu*. Individualizam je po autoru logična posledica promenjenih društveno-ekonomskih okolnosti kao i ustavnih promena koje stavljaju akcenat na zaštitu pojedinca kroz garantovanje slobode udruživanja, izbora profesije, slobode u istraživanjima itd. U tom kontekstu nema mesta za hipertrofiju krivičnih dela kojima se štite kolektivna odnosno nadindividualna dobra. Tako se na krivična dela protiv životne sredine ili zdravlja ljudi (na primer stavljanje u promet štetnih proizvoda) mogu primeniti norme kojima se štiti život ili telo/zdravlje ljudi.¹² Sa druge strane, zagovornici gledišta da krivičnim pravom treba pružiti zaštitu i kolektivnim dobrima tvrde da na prvom mestu norme privrednog prava kolektivnim dobrima, kao što su na primer kreditno, berzansko poslovanje ili osiguranje u privredi, priznaju institucionalni karakter i primat u odnosu na individualne interese. Dopuna ovakvog gledišta vidi se u činjenici da se privrednim krivičnim delima štite i instrumenti (prevashodno bezgotovinskog plaćanja, poput čekova, hartija od vrednosti) koji se zloupotrebljavaju vršenjem ovih dela, a koji su izuzetno važni za funkcionisanje privrede.¹³

Kod nekih krivičnih dela koja se vrše u privrednoj sferi bi se moglo tvrditi da je u prvom planu zaštita usmerena ka individualnom dobru i da se na taj način pojedinačnom pravnom subjektu omogućava ostvarivanje interesa u privrednom poslovanju (na primer u našem Krivičnom zakoniku to bi bilo oštećenje poverioca, narušavanje poslovnog ugleda i kreditne sposobnosti). To su uglavnom krivična dela koja u svom biću sadrže ili posledicu povrede individualnog dobra ili objektivni uslov inkriminacije oličen u imovinskoj šteti, pokretanju stečajnog postupka i sl. Međutim, ne bi se moglo prihvatiti da sva privredna krivična dela u svom opisu moraju imati posledicu koja se sastoji u povredi. U suprotnom bi van kažnjive zone ostala ponašanja, čija se posledica sastoji u ugrožavanju, a koja svakako zavređuju da budu inkriminisana (na primer falsifikovanje novca ili pranje novca). Tvrditi da se i ovim delima onemogućava pojedinac u ostvarenju svojih ekonomskih interesa ne bi bilo opravdano, jer bi se radilo o prilično udaljenim oblicima ugrožavanja, a kod nekih krivičnih dela (na primer pranje novca¹⁴) nije ni jasno koja bi prava

12 M. Mansdörfer, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrecht, Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischem Handeln*, Heidelberg, 2011, p. 17-31.

13 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 22-23.

14 Moglo bi se npr. govoriti o povredi prava konkurencije od strane onih privrednih subjekata koji posluju zahvaljujući imovini koja potiče od krivičnih dela. Smatra se da je takvo određenje objek-

čoveka na taj način bila ugrožena. Kod takvih krivičnih dela zaštita je primarno usmerena ka kolektivnom dobru.

U domaćoj literaturi zaštitni objekat kod krivičnih dela protiv privrede iz glave dvadeset druge Krivičnog zakonika određuje se kao privredni sistem zemlje, odnosno njegovi pojedini segmenti¹⁵, a pod krivičnim delima protiv privrede se podrazumevaju kršenja privrednog i finansijskog poslovanja kojima se nanosi šteta privredi zemlje ili pojedinim privrednim subjektima ili se privredni sistem i unutar njega uspostavljeni pravno regulisani odnosi ugrožavaju.¹⁶ Za razliku od pravnih sistema čiji krivični zakonici ne poznaju posebnu grupu krivičnih dela protiv privrede, u našem zakonodavstvu nije u tom smislu došlo do promena od trenutka kada su donošenjem Krivičnog zakonika iz 1951. godine prvi put uvedena ova krivična dela u naš pravni sistem.¹⁷ No, ako se prihvati određenje privrednog krivičnog prava prema grupnom zaštitnom objektu, oličenom u privrednom sistemu ili pojedinim njegovim delovima, potrebno je naglasiti da se ovaj pojam ne iscrpljuje u navedenoj kategoriji krivičnih dela predviđenih u Krivičnom zakoniku. Zaštita privrednog sistema ostvaruje se i drugim krivičnim delima, koja su sadržana u sporednom krivičnom zakonodavstvu, a po nekim mišljenjima u obzir treba uzeti i inkriminacije predviđene u drugim grupama krivičnih dela u Krivičnom zakoniku kojima se samo posredno pruža zaštita privrednom sistemu. Pored toga, pojam privrednog krivičnog prava može se upotpuniti i odredbama krivičnog procesnog prava kao i Zakonom o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnih dela i Zakonom o odgovornosti pravnih lica za krivična dela.

ta zaštite nejasno i neprecizno kao i da u tom slučaju nema opravdanja da učinilac krivičnog dela pranja novca može biti bilo koje lice, već bi bilo logičnije da to budu lica koja obavljaju privredne aktivnosti. Pojedini autori zastupaju stav da se objekat zaštite kod pranja novca odnosi na dobro koje je povređeno kroz prethodno krivično delo kojim je pribavljena imovina koja je predmet pranja novca. Postoji i mišljenje da se predviđanjem krivičnog dela pranja novca zaštita pruža funkcionisanju krivičnog pravosuđa. Naime, suština krivičnog dela pranja novca sastoji se prikrivanju ilegalnog porekla imovine što za posledicu ima onemogućavanje organa krivičnog gonjenja u njenom pronalaženju i oduzimanju. Naposletku, postavlja se pitanje da li zaštitni objekat mogu biti imovinska prava. Povreda imovinskih prava podrazumeva prethodno postojanje *akta voljnog sticanja nad nekom stvari*. Jedna radnja znači povredu imovinskog prava samo ako, zbog karaktera teškog nepravda, negira akt voljnog sticanja nad nekom stvari a time posredno i čoveka kao subjekta sticanja. Teško nepravdo isključuje akte obične neovlašćene upotrebe stvari što je slučaj sa nepoštovanjem ugovora ali i sa nehatnim imovinskim krivičnim delima koja ne predstavljaju povredu principa sticanja. Primeri teškog nepravda su krađa, prevara, umišljajno oštećenje tuđe stvari. Kod krivičnog dela pranja novca ne može se govoriti o povredi principa sticanja. Naime, ako se zaštitni objekat vidi u osiguranju funkcionisanja privrede, a posredno, kao što je navedeno, i principa jednakosti za sve privredne subjekte, pranje novca može ugroziti neodređeni broj subjekata odnosno njihovih prava i ne bi bilo opravdano ponašanje učinioca pranja novca posmatrati kao teško nepravdo kojim se povređuju prava (nekog buduće ugovorne strane) subjekta sticanja. Ipak, moglo bi se reći da se pranjem novca povređuje u jednoj dodatnoj meri ovaj princip kroz povredu dobra prethodnog krivičnog dela. Navedeno bi važilo samo u pogledu prethodnih krivičnih dela protiv imovine. Videti detaljnije u: N. Lukić, *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta – komparativni pristup*, Beograd, 2014, p. 126-127.

15 Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2014, p. 173.

16 Đ. Đorđević, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, p. 117.

17 Z. Stojanović, N. Delić, *op.cit.*, p. 173.

3. KRIVIČNA DELA KOJA ULAZE U POJAM PRIVREDNOG KRIVIČNOG PRAVA

Pored krivičnih dela iz grupe dela protiv privrede iz Krivičnog zakonika, i krivična dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva predviđena u sledećim zakonima treba podvesti pod navedeni pojam:

1. Zakon o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“, br. 36/2011 i 99/2011): davanje izjave neistinitog sadržaja (čl. 581), zaključenje pravnog posla ili preduzimanje radnje u slučaju postojanja ličnog interesa (čl. 582), povreda dužnosti izbegavanja sukoba interesa (čl. 583), povreda dužnosti zastupnika da postupa u skladu sa ograničenjima ovlašćenja za zastupanje (čl. 584).
2. Zakon o tržištu kapitala („Sl. glasnik RS“, br. 31/2011): zabrana manipulacije na tržištu (čl. 281), korišćenje, otkrivanje i preporučivanje insajderskih informacija (čl. 282), neovlašćeno pružanje investicionih usluga (čl. 283).
3. Zakon o osiguranju („Sl. glasnik RS“, br. 55/2004, 70/2004 – ispr., 61/2005, 61/2005 – dr. zakon, 85/2005 – dr. zakon, 101/2007, 63/2009 – odluka US, 107/2009, 99/2011, 119/2012 i 116/2013): neovlašćeno obavljanje delatnosti osiguranja (čl. 222), davanje lažnih mišljenja i izveštaja (čl. 223), davanje lažne procene (čl. 224).
4. Zakon o preuzimanju akcionarskih društava („Sl. glasnik RS“, br. 46/2006, 107/2009 i 99/2011): zloupotreba privilegovanih informacija (čl. 45), objavljivanje neistinitih podataka (čl. 46).
5. Zakon o stečaju („Sl. glasnik RS“, br. 104/2009, 99/2011-dr. zakon i 71/2012–odluka US): raspolaganje imovinom stečajnog dužnika posle otvaranja stečajnog postupka (čl. 205), lažno prikazivanje i prikriivanje činjenica u unapred pripremljenom planu reorganizacije (čl. 206).
6. Zakon o investicionim fondovima („Sl. glasnik RS“, br. 46/2006, 51/2009 i 31/2011): saopštavanje privilegovanih informacija (čl. 85), oglašavanje prospekta sa neistinitim podacima (čl. 86).
7. Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima („Sl. glasnik RS“, br. 85/2005 i 31/2011): oglašavanje prospekta sa neistinitim podacima (čl. 72) i nedozvoljeno obavljanje delatnosti društva za upravljanje i nedozvoljeno poslovanje (čl. 73).
8. Zakon o bankama („Sl. glasnik RS“, br. 107/2005 i 91/2010): neimenovana krivična dela iz čl. 135, 136, i 136a.

U literaturi postoje različite klasifikacije privrednih krivičnih dela¹⁸ koje kao kriterijum podele uzimaju vrstu privrednih aktivnosti, individualno/nadindividualno pravno dobro, subjektivni kriterijum u vidu ličnog svojstva koje se zahteva kod određenog broja ovih krivičnih dela (najčešće je u pitanju odgovorno lice), nameru

18 Vidi: P. Kobe, Krivična dela protiv privrede, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 4/1975, str. 585-610; B. Zlatarić, Problemi privrednih delikata, *Naša zakonitost*, br. 2/1955, str. 49-72. Đ. Đorđević, *op.cit.*, p. 118-119; H. Otto, *op.cit.*, p. 351-354.

učinicu koja može biti usmerena ka sticanju lične koristi, koristi za privredni subjekt ili može biti usmerena ka prouzrokovanju štete itd. Čini se da bi se krivična dela iz glave dvadeset druge KZ zajedno sa inkriminacijama iz napred navedenih zakona, koji čine deo našeg sporednog krivičnog zakonodavstva, mogla razvrstati polazeći od klasifikacije koju je dao E. Lampe¹⁹:

1. Krivična dela kojima se štiti nacionalna privreda gde ulaze sva ponašanja koja prevazilaze nivo pojedinačnih privrednih subjekata (čl. 228, 232, 233, 241, 242, 243 KZ; čl. 281, 282, 283 Zakona o tržištu kapitala²⁰; čl. 222, 223 Zakona o osiguranju²¹; čl. 45, 46 Zakona o preuzimanju akcionarskih društava²²; čl. 85, 86 Zakona o investicionim fondovima²³; čl. 72, 73 Zakona o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima; čl. 135, 136, 136a Zakona o bankama²⁴).

-
- 19 E. J. Lampe, *Wirtschaftsstrafrecht*, in: G. Fischer, J. C. B. Mohr (ed.), *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Band 09, Göttingen, 1982, p. 310. Sličnu klasifikaciju privrednih krivičnih dela navodi i H. Otto, *op.cit.*, p. 351-354.
 - 20 Krivično delo iz čl. 281 karakteriše davanje neistinitih informacija o ponudi, potražnji ili ceni finansijskih instrumenata ili dovođenje u zabludu u pogledu tih okolnosti, što predstavlja apstraktnu opasnost po regulisano tržište. Stoga ima opravdanja da se ovo delo svrsta u kategoriju inkriminacija kojima se štiti tržište kapitala kao jedan segment nacionalne privrede. Dodatni argument može se videti u formulaciji st. 2 u kome je predviđena stroža kazna ako je ponašanje iz st. 1 prouzrokovalo znatan poremećaj na regulisanom tržištu. Što se tiče inkriminacije iz čl. 282, u literaturi je prihvaćen stav da se normama o trgovini insajderskim informacijama štiti funkcionisanje tržišta kapitala, a posredno i investitori dok se izričito navodi da cilj inkriminacije nije zaštita imovinskih prava. Vidi: P. Pananis, *Gesetz über die Wertpapierhandel*, in: W. Joecks, R. Schmitz, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB: Band 6/1, Nebenstrafrecht II*, München, 2010, p. 1196-1198; W. Wohlers, H. Kudlich, *Wirtschaftsstrafrecht, Insbesondere Kapitalmarktsstrafrecht, Insolvenzstrafrecht, Korruptionsstrafrecht, Glücksspiel und Geldwäsche, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.3, 2010, p. 628.
 - 21 Krivično delo iz čl. 222 svrstano je u ovu kategoriju imajući u vidu da se radnja izvršenja sastoji u obavljanju delatnosti osiguranja bez potrebne dozvole Narodne banke Srbije, čime se ugrožava ovaj sektor privrede. Što se tiče čl. 223, razlog za svrstavanje u istu grupu privrednih krivičnih dela može se videti u značaju aktuarskih i revizorskih poslova za osiguranje kao privrednu delatnost, činjenici da aktuar vrši eksternu kontrolu nad radom osiguravajućeg društva, da se kod redovnog izveštavanja Narodne banke traži i mišljenje aktuaara i revizora. Sa druge strane, krivično delo iz čl. 224 (davanje lažne procene) svrstano je u grupu dela kojima se štite individualni privredni subjekti, odnosno njihovo poslovanje, jer se radnja izvršenja sastoji u davanju lažnih procena i izjava od strane odgovornog lica prilikom utvrđivanja i procena rizika i šteta, čime se ugrožava imovina ili osiguravajućeg društva ili osiguranika.
 - 22 Kako se u čl. 45 radnja izvršenja sastoji u preuzimanju društva korišćenjem privilegovanih informacija, odnosno u saopštavanju ovih informacija ili na osnovu njih preporučivanju drugima da preuzmu određene radnje, ovo delo je svrstano u navedenu kategoriju jer se njime ugrožava tržište kapitala. U čl. 46 radi se o obmanjivanju potencijalnih akcionara unošenjem neistinitih podataka u ponudu za preuzimanje akcija sa pravom glasa, što takođe ugrožava sigurnost tržišta kapitala. Kod oba krivična dela predviđen je i teži oblik koji će postojati ukoliko je zbog preduzetih radnji došlo do poremećaja na organizovanom tržištu hartija od vrednosti.
 - 23 Radnje krivičnih dela u ovom zakonu određeno su na sličan način kao u Zakonu o tržištu kapitala i Zakonu o preuzimanju akcionarskih društava i sastoje se u saopštavanju privilegovanih informacija ili oglašavanju prospekta sa neistinitim informacijama, zbog čega su takođe svrstano u grupu dela kojima se ugrožava tržište kapitala kao deo privrednog sistema.
 - 24 Krivična dela iz ovog zakona podrazumevaju obavljanje određenih delatnosti bez saglasnosti Narodne banke Srbije (primanje depozita, davanje kredita i izdavanje platnih kartica, odnosno

2. Krivična dela kojima se štite pojedini privredni subjekti, odnosno njihovo poslovanje²⁵ (čl. 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240 KZ; čl. 581, 582, 583, 584 Zakona o privrednim društvima²⁶; čl. 224 Zakona o osiguranju, čl. 204, 205. i 206. Zakona o stečajju²⁷).
3. Krivična dela kojima se štite državni interesi u sferi finansija (čl. 223, 224, 225, 226, 227, 229, 229a, 230, 231, 234a, 245 KZ).

Ima opravdanja da se kao posebna grupa u okviru klasifikacije izdvoje i krivična dela kojima se prvenstveno zaštita pruža potrošačima. Od svih navedenih krivičnih dela ovde bi se moglo jedino svrstati krivično delo iz člana 244 KZ (obmanjivanje kupaca). U stranoj literaturi se po nekim mišljenjima ovde klasifikuju i inkriminacije iz drugih grupa krivičnih dela, kao na primer stavljanje u promet štetnih proizvoda, prevara i slično.²⁸ No, kako smo u radu pošli od pristupa po kome ova ponašanja ne treba odrediti kao privredna krivična dela (videti u nastavku teksta), ne bi bilo opravdano izdvajati posebnu grupu dela kojima se štite potrošači zbog samo jedne inkriminacije. Umesto toga, druga grupa dela u ovoj klasifikaciji može biti definisana tako da se krivičnim delima koja su u nju svrstana štite privredni subjekti i potrošači.

Privredna krivična dela svakako predstavljaju heterogenu kategoriju inkriminacija, čiji zaštitni objekat čini privreda kao celina ili njeni pojedini segmenti, ali kod nekih dela iz ove grupe u prvom planu se zaštita pruža individualnom privrednom subjektu ili potrošačima, a kroz to posredno i privrednom sistemu. Zbog nemogućnosti uspostavljanja jasne podele između krivičnih dela kojima se zaštita pruža isključivo individualnim i onih koja štite samo kolektivna pravna dobra, uvek je moguće neku inkriminaciju svrstati u više od jedne grupe navedene klasifikacije. Tako na primer krivično delo iz čl. 233 KZ (neovlašćena upotreba tuđeg poslovnog imena i druge posebne oznake robe ili usluga) može biti svrstano u kategoriju dela kojima se štite individualni privredni subjekti, jer se ovde radi o njihovim interesima²⁹, ali

naovlašćeno upotrebljavanje reči „banka“ u poslovnom imenu), što ugrožava bankarski sektor privrednog sistema i shodno tome su i navedene inkriminacije svrstane u ovu kategoriju privrednih krivičnih dela.

- 25 Privredni subjekti sa pravnim subjektivitmom (društva sa ograničenom odgovornošću i akcionarska društva) nisu neposredni objekat zaštite. Njima se zaštita pruža posredno, kroz zaštitu privrede kao kolektivnog dobra. Krivični zakonik u čl. 3 predviđa da osnov i granice za određivanje krivičnih dela predstavlja čovek i druge osnovne društvene vrednosti. Dakle, privredni subjekti sa svojstvom pravnog lica, odnosno njihovo privredno poslovanje, mogu biti zaštićeni samo posredno, kroz zaštitu privrede ili nekog drugog kolektivnog dobra.
- 26 Kod krivičnih dela predviđenih ovim zakonom radi se o povredi različitih dužnosti prema privrednom društvu od strane određenih lica (čl. 61 Zakona o privrednim društvima) zbog čega su i svrstane u kategoriju inkriminacija kojima se štite individualni privredni subjekti.
- 27 Kod krivičnih dela povezanim sa stečajnim postupkom, smatra se da je zaštitni objekat imovina privrednog subjekta, poverilaca, kao i zaštita poverenja u privredno poslovanje i kreditnu sposobnost pravnih lica. Više u: K. Kiethe, O. Hohmann, *Insolvenzordnung*, in: W. Joecks, R. Schmitz, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB: Band 6/1, Nebenstrafrecht II*, München, 2010, p. 1139. G. Dannecker, T. C. Knierim, A. Hagemeyer, *Insolvenzstrafrecht*, Heidelberg, 2012, p. 19-20.
- 28 H. Otto, *op.cit.*, p. 352.
- 29 Tako K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln, 2006, p. 16.

i u prvu grupu dela kojima se neposredno štiti privreda, jer se na taj način sprečava nelojalna konkurencija.³⁰ Slično, mogao bi se izdvojiti i st. 3, čl. 1 kod krivičnog dela zloupotrebe ovlašćenja u privredi iz čl. 238 KZ (korišćenje sredstava protivno njihovoj nameni) i svrstati u grupu dela kojima se štite finansijski interesi države pod uslovom da su u pitanju državne subvencije³¹, dok bi st. 5 istog člana mogao biti u kategoriji dela kojima se štiti privreda, odnosno tržište kapitala.

U teoriji postoje mišljenja da i krivična dela, predviđena u drugim grupama inkriminacija, čine privredno krivično pravo pod uslovom da se njihovim vršenjem ugrožava privredni sistem. Pored pojedinih krivičnih dela kojima se štiti imovina (prevara, zloupotreba poverenja, zelenašenje³²), smatra se da u ovaj segment krivičnog prava ulaze i krivična dela kojima se povređuju intelektualna prava, krivična dela korupcije, krivična dela protiv životne sredine, krivična dela po osnovu rada i prava iz socijalnog osiguranja, proizvodnja i stavljanje u promet proizvoda opasnih po zdravlje ljudi, neka dela protiv bezbednosti računarskih podataka.³³ No, bez obzira što se ova krivična dela vrše i u privrednom sektoru i što, prema rešenjima u našem pravu, učinilac ovih dela može biti i pravno lice, smatramo da njih treba izostaviti iz pojma privrednog krivičnog prava. Naime, ako se privredno krivično pravo definiše polazeći od zaštitnog objekta, ne mogu se u njega ubrojati i dela kojima se primarno zaštita pruža nekom drugom dobru (životna sredina ili zdravlje ljudi), a samo posredno i privredi. Suprotan stav ima opravdanja ako se pođe od na primer kriminološkog gledišta, koje akcenat stavlja na oblast u kojoj se dela vrše (privredna delatnost) ili na učinioca, u kom slučaju bi se pod kriminalitet kompanija podvela sva krivična dela (a po nekim mišljenjima i druga protivpravna dela) koja su učinjena u korist tog pravnog lica. U protivnom bi svako krivično delo koje se vrši u privrednoj sferi moglo biti okarakterisano kao privredno krivično delo. Shodno navedenom, u napred iznetom spisku krivičnih dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva izostavljena su i neka krivična dela predviđena istim zakonima, jer su uzimajući u obzir sistematiku Krivičnog zakonika, prvenstveno usmerena ka zaštiti kakvog drugog dobra, a ne privrede. Tako je na primer krivično delo iz čl. 44 Zakona o preuzimanju akcionarskih društava (nuđenje ili obećanje poklona, usluga ili drugih koristi) izostavljeno iz klasifikacije, jer je u pitanju koruptivno krivično delo, odnosno davanje mita, pri čemu razlike u odnosu na istoimenu inkriminaciju iz čl. 368 KZ postoje u pogledu dve okolnosti: 1) lica kome se nudi ili obećava poklon, usluga ili druga korist. U pitanju je akcionar koji se ne može podvesti pod

30 Tako E. J. Lampe, *op. cit.*, p. 320-322; H. Otto, *op. cit.*, p. 351.

31 Okrivljena (direktor preduzeća koje obavlja privrednu delatnost) je u nameri pribavljanja protivpravne imovinske koristi pravnom licu u kome je zaposlena neistinito prikazala stanje o rezultatima poslovanja i dovela u zabludu organe upravljanja u Republičkom zavodu za tržište rada prilikom donošenja odluke o odobrenju sredstava za zasnivanje radnog odnosa sa licima sa evidencije biroa za nezaposlene, a koje je potom, pre isteka predviđenog roka, otpustila, a sredstva iskoristila za građevinske radove. *Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 634/05 od 20. aprila 2005. i Opštinskog suda u Obrenovcu K42/02 od 24. decembra 2003. godine.*

32 Ova gledišta zastupljena su u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji. Međutim, treba imati u vidu da nemački Krivični zakonik ne sadrži grupu dela protiv privrede, već su ova krivična dela regulisana u posebnim zakonima.

33 Vidi: H. Otto, *op. cit.*, p. 351-354; K. Tiedemann (2006), *op. cit.*, p. 13-18.

pojam službenog ili odgovornog lica iz čl. 368 KZ; 2) radnje koju akcionar treba da preduzme, koja je usko povezana sa predmetom regulisanja ovog zakona i sastoji se u prihvatanju ili odbijanju ponude za preuzimanje. Ipak, moglo bi se postaviti pitanje da li pojedina krivična dela iz grupe dela protiv službene dužnosti (među kojima su primanje mita, posluga, pronevera) kada se kao učinilac pojavljuje odgovorno a ne službeno lice, imaju karakter privrednih krivičnih dela? Naime, ne može se tvrditi da posluga ili pronevera koju je izvršio direktor ili član upravnog odbora na štetu privrednog subjekta ugrožava službenu dužnost kao pravno dobro.

Pored odredbi materijalnog, za privredno krivično pravo važne su i odredbe krivičnog procesnog prava. Tako je u čl. 162 Zakonika o krivičnom postupku („Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014) predviđeno da se posebne dokazne radnje mogu preduzeti i u pogledu sledećih krivičnih dela iz grupe dela protiv privrede: falsifikovanje novca (čl. 223, st. 1 do 3), pranje novca (čl. 231, st. 1 do 4), zloupotreba položaja odgovornog lica (čl. 234), zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom (čl. 234a). Takođe, u čl. 320 predviđa se mogućnost zaključenja sporazuma o svedočenju okrivljenog o krivičnim delima iz već pomenutog čl. 162. Pored toga, potrebno je napomenuti da i Zakon o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnih dela („Sl. glasnik RS“, br. 32/2013) u čl. 2 predviđa mogućnost oduzimanja imovine za sledeća krivična dela iz grupe dela protiv privrede: falsifikovanje novca (čl. 223, st.3), falsifikovanje hartija od vrednosti (čl. 224, st.2), falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica (čl. 225, st.3), falsifikovanje znakova za vrednost (čl. 226, st.2), pravljenje, nabavljanje i davanje drugom sredstava za falsifikovanje (čl. 227), poreska utaja (čl. 229, st.2 i 3), krijumčarenje (čl. 230, st.2), pranje novca (čl. 231, st.2 do 4), zloupotreba položaja odgovornog lica (čl. 234, st.3), zloupotreba u vezi sa javnom nabavkom (čl. 234a, st.3), prouzrokovanje lažnog stečaja (čl. 236) i oštećenje poverioca (čl. 237). Naposletku, oblast privrednog krivičnog prava upotpunjena je i usvajanjem Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela („Sl. glasnik RS“, br. 97/2008).

4. KARAKTERISTIKE PRIVREDNOG KRIVIČNOG PRAVA

4.1. *Supsidijarni karakter*

Dok je u klasičnom krivičnom pravu prihvaćen njegov supsidijarni (*ultima ratio*) karakter, u privrednom krivičnom pravu po nekim mišljenjima postoje odstupanja od navedenog principa. Navodi se da krivično pravo zapravo i ne predstavlja najrepresivnije sredstvo u suzbijanju privrednog kriminaliteta, odnosno „propisivanje određenih krivičnih dela u ovoj oblasti pojavljuje se kao blaže u poređenju sa uspostavljanjem sveobuhvatne kontrolne mreže upravno pravnih mehanizama.“³⁴ Čini se ipak da primena krivičnog prava kroz izricanje krivičnih sankcija ima uticaja na učinoce ovih krivičnih dela, a da isto tako može uticati i na poslovanje privrednih subjekata. Izricanje krivičnih sankcija može uticati na reputaciju koju privredni subjekti imaju na tržištu, na poverenje njihovih klijenata kao i na konkurentsku po-

34 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 32.

ziciju koju na tržištu zauzimaju. Za razliku od građansko pravne, prekršajno pravne ili odgovornosti za privredne prestupe, krivične sankcije odlikuje i socijalno-etički prekoračak u čemu se po nekim autorima vidi oštrina krivičnog prava.³⁵ Sa druge strane, kada je u pitanju odgovornost pravnih lica za krivična dela čini se, bar kada je u pitanju naša sudska praksa, da veći uticaj na ponašanje privrednih subjekata mogu imati sankcije iz oblasti privrednih prestupa i prekršajnog prava imajući u vidu da do sada nije doneta nijedna pravnosnažna sudska presuda kojom se osuđuje pravno lice za izvršeno krivično delo.

4.2. Blanketni karakter krivičnih dela

Za krivična dela u oblasti privrede jedna od karakteristika je zastupljenost blanketnih normi, a po nekim autorima ovaj pristup u oblikovanju privrednih krivičnih dela čak ne može biti okarakterisan kao učestao, već tipičan.³⁶ Radi se o krivičnim delima koja imaju upućujući karakter i za čiju je primenu neophodno uzeti u obzir druge pravne norme, koje mogu biti sadržane u zakonima, ali i u podzakonskim aktima. Blanketno krivično delo postoji kada je razdvojenost bića i sankcije takva da se podrazumeva da sankcija mora biti na drugom mestu i u drugom trenutku upotpunjena bićem.³⁷ U teoriji se pravi razlika između spoljašnjeg upućivanja (za koje se navodi da predstavlja pravu blanketnu normu) koje podrazumeva da je za ispunjavanje krivično pravne norme zadužena kakva druga instanca, a ne krivični zakonodavac. Unutrašnje upućivanje, suprotno navedenom, podrazumeva nadležnost istog subjekta (ne misli se na zakonodavca uopšte, već na vrstu pravnih normi) za kompletiranje norme, što zapravo predstavlja posebnu tehniku zakonskog regulisanja tako da se u jednom delu zakona propisuju zabrane i dužnosti, a u drugom delu sankcije za njihovo kršenje. Kada je u pitanju spoljašnje upućivanje, zahteva se da ono bude precizno definisano, dok je kod upućivanja na podzakonske pravne akte potrebno da građanima već iz sâme formulacije blanketnog krivičnog dela budu jasno određeni uslovi pod kojima se kažnjava. Pored toga, pravi se i razlika između statičnog i dinamičnog upućivanja. Prvo obuhvata situacije u kojima se upućuje na norme koje u trenutku propisivanja krivičnih dela postoje, dok dinamično upućivanje podrazumeva da će tek u budućnosti pravni akt biti donet, što se u teoriji zbog nepreciznosti takve inkriminacije, kao i zabrane da se pitanje određenja šta se smatra krivičnim delom prepusti drugom subjektu, umesto krivičnom zakonodavcu, ne smatra dopuštenim.³⁸

Od blanketnih krivičnih dela treba razlikovati normativna obeležja bića čiji pojam zavisi od određenih pravnih normi ili određenih vrednovanja. U teoriji ne postoji jedinstven stav po pitanju razgraničenja ovih pojmova. Po jednom mišljenju normativno obeležje postoji uvek kada se radi o označavanju odnosno opisivanju zaštitnog objekta (na primer tuđa stvar). Naime, normativno obeležje služi zaštititi

35 K. Kühl, Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, in: U. Sieber et al. (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, p. 29-46.

36 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 55.

37 C. Roxin, *op.cit.*, p. 492.

38 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 55-60; H. Otto, *op.cit.*, p. 369-370.

vankrivičnog instituta (imovina), a krivično pravo se zbog svoje akcesorne prirode samo nadovezuje na postojeći institut, ne pretvarajući njegovo opisivanje u krivično pravno.³⁹ Pitanje razgraničenja nije čisto teorijskog karaktera, već ima i praktični značaj. Na prvom mestu, zabrana analogije (kreativne) važi kada je u pitanju blanketno krivično delo, odnosno navedena zabrana odnosi se na normu na koju se upućuje. Sa druge strane, određenje normativnih obeležja bića u celosti je akcesornog karaktera.⁴⁰ Tako će na primer lice koje ubije tuđu životinju odgovarati za krivično delo oštećenja tuđe stvari bez obzira što ne zna da se životinja sa građansko pravnog aspekta tretira kao pokretna stvar, ili što na primer ne zna da se pod ispravom podrazumeva svaki predmet (a ne samo pisana isprava) koji može poslužiti kao dokaz činjenice koja je pravno relevantna.⁴¹ Drugo, razgraničenje blanketnih krivičnih dela i normativnih obeležja bića važno je i zbog primene instituta stvarne/pravne zablude (videti u nastavku teksta).

4.3. Stvarna i pravna zabluda

Kod blanketnih krivičnih dela stvarna zabluda će postojati ukoliko učinilac nema predstavu ili ima pogrešnu predstavu o činjeničnim okolnostima norme na koju krivični zakonodavac upućuje.⁴² Tako će na primer lice biti u stvarnoj zabludi ako ne zna da mu je odobrenje za proizvodnju određene robe vremenski isteklo (čl. 242 KZ). Ako u istom slučaju uopšte ne zna da je za proizvodnju ili preradu određene robe potrebno odobrenje nadležnog organa lice će biti u pravnoj zabludi. U pogledu pravne zablude u literaturi se ističe da je teorija krivice neadekvatna i nepovoljna po učinioce krivičnih dela koja su sadržana u sporednom krivičnom zakonodavstvu, a među kojima su i privredna i krivična dela.⁴³ Po toj teoriji svest o protivpravnosti odnosno mogućnost svesti o protivpravnosti predstavlja samostalni element krivice. U slučaju postojanja neotklonjive pravne zablude isključena je krivica, dok otklonjiva pravna zabluda predstavlja samo fakultativni osnov za ublažavanje kazne, pri čemu umišljaj ostaje, odnosno otklonjiva pravna zabluda ne ostvaruje dejstvo na postojanje umišljaja.⁴⁴ Imajući u vidu da blanketna krivična dela upućuju na mnogobrojne zakonske i podzakonske akte, a u nekim slučajevima i na pojedinačne upravne akte, teško je očekivati da građani budu upoznati sa svim propisima. Međutim, primena teorije krivice stvara malo prostora za isključenje krivične odgovornosti. Ako bi se učiniooci i mogli pozivati na nedostatak aktuelne svesti o protivpravnosti, u najvećem broju slučajeva sud bi smatrao da je postojala potencijalna svest o protivpravnosti što može imati uticaja samo na planu odmeravanja kazne, ali ne i postojanja krivice. Zbog toga su neki autori predložili primenu teorije umišljaja kod blanketnih krivičnih dela, a posebno kada norma upućuje na

39 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 60.

40 C. Roxin, *op.cit.*, p. 157.

41 *Ibid.*, 487.

42 *Ibid.*, 492.

43 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 110-113; U. Weber, Grundsätze des Wirtschaftsstrafrecht II, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.2, 1984, p. 376-416.

44 N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Beograd, 2009, p. 66.

pojedinačni pravni akt.⁴⁵ Zastupnici ove teorije smatraju da umišljaj obuhvata ne samo svest o pojedinim obeležjima bića krivičnog dela, već i svest o protivpravnosti. Odatle proizlazi da mora biti u pitanju aktuelna svest što ovu teoriju vezuje za psihologizam, jer se svest o protivpravnosti tretira isključivo kao čist psihički proces bez normativnih elemenata. Na taj način se zanemaruje dužnost svakog člana društva, da prema svojim mogućnostima, ispita ispravnost svojih postupaka.⁴⁶ Nedostatak teorije umišljaja je upravo u tome što se ne može zahtevati u svim slučajevima postojanje aktuelne svesti, jer bi to značilo da građani moraju znati sve pravne propise. Kako to nije moguće, umišljaj bi vrlo često mogao biti isključen, a sva blanketna krivična dela faktički se ne bi ni primenjivala. Primena teorije krivice sa druge strane ostavlja malo prostora za isključenje krivične odgovornosti, jer će se lica koja se bave određenim privrednim aktivnostima po pravilu smatrati dužnim (pored toga bi se moralo utvrditi da li je postojala i mogućnost da se propisi poznaju) da znaju propise iz konkretne sfere poslovanja iako je s obzirom na njihovu mnogobrojnost moguće da lice bude u pravnoj zabludi. Čini se da bi rešenje moglo videti na planu drugačijeg formulisanja bića pojedinih krivičnih dela iz čijeg opisa nije jasno na koje se pravne propise upućuje. Tako je na primer u biću krivičnog dela nedozvoljene proizvodnje (čl. 242 KZ) predviđeno da će krivično delo postojati ukoliko neko neovlašćeno proizvodi ili prerađuje robu za čiju je proizvodnju ili prerađivanje potrebno odobrenje nadležnog organa. Za primenu ovog blanketnog krivičnog dela u obzir dolaze brojni propisi. Slično je i kod krivičnog dela nedozvoljene trgovine (čl. 243 KZ). Sa druge strane, u sporednom krivičnom zakonodavstvu su upućivanja sadržana u blanketnim normama preciznija, bez obzira što je zakonodavac mogao ta krivična dela definisati bez upućivanja na druge pravne norme. Tako je na primer u Zakonu o privrednim društvima u čl. 583 (krivično delo povrede dužnosti izbegavanja sukoba interesa) predviđeno da „ako lice iz čl. 61 koje ima posebnu dužnost prema društvu, povredi dužnost izbegavanja sukoba interesa iz čl. 69 tog zakona u nameri...“ Iz takve formulacije može se lako saznati ko ima dužnost prema društvu kao i šta se podrazumeva pod sukobom interesa. Naravno, takav način formulisanja ima više opravdanja kada se radi o unutrašnjem upućivanju. Kod spoljašnjeg upućivanja mogu nastati određene poteškoće, jer čim bi došlo do izmena u zakonima na koje se upućuje moralo bi doći i do izmene krivično pravnih propisa. No, kako najveći broj inkriminacija u Krivičnom zakoniku nema blanketni karakter, ne bi se moglo očekivati da dolazi do čestih izmena. Navedeno bi bilo u skladu sa napred pomenutim izlaganjem o blanketnim krivičnim delima kada se u slučajevima spoljašnjeg upućivanja zahteva da ono bude precizno određeno, dok je kod upućivanja na podzakonske pravne akte potrebno da građanima već iz same formulacije blanketnog krivičnog dela budu jasno određeni uslovi pod kojima se kažnjava.⁴⁷

45 U. Weber, *op.cit.*, p. 392-393.

46 N. Delić, *op.cit.*, p. 65-66.

47 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 55-60; H. Otto, *op.cit.*, p. 369-370. Iako kod nekih krivičnih dela, s obzirom na veliki broj propisa na koji se upućuje, opis bića može izgledati glomazno, to ne sprečava zakonodavce u uporednom pravu da formulišu krivična dela na opisani način. Tako na primer američki zakonodavac nezakonite aktivnosti kod krivičnog dela pranja novca definiše u sedam tačaka navodeći listu od nekoliko desetina krivičnih dela kao i druge zakonske akte u kojima

Kada su u pitanju normativna obeležja bića umišljaj učinioca ne mora da obuhvati tačnu pravnu predstavu ovog obeležja, već je dovoljno paralelno vrednovanje u laičkoj sferi.⁴⁸ Kao što je već navedeno, ukoliko se radi o pogrešnoj interpretaciji normativnog obeležja, u pitanju može biti pravna zabluda. No, ako se može shvatiti socijalni značaj bića krivičnog dela bez obzira na pogrešno razumevanje normativnog obeležja (na primer lice zna da stvar ne pripada samo njemu, već još jednom licu, ali pogrešno drži da je stvar tuđa samo ako isključivo pripada jednom licu, a ne i kada se radi o susvojini) umišljaj ostaje. Ako zbog pogrešnog vrednovanja normativnog obeležja učinilac ne može shvatiti ni socijalni značaj svog ponašanja postojaće stvarna zabluda jer će umišljaj biti isključen. Od posebnog značaja su i normativna obeležja koja su u biću krivičnog dela označena kao protivpravnost ili nezakonitost. Ako učinilac veruje da postoji neki osnov koji bi isključio protivpravnost takvog ponašanja, nalaziće se u pravnoj zabludi. Sa druge strane, ako učinilac pogrešno procenjuje činjenične okolnosti nalaziće se u stvarnoj zabludi.⁴⁹ Tako je na primer u čl. 234 KZ (zloupotreba položaja odgovornog lica) predviđeno da će se kazniti „odgovorno lice koje iskorišćavanjem svog položaja...pribavi sebi ili drugom protivpravnu imovinsku korist...“ Ako odgovorno lice pogrešno drži da ima potraživanje prema trećem licu od koga zloupotrebom ovlašćenja pribavlja protivpravnu korist, biće u stvarnoj zabludi jer pogrešno veruje da postoji činjenična okolnost koja isključuje protivpravnost.

4.4. Krivična dela čija se posledica sastoji u apstraktnoj opasnosti

Za krivična dela iz oblasti privrednog poslovanja se ističe da je apstraktna opasnost kao posledica tipična njihova karakteristika. Opredeljivanje zakonodavca za ovu vrstu ugrožavanja zaštitnog objekta ne nailazi na odobravanje u teoriji. Navodi se naime da se ovim krivičnim delima inkriminiše „predzaštitna“ zona,⁵⁰ kao i da se njima zaštita pruža „poverenju“ i „sigurnosti“ građana. Prigovori povodom zaštite ovih vrednosti već su navedeni napred u tekstu. Po nekim mišljenjima (Kindhäuser) sigurnost se ugrožava onda kada se ponašanjem učinioca povređuje društveno uspostavljena podela rizika. Shodno tome, krivična dela čija se posledica sastoji u ugrožavanju služe održavanju demokratski ustanovljene podele rizika kroz krivično pravne norme.⁵¹ Posebno se kritikuje kažnjavanje za krivična dela ugrožavanja učinjena iz nehata, a naročito nesvesnog nehata kada učinilac nema svest da svojim ponašanjem ugrožava zaštitni objekat. Takva konstrukcija krivičnog dela je opravdana samo kada su u pitanja dobra poput života ili tela. Slično, prigovor se upućuje i kada zakonodavac omogućava kažnjavanje za pokušaj krivičnog dela kojim se ugrožava zaštitni objekat, jer je ovde u pitanju još udaljeniji oblik ugrožavanja (nedovršeno krivično delo koje se već nalazi u „predzaštitnoj zoni“).⁵² Predlozi kako da se prenebregnu navedene manjkavosti su da se umesto dela sa apstraktnom predvide dela sa

su sadržana. Slično čini i nemački zakonodavac kod istog krivičnog dela (čl. 261 nemačkog Krivičnog zakonika).

48 K. Lackner, K. Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2011, p. 111.

49 C. Roxin, *op.cit.*, p. 490.

50 H. Otto, *op.cit.*, p. 363.

51 M. Mansdörfer, *op.cit.*, 71-86.

52 *Ibid.*

mešovitom apstraktno-konkretnom posledicom, jer u ovom slučaju postoji sjedinjenje apstrakne radnje izvršenja sa konkretno opasnom situacijom. Ne bi bilo opravdano da se u biću krivičnog dela pored apstraktnosti po privredu predviđa i posledica povrede po imovinu, jer bi u ovom slučaju primarni zaštitni objekat bilo ovo dobro, a ne privreda što bi promenilo i karakter krivičnog dela. Druga mogućnost je predviđanje objektivnog uslova inkriminacije.⁵³ Takođe, predlaže se i da se radnje izvršenja ovih dela konkretnije i preciznije odrede ili da se radnja sastoji u kršenju određene dužnosti.⁵⁴ U našem Krivičnom zakoniku krivična dela protiv privrede uglavnom su konstruisana tako da se njihova posledica sastoji u apstraktnoj opasnosti. U najvećem broju slučajeva mogu se učiniti samo umišljajno, dok je nehat predviđen kod dve inkriminacije (prouzrokovanje stečaja iz čl. 235 i odavanje poslovne tajne iz čl. 240).

5. ZAKLJUČAK

Krivična dela koja se vrše na štetu privrede su zbog posledica koje prouzrokuju, poteškoća u njihovom otkrivanju, u mnogim situacijama i zbog karakteristika učinilaca od značaja za proučavanje. Iako je već navedeno da privredno krivično pravo ne predstavlja neko zasebno krivično pravo, ima opravdanja za razmatranje ovog pojma. Navedeno posebno dolazi do izražaja u onim pravnim sistemima čiji krivični zakoni ne poznaju izdvojenu grupu krivičnih dela čiji je zaštitni objekat privreda. No, i u suprotnom, kao što je slučaj sa našim Krivičnim zakonikom, može se razmatrati da li i određena krivična dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva treba svrstati u privredno krivično pravo, a preispitivanju su podložna i neka krivična dela predviđena Krivičnim zakonikom čiji zaštitni objekat nije privreda. Određivanje pojma kao i klasifikacija privrednog krivičnog prava imaju pretežno teorijski karakter, ali je na taj način moguće precizirati segment privrede protiv kojeg je pojedino krivično delo usmereno, imajući u vidu heterogenost ovih inkriminacija, uz istovremeno analiziranje da li je zakonodavac zaštitu mogao postići već postojećim krivičnim delima (navedeno posebno dolazi do izražaja kod krivičnih dela iz sporednog krivičnog zakonodavstva čije su radnje izvršenja u nekim slučajevima tako određene da se mogu podvesti pod postojeće odredbe Krivičnog zakonika).

Za privredno krivično pravo veći značaj imaju analizirane specifičnosti opštih instituta. U radu je razmatrano nekoliko posebnosti ovih opštih pravila. U pogledu principa supsidijariteta, koji je po nekim mišljenjima, slabije izražen kod ovih krivičnih dela, zaključeno je da primena krivičnog prava kroz izricanje krivičnih sankcija ipak ima uticaja na učinioce ovih krivičnih dela, a da isto tako može uticati i na poslovanje privrednih subjekata. Suprotan stav mogao bi imati opravdanja kod krivične odgovornosti pravnih lica, imajući u vidu da i posle nekoliko godina od stupanja na snagu Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela nije doneta nijedna pravnosnažna sudska presuda. Princip supsidijariteta ima značaj i na planu propisivanja krivičnih dela, što posebno treba uzeti u obzir kod ovih inkriminacija prilikom razmatranja da li je zaštitu moguće ostvariti nekom drugom granom prava, a ne krivično pravnim normama. Kada su u pitanju blanketne inkriminacije,

53 H. Otto, *op.cit.*, p. 365-366.

54 K. Tiedemann, *op.cit.*, p. 30.

može se zaključiti da bi, posebno zbog primene instituta pravne zablude, moglo da se razmotri drugačije formulisanje takvih pravnih normi kako bi građanima već iz njihovog opisa bilo jasno koje je ponašanje kažnjivo. Teorijska razlika između blanketnih normi i normativnih obeležja bića ima i praktični značaj, jer zabrana analogije (kreativne) važi kada je u pitanju blanketno krivično delo, odnosno navedena zabrana odnosi se na normu na koju se upućuje, dok je sa druge strane određenje normativnih obeležja bića u celosti akcesornog karaktera. Naposljetku, tvrdnja da je za privredna krivična karakteristično predviđanje apstraktne opasnosti kao posledice važi i u našem pravnom sistemu, jer su bića krivičnih dela predviđena u grupi dela protiv privrede najčešće oblikovana na pomenuti način.

LITERATURA

- Adler F. et all, *Criminology*, Canada, 2008.
- Benson M. L., Simpson S. S., *White Collar Crime, an Opportunity Perspective*, New York, 2009.
- Brown S. E., Esbensen F. A., Geis G., *Criminology: Explaining Crime and its Context*, USA, 2010.
- Dannecker G., Knierim T. C., Hagemeyer A., *Insolvenzstrafrecht*, Heidelberg, 2012.
- Delić N., *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Beograd, 2009
- Đorđević Đ., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011
- Friedrichs D. O., *Trusted Criminals: White Collar Crime In Contemporary Society*, USA, 2009.
- Geis G., *White Collar and Corporate Crime: A Documentary and Reference Guide*, USA, 2011.
- Hefendehl R., Die Rechtsgutlehre und der Besondere Teil des Strafrechts, Ein dogmatisch-empirischer Vergleich von Chile, Deutschland und Spanien, *Zeitschrift für Internationale strafrechtsdogmatik*, 10/2012.
- Kiethe K., O. Hohmann, Insolvenzordnung, in: W. Joecks, R. Schmitz, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB: Band 6/1, Nebenstrafrecht II*, München, 2010.
- Kobe P., Krivična dela protiv privrede, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 4/1975.
- Kühl K., Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht, in: U. Sieber et all (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008.
- Lackner K., Kühl K., *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2011.
- Lampe E. J., Wirtschaftsstrafrecht, in: G. Fischer, J. C. B. Mohr (ed.), *Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft*, Band 09, Göttingen, 1982.
- Lukić N., *Suzbijanje organizovanog kriminaliteta – komparativni pristup*, Beograd, 2014
- Mansdörfer M., *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrecht, Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischem Handeln*, Heidelberg, 2011.
- Otto H., Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz), Dogmatischer Teil I, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 2, 1984.
- Pananis P., Gesetz über die Wertpapierhandel, in: W. Joecks, R. Schmitz, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB: Band 6/1, Nebenstrafrecht II*, München, 2010.
- Roxin C., Strafrecht, *Allgemeiner Teil*, München, 2006.
- Stojanović Z., Delić N., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2014.
- Tiedemann K., *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*, Köln, 2004.
- Tiedemann K., *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil*, Köln, 2006.
- Weber U., Grundsätze des Wirtschaftsstrafrecht II, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.2, 1984.

Wohlens W., Kudlich H., Wirtschaftsstrafrecht, Insbesondere Kapitalmarktstrafrecht, Insolvenzstrafrecht, Korruptionsstrafrecht, Glückspiel und Geldwäsche, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.3, 2010.

Zlatarić B, Problemi privrednih delikata, *Naša zakonitost*, br. 2/1955.

Natalija Lukić

School of Law, University in Belgrade

THE CONCEPT AND CHARACTERISTICS OF ECONOMIC CRIMINAL LAW

SUMMARY

In this article author examines concept and certain characteristics of economic criminal law. After introduction which explains the importance of this concept, the author firstly pays attention to definition of economic criminal law, which is differently defined in the literature. In criminology, for example, scientists define concept of white collar crime and corporate crime. Some of them assert that these crime types should be related to characteristics of offenders. On the other hand, definitions of economic criminal law are usually based on type of criminal behavior. In that regard, different approaches exist. Unlike some criminal codes, which do not contain special group of criminal offences against economy, in our Criminal Code situation has not changed since 1951 when this category of crimes was introduced. Considering that some criminal offences are regulated in other codes, the author examines which of them should be also determined as economic criminal offences. Furthermore, in this article one possible classification of these crimes is presented. Although, definition of economic criminal law concept and classification are mainly of theoretical significance, this approach offers the possibility of precise determination of economic values that are endangered by these crimes considering their heterogeneity. Also, theoretical approach enables comparison of criminal offences and analysis of necessity of their existence.

In the second part of the article author analyzes some characteristics of economic criminal law. One of them is subsidiarity (*ultima ratio*) of criminal law, which is according to some views weaker for these criminal offences. It is concluded that this assertion is questionable and that criminal law affects behavior of offenders of these crimes. The opposite could be said only for criminal liability of legal persons since until now courts have not sentenced any of them for crime commitment. Principle of subsidiarity should be also taken into account in legislator's consideration of adequacy of criminal law for crime suppression in economy. The author examines blanket character of economic crimes, since many authors emphasize that this is common for these criminal offences. It is concluded that, especially because of some problems that appear in the application of the institute of legal mistake (which is also thoroughly explained), some blanket criminal offences could be precisely regulated in order to enable their clearer and simpler understanding for citizens. Finally, assertion that economic criminal offences are characterized by abstract danger as a consequence is analyzed and it is concluded that this is true for our criminal law system.

Key words: economic criminal law, concept, classification, characteristics, secondary legislation.

TELESNO KAŽNJAVANJE DECE U KRIVIČNOPRAVNOM KONTEKSTU VRŠENJA RODITELJSKOG PRAVA

Apstrakt: Autor u radu analizira izmenjeni kontekst i dejstvo vršenja roditeljskog prava, ponajviše u pogledu (potencijalnog) ostvarenja bića krivičnog dela lake telesne povrede. Nakon prikaza međunarodnih i nacionalnih izvora u kojima su sadržana sada već znatno proširena prava dece, te dalje teorijskih modela isključenja odgovornosti roditelja, kritike i analize njihove primenljivosti u domaćim okvirima, slede predlozi za srpsko krivično pravo. Tu se govori o rešenjima na planu predviđenosti u zakonu (lični osnov isključenja kažnjivosti) i protivpravnosti (delo malog značaja, vršenje roditeljskog prava kao samostalni osnov isključenja protivpravnosti). Intencija je da se spreči nekontrolisano širenje kriminalnih zona i opterećivanje krivičnog prava i pravosuđa pritiskom koji vrše promene u drugim granama prava.

Ključne reči: dete, roditelj, roditeljsko pravo, disciplinsko kažnjavanje, telesna povreda, protivpravnost.

1. UVODNE NAPOMENE

„Batina je iz raja izašla“ – ova izreka unosi duh starih vremena u kojima je disciplinsko kažnjavanje¹ dece činilo sasvim uobičajeni deo vaspitanja, pa i neretko obrazovanja dece.² Ta vremena i slične izreke su iza nas; status dece, te samim tim način vršenja i opseg njihovog vaspitanja i obrazovanja, kao i uopšte njihova prava danas su značajno drugačiji. Tako je i sâma izreka promenila svoje značenje: batina je iz raja izašla zato što je – progšana.

S druge strane, teško se može sporiti to da dominantno popustljivo (permisivno) i prezaštitničko (invazivno) vaspitanje ne pripremaju decu za samostalni život u savremenom društvu.³ Roditeljima ipak treba ostaviti dovoljno prostora za sop-

* asistent, ivana.markovic@ius.bg.ac.rs

- 1 Idući od opšteg ka posebnom, redosled pojmova bi bio: vaspitanje – disciplinovanje – kažnjavanje.
- 2 Pravo na disciplinsko kažnjavanje dece od strane učitelja, vaspitača i profesora nesumnjivo ne postoji više. Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 72/2009, 52/2011 i 55/2013) u svom 103. članu, stavu 1. tački 4. garantuje deci i učenicima pravo na uvažavanje ličnosti i zaštitu od diskriminacije, nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja. Štaviše, u članu 69. stav 2. našeg Porodičnog zakona piše, između ostalog, da su roditelji dužni da štite dete od radnji drugih lica koje predstavljaju ponižavajuće postupke i kazne koje vredaju ljudsko dostojanstvo. Možda se vrlo ekstenzivnim tumačenjem ove odredbe može pojasniti slika/strip koji je postao popularan na društvenim mrežama, a koji prilično verno oslikava trenutno stanje: pre 50 godina su roditelji svom detetu-učeniku ljutito postavili pitanje „Otkud ovako loše ocene?“, dok danas to isto pitanje ljutito upućuju nastavniku.
- 3 Z. Milivojević, Telesno kažnjavanje dece – da, ali razumno, *Nova srpska politička misao*, 10. septembar 2011.

stvenu procenu i izbor metoda vaspitanja. Imajući to na umu, treba preispitati da li je i u kojoj meri telesno kažnjavanje dece u okviru vršenja roditeljskog prava, a u kontekstu krivičnog prava dozvoljeno, tj. gde su granice ulaska u kriminalnu zonu. Slikovito rečeno, da li će roditelji kod svakog udarca po stražnjici svog deteta morati da strahuju od krivičnopravne sankcije?

2. IZVORI PRAVA DECE

Odnos roditelja i dece prošao je tokom istorije kroz razne faze: od neograničene vlasti oca (*pater familias*) nad detetom u rimskom pravu, preko očinske ili roditeljske vlasti koju normiraju prve kodifikacije građanskog prava, do koncepta o pravima dece kao ljudskim pravima.⁴ U dvadesetom veku je patrijarhalni model uređenja porodičnih odnosa definitivno napušten, tako da je umesto instituta očinske ili roditeljske vlasti prihvaćena ustanova roditeljskog prava, odnosno roditeljskog staranja, kao zakonski pojam kojim se označava skup prava i obaveza koji u porodičnom pravu postoje između roditelja i dece.⁵ Njihov rastući značaj ogleda se u i u otpočetom procesu internacionalizacije priznanja i zaštite, i to najpre usvajanjem Deklaracije o pravima deteta („Ženevska deklaracija“) Društva naroda 1924. godine, potom usvajanjem Deklaracije o pravima deteta Ujedinjenih nacija 1959. godine do pravno obavezujuće, te samim tim uticajnije Konvencije o pravima deteta (u daljem tekstu Konvencija), koju je Generalna skupština Ujedinjenih nacija usvojila 1989. godine.⁶

Kao jedno od glavnih načela, Konvencija polazi od toga da su u svim aktivnostima koje se tiču dece na prvom mestu interesi deteta (član 3. stav 1. Konvencije). Član 19. reguliše zaštitu od primene nasilja, zlostavljanja i zapostavljanja,⁷ odnosno, u širem kontekstu kategorija pravâ deteta, pored prava na obezbeđenje (osnovno pravo dece na život i razvoj), prava na participaciju (njihova građanska i politička prava), u triparticiju ulazi i pravo na zaštitu od svake fizičke, seksualne i psihološke eksploatacije, kao i od bilo kakve diskriminacije ili drugog postupka štetnog za dete.⁸

4 M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, 7. izdanje, 2011, Beograd, str. 178.

5 M. Draškić, *ibid.*, str. 181.

6 <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, pristupljeno stranici: 2.6.2014. Konvenciju su do sada ratifikovale 193 države (stanje: 1. april 2014). To nisu učinile jedino Sjedinjene Američke Države i Somalija.

7 Član 19. Konvencije o pravima deteta glasi: „(1) Strane ugovornice će preduzeti odgovarajuće zakonske, administrativne, socijalne i obrazovne mere za zaštitu deteta od svih oblika fizičkog ili mentalnog nasilja, povređivanja ili zlostavljanja, zapostavljanja ili nemarnog postupanja, maltretiranja ili eksploatacije, uključujući seksualno zlostavljanje, dok je pod brigom roditelja, zakonskih zastupnika ili bilo koje druge osobe koja se brine o detetu. (2) Takve zaštitne mere treba, prema potrebi, da uključuju efikasne postupke za donošenje socijalnih programa za obezbeđivanje neophodne podrške detetu i onima koji se o detetu staraju, kao i drugih oblika zaštite i sprečavanja, utvrđivanja, prijavljivanja, prosljeđivanja, istrage, postupanja i praćenja slučajeva ovde navedenog zlostavljanja deteta i, po potrebi, obraćanja sudu.“ http://www.unicef.org/serbia/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultativnim_protokolima.pdf, pristupljeno stranici: 11. 06. 2014.

8 Više o tome: M. Draškić, *Prava dece i Konvencija UN o pravima deteta*, *Pravni zbornik*, br. 2-3/1995.

Zabranu diskriminacije, uključujući diskriminaciju po osnovu starosti, poznaje i Ustav Republike Srbije (član 21. stav 3).⁹ Neprikosnovenost ljudskog dostojanstva koje su dužni svi da poštuju i štite istaknuta je u članu 23. stavu 1. Ustava, dok prema članu 25. „niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka“ (garantija nepovredivosti fizičkog i psihičkog integriteta). Pored korpusa ovih opšte formulisanih prava koja važe za sve građane, posebno su u članu 64. istaknuta prava deteta,¹⁰ te u njegovom stavu 1. piše da deca uživaju ljudska prava primereno svom uzrastu i duševnoj zrelosti, dok se u trećem stavu ističe da su ona zaštićena od psihičkog, fizičkog, ekonomskog i svakog drugog iskorišćavanja ili zlopotrebljavanja. Imajući na umu razvoj prava deteta, valja naglasiti da je srpski Ustav iz 2006. godine prvi domaći ustavni tekst koji je prihvatio koncept da prava dece treba da budu priznata i zaštićena kao posebna kategorija ljudskih prava.¹¹ Govoreći u nastavku o pravima i dužnostima roditelja, u stavu 2. člana 65. predviđeno je da „sva ili pojedina prava¹² mogu jednom ili oboma roditeljima biti oduzeta ili ograničena samo odlukom suda, ako je to u najboljem interesu deteta, u skladu sa zakonom.“

Zakon kojim je to regulisano jeste Porodični zakon.¹³ Pre toga, Zakon u članu 5. stavu 2. predviđa da majka i dete uživaju posebnu zaštitu države, dok je shodno članu 6. svako dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svim aktivnostima koje se tiču deteta (stav 1); te je država dužna da preduzima sve potrebne mere za zaštitu deteta od zanemarivanja, od fizičkog, seksualnog i emocionalnog zlostavljanja i svake vrste eksploatacije (stav 2), kao što ima i obavezu da poštuje, štiti i unapređuje prava deteta (stav 3). Zabranjena je zlopotreba roditeljskog prava (član 7. stav 3), kao i nasilje u porodici, u pogledu čega je svakome zajemčena zaštita (član 10). Sadržina člana 67. tiče se smisla roditeljskog prava – ono je izvedeno iz dužnosti roditelja i postoji samo u meri koja je potrebna za zaštitu ličnosti, prava i interesa deteta. Nama najznačajnijim, jer je najprecizniji, čini se stav 2. člana 69.: „Roditelji ne smeju podvrgavati dete ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo deteta i dužni su da dete štite od takvih postupaka drugih lica“. Kazna, dakle, treba da je takva da ujedno vređa ljudsko dostojanstvo deteta; ne postoji automatizam „kazna jednako povreda dostojanstva“.

9 „Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 98/2006.

10 Postoji terminološka neusklađenost u vezi sa pojmom deteta. Ustav Republike Srbije (član 66. stav 4) i Porodični zakon (član 11) detetom smatraju lice mlađe od 18 godina (s tim da PZ u članu 64. razlikuje mlađeg i starijeg maloletnika prema tome da li je navršio 14 godina). Krivični zakonik detetom smatra lice koje nije navršilo 14 godina (član 112. stav 8), maloletnikom lice starosti od 14 do 18 godina (član 112. stav 9), poznajući kategorije mlađeg (od navršene 14. do 16. godine) i starijeg maloletnika (od navršene 16. do 18. godine), a zajednički naziv za decu i maloletnike jeste maloletna lica (član 112. stav 10). Neusklađenost postoji i u odnosu na međunarodne izvore, pa tako Konvencija o kompjuterskom kriminalitetu iz 2001. godine pod pojmom deteta obuhvata i maloletnika.

11 M. Draškić, *ibid.*, str. 183.

12 Ovde se misli na prava navedena u članu 65. stav 1.: „Roditelji imaju pravo i dužnost da izdržavaju, vaspitavaju i obrazuju svoju decu, i u tome su ravnopravni.“

13 „Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 18/2005 i 72/2011 .

Komparacije radi ćemo pomenuti odredbu nemačkog Građanskog zakonika (*Bürgerliches Gesetzbuch*, u daljem radu: BGB) koja se tiče zabrane telesnog kažnjavanja dece.¹⁴ 2000. godine donet je Zakon o osudi nasilja u vaspitanju,¹⁵ kojim je izmenjen § 1631 II BGB, te sada glasi: „Deca imaju pravo na vaspitanje bez nasilja. Telesna kažnjavanja, duševne povrede i ostale ponižavajuće mere nisu dozvoljene.“¹⁶ Time su vršenju roditeljskog prava kao osnovu isključenja protivpravnosti telesnih povreda, barem u onom obliku u kom je ono do tada postojalo, vrata jasno zatvorena, ali su se istovremeno otvorile rasprave o nejasnoćama povodom mogućnosti isključenja kažnjivosti za telesne povrede nanete prilikom vršenja roditeljskog prava. Isto tako, za razliku od rešenja iz srpskog Porodičnog zakona, ova odredba izričito, na prvom mestu nabraja telesno kažnjavanje.

Pogledajmo i Prednacrta srpskog Zakona o pravima deteta.¹⁷ U okviru prava na bezbednost iz člana 10, kao mere zaštite usmerene prema detetu i onima koji se o detetu staraju, naročito se ističu zaštita od psihickog, fizičkog, ekonomskog i svakog drugog nasilja, zlostavljanja i zanemarivanja i svakog oblika eksploatacije (stav 3. tačka 1); sprečavanje i suzbijanje vršenja protivpravnih dela protiv dece (stav 3. tačka 5) i zaštita od vršenja (upražnjavanja) običaja štetnih po život, zdravlje i bezbednost deteta, kao što su dečji brakovi, rano uključivanje dece u rad, vaspitavanja dece telesnim kažnjavanjem, neprimereno izlaganje tela ili delova tela deteta javnosti i slično (stav 3. tačka 8). U članu 13. se dalje kaže da je dostojanstvo deteta nepriksenoveno i da su svi dužni da ga poštuju i štite. Najeksplicitnija je odredba člana 14. koja govori o zabrani telesnog kažnjavanja i ograničavanja deteta:

- 14 U vezi sa telesnim kažnjavanjem dece često citirana i kritikovana je odluka Saveznog vrhovnog suda BGH iz 1986. godine u kojoj se sud, za razliku od prethodne odluke u prvom stepenu Zemaljskog suda u Siegen-u, nije usprotivio tome što je „otac svoju osmogodišnju kćerku vaspitavao tako što ju je više puta udario po zadnjici i butinama 1.4 cm debelim i u sebi stabilnim crevom za vodu, pri čemu su nastale široke crvene linije.“ (tzv. odluka o crevu za vodu). BGH *NStZ* 1987, 173.
- 15 Gesetz zur Ächtung von Gewalt in der Erziehung, *Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2000 Teil I Nr. 48.
- 16 Sadašnja formulacija § 1631 II BGB rezultat je jedne duge evolucije. Ranija verzija pomenutog paragrafa glasila je: „Otac može na osnovu prava vaspitanja prema detetu da primeni prikladna sredstva kažnjavanja.“ U prvi mah se, dakle, normiralo samo pravo oca na telesno kažnjavanje; majka ovo pravo nije imala (štaviše, mogla je da bude zadovoljna što je izbegla da i sama potpadne pod njega, kako primećuje npr. M. Heinrich, *Elterliche Züchtigung und Strafrecht*, *ZIS* 5/2011, S. 433). 1958. godine izvedeno je iz opšteg roditeljskog prava pravo na telesno kažnjavanje šireg kruga lica (oba roditelja, majke vanbračnog deteta, usvojilaca i staraoca). Zakonom o starateljskom pravu iz 1980. godine dodata je odrednica o zabrani ponižavajućih mera vaspitanja. Nakon predloga Komisije protiv nasilja i neuspelih zakonodavnih pokušaja, 1998. godine dopunom istog paragrafa zabranjeno je svako zlostavljanje dece, te je on sada glasio: „Ponižavajuće mere vaspitanja, posebno telesna i duševna zlostavljanja, nisu dozvoljene.“ U tom trenutku je i dalje postojala mogućnost da se iz pojma zlostavljanja izuzmu lakše telesne kazne izvršene u cilju vaspitanja. Nemački zakonodavac je, međutim, želeo da program vaspitanja bez nasilja još jasnije zakonski utvrdi, te je tako, inspirisan švedskim Zakonom o roditeljima, 2000. godine formulisao zakonsku odredbu ovako kako ona i danas glasi. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, München, 2006, S. 804.
- 17 Ovim Zakonom se uređuju prava deteta, način ostvarivanja prava deteta, načini i postupci zaštite prava deteta i obaveze, odgovornosti i ovlašćenja organa javne vlasti, pravnih i fizičkih lica u ostvarivanju i zaštiti prava deteta. Član 1. (Prednacrta) Zakona o pravima deteta, www.ombudsman.rs, pristupljeno stranici 12.06.2014. godine.

„Telesno kažnjavanje i ponižavajući postupci prema detetu u cilju disciplinovanja deteta zabranjeni su u svim sredinama.

Upotreba fizičke sile prema detetu i telesno ograničavanje deteta zabranjeni su.

Izuzetno od stava 2. ovog člana, upotreba fizičke sile i mere telesnog ograničavanja deteta mogu se na najkraće moguće vreme i samo u meri koja je neophodna radi zaštite života i zdravlja deteta, drugog lica ili zaštite imovine veće vrednosti, preduzeti u skladu sa zakonom, kada je to neophodno.“

Sistematskim tumačenjem ukazuje nam se značaj koji zakonodavac pridaje zabrani telesnog kažnjavanja dece, samim tim što ih, kao zasebno pravo, svrstava u Osnovne odredbe. Pod „svim sredinama“ koje se pominju u stavu 1. mogle bi se podrazumevati kako javna mesta, tako i privatnost porodičnog doma. Nije sasvim jasno ponavljanje zabrane u stavu 2., kao i ponavljanje uslova „neophodnosti“ u istom stavu. Isto tako, mogao bi se bliže odrediti pojam „telesnog ograničavanja“. Da li se tu mislilo na delovanje na detetovo telo koje „ne dostiže“ telesnu povredu ili se to odnosi na ono što bi u krivičnom pravu odgovaralo protivpravnom lišenju slobode? Ono što je pohvalno, to je predviđanje prilično detaljno formulisanog izuzetka u stavu 3. Tu se kumulativno zahteva da su upotreba fizičke sile i mere telesnog ograničavanja deteta trajale najkraće moguće vreme (premda generalna klauzula, čini se da će takva formulacija najbolje odgovarati pojedinom slučaju) i da su upotrebljeni samo u meri koja je neophodna radi zaštite tri kategorije: života i zdravlja deteta, života i zdravlja drugog lica ili imovine veće vrednosti. Prema shvatanju usvojenom na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 17. aprila 2007. godine veću vrednost predstavlja imovina koja prelazi iznos od trista hiljada dinara.¹⁸ Međutim, imajući u vidu da se govori o detetu, treba poći od toga da će iznos u tom kontekstu po pravilu biti manji od navedenog. Verovatno se radi o omašci zakonodavca što je ovaj izuzetak ograničio samo na stav 2, a ne i na stav 1. Iako postoji prostor za ispravljanje formulacije ovog izuzetka, ovakvo rešenje se ipak može oceniti kao potpunije u odnosu na rešenje nemačkog BGB, samim tim što je, predviđajući pomenute izuzetke, izbegao zakonsku krutost i uzeo u obzir životnu realnost, makar se ona ne poklapala u potpunosti sa proklamovanim načelima.

3. KRIVIČNOPRAVNI KONTEKST VRŠENJA RODITELJSKOG PRAVA – KAKO ISKLJUČITI KAŽNJIVOST ZBOG TELESNOG KAŽNJAVANJA DECE?

Neretko će se desiti da roditelj prilikom vršenja svog roditeljskog prava zadire u zaštićeno pravno dobro deteta. Tako može doći do ostvarenja bića najčešće sledećih krivičnih dela: protivpravnog lišenja slobode (član 132. KZ),¹⁹ prinude (član 135. KZ), uvrede (član 170, KZ), narušavanja nepovredivosti stana (član 139. KZ), povrede tajnosti pisama i drugih pošiljki (član 142. KZ), uništenja i oštećenja tuđe

18 Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo – Posebni deo*, 2. izdanje, Beograd, 2014, str. 190.

19 Krivični zakonik („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013).

stvari (član 212. KZ), nasilja u porodici (član 194. KZ).²⁰ Imajući u vidu pomenuti razvitak prava dece i promenjenu koncepciju roditeljskog prava, čini se da će se sve više nametati pitanje ostvarenja bića telesne povrede, pa samim tim i pitanje njenog krivičnogpravnog vrednovanja: gde je granica ulaska u kriminalnu zonu i ako je ona već prekoračena, da li i pod kojim uslovima može da se isključi kažnjivost roditelja-činilaca?

Trebalo bi da bude nesporno da zabrana telesnog kažnjavanja ne obuhvata sva-ko telesno delovanje na dete. Pridržavanje bebe na stolu za povijanje ili hvatanje za ruku deteta dok je upaljeno crveno svetlo na semaforu – to ne samo da ne predstavlja kažnjavanje, već je dozvoljeno, čak i poželjno ponašanje.²¹

Takođe je nesporno da u slučaju ostvarenja bića krivičnog dela teške telesne povrede (član 121. KZ) kažnjivost postoji. Probleme zadaju one znatno češće situacije – kada roditelj, na primer, udari dete po stražnjici ili mu „lupi“ šamar zbog neposlušnosti – da li to već predstavlja laku telesnu povredu?

Laka telesna povreda (član 122. KZ) sastoji se u lakom narušavanju telesnog integriteta, odnosno u lakom narušavanju zdravlja. S obzirom na to da zakon ne sadrži preciznija obeležja osnovnog oblika ovog krivičnog dela, pojam lake telesne povrede određuje se na osnovu obične teške telesne povrede, tj. na dvostruko posredan način (pošto se obična teška telesna povreda određuje pomoću pojma naročito teške telesne povrede).²² Pored obične lake telesne povrede iz stava 1. (kada ni na koji način nije doveden u opasnost život povređenog; kada deo tela ili organ nije nije znatno ili trajno oslabljen, tj. kada je oslabljen u manjoj meri i privremeno neki manje važan deo tela ili manje važan organ; kada nema ni trajne, ni privremene nesposobnosti za rad; kada zdravlje povređenog nije ni trajno, ni teško narušeno, tj. kada je to privremeno i lako; kada nije došlo do unakaženosti, niti trajne deformacije tela, već je došlo samo do privremenih promena u izgledu, poput modrica ili ogrebotina),²³ isti član predviđa i opasnu laku telesnu povredu, tj. običnu laku telesnu povredu koja je naneta oružjem, opasnim oruđem ili drugim sredstvom podobnim da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši (stav 2.).²⁴ Za običnu laku telesnu

20 Nesporno je da se u poslednje vreme intenzivno raspravlja o nasilju u porodici, pa samim tim i delovanju roditelja u tom pogledu. Tako E. Ćorović, Da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili nasilju nad decom?, *Crimen* br. 2/2012, M. Škulić i dr., *Nasilje u porodici*, Beograd, 2009.

21 C. Roxin, *op. cit.*, S. 804.

22 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, str. 427.

23 Z. Stojanović, *ibid.*

24 Pod sredstvom podobnim da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši smatraju se, između ostalog: kišobran (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 1775/01 od 17. decembra 2001. godine i presuda Opštinskog suda u Mladenovcu K. 41/01 od 11. maja 2001. godine, I. Simić, Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije, četvrta knjiga, Beograd, 2002, str. 97), štap dužine 60-70 cm debljine palca (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 548/02 od 19. aprila 2002 i presuda Petog opštinskog suda u Beogradu K. 926/99 od 11. oktobra 2000. godine., I. Simić, A. Trešnjević, Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije, peta knjiga, Beograd, 2004, str. 79), metalna kašika za obuvanje cipela dužine 35 cm (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 3009/04 od 20. januara 2005. i presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 504/03 od 22. aprila 2004. godine, I. Simić, A. Trešnjević, Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije, šesta knjiga, Beograd, 2005,

povredu zaprećena je novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine, dok je za opasnu laku telesnu povredu propisana kazna zatvora do tri godine. Za disciplinsko kažnjavanje dece je bitno šta će se smatrati jednim takvim oruđem, tj. drugim sredstvom. Nije dovoljna samo podobnost nekog predmeta da telo teško povredi; način upotrebe i deo tela na kome je naneta povreda takođe su merodavni.²⁵

Pokušaja iznalaženja pravnologički koherentnog puta za isključenje kažnjivosti roditelja ima nekoliko. Najpre, tvrdi se da zabrana telesnog kažnjavanja dece nije u skladu sa Ustavom garantovanim pravom roditelja da vaspitavaju svoju decu (član 65. Ustava Republike Srbije, Art. 6 II, 1 Osnovnog zakona Nemačke).²⁶ Ovim argumentom zanemaruje se činjenica da moderni pedagoški principi mahom ne uključuju više telesne kazne kao poželjni metod vaspitanja, te im ne pružaju više legitimitet, pa samim tim u njima ne vide (više ni) segment roditeljskog prava. S druge strane, pošto nas u prvom koraku zanima legalitet, u drugom legitimitet, a ne može se tvrditi da naš Ustav proklamuje neki konkretan pedagoški pristup, ne može se ni tvrditi da je ustavnim odredbama telesno kažnjavanje dece zabranjeno. Na Ustavu zasnovana argumentacija ostaje, dakle, ambivalentna.

Specifičnije tumači ovo pitanje *Hoyer*. Iako deca imaju pravo na vaspitanje bez nasilja, roditelji u okviru svog prava, pored vaspitanja, imaju pravo da dete neguju, nadziru i određuju mu mesto boravka, što, prema njegovim rečima, nije obuhvaćeno gorepomenutom zabranom nasilja: „Ukoliko je telesna kazna usmerena ka tome da se zaštite pravna dobra deteta ili trećeg lica, onda tu § 1631 II BGB uopšte nije merodavan, na primer ukoliko dete treba da se motiviše da se ne igra na ulici ili da ne oštećuje tuđu imovinu“.²⁷ *Hoyer* telesne kazne ne vidi kao segment prava vaspitanja, već ih ubraja u pravo na negu i/ili nadzor. Njegovo shvatanje bi pre moglo da se

str. 68), varjača („Okrivljeni je oglašen krivim da je lako telesno povredio svoje maloletno dete drvenom varjačom, sredstvom podobnim da se telo teško povredi. Dete je radeći domaći zadatak napravilo grešku, što je okrivljenog iziritiralo te je uzeo varjaču i više puta je udario po telu, navevši joj pri tome lake telesne povrede.“ Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2258/04 od 16. septembra 2004. i presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 651/04 od 10. juna 2004. godine, *ibid.*, str. 67), dvadesetčetvorozilni kabl dužine 40 cm, a debljine 13 mm (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 1075/99 od 24. juna 1999. i presuda Opštinskog suda u Mladenovcu K. 20/99 od 24. februara 1999. godine, I. Simić, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga, Beograd, 2000, str. 86), kabl za struju (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2155/00 od 20. decembra 2000. i presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu K. 1567/99 od 23. jula 2000. godine, I. Simić, *ibid.*, četvrta knjiga, str. 97). Uporedi sa fn. 14. Spornim se čini određenje suda da „delovi ljudskog tela ne predstavljaju sredstvo podobno da telo teško povredi“ (Rešenje Okružnog suda u Beogradu Kž. 422/03 od 21. februara 2003. godine i rešenje Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 871/02 od 2. decembra 2002. godine, I. Simić, A. Trešnjev, *ibid.*, peta knjiga, str. 78).

- 25 Tako Z. Stojanović, *op.cit.*, str. 428, A. Eser, *Schönke-Schröder Kommentar*, 28. neu bearbeitete Auflage, München, 2010 § 223 Rz. 4 i J. A. Sicker, Zu den Gefahren einer rein teleologischen Auslegung – dargestellt am Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs, *ZStW* 2014, S. 794, 796-797. Sicker kritički konstatuje da nemački sudovi „opasnost“ ne vide više u svojstvima oruđa, već u opasnoj upotrebi bilo kojih predmeta (poput ofingera, šala, svežnja ključeva i pojasa za vezivanje u motornom vozilu). *Ibid.*, S. 797.
- 26 Tako: T. Noak, Zur Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts aus strafrechtlicher Sicht, *JR*, 2002, S. 402; G. Roellecke, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?, *NJW*, 1999, S. 337.
- 27 A. Hoyer, Im Strafrecht nichts Neues? – Zur strafrechtlichen Bedeutung des § 1631 II BGB, *Fam-RZ*, 2001, S. 521-522, 524.

prihvati za srpsko nego za nemačko rešenje. Prva kritika usmerena je ka nesaglasju sa odredbom BGB, koja govori uopšteno o telesnom kažnjavanju, a ne o kažnjavanju u vaspitne svrhe. U rešenju iz našeg Prednacrtu Zakona o pravima deteta upravo se dodaje odrednica da je kažnjavanje učinjeno u cilju disciplinovanja i uz izuzetak (zaštita detetovog života i zdravlja, drugog lica ili imovine veće vrednosti) koji se poklapa sa *Hoyer*-ovim shvatanjem, dok prema Porodičnom zakonu kazna treba da bude takva da vređa ljudsko dostojanstvo deteta. Iako nije netačna druga kritika da to jeste vaspitanje, jer „vaspitate dete da ne šteti sebi ili drugima“,²⁸ nema razloga da se ono ne tumači šire i kao vršenje nadzora, ukoliko bi se time izbegle nesaglasnosti (u nemačkom rešenju). Naposletku, iako pedagoški nije poželjno da se nešto kažnjava, a nešto dozvoljava, životna realnost u ovom segmentu ljudskih odnosa može da „iz/zadrži“ izvjesnu dozu fleksibilnosti.

Shvatanje koje je zastupao *Beulke* problematiku rešava na nivou predviđenosti u zakonu.²⁹ On, naime, telesne kazne smatra zabranjenim samo ako su istovremeno bile i ponižavajuće. Ukoliko su bile prikladne i vaspitno prihvatljive, nema zlostavljanja, pa samim tim ni ostvarenja bića krivičnog dela. On, doduše, priznaje da će to najčešće ipak biti slučaj, tako da nova verzija § 1631 II BGB dovodi do proširenja kriminalne zone. Njegovo rešenje, slično prethodnom, bilo bi prihvatljivije za srpsko (gde se u članu 69. stavu 2. Porodičnog zakona zaista govori o „ponižavajućim postupcima i kaznama koje vređaju ljudsko dostojanstvo“), nego za nemačko pravo. U nemačkom pravu se insistira na jezičkom tumačenju norme prema kojoj su sve telesne kazne, bez obzira na karakter, zabranjene. U materijalima koji su pratili zakonodavni proces može se pročitati da „vršenje roditeljskog prava ne predstavlja više osnov isključenja protivpravnosti još od proteklog saziva parlamenta.“³⁰

Nasuprot tome, *Kühl* ostaje pri shvatanju da vršenje roditeljskog prava jeste osnov koji isključuje protivpravnost, jer smatra da se zabrana „odnosi samo na telesne kazne koje ujedno predstavljaju ponižavajuće mere“.³¹ On se time ne kreće na liniji novog nemačkog rešenja koje stavlja znak jednakosti između pojmova telesne kazne i ponižavajućih mera, ali se zato i ovo rešenje može bolje uklopiti u postavku srpskog zakonodavca koji ne poznaje ovakvo izjednačavanje.

Heinrich se isto tako kreće na polju protivpravnosti, ali rešenje vidi u jednom drugom osnovu njenog isključenja: u krajnjoj nuždi. Pri tome, on razlikuje dve grupe slučajeva koje bi došle u obzir: prva je kada je dete toliko „tvrdoglavo“ (iliti neposlušno) „da se (objektivno) nenasilnim vaspitnim merama roditelja vaspitno dejstvo više ne čini mogućim (nevaspitoljivost deteta)“; druga kada „vaspitač (subjektivno) nije više u stanju da deluje vaspitno, a bez primene nasilja (preopterećenost roditelja).“³² Da dete ne bi dospelo u „prazni prostor u vaspitanju“, *Heinrich* zago-

28 C. Roxin, *op. cit.*, S. 808.

29 W. Beulke, Neufassung des § 1631 Absatz 2 BGB und Strafbarkeit gemäß § 223 StGB – Darf der Erziehungsberechtigte in Ausnahmefällen eine „maßvolle Ohrfeige“ erteilen?, *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003, S. 29.

30 C. Roxin, Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung, *JuS*, Heft 3/2004, S. 178.

31 Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. neu bearbeitete Auflage, München, 2011, § 223, Rn. 11.

32 M. Heinrich, Münchener Habilitationsvortrag, Typoskript, 2001, S. 17.

vara umerene telesne kazne, i to kada interes deteta za vaspitanjem „odnosi značajnu prevagu“ nad njegovim pravom na telesnu nepovredivost, pri čemu bi granice „značajne prevage“ bile istovetne sa granicama dosadašnjeg roditeljskog prava.³³ Što, prema njegovim rečima, i dalje čini nekažnjivim šamar ili udarac po stražnjici, a ne opravdava krvave rane, podlive, udarce nogom, udarce nakon vezivanja, itd.³⁴ Postojanju jednog vakuuma suprotstavlja se to da postoje odgovarajuće mere zaštite dece i maloletnika, tj. diverzioni modeli u procesnom pravu. *Heinrich* tome suprotstavlja da oni nosiocu roditeljskog prava ne pružaju alternativu da se drugačije ponaša pošto je delo već izvršio.³⁵ Dalje navodi da, premda kod krajnje nužde nije tipična konstelacija da su nosilac ugroženog/povređenog i zaštićenog dobra jedna te ista osoba, nema ničeg spornog u tome. Iako bi se to rešavalo na osnovu pretpostavljenog pristanka povređenog,³⁶ *Heinrich* na ovom mestu citira *Roxina* koji kaže da to ne važi kada „nosilac pravnog dobra nije sposoban da dâ pristanak ili kada ne može da raspolaze individualnim pravnim dobrom.“³⁷ Koliko god da je u fokusu vaspitanja vaspitavani, to ne znači da on može obavezujuće da odlučuje o tome koje vaspitne mere će u odnosu na njega biti primenjene.³⁸ Treći kritički argument odnosi se na postojanje za primenu krajnje nužde neophodnog elementa opasnosti (od razvitka deteta u pogrešnom smeru) koja se na drugi način nije mogla otkloniti. *Heinrich* ovde prigovara da, iako postavka nemačkog rešenja jeste takva da se dete može uvek bez telesnih kazni vaspitavati, u već pomenutim slučajevima to jednostavno nije realno, da „se ne može osporavati da, uprkos navodnim ili stvarnim pedagoškim saznanjima, neće svako moći da se uklopi u idealnu sliku potpuno suverenog vaspitača koji uspeva da reši i najtežu situaciju bez famoznog šamara.“³⁹

Günther u ovoj raspravi pravo roditelja na telesno kažnjavanje dece svrstava u institut koji je on i razvio – u osnove isključenja krivičnog neprava (*Strafunrechtsausschließungsgrund*).⁴⁰ S jedne strane stoje osnovi isključenja protivpravnosti koji se odnose na celokupni pravni poredak, a s druge strane imamo osnove isključenja krivičnog neprava, koji usled nepostojanja podobnosti za kaznu (*Strafwürdigkeit*)

33 M. Heinrich, *Elterliche Züchtigung und Strafrecht*, ZIS 5/2011, S. 441.

34 M. Heinrich, *ibid.*, S. 442.

35 M. Heinrich, *ibid.*

36 Više o pristanku i pretpostavljenom pristanku povređenog: I. Marković, *Pristanak povređenog u krivičnom pravu, Kaznena reakcija u Srbiji I deo* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2011.

37 *Heinrich* citira deo iz udžbenika C. Roxin, *Strafrecht AT I*, München, 2006, § 17 Rn. 45. M. Heinrich (2011), *op. cit.*, S. 442.

38 M. Heinrich, *ibid.*

39 M. Heinrich, *ibid.*, S. 441.

40 *Günther* razlikuje dve vrste osnova isključenja protivpravnosti: prave osnove isključenja protivpravnosti i (prosto) osnove isključenja krivičnog neprava. Pod prvima se podrazumevaju norme dopuštenja, koje ponašanje koje ispunjava zakonski opis bića izuzetno dozvoljavaju i time čine pravovaljanim. Osnovi isključenja krivičnog neprava, nasuprot tome, anuliraju samo krivično nepravu dela. Osnov isključenja protivpravnosti *legalizuje*, dok osnov isključenja krivičnog neprava *dekriminalizuje*. Normoteorijski prvi deluje već na nivou dispozicije (primarna norma), a drugi deluje na nivou sankcije (sekundarna norma). H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, S. 253-257; cit. prema: A. Engländer, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Tübingen, 2008.

isključuju samo krivično nepravo.⁴¹ U ovom primeru bi to značilo da građansko-pravna zabrana telesnog kažnjavanja ne utiče na krivičnopravnu zabranu, jer se „vlast države nad porodicom smatra kriminalnopolitički necelishodnim“.⁴² Telesno kažnjavanje jeste porodičnopravno zabranjeno, ali se istovremeno izbegava „kriminalizacija porodice“. Kritike upućene na račun ove teorije izviru iz šireg konteksta pitanja neophodnosti postojanja zakonskog osnova, i užeg konteksta da li i zabrana i sankcija moraju da potiču iz iste grane prava. Nije sporno da će osnovi isključenja protivpravnosti ili osnovi isključenja krivice proizvesti dejstvo, ali sporno je da li i u kojoj meri to mogu da čine i osnovi koje su razvile teorija i praksa. Drugim rečima, da li se stvaranjem dodatnih, vanzakonskih osnova isključenja neprava/protivpravnosti od strane sudije krši načelo zakonitosti (prevashodno segment *lex certa*)? Ovo pitanje zbog svoje fundamentalnosti koju ne treba osmotriti samo iz jednog ugla, kao i zbog svog obima prevazilazi postavku ovog rada. Ipak, smatramo da i vanzakonski (tačnije: vankrivičnozakonski)⁴³ razlozi u pogledu kojih postoje stabilni dogmatski temelji i prihvaćenost od strane sudske prakse zaslužuju svoje mesto među osnovama koji isključuju treći element opšteg pojma krivičnog dela.⁴⁴

4. PREDLOZI REŠENJA ZA SRPSKO PRAVO

Moguća rešenja krivičnopravnog regulisanja fizičkog kažnjavanja dece u srpskom pravu počnimo *Roxin*-ovim kratkim, a pregnantnim predlogom da se ono postavi kao lični osnov isključenja kažnjivosti ukoliko nosilac roditeljskog prava u konkretnom slučaju iz vaspitnih razloga na težak prestup deteta ili maloletnika uzvrati odmerenom telesnom kaznom. Time bi se izbeglo kažnjavanje roditelja „kada van-

41 Krivičnopravnu od protivpravnosti druge grane prava razlikuje Stojanović kada govori o delu malog značaja: „Naime, iako u konkretnom slučaju neko činjenično stanje može u potpunosti biti podvedeno pod zakonski opis nekog krivičnog dela, čime je istovremeno ostvaren i element predviđenosti u zakonu, mali značaj konkretnog dela ukazuje na nedostatak krivične protivpravnosti u materijalnom smislu. S obzirom na izričitu krivičnopravnu normu koja kaže da nije krivično delo ono delo koje je malog značaja, reč je o osnovu koji u našem krivičnom zakonodavstvu isključuje i formalnu krivičnu protivpravnost. To ne znači da je isključena i protivpravnost uopšte. Delo iako nije protivpravno u smislu krivičnog prava, može ostati protivpravno s aspekta neke druge grane prava.“ Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 21. izdanje, 2014, str. 144-145. Bačić smatra da delo koje je u smislu krivičnog prava neznatno društveno opasno nije „krivičnopravno protupravno“. F. Bačić, *Krivično pravo – Opći dio*, 2. izdanje, Zagreb, str. 197.

42 C. Roxin, *op. cit.*, S. 806.

43 Vankrivičnozakonski osnovi isključenja protivpravnosti bi bio najprecizniji termin, ukoliko ostajemo pri postavci da se osnovama izričito predviđenim u krivičnom zakonodavstvu isključuje samo krivična protivpravnost, tj. pri tome da „krivičnu protivpravnost isključuje samo krivično zakonodavstvo“.

44 Ukoliko se, pak, insistira na primeni zakonskih osnova isključenja protivpravnosti, onda bismo, pored već pomenute krajnje nužde, mogli da razmislimo o nužnoj odbrani/nužnoj pomoći. Njena primena je, doduše, malo verovatna, jer je teško zamislivo da postoji napad deteta na roditelja/treće lice od kog se može odbraniti samo ostvarenjem biča dela, a čak i da je tako, opet ćemo se vrlo lako vratiti na teren kažnjivosti zbog prekoračenja granica nužne odbrane. Odbijanje napada, uostalom, nije baš tipična situacija vršenja roditeljskog prava, odnosno zahtevalo bi logičku akrobaciju da se pod to podvede. Deluje apsurdno da roditelj vrši svoje roditeljsko pravo tako što se brani od deteta.

krivičnopravni ciljevi odnesu prevagu nad potrebom za kažnjavanjem.⁴⁵ Podsetimo, u našem pravu se lični osnov isključenja kazne pominje npr. kod osnovnog oblika krivičnog dela neprijavlivanja pripremanja krivičnog dela iz člana 331. KZ, za koje je zaprećena novčana kazna ili zatvor do jedne godine; ista kazna, dakle, kao za osnovni oblik lake telesne povrede. Iako se radi o različitim zaštitnim objektima, upoređivanje težine ovih krivičnih dela bi apstraktno gledano opravdalo gorepomenutu dogmatsku konstrukciju i u našem pravu.⁴⁶ S druge strane, ako se pridržavamo dosadašnje zakonodavne tehnike, onda bi i ovaj lični osnov morao da nađe svoj odraz u zakonskom tekstu, što bi, pak, moglo da optereti, predimensionira tekst zakona.

Drugo moguće rešenje odnosi se na primenu instituta dela malog značaja (član 18. KZ).⁴⁷ Za razliku od krajnje nužde, čija primena može da bude sporna, uslovi za delo malog značaja se kod fizičkih kazni mogu lakše ispuniti, uključujući uslov koji se odnosi na propisanu novčanu kaznu ili kaznu zatvora do pet godina.⁴⁸ Suštinski gledano, može se, dalje, povući paralela između pomenute „prevage vankrivičnopravnih ciljeva u odnosu na potrebu za kažnjavanjem“ i trećeg uslova kod dela malog značaja da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije.

Naposletku, vršenje roditeljskog prava može da se shvati kao vankrivičnozakonski osnov isključenja protivpravnosti,⁴⁹ uz nužno preciziranje njegovih uslova. Najpre, treba da postoji povod za primenu telesne kazne – konkretni detetov prestup (npr. razbijena vazna ili odbijanje da se udalji od otvorenog prozora). U tom kontekstu, kazna objektivno treba da bude pogodna za postizanje vaspitnog cilja (dete treba da uvidi štetnost svog ponašanja, da ga ne ponavlja, itd), ali ne u smislu da, slično kao kod nužne odbrane, objektivno nisu postojale druge mere da se on postigne, već kada, po oceni roditelja, drugi postupci nisu/ne bi bili dovoljno efikasni. Oni ovde imaju određeno slobodno polje procene, a u obzir se uzimaju opšte ponašanje deteta, njegov uzrast (jasno je da sasvim mala deca ne mogu da shvate značaj svog ponašanja) i njegova zrelost.⁵⁰

Drugi uslov odnosi se na umerenost i prikladnost fizičke kazne. Ona se ispoljava u okviru jednog individualnog „vaspitnog programa“ gde je način kažnjavanja presudan. Već je rečeno da je teška telesna povreda crvena linija koja se ne sme preći, dok se ispunjen opis bića lake telesne povrede ovim putem teži opravdati. Mero-davne će biti okolnosti konkretnog slučaja koje treba da stoje u razumnom odnosu

45 C. Roxin, *ibid.*, S. 810.

46 Štaviše, kod krivičnog dela pomoći učiniocu posle izvršenog krivičnog dela iz člana 333. KZ, gde je takođe predviđen lični osnov isključenja kažnjivosti u stavu 5, propisane kazne su još više (novčana kazna ili zatvor do tri godine; zatvor od šest meseci do pet godina; zatvor od jedne do osam godina), što bismo mogli da dovedemo u paralelu sa opasnom lakom telesnom povredom za koju je propisana kazna zatvora do tri godine.

47 Više o delu malog značaja: N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, 2009; N. Delić, Delo malog značaja i stvarno kajanje u Krivičnom zakoniku, *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 1/2014, str. 23-40.

48 Čorović predlaže primenu instituta dela malog značaja i u odnosu na (teže) krivično delo nasilja u porodici (član 194. KZ), uz odgovorajuće zakonske korekcije (razdvajanje težeg oblika ovog krivičnog dela učinjenog prema maloletnom licu u drugi stav, tj. izmena propisane kazne). E. Čorović, *op. cit.*, str. 218.

49 Ilti kao osnov isključenja krivičnog neprava, prema Güntheru.

50 K. Kühl, *Strafrecht AT*, 6. Auflage, 2008, S. 293.

sa težinom prestupa. Parametri mogu biti uzrast deteta, njegova telesna i duševna konstitucija, vrsta i jačina udarca (otvorenim dlanom, prstima ili predmetom poput šibe ili kaiša; što se povezuje sa konstitucijom i snagom roditelja – intenzitet bola može biti isti kada majka udari dete prutom kao kada otac to učini rukom),⁵¹ mesto udarca (udarci po debelom mesu ili butini po pravilu će biti manje opasni, manje će boleti i biće manje ponižavajući od udarca po glavi, vratu i stomaku), posledice na telu (masnice, podlivi, rane), vremenski odnos sa prekršajem (koristi se da bi se prekinulo određeno ponašanje ili nakon toga, u što kraćem roku od pojave ponašanja), pretnja telesnom kaznom kao upozorenje, učestalost primene (treba da bude povremena i izuzetna) i okruženje⁵² (izvršava se, po mogućstvu, u privatnom okruženju da bi se kod deteta izbeglo nepotrebno dodatno osećanje poniženja u javnosti). Sve ove parametre treba posmatrati u kontekstu konkretnog roditelja i konkretnog deteta, tako da se telesna kazna u tom slučaju prikaže kao prikladna i razumna.⁵³

Treći uslov jeste vaspitna svrha, tj. već pomenuti vaspitni cilj koji se tom vrstom kažnjavanja želi postići (uviđanje svog prestupa i ispravnosti kažnjavanja, neponavljanje u budućnosti, iliti, uopštenije rečeno, razvijanje i jačanje samokontrole i socijalizacije deteta). Motivi roditelja ne smeju biti bes, mržnja, razdraženost, agresivnost, zadovoljenje sadističkih poriva i sl.

Ovako postavljene uslovi uklapaju se u jednu odluku našeg suda koja govori o vaspitanju dece: „Prekomerno i bezrazložno brutalno kažnjavanje dece ne predstavlja vaspitavanje dece, već upravo radnju ovog krivičnog dela (nasilja u porodici, prim. I. M.).“⁵⁴ Iz obrazloženja presude postaje jasan intenzitet primenjenog nasilja i pretnji koji dovode do ostvarenja bića krivičnog dela, dok ujedno odrednica da „prekomerno i brutalno kažnjavanje dece za svaku sitnicu koju oni učine ne predstavlja radnju vaspitavanja dece“ ukazuje da nije *a priori* isključeno svako telesno kažnjavanje, već ga postavlja u opšte okvire (da ne bude prekomerno, brutalno, učestalo i bez pravog povoda – „za svaku sitnicu“), čije se dalje preciziranje, pak, poklapa sa pomenutim uslovima.

51 Vid. fn. 22 i 23.

52 Kako smo već mogli da vidimo, u Prednacrtu Zakona o pravima deteta pominje se ovaj parametar.

53 Z. Milivojević, *op. cit.*

54 „Prvostepenom presudom okrivljeni je oglašen krivim da je nezadovoljan uspehom svoje dece u školi, otvorenom šakom, a zatim i cipelom udario maloletnog sina po glavi i telu, zatim ga naterao da se skine go, da trči po dvorištu i da se valja po snegu, da je njega i drugog sina naterao da legnu preko kreveta, pa ih je dvadesetak puta udario kaišem preko zadnjice, da bi zatim prvom sinu zabranio izlazak iz sobe i uskratilo hranu, a tom prilikom mu naneo višestruke lake telesne povrede. Nakon par dana, nezadovoljan što je njegov drugi sin dirao mobilni telefon pocepao mu duksericu, kaišem udario više puta po vratu i golim leđima, pa mu zatim pretio rečima: „sad ću ti odsećem uvo“, da bi ga iz sobe izgurao majka, nakon čega je otišao u dečju sobu, razbacao stvari po sobi i rekao: „imate rok do sutra da sredite sve ovo, inače ću vas pobiti.“

Neosnovano se žalbom branioca okrivljenog ističe da okrivljeni nije izvršio krivično delo nasilja u porodici, već da okrivljeni vaspitava svoju decu, da prilikom vaspitavanja mora da koristi oštrije metode s obzirom na to da sa decom ima probleme, da ga deca ne slušaju i da su slabi đaci u školi.

Upravo prekomerno i brutalno kažnjavanje dece za svaku sitnicu koju oni učine ne predstavlja radnju vaspitavanja dece, već upravo radnju izvršenja ovog krivičnog dela.“ Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2049/04 od 14. septembra 2004. i presuda Petog opštinskog suda u Beogradu K. 410/04 od 26. maja 2004. godine, I. Simić, A. Trešnjev, *op. cit.*, šesta knjiga, str. 101.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Pravni poredak treba shvatiti kao jedan živ, isprepleten organizam u kom promene u jednom njegovom delu, u manjoj ili većoj meri utiču i na neki njegov drugi deo. Tako ustavnopravno-/porodičnopravno-/ljudskopravno proširenje prava dece sužava, na drugoj strani, prava roditelja, što i ne bi bilo zabrinjavajuće, da to nema moguće implikacije i na polju krivičnog prava.

Dolazimo do jedne paradoksalne situacije: da se, u poslednje vreme izričito, insistira na rasterećenju pravosuđa, i to preko materijalnopravnih instituta (poput dela malog značaja) i procesnopravnih mogućnosti (načelo oportuniteta krivičnog gonjenja),⁵⁵ dok se istovremeno „otvaraju“ do sada nesporni slučajevi koji bi mogli da ga optereće, a da se pri tome radi o porodičnim odnosima u kojima je domet krivičnog prava, čini se, već u velikoj meri dostignut. Ne vide se dogmatska utemeljenost i kriminalnopolitička potreba za intervenisanjem.

Stoga će za srpsko krivično pravo zadovoljavajuće rešenje biti ono koje prihvati neko od pomenutih solucija isključenja kažnjivosti (lični osnov isključenja kazne; delo malog značaja; vršenje roditeljskog prava kao samostalni osnov isključenja protivpravnosti, kod koga će, zbog specifičnijeg/ličnijeg odnosa aktera, i uslovi biti individualizovaniji nego kod drugih osnova). Vrlo je verovatno da će roditelji, ma koliko društvo u kom žive bilo liberalno postavljeno prema proširenju prava dece (mada je upitno koliko ovakve tendencije uopšte doprinose njihovom pravilnom razvoju), često biti u (indirektnoj) pravnoj zabludi, tako da je to razlog više da se stvari od početka, odnosno što ranije postave na jasne osnove.

Ukoliko se okolnosti usled kojih je došlo do povrede detetovog pravnog dobra uzmu u obzir kasnije, tj. tek u fazi odmeravanja kazne, pored unošenja disbalansa u relaciju dete-roditelj, neće se izbeći ni (makar manja) stigmatizacija. No, čak i jedno „kasno uzimanje u obzir“ ovih činjenica, shvatljivije i prihvatljivije je nego osuda zbog nečeg do sada nespornog, a to je da roditelji nužno moraju da imaju slobodu u vaspitanju svoje dece, sve dok se kreću u do sada jasno postavljenim i prihvatljivim krivičnopravnim okvirima. Ono do čega dolazi prihvatanjem apelativnih normi (kako se pojedini izvori mogu shvatiti) iz vankrivične sfere jeste zamagljivanje tih granica.

Sažeto rečeno: gornja (teška telesna povreda) i donja (telesno delovanje uopšte) granica kažnjivosti su jasne; siva zona između (posebno ostvarenje bića lake telesne povrede) može dovesti do pravne nesigurnosti i (vankrivičnopravno iniciranog) proširenja kriminalne zone koja svoj osnov ima u idealizovanoj predstavi da će svaki roditelj svako svoje dete moći da vaspita bez telesnih kazni. Imajući na umu životnu realnost treba dogmatski razraditi rešenje za njihovu nekažnjivost koje će, poštujući tendencije pojačane pravne osetljivosti spram prava dece, biti vrlo jasno postavljeno.

⁵⁵ Pri tome se trenutno zapaža tendencija davanja prednosti (fleksibilnijim) procesnopravnim mehanizmima. Vid. N. Delić (2014), str. 39. Međutim, u konstelaciji roditelj-dete prednost ipak treba da zadrži materijalnopravni instituti, jer se njima suštinski negira odgovornost roditelja.

LITERATURA

- Bačić F., *Krivično pravo – Opći dio*, 2 izdanje, Zagreb.
- Beulke W., Neufassung des § 1631 Absatz 2 BGB und Strafbarkeit gemäß § 223 StGB – Darf der Erziehungsberechtigte in Ausnahmefällen eine „maßvolle Ohrfeige“ erteilen?, *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie*, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, 2003.
- Delić N., Delo malog značaja i stvarno kajanje u Krivičnom zakoniku, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 1/2014.
- Delić N., *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, 2009.
- Draškić M., *Porodično pravo i prava deteta*, 7. izdanje, 2011, Beograd.
- Draškić M., Prava dece i Konvencija UN o pravima deteta, *Pravni zbornik*, br. 2–3/1995.
- Eser A., *Schönke-Schröder Kommentar*, 28. neu bearbeitete Auflage, München, 2010.
- Günther H.-L., Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1983, S. 253–257; cit. prema: A. Engländer, Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen, 2008.
- Heinrich M., Elterliche Züchtigung und Strafrecht, *ZIS* 5/2011.
- Heinrich M., Münchener Habilitationsvortrag, Typoskript, 2001.
- Hoyer A., Im Strafrecht nichts Neues? – Zur strafrechtlichen Bedeutung des § 1631 II BGB, *FamRZ*, 2001.
- Kühl K., *Strafrecht AT*, 6. Auflage, 2008.
- Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. neu bearbeitete Auflage, München, 2011.
- Marković I., Pristanak povređenog u krivičnom pravu, *Kaznena reakcija u Srbiji I deo* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2011.
- Milivojević Z., Telesno kažnjavanje dece – da, ali razumno, *Nova srpska politička misao*, 10. septembar 2011.
- Noak T., Zur Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts aus strafrechtlicher Sicht, *JR*, 2002.
- Roellecke G., Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?, *NJW*, 1999.
- Roxin S., Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung, *JuS*, Heft 3/2004.
- Roxin S., *Strafrecht AT I*, München, 2006.
- Sickor J. A., Zu den Gefahren einer rein teleologischen Auslegung – dargestellt am Begriff des „gefährlichen Werkzeugs“ im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs, *ZStW* 2014.
- Simić I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, četvrta knjiga*, Beograd, 2002.
- Simić I., Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd, 2004.
- Simić I., Trešnjev A., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga*, Beograd, 2005.
- Simić I., *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga*, Beograd, 2000.
- Stojanović Z., *Krivično pravo – opšti deo*, 21. izdanje, 2014.
- Stojanović Z., Delić N., *Krivično pravo – Posebni deo*, 2. izdanje, Beograd, 2014.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, četvrto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Ćorović E., Da li je reč o osnovu isključenja protivpravnosti krivičnog dela ili nasilju nad decom?, *Crimen* br. 2/2012.

Škulić M. i dr., *Nasilje u porodici*, Beograd, 2009.

Konvencije i zakonski izvori

1. Gesetz zur Ächtung von Gewalt in der Erziehung (*Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2000 Teil I Nr. 48.)
2. Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 72/2009, 52/2011 i 55/2013)
3. Konvencija o pravima deteta (http://www.unicef.org/serbia/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultativnim_protokolima.pdf, pristupljeno stranici: 11. 06. 2014.)
4. Krivični zakonik („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013).
5. Porodični zakon („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 18/2005 i 72/2011)
6. Ustav Republike Srbije („Sl. glasnik Republike Srbije“, br. 98/2006)

Ivana Marković

Juristische Fakultät der Universität Belgrad

DAS ELTERLICHE ZÜCHTIGUNGSRECHT IM STRAFRECHTLICHEN KONTEXT

ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Abhandlung geht es um das Züchtigungsrecht der Eltern, welches im Laufe der Entwicklung von Kinderrechten deutliche Schranken erfahren hat, so dass sich mittlerweile die Frage nach ihrer strafrechtlichen Beurteilung stellt. Insbesondere wird hierbei eine Grenze zur (leichten) Körperverletzung zu ziehen sein.

Nach einigen Einleitungsanmerkungen werden zunächst die internationalen Quellen (Deklarationen, Konventionen) dargestellt, um danach die nationale (serbische) Rechtslage (Verfassung, Familiengesetz, Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Kinderrechten) zu durchleuchten. Auch hier reagiert der Gesetzgeber vermehrt empfindlich auf Körperstrafen als Erziehungsmethode; allerdings verbietet er explizit nur erniedrigende Handlungen und Strafen, die die Menschenwürde verletzen.

Im dritten Teil werden allgemeine Lösungsansätze dargeboten (Unvereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben zum Erziehungsrecht; systematische Umverortung des Züchtigungsrechts außerhalb des Erziehungsrechts; zusätzliches Einfügen der Qualifikation „erniedrigend“ um Körperstrafen zu verbieten; Rechtfertigung durch Notstand; Züchtigungsrecht als Strafunrechtsausschlussgrund).

Der vierte und vorletzte Abschnitt ist den Vorschlägen für das serbische Strafrecht gewidmet. Dabei könnte man die Strafbarkeit der Eltern durch einen persönlichen Strafausschlussgrund, bzw. durch den Rechtfertigungsgrund der Tat von geringer Bedeutung oder der Aufstellung des elterlichen Züchtigungsrechts als eigenständigen Rechtfertigungsgrund vermeiden. Beim letztgenannten wäre es insbesondere wichtig, genaue Bedingungen (Züchtigungsanlass, Angemessenheit und Erziehungszweck), die erfüllt sein müssen, zu bestimmen. Im Gegensatz zum deutschen Recht, welches in der Abhandlung auszugsweise

rechtsvergleichend betrachtet wurde, hat sich das serbische Recht dem elterlichen Züchtigungsrecht als Rechtsfertigungsgrund (noch) nicht verschlossen.

In den zusammenfassenden Bemerkungen wird abschließend herausgestellt, dass die Grenzen nach oben (schwere Körperverletzung) und unten (körperliche Einwirkung im Allgemeinen) klar sind; die Grauzone dazwischen (insbesondere die Erfüllung des Tatbestandes der leichten Körperverletzung) allerdings zu Rechtsunsicherheit und einer (außerstrafrechtlich durchgesetzten) Erweiterung der Kriminalzone führen kann, welche sich auf eine lebensfremde Vorstellung einer Erziehung ohne jegliche körperliche Korrektivmaßnahmen/Strafen stützen. Die Lebenswirklichkeit bejahend sollte eine Strafflosigkeit der Eltern dogmatisch herausgearbeitet und, mit den Tendenzen einer verstärkten Rechtsempfindlichkeit gegenüber Kinderrechten in Einklang bringend, präzise aufgestellt werden.

Schlüsselwörter: Kind, Eltern, Erziehungsrecht, Züchtigungsrecht, Körperverletzung, Rechtswidrigkeit.

CONTENTS

FOREWORD	
<i>Zoran Stojanović</i> STATUS OF ACCOMPLICES IN THE CRIMINAL LAW: BETWEEN ACCESSORINESS AND AUTONOMY	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> ACTUALITY OF THE BOOK <i>ON CRIMES AND PUNISHMENTS</i> -on the occasion of the 250th anniversary of the book-	17
<i>Milan Škulić</i> THE BASIC CRIMINALISTIC'S AND SOME CRIMINAL LAW ASPECTS OF ENGAGEMENT OF THE UNDERCOVER AGENT	38
<i>Goran P. Ilić</i> CONSTITUTIONAL BASIS FOR RESTRICTING THE RIGHT TO LIBERTY AND SECURITY	70
<i>Milovan M. Mitrović</i> UNEMPLOYMENT AND CRIMINALITY IN SERBIA	84
<i>Boris Begović</i> POLICE PROTECTION AND CRIME: AN ECONOMIC ANALYSIS	98
<i>Dorđe Đorđević</i> UNAUTHORIZED ARCHEOLOGICAL EXCAVATIONS	117
<i>Nataša Delić</i> CRIMINAL OFFENCES OF TERRORISM IN THE CRIMINAL CODE OF SERBIA AFTER THE AMENDMENT OF 2012	131
<i>Igor Vuković</i> THE PURPOSE OF PUNISHMENT AS A CRITERION OF SENTENCING ..	152
<i>Marija Karanikić Mirić</i> CIVIL LIABILITY OF LEGAL ENTITIES UNDER ART. 172 OF SERBIAN LAW ON OBLIGATIONS	166

Biljana Simeunović-Patić

CONTEMPORARY CONCEPTUAL FRAMEWORKS AND
EFFECTIVENESS OF OFFENDER REHABILITATION 187

Ljubinka Kovačević

EMPLOYEE MISCONDUCT AND TERMINATION OF EMPLOYMENT –
DISTINGUISHING BETWEEN DISCIPLINARY OFFENCE AND SIMILAR
GROUNDS FOR DISMISSAL 213

Vanja Bajović

NE BIS IN IDEM PRINCIPLE..... 239

Ivan Đokić

AIDING AS A FORM OF COMPLICITY..... 253

Natalija Lukić

THE CONCEPT AND CHARACTERISTICS
OF ECONOMIC CRIMINAL LAW 268

Ivana Marković

DAS ELTERLICHE ZÜCHTIGUNGSRECHT IM
STRAFRECHTLICHEN KONTEXT 285

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

IV deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

28

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

Zoran Grac

Tiraž

100

ISBN 978-86-7630-516-2

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 #4 / urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet
Univerziteta, 2014 (Beograd : Dosije studio). – IX, 302 str. ; 24
cm. – (#Biblioteka #Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 28)

"...rezultat rada na projektu br. 179051 'Kaznena reakcija u
Srbiji kao ključni element pravne države'..." --> kolofon. –
Tiraž 100. – Str. VII–IX: Predgovor / urednik. – Napomene i
bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu radova.
– Summaries.

ISBN 978-86-7630-516-2

1. Игњатовић, Ђорђе [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство – Србија – Зборници

б) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 209842956

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 (2 izdanja)
7. Delić N.: NOVA REŠENJA OPŠTIH INSTITUTA U KZS
8. Klark R.: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
10. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – III (Ignjatović Đ. ed.)
11. Pradel Ž.: KOMPARATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIJE U KRIMINOLOGIJI
13. Bajović V.: SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE – Uperedno-pravni prikaz
14. Sabo D.: OD ANTROPOLOGIJE DO KOMPARATIVNE KRIMINOLOGIJE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z, Kolarić D: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
16. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – IV (Ignjatović Đ. ed.)
17. Hulsman L., Bernat de Celis J.: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA
19. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI (Ignjatović Đ. ed.)
20. Felson M.: ZLOČIN I SVAKODNEVNI ŽIVOT (prevod: Lukić N.)
21. Wolfgang M., Ferakuti F.: POTKULTURA NASILJA (prevod: Ljubičić D.)
22. Zolo D.: KO KAŽE HUMANOST... Rat, pravo i globalni poredak (prevod: Katanić Z.)
23. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI II (Ignjatović Đ. ed.)
24. Ignjatović Đ.: KOMPARACIJA KRIMINALITETA I KAZNENE REAKCIJE: SRBIJA – EVROPA
25. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI III (Ignjatović Đ. ed.)
26. Delić N.: NOVA REŠENJA U POSEBNOM DELU KZ SRBIJE
27. Lukić N.: SUZBIJANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA
28. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI IV (Ignjatović Đ. ed.)

ISBN 978-86-7630-516-2

