



Biblioteka

CRIMEN

48

*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*

© Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 2020.

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

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

X deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Zoran Stojanović

Prof. dr Gorazd Meško

Prof. dr Zoran Ilić

Beograd, 2020.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
<i>Dorđe Ignjatović</i> KRITIKE PRIMENE ČELIJSKE IZOLACIJE I NJIHOVI EFEKTI	1
<i>Milan Škulić</i> IMAJU LI BUDUĆNOST MEĐUNARODNO KRIVIČNO PRAVO I MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUD?	36
<i>Boris Begović</i> KNJIŽEVNOST I EKONOMSKA ANALIZA KRIMINALA: OD FJODORA M. DOSTOJEVSKOG DO GARIJA S. BEKERA I NAZAD	83
<i>Nataša Delić</i> KRIVIČNO DELO RASNA I DRUGA DISKRIMINACIJA (ČLAN 387. KZ) – PRECIZIRANJE GRANICA KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE	108
<i>Goran P. Ilić</i> UZIMANJE DNK UZORAKA I PRAVO NA PRIVATNOST U KRIVIČNOM POSTUPKU	131
<i>Igor Vuković</i> KRIVIČNO DELO UGROŽAVANJA TERITORIJALNE CELINE I MOGUĆA ODGOVORNOST NAJVIŠIH DRŽAVNIH ORGANA	148
<i>Marija Karanikić Mirić</i> GRANICE ODGOVORNOSTI POSLODAVCA ZA ZAPOSLENOG	161
<i>Jovan Ćirić</i> POGREŠNA ZASTAVA (FALSE FLAG)	183
<i>Dorđe Đorđević</i> KRIVIČNO DELO NAPAD NA ADVOKATA	197
<i>Dragana Kolarić</i> VIŠESTRUKI POVRAT U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE – OSVRT NA ZAKON O IZMENAMA I DOPUNAMA KRIVIČNOG ZAKONIKA IZ 2019. GODINE	208

Biljana Simeunović-Patić

SEKSUALNA VIKTIMIZACIJA OSOBA MUŠKOG POLA. 218

Ljubinka Kovačević

RADNO ANGAŽOVANJE SUBJEKATA NEREGULARNIH MIGRACIJA 231

Vanja Bajović

ODGOVORNOST ZA UPOTREBU HEMIJSKOG I BIOLOŠKOG ORUŽJA
PRED MEĐUNARODNIM KRIVIČNIM SUDOM 263

Ivan Đokić

PREVENTIVNO ZATVARANJE UČINILACA OPASNIH PO DRUŠTVO
– VIŠESTRUKI POVRAT I MERE BEZBEDNOSTI – 279

Natalija Lukić

EVALUACIJA MERA KRIMINALNE POLITIKE PREMA MALOLETNIM
UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA 300

Jovana Banović

JEDAN OSVRT NA NOVELE KRIVIČNOG ZAKONIKA (2019)
– USLOVNA OSUDA I (VIŠESTRUKI) POVRAT 329

Ivana Radisavljević

ODUZIMANJE IMOVINE U GRAĐANSKOM POSTUPKU
(IN REM ODUZIMANJE) 346

PREDGOVOR

Jubilarni, deseti tom kolektivne monografije *Kaznena reakcija u Srbiji* na preko 360 strana donosi sedamnaest priloga istraživača na istoimenom Projektu koji finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Srbije.

U prvom se ukazuje na kritike ćelijske izolacije (i supermaks ustanova u kojima se ovaj vid izvršenja kazne zatvora sprovodi) koje očigledno nisu bile poznate našim zakonodavcima kada su 2009. na mala vrata (posebnim zakonom u odnosu na Zakon o izvršenju krivičnih sankcija) uveli ovakav tretman za posebnu kategoriju učinilaca krivičnih dela. Očigledno su se rukovodili idejom: „kada postoji u SAD (gde je 1970. „vraćena iz mrtvih“), zašto se ne bismo ugledali na njih“. Autor je tekst napisao sa ciljem da ukaže kakve su moguće posledice ovakvog rešenja i u želji da podstakne da oni koji donose odluke preispitaju njegovu primenu ili bar da doprinese sprečavanju daljeg širenja tog modela.

Profesor Milan Škulić u svom, po obimu skoro monografskom, radu nastoji da odgovori na pitanje: imaju li međunarodno krivično pravo i Međunarodni krivični sud budućnost? Na osnovu iskustava procesa u Nirnbergu i Tokiju, kao i analize postupanja *ad hoc* tribunala, autor ukazuje koliko spornih pitanja otvaraju ovakvi pokušaji deljenja međunarodne pravde kada se ima u vidu da u njihovom nastanku i delovanju veći značaj imaju politički ciljevi pobednika nego poštovanje (čak i osnovnih) principa na kojima se već vekovima gradi krivično pravo. Izvesnu nadu u tom pogledu davalo je formiranje stalnog Međunarodnog krivičnog suda (MKS), ali se pokazalo da je ona limitirana ne smo činjenicom da najveće svetske sile koje odlučujuće utiču na geostratešku sliku sveta ne priznaju njegovu nadležnost, a oni koji (kao EU) to traže od zemalja kandidata za članstvo, istovremeno preduzimaju sve da se norme Statuta MKS ne primene na pripadnike njihovih oružanih snaga.

Za prof. Borisa Begovića izazov je predstavljala primena bekerovske ekonomske analize kriminaliteta i kažnjavanja na deo književnog opusa velikana svetske književnosti Fjodora Dostojevskog (analizirana su dela Braća Karamazovi, Zločin i kazna, Idiot, Kockar i dva zapisa: iz mrtvog doma i iz podzemlja). Autor posle detaljnog uvida dolazi do zaključka da postoji značajno podudaranje u načinu na koji Beker i Dostojevski razumeju i objašnjavaju zločin i kažnjavanje; ut to, negativno se izjašnjavaju o primeni kazne zatvora i njenom učinku. Takvo poklapanje manje je kod pitanja kako uticati na smanjenje broja neprihvatljivih ponašanja.

Jednoj inkriminaciji iz Posebnog dela Krivičnog zakonika (KZ) – u pitanju je delo Rasna i druga diskriminacija – okupirala je pažnju prof. Nataše Delić. Za nju je osnovni problem kod ovog dela određivanje granica krivično pravne zaštite. Kao plod teorijske analize objektivnih i subjektivnih elemenata dela i prakse domaćih i Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) proistekli su predlozi da se inkriminacija

iz čl. 387 KZ nomotehnički doradi, da se precizira radnja izvršenja, a njen peti oblik predvidi kao posebna inkriminacija u drugoj Glavi KZ.

Profesor Goran Ilić iskoristio je jednu presudu ESLJP (Dragan Petrović protiv Srbije) kako bi ukazao na značaj poštovanja prava na privatnost pri uzimanju DNK uzoraka radi utvrđivanja istine u krivičnom postupku. Ova presuda po autoru predstavlja odstupanje od ustaljene prakse Suda i primer nedoslednosti. Ukazuje se i na niz nepovoljnih tendencija i širenje prakse koja ne doprinosi autoritetu ove institucije.

U radu koji sledi data je analiza krivičnog dela Ugrožavanje teritorijalne celine u kontekstu u javnosti povremeno pominjane „razmene teritorija“ kao rešenja za „Kosovski čvor“. S tim u vezi autor, prof. Igor Vuković, se – budući da bi se moglo raditi o protivustavnom aktu – bavi mogućnošću da za takvu delatnost (ukoliko prethodno ne bude izmenjen Ustav Srbije) nosioci najviših funkcija u Republici (osim poslanika koje štiti imunitet) krivično odgovaraju. Njegov zaključak je da takva mogućnost postoji jer su inkriminacijom iz čl. 307 KZ kažnjive i pripreme radnje i da bi o toj okolnosti trebalo da vode svi predstavnici države na pregovorima o primeni Rezolucije 1244 Saveta bezbednosti u pogledu budućeg statusa AP Kosovo i Metohija.

Granice odgovornosti poslodavca za štetu koju njegov zaposleni prouzrokuje trećim licima je pitanje kojim se u svom prilogu bavi prof. Marija Karanikić, ukazujući na rešenja koja su zastupljena u našem i komparativnom pravu. Sva analizirana zakonodavstva postavljaju granice do kojih doseže odgovornost poslodavca – u našem građanskom pravu, odgovornost poslodavca postoji „ako je zaposleni štetu nanео na radu ili u vezi sa radom“ (slično je i u francuskom, nemačkom i engleskom pravu). Time je sudovima ostavljeno da tumače kada je navedeni uslov zadovoljen.

Naučni savetnik dr Jovan Ćirić skreće pažnju na prevarne akte preduzete da bi se opravdao neki unapred zacrtani cilj. Taj fenomen odomaćio se u društvenim naukama pod nazivom (isticanje) „pogrešne zastave“. Dati su brojni istorijski primeri takve prakse – od Starog Rima, preko nacističke Nemačke koja ih je koristila i na unutrašnjem (paljenje Rajhstaga) i na međunarodnom planu (isceniran povod za napad na Poljsku 1939. kojim je započeo Drugi svetski rat¹) – do niza takvih događaja koji su poslednjih decenija trebali da opravdaju i daju legitimitet čitavom nizu vojnih operacija koje su preduzete (neke i na prostoru ranije SFRJ) izvan mehanizma kolektivne bezbednosti UN.

Jedna od inkriminacija uvedenih poslednjom novelom KZ iz 2019. – Napad na advokata – podstakla je prof. Đorđe Đorđevića da ukaže na brojne nedoumice koje otvara. Od neusklađenosti sa ostalim u Zakoniku sadržanim odredbama, do problema sa kojima će se sresti sudska praksa u primeni. Autor ne dovodi u pitanje samo način na koji je inkriminacija iz čl. 336a KZ na često nerazumljiv način regulisala zaštitu advokata, članova njihovih porodica i imovine koja im pripada (sve rasprostranjeniji model „smandrljavanja“ posla oko noveliranje KZ), nego i samu potrebu njenog uvođenja u naš krivični sistem.

1 Interesantno je da i prof. Škulić, koji je takođe sudija Ustavnog suda, u svom prilogu ovoj knjizi piše o istom marifetluku nacista.

Profesor Dragana Kolarić piše o višestrukome povratu u krivičnom pravu Srbije koji je ponovo uveden iako je ne tako davno, sa vrlo ozbiljnom argumentacijom, ukinut (kao i mnogim drugim modernim krivičnim zakonodavstvima). To jasna posledica jačanja penalnog populizma koji vodi u pravcu širenja represije. Iako je ova „renesansa“ višestrukog povrata anahronizam, autorka ističe da je to ipak manje zlo od onog koje je pretilo: postojala je, naime, kako kaže i mogućnost da na predlog MUP bude uvedeno nešto što se i u zemlji koja ga je „patentirala“ pokazalo kao apsolutni promašaj – da se naše krivično pravo „obogati“ unošenjem američkih pravila o kažnjavanju za slučajeve tzv. „trećeg udarca“.

U krivičnim naukama zanemarena je tema seksualna viktimizacija muškaraca. Njime se bavi prof. Biljana Simeunović koja ukazuje da ovaj vid kriminaliteta odstupa od (i u naše vreme raširenih) rodni stereotipa. Daju se (uz ono što se o tome može naći u biltenima našeg Zavoda za statistiku) i podaci o seksualnoj viktimizaciji muškaraca koji se mogu naći u stranoj literaturi. Iz njih proizlazi da su viktimizaciji češće izloženi mlađi, lica sa posebnim potrebama, zatvorenici u kaznenim ustanovama. Takođe, ukazuje se i na zapažene sličnosti i razliku u pogledu viktimizacije muškaraca i žena uz naglašavanje da mačo mentalitet i pritisak okruženja dovode do manje spremnosti muškaraca da prijave ovakvu viktimizaciju u odnosu na žene žrtve. Zaključak je da (i pored izuzetno visoke tamne brojke u evidentiranju ovakvih dela) istraživanja pokazuju da seksualna viktimizacija muškaraca uopšte nije sporadičan i da se treba založiti za to da se ona više istraži.

Radno angažovanje neregularnih („ilegalnih“) migranata pitanje na kome se susreću radno, upravno (imigraciono) i kazneno pravo. Njime se bavi prof. Ljubinka Kovačević i ističe da su ova lica često izložena najsirovijoj eksploataciji i zloupotrebama jer poslodavci smatraju da im mogu doneti ekstra profit time što im se ne garantuju ni minimalni uslovi koje imaju ostali zaposleni. Zato je izuzetno važno pitanje kažnjavanja poslodavaca za ovakve zloupotrebe u radnom angažovanju ilegalnih migranata.

Profesor Vanja Bajović obrađuje temu koja ima veze sa trenutnom opasnošću od širenja zaraze izazvane virusom COVID-19. Naime u javnosti su se pojavile vesti / glasine da je ovaj virus hemijsko i biološko oružje namerno upotrebljeno kako bi se postigli neki globalni ciljevi. Iako ne zastupa ovakvo gledište, autorka se zapitala da li bi MKS, da je zaista u pitanju hemijsko odn. biološko oružje, mogao da sankcioniše one koji su ga stvorili i pustili „u promet“. Čak i da je tako, ističe se u radu, MKS ne bi imao nikakvu nadležnost u odnosu na ta lica jer u njegovom Statutu inkriminacija koja sadrži radnju upotreba hemijskog i biološkog oružja ne postoji.

Više krivičnih zakonodavstava sadrži, kako navodi doc. Ivan Đokić, mogućnost da se prema učinocima koji su i po izdržanoj kazni zatvora opasni po društvo izrekne specifična mera bezbednosti kao produženo lišenje slobode. Autor analizira rešenja primenjena u Engleskoj, Švedskoj, Holandiji i (posebno detaljno) u Nemačkoj i zaključuje da je ono manje opravdano od doživotnog zatvora, o čemu bi se moglo diskutovati.

O evaluaciji mera kriminalne politike prema maloletnim prestupnicima piše doc. Natalija Lukić. Posle opštih izlaganja o kriminalnoj politici, ona se koncentriše

na množinu načina reagovanja na krivična dela maloletnika u okviru osnovne podele na: - vankrivične (u ranom životnom uzrastu; u školi; i prevencija zloupotrebe psihoaktivnih supstance) i - krivične mere i konstatuje da se klatno reagovanja kreće između dve krajnosti – modela pravde i modela blagostanja, uz detaljan i dokumentovan prikaz stanja u Srbiji.

Jovana Banović se kritički osvrće na rešenja u Noveli KZ iz 2019. koncentrišući se na ona koja se odnose na primenu uslovne osude i višestukog povrata. U duhu kaznenog populizma, dalje se ograničava sudska individualizacija pri odmeravanju kazne. Jedina svetla tačka je što se nova rešenja uvode u Opštem delu KZ umesto da se, kao do sada, ona haotično vrše kod pojedinih inkriminacija.

Oduzimanje imovine u građanskom postupku u anglosaksonskom (*common law*) pravu na prvi pogled nije tema koja se uklapa u naziv kolektivne monografije. Međutim, autor Ivana Radisavljević ističe nekoliko tačaka vezivanja: pre svega ovaj institut koristi se u SAD u sklopu tzv. rata drogama; zatim, u njemu se primenjuju mnoge od garancija predviđene u krivičnom postupku. Međutim, da se opet neko ne bi zagrejao da naprečac uvede ovo kao pravni transplant kod nas, autorka ukazuje da ovaj pravni zahvat ne može biti zamena za krivični postupak.

Priređivač ove kolektivne monografije mora priznati da je uživao u poslu jer je imao priliku da prvi pročita radove koji većinom kritički pristupaju velikom broju pitanja od značajn za krivične nauke. Neki od njih će, verujem, podstaći diskusiju i sučeljavanje gledišta koje kao da je zamrlo u našoj naučnoj i stručnoj javnosti. Izmene i dopune KZ iz 2019. uglavnom su ocenjene kao promašaj i zato bi na primer bilo dobro da neko iz komisije anonimnih eksperata koji su u učestvovali u njihovom pisanju pokaže kako su izrečene kritike neosnovane i da su plod ozbiljnih dugotrajnih (ko ih je vršio) proučavanja stanja kriminaliteta u zemlji i rešenja koja su se u uporednom pravu pokazala kao delatna (gde su naši argumente za njihovo kalemljenje u naš pravni sistem). Takva diskusija bila bi od koristi krivičnim nauka-ma, zakonodavcu i sudskoj praksi.

Na kraju valja podsetiti da se u godinama koje su prošle ovaj urednik na ovom mestu više puta pozdravljao sa čitaocima u veri da neće biti nastavaka; izgleda da je ovo ipak poslednji tom ove kolektivne monografije (da je ona Đekna iz naslova poznate TV serije došla do kraja puta). Zato ovaj predgovor zaključuje izražavajući zadovoljstvo što su saradnici na Projektu i u doba pandemije i vanrednog stanja našli snage da svoje priloga završe obogaćujući našu kriminološku literaturu vrednim priložima.

u Beogradu,
maja 2020.

UREDNIK
Đorđe Ignjatović

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRITIKE PRIMENE ČELIJSKE IZOLACIJE I NJIHOVI EFEKTI

Apstrakt: U poslednjoj četvrtini prošlog veka nastao je u SAD jedan, po mnogima krajnje problematičan trend u penitencijarnoj praksi – širenje primene dugotrajne čelijske izolacije i porast broja posebnih (supermaks) ustanova u kojima se ona realizuje. Što je još gore, taj trend se proširio i u drugim delovima sveta, a svoj odjek imao je i u Srbiji. U radu je ukazano na kritike koje su usledile, napore koje su različiti subjekti uložili da se ovakva praksa zaustavi i navedeno kakve su bile posledice ovih inicijativa. Iako su prevashodno analizirana američka iskustva, ona imaju – kako će se videti – značaja i za naše krivično izvršno pravo i penitencijarnu praksu.

Ključne reči: čelijska izolacija, SAD, kritike, sudske odluke, međunarodno pravo, nevladine organizacije.

UVOD

U dva u našoj novijoj literaturi objavljena rada /Ignjatović, 2019a; 2019b/ ukazano je na jedan zabrinjavajući trend u savremenim penitencijarnim sistemima. On se ogleda u sve češćoj primeni ekstremne, produžene administrativne izolacije¹ lica lišenih slobode i porast broja tzv. supermaks ustanova u kojima se ona sprovodi. Analizirani su razlozi zbog kojih je model čelijske izolacije – za koji se smatralo da je pre skoro vek i po napušten sa odustajanjem od tzv. pensilvanskog sistema – ponovo postao aktuelan u poslednjoj četvrtini XX veka.²

Izriče je zavodska administracija³ sa najčešćim obrazloženjem da se radi o „najgorim od najgorih osuđenika“ (videćemo u izlaganju koliko je takva argumentacija tačna). Ovaj vid odvajanja zatvorenika treba razlikovati od disciplinske mere usamljenja koja predstavlja sankciju zbog vršenja nekog delikta od strane zatvorenika u ustanovi i obično se u penitencijarnom zakonodavstvu propisuje da je njeno najduže trajanje 15 dana.⁴ Izolacija može biti određena i zbog bezbednosti zatvoreni-

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

1 Kao oznake za ovaj režim koriste se izrazi „segregacija“, „separacija“, „terapeutska tišina“ i niz drugih („rupa“, „kutija“, „blok“ ...) /v. Parkes /2015:vi/.

2 Ukazano je i na razloge koji su u SAD, ali i u drugim zemljama, doveli do širenja mreže posebnih ustanova u kojima se sprovodi i najavljen širi prikaz argumenata na kojima oponenti ovog vida segregacije lica lišenih slobode zasnivaju svoje stavove.

3 U nekim zemljama dugotrajni režim izolacije može odrediti i sud, ali je ipak pravilo da to čine nadležni u zavodskim ustanovama.

4 U jurisdikcijama SAD trajanje ove „punitivne segregacije“ je najčešće ograničeno na 20 dana. Naš Zakon o izvršenju krivičnih sankcija (ZIKS) predviđa upućivanje u samicu (postoje dva oblika:

ka (kako bi se sprečilo njegovo samopovređivanje ili napadi od strane „kolega“), a može biti izrečena i pritvorenim licima kako bi se sprečilo da nastavi sa kriminalnom delatnošću ili da utiče na svedoke.

Pre no što pređemo na izlaganje ove problematike, trebalo bi dati nekoliko napomena: prva je da ćemo se uglavnom kretati na američkom tlu jer ne samo da je renesansa ćelijske izolacije počela iz SAD, nego je, kako navodi David Fathi /2015: 168/ – i pored nesporne činjenice da ona postoji i drugde – ona jedino u Americi postala normalan i integralni deo sistema krivičnog pravosuđa. To se može zaključiti iz činjenice da se ovaj vid tretmana svakodnevno primenjuje prema više od 80.000 ljudi⁵ smeštenih najvećim delom u posebnim ustanovama poznatim pod nazivom supermaks zavodi (*supermax units*).⁶

Sada se ukratko, za one koji se po prvi put sreću sa ovom materijom, valja pozabaviti objašnjenjem šta je to ćelijska izolacija. Iako se u literaturi može naći mnoštvo gledišta, čini se da je najbolje poći od toga kako su je definisali oni koji su imali višegodišnje iskustvo sa ovakvim postupanjem. Bivši direktor sistema kaznenih ustanova u dve države koje čine SAD Chase Riveland u dokumentu koji je 1999. izdao Nacionalni institut za korekciju⁷ tvrdi da ćelijska izolacija predstavlja „zaključavanje zatvorenika u izolovane ćelije u svakodnevnom trajanju od prosečno 23 sata, sa ograničenim ljudskim kontaktima, beznačajnom konstruktivnom aktivnošću i u okruženju koje podrazumeva maksimalnu kontrolu nad tim licem“. Nešto konkretnije tu meru je predstavio u svojoj presudi sudija koji je bio zadužen u slučaju *Jones'El v. Berge*: on opisuje svakodnevnicu zatvorenika na Prvom nivou Državne kaznionice Viskonsina⁸ na sledeći način:

... straža im dostavlja stvari tako da nemaju nikakav kontakt sa zatvorenicima, oni nikada ne napuštaju ćeliju da bi vežbali. U samici se svetlo nikada ne gasi, a na svaki njihov pokret motri kamera. Sve što mogu imati uz sebe su: jedna religiozna publikacija, kutija sa pravnim spisima i 25 ličnih pisama. Nemaju pravo da drže časovnike, radio aparate i kasetofone ili TV prijemnike. Temperatura u ćeliji varira od ekstremne toplote – do hladnoće, zavisno od godišnjeg doba.

Ono što je najgore tiče se činjenice da ovaj režim u mnogim slučajevima traje ne nedeljama i mesecima, već godinama i decenijama. Fathi /2015/ navodi da je istraga pokazala kako je u jednoj kaznionici u Ilinoisu (*Tamms Correctional Center*)

tokom celog dana i noći ili samo u slobodno vreme) kao najtežu disciplinsku meru koja traje najduže 15, izuzetno, kada se radi o sticaju disciplinskih prestupa – do 30 dana. Takođe, boravak u samici ni u kom slučaju ne može trajati duže od šest meseci u jednoj kalendarskoj godini.

- 5 U pogledu tog broja u literaturi ne postoji saglasnost. Craig Haney /2005/ procenjuje da ih ima 20.000 (očigledno autor je imao u vidu samo one kojima je „administrativna izolacija“ izrečena u neodređenom trajanju); isti broj navodi i Daniel Mears /2006:ii/, dok Derek Jefferys smatra da njihov broj varira između 50–80.000. Marko Bagaric i Jennifer Svilar /2020:4/ tvrde da on ide do 100.000 (po svoj prilici, to su sva lica koja se iz bilo kog razloga nalaze u samici).
- 6 Naravno, jedan broj lica kojima je namenjen režim ćelijske izolacije nalazi se i u posebnim odeljenjima konvencionalnih kaznionica koje nisu – kao supermaks – namenski građene da omogućе ekstremnu izolaciju zatvorenika.
- 7 US National Institute of Corrections, *Supermax Prisons: Overview and General Considerations* (Washington, DC: US Department of Justice, 1999).
- 8 *State of Wisconsin's Supermax Correctional Institution*.

2009. godine pronađeno da je više od 50 zatvorenika kontinuirano provelo u ćelij-skoj izolaciji duže od jedne decenije.

Navedena praksa, a naročito njeno širenje krajem prošlog veka podstakli su mnoštvo aktera i organizacija da se založe za smanjenje tog pogubnog trenda. U dal-jem tekstu ukazaćemo na to ko se i na koji način uključio u akciju koja bi se mogla označiti sa „abolirajmo ili bar ograničimo primenu ćelijske izolacije i širenje mreže supermaks ustanova“. Na kraju, biće ukazano na to da li su pobrojani napori imali ikakvog odjeka u američkoj penitencijarnoj praksi.

Čitaocima bi trebalo pružiti još jedno objašnjenje: zašto se ovde analiza fokusira na iskustva SAD (i delimično, njenog suseda Kanade) – razlog nije samo u pome-nutoj činjenici da je praksa ponovne primene ćelijske izolacije *kao načina izvršenja kazne* lišenja slobode ponovo uvedena u toj državi, niti samo zato što je tamo naj-masovnije primenjena. Ono što nikako ne bi trebalo smetnuti sa uma je da rešenja u američkom modelu krivične pravde poslednjih decenija postaju uzor ne samo u Britaniji⁹ (gde je to i za očekivati jer se radi o istom pravnom sistemu), nego i u ostatku Evrope, kao i u ostalim delovima sveta.

1. KO SU AKTERI UKLJUČENI U POKUŠAJE DA SE PRIMENA ĆELIJSKE IZOLACIJE OGRANIČI / UKINE?

U ovom delu rada poći ćemo od rezultata naučnih istraživanja, nastaviti izlaga-nje sa pokušajima da se u javnost iznese prava slika šta se u ustanovama za primenu ćelijske izolacije zaista događa, aktivnostima međunarodnih i organizacija civilnog društva i najzad dati kraći pregled upotrebljenih pravnih mehanizama koji su bili usmereni u navedenom pravcu.

1.1. Rezultati naučnih istraživanja i aktera izolacionih praksi

Pre svega, na one koji donose odluke o penitencijarnoj praksi svake zemlje, trebalo bi da utiču rezultati naučnih istraživanja jer je njihova najveća prednost u odnosu na laičko izjašnjavanje to što su zasnovani na primeni odgovarajuće meto-dologije koja garantuje pouzdanost i nepristrasnost izvedenih zaključaka.

U prethodnim radovima već smo pomenuli najvažnije rezultate do kojih su došli brojni naučnici kako u Evropi, tako i SAD.¹⁰ Na ovom mestu ćemo samo podsetiti na osnovne stavove psihijatarata, psihologa, lekara, ali onih koji su, zahvaljujući zaposlenju ili angažovanju u zavodima gde se sprovodi ćelijska segregacija imali priliku da se uvere šta se u tim ustanovama događa. A događa se mnogo toga zabrinjavajućeg.

Negativni uticaji mogu se, kako ćemo videti, razvrstati ili prema tome koja do-bra zatvorenika ugrožavaju (njegovo mentalno stanje ili fizičko zdravlje) ili prema tome kojoj grupi „osetljivih ili ranjivih kategorija“ pripada (lica koja su sa fizičkim i mentalnim smetnjama, maloletnici, žene, stara lica, pritvorenici, politički zatvore-nici i imigranti).

9 Taj fenomen Tim Newburn /2002/ naziva „Prelazak Atlantika“ (*Atlantic Crossing*).

10 –v. Collica /2005/; Haney /2005/; Kaba i dr. /2012/; Pizarro and Stenius /2009/; Jeffeys /2013/; Rovner /2017/.

1.1.1. Uticaj na duševno stanje

Američki psihijatar i jedan od najvećih autoriteta u ovoj oblasti Stuart Grassian u svojim radovima ukazuje da su još polovinom XIX veka nemački medicinari pručavajući psihičke smetnje više hiljada zatvorenika konstatovali da je ćelijska izolacija najvažniji činilac u etiologiji psihotičnih poremećaja.¹¹ U jednom svom ranijem radu Grassian /1983/ ukazuje i na niz radova objavljenih u severnoameričkoj literaturi pre i posle osnivanja prve supermaks ustanove Marion u Ilinoisu.¹² Još te 1983. godine Grassian skreće pažnju na mogućnost da rigidna primena ćelijske izolacije može dovesti do suštinskih psihopatoloških efekata i da se oni mogu ispoljiti u sindromu koji se može klinički dokazati.

Dve decenije kasnije Grassian /2006/ objavljuje rezultate svog višegodišnjeg istraživanja o duševnom stanju lica koja borave u uslovima ćelijske izolacije i sveo ih je na:

1. Specifičan psihijatrijski sindrom povezan sa ćelijskom izolacijom (a. hipersenzitivnost na spoljašnje stimuluse; b. poremećaje u opažanju, iluzije i halucinacije; c. napadi panike; d. teškoće u mišljenju, pažnji i pamćenju; e. opsesivne nasilne fantazije; f. paranoja; g. problemi kontrole impulsa), i 2. Akutni organski moždani sindrom – delirijum.

U Dodatku C rada Grassian zaključuje: – da je ćelijska izolacija neetična mera; – da ne može da uslovi poželjno ponašanje zatvorenika niti ga nauči da se vlada onako kako bismo to želeli; i – da to nije efektivno kažnjavanje jer nije tesno povezano sa nepoželjnim ponašanjem.

Sharon Shalev /2014:28/ ističe da je sklonost ka samopovređivanju, čak i samoubistvu, vrlo česta kod lica koja se nalaze u „režimu 24/7“. Fatos Kaba sa saradnicima¹³ /2012: 444/ konstatuje da je nesporno da postoji veza između ćelijskog zatvaranja i samoubistva (uz rezervu da ovi zaključci nisu potpuno pouzdani iz metodoloških razloga). Michael Mushlin /2012: 269/. navodi podatak da zatvorenici koji su izvršili samoubistvo čine polovinu svih samoubica lišenih slobode dok njihovo učešće u populaciji zatvorenih lica ne prelazi 8%.¹⁴

Ništa manji problem je činjenica da dugotrajna izolacija u velikom broju slučajeva dovodi do onesposobljavanja tog lica da se prilagodi tranziciji – prelasku iz uslova segregacije u režim zajedničkog izdržavanja kazne sa drugim zatvorenicima ili (još manje) životu na slobodi. Jamelia Morgan /2017/ navodi primer 22-godišnjeg zatvorenika (Kalief Browder) koji je od tri godine zatvora u samici proveo dve godine u kaznionici iako *nikada nije osuđen za krivično delo*. Dve godine po otpu-

11 Na engleskom jeziku knjiga je objavljena nekoliko godina po završetku istraživanja /Nitsche and Williams, 2013/.

12 Njihovi autori su: Liederman /1962/; Walters and Callagan /1963/; Brownfield /1965/; Scott and Genderau /1969/; i Kaufman /1980/.

13 Ima ih deset, pa ćemo i u popisu literature izostaviti njihova imena.

14 Ovo ne predstavlja neko iznenađenje: Tracy Hresko /2006: 6/ navodi da je to bio slučaj i u prvobitnim zavodima koji su praktikovali ćelijsku izolaciju. Kao primer navodi da je u kaznionici u Oburnu (poznata kao mesto gde je rođen „sistem ćutanja“ 1822. godine pet zatvorenika izvršilo je samoubistvo.

štanju iz kaznenog zavoda (*Rikers Island*) zbog šoka od koga se nikada nije oporavio, izvršio je samoubistvo. Autorka tvrdi da se ne radi o usamljenom slučaju.¹⁵

1.1.2. Uticaj na telesno zdravlje

Negativan uticaj ćelijske izolacije ne svodi se samo na duševno stanje zatvorenika – i njihovo fizičko stanje je, po mnogim istraživačima, ugroženo. Jamelia Morgan /2017/ tvrdi da su te promene povezane sa dimenzijama prostora u kome se nalaze, nemogućnošću telesnog vežbanja i kvaliteta zdravstvene zaštite koja im je namenjena. Ovo se jasno vidi kada tako zatočena lica budu otpuštena iz kaznene ustanove.

Mnoga istraživanja ukazuju kako ćelijska izolacija izaziva niz negativnih fizioloških stanja i simptoma: – probleme u gastro i genito-urinarnom sistemu; – preterano znojenje; – nesanicu; – poremećaj vida; – telesnu slabost; – osećanje hladnoće; – lupanje srca; – napade migrene; – krstobolju; – nedostatak apetita, – gubitak telesne težine i proliv; – drhtavicu; – takođe, dolazi do pogoršanja medicinskih problema koje je lice imalo pre izolacije /Shalev, 2014: 28/.

1.1.3. Lica sa posebnim potrebama

Nije teško zamisliti kakve efekte ćelijska izolacija ima na lica sa telesnim nedostacima od kojih mnoga ne mogu da obavljaju vitalne funkcije u prostoru koji im je određen za dugotrajan boravak. I u njihovom slučaju, a još više kod lica koja već imaju duševne smetnje kao dramatičan problem se ukazuje nedostatak odgovarajućeg medicinskog tretmana. To je i razlog zbog koga je Američko psihijatrijsko udruženje 2012. godine zaključilo da lica sa ozbiljnim duševnim bolestima¹⁶ ni pod kojim uslovima ne bi trebalo da budu držana u ćelijskoj izolaciji /Bagaric and Sivilar, 2020/. To je bio odgovor na krajnje neprimerenu praksu da se ćelijska izolacija određuje kao zamena za izostali medicinski tretman koji je neophodan tim licima.

1.1.4. Maloletnici

U američkom pravnom sistemu određivanja ćelijske izolacije maloletnicima nije uopšte retka praksa. Bez obzira da li im je suđeno po pravilima koja važe za maloletnike ili punoletnike, lica mlađa od 18 godina mogu biti smeštena u ćelijsku izolaciju koja se nalazi u zavodima namenjenim punoletnicima.

Ova praksa je, kako navodi Sanjana Biswas /2018: 3/, posebno kritikovana jer je poznato da se adolescenti nalaze razdoblju mentalnog i fizičkog razvoja. Štetan uticaj vidi se posebno kod mladih koji su, pre osude na zatvaranje, već bili žrtve zlostavljanja, traumatizovani ili su ometeni u razvoju. Izolacija maloletnika u kaznenim ustanovama često dovodi do toga da po izlasku sa izdržavanja kazne nisu u stanju da se na pravi način vrate u društvo. Otuda je njihov recidiv veći no kod ostalih lica lišenih slobode koja se nalaze u njihovom uzrastu.

15 Jedna bivša osuđenica (Loretta Philipsen, u časopisu *Tampa Bay Times*, tekst: 'Solitary confinement is torture' 2019.) ukazuje kakve je posledice na nju imao boravak u ćelijskoj izolaciji od 28 dana i svedoči da ni nekoliko godina po izlasku na slobodu ne može da živi kao pre tog iskustva.

16 U pitanju su psihotični, bipolarni i teži depresivni poremećaj i drugi mentalni poremećaji (sa izuzetkom onih koji su posledica zloupotrebe supstanci).

1.1.5. Žene

Mnogi istraživači skreću pažnju na to da boravak u uslovima izolacije naročito teško podnose žene, koje se i inače teže snalaze u kaznenim ustanovama koje se, kako navodi Dodge /2005: 47/ smatraju „muškim institucijama“. Primena ćelijske izolacije na njih regulisana je istim pravilima kao kod muškaraca, ali je očigledno da do primene segregacije dolazi mnogo lakše kada se radi o ženama. Ovo uprkos tome što je poznato da žene u tim uslovima doživljavaju napade klaustrofobije, hronične napade besnila, depresije, halucinacije, odbrambenog psihičkog povlačenja i apatije /Pizarro, Stenius, 2009: 125/.

U jednom tekstu objavljenom oktobra 2019. u listu *Ms Magazine* tri autorke (Crystal Hayes, Lauren Kuhlik i Kristie Puckett-Williams) ukazuju kako u nekim američkim državama – konkretno Severnoj Karolini ne postoje prepreke da se u ćelijsku izolaciju (sa svim elementima koje ovakav režim podrazumeva) šalju i trudne žene, iako je jasno da u takvim situacijama one nemaju odgovarajuću medicinsku zaštitu. Sve ovo i pored toga što Nacionalna komisija za očuvanje zdravlja zabranjuje smeštaj trudnica u izolaciju (u bilo kom trajanju) i izričitom identičnom stavu Ministarstva pravde SAD i nasuprot međunarodnim standardima.¹⁷

1.1.6. Stara lica

Naučnici često ističu da i primena ćelijske izolacije prema starijim licima takođe izaziva mnoštvo problema. Pišući o slučaju osuđenika (Albert Woodfox) koji je posle 40 godina provedenih i ćelijskoj izolaciji februara 2016. izašao na slobodu, Brie Williams /2016: 2127/ navodi da primena ovog tretmana, uz već navedene štetne uticaje, dovodi i do gubitka orijentacije i pamćenja. Oni postaju nesposobni čak i za najobičnije kontakte sa zavodskim osobljem umesto čega se iz samice mogu čuti njihovi krici.¹⁸ To pojačava njihov osećaj izolovanosti i često dovodi do pogoršanja kardiološkog stanja i ubrzava smrtni ishod. Autor, kao ekspert za javno zdravlje, smatra da je primena ekstremne i prolongirane segregacije prema starijim licima neprihvatljiva.

1.1.7. Pritvorenici

U posebno osetljivu grupu lica kojima je određena izolacija nalaze se neosuđena lica koja čekaju na suđenje ili izricanje presude. Prema nalazu istraživača u Engleskoj i Velsu, oni čine 54% od svih zatvorenika koji su izvršili samoubistvo; u Danskoj, oni će se posle četiri nedelje naći u bolnici zbog zdravstvenih teškoća 40 puta češće od ostalih lica lišenih slobode; a do sličnog saznanja došli su istraživači i u Švedskoj. Iz tih činjenica Shalev /2014: 30/ zaključuje da su tri činioca koji objašnjavaju ranjivost ove kategorije lica lišenih slobode: pasivnost, neizvesnost i osećaj nemoći.

17 Hayes C., Kuhlik L., Puckett-Williams K. /2019/: Pregnant women in North Carolina prisons are being kept in solitary confinement, *Ms Magazine*, 23.10.2019. – <https://msmagazine.com/2019/10/23/>.

18 Možda zbog toga Anthony Graves, opisujući (u tekstu u časopisu *TIME*: 'I spent 16 years in solitary confinement. It needs to end', 10. jun 2015) svoje višegodišnje tamnovanje u izolaciji tvrdi da su krici drugih zatvorenika jedino što je mogao čuti.

1.1.8. Pripadnici manjinskih rasnih grupa

Margo Schalanger /2013: 243/ tvrdi da je jedan od ozbiljnih problema povezanih sa ćelijskom izolacijom i u tome što su u populaciji lica u supermaks zavodima u kojima se ona sprovodi nesrazmerno zastupljeni crnci i Hispanoamerikanci. Kao primer, ona navodi izolacione jedinice u državi Merilend u kojima ih je nesrazmerno više nego što bi se moglo očekivati prema njihovom učešću u opštoj populaciji zatvorenih lica. Još bolji primer je država Njujork. Podaci su dati u tabelarnom prikazu:

Tabela 1. Rasna pripadnost zatvorenika u američkim kaznenim ustanovama

Rasne grupe	% u opštoj populaciji	% u zavodskoj populaciji	% u supermaks zavodima
Belci	58,3	23,2	14,6
Crnci	14,4	49,5	59,0
Hispanoamerikanci	17,6	24,6	24,7
Ostali	9,7	2,7	1,7

Autorka navodi da nisu u pitanju samo procentualna učešća koja pokazuju da se ćelijska izolacija češće primenjuje prema pripadnicima manjinskih rasnih grupa, nego se ona prema njima određuje i u dužem trajanju. Ipak, ona na kraju, sa dosta opreza, tvrdi da iz ovih podataka ne mora proizaći zaključak da te činjenice potvrđuju postojanje diskriminacije (!?!).¹⁹

1.1.9. Politički zatvorenici

Kako navode Justin Piché i Karine Major /2015: 13/ u SAD (i ne samo u toj državi) zavodski sistem koristi se kao jedno od sredstava da se obračuna sa političkim protivnicima režima, a ćelijska segregacija – „da se zatvorenici ostave bez glasa“, posebno ako su upravi neprihvatljivi njihovi politički stavovi ili aktivnosti. Oni navode i reči Susan Rosenberg²⁰ koja tvrdi da se zatvorenici šalju u izolaciju / kontrolne ustanove kako bi nepoželjni bili „živi sahranjeni – što treba da bude šokantan primer ostalima.“²¹

1.1.10. Imigranti

Ono što poslednjih godina izazva posebnu pažnju je praksa da se migranti, čak i onda kada nisu odgovoreni za bilo koje krivično delo, zatvaraju u kaznene ustanove u kojima se prema njima primenjuje ćelijska izolacija iako je njihova jedina krivica što su ilegalnim ulaskom u SAD prekršili pravila civilnog prava.

Da se ne radi o nekoliko izdvojenih slučajeva vidi se po tekstu objavljenom u časopisu *Takeaway* sredinom prošle godine: u njemu se tvrdi da nadležni organi SAD (misli se na *Immigration and Customs Enforcement – ICE*) hiljade imigranata

19 Ovdje treba napomenuti da jedan od „rekordera po stažu u segregacije“ (40 godina), već pominjani Albert Woodfox, crnac koji je, kako navodi Williams /2016: 2126/ (sa još dvojicom pripadnika iste rase – zato su u medijima dobili naziv „Angola 3“) 1972. godine ubio stražara – belca.

20 Rosenberg S. /1990/.

21 O tome su svedočili i još neki bivši upravni zavoda i bivši čuvari, o čemu će reći biti kasnije.

smeštaju u uslove ćelijske izolacije, čak i za najsitnije prekršaje kakvi su na primer sečenje kose „kolegi“ ili deljenje sa njim šoljice kafe.²²

Azadeh Shahshahani i Ayah El-Sergany /2013/ ukazuju kako je došlo do toga da se unutar „zavodsko industrijskog kompleksa“²³ smeštaj imigranata prepusti privatnom sektoru i to onom njegovom delu koji se bavi izvršenjem krivičnih sankcija.²⁴ A odatle do smeštaja u ćelijsku izolaciju ljudi koji se uopšte nisu smeli naći u kaznenoj ustanovi – nalazio se samo jedan korak. Budući da dan lica koja se nalaze u izolaciji košta američke poreske obveznike dvostruko više, nađeni su neverovatni razlozi za upućivanje u samicu – od toga da nisu raspremili krevet, da su prevodili zemljacima pismena bez dozvole zavodskih vlasti – do toga da su aktivistima organizacija za zaštitu ljudskih prava rekli u kojim uslovima žive.

Koliko je ta praksa uzela maha može se videti iz činjenice da je u ovom razdoblju zabeleženo da se u režimu segregacije svakodnevno nalazi oko 300 imigranata u preko 50 američkih ustanova.

1.2. Oспорavanja rezultata istraživača i načini da se dođe do saznanja iznutra

Izneti i mnogi drugi argumenti naučnika nisu do skora doveli do ozbiljnijeg razmišljanja o potrebi da se nešto menja u kaznenom sistemu SAD. Oni koji odlučuju o strategiji njegovog razvoja i konkretnim sredstvima koja se koriste mogli su se uvek pozivati na naručena istraživanja u kojima se tvrdilo da ćelijska izolacija u supermaks ustanovama nema značajniji negativni uticaj na zatvorenike.

Jesenia Pizarro i Vanja Stenius /2009: 125/ ukazuju na dva takva proučavanja u kojima je kao rukovodilac učestvovao isti čovek. U prvom autori²⁵ tvrde da (uz ogradu kako je u pitanju) „kratkotrajna segregacija“ može biti korisna prema rušilački raspoloženim zatvorenicima jer utiče na promenu njihovog držanja i deluje na njihovo vladanje (postaju ljubazniji, optimistički raspoloženi, pouzdaniji i usklađuju svoje aktivnosti sa zavodskim pravilima). Grupa autora predvođenih opet Suedfeld-om²⁶ tvrdi da nema dokaza kako ćelijska izolacija utiče štetno, stresno i povređujuće. Osnov za ovakav zaključak bilo je proučavanje koje su oni sproveli stavljajući dobrovoljce u uslove slične onima koji vladaju u ćelijskoj izolaciji.

Uz to, ovi „istraživači po zadatku“ tvrdili su jednu stvar koja se ne može osporiti: najveći deo u dosadašnjem izlaganju predočenih stavova zaista ima jedan ne-

22 –v. ‘ICE placed thousands in solitary confinement, many for minor infractions’, *Takeaway*, May, 28, 2019.

23 Jeffrey Ross /2007: 64/ ga naziva „korekcionni industrijski kompleks“ i smatra da ga čine mreža zaposlenih u korekcionim ustanovama, njihove profesionalne organizacije i korporacije koje omogućavaju da ovaj konglomerat neprestano raste. Fathi /2015: 169/ posebno naglašava da tu značajnu ulogu imaju predstavnici izvršne vlasti što se vidi iz podatka da su gradnju nekih od supermaks ustanova inicirali guverneri pojedinih američkih država.

24 Američka unija za građanske slobode (American Civil Liberties Union – ACLU) u dokumentu koji je posvećen tretmanu imigranata ove naziva „zatvorenici za profit“ (ACLU of Georgia /2012/: *Prisoners of Profit– Immigrants and Detention in Georgia* – <https://www.acluga.org/>).

25 Suedfeld and Roy /1975/.

26 Suedfield et al. /1982/.

dostatak – nisu zasnovani na metodologiji koja bi mogla da izdrži svaki mogući prigovor.²⁷ Razlog je vrlo jednostavan: to nisu istraživanja u kojima je uzorak reprezentativan (nisu obuhvatila dovoljan broj izolovanih lica), a nije moguće primeniti ni uporedni metod koji bi omogućio da se ukaže da li je segregacija izazvala promene u njihovom zdravstvenom stanju.²⁸ Drugim rečima, nesporno je da nemamo dovoljno podataka koji potiču iz istraživanja kojima se ne mogu izreći zamerke,²⁹ ali istovremeno treba naglasiti: do takvih činjenica skoro da je nemoguće doći na regularan način jer je penitencijarni sistem jedan od najzatvorenijih mehanizama koje je čovek stvorio.³⁰ To dramatično u prvi plan stavlja *pitanje tzv. „čuvara kapije“*.

Na ovom mestu trebalo bi se podsetiti onoga što je izrekla istoričarka Ann Thompson; to zaslužuje da bude ponovljeno i uzeto u obzir uvek kada razmišljamo o stvarnom stanju penitencijarnog sistema u bilo kojoj zemlji

Kroz američku istoriju, neizrecive zloupotrebe muškaraca i žena odigrale su se iza zidina kaznionica zahvaljujući tome što tu javnost uopšte nije imala pristup.³¹

Osnov za kritičko promišljanje bilo koje institucije ili u njoj sprovedene prakse je da raspolažemo pouzdanim činjenicama. Problem sa kaznenim ustanovama je što se radi o posebnom tipu organizacija koje po svaku cenu nastoje da budu što dalje od očiju javnosti.³² Ovo posebno važi za „najtajnija mesta SAD“ – supermaks zavode. Penitencijarne vlasti u liku rukovodilaca³³ tu tajnovitost nastoje da opravdaju frazama o „razlozima bezbednosti“ odn. „legitimnim penološkim interesima“. Ta zatvorenost za sve što se u ovakvim institucijama događa sprovodi se sistematski:

-
- 27 Ni prethodno navedena „naručena istraživanja“ ne stoje međutim u tom pogledu mnogo bolje: Stuart Grassian i Nancy Friedman /1986: 54/ smatraju kako se tvrdnja da ćelijska segregacija nema nikakav negativan efekat i to na osnovu kratkotrajnog (četvorodnevog) istraživanja u kome su „zatvorenici – dobrovoljci“ i stražari od početka svesni da se radi o nekoj vrsti igre koja će potrajati samo nekoliko dana – zaista kosi sa elementarnom logikom.
- 28 Za to bi bilo neophodno formirati kontrolnu grupu sastavljenu od zatvorenika sličnih karakteristika koji se nalaze u „standardnom“ režimu zajedničkog izdržavanja. Na tu činjenicu posebno ukazuju Jesnia Pizarro i Raymond Narag /2008: 39/ u tekstu u kome pokušavaju da odgovore na pitanja: šta o supermaks zavodima znamo, šta ne i gde u tom pogledu idemo? Oni smatraju da je u vreme pisanja njihovog članka samo jedno istraživanje /Briggs et al., 2003/ zadovoljava stroge metodološke zahteve.
- 29 To priznaju i Pizarro i Stenius /2009: 126/, a zatim izričito tvrde: i pored toga, nema spora da ćelijska izolacija ima šokantno negativno dejstvo koje ugrožava mentalno zdravlje zatvorenika.
- 30 Izuzetno su retki istraživači koji su mogli da u proučavanju primene veći broj metodoloških zahvata. Među njima je i Sharon Shalev, autor jedne od malobrojnih monografija o supermaks zavodima. Ona tvrdi da je u proučavanju koristila: polustrukturisane intenzivne i dugotrajne intervjue sa šest bivših osuđenika; 22 polustrukturisane i pomoću video tehnologije zabeležena intervjua sa trenutnim i ranijim supermaks zatvorenicima, zdravstvenim radnicima, zavodskim arhitektama, starešinama i osobljem takvih zavoda i licima koji su im podrška; zatim razgovore sa aktivistima pokreta za zaštitu ljudskih prava i pravnim ekspertima; analizu dokumenata i propisa i sekundarnu analizu statističkih i arhivskih dokumenata /Shalev, 2009: 7/.
- 31 –v. Rovner /2017: 481/.
- 32 U literaturi /ibid., p. 461/ se može naći i izjava jednog poznavaoaca koji tvrdi: „zavodi su izgrađeni tako da budu izvan pogleda i zato daleko od razuma“.
- 33 Mark Saunders /2006: 126/ ih naziva „čuvari kapije“ (e. *gatekeepers*) jer njihove odluke često one-mogućavaju istraživanja.

naučnicima se ne dozvoljava da istražuju u ovakvim ustanovama; osuđenici se zabranjeno da bilo kome saopšte kako izgleda život u najstrožoj izolaciji i do čega ona dovodi; od lica koja im dolaze u posete zahteva se da potpišu izjavu da ništa što su videli ili čuli u zavodu neće javno obznaniti. Kršenje navedene zabrane izaziva još veće restrikcije kako za zatvorenika (izlažu se još oštrijem režimu),³⁴ a posetiocima se zabranjuje da ubuduće posete zatvorenika.

Sve to otežava posao istraživačima koji, međutim, nisu pristali na status bespomoćnih koji se mire sa činjenicom da nikada neće utvrditi *šta se zaista događa iza ćelijskih vrata supermaks i ostalih zavoda u kojima se sprovodi ćelijska izolacija*. U nastavku izlaganja ćemo se osvrnuti na izvore podataka koje nam pomažu da realno sagledamo stanje stvari u tom „tamnom vilajetu“.

1.2.1. Priče zatvorenika

Izvor o kome ćemo na početku govoriti su izjave otpuštenih osuđenika koji su, čak i retribucijom zadajenu javnost povremeno šokirali. Zahvaljujući inicijativi jednog broja kanadskih i američkih naučnika osnovan je časopis *Journal of Prisoners on Prisons (JPP)* – u kome su bivši, ali i sadašnji „stanovnici“ supermaks ustanova dobili priliku da upoznaju naučnu i laičku javnost sa načinom postupanja u tim ustanovama. Povodom četvrt veka izlaženja *JPP* Justin Piché i Karine Major objavili su članak u kome su pokušali da rezimiraju sadržinu 64 etnografska teksta koji su od 1988. objavljeni u Časopisu.

Prvi krug pitanja o kojima pišu ljudi koji su iskusili režim segregacije tiče se pitanja kako oni vide razloge smeštanja u samicu. Opšti je utisak da nema jasnih kriterijuma, da 'administracija prvo pošalje čoveka u „rupu“, pa onda smišlja obrazloženje, da se tamo pojedinci šalju i samo zato što su nekome politički stavovi koje zastupaju neprihvatljivi.

Kada se radi o tome kako doživljavaju segregaciju, uz česte konstatacije da je 'izolacija teža od smrti', 'da je 'hrana presna, hladna i u malim porcijama, da je 'kupaње neredovno'; detaljno opisuju kakve posledice na njih ostavlja mentalni, fizički i emocionalni stres izazvan izdvajanjem od ostatka zavodske populacije. Neki od zatvorenika postaju „marionizirani“³⁵ odn. prilagođeni životu u kome igraju uloge „naučene bespomoćnosti“. Ono što ih posebno frustrira je konstantno nadziranje zbog koga doživljavaju „paranoju Velikog brata“. Drugi odbijaju da se sa njima postupa 'kao sa životinjama' i da im se ubije duh, pa pribegavanju različitim oblicima

34 Neko se može zapitati – postoji li restriktivniji režim od onoga koji je napred naveden? I tu se pokazuje da je ljudska inventivnost da se u totalnim ustanovama drugi izlažu nepotrebnom mučenju skoro neograničena /-v. Christie, 1981/; u većini supermaks odseka postoje i ćelije bez svetlosti i svežeg vazduha u kojima se ležaj fiksira za zid tokom celog dana, sve do vremena određenog za spavanje, a smišljeni su i drugi načini da se zatvoreniku uslovi maksimalno otežaju. Laura Rovner /2017: 474/ pominje lica pod posebnim administrativnim merama (e. *special administrative measures*) kojima je isključen svaki kontakt sem sa braniocem i najužom porodicom. Taj režim je prvobitno bio namenjen samo članovima organizovanih kriminalnih gangova (kako bi se „sprečila ubistva nedužnih lica“), a onda je vremenom proširen na veliki deo supermaks populacije.

35 Kovanica čiji koren je naziv ustanove koju mnogi smatraju prvim supermaks zavodom u SAD.

otpora – ako ocene da je nasilje prema osoblju neproduktivno, svoje telo pretvaraju u sredstvo otpora (pa često štrajkuju glađu). Neki od autora priloga svedoče da postoje i slučajevi *'kada zavod ubija'* i navode primere smrtnih slučajeva životno ugroženih zatvorenika u čijem slučaju je (zbog nemara ili neobjašnjive neaktivnosti) izostala pravovremena pomoć od strane osoblja ustanove /Piché, Major, 2015/.

Jasno je – i to naglašavaju i Piché i Major – da su tekstovi objavljeni u *JPP* subjektivni i da predstavljaju lično viđenje pisaca, ali nema sumnje da omogućavaju saznanja do kojih ne možemo doći na drugi način. Podaci se odnose uglavnom na SAD, ali to ne umanjuje njihovu eksternu validnost. Jer, kako navode autori – ne treba zanemariti postojanje tzv. „univerzalnosti zatvaranja“ (e. *carceral universals*) /ibid./.³⁶

Marta 2013. na Univerzitetu Manitoba (Kanada) održana je međunarodna konferencija o ljudskim pravima i ćelijskoj izolaciji na kojoj je, uz mnoštvo priloga naučnika iz Severne Amerike i jednoj zatvorenici (Tona Miles) koja je godinama bila smeštena u supermaks jedinice kaznenih ustanova, pružena prilika da govori. Evo njenih reči:

... segregacija je vrlo, vrlo samotna. Vreme prolazi neverovatno sporo. Kada su me nekoliko puta izvodili iz ćelije, bila sam okovana – sa liscama i u lancima. Bila sam ogorčena zbog načina na koji su postupali prema meni. Bilo je obeshrabrujuće i često sam se povređivala. Nekoliko puta tim za hitne intervencije je brutalno upadao u ćeliju, ostavljajući me голу bez ičega, čak nije bilo ni prekrivača. Jednom sam mesec dana bila bez ičega, sem opreme za obezbeđenje i ogrtača – bez dušeka i jastuka, spavala sam na golom gvozdenu krevetu... To je bilo ludilo. Pisala sam krejonom po zidu, naprezala mozak da ne poludim. Ređala sam satima reči po alfabetskom redu. Tri puta nedeljno sam se samopovređivala sečenjem kože i gašenjem cigareta po telu /-v. Parkes, 2015/.

Autorka koja navodi ove reči, ukazuje na začarani krug: lica koja teško podnose zatvaranje reaguju otporom i povređuju sebe i druge – onda ih šalju u izolaciju, gde se stanje pogoršava i u tim uslovima ih drže predugo. Iz tog kruga teško je izaći / Parkes, 2015/.³⁷

U literaturi /Bagaric and Svilar, 2020/ se mogu naći i izjave dvojice političara koji su iskusili režim ekstremne segregacije: prvi je bivši senator (John McCain) koji je u njemu proveo dve godine: „Ćelijska izolacija je grozna stvar ... ona ti uništava duh i slabi otpor mnogo efikasnije nego bilo koji drugi tip maltretmana“; drugi je beskompromisni borac protiv apathejda Nelson Mandela koji je u toku svog višedecenijskog utamničenja jedan period proveo u samici. Njegov zaključak je jasan: „24 sata bez ljudskog kontakta, usamljenje neodređenog trajanja i svako ono koje se protegne duže od 15 dana – to je okrutno, degradirajuće i nehumano postupanje“.

36 Zbog tog fenomena, današnji čitaoci su često iznenađeni kada utvrde koliko se suština zatvaranja nije promenila od vremena kada je Howard 1777. objavio svoje poznato delo o stanju u kaznionicama toga doba.

37 Tona Miles je na kraju ipak uspela. Preduzela je pravna sredstva i sud je prekinuo ovakvo mrcvarjenje, smestivši je u ustanovu za mentalno poremećene izvan zavodskog sistema.

1.2.2. Izjave lica angažovanih u zavodskom sistemu

Drugi izvor su izjave upućenih koji su kao deo penitencijarnog sistema bili upoznati sa onim što se odigrava iza zidina supermaks ustanova, pa su o tome odlučili da progovore onda kada su prestali da budu deo tog sistema.³⁸

Bivši upravnik supermaks zavoda Florens u Koloradu Robert Hood je na osnovu dugogodišnjeg iskustva izrekao čuvenu konstataciju da su supermaks zavodi „čistiya verzija pakla“:

... u hrišćanskoj doktrini pakao je užareni prostor sa telima koja gore i trpe najteža mučenja. Patnja grešnika je tu vrela i vidljiva, a (za razliku od toga) ono što podnosi osuđeni prestupnik je hladno i skriveno. Naglasak je na čistoći prerusene prirode kažnjavanja i želji da se ona sakrije /Rovner, 2017: 458/³⁹ ... „ADX ustanove nisu stvorene zbog humanosti ... Egzistiranje u supermaks uslovima je 'beskrajno dug život posle smrti' ... Po mom mišljenju, to je mnogo gore od smrtne kazne“ / ibid, p. 469/.

Jedan (takođe) bivši upravnik zavoda poznatog Marion (Ralph Aron) izrekao je nešto što je potvrdilo mnoge izjave zatvorenika – cilj ćelijske izolacije (uz ostalo) je i da kontroliše revolucionarne tendencije – kako u samom penitencijarnom sistemu, tako i društvu kao celini.⁴⁰ A jedan bivši stražar (K. Khaldun) takođe je priznao da zavodske vlasti („zavodokrate“ – *prisoncrats*) imaju dugu istoriju targetiranja određenih zatvorenika koje ne vole – zato ih odvajaju kako ne bi uticali na druge – organizovanjem štrajka glađu ili odbijanja da rade kao vidovima protesta /Piché and Major, 2015: 14/.

U kanadskom sudskom slučaju *McCann v. The Queen*⁴¹ kao svedoci su se pojavila dva aktera koji su imali neposredno iskustvo rada sa licima izolovanim u supermaks ustanovama. Doktor Stephen Fox je kao psiholog pozvan da ukaže kako je takav tretman uticao na tužioca. On je govorio o samopovređivanju, paljenju delova sopstvenog tela u meri koju je teško i zamisliti, ... potpunom ludilu, pretvaranju sopstva u ništavilo, bespomoćnosti, besmislu, nasilnosti, ciklusima destrukcije ...“ / Jackson, 2015/.

Doktor Richard Korn, bivši upravnik kaznionice, pokušao je da sud upozna sa svojim viđenjem kako lica lišena slobode reaguju na ćelijsku segregaciju:

... slobodni ljudi provode vreme – zatvorenici ga podnose... Vreme je sila sa sopstvenom moći ... Ono je za zatvorenike nešto što ima i masu i težinu. Ono u (supermaks) zavodima za specijalni tretman staje i počinje da vas slama kao neki teret koji podnosite u uskom prostoru, relativno nepokretni – u krhotinama tog iskustva um

38 Shalev /2014: 28/ navodi i jedan od retkih izuzetaka – da su kritički stav izneli i oni koji su bili aktivno u službi. Tako je šef medicinske službe u jednom zavodu Zapadne Australije 1861. izjavio da „sa medicinske tačke gledišta, uopšte ne postoji sumnja da separacija ili ćelijska izolacija nanosi štetu zdravlju i stanju svakog prema kome se primenjuje – od prvog do poslednjeg“:

39 Zato autorka /ibid./ naglašava da supermaks zavodi traže svaki povod da zabrane posete, ako su one i dozvoljene, zatvorenici ne smeju nikom da pričaju o uslovima u kojima žive. Rutinski se odbija pristup ne samo novinarima, nego i telima zaduženim za zaštitu ljudskih prava i sprečavanje torture – sve u cilju kako bi se sakrila „najcrnja strana američke sramote“.

40 –v. Griffin /1993/.

41 O kome će biti više izlagano kasnije.

počinje da primenjuje trikove kako biste sačuvali sebe ... jedan od njih je da ostanete u životu pomoću fantazija o osveti kakve gaji svako od nas; one im pomažu da se podignu iz tog stanja (uz ostalo) i brutalnim atacima na zavodsko osoblje. Taj proces i iskustvo, kao i posledice imaju crte nepotrebne katastrofe /-v. Jackson, 2015/.

Možda je još najbolji primer kako istina o stanju u supermaks zavodima može izaći na videlo slučaj Derek Jeffreys: u pitanju je bivši sveštenik koji je na osnovu svog višegodišnjeg iskustva stečenog u kontaktima sa licima zatvorenim u te ustanove 2013. godine napisao knjigu o etici ćelijske izolacije u tim institucijama koje je nazvao: „mračnim mestima“.

On tvrdi da je najveći problem sa ovim ustanovama u tome što one ubijaju ljudsku kreativnost (zato u većini takvih zavoda zatvorenici nije dozvoljeno da slušaju muziku i drže muzičke instrumente; da čitaju bilo šta sem religiozne literature, niti da pišu) i što se u često remeti njihov životni ciklus i predstava o vremenu (zabranjeno im je da imaju časovnik; postoji konfuzija da li je dan ili noć jer je svetlo uključeno bez prestanka; tamo gde mesece i godine provode u zatvorenom prostoru nemaju predstavu koje je godišnje doba). Očigledno, cilj je da im se stvori predstava da zatvaranje traje znatno duže.⁴² Sve ovo govori da se radi o jednom specifičnom vidu nasilja (naravno, u skladu sa filozofijom „ekonomisanja u njegovom korišćenju“);⁴³ Istina, ono je mnogo manje od klasičnog koje je dominiralo u kaznionicama pre XX veka i koje je imalo elemente najokrutnijeg zlostavljanja; samo je ovaj put ono usmereno na povredu spiritualnosti (autor koristi termin „ubijanje ljudske duše“) umesto tela zatvorenika.

Zato Jeffreys /2013: 129/ i naglašava da je smeštanje u izolaciju supermaks zavoda jedan podmukao vid dominacije nad zatvorenici, pri čemu se ne koristi prevashodno brutalnost već slamanje njihove volje. Radi se o prikrivenoj i od ekstremnih oblika fizičkog zlostavljanja „čistijoj verziji torture“ koju nije jednostavno dokazati.

Poseban vid zloupotrebe supermaks ustanova je primena brutalne ćelijske izolacije prema osuđenim licima za koja se pretpostavlja da su deo organizovanih kriminalnih grupa (dok su bili na slobodi) ili zavodskih gangova. U zavodu Pelikan Bej zato postoji praksa da se takvima jasno stavlja do znanja da iz njega mogu izaći jedino ako odaju ko su vođe i članovi takvih bandi („ocinkari, izađi na uslovnu ili umri“ – e. *snitch, parole or die*) /Jeffreys, 2013: 66/.

Nasilno i degradirajuće okruženje koje ima za cilj da ih pretvori u slabe, bespomoćne, individue zavisne poput novorođenčeta dovodi do različitih oblika prilagođavanja tih lica. Mnogi gube sposobnost da kontrolišu svoje postupke i provode život u letargiji; drugi, opet reaguju destruktivno, ređe napadajući osoblje, a češće nanose sebi samopovredu (udaraju glavom u zid, plave ćeliju vodom, pokušavaju samoubistvo), treći koriste bizarne načine da skrenu pažnju (konzumiraju sopstvene telesne izlučevine, samozadovoljavaju se i na drugi način žele da šokiraju one koji ih posmatraju) /Jeffreys, 2013: 65/.

42 Zato će se laici iznenaditi što je jedan od prvih zahteva štrajkača gladu u zavodu Pelikan Bej 2011. bio da im se dozvoli nešto tako obično: da u ćeliji imaju kalendar i zidni sat.

43 Varijacija onoga što je u svojim delima vladarima savetovao jedan od tvoraca nauke o politici, Italijan Machiavelli – da vlast ne mogu zasnovati samo na primeni sile prema podanicima.

1.3. Podaci do kojih se došlo u sudskim postupcima

Treći izvor saznanja o tome šta se zaista događa u zavodima u kojima se praktikuje ćelijska izolacija su činjenice koje su utvrđene u sudskim postupcima koji su vođeni po pritužbama zatvorenika i u daljem izlaganju ćemo se posebno koncentrirati na njega fokusirajući se na SAD, a zatim i nekoliko slučajeva iz Kanade.

1.3.1. Sjedinjene Američke Države

Praksa federalnih sudova u najvećem delu XX veka⁴⁴ bila je izražena u maksimumu: „držati ruke dalje od kaznionica“; u njoj Laura Rovner /2015/ vidi jedan od razloga zašto je 1970–1980tih godina došlo do brojnih pobuna u kaznenim ustanovama Amerike. Zatvorenici su u uslovima opšteg jačanja retributivnosti, bili prepušteni na milost i nemilost penitencijarnom sistemu i njegovoj „unutrašnjoj kontroli“ koja je imala isključivi interes da zataška i najteže zloupotrebe.

Vremenom, sa jačanjem ideje o značaju poštovanja ljudskih prava svih ljudi, takva praksa se menja da bi se stvarni obrt dogodio naročito posle 1996. kada je američki Kongres usvojio *Prison Litigation Reform Act* (PLRA) kojim je uvedena sudska zaštita prava lica lišenih slobode.⁴⁵ To je stvorilo mogućnost da se u ove postupke uključe (mnogo više no ranije) advokati,⁴⁶ ali i svi koji su imali pravna znanja i volju da pomognu ovim ljudima.

Jedan od najboljih primera entuzijazma mladih pravnika je njihovo angažovanje u Klinici za građanska prava (*Civil Rights Clinic – CRC*) koja postoji na Pravnom fakultetu Univerziteta Denver. Studenti druge i treće godine su volonterski preuzeli posao zastupanja lica lišenih slobode pred sudovima u postupcima u kojima se raspravlja o kršenju njihovih prava. Neki od tih slučajeva (*Jordan v. Pugh*; *Saleh v. BOP* i *Rezak v. BOP*; i *Cunningham v. BOP*) biće pomenuti u daljem izlaganju.

Istinu govoreći, zatvorenici i njihovi zastupnici su se mogli i pre PLRA obraćati nadležnim sudovima država i Vrhovnom sudu iz razloga što smatraju da su određenim postupanjem povređena njihova ustavna prava – pre svega nekoliko amandmana na Ustav SAD:

- ◆ Osmi (VIII) Amandman koji zabranjuje ekstremno visoka jemstva i novčane kazne i „okrutno i neuobičajeno kažnjavanje“; i (ređe)
- ◆ Prvi (I) Amandman koji *garantuje slobodu govora*; i
- ◆ Peti (V) Amandman koji se prvi odnosi na krivične (i srodne) procese. On, uz ostalo, garantuje fer postupanje (e. *due process*) u stvarima koja se tiču osnovnih prava čoveka.⁴⁷

44 Posle čuvene presude Vrhovnog suda SAD iz 1890. (slučaj *In Re Medley*) kojom je režim ćelijskog izolovanja proglašen za previše okrutan –v. Ignjatović /2019b/

45 Istina, građanske parnice, ne mogu se – kako izričito stoji u ovom Zakonu – voditi za duševne ili emocionalne povrede ako one nisu praćene fizičkim povredama – čak i kada postoji jasna klinička dokumentacija težine psiholoških sindroma izazvanih ćelijskom izolacijom /Hresko, /2006: 16/.

46 Pri tome treba imati u vidu da predstavnici ove profesije nisu previše zainteresovani za zatvorena lica kao klijente: da li zbog toga što se ne mogu nadati dobrom honoraru ili zato što se radi o licima koja su često toliko ocrnjena u javnosti da njihovo zastupanje advokatu može doneti samo loš publicitet?

47 U postupcima u kojima se „odlučuje o životu, slobodi i imovini pojedinca“.

Usvajanje PLRA omogućio je vođenje parnice protiv penitencijarnih vlasti ne samo zbog kršenja navedenih ustavnih odredaba, nego i zbog nepoštovanja Pravila o izvršenju administrativne i disciplinske izolacije; time je Federalni biro za zavode (BOP) potvrdio da i u njihovom slučaju moraju biti poštovani minimalni standardi u pogledu čistoće, higijene i zaštite zdravlja⁴⁸ garantovani opštoj populaciji.⁴⁹ Zato su pritužbe zatvorenika, zajedno sa i dalje im dostupnim tužbama zbog kršenja navedenih ustavnih amandmana dovele do bogate sudske prakse u kojoj su donete mnoge bitne odluke i zauzeti stavovi koji omogućavaju mnogo bolji uvid u: a) filozofiju kojom se rukovodi onaj deo penitencijarnog sistema koji se može označiti kao „supermaks odsek“; i b) to čime se sve služe zaposleni u njemu kako bi opravdali postojanje ustanova u kojima su angažovani. U daljem tekstu biće nabrojani samo neki od tih slučajeva, podeljenih u dve grupe.⁵⁰ U prvoj će biti gde zatvorenici nisu uspeali u svojim zahtevima, a u drugoj oni u kojima su oni doživeli izvesnu sudska satisfakciju:

■ u prvu grupu bi spadali:

- slučaj *Tyron Alexander & Kevin Carrol*: ova dvojica su se čekajući na suđenje potukla sa stražarom. Tokom zime 2001. smešteni su ćeliju za izolovanje površine 19,5 m², bez sanitarnih uslova (za obavljanje fizioloških potreba imali su sredini ćelije rupu, a higijena je održavana tako što su stražari povremeno kroz otvor na vratima ćelije ubacivali šmrk kojim su prali pod ćelije. Sud u ovakvom postupanju nije našao ništa sporno;
- u slučaju *Jurriet* – Steven Jurriet odbijen je takođe iako je bio smešten u „kavez za presvlačenje“ površine 0,76 m², toliko mali da se duže od 13 sati svakog dana nije mogao nasloniti niti sedeti;
- slučaj *Silverstein v. BOP* je posebno karakterističan jer se radi o zatvoreniku koji je izvršio ubistvo dva stražara u zavodu Marion.⁵¹ Sud je našao da smeštaj lica (Tommy Siverstein) u ekstremnu izolaciju u trajanju od tri decenije u nekoliko kaznenih ustanova u kojima je tretman bio sve gori⁵² ne predstavlja okrutno i neuobičajeno kažnjavanje – i pored toga što je u trenutku kada je pokrenuo postupak u najgorem delu zavoda (rang 13) proveo 21 godinu lišen bilo kakvog ljudskog kontakta, bez prava na san i drugih osnovnih prava odn. potreba čoveka, narušenog mentalnog zdravlja i zaboravljen u „najrestriktivnijem zavodskom režimu u zemlji“. Sud je prihvatio

48 Zagarantovano pet sati vežbanja nedeljno i najmanje tri tuširanja u sedam dana.

49 Međutim, kao i drugde u svetu, praktičari angažovani u američkom penitencijarnom sistemu su ove odredbe doživeli kao lepe ukrase u normativnoj oblasti kršeći čak i propisane standarde u pogledu ishrane, grejanja i odeće.

50 Iako se ovaj podeli može prigovoriti da rezultate sudskih postupaka svodi na dihotomiju: uspeh – neuspeh, koju neki /kao Rovner, 2017: 516/ smatraju pogrešnom, ipak smo joj pribegli da bi lakše predstavili rezultate sudskih parnica.

51 U iskazu u kome je detaljno opisao svakodnevn život u supermaks ustanovi uz navođenje mnoštva detalja koji ukazuju na namerno nanošenje dodatnih patnji zatvorenicima, on je konstatovao da su mentalne patnje posle toliko godina provedenih u izolaciji „gore od svakog fizičkog bola koji sam ikada podneo ili zamislio“ /Rovner, 2017: 468/.

52 Nekoliko godina nije mu bilo dostupno ogledalo i kada je posle tog perioda prvi put mogao da vidi svoj lik – nije mogao sam sebe da prepozna.

odbranu BOP i konstatovao da „su minimalne civilizovane životne potrebe tužioca bile zadovoljene“. Za brojne mentalne smetnje (osećaj bespomoćnosti i teskobe, gubitak kognitivnih sposobnosti, nemogućnost koncentracije, nemogućnost pamćenja i depresija – sud je zaključio da se radi o „minimalnim simptomima u odnosu na duševno zdravlje“. Takođe, da je mogućnost da dva puta mesečno telefonira 15 minuta, da potpuno sam vežba pet sati nedeljno u zatvorenom prostoru i da minut dnevno komunicira sa stražarom kroz otvor na ćelijskim vratima – dokaz da je njegova žalba kako je lišen socijalne interakcije i stimulansa okoline neosnovana /Rovner, 2017: 483 et seq./;

- slučajevi *Saleh v. BOP* i *Rezak v. BOP* odnose se na kršenje V Amandmana (pravo na fer postupak). U oba slučaja, bila su u pitanju lica muslimanske veroispovesti koji su posle događaja od 11. septembra prebačeni iz klasične kaznionice u supermaks (ADX) bez ikakvog razloga, bez obrazloženja i prava na žalbu. Najkraće vreme koje su u potpunoj izolaciji trebali da provedu bilo je sedam, a najduže 40 godina. Kako su to navele penitencijarne vlasti, režim podrazumeva da molba za povratak u kaznionicu u kojoj se kazna izdržava zajedno sa drugim osuđennicima može biti odbijena i iz sledećih razloga: „notornost slučaja“, „medijsko izveštavanje“ i „svetski događaji“, a u krajnjoj liniji ostaje uvek univerzalna formulacija koja pominje „red i bezbednost“. Sud je uspostavio četiri kriterijuma za odlučivanje u ovakvim slučajevima i formulisao ih u vidu pitanja: 1) da li je segregacija produžetak legitimnih penoloških interesa? 2) da li uslovi u kojima su zatvorenici smešteni ekstremni? 3) da li se podrazumeva produženo trajanje usamljivanja? i 4) da li je u pitanju vremenski neograničen boravak u izolaciji? Nalazeći da su sva četiri zahteva poštovana, sud je odbio tužbu zatvorenika /ibid, p. 491 et seq./;

▣ drugu grupu čine:

- slučaj *Jordan v. Pugh*: zatvorenik Mark Jordan je posle tri godine uspeo da medijima dostavi esej o režimu ustanove u koju je smešten. Kada je rukopis objavljen, uprava ga je kaznila disciplinski. Kasnije je uspeo da doturi medijima još jedan tekst o istoj temi i izrečena mu je još stroža disciplinska kazna. Onde se (posredstvom CRC) obratio sudu sa zahtevom da se utvrdi povreda I Amandmana Ustava SAD. U postupku sud je zatražio da penitencijarne vlasti nedvosmisleno dokažu da je zabrana objavljivanja bila izraz „legitimnog penološkog interesa“ odn. da se njime ugrožava sigurnost u zavodima. Kada je saslušao argumente, konstatovao je da se radi o nedokumentovanoj i spekulativnoj tvrdnji i utvrdio da je Prvi Amandman zaista povređen.⁵³
- slučaj *Hope v. Pelzer*: sud je našao da je povređen VIII Amandman zato što je zavodska uprava oduzela zatvoreniku pravo na primanje pošte kao sankciju za neprimereno ponašanje;⁵⁴

53 Rovner /2017: 501/ tvrdi da je slučaj i sudijama dokazao postojanje „kulture tajnovitosti (prikriivanja)“ u supermaks ustanovama. Zato su oni u sličnim situacijama počeli da primenjuju tzv. Turner faktor – da zahtevaju da BOP jasno dokaže kako bi objavljivanje (širenje) informacija o stanju u kaznenom zavodu imalo negativan uticaj na bezbednost u ustanovi.

54 Oduzimanje ovog prava u produženom trajanju sud je okarakterisao kao narušavanje autentičnog ljudskog dostojanstva, što je vid nanošenja patnje i može predstavljati istovremeno i degradirajuće i opasno postupanje /Rovner, 2015/.

- slučaj *Robinson v. Dage* je bitan jer je zaključeno kako bi bila ozbiljna greška ako bi sud nastavio da interpretira pravne norme tako da postupci po pritužbama zatvorenika mogu biti vođeni samo ukoliko je bilo telesnih povreda;
- slučaj *Madrid v. Gomez*: u presudi je konstatovano da su uslovi u supermaks ustanovama oštrije (teži) nego što je neophodno – ali ne postoji ustavni osnov da se zavod Pelikan bej zatvori. Oni koji su već psihički ugroženi su u većem riziku da dožive ozbiljniji poremećaj i zato ih ne treba slati u ovakve ustanove;
- slučaj *Jones 'El v. Berge*: sud zaključuje da se radi „o ekstremno izolujućim uslovima“ zbog kojih boravak u supermaks zavodu može, i kod relativno zdravih lica koja nikada nisu imala zdravstvenih problema, dovesti do određenih psihijatrijskih reakcija. Zato je sudija naredio da se nekoliko zatvorenika moraju premestiti u zavod drugačijeg tipa;
- slučaj *Cunningham v. BOP* je od posebnog značaja jer se odnosi na smeštaj, dijagnozu i tretman lica mentalno obolelih lica u supermaks ustanove. Tužba se zasnivala na tvrdnji da je u tim slučajevima: 1) licima naneta ozbiljna šteta zbog neadekvatne dijagnoze koja im je postavljena u zavodu; i 2) zbog nemogućnosti BOP da im obezbedi odgovarajući tretman.⁵⁵ Sud je našao da je u slučaju o kome je odlučivao povređen VIII Amandman i to je kao presedan uticalo i na ostale federalne sudove da zabrane smeštaj takvih lica u supermaks ustanove, ubrzo je takva zabrana uneta i u federalno penitencijarno zakonodavstvo.⁵⁶
- slučaj *Ruiz v. Johnson*: sudija pominje „ekstremnu deprivaciju (lišavanje) i represivne uslove zatvaranja“ i smatra da se administrativna segregacija u posebnim zavodskim jedinicama može podvesti pod slučaj „okrutnog i ne-uobičajenog kažnjavanja“;
- slučaj *Brown v. Plata*: postoji kršenje VIII Amandmana zbog prenaseljenosti u kalifornijskim kaznionicama pa su uslovi života u njima u ozbiljnoj meri neadekvatni. To je doprinelo da stopa samoubistava u tim uslovima bude 80% viša od stope koja je zabeležena na nacionalnom nivou. Bar u jednom slučaju, zatvorenik je u supermaks zavodu morao biti smešten u ćeliju gde je skoro 24 časa stajao u lokvi sopstvenog urina, što ga je dovelo u katatonično duševno stanje⁵⁷ u kome je izvršio samoubistvo.

Kao neka vrsta rezimea trebalo bi naglasiti da je u SAD vladalo verovanje da će se pravnim sredstvima situacija u vezi sa supermaks zavodima i ćelijskom izola-

55 Istovremeno, u javnost su procurili podaci da osoblje ustanova ne samo da karakteriše odsustvo empatije prema licima koja se samopovređuju, nego čak i pokazuju crte sadizma prema njima. Rovner /2017: 504/ navodi slučaj zatvorenika (David Shelby) koji je sebi odsekao šaku i stopalo, a zatim pojeo prst. Stražar koji je to video (umesto da pozove pomoć) prvo ga je pitao da mu detaljno opiše kakav je ukus ljudskog mesa!

56 Budući da je BOP bio izložen kritikama da se dešava da se zaposleni satima oglušuju o obavezu da se obrate za hitnu medicinsku pomoć licima koja su pokušala samoubistvo, u ADX zavodima su uvedene brojne mere prevencije takvih ponašanja, uključujući i celodnevne psihološke servise kojima se lice u trenucima krize može obratiti /ibid, p. 511/.

57 Karakterišu ga melanholija, nepokretljivost, halucinacije i sumanute ideje.

cijom izmeniti. I zaista, u nekim slučajevima to se dogodilo: neke supermaks ustanove su transformisane u zavode sa maksimalnim obezbeđenjem, duševno bolesni zatvorenici su preseljeni iz supermaks zavoda ... Onda se pojavila nada da će tretman segregacije u tim ustanovama biti proglašen neustavnim u skladu sa VIII Amandmanom. No federalni sudovi su ovaj pojam dosledno tumačili preusko, svodeći ga samo na brutalno fizičko povređivanje. Osim toga, na oštećenima leži teret dokazivanja da je pripadnik zavodske administracije „namerno preduzeo akte koji predstavljaju okrutno i neuobičajeno postupanje (ili da je svesno propustio da reaguje)“. Tu logiku slede i neke od sudija Vrhovnog suda koji ignorišu spiritualno povređivanje / Jeffreys, 2013: 135/ i usvajaju argumente odbrane BOP („postupalo se u interesu zatvorenika“, trebalo je zaštititi red u ustanovi“. „radi se o minornom uticaju na duševno stanje zatvorenika...“)⁵⁸ sa obrazloženjem da se radi o rizicima koje društvo danas toleriše /Rovner, 2015/.

Dakle, oni koji ćelijsku segregaciju smatraju kršenjem Ustava SAD i koji su inicijativa da se njena primena zabrani (što bi značilo i kraj supermaks ustanova) nisu u tom naumu uspeli. Sudovi su zaključili da se ćelijskom izolacijom, načelno ne krši Amandman VIII, ali da se – u nekim slučajevima – to može činiti. Vrhovni sud je u slučaju *Rhodes v. Chapman* iz 1981. zaključio da: 1) kažnjavanje mora biti proporcionalno izvršenom deliktu; 2) da uslovi boravka u ustanovi ne smeju imati karakter besciljnog i nepotrebnog nanošenja patnje; i 3) ti uslovi moraju biti takvi da zatvoreniku obezbeđuju minimalni civilizovani nivo životnih potreba.⁵⁹ Po tom osnovu, čak i šokantni uslovi kao što su nedostatak odgovarajuće odeće, hrane, sredstava za održanje higijene ... nisu dovoljni da se tumače kao kršenje Amandmana VIII / Hannem-Kish, 2005: 911/.

Međutim takav stav nije bio univerzalno prihvaćen. U nepotpisanom članku /***, 1970: 148/ autori tvrde da su sudovi u balansiranju između traženja oštećenih i tvrdnji zavodskog personala kako je penalna segregacija nužna iz razloga bezbednosti počeli da razlikuju uslove zatvaranja od zatvaranja kao takvog. Oni nisu bili u dilemi u pogledu činjenice da mnogi od zaposlenih u kaznionicama teže da izolacija bude neprijatna, nekomforna i rigorozna. Zato su sudovi, kako smo videli u, više slučajeva našli da nema konceptualnih smetnji da neki uslovi u kojima su se zatvorenici nalazili predstavljaju okrutno i neuobičajeno kažnjavanje. U tekstu se navode dva karakteristična primera

- slučaj *Jordan v. Fitzharris* – tu je sud zaključio da je ćelijska izolacija sprovedena u uslovima koji su daleko ispod standarda života i zbog toga je proglašena neustavnom;
- slučaj *Wright v. McMann* – protivustavnim su proglašeni nezdravi sanitarni uslovi u kojima je ekstremna izolacija sprovedena: zatvorenik je držan

58 U slučaju *Helling* (iz 1993) sudija očigledno nije ubeđen u rezultate istraživanja posledica boravka u supermaks ustanovama jer u odluci konstatuje da je potrebno više naučnih istraživanja o posledicama zavodske izolacije na zdravlje ljudi.

59 Paradoks da se o takvim stvarima raspravlja čak i u ovo naše vreme, Shalev /2009: 139/ potcrtava tvrdnjom da je filadelfijski Walnut Street Jail osnovan 1790. kao prvi zavodu u kome je uvedena ćelijska izolacija imao toalete sa tekućom vodom i centralno grejanje pre nego rezidencija američkog predsednika u Vašingtonu – Bela kuća.

u prljavim, blatnjavim i nesanitarnim uslovima. Jedanaest dana proveo je go pod otvorenim prozorom – danju i noću na ekstremno niskim zimskim temperaturama; nije mogao da održava ličnu higijenu jer mu nije dato ništa čime bi mogao da se umije, opere zube ili se očeslja. Drugostepeni sud je zaključio da „ovakvi uslovi mogu poslužiti samo tome da potpuno unište duh i pogoršaju zdravstveno stanje zatvorenika. Osmi Amandman zabranjuje tretman koji je u toj meri nečastan, nehuman i toliko krši koncept ljudskog dostojanstva“ /*ibid.*/.

Bagaric and Svilar /2020: 24/ navode još jedan primer koji pokazuje da sudovi nisu ignorisali da praksa penitencijarne segregacije predstavlja ozbiljan problem i da su razmišljali o mogućnosti da bude supstituisana. Tako je 2015. sudija Antony Kennedy u slučaju *Davis v. Ayala* (pošto je prethodno odbio mogućnost da taj način izvršenja kazne zatvora ne može biti ukinut jer je integralni deo kaznenog sistema)⁶⁰ konstatovao da se „ćelijska izolacija često svodi na višegodišnju skoro potpunu izolaciju nekog lica, a to nam ispostavlja strašnu cenu“. Zato je zaključio da bi sudovi trebalo da ispituju postoji li delotvorna alternativa sistemu produžene izolacije, i ako se to utvrdi, zahtevati od korekcionog sistema da se ona primeni.⁶¹

1.3.2. Kanada

Kriminolozi su odavno primetili da se stanje kriminaliteta i način na koji se na njega reaguje u ovoj zemlji veoma razlikuje od onog koji karakteriše SAD. Stopa zatvorenih lica u Kanadi se nije bitno promenila pod uticajem većeg broja „ratnih“ kampanja koja se odvijaju na teritoriji „južnog suseda“. Tome su doprineli i pravosudni organi te zemlje.

Kanadski slučaj *McCann v. The Queen* važan je višestruko za preispitivanje ćelijskog izdvajanja zatvorenika u toj zemlji i zato zaslužuje posebnu pažnju.

Jedan osuđenik (Jack McCann) smešten je u posebnu „korekcionu ustanovu“ u kaznionici u Britanskoj Kolumbiji (*British Columbia Penitentiary*) neprekidno 754 dana (od jula 1970. do avgusta 1972.). Maja 1973. je pobjegao iz zavoda i kontaktirao novinara jednog dnevnog lista da objavi u kojim uslovima se mesecima i čak godinama ljudi drže u navodno „korekcionim“ institucijama. Pošto je uhvaćen, ponovo je smešten u takvu ustanovu, gde je ostao do maja 1974. Međutim, tekst u listu *Vancouver Sun* je pokrenuo veliku polemiku o tome kako se postupa sa zatvorenicima, a kada je Raspravno veće Federalnog suda Kanade dobilo njegovu rukom pisanu izjavu da je izložen okrutnom i neuobičajenom načinu kažnjavanja – stvar je prenetna na pravni teren.

60 Ashley Rubin i Keramet Reiter /2018: 1617/ navode da je tu sudija ironično ukazao na paradoks: kada bi se primena prolongirane ćelijske izolacije proglasila neustavnom, u nekim državama (na primer u Kaliforniji) ona bi bila ukinuta, a u registru kazni bi ostala smrtna kazna!

61 Rubin i Reiter /2018: 1604/ ne veruju baš da bi se ovim postiglo mnogo jer je umesto alterniranja „većite alternative“ (ćelijska izolacija nastala je i načelno se tretira kao alternativa standardnom, zajedničkom izdržavanju kazne zatvora) potrebni su mnogo ozbiljniji zahvati kako bi se oni koji nastoje da ostvare apsolutnu kontrolu nad zatvorenicima unutar zidova kaznionica odvratili od toga.

Kako u tekstu o četiri decenije borbe protiv ćelijske segregacije u kanadskim kaznionicama navodi Michael Jacksson /2015/ presuda u slučaju *McCann v. The Queen* je znatno doprinela sužavanju primene penitencijarne segregacije jer je sud konstatovao da je najgora stvar to što se sa primenom pojačavaju mrcvarenje i degradacija zatvorenika, njihova frustracija, beznađe i duboko ukorenjeni antagonizam između zatvorenika i osoblja.

Tom trendu ograničavanja administrativne segregacije u Kanadi doprineo je i tzv. Arbur izveštaj iz aprila 1994. (nazvan tako po sudiji Louis Arbour); tu je izveden bitan zaključak:⁶²

... „osam ili devet meseci segregacije, čak i da je ona izvedena u mnogo boljim uslovima od postojećih, je toliko odstupanje od standardnog oblika zatvaranja da može biti opravdano samo eksplicitnim zakonskim odredbama. Ovako kako se sprovodi, ono nije zasnovano na pravu i narušava integritet presude“ /-v. Johnson, 2015/.

Kanada i dalje odbija da šire primeni „supermaks režim“ ostajući pri „kampus modelu“ zajedničkog izdržavanja kazne zatvora, sve u duhu poznatog Izveštaja Parlamentarnog komiteta za pravdu i pravna pitanja⁶³ u kome je navedeno da „okrutno zatvaranje, izolacija, nepravda i mučenje namerno naneti zatvoreniku koji ne može uzvratiti pretvaraju nenasilne ljude u nasilnike, one koji ne ugrožavaju druge čine – opasnima. Zbog toga je i kaznena izolacija svedena na redak izuzetak jer je zauzet stav da se takvim postupanjem krši Povelja o pravima i slobodama (*Charter of Rights and Freedoms*) koja takođe zabranjuje okrutno i neobičajeno kažnjavanje.⁶⁴

1.4. Delovanje drugih subjekata – međunarodne norme i organizacije i nevladin sektor

1.4.1. Međunarodni napori

Na međunarodnom planu, praksa primene ćelijske izolacije može dobiti oblike u kojima postaje direktno u suprotnost sa više međunarodnih instrumenata od kojih neki predstavljaju *ius cogens*. To se odnosi pre svega na Konvenciju Ujedinjenih nacija (UN) o građanskim i političkim pravima⁶⁵ (čl. 7 koji apsolutno zabranjuje upotrebu torture, okrutnog, nehumanog i ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja)⁶⁶ i Konvencija UN protiv torture.⁶⁷

62 Iako je on bio rezultat istrage o primeni ćelijskog izdvajanja u zavodu za žene u Kingstonu (*Prison for Women – P4W – in Kingston*), odnosi se na sva zatvorena lica koja kaznu izdržavaju u tom režimu.

63 Parliament Committee on Justice and Legal Affairs, *Report of the Subcommittee on the Penitentiary System in Canada (1976–77)*, paras 78–80.

64 Kako navodi Parkes /2015/, sud u Vankuveru, Britanska Kolumbija, zaključio je da je praksa širenja pravnih osnova za primenu zavodske segregacije protivna navedenoj Povelji i to na sistemskoj osnovi.

65 UN convention on Civil and Political Rights (ICCPR)

66 Komitet za ljudska prava UN aprila 1992. se tako izjasnio da specifični slučajevi polongirane ćelijske izolacije mogu biti okarakterisani kao tortura.

67 UN convention against Torture (CAT)

Na Starom kontinentu pandan ovim dokumentima su Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava (u čl. 3 zabranjuje mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje i kažnjavanje) i Evropska konvencija o sprečavanju mučenja i nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja.

U Novom svetu postoji Američka deklaracija o ljudskim pravima i obavezama čoveka, koju su SAD potpisale 1948. godine.

Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenicima⁶⁸ u delu pod naslovom „Ograničenja, disciplina i sankcije“ u Pravilu 43(1) izričito zabranjuje vremenski neograničenu i prolongiranu ćelijsku izolaciju. Zatim u Pravilu 44 određuje šta se podrazumeva pod izrazom ćelijska izolacija (22 sata ili duže, lice je lišeno ljudskih kontakata), a šta pod prolongiranom ćelijskom izolacijom (svaka ona koja traje drže od 15 uzastopnih dana).

Izolacija se može primeniti samo izuzetno, traje najkraće moguće vreme i podleže nepristrasnom nadzoru, može biti određena samo u skladu sa odobrenjem kompetentne vlasti. Neće biti određena na osnovu same izrečene osude.⁶⁹

Zabranjena je njena primena prema zatvorenicima sa mentalnim i fizičkim nedostacima ako bi se tom merom njihovo stanje pogoršalo. Ista zabrana odnosi se i na žene i decu.

Slične odredbe sadrže i Evropska zavodska pravila (Pravilo 60) koje ćelijsku izolaciju proglašava za izuzetnu meru koja, kada se primenjuje, treba da traje najkraće moguće vreme.

Grupa međunarodnih eksperata usvojila je decembra 2007. godine na Međunarodnom simpozijumu o psihološkoj traumi tzv. Istanbulska pravila o ćelijskoj izolaciji. U tom dokumentu se daje definicija i ukazuje na zabrinjavajuće širenje primene ćelijske izolacije u svetu i situacije u kojima se ona primenjuje.⁷⁰ Posebno se pominju dve neprihvatljive pojave: prinudni nestanak („*enforced disappearance*“) i nametanje izolacije pritvorenim licima kako bi se ona naterala da priznaju krivicu. Pozivajući se na relevantna istraživanja, eksperti u Konvenciji tvrde da je štetno delovanje izolacije na zdravlje zatvorenika očigledno i da takva praksa može doseći nivo torture. Takođe, apsolutno je neprihvatljiva primena ćelijske izolacije prema: a) licima koja čekaju izvršenje smrtne kazne ili su osuđeni na doživotnu kaznu zatvora i to na osnovu same presude; b) mentalno bolesnim zatvorenicima; i c) deci – licima mlađim od 18 godina.

Za tretman ćelijske izolacije na međunarodnom planu od posebnog su značaja saopštenja specijalnih izvestilaca UN za torturu. Manfred Nowak je u tom svojstvu

68 Doneta su 2015. tačno šest decenija posle Minimalnih pravila koja su usvojena u Ženevi 1955. O istorijatu Minimalnih pravila UN i principima kojima se rukovode –v. Ignjatović Đ. /2018a/. Inače, Pravila iz 1955. su se zalagala za ukidanje ćelijske izolacije kao forme kažnjavanja ili bar za njeno restriktivno korišćenje.

69 Zabrana automatske primene.

70 Po Međunarodnoj konvenciji (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) iz decembra 2006. to je „hapšenje, zadržavanje, otmica ili bilo koji drugi vid lišenja slobode koji vrše agenti države ili od nje ovlašćena lica, što je praćeno odbijanjem da se potvrdi lišenje slobode ili skrivanje tih lica, njihovo proglašenje za nestale, kao i smeštanje tamo gde nemaju pravnu zaštitu.

dao preporuke za postupanje sa licima koja su izolovana: njima treba omogućiti više socijalnih kontakata sa zavodskim osobljem i drugim zatvorenicima, više poseta i pristup servisima za održavanje mentalnog zdravlja.⁷¹ Njegov naslednik na tom mestu, Juan Mendez u periodičnom izveštaju Generalnoj skupštini UN 2011. proglašava ćelijsku izolaciju za „oštru meru koja može izazvati ozbiljne psihološke i fiziološke štete po pojedince“ i – kako navodi Parkes /2015: vi/ smatra da treba apsolutno zabraniti prolongiranu segregaciju prema licima sa mentalnim smetnjama i maloletnicima, a prema svim ostalima onu koja traje duže od 15 dana.⁷²

Pre nekoliko meseci, specijalni izvestilac UN za torturu profesor Niels Melzer je u izveštaju o ekstremno raširenoj primeni ćelijske izolacije u američkoj državi Konektikat na konferenciji za medije izjavio da Odsek za korekciju ove države (DOC) rutinski primenjuje prolongiranu ili vremenski neodređenu izolaciju naširoko koristeći arbitrarnost. Na osnovu izveštaja nezavisnih eksperata u dehumanizujućim uslovima koji se ponekad nazivaju eufemizmima kao „rupa“ ili „zaključavanje“ lica za koja se smatra da nose visok rizik zatvaraju se pod takvim uslovima koji ostavljaju nepopravljive psihološke i fiziološke posledice, što se može označiti kao tortura.⁷³

Iste te godine (2011.) Evropski komitet za sprečavanje torture i nehumanog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja (*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – CPT*) fokusirao se u svom izveštaju⁷⁴ na ćelijsku izolaciju i u nastojanjima da pomogne da se njena primena zaista svede na minimum predlaže „PLANN test“. Izraz je akronim⁷⁵ onoga što se pri tom zahteva – da ona bude: proporcionalna, zakonita, odgovorna, nužna i nediskriminišuća /Shalev, 2014: 32/.

Navedene međunarodne instrumente i inicijative prihvatila je i međunarodna sudska praksa. Tako je Evropski sud za ljudska prava u više slučajeva odlučivao o ćelijskoj izolaciji, uslovima pod kojima se primenjuje, da li nepovoljni uslovi u kojima se nalazi zatvorenik prevazilaze one koje su prirodni zatvaranju; koliko dugo je separacija trajala; koji cilj se tim režimom želeo postići, kako on deluje na fizičko i mentalno zdravlje lica ... /-v. Shalev, 2014:32/; u jednoj od novijih odluka zaključio je da:

...(ona) bez odgovarajuće mentalne i fizičke stimulacije, dugotrajno gledano, ima štetan uticaj i rezultira gubljenjem mentalnih i društvenih sposobnosti.⁷⁶

Interamerička komisija za ljudska prava – IACHR (formirana na osnovu već pomenute Američke konvencije o ljudskim pravima) takođe se bavila pitanjem koje obrađujemo u ovom radu. Tako je prolongiranu ćelijsku izolaciju u nekoliko slu-

71 UN, *Basic principles for the treatment of prisoners*. New York, 1990.

72 –v. UN Special Rapporteur on Torture. *Interim report to the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*. New York, 2011.

73 Connecticut prison warning: prolonged solitary confinement may ‘amount to torture’, UN expert warns, *UN News*, 28. February 2020.

74 Council of Europe,(COE) *21st general report of the CPT*. Strasbourg, 2011.

75 *Proportionate, lawful, accountable, necessary and non-discriminatory*.

76 *Razvyazkin v. Russia (Application no. 13579/09)*. Strasbourg, European Court of Human Rights, October 2012.

čajeva proglasio za okrutno, nehumano i degradirajuće ponašanje u skladu sa čl. 5 Konvencije. Isto važi i za položaj i zaštitu imigranata – nekriminalaca /Shahshahani and El-Sergany, 2013: 265/.

Pažljiv čitalac može se zapitati kako to delovanje međunarodnih organizacija i navedenih dokumenata može uticati na američki kazneni sistem kada SAD nisu do sada potpisale mnoštvo važnih konvencija kojima se štite ključna ljudska prava (uključujući i onu o sprečavanju genocida), a ako su ih potpisale, često ih nisu ratifikovale (kao u slučaju Američke konvencije o ljudskim pravima). Čak i kada se radi o normama koje su međunarodnom pravu smatraju za *ius cogens* – ni tu ne postoji obaveza njihove primene jer – za razliku od onoga što tzv. međunarodna zajednica (predvođena SAD) nameće drugim, manjim i slabijim državama – u Americi ne postoji princip da norme ratifikovanih međunarodnih konvencija imaju prioritet u odnosu na domaće pravo (*self-executing*) – naprotiv, ako se one kose sa normama domicilnog zakonodavstva i dok god je tako, one ne važe na teritoriji SAD.⁷⁷

Ipak, ne može se poreći da su navedene aktivnosti i međunarodni dokumenti imali određen uticaj na zakonodavstvo i penitencijarnu praksu u Americi. No, mora se istovremeno konstatovati da je on nije mnogo izraženiji od onog koji imaju domaći akteri koji pripadaju nevladinom sektoru.

1.4.2. Domaći akteri – stručna udruženja i „civilnog društva“

Grupu psihologa i psihijataru pozvao je Vrhovni sud 2005. da u svojstvu *amicus curae* na osnovu svojih saznanja i pregleda literature iznesu svoj zaključak o produženom ćelijskom smeštaju i oni su konstatovali: ne postoji studija o efektima ćelijske ili supermaks izolacije u kojoj je utvrđeno da boravak duži od 60 dana u takvim uslovima nije izazvao negativne psihološke posledice na zatvorenika.

Američka asocijacija psihijataru izdala je 2012. godine saopštenje u kome zaključuje da, izuzev u retkim izuzecima, mentalno bolesni ljudi ne smeju biti smeštani u samice. U istom dokumentu se zatim navodi i šta se sve podrazumeva pod „duševnom bolešću“.⁷⁸

U Kanadi su lekari bili još radikalniji – medicinska asocijacija te zemlje je, kako tvrdi Parkes /2015: vi/ zatražila potpuno ukidanje ćelijske izolacije prema svim licima lišenim slobode.

Na donošenju zakonskih rešenja koja će ograničiti primenu režima segregacije, posebno prema maloletnicima i licima koja imaju mentalne smetnje, angažovala su se advokatska udruženja. Američka advokatska komora izradila je predlog akta pod nazivom *Standardi postupanja sa zatvorenima* sa striktnim ograničenjima na koga se „segregacioni smeštaj“⁷⁹ može primeniti. Advokatska komora Njujorka uputila je odelku za pravosuđe zahtev da se primena ovog „smeštaja“ radikalno ograniči.

77 Teško je poverovati da ovu činjenicu ne znaju oni koji su u svojim ustavima domaći pravni sistem podredili međunarodnom.

78 –v. tekst Judith Resnik /2019/.

79 Ovaj naziv u skladu je sa terminologijom koju je nametnula Američka korekciona asocijacija dajući sopstvenu definiciju ćelijske izolacije. Razlikuju se dve vrste: restriktivni smeštaj (*restrictive housing*) i produženi restriktivni smeštaj (*extended restrictive housing*) – ovaj drugi traje preko 60 dana /Bagaric, Svilar, 2020: 11/.

Američka akademija za decu i adolescente angažovala se u iniciranju zabrane primene penitencijarne separacije za maloletnike. Po strani nisu ostale ni druge profesije: budući da su, kako navodi Shalev /2009: 129/, uvideli da je arhitektura (umesto da odiše opštim ciljevima lepote i estetike) u slučaju supermaks ustanova počela da služi izazivanju kod zatvorenika osećaja sivila i nestimulativne atmosfere mrtvila, Američki institut za etički kodeks arhitekata zabranio je svojim članovima da dizajniraju ustanove u kojima će biti primenjena prolongirana ćelijska izolacija.⁸⁰

Američka unija za građanska prava (ACLU) pokrenula 2010. je projekat *Stop ćelijskoj izolaciji* u kome su obelodanjeni brojni slučajevi zlostavljanja zatvorenika u tim uslovima. Ova organizacija inicirala je mnoge promene kako na federalnom, tako i na državnom planu, od koji su neke, kako ćemo kasnije videti imale efekta.

Kako navodi Fathi /2015: 175/, protiv ćelijske izolacije angažovale su se i religiozne organizacije objedinjene u nacionalnoj kampanji protiv torture.⁸¹

U pokretu protiv ćelijske izolacije naročito se angažovala organizacija *Solitary Watch* iz Bruklina (<https://solitarywatch.org>) koja vodi kampanje ne samo za poboljšanje uslova onih koji se nalaze u izolaciji, nego se zalaže i za ukidanje ove mere. Jedna od mnogobrojnih akcija na kojoj se angažovala ova organizacija je i ona za oslobođenje zatvorenika Albert Woodfox-a. U njegovom slučaju, ono na čemu su posebno insistirali bila je činjenica da dokazi o njegovoj krivici za smrt stražara nisu bili uverljivi i mogli da posluže kao osnov za zaključak o krivici izvan svake sumnje. Zahvaljujući tome, on je oslobođen.⁸²

Drugi slučaj je onaj u kome je mlad zatvorenik (Tyquine Lee, 26) posle 600 dana provedenih u ćelijskoj izolaciji u jednoj kaznionici u Virdžiniji (*Red Onion Prison*) izgubio moć govora, pisanja, nije bio u stanju da prepozna čak ni svoju majku, da shvati ko je i gde se nalazi, kada mu je rođendan... Njegov zastupnik i porodica (koja je putovala po osam sati da bi ga posetila) dokumentovali su istoriju njegovog duševnog stanja – već sa osam godina klasifikovan je u kategoriju „nesposoban“, od desete je hospitalizovan četiri puta zbog „ponašanja povezanih sa mentalnom bolešću“. I pored toga, nadležni ne samo da su ga – i pored činjenice da spada u „ranjive kategorije“ zatvorenika – smestili u ekstremne uslove izolacije, nego se nisu obazirali ni na telesne promene koje su nastale u međuvremenu: to što ne uspeva da održi ravnotežu, da je izgubio zube i vidno omršao nije bio razlog da razmotre zahteve njegovih zastupnika da ga premeste u ustanovu sa manje restriktivnim režimom.⁸³

Sledeći vrlo uticajan subjekat iz ove oblasti je Institut VERA iz Bruklina (*Vera Institute of Justice* – www.vera.org/) koji je razvio mnoštvo aktivnosti koje se odnose

80 Architects/Designers/Planners for Social Responsibility Ethics Petition /2013/: *Ending Design for Torture or Killing* – www.adpsr.org.

81 National Religious Campaign Against Torture, *Ending Torture in U.S. Prisons* – www.nrcat.org.

82 –v. izveštaj 'Louisiana on Lockdown: The History of Solitary Confinement in Louisiana' koji je Katie Rose Quandt postavila 12. septembra 2019. na sajt Organizacije – <https://solitarywatch.org/2019/09/12/louisiana-on-lockdown-the-history-of-solitary-confinement-in-louisiana/>.

83 Izveštaj o ovom slučaju koji je 15. jula 2019. napisao Joshua Manson ('Solitary confinement caused „Complete mental and physical collapse“ of man in Virginia prison, lawsuit contends' – <https://solitarywatch.org/2019/07/15/solitary-confinement-caused-complete-mental-and-physical-collapse-of-man-in-virginia-prison>) sadrži i fotografiju ovog mladog čoveka koja je snimljena pre njegovog zatvaranja. Na njoj se vidi da je i on tamne puti.

na penitencijarno zakonodavstvo i poboljšanje stanja zatvorenika. Od brojnih akcija koje je ova organizacija sprovela, biće reći samo o jednoj. Naime, istraživači su primeti da je u Nevadi pre nekoliko godina zabeležen dvostruko veći procenat lica u ćelijskoj izolaciji u odnosu na američki prosek. Predstavnici ovog Instituta su u periodu januar 2016 – septembar 2017. posetili pet zavoda u kojima je najveći broj zatvorenika u ovom režimu, prikupili su podatke o demografskim karakteristikama tih lica i obavili razgovore sa zavodskim osobljem i zvaničnicima Odseka za korekciju.

Primećeno je da ne postoji jasna praksa zasnovana na racionalnim kriterijumima na osnovu kojih se može odlučiti kada je vreme da se ova lica vrate u opštu zavodsku populaciju. Takođe, da 41% takvih zatvorenika ima potrebe za pomoći u pogledu mentalnog zdravlja. Savetovano je nadležnima da se za njih osmisle alternativni načini smeštaja, koji ne podrazumevaju usamljenje.

Uz to, sugerisano je i da se ono koristi samo kao poslednje sredstvo, a da se i u tim situacijama uslovi boravka za osuđeničke poboljšaju. Nadležni u penitencijarnoj vlasti su prihvatili stav da ćelijska izolacija ima štetno dejstvo na lica prema kojima se primenjuje i doneta je odluka da disciplinska mera usamljenja umesto dve godine – traje najviše 60 dana, uvedena su tri nivoa tretmana kroz koja ova lica postepeno izlaze iz ovog režima u zajedničko izdržavanje kazne. Predstavnici Instituta su predložili: da se licima u segregaciji omogući dnevno bar tri sata boravka van ćelije, traženje alternativnog režima gde god je to moguće, kao i da se osnuju fer, nezavisni i tačni protokoli za registrovanje svih bitnih okolnosti koje se tiču lica i uslova njihovog smeštaja u izolaciji.⁸⁴

Najzad, iako je u pitanju međunarodna organizacija, ne možemo izbeći da pomenemo delovanje međunarodne organizacije Human Rights Watch iz Njujorka (HRW – <https://hrw.org/>) koja je „američka“ ne samo zato što je stvorena u toj zemlji i u njoj ima mnoštvo aktivista, nego zato što nastoji da štiti tradicionalne vrednosti koje su decenijama bile vezivane za SAD – slobode i ljudska prava. HRW je u više navrata ukazivao kako je prolongirana segregacija u Americi preterana, i neusklađena sa konceptom dostojanstva, humanosti i doličnosti /Shalev, 2009: 223/.

Značajnu podršku ovim naporima pružili su mediji koji su se posebno fokusirali na samoubistva lica koja su bez osude bila dugotrajno izložena segregaciji,⁸⁵ kao i na slučajeve štrajka glađu.⁸⁶

2. KAKVI SU EFEKTI NAVEDENIH NAPORA?

Poslednjih godina pod uticajem svih navedenih činilaca može se konstatovati ono što neki autori /Fathi, 2015: 170/ nazivaju „zaokret u odnosu prema ćelijskoj izolaciji“. Što je najinteresantnije, inicijative za neke od izmena došle su ne samo od izvršne vlasti, nego i od samih aktera iz domene pravosuđa (sudova, penitencijarne administracije). Biće nabrojane samo neke od njih:

84 Wilson M. /2019/: Report on Nevada prisons finds high use of solitary confinement, *Las Vegas Sun*, Sept. 11. 2019.

85 Kakav je već pomenuti slučaj samoubistva 22-godišnjaka (Kalief Browder) koji je boravio u zavodu Ostrvo Rikers.

86 Poput onog, takođe već pomenutog, u ustanovi Pelikan Bej iz 2011. /-v. Resnik, 2019: 12/.

Legislativne promene pokrenula je država Njujork 2008. donošenjem Zakona o izuzimanju iz jedinica za izolaciju (*Secure Housing Unit- SHU- Exclusion Act*). Njime je zabranjeno smeštanje mentalno bolesnih lica u ustanove u kojima se praktikuje ćelijska izolacija. Nevada je 2013. usvojila zakon koji to isto čini u odnosu na maloletnike, iste godine sličan zakon donosi i Teksas,⁸⁷ a Mein, Kolorado i Nju Meksiko su takođe doneli zakone kojima je ograničena mogućnost primene ćelijske izolacije, a David Fathi /2015: 174/ piše da su u vreme kada je završavao svoj članak na tom putu bile i Kalifornija, Masačusec i Nju Hampšir.

Posle pregovora ACLU sa Odsekom za korekciju Misisipija (*Mississippi Department of Corrections - MDC*) u ovoj državi je 2010. radikalno smanjen broj zatvorenika u izolaciji; takođe, trajno je zatvorena jedna od ustanova sa najrigoroznijom segregacijom zatvorenika (Unit 32's). Kako navodi Fathi, Komesar MDC Christopher Epps je izjavio: „Korekcionici funkcioneri i krivični sudski sistem moraju paziti da ne koriste administrativnu segregaciju kako bi upravljali onima koji su ljudi⁸⁸ zato što je to veoma skupa opcija koja značajna sredstva usmerava u ovakvo postupanje umesto u obrazovanje, servise za građane, zdravstvo... što bi učinilo društvo boljim.⁸⁹

U državi Mein (u kojoj je do skoro bio primenjivan najoštriji režim višegodišnje separacije zatvorenika). Odsek za korekciju te države (MDOC) usvojio je niz mera koje se dovele do toga da izolacija postane poslednje (umesto najčešće) upotrebljeno sredstvo. Primenjuje se praksa da se prvo pokuša sa blažim restrikcijama, ako se ne uspe, upućuju se u samice, ali im je dozvoljeno da sa ostalim zatvorenici učestvuju u nekim aktivnostima što im olakšava povratak u režim zajedničkog izdržavanja kazne.⁹⁰

Illinois je, kako se vidi iz jednog izveštaja⁹¹ trajno zatvorio jedinu supermaks ustanovu (već pomenuti *Tamms Correctional Center*) krajem 2012. Kolorado je, kako navodi Kirk Mitchel /2014/ populaciju koja se nalazi separirana od ostatka zatvorenika smanjio za trećinu, a februara 2013. je ukinuo jednu od supermaks ustanova sa kapacitetom od 316 osuđenika.⁹²

U aktivnosti oko ograničenja primene „restriktivnog smeštaja“ angažovala se i izvršna vlast. Tako je maja 2013. guverner Pensilvanije u pismu Odseku za pravdu svoje države koje je objavljeno proglasio primenu ćelijske izolacije prema mentalno bolesnim i licima sa intelektualnim poremećajima za kršenje VIII Amandmana američkog Ustava.

87 Ta praksa nastavljena je i kasnije – ova država je početkom 2020. stotinama zatvorenika, od kojih su neki u njoj boravili i duže od decenije, ukinula ćelijsku izolaciju ('Prison inside prison', *Texas Observer*, 8. march 2020.).

88 Kao i u ostalim slučajevima, ovde je naveden originalni izraz („mad“) upotrebljen od strane onoga ko ga je izrekao bez namere da on bude cenzurisani u skladu sa novom modom „politički korektnog govora“.

89 –v. John Bronin /2010/.

90 ACLU of Maine /2013/: *Change is Possible: A Case Study of Solitary Confinement Reform in Maine* (March) – www.aclumaine.org.

91 Illinois' Only Supermax Facility Set to Close, *Correctional News*, 27 June 2012 – www.correctionalnews.com.

92 I u Nevadi se u skorije vreme zapaža sličan trend, zahvaljujući delovanju eksperata *Vera Institua* o čemu je već bilo reči.

Ipak, čini se da je najznačajniji zahvat izvršne vlasti u ovu materiju izvršio predsednik SAD Barack Obama kada je 25. januara 2016. doneo izvršnu naredbu kojom je u svim federalnim kaznionicama zabranjena primena kaznene izolacije prema maloletnicima.

Ovaj akt imao je, kako navodi Biswas /2018: 6/, interesantnu predistoriju: predsednik se prvo obratio državnom tužiocu i tadašnjem ministru pravde (Loretta Lynch), a onda je BOP (Federalni biro za zavode) izradio posebnu studiju Izveštaj i preporuke u vezi sa upotrebom restriktivnog smeštaja⁹³ prema obe grupe osuđenih maloletnika – bez obzira da li im je suđeno po pravilima koja važe za maloletna ili punoletna lica.⁹⁴

Zabrana koju je proglasio predsednik Obama odnosila se na obe kategorije jer i za jednu i za drugu važi podatak da se nalaze u periodu mentalnog i fizičkog razvoja, da postoji realna opasnost da posle ovakvog postupanja neće biti u stanju da uspostave odnose i postanu aktivni članovi radnog segmenta društva. U izjavi za CNN 26. januara 2016. predsednik je rekao i sledeće:

SAD su nacija druge šanse, ali iskustvo sa ćelijskom izolacijom prečesto ukazuje da je ta šansa nestala. Oni koji izađu posle takvog tretmana uglavnom imaju teškoće sa nalaženjem posla, povratkom u porodicu i postajanjem produktivnim članom društva.

Istini za volju, treba naglasiti da primena ćelijske izolacije prema maloletnicima nije potpuno ukinuta. Izuzetak su slučajevi kada se kao privremena mera određuje maloletniku zbog izvršenog dela koje spada u akte teškog nasilja.

Ovo, međutim nije bio kraj primene ćelijske izolacije na lica mlađa od 18 godina. Američki penitencijarni sistem, čine tri vrste kaznenih ustanova – federalnih, državnih i lokalnih zavoda.⁹⁵ Zbog toga izvršna naredba predsednika nije predstavljala smetnju da ćelijska izolacija i dalje bude primenjena u ostalim zavodima koji nisu pripadali federalnom sistemu.⁹⁶

Tako je, kako navodi Biswas /2018: 21/, marta 2016. na Floridi u zavodima za punoletna lica bilo smešteno 138 maloletnika od kojih je trećina bila u režimu striktnog smeštaja. Što je još gore, oni su se – kako se navodi u jednom dokumentu⁹⁷ – u izolaciji našli ne samo zbog ponašanja, nego i iz medicinski razloga (dakle ne samo

93 *Report and Recommendations Concerning the Use of Restrictive Housing.*

94 Ova razlika nije bez značaja za materiju kojom se ovde bavimo jer je bilo očigledno da je ćelijska izolacija bila više primenjivana prema ovoj drugoj kategoriji, koji su inače uglavnom bili smeštani u zavode namenjene punoletnicima.

95 O odnosu među njima i pokušajima „federalizacije penitencijarnog sistema piše Merin Cherian /2019/.

96 Na primer u Arizoni gde je javnost uzburkana slučajem Mariam Abdullah – ona je u ćelijsku izolaciju smeštena sa 16 godina i posle dvogodišnjeg boravka u tim uslovima, izvršila je samoubistvo. I pored postojanja dijagnoze o mentalnoj bolesti, suicidalnih pokušaja i video snimaka na kojima se vidi njeno stanje, nikome nije padalo na pamet da nešto promeni u njenom smeštaju i tretmanu (-v. Lisa Armstrong, 'When solitary confinement is a death row sentence', *Type Investigations*, 29. August 2019.).

97 Lowenstein Center for the Public Interest /2016/: *Jurisdiction Survey of Juvenile Solitary Confinement Rules in Juvenile Justice Systems*, (July) – <http://www.lowensteinprobono.com/files/Uploads/>

da su maloletni, nego su neki od njih i telesno ili duševno oboleli), smešteni zajedno sa (često opasnim) punoletnim prestupnicima, bez osnovnih dobara neophodnih za zavodski život i bez mogućnosti da postupanje sa njima kontroliše bilo koja nezavisna agencija.

Sve ovo uprkos raširenoj svesti da ćelijska izolacija ne ostvaruje, kada se radi o maloletnicima ni jedan od zacrtanih ciljeva, tvrdnji mnogih pravnikā da je držanje maloletnika u ovakvom restriktivnom smeštaju po svim kriterijumima kršenje VIII Amadmana i neuspelim pokušajima raznih kampanja (kao one „Zaustavite ćelijsku izolaciju dece“ i sličnih kojima su se pridružili i Centar za reformu maloletničkog pravosuđa, Savet administratora korekcije maloletnika i Institut za pravosudnu politiku). Što je još čudnije, čak je i inicijativa za ograničenje primene ovakvog postupanja prema maloletnicima koju je 2013. pokrenuo Komitet za krivičnu pravdu Floride odbijena zbog protivljenja Korekcionog odeska Floride (*Florida's Department of Corrections* – FDC) i Udruženja šerifa Floride /Biswas, 2018: 26/.

UMESTO ZAKLJUČKA

Šta reći na kraju ovog pregleda posvećenog tome kako se iz odluke upravnika kaznionice – praktičara (da se posle pobune i ljudskih žrtava u zavodu Marion zatvorenici „zaključaju“ i onda ostanu tako izolovani neodređeno vreme) izrodio jedan od najopasnijih trendova (ne samo) u američkoj penitencijarnoj praksi. Dugo vremena, pod uticajem verovanja da se to tako mora jer se radi o opasnim zatvorenicima (tako su bar tvrdili praktičari), zbog nezainteresovanosti javnosti, ali i talasa kaznenog populizma i desničarske ideologije kako „sa njima treba samo oštro“ – stanje je bivalo sve gore. Iako je i u to vreme bilo glasova koji su ukazivali šta se događa sa onima koji su tako zatočeni, njihovo ukazivanje nije naišlo na razumevanje u tom trenutku.

Bilo je potrebno da se krajem prošlog veka utvrdi da je Amerika ne samo svetski rekorder po zatvaranju svojih stanovnika, nego i da neki od njih nemaju ni minimalne uslove koje bi trebalo da ima svako ljudsko biće. Uz to, nije se moglo sakriti da je praksa primene ćelijske izolacije suprotna međunarodnom pravu, da krši međunarodno ugovorno pravo, krši uspostavljene međunarodne norme i ide nasuprot proklamovanoj spoljnoj politici u kojoj dominira retorika ljudskih prava /Vasiliades, 2015: 73/.⁹⁸

Thomas Hafemeister i Jeff George /2013: 4/ i izriču dve radikalno kritične konstatacije: „postupamo na način nedostojan civilizovanih društava“⁹⁹ i „ustanove u kojima se sprovodi ćelijska izolacija postale su skladište za društveno problematične i duševno bolesne ljude /ibid: 53/. Sharon Shalev /2009/ tvrdi da su te (supermaks) ustanove pogodno sredstvo za represiju političkih protivnika i kažnjavanje siromaš-

98 Postoje čak i gledišta po kojima ona nesumnjivo predstavlja vid torture koja je zabranjena međunarodnim pravom /Hresko, 2006: 21/. Neki, kao Piché i Major /2015: 22/ navode kako je nelegitimno postupanje endemsko ovakvoj segregaciji.

99 Odmah predlažu 15 principa (odnose se uglavnom na lica sa mentalnim smetnjama) kojih bi se svaka država morala pridržavati.

nih, kao i za demonstriranje rasizma koji je inherentan američkom kaznenom sistemu.¹⁰⁰ U jednom kasnijem radu, /Shalev, 2015: 144/, za ćelijsku izolaciju kaže da je preterana, preskupa, ekstremno štetna po zdravlje i blagostanje ljudi.“

Takva razmišljanja praćena su jasnim ukazivanjem da ćelijska izolacija ne ostvaruje ni jedan od proklamovanih ciljeva kojima je obrazlagano njeno (ponovno) uvođenje. Niti podiže nivo bezbednosti u ustanovi, niti smanjuje recidivizam (dakle, ne štite se ni građani izvan zloglasnog zatvora), niti utiče na promenu ponašanja kod izolovanih zatvorenika; čak – kako tvrde oni koji su, kao Robert Morris /2016: 20/, vrlo sistematski proučavali efekte izdvajanja – takav uticaj nema ni kratkotrajni smeštaj u samicu. Produžena izolacija, naprotiv (uz nespornu štetan uticaj na zdravlje tih lica) utiče i na to da – kada se nađu na slobodi – češće vrše nedozvoljena dela. Navedeno prirodno otvara pitanje odnosa računavanja odnosa cena – dobit koja bi kod svih oblika kaznene reakcije trebalo da utiče na donošenje odluka ima li smisla uvoditi / zadržavati neku meru. Todd Clear, George Cole i Michael Reising /2006: 67/ smatraju da je rezultat ovakve kalkulacije vrlo nepovoljan po penalnu segregaciju. Ne samo da su njihovi pozitivni efekti u najmanju ruku sporni, nego ona mnogo košta: kako u bukvalnom smislu (troškovi gradnje, ali cena „zatvoreničkog dana“ je višestruko veća), tako i u prenesenom (ova mera ugrožava lične slobode, ljudska prava, ali i načelo pravde). Na tu argumentaciju nadovezuje se Michael Jackson /2015: 57/ koji tvrdi da je odnos prema primeni ćelijske izolacije lakmus test legitimnosti svake države.

Šta se onda u literaturi na severnoameričkom prostoru predlaže kao izlaz iz situacije povezane sa primenom ćelijske izolacije? U tom pogledu, sve predloge koji se mogu naći u literaturi možemo podeliti na one koji se zalažu za njeno potpuno ukidanje i one koji su za reformistički pristup. Abolicionista je manje, naročito onih koji se zalažu da se segregacija u svim svojim oblicima ukine. Takav stav zastupaju Piché i Major /2015: 30/ i tvrde da je svaki takav postupak forma torture. Istovremeno, oni ističu kako su svesni da smo od takve totalne abolicije vrlo daleko.

Sa ovakvom konstatacijom se nije teško složiti. Jer izdvajanje kao disciplinska mera kraćeg trajanja postoji u većini penitencijarnih sistema i ona (ukoliko uslovi u koje smeštaju zatvorenike koji su izvršili teže disciplinske delikte poštuju dostojanstvo tih lica i obezbeđuju im ono što im neophodno) primenjena kao krajnje sredstvo teško može biti odstranjena iz savremenih sistema krivičnog izvršnog prava.

Posle ovog objašnjenja, vraćamo se na pitanje šta učiniti sa ćelijskom izolacijom kao načinom izvršenja kazne? Pre svega, postoje gledišta po kojima probleme koje izaziva ova mera možemo rešiti arhitektonskim zahvatima. Tako Jeffrey Ross /2007: 64/ predlaže da se ćelije u kojima borave ovi zatvorenici spoje, kako bi boravili u većim prostorijama.¹⁰¹ Postoje i oni¹⁰² koji smatraju da bi se rešenje moglo naći u zajedničkom smeštaju po dva osuđenika u već postojeće, male ćelije. Sharon Shalev /2009: 225/ s pravom smatra da to nije rešenje.

100 Autorka navodi i mnogo oštrije kritike koje se mogu naći u američkoj kriminološkoj literaturi (poput „preskupa mesta za ubijanje ljudske duše“ ili „hramovi sadomazohizma“ .../Shalev, 2009: 5/.

101 Uz to, trebalo bi, kako smatra ovaj autor, supermaks zavode (kao ustanove stvorene da bi se u njima sprovodio sistem samica) zameniti hibridnim ustanovama u kojima ima i zajedničkog izdržavanja i ćelijskog usamljenja.

102 O njima pišu Rubin i Reiter /2018: 1617/.

Druga grupa predloga traži rešenje na pravnom terenu, bilo u sklopu domicilnog, bilo međunarodnog prava. U oba slučaja radi se o kršenju zabrane okrutnog i neuobičajenog kažnjavanja. Tako Michael Mushlin /2012: 271/ predlaže da se odredba PLRA koja isključuje mogućnost da se nanošenje i najtežih duševnih patnji zatvorenima podvede pod kršenje Osmog Amandmana američkog Ustava derogira ili time što će ovo ograničenje izbaciti iz PLRA ili da sudovi prihvate tumačenje da nanošenje teške emocionalne i mentalne patnje predstavlja okrutno i neuobičajeno kažnjavanje iz navedenog Amandmana. Više penologa očekuje da će američko pravosuđe konačno popustiti pred međunarodnim pritiscima, oličanim pre svega u predstavnicima UN koji insistiraju da svaka izolacija zatvorenika duža od 15 dana predstavlja torturu koja je zabranjena posebnom konvencijom Svetske organizacije.

U svakom slučaju, do moguće abolicije prolongirane ćelijske izolacije u SAD stoji dug put i teško je očekivati da bi se stvari u tom pogledu kretale u istom smeru i bez mnoštva prepreka. No, treba reći da su u pravu oni koji smatraju da u pogledu dalje primene administrativne segregacije treba biti optimista. Razloga za to ima, kako smatra Laura Rovner /2015: 11/, najmanje tri: 1) skoro da postoji opšta saglasnost kako je dugotrajna segregacija zatvorenika štetna i da povređuje ljude; 2) međunarodna zajednica skoro univerzalno odbacuje njenu upotrebu;¹⁰³ 3) noviji predlozi obe u SAD politički dominantne stranke da se zaustavi trend rasta zavodske populacije, i posebno onog njenog dela koji kaznu izdržava u samici. Oni su reakcija političara na promenjeni odnos Amerikanaca prema stanju u kaznionicama. Njihova razmišljanja o kaznenom sistemu ne završavaju se više na kapijama kaznenih ustanova i očigledno je da je vreme kada nisu želeli da razmišljaju o patnjama osuđenika prošlo.¹⁰⁴

Šta smo najkraće mogli zaključiti iz ove analize pokušaja da se u najmoćnijoj državi savremenog sveta ukine ili bar ograniči jedna po svemu nehumana mera kakvo je dugotrajno zatvaranje u samicu koja deluje štetno jer predstavlja: – meru socijalne izolacije čoveka, – smanjenje stimulusa koje ta jedinka dobija iz okruženja; i – za nju predstavlja gubljenje kontrole nad skoro svim aspektima svakodnevnog života /Shalev, 2009: 188/. Ti zaključci se najkraće mogu svesti na sledeće:

- ◆ trebalo bi se odreći uobičajenog rezonovanja da se o nivou oštine kažnjavanja zaključuje preko dužine trajanja kazne zatvora. Od ne manjeg značaja je u kakvim uslovima osuđena lica tu kaznu izdržavaju. Dakle, ne treba se zadržati samo na pravnim kategorijama, mnogo više nam je potrebno da analiziramo kako se one primenjuju;

103 To ima i praktične posledice po pravosuđe SAD. Kako navodi autorka, u nekim slučajevima su sudovi u drugim državama (pre svega u Evropi) odbijali ekstradiciju lica, izvršioci najtežih krivičnih deka (terorizma, na primer), koje je tražila Amerika zato što je bilo izvesno da će ona posle osude biti smeštena u neku od supermaks ustanova te zemlje.

104 Da su se stvari u tom pogledu izmenile, videlo se između ostalog, i početkom 2009. godine kada je predsednik SAD Obama naredio zatvaranje zloglasnog kažnjeničkog logora Guantanamo (Guantanamo Bay). Shalev /2009: 226/ je u tome videla još jedno ohrabrenje u tom pravcu. Da se stvari u ovoj oblasti kreću cik-cak videlo se kada su ga savetnici ubedili da sačeka sa realizacijom tog akta jer „nije još došlo vreme da se rat terorizmu na taj način razvodni”. Tako je jedna ustanova koju D. Adams i Nirmala Erevelles /2017: 350/ porede sa nacističkim Aušvicom ostala u upotrebi.

- ◆ unošenje bilo koje novine u kazneni sistem je mnogo ozbiljniji zahvat nego što to izgleda u prvom trenutku. Jer je logika „ništa lakše nego ih se odreći ako utvrdimo da imaju negativne efekte“ skoro uvek se pokaže kao pogrešna. Zato izmene kaznenog zakonodavstva predstavljaju teren na kome bi najmanje trebalo eksperimentisati. Svaka od njih trebalo bi da bude plod ozbiljnog i na naučnoj metodologiji zasnovanog istraživanja i javne diskusije u kojoj bi bila suočena sva gledišta „pro“ i „kontra“;
- ◆ navedeno je najbolja predohrana da se interesi određenih društvenih grupa nametnu društvu i pored svih pogubnih efekata koje mogu izazvati. Oblast kaznene reakcije nije polje na kome će se sve podrediti maksimalizaciji profita ili obezbeđenju sigurnosti zaposlenih u nekoj profesiji.¹⁰⁵

Ostaje na kraju moguće pitanje: kakve sve ovo ima veze sa našom zemljom? Jer ovaj zbornik tekstova naslovljen je *Kaznena reakcija u Srbiji*, a izlaganje u ovom prilogu se odnosi pre svega na Ameriku.

Ove stvari su samo na prvi pogled odvojene kao geografska distanca ove dve države. Pre svega rešenja u američkom krivičnompravnom sistemu našla su na pogodno tle i ovde nema potrebe za nabranjanjem tih pravnih transplanata u našem (materijalnom, procesnom i krivičnom izvršnom) pravu jer bi to bilo suvišno i nepotrebno povećalo obim rada, a i ovaj autor je o tom fenomenu više puta pisao.

Ono što je za nas ovde važnije je da je u naše pravo izvršenja krivičnih sankcija na mala vrata 2009. posebnim zakonom¹⁰⁶ uvedena (bez ikakve javne rasprave i pripreme koja bi izvršila evaluaciju takvog rešenja) ublažena varijanta ćelijske izolacije. Odmah treba reći da se ona dosta razlikuje od najoštrijih režima separacije koje poznaje američko penitencijarno pravo i praksa. Ali da imamo takvo rešenje u zakonodavstvu i da je izgrađena i posebna supermaks ustanova (u okviru KPZ Požarevac) – to nije sporno. Ovaj autor je u ranijim radovima /Ignjatović, 2018/ već pisao o tome koje se sve zamerke mogu staviti rešenju koje je uvedeno propisom čije osnovno rešenje predstavlja ne samo odstupanje od višedecenijskog principa zajedničkog izdržavanja kazne zatvora koje je bez ikakvih zamerki karakterisalo jugoslovensko i kasnije srpsko krivično izvršno pravo. Oni koji su ga osmislili nikada nisu ni pokušali da obrazlože zašto se i pored mogućnosti koje pruža na naučnoj osnovi zasnovana klasifikacija zatvorenika morala sagraditi posebna ustanova u kojoj lica navedena u ZIKZOK izdržavaju kaznu zatvora. Takođe, nikada nisu došli na ideju da građane – poreske obveznike obaveste koliko je koštala ta gradnja i koliko je puta „zatvorenički dan“ u njoj skuplji od onoga koliko on košta u ostalim kaznenim zavodima. Što je još gore, niko ne garantuje da će nekim novim posebnim zakonom, kopiranjem stranih uzora i opet bez ikakvog konsultovanja nauke i struke i za druge kategorije osuđenih lica biti uveden ovakav režim izdržavanja kazne zatvora.

Ovaj tekst je napisan u želji da se to ne desi. Kao opomenu navešćemo za kraj reči istraživača Kate Brown sa Univerziteta Merilend iz Baltimora. Ona je posle

105 Tom linijom razmišljanja, nužno se nameće pitanje: otkuda penitencijarnoj administraciji pravo da stavlja u uslove supermaks izolacije ljude zato da bi se njeni pripadnici osećali sigurnije, ako time ne činimo napora da se svi građani osećaju bezbednije?

106 Zakon o izvršenju kazne zatvora za dela organizovanog kriminala (ZIKZOK).

analize i poređenja zajedničkih karakteristika gulaga iz vremena SSSR i američkog Guantanamo i reagovanja stanovnika tih zemalja na takve pojave zaključila „vreme je da se osvetle tamne strane represije, gde vrebaju totalitarna svojstva sopstvenog društva, pre nego što skala nasilja poraste do dimenzija gulaga“ /Brown, 2007: 103/.

LITERATURA¹⁰⁷

- *** /1970/ Constitutional law--Eighth Amendment--cumulative impact of deplorable conditions of confinement in state prison constitutes cruel and unusual punishment, ..., *Alabama Law Review*, vol. 23.
- Adams D., Erevelles N. /2017/: Unexspected spaces od confinement– Aversive technologies, inetectual disability and “bare life”, *Punishment & Society*, n° 3 .
- Bagaric M., Svilar J. /2020/: The cruelty of supermax detention and the case for hard-time sentencing discount – A pragmatic solution to a moral short-coming which is otherwise unlikely to be fixed, *Santa Clara Law Review*, vol. 60.
- Biswas S. /2018/: Solitary confinemet in Florida prison system– Analyzing natinal and state issues & strategies for the protection of American children, *Whitter Journal of Child and Family Advocacy*, n° 1.
- Brown K. /2007/: Out of solitary confinnement– History of the gulag, *Kritika: Explorations in Russian and Eurasian History*, n° 1.
- Christie N. /1981/: *Limits of Pain*, Oslo [prevod: Kristi N. /2015/: *Granice patnje*, Beograd]
- Clear T., Cole G., Reisig M. /2006/: *American Corrections*, 7th ed., Belmont.
- Collica K. /2005/: Special housing units –in: *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (Bosworth Mary, ed.), Thousand Oaks.
- Dodge M. /2005/: „One female prisoner is more in trouble than twenty males“– women convicted in Illinois prisons 1835–1896 –in: *Gender and Prison* (Britton D., ed.), Aldershot.
- Fathi D. /2015/: United States – Turning corner of solitary confiment, *Canadian Journal on Human Rights*, n° 1.
- Grassian S. 1983/: Psychopathological effects of solitary confinement, *American Journal of Psychiatry*, vol. 140.
- Grassian S. /2006/: Psychiatric effects of solitary confinement, *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 22.
- Grassian S., Friedman N. /1986/: Effects of sensory deprivation in psychiatric seclusion and solitary confinement, *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 8 .
- Hafemeister T., Jeff G. /2013/: The ninth cyrcle of hell: an Eight Amandment analysis of imposing prolonged solitary confinement on inmates with a mental illness, *Denver University Law Review*, n° 1.
- Haney C. /2005/: Supermax prisons –in: *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (Bosworth Mary, ed.), Thousand Oaks.
- Hannem-Kish S. /2005/: Solitary confinement –in: *Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities* (Bosworth M., ed.), Thousand Oaks.
- Hresko T./2006/: In the cellars of hollow men – use of solitary confinement in U.S. prisons and its implications under international laws against torture, *Pace International Law Review*, n° 1.

107 Sastoji se samo od akademskih izvora i podeljena je u dva dela.

- Ignjatović Đ. /2018/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija* (VI ed.), Beograd.
- Ignjatović Đ. /2018a/: Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenim licima (Nelson Mandela pravila) –u: *Kaznena reakcija u Srbiji*, vol. VIII (Ignjatović Đ., ed.), Beograd.
- Ignjatović Đ. /2019a/: Ćelijska izolacija zatvorenika kao vid ekstremne marginalizacije, *Sociološki pregled*, n^o 4.
- Ignjatović Đ. /2019b/: Supermaks zavodi i ćelijska izolacija – istorijat, pojmovno određenje i razlozi širenja primene, *CRIMEN – Časopis za krivične nauke*, n^o 3.
- Jackson M. /2015/: Reflections on 40 years of advocacy to end isolation of Canadian prisoners, *Canadian Journal of Human Rights*, n^o 2.
- Jeffreys D. /2013/: *Spirituality in Dark Places – The Ethics of Solitary Confinement*, New York.
- Kaba F. et al. /2012/: Solitary confinement and risk of self-harm among jail inmates, *American Journal of Public Health*, n^o 3.
- Morris R. /2016/: Exploring the effect of exposure to short-term solitary confinement among violent prison inmates, *Journal Quantitative Criminology*, n^o 1.
- Mears D. /2006/: *Evaluating the Effectiveness of Supermax Prisons*, Washington.
- Morgan J. /2017/: Caged in– solitary confinement devastating harm on prisoners with physical disabilities, *ACLU*, vol. 25.
- Mushlin M. /2012/: Couthouse door– removing the barrier of the PLRA's physical injury requirement to permit meaningful jurisdictional oversight of abuses in supermax prisons and isolation units, *Federal Sentencing Reporter*, n^o 4.
- Newburn T. /2002/: Atlantic crossing – 'Policy transfer' and crime control in the USA and Britain, *Punishment & Society* n^o 2.
- Parkes D. /2015/: Ending the isolation– An introductory to special volume on human rights and solitary confinement, *Canadian Journal on Human Rights*, n^o 1.
- Piché J., Major K. /2015/: Prisoner writing in / on solitary confinement: contributions from the Journal of Prisoners on Prisons (1988–2013), *Canadian Journal of Human Rights*, n^o 4.
- Pizarro J., Narag R. /2008/: Supermax prisons– what we know, what we do not know, and where we are going, *Prison Journal*, n^o 1.
- Pizarro J., Stenius V. /2009/: Supermax prison – their rise, current practices and effect on inmates –in: *Corrections –Text / Reader*, (Stohr M., Walsh A., Hemmens C., eds.), Los Angeles.
- Ross J. /2007/: Supermax prisons, *Social Science and Modern Society*, n^o 3.
- Rovner L. /2015/: Dignity and Eight Amendment– New approach to challenging solitary confinement, *Advance*, n^o 9.
- Rovner L. /2017/: On litigating constitutional challenges to the supermax– Improving conditions and shining a light, *Denver Law Review* n^o 2.
- Rubin A., Reiter K. /2018/: Continuity in the face of penal innovation– revisiting the history of American solitary confinement, *Law & Social Inquiry*, n^o 4.
- Saunders M. /2006/: Gatekeeper –in: *Sage Dictionary of Social Research Methods* (Jupp V., ed.), London.
- Schalanger M. /2013/: Prison segregation – Symposium introduction and preliminary data on racial disparities, *Michigan Journal of Race & Law*, vol. 18.
- Shahshahani A., El-Sergany A. /2013/: Challenging the practice of solitary confinement in immigration detention in Georgia and beyond, *Cuby Law Review*, vol. 16.

- Shalev S. /2009/: *Supermax – Controlling Risk Through Solitary Confinement*, Portland.
- Shalev S. /2014/: Solitary confinement as prison health issue – in: *WHO Guide to Prisons and Health* (Enggist S., Moller S., Galea G., Udisen G., eds.), Kopenhagen.
- Shalev S. /2015/: Solitary confinement – View from Europe, *Canadian Journal of Human Rights* (4)1.
- Vasiliades E. /2005/: Solitary confinement and international human rights– Why the US prison system fails global standards. *American University International Law Review*, n° 1.
- Williams B. /2016/: Older prisoners and the physical health effects of solitary confinement, *American Journal of Public Health*, n° 12.

Za dalje proučavanje

- ACLU of Georgia /2012/: Prisoners of Profit – Immigrants and Detention in Georgia – <http://www.acluga.org/download-file/view-inline> .
- Briggs, C., Sundt, J., Castellano, T. (2003). The effect of supermaximum security prisons on aggregate levels of institutional violence. *Criminology*, vol. 41.
- Buntin J. /2010/: Mississippi's corrections reforms– How America's reddest state – and most notorious prison – became a model of corrections reform, *Governing Magazine* (August) –www.governing.com.
- Brownfield C. /1965/: *Isolation– Clinical and Experimental Approach*, New York.
- Cherian M. /2019/: Cruel, unusual, and unconstitutional– An originalist argument for ending long-term solitary confinement, *American Criminal Law Review*, vol. 56.
- Griffin E. /1993/: Breaking men's minds– Behavior control and human experimentation at the federal prison in Marion, Illinois, *Journal of Prisoners on Prisons*, vol. 4.
- Liederman P. /1962/: Man alone– sensory deprivation and behavior change, *Correctional Psychiatry and Journal of Social therapy*, vol. 8.
- Kaufman E. /1980/: Violation of psychiatric standards of care in prisons, *American Journal of Psychiatry*, vol. 137.
- Mitchell K. 2014/: Colorado prisons turn away from heavy use of solitary confinement, *The Denver Post* (June) – www.denverpost.com .
- Morgan J. /2017/: Caged in– Solitary confinement's devastating harm on prisoners with physical disabilities, ACLU 25.
- Resnik J. /2019/, *The Singularity and the Familiarity of Solitary Confinement*, SSRN 1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3420043.
- Rosenberg S. /1990/: Female political prisoners and anti-imperialist struggles, *Journal of Prisoners on Prisons*, vol. 2.
- Scott G. and Genderau P. /1969/: Psychiatric implications of sensory deprivation in a maximum security prisons, *Canadian Psychiatric Association Journal*, vol. 14.
- Suedfield P. et al. /1982/: Reaction and attributes of prisoners in solitary confinement, *Criminal Justice and Behavior*, vol. 9.
- Suedfield P., Roy C. /1975/: Using social isolation to change the behavior of disruptive inmates, *International Journal of Offender Therapy an Comparative Criminology*, vol. 19.
- Walters R., Callagan J. /1963/: Effect of solitary confinement on prisoners, *Amerian Journal of Psychiatry*, vol. 119.

Dorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

CRITIQUES OF SOLITARY CONFINEMENT AND THEIR EFFECTS

SUMMARY

One of the most important changes in the penitentiary practices in the last decades of the 20th century was the comeback of the solitary confinement and the expansion of the supermax units, build purposely for its execution. This trend received numerous critiques, mostly in scientific papers. However, the supporters of solitary confinement tried to disprove those critiques, primarily by addressing their methodology. They were hoping that, due to the closed nature of penitentiary system, their opponents would simply not be able to collect relevant data.

However, authors began looking in different direction – they turned to prisoners and former members of the prison administration, started publishing their stories and gave them the opportunity to participate in scientific conferences. Stories they told were often shocking to the public. The same effect occurred when the judicial protection of the prisoner's rights based on *Prison Litigation Reform Act* (PLRA – 1996.) was introduced. Due to the pressure from international community and non-governmental organizations, general public became aware of the things done to the prison population, in the name of US citizens.

Therefore, in recent years, a number of changes has been made in the normative level – the prolonged administrative isolation of minors and persons with mental health problems in federal correctional facilities has been abolished, the application of such treatment to other categories of prisoners has been limited, and the number of prisoners in extended restrictive housing mode has been reduced in large number of state and local prisons. However, this trend is not linear and it faces a number of obstacles.

Based on what has previously been stated, the author has made following conclusions: a) that the severity of criminal sanction should not be determined only by the length of prison sentence – conditions in which the sanction is executed also have major importance; b) every change introduced into penal system is far more serious that it might appear in the first place. "All the changes can be removed in the condition that they turn out to be negative" is reasoning that, almost always appeared to be misleading. Because of that, changes in the criminal code are not to be experimented with; c) the area of criminal reaction must not be subverted only to maximizing the profit and/or providing security for employees. The following question arises: why does the penitentiary administration have the right to put people in supermax isolation in order to make their members feel more secure if we do not make an effort to make all citizens feel safer?

In 2009. Serbian legislator introduced a form of solitary confinement for prisoners convicted for some types of crimes. This solution was modeled by USA experience. But this was done without concerning the critiques about the treatment of prisoners, without any form of public debate or logical explanation. On the contrary, there was not a single reason to replace the existing regime of joint sentence execution. The public was never informed about the cost of building the supermax unit in the city of Požarevac, how much of the taxpayer's money is being used to provide for "one day in prison" or how much more expensive it is than the cost allocated to other prisoners. Even more concerning is that a new law could be enacted with even more exceptions to the general regime. This paper was written in order to discourage those possible ideas.

Key words: solitary confinement, supermax units, US, critics, judicial decisions, international law, nongovernmental organizations.

Milan Škulić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

Ustavni sud Srbije

IMAJU LI BUDUĆNOST MEĐUNARODNO KRIVIČNO PRAVO I MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUD?

Apstrakt: Rad je posvećen razmatranju perspektiva i moguće budućnosti međunarodnog krivičnog prava i Međunarodnog krivičnog suda. Međunarodno krivično pravo je pojam koji ima više značenja, a sa stanovišta teme ovog rada, ono se primarno posmatra kao materijalno krivično pravo, koje se primenjuje u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, kao i deo nacionalnog krivičnog prava, koji sadrži odgovarajuću međunarodnopravnu komponentu, poput inkriminacija koje su u Krivičnom zakoniku Srbije definisane u Glavi XXXIV, gde spadaju krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

Kao značajni elementi međunarodnog krivičnog prava, u radu su objašnjena i sledeća načela krivičnog prava: 1) načelo zakonitosti, 2) načelo krivice, kao i 3) načelo komplementarnosti, koje se odnosi na relacije između pravila sadržanih u Rimskom statutu i relevantnih odredbi nacionalnih krivičnopravnih sistema, onih država, koje su članice Rimskog statuta o osnivanju Međunarodnog krivičnog suda. Pod Međunarodnim krivičnim sudom se u radu isključivo misli na stalni Međunarodni krivični sud, koji je nastao stupanjem na snagu Rimskog statuta.

U radu se zaključuje da onaj segment međunarodnog krivičnog prava koji je sadržan u nacionalnom krivičnom pravu, poput inkriminacija koje predstavljaju međunarodna krivična dela u užem smislu – genocid, ratni zločini, zločin protiv čovečnosti zločin protiv mira – agresija, ali i drugih inkriminacija koje imaju odgovarajuću međunarodnopravnu osnovu, svakako ima budućnost u istoj onoj meri u kojoj budućnost ima i nacionalno krivično pravo. To naravno, važi i za druge međunarodne krivičnopravne oblasti sadržane u nacionalnom krivičnom pravu, poput pravila kojima se uređuju principi važenja nacionalnog krivičnog prava.

Kada je reč o Međunarodnom krivičnom sudu, može se zaključiti da, imajući u vidu njegovo dosadašnje delovanje, kao i nepoverenje velikih sila u Međunarodni krivični sud, nije nimalo izvesno kakva je budućnost tog oblika međunarodnog krivičnog pravosuđa, koji načelno ima tendenciju da bude stalan.

Ključne reči: međunarodno krivično pravo, Međunarodni krivični sud, međunarodno krivično pravosuđe, *ad hoc* međunarodni krivični tribunal/sudovi, načelo zakonitosti, načelo komplementarnosti, krivično pravo.

* redovni profesor, sudija Ustavnog suda Srbije, skulic@ius.bg.ac.rs

UVODNA RAZMATRANJA

Razmišljanje o tome da li krivično pravo ima budućnost prisutno već neko vreme u nauci krivičnog prava poslednjih decenija, a naročito poslednjih godina. O tome su pisali poznati nemački profesor krivičnog prava prof. dr *Claus Roxin*,¹ koji se i danas, iako uveliko u penziji smatra svojevrsnom „ikonom“ savremenog krivičnog prava, kao i drugi ugledni autori. Posebno je pisano o krizi/budućnosti krivičnog procesnog prava.² Kod nas je o tome, odnosno o krizi modernog krivičnog prava, još pre nekoliko godina pisao prof. dr *Zoran Stojanović*,³ koji posebno objašnjava i problem budućnost međunarodnog krivičnog prava.⁴

Zabrinutost za budućnost krivičnog prava proizlazi pre svega, iz činjenice da je danas nažalost, prisutan izuzetno snažan uticaj tzv. bezbednosnog krivičnog prava, što se zakonodavnoj u praksi najčešće ogleda i kroz često brzoplete novele krivičnog prava, usmerene u velikoj meri na rešavanje tzv. bezbednosnih problema, počev od terorizma i organizovanog kriminaliteta, pa do nekih oblika kriminaliteta, koji se ponekad bez velike potrebe tretiraju kao neka posebno velika „opasnost“, a što je često izraz i onoga što se u kriminologiji definiše kao tzv. moralna panika. Takav je slučaj na primer, sa preteranim fokusiranjem na krivična dela protiv polne slobode, naročito neke oblike tih krivičnih dela i sl.

Sve je češće da se krivično pravo koristi i u „preventivne svrhe“,⁵ suprotno načelnoj koncepciji da se samo izuzetno i za specifična krivična dela, kriminalna zona proširuje i na pripremanje (takvih/specifičnih) krivičnih dela. Tako je nedavnim novelama KZ-a Srbije, inkriminisano kao posebno krivično delo – pripremanje ubistva, za šta suštinski ne postoji valjan *ratio legis*. Neke reforme krivičnog zakonodavstva prenebrežu i *ultima ratio* karakter krivičnog prava, pa se kao krivična dela definišu i neki delikti, koji bi pre mogli biti prekršaji.

Takođe se krivično pravo u praksi često jako „kvari“ i time što se izrazito preporučuje efekat kazne, koja se smatra ne samo „osnovnom krivičnom sankcijom“, već čak i „univerzalnim lekom“ ili „ljutim lekom“ za problem kriminaliteta (kao nekakvu „ljutu ranu“), a što se u nauci označava kao tzv. penalni populizam, praćen stvaranjem i svojevrsne „punativne atmosfere“ u društvu. To je često praćeno čak i svojevrsnim „marketinškim kampanjama“ u javnosti u prilog potrebe značajnog pooštavanja kažnjavanja uopšte ili za određene vrste krivičnih dela, a što po pravilu, nije utemeljeno na nekim prethodno sprovedenim ozbiljnim empirijskim istraživanjima, pa ni pouzdanim statističkim analizama. Stoga je konstantno u mnogim

1 Izvor sa Interneta-a. T.Duve, *Ein Gespräch mit Claus Roxin*, pristupljeno 2. aprila, 2020. godine, u 22.34, adresa: https://www.researchgate.net/publication/26443246_Ein_Gesprach_mit_Claus_Roxin.

2 B.Schünemann, *Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (ZStW), Volume 119: Issue 4, „De Gruyter“, Berlin, 2007., str. 945 – 958.

3 Z. Stojanović, *Kriza savremenog krivičnog prava*, „Prava čoveka“, broj 5–6/2003, str. 9 – 18.

4 Z. Stojanović, *Ima li međunarodno krivično pravo budućnost?*, uvodni referat, zbornik radova, savetovanje Udruženja za međunarodno krivično pravo: „Međunarodno krivično pravo i ljudske slobode“, Tara, 2008., str. 9 – 19.

5 Z. Stojanović, *Preventivna funkcija krivičnog prava*, „Crimen“ broj 2/2011., Beograd, 2011., str. 5.

evropskim državama, pa i u Srbiji, svaka nova reforma krivičnog prava, između ostalog, skopčana i sa značajnim pooštavanjem zakonske kaznene politike. Tipičan primer je nedavno uvođenje jedne varijante višestrukog povrata u krivično zakonodavstvo Srbije (član 55a KZ), mada treba ipak istaći da su pravila odmeravanja kazne, odnosno uopšte izricanja krivičnih sankcija u KZ-u Srbije, mogla biti i daleko radikalnije i svakako mnogo lošije modifikovana.⁶

Nezavisno od svega prethodno iznesenog, sasvim je jasno da će krivično pravo uvek imati budućnost, dok postoje država i ljudsko društvo, koje se svakako ne može smatrati savršenim, ali koje ipak poseduje odgovarajući stepen uređenosti. Uvek će postojati krivično pravo, ako to „uvek“ podrazumeva postojanje uređenog društva, države i njenog pravnog sistema.

Dok je ljudi, biće i krivičnih dela, a dok je uređenog ljudskog društva, postojaće država i njen pravni sistem, čiji je važan segment krivično pravo, koje svojim normama štiti najznačajnija dobra.

Osnovni problem kada je reč o nacionalnom krivičnom pravu, a to je i ono što izaziva zabrinutost kod dela teorije krivičnog prava, je što nije izvesno da je budućnost krivičnog prava svetla u smislu da se može ne samo „garantovati“, već čak realno ni očekivati, visok kvalitet krivičnog prava, već naprotiv, decenijama postoje i sve se više ispoljavaju snažne tendencije nekada i drastičnog snižavanja kvaliteta krivičnopravnih normi, a to je praktično, već postao svojevrsan trend širom sveta, a naročito u nekim državama. Ovo predstavlja ozbiljan problem i moglo bi se zaključiti da je danas jedan od najvažnijih ciljeva naučnog delovanja krivičnopravne doktrine da se svojim autoritetom suprotstavi daljem „kvarenju“ nacionalnog krivičnog prava.

Problem sa budućnošću međunarodnog krivičnog prava je još i znatno složeniji, nego problem budućnosti nacionalnog krivičnog prava, jer je s jedne strane i međunarodno krivično pravo usko povezano sa problemima sa kojima se suočava nacionalno krivično pravo, koje se kao što je prethodno objašnjeno, poprilično „kvari“ često brzopletim reformama i udovoljavanjima zahtevima dnevne politike, naopakim idejama penalnog populizma i sličnim vanpravnim/vandoktrinarnim stavovima, dok kvalitet međunarodnog krivičnog prava s druge strane, ni inače nije bio preterano visok, što je pretežno povezano sa istorijom te krivičnopravne oblasti, koja je pak usko povezana sa političkim i spoljno-političkim faktorima, pa i činionicima iz sfere tzv. geo-politike. Ovo se posebno ogleda kroz delovanje i „zaostavštinu“ *ad hoc* međunarodnih krivičnih tribunala.

6 Naime, krivično zakonodavstvo Srbije je na svu sreću odolelo izvesnim pokušajima uvođenja tzv. smernica za izricanje krivične sankcije, po uzoru na poznati mehanizam te vrste iz krivičnog zakonodavstva SAD (*sentencing guidelines*), koji je svoju primenu našao čak i u kontinentalnoj Evropi, u državama poput Albanije, ali jedno vreme i u Makedoniji (čiji je Ustavni sud konačno zaključio da je takav mehanizam protivustavan), a koji u krajnjoj liniji sudiju pretvara u neku vrstu „matematičara“, a krivičnu sankciju svodi na rezultat jednog niza tabelarnog i šablonskog „sabitiranja i oduzimanja“ i sl.. Više o tome: M. Škulić, *Osnovni uporednopravni mehanizmi odmeravanja kazni i uslovni otpust*, "Makedonska revija za kazneno pravo i kriminologija", broj 1/2017, Skopje, 2017, str. 47 – 68. Međutim, krivično zakonodavstvo Srbije je ipak nedavno sasvim neočekivano „obogaćeno“ jednim donekle sličnim mehanizmom, koji takođe potiče iz krivičnog prava SAD, a koji je i u SAD žestoko kritikovan, te u većini američkih državama kao pogrešan, pa i štetan, praktično uglavnom napušten, a to je institut drastično pooštrenog kažnjavanja povratnika i učinilaca krivičnih dela iz navike, poznat po žargonskom nazivu „sistem tri udarca“.

1. OSNOVNI PROBLEMI AKTUELNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA

U teoriji se ističe da je izraz *međunarodno krivično pravo* moguće koristiti u najmanje šest različitih značenja:⁷ 1) međunarodno krivično pravo u smislu teritorijalnog dejstva (važnja) domaćeg/nacionalnog krivičnog prava; 2) međunarodno krivično pravo koje označava međunarodnim pravom propisana pravila sadržana u domaćem/nacionalnom krivičnom pravu; 3) međunarodno krivično pravo u smislu međunarodne „autorizacije“ domaćeg/nacionalnog krivičnog prava; 4) međunarodno krivično pravo koje označava deo domaćeg/nacionalnog krivičnog prava, koji je zajednički za sve civilizovane nacije; 5) međunarodno krivično pravo u smislu međunarodne krivičnopravne saradnje; kao i 6) međunarodno krivično pravo u materijalnom značenju samih reči koje sačinjavaju taj pojam, pod čime se podrazumeva „jedno supranacionalno i univerzalno krivično pravo“.⁸

U teoriji međunarodnog krivičnog prava inače, postoji izvesna tendencija da se međunarodno krivično pravo posmatra pre svega, ili čak jedino i isključivo sa stanovišta krivičnih dela koja se smatraju međunarodnim krivičnim delima, uz izbegavanje čak i definisanja međunarodnog krivičnog prava u opštem smislu, te uz isticanje da je ono istorijski posmatrano bilo „oblikovano pragmatizmom“, tako da su „inicijalno učinioci smatrani otpadnicima od prava međunarodne zajednice, kao što su to na primer, bili pirati“, a potom je „pokret međunarodnog krivičnog prava pretvorio „neprijatelje“ u kriminalce.“⁹ Dakle, sasvim je jasno da se pod pojmom *međunarodno krivično pravo* često u krivičnopravnoj teoriji podrazumevaju prilično ili čak sasvim različite kategorije. U teoriji se, kada je reč o pojmu međunarodnog krivičnog prava, ističe i da se „radi o jednom nejasnom, čak zaslepljujućem i takođe, posebno u različitim pravnim porecima, različito upotrebljavanim pojmom.“¹⁰ Kada je reč o tzv. posebnom delu međunarodnog krivičnog prava, u teoriji se primjećuje i jedna sklonost međunarodnog krivičnog prava da se prilikom definisanja različitih krivičnih dela, donekle „poklope“ neki njihovi elementi, što potom, u izvesnoj meri u praksi potencijalno komplikuje davanje pravne kvalifikacije. Tako se na primer, smatra se da „premda se prema nekim svojim objektivnim elementima“, zločin protiv čovečnosti „poklapa sa ratnim zločinom i genocidom“, zločin protiv čovečnosti se razlikuje od njih, ali i od pojedinačnih dela iz njegovog sastava“, pa je tako, „jedna od suštinskih oznaka po kojem se ovo delo razlikuje od ubistava,

7 G. Schwarzenberger, *The Problem of an International Criminal Law*, in: A. Cassese, F. Jeßberger, R. Cryer and U. De (Ed.), *International Criminal Law – Critical Concepts in Law*, Volume 1 – *International Criminal Justice and its Context*, Routledge, London and New York, 2015, str. 10 – 16.

8 To se svodi na zahtev da međunarodno krivično pravo, ako zaista postoji kao takvo, podrazumeva dve osnovne karakteristike; prva je da njegova pravila moraju biti takva da zabranjuju određena ponašanja (*such rules must be of a prohibitive character*), a druga je da se samim pravilima međunarodnog krivičnog prava za kršenje takvih zabrana, moraju propisivati i specifične krivične sankcije, odnosno određena ponašanja, moraju biti zaprečena krivičnim sankcijama.

9 C. Stahn, *A Critical Introduction to International Law*, „Cambridge University Press“, Cambridge, 2019, str. 9.

10 H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 8. Auflage, „Nomos“, Baden, Baden, 2018, str. 32.

mučenja, silovanja i dr., sastoji u visokom stepenu okrutnosti, nehumanosti i uopšte zločinačkom ponašanju.¹¹

Kada je reč o objašnjenju pojma međunarodnog krivičnog prava, od značaja bi mogao biti i sumarni osvrt na shvatanje nemačke teorije u kojoj se uobičajeno pravi upadljiva razlika između dva osnovna pojma – *prvi* se odnosi na pravo kojim se reguliše primena različitih nacionalnih krivičnopravnih sistema, naročito kada u nekim situacijama, postoji mogućnost odgovarajuće „konkurencije“, ili „kolizije“, a *drugi* se tiče prava koje obuhvata određene krivičnopravne norme koje imaju značaj za više država ili se čak, smatraju univerzalnim u međunarodnoj zajednici, pa se ponekad, definišu i kao „supranacionalne“ krivičnopravne norme. Prvi pojam se u nemačkoj starijoj međunarodno-krivično-pravnoj terminologiji često označava kao *Internationales Strafrecht*,¹² ili se pak, taj termin (što je posebno tipično u novijim teorijskim koncepcijama), koristi kao opšti pojam,¹³ koji obuhvata sva uobičajena značenja pojma međunarodno krivično pravo, a drugi se pojam definiše kao *Völkerstrafrecht*.¹⁴

Ne ulazeći ovom prilikom u detaljnije objašnjavanje pojma međunarodnog krivičnog prava, te posebno, definisanje različitih sadržaja/pojmova/definicija međunarodnog krivičnog prava i njegovih pojedinih segmenata, fokusiraćemo se na dva segmenta iz korpusa međunarodnog krivičnog prava koja su posebno relevantna sa stanovišta teme ovog rada;

- *prvi* je onaj segment međunarodnog krivičnog prava, koji sadržan u pravilima koja se primenjuju pred Međunarodnim krivičnim sudom, gde su njegovi izvori, kada se radi o materijalnom krivičnom pravu pre svega, Rimski statut i Elementi krivičnih dela, a

-
- 11 M. Babić, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2011., str. 141.
 - 12 Bukvalno prevedeno, radilo bi se o „internacionalnom krivičnom pravu“, a u stvari se misli na „međudržavno krivično pravo“, koje obuhvata pravila kojima se uređuju principi važenja (dejtva/delovanja) normi nacionalnih (državnih) krivičnopravnih sistema u odnosu na konkretne situacije koje se pre svega, tiču mesta izvršenja krivičnog dela, državljanstva učinioaca, državljanstva/državne pripadnosti oštećenog itd. U našoj starijoj krivičnopravnoj teoriji se pod ovim pojmom, odnosno ovim vidom međunarodnog krivičnog prava, često podrazumevaju tzv. granice represivne vlasti države.
 - 13 Tako postupaju K. Ambos, koji izraz *Internationales Strafrecht* (što se uočava već u naslovu njegove knjige), koristi kao **opšti pojam**, koji obuhvata **četiri osnovna „podpojma“**: 1) Pravo primene krivičnog prava (*Strafanwendungsrecht*), 2) Međunarodno krivično pravo (*Völkerstrafrecht*), 3) Evropsko krivično pravo (*Europäisches Strafrecht*, te 4) Pravna pomoć u krivičnim stvarima (*Rechtshilfe*). K. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht Rechtshilfe*, „C. H. Beck“, München, 2018, str. 1 – 2.
 - 14 Bukvalno preveden, ovaj termin bi označavao „narodno krivično pravo“, odnosno „krivično pravo naroda“, a u stvari se misli na krivično pravo koje sadrži pravila koja države prihvataju kao zajednička, a koja su sadržana u odgovarajućim međunarodnim izvorima prava bilo tako što bi se ta pravila mogla primeniti neposredno (što je retko moguće u većini klasičnih kontinentalno-evropskih država, zbog dejstva načela zakonitosti), bilo zahvaljujući implementacionim pravnim mehanizmima kojima se određena pravila sadržana u ratifikovanim međunarodnim izvorima prava, unose u izvore prava država, koje su na odgovarajući način, što znači po pravilu, potvrđenim međunarodnim ugovorima, prihvatile te međunarodne izvore prava.

- *drugi* je segment koga čine relevantne norme nacionalnog krivičnog prava, a to su norme koje imaju odgovarajuću međunarodnu krivičnopravnu komponentu, što se pre svega, tiče određene vrste krivičnih dela, poput inkriminacija koje su u Krivičnom zakoniku Srbije sadržane u Glavi XXXIV – Krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, ali tu spadaju u nekim zakonodavstvima i neke norme iz domena opšteg dela krivičnog prava, kao što je to slučaj u onim krivičnopravnim sistemima, koji na primer, komandnu odgovornost ne definišu kao posebno krivično delo nečinjenja (kao što je to slučaj na primer, u Srbiji i u Nemačkoj), već kao poseban oblik odgovornosti za krivično delo neposredno učinjeno/izvršeno od strane drugih lica u odnosu na koje je učinilac ostvarivao komandnu (zapovednu) funkciju.

U razmatranju ova dva segmenta, od posebnog značaja je osvrt na određena klasična načela međunarodnog krivičnog prava, od kojih su dva (načelo zakonitosti i načelo krivice) i izuzetno značajni principi savremenog nacionalnog krivičnog prava, ali i elementi pravne države. To su:

- 1) načelo zakonitosti,
- 2) načelo krivice, kao i
- 3) načelo komplementarnosti, kada se radi o delovanju pravila sadržanih u Rimskom statutu.

1.1. Načelo zakonitosti

Načelo zakonitosti je od ogromnog značaja u savremenom krivičnom pravu i ono se može posmatrati, *prvo* – kao jedna opšta tekovina pravne države, sadržano u ustavima većine savremenih demokratskih država, a *drugo* – kao važno načelo međunarodnog krivičnog prava, u odnosu na koje je bilo i određenih izuzetaka od istorijskog značaja.

1.1.1. Načelo zakonitosti u krivičnom pravu kao tekovina pravne države

Načelo zakonitosti je, istorijski posmatrano, „poteklo još iz Ustava nekih američkih država (Virdžinija i Merilend, 1776), kao i iz austrijskog Krivičnog zakonika Jozefa II od 1787; bilo je sadržano u francuskoj Deklaraciji o ljudskim i građanskim pravima i nizu drugih nacionalnih akata, da bi danas postalo međunarodno priznato, a pri tom su njegovi koreni u nacionalnim zakonodavstvima vezani za sledeće faktore: 1) uticaj političkog liberalizma, čiji jedan od osnovnih postulata predstavlja načelo zakonitosti, koje je brana političkom i pravnom apsolutizmu; 2) demokratija i podela vlasti – to načelo i posebno u njemu sadržana zabrana retroaktivnog dejstva krivičnopravnih normi su važan segment podele vlasti, koja u osnovi počiva na idejama Monteskeja; 3) generalna prevencija – smatra se u duhu učenja Fojerbaha da je načelo zakonitosti važan elemenat opšte prevencije,¹⁵ kao jedna vrsta unapred poznate pretnje za slučaj izvršenja krivičnog dela; 4) princip krivice je takođe pove-

¹⁵ Izraz *nullum crimen, nulla poena sine lege* se uglavnom pripisuje Fojerbahu.

zan sa načelom zakonitosti, jer se ne može govoriti o nečijoj krivici, ukoliko krivično delo kao takvo nije bilo propisano pre njegovog izvršenja.“¹⁶

Nesumnjivo je da načelo zakonitosti ima veliki značaj za položaj čoveka u jednom društvu i pravnom sistemu, tako da je od svih prethodno nabrojanih faktora, verovatno najznačajniji onaj koji se odnosi na *demokratiju i podelu vlasti*, što je blisko povezan sa uticajem *političkog liberalizma*,¹⁷ jer se ti razlozi konstituisanja načela zakonitosti, ispostavljaju kao veoma važni za zaštitu vitalnih građanskih prava, tako da bi svim demokratskim pravnim sistemima, odnosno uređenoj pravnoj državi koja se odlikuje vladavinom prava, načelo zakonitosti moralo biti u punoj meri imanentno i bez ostavljanja pravnih mogućnosti za stvaranje izuzetaka koji bi ovo načelo u manjoj ili većoj meri derogirali, jer bi se to istovremeno, svodilo na opasno ugrožavanje ljudskih prava i sloboda.¹⁸

Načelo zakonitosti nije samo jedno od osnovnih načela krivičnog prava, koje se danas u državama koje se odlikuju vladavinom prava smatra opšteprihvaćenim, već je ono u savremenim pravnim sistemima podignuto na rang ustavnog načela.¹⁹ Prema članu 34. stav 1. Ustava Srbije, niko se ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena. Načelo zakonitosti se potom, formuliše i u članu 1. Krivičnog zakona Srbije po kojem nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za delo koje pre nego što je učinjeno zakonom nije bilo određeno kao krivično delo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja zakonom nije bila propisana pre nego što je krivično delo učinjeno. Ustavna odredba je široko formulisana i odnosi se na sve vrste delikata koji postoje u pravnom sistemu, odnosno u tzv. kaznenom pravu u širem smislu (krivično delo, privredni prestup i prekršaj), međutim, „kod propisivanja krivičnog dela i krivične sankcije, to može biti učinjeno samo zakonom,²⁰ a ne i drugim propisima, kao što je to na primer uredba.“²¹

Slične formulacije kao što je i ona koja postoji u Ustavu Srbije, te srpskom Krivičnom zakoniku sadrže i krivični zakoni(ci) drugih evropskih država. Tako na primer, „francuski Krivični zakonik sadrži principe zabrane povratnog dejstva krivičnog zakona, zabranu analogije, te princip zakonitosti – *nullum crimen, nulla poena sine lege*, kao neotuđivu garanciju slobode.“²² Takođe Krivičnim zakonikom

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

17 Kao antipod ovome, istorijski je nesporno da je načelo zakonitosti svoju najoštriju negaciju doživljavalo u diktatorskim sistemima, što je bilo posebno karakteristično za nacističku Nemačku, kao i ranu sovjetsku državu, dok je u našoj zemlji već legendarna konstatacija Josipa Broza iz doba samoupravnog socijalizma, da se „zakona ne treba držati kao pijan plota“.

18 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu“, broj 1/2010, Beograd, 2010., str. 67 – 68.

19 Z. Stojanović, *Krivično pravo*, „CID“ Podgorica, 2008., str. 37 – 38.

20 Prema članu 34. stav 2. Ustava Srbije, krivična dela i krivične sankcije određuju se zakonom.

21 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2019., str. 34.

22 U. Hübner und V. Constantinesco, *Einführung in das französische Recht*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2001, str. 132.

Španije se u članu 2, propisuje da „nijedno delo niti prekršaj ne mogu biti kažnjeni, ako pre izvršenja nisu bili zakonom određeni“, a u istoj odredbi se zabranjuje retroaktivno dejstvo krivičnog zakona, uz formulisanje izuzetka (član 2. stav 2.), kada se radi o obaveznoj primeni blažeg zakona.²³

U većini država kontinentalne Evrope, načelo zakonitosti je utemeljeno na ustavnopravnim odredbama.²⁴ Na primer, prema članu 7 I Ustava Grčke propisano je: „(a) Krivično pravo mora biti pisano pravo. Kazna se ne može temeljiti na običajnom pravu ili na pravu koje stvaraju sudije. To ne predstavlja prepreku da sudovi ispravno tumače zakone. (b) Kazna ne može biti izrečena prema analogiji. (c) Kazna ne može biti izrečena na temelju prava koje na striktan način ne propisuje ponašanje koje predstavlja krivično delo ili ne propisuje krivičnu sankciju unutar zakonskog maksimuma i minimuma. (d) Krivično pravo nema retroaktivno dejstvo.“²⁵ Član 103. stav 2. Nemačkog Osnovnog zakona koji ima ustavni rang,²⁶ takođe sadrži striktno formulirano *pravilo nullum crimen, nulla poena sine lege*, te propisuje da krivični zakon mora biti pisan, zabranjuje kažnjavanje na temelju običajnog prava, te propisuje pravilo *lex certa*, shodno kome ne samo opis bića krivičnog dela, već i pravne posledice moraju biti zakonom striktno određeni.²⁷ U nemačkoj teoriji se u vezi ovde odredbe zapaža da „jezik krivičnog zakona mora biti toliko precizan da svaki pojedini građanin mora imati mogućnost da sazna značenje norme u smislu koje ponašanje je kažnjivo, tako da se u najmanju ruku može upoznati sa rizikom kažnjavanja.“²⁸ I mnoge vanevropske države načelo zakonitosti formulišu ustavnim odredbama. To je na primer, slučaj sa Japanom, u čijem Ustavu se u članu 37. zabranjuje retroaktivna primena krivičnog prava, te propisuje da krivično delo i kazna za njega moraju zakonom biti propisani pre izvršenja.²⁹ I krivična zakonodavstva drugih vanevropskih država striktno poznaju načelo zakonitosti. Na primer, krivično pravo Izraela se bez obzira što je nastalo pod snažnim uticajem engleskog prava za koje klasično kontinentalno-evropsko shvatanje načela legaliteta nije tipično, „striktno zasniva na nekoliko pravila: 1) lice može biti kažnjeno samo za delo koje je bilo zabranjeno u vreme kada je izvršeno, 2) lice koje učini takvo delo može biti kažnjeno, samo ako je njegova kažnjivost postojala pre izvršenja; 3) samo zakonodavna

23 Das spanische Strafgesetzbuch, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2002., str. 17.

24 U teoriji ustavnog prava se ustavnopravni efekat načela zakonitosti svrstava u Ustavom garantovana lična prava građana, što se svodi na *ustavne garantije u oblasti kažnjavanja za kažnjiva dela i izricanje osude*. R. Marković, *Ustavno pravo*, četrnaesto osavremenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Službeni glasnik“, Beograd, 2010. str. 463 i 465.

25 K. D. Kerameus and P. J. Kozyris, *Introduction to Greek Law*, „Kluwer Law and Taxation Publishers“, Deventer, Boston, 1993, str. 340.

26 Ovaj „zakon“ nekadašnje Savezne Republike Nemačke, a sada ujedinjene Nemačke, samo terminološki nije označen kao nemački Ustav, što je jedna od manifestacija poraza Nemačke u Drugom svetskom ratu, jer prvih poratnih godina jednostavno nije bilo „prikladno“ da ova država (tada još i podeljena na dve Nemačke) i formalno ima ustav.

27 A. Eser und H. Kreicker (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (deo koji su pisali: H. Gropengießer und H. Kreicher: *Landesbericht Deutschland*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2003, str. 56.

28 Ibidem.

29 Hiroschi Oda, *Japanese Law*, Oxford University Press, London, 1999, str. 417.

vlast može ustanovljavati krivična dela i kazne za njih – sudovi nemaju ovlašćenje da kreiraju krivična dela prema analogiji u odnosu na već postojeće delikte.³⁰

Načelo zakonitosti je na odgovarajući način, ali ne pod tim nazivom, propisano i međunarodnopravnim aktima najvišeg ranga. U Univerzalnoj deklaraciji UN³¹ ovo načelo je propisano na jedan širok način, koji je karakterističan za shvatanje „načela pravnosti“, ili principa „propisanosti pravom krivičnog dela i kazne“ u anglosaksonskom pravu.³² Prema članu 11. stav 2. ove deklaracije niko se neće smatrati krivim za bio koje krivično delo ili propuštanje, ako ono domaćim ili međunarodnim pravom nije propisano kao kazneno delo. Takođe, ne sme se izreći teža kazna od one kazne koja je bila primenjiva u vreme kada je krivično delo učinjeno. Slična formulacija se koristi i u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.³³ Prema članu 7. stav 1. ove Konvencije niko se neće smatrati krivim za krivično delo učinjeno činjenjem ili nečinjenjem, koje u vreme izvršenja nije prema pravilima nacionalnog ili međunarodnog prava bilo krivično delo. Ne može se primeniti teža kazna od one koja je bila propisana u vreme izvršenja krivičnog dela. Evropska konvencija u članu 7. stav 2. sadrži i svojevrsnu ogradu od ovog primarnog pravila, tako što se propisuje da ono ne utiče na suđenje i kažnjavanje lica za činjenje ili propuštanje koje je u vreme izvršenja smatrano krivičnim delom u skladu sa opštim pravnim principima priznatim od strane civilizovanih naroda. Navedene formulacije, a posebno ona iz člana 7. stav 2. Evropske konvencije suštinski predstavljaju načelo zakonitosti,³⁴ ali ne u potpunosti i u striktnom smislu, jer formalno ostavljaju prostora da se i drugim izvorima prava propisuju krivična dela i kazne, mada je to u državama kontinentalne Evrope praktično nezamislivo, a formalno nemoguće, jer je u većini tih država, načelo zakonitosti ustavnog ranga.³⁵ U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se u vezi ovih evropskih pravila u odnosu na načelo zakonitosti konstatuje da je formulacija načela zakonitosti sadržana u Osnovnom zakonu Nemačke,³⁶ stroža u odnosu na odredbe člana 7. stav 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao i u odnosu na istovetan tekst Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima od 19. decembra 1966. godine, te

30 A. Shapira and K. C. DeWitt-Arar, *Introduction to the Law of Israel*, „Kluwer Law International“, Boston, 1994, str. 258.

31 Usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine UN 217 A (III) od 10. decembra 1948. godine.

32 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 70.

33 European Treaty Series, No. 5.

34 U tom smislu i većina autora iz evropskih zemalja i formalno član 7 Konvencije imenuje kao – načelo *nulla poena sine lege*. Uporedi: H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, „Nomos“, Baden-Baden, 2005, str. 142.

35 U tom smislu se u literaturi primećuje da iako član 7. Evropske konvencije sadrži načelo zakonitosti (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), tako što se u stavu 1 ovog člana štiti od povratnog dejstva krivičnopravnih normi, te od kažnjavanja bez zakonske osnove ili na temelju analogije, ukupna sadržina tog člana je daleko iza načela zakonitosti propisanog u nemačkom Ustavu (Osnovnom zakonu – član 103 stav 2 GG). Više o tome: str. K. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2006, str. 362.

36 Ta konstatacija važi i za većinu ostalih država kontinentalne Evrope.

u pogledu člana 49 (1) stav 2 Evropske povelje o osnovnim pravima od 7. decembra 2003 godine,³⁷ koji svi sadrže upućivanje na mogućnost kažnjavanja shodno „međunarodnom pravu“ i onda kada kažnjivost u vreme izvršenja krivičnog dela nije bila propisana nacionalnim zakonodavstvom.

Inače, „značajna odstupanja od načela legaliteta i principa da zadatak tumačenja nacionalnog prava pripada u prvom redu, nacionalnim sudovima, Evropski sud za ljudska prava je činio u slučajevima predstavljeni protiv SR Nemačke za osude koje su izrečene pripadnicima bivšeg DDR režima.³⁸ U svojim presudama³⁹ Sud je stao na stanovište da podnosilac predstavke ne može da se poziva na razloge za isključenje postojanja krivičnog dela u čijem normiranju je i sam učestvovao.“⁴⁰ Takođe, u ovom slučaju, kao i posebno, u slučajevima osuda vojnika-graničara koji su pred sudovima SR Nemačke odgovarali za ubistva begunaca iz DDR-a, Evropski sud za ljudska prava je podržao dubiozne odluke nemačkih sudova koji su se očigledno ogrešili o načelo zakonitosti.⁴¹

Načelo zakonitosti, kao jedno od najznačajnijih dostignuća krivičnog prava i principa pravne države,⁴² se u nacionalnim krivičnopravnim sistemima poistovećuje sa poznatim pravilom – *nullum crimmen, nulla poena sine lege – nema krivičnog dela, niti kazne bez zakona*,⁴³ što se u osnovi odnosi na nekoliko važnih zahteva.⁴⁴

Krivičnim zakonom se ne mogu stvarati inkriminacije na jedan opšti način, po principu sličnosti, što znači da je zabranjeno kreirati krivična dela i kazne za njih putem analogije – *nullum crimen nulla poena sine lege strikta*.

Krivični zakon mora da postoji u pisanom obliku, tako da se inkriminacije i kazne ne mogu zasnivati na nepisanom pravu, odnosno pre svega, one se ne mogu temeljiti na običajnom pravu – *nullum crimmen nulla poena sine lege scripta*.

Krivična dela moraju da budu zakonski predviđena, odnosno propisana kao krivična dela, kao i kazne za njih, pre nego što su delikti izvršeni što znači da se zabranjuje retroaktivna primena krivičnog zakona, mada se po pravilu omogućava takvo povratno dejstvo određene materijalne krivičnopravne norme, ako je ona povoljnija (blaži zakon) za okrivljenog – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*.

Krivični zakon mora da ima visok stepen određenosti u pogledu predviđenih inkriminacija, odnosno propisanih krivičnih dela i kazni – *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

37 Službeni list EU Br. C 364/1 od 18. 12. 2000., štampano u zbirci „Sartorius II“.

38 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 71.

39 ECHR, slučaj Strelez, Kessler and Krenz, presuda od 22. marta 2001. godine.

40 A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006., str. 236.

41 Više o tome: Ibid., str. 237 – 238.

42 Z. Stojanović, op.cit., str. 26.

43 Za princip zakonitosti se ističe da on „garantuje zaštitu građana od samovoljne primene i prostranja državne vlasti. On utvrđuje da samo pisani zakon propisuje kažnjivost određene radnje, kao i zaprećenu kaznu kao njenu pravnu posledicu.“ Više o tome: J. Wessels, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C. F. Müller Verlag“, Heidelberg, 1996, str. 8.

44 Više o tome: C. Roxin, op.cit., str. 99–104.

Načelo zakonitosti se smatra važnom tekovinom savremenog krivičnog prava i ono u svom najčistijem vidu postoji u evropsko-kontinentalnim krivičnopравnim sistemima, dok ono u tom svom užem smislu nije u punoj meri svojstveno anglosaksonskim krivičnim zakonodavstvima, kod kojih se izvori krivičnog prava ne svode samo na zakone (koji ipak sve više dobijaju na značaju), već su još uvek veoma brojni i raznovrsni.⁴⁵ Ni u državama koje pripadaju anglosaksonskom pravnom sistemu, a koje se odlikuju vladavinom prava, danas niko po pravilu, ne može biti pozvan na odgovornost za delo koje u vreme izvršenja nije bilo propisano kao krivično delo, kao ni kažnjen za učinjeno delo, ako pre njegovog izvršenja kazna za to delo nije bila propisana.⁴⁶ Na primer, u tom pogledu u savremenom američkom krivičnom pravu postoji vrlo stroga i dosledna sudska praksa po kojoj se striktno zahteva je delo propisano kao krivično delo,⁴⁷ pre nego što je učinjeno.⁴⁸ Suštinska razlika je što se krivična dela i kazne u mnogim državama koje pripadaju anglosaksonskim pravnim sistemima, mogu propisivati ne samo zakonima, već i drugim izvorima prava.⁴⁹ U stvari, u tom smislu se u anglosaksonskim državama, pre nego o načelu zakonitosti, može govoriti o „načelu pravnosti“ ili „principu propisanosti dela i kazne“.⁵⁰

Kada se u anglosaksonskim državama govori o krivičnom pravu, tada se po pravilu, ne misli samo na *zakonsko krivično pravo*, već na krivično pravo sadržano i u *drugim izvorima prava*, a što onda, poprilično odudara od ustaljenih shvatanja u kontinentalnoj Evropi.⁵¹ S druge strane, kada se radi o stabilnim pravnim sistemima država zasnovanih na vladavini prava, ni činjenica da se, ne samo zakonima već i drugim izvorima prava, mogu stvarati krivičnopravne norme, pa i propisivati

- 45 Tako se u izvore engleskog krivičnog prava, osim određenih zakona, koji potiču iz 19. veka i nekih novijih, donesenih poslednjih decenija 20. veka i formalno svrstava pre svega *common law*, koje i suštinski predstavlja jednu vrstu običajnog prava, a razvilo se i razvija kroz odluke sudova, koje ga s jedne strane potvrđuju, a s druge strane i dodatno kreiraju, ali je *common law* takođe kreirano i stvaralačkim radom poznatih pisaca, kao što su *Coke* i *Hale* u 17. veku, te *Hawkins*, *Foster* i *Blackstone* u 18. veku. Ovde treba imati u vidu da je prihvatanjem Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, sudijama u Engleskoj uskraćeno pravo da zakone interpretiraju na način koji je protivan pravilima te Konvencije, što već predstavlja značajno ograničenje u daljem razvoju klasičnog *common law* sistema. Više o tome: A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, third edition, „Oxford University Press“, Oxford, New York, 1999, str. 5.
- 46 U stvari, nekada su u SAD u tom pogledu bili mogući i određeni daleko veći izuzeci (naročito u tzv. pionirsko doba), kada je u pitanju pravo koje su stvarale same sudije (*judge made law*), koje su praktično, kreirajući krivično delo, propisivali i kaznu, ali je to doba nepovratno prošlo kada se pravni sistem SAD stabilizovao i osavremenio.
- 47 Slučaj: *Rex v. Manley – Court of Criminal Appeal*, 1932.
- 48 Više o tome: R. J. Bonnie, A. M. Coughlin, J. C. Jeffries, Jr., P. W. Low, *Criminal Law*, „The Foundation Press“, Westbury, New York, 1997, str. 31 – 32.
- 49 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 82.
- 50 U tom smislu u SAD postoji pravilo da je pravom definisan, kako *zločin*, tako i *kazna* – „Law Defining the Crime and the Punishment“, ali se pod pravom ne podrazumeva samo zakonsko pravo, već u „stvaraoce prava“ („Lawmakers“), spadaju kako Kongres i organi državne legislature, tako i druge „javne vlasti“. Prema: Grupa autora (red. R. A. Carp and R. Stidham), *Outline of the US Legal System*, „Bureau of International Information Programs United States Department of State“, Washington, 2004, str. 92 i 95.
- 51 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 82.

krivična dela i kazne za njih, ne utiče na zaštićenost građana u okvirima pravnog sistema,⁵² jer i u tim državama u odnosu na krivičnopravne norme važe uobičajeni elementi načela *nullum crimen, nulla poena, sine lege*,⁵³ bez obzira što se ne radi uvek o propisima zakonskog karaktera.

Iako je kolevka anglosaksonskog prava Engleska,⁵⁴ danas se tipičnim savremenim predstavnikom tog velikog pravnog sistema smatraju SAD.⁵⁵ Krivično pravo SAD još uvek izvire iz prilično heterogenih izvora: 1) većina krivičnopravnih odredbi je propisana zakonima (statutima) država, kao i zakonima (statutima) koji se donose na saveznom nivou; 2) krivično pravo je delom sadržano u trgovinskoj, sanitarnoj, zdravstvenoj, finansijskoj i poreskoj regulativi, koju se usvaja kako na saveznom, tako i na nivou država, odnosno regulatornih agencija; 3) jedan deo krivičnog prava izvire i neposredno iz Ustava SAD; te 4) krivično pravo se danas u retkim prilikama u nekim od država SAD stvara i kao common law, što je inače, po uzoru na takvo pravo Engleske, bio prvi i najraniji izvor krivičnog prava u SAD, a svodi se na svojevrsno običajno pravo, odnosno obuhvata pravo i inkriminacije koje svojim odlukama stvaraju same sudije (*judge-made crimes*).⁵⁶ Tako su na primer, u državi Masschusetts u SAD, „common law“ krivična dela (zločini), kažnjivi čak i kada nikada nisu propisani statutom.⁵⁷

Izraz „common law“ se uobičajeno koristi kao termin za pravo stvoreno od strane samih sudija, što je prvobitno bilo tipično u ugovornom pravu, ali je potom ono obuhvatilo i definisanje krivičnih dela, kao i sudsku interpretaciju zakona, s tim da je pravo suda da „kreira“ krivična dela široko egzistiralo do 19. veka, a ono je samo u retkim prilikama opstalo i do danas.⁵⁸ *Common law* je najstarija forma krivičnog prava u SAD, koja je u istorijskom smislu posmatrano, razvijena u En-

52 Tako se i u prethodno citiranom radu (str. 95), navodi: „Ako je neka radnja pravom zabranjena ili u skladu sa pravom postoji dužnost njenog vršenja, pravom konstituisani organi vlasti (obično Kongres ili državno zakonodavstvo), moraju na propisan način objaviti propis, kako bi građani unapred znali šta im je zabranjeno ili šta su dužni da čine.”

53 U tom smislu bi ovo pravilo u većini anglosaksonskih država bilo shvaćeno kao – „nema krivičnog dela, niti kazne, **bez prava**, a ne kao što je to uobičajeno u evropskim kontinentalnim državama: „nema krivičnog dela, niti kazne, bez zakona.”

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

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

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

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

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

gleskoj i od strane engleskih kolonista prenesena u SAD, a podrazumeva kompleks nepisanog prava razvijenog iz običaja, opštih principa i prakse, priznate u sudskim odlukama, a iz njega izvire koncept sudskog precedenta koji podrazumeva da sud svojom odlukom rešava određeno pitanje, a onda tom odlukom vezuje sebe, ali i druge sudove u odnosu na isti ili veoma sličan slučaj, koji bi se pojavio u budućnosti.⁵⁹ Iako deo izvora krivičnog prava SAD nije zakonskog karaktera, što je posebno karakteristično za „common law“, činjenica je da se danas veoma retko može dogoditi da krivično delo bude propisano nezakonskim izvorom prava, ili čak „kreirano“ od strane suda.⁶⁰ Međutim i pored toga, nije sporno da se u toj državi, kao i u većini drugih država anglosaksonske pravne provenijencije, načelo zakonitosti, bitno drugačije shvata nego u kontinentalnoj Evropi.⁶¹

Za samu Englesku koja se nesporno smatra rodonačelnicom anglosaksonskog pravnog sistema, a naročito common law sistema kao izvora krivičnog prava, se danas primećuje da njeno pravo poznaje načelo *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, u smislu da se nijedna kazna ne može izreći ako pre izvršenja krivičnog dela nije bila propisana odgovarajuća zabrana ponašanja koje predstavlja krivično delo, kao i kazna za takvo delo,⁶² s tim da su danas krivična dela i u Engleskoj pretežno zakonskog karaktera, a veoma su retko sadržana u *common law* izvoru prava.⁶³

1.1.2. Načelo zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu

Načelo zakonitosti shvaćeno na prethodno objašnjen klasičan krivičnopravni način, tipičan za kontinentalno-evropska zakonodavstva, nije na isti način tumačeno i primenjivano u međunarodnom krivičnom pravu (do momenta stupanja na snagu Rimskog statuta), odnosno praksi vezanoj za određena suđenja povodom izvršenja međunarodnih krivičnih dela. U stvari, izgleda da je u tom pitanju međunarodno (javno) pravo odigralo ključnu ulogu, jer je za tu granu prava karakteristično da njene norme nisu sadržane u zakonima, ili ne samo u zakonima, već i u drugim izvorima prava, kao što su međunarodni ugovori i međunarodne konvencije, čak odluke određenih međunarodnih tela, ili nepisano pravo, kao što su međunarodni običaji.⁶⁴

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

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

61 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 84.

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

63 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 84.

64 Vidi više o izvorima međunarodnog javnog prava u: M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu i „Službeni glasnik“, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2008., str. 76 – 107.

Za načelo zakonitosti se smatra da je „deo međunarodnog običajnog prava, tako što se zahteva da je kriminalno ponašanje bilo propisano što je moguće jasnije u definiciji zločina, ali je ovaj standard manje rigidan nego što je to uobičajeno u kontinentalnom evropskom pravu“.⁶⁵ U stvari, iako se prethodno citirani autor u delu poglavlja knjige u kojem objašnjava načelo zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu, poziva i na latinsku sentencu *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, koja predstavlja klasično objašnjenje principa legaliteta, on u svom objašnjenju ne objašnjava suštinu ovoga načela, već samo jedan njegov element, a to je *lex certa*. Međutim, u svakom slučaju nije sporno da se načelo zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu, odnosno pre svega, u nekim slučajevima koji su se rešavali pred određenim oblicima međunarodnog krivičnog pravosuđa, shvatalo na bitno drugačiji način nego u većini evropskih kontinentalnih pravnih sistema. Shodno ovome, načelo zakonitosti se u međunarodnom krivičnom pravu smatra ispoštovanim ako kažnjivost određenog ponašanja proizlazi iz pisanih ili nepisanih normi koje su bile na snazi u vreme takvog ponašanja, a kada su u pitanju nepisane norme, nerealan je zahtevati da one bliže određuju vrstu i visinu kazne koja se za to ponašanje može izreći, pa ne preostaje ništa drugo, nego da se to prepusti sudu, pa se stoga, tradicionalno međunarodno krivično pravo načelo zakonitosti *nije protezalo na krivičnopravne sankcije*, što predstavlja možda najveće odstupanje od prakse evropskih kontinentalnih zemalja.⁶⁶ Ovakvo shvatanje u međunarodnom krivičnom pravu, ili bolje rečeno ovakvo shvatanje međunarodnog prava koje je svoju primenu doživelo u nekoliko krivičnih suđenja za određena međunarodna krivična dela, je svoj izraz pre svega, imalo u postupku pred Međunarodnim vojnim tribunalom u Nirnbergu, što je u literaturi često označavano kao sporno.⁶⁷

1.1.2.1. Načelo zakonitosti na suđenjima u Nirnbergu i Tokiju i korektivno delovanje načela legitimnosti

Istorijat jednog vrlo elastičnog tumačenja načela zakonitosti, ili čak njegovog izvesnog negiranja u međunarodnom krivičnom pravu, odnosno bolje rečeno u određenim etapama razvoja međunarodnog krivičnog prava,⁶⁸ kroz konkretne sud-

65 G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, „T.M.C. Asser Press“, The Hague, 2005, 32 – 33.

66 P. Novoselec, *Materijalnopravne odredbe Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu*, u: I. Josipović, D. Krapac i P. Novoselec, *Stalni međunarodni kazneni sud*, „Hrvatski pravni centar“ i „Narodne novine“, Zagreb, 2001, str. 95.

67 Uopredi: G. Hoffmann, *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht*, „Alfred Metzner Verlag“, Frankfurt am M./Berlin, 1962, str. 139.

68 Na tvrdnje odbrane da za kažnjivost agresivnog rata (zločin protiv mira), nedostaje „pravna podloga“ u odnosu na vreme izvršenja i da bi se takva osuda stoga, svela na „ex postho kažnjavanje“, sam Međunarodni vojni tribunal zaključuje: „Tvrdnja da bi kažnjavanje povređivanja međunarodnih ugovora i garancija susednim državama koje su bez upozorenja napadnute, bilo *protivno pravu*, očigledno nije tačna, jer bi pod takvim okolnostima, napadač morao znati, da je to protivpravno i daleko od toga da bi njegovo kažnjavanje bilo protivno pravu, već bi naprotiv, mnogo više bilo protivpravno, kada bi njegov verolomni čin, ostao nekažnjen.“ Više o tome: K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.. unveränderte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 2004, str. 111. U stvari, ovo objašnjenje je u čisto pravnom smislu prilično dubiozno, jer se svodi na, u osnovi praznjikavo fraziranje. Jedini čisto pravni argument koji se ovde spominje se odnosi na tvrdnju o nepostojanju pravne zablude, što ovde su-

ske slučajeve, je pre svega vezan za poznato suđenje u Nirnbergu.⁶⁹ Krivičnopravni problemi su se ispoljili u nekoliko važnih oblasti:⁷⁰

Prvo, neki od optuženih su krivično gonjeni za zločin protiv mira, odnosno agresiju, ili vođenje agresivnog rata, ali pre samog suđenja nije postojalo takvo krivično delo, odnosno agresija je bila zabranjena određenim aktima međunarodnog prava, ali ona nije bila definisana kao protivpravna radnja koju može da izvrši fizičko lice, odnosno pojedinac.

Drugo, ratni zločini za koje se krivično gonilo u Nirnbergu su bili predviđeni Haškom konvencijom iz 1907. godine i to samo po sebi nije bilo sporno, ali u tom aktu se nisu propisivale kazne za takva krivična dela.

Treće, zločin protiv čovečnosti uopšte nije bio propisan kao neko posebno krivično delo, pa samim tim nije bilo ni formalne mogućnosti da još budu predviđene i kazne za takva ponašanja, a većina tih radnji je bila veoma slična nekim radnjama ratnih zločina i bilo je teško napraviti jasnu distinkciju, a s druge strane, u tom se pogledu javljala i opasnost od zalaska u primenu analogije u kreiranju inkriminacije.

Problem u vezi načela legaliteta tokom Nirnberškog procesa bi se sintetizovano mogao predstaviti na sledeći način: 1) Agresija uopšte u vreme izvršenja nije bila predviđena kao krivično delo koje može izvršiti čovek, odnosno pojedinac, već samo kao protivpravni akt države kao subjekta međunarodnog javnog prava, a naravno, nije bila predviđena nikakva posebna kazna čak ni za državu (osim u opštem međunarodno-pravnom smislu), a posebno ne za fizičko lice koje bi izvršilo agresiju, tako da se ovde radi o eventualno vrlo nategnutoj mogućnosti da je takvo ponašanje eventualno bilo kažnjivo, ali je potpuno nesporno da kazna za njega nije bila predviđena – zahtev *nullum crimen sine lege* ispoštovan na relativan i u velikoj meri dubiozan način, zahtev *nullum poena sine lege* nije ispoštovan. 2) Za ratne zločine je bilo nesporno da su predviđeni kao krivična dela, ali za njih kazna nije bila propisana, tako da se ovde radilo o slučaju ispunjenosti zahteva iz načela zakonitosti u odnosu

štinski uopšte nije relevantno, jer svest o zabranjenosti agresivnog rata u smislu međunarodnog javnog prava, kao čina koji je zabranjen državama, se ne može poistovetiti sa svešču o postojanju krivičnog dela pojedinca, pri čemu još u objektivnom smislu, čak nije ni sporno da u to vreme krivično delo agresije nije bilo propisano kao moguće krivično delo (zločin protiv mira) pojedinca, tj. fizičkog lica.

69 Uporedi: H. H. Jescheck und T. Weigend, op.cit., str. 120 – 121. Komentarišući suđenje u Nirnbergu, citirani autori navodi: „Sud je bio jedan intersaveznički okupacioni sud i nije bio organ međunarodnog pravosuđa, jer se Londonski sporazum odnosio samo na stranke potpisnice i nije imao dejstvo na Nemačku”... „Dok je kažnjivost ratnih zločina počivala na nespornim međunarodnim običajima, saveznici su kažnjivost agresivnog rata i zločina protiv čovečnosti, uveli kao novinu sa retroaktivnim dejstvom.” Nije ipak sporno da je Međunarodni vojni tribunal u Nirnbergu imao međunarodni karakter. Naime, iako formalno posmatrano nirnberški sud nije bio organ „međunarodnog pravosuđa”, jer se ne radi o međunarodnom sudu nastalom na temelju međunarodnog ugovora, niti sa učešćem većeg broja država u njegovom formiranju i radu (s obzirom da su glavni akteri bile savezničke sile pobednice), njegov međunarodni karakter nesporno proizlazi kako iz činjenice da je njegov sastav bio međunarodan, tako i iz krivičnih predmeta o kojima je rešavao, a koji su se odnosili na najteža međunarodna krivična dela, te posebno, iz činjenice da je Statut tog tribunala vrlo brzo prihvaćen od strane najvećeg broja država, članica međunarodne zajednice.

70 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 86 – 89.

na delo, ali ne i u odnosu na kaznu – zahtev *nullum crimen sine lege* ispoštovan, zahtev *nullum poena sine lege* nije. 3) Zločini protiv čovečnosti u vreme izvršenja nisu bili propisani kao posebna krivična dela, a određene radnje su bile predviđene kao ratni zločini, ali se oni formalno posmatrano nisu mogli tretirati kao radnje zločina protiv čovečnosti, jer bi se tada radilo o analogiji, odnosno vrlo širokom i neodređenom tumačenju krivičnihopravnih normi, a naravno, nisu bile predviđene ni kazne za ovakva dela, pa se može zaključiti da se u ovom slučaju, načelo zakonitosti ne može smatrati ispoštovanim ni u odnosu na delo, niti u odnosu na kaznu – nisu bili ispoštovani ni zahtev *nullum crimen sine lege*, niti zahtev *nullum poena sine lege*.

Inače i u faktičkom smislu su određena dešavanja tokom Nirnberškog procesa ukazivala na jedan prilično elastičan pristup kako načelu zakonitosti, tako i pitanju (legaliteta) krivičnog gonjenja uopšte. Tako se na primer, jedan od najistaknutijih aktera nemačke akcije „Barbarosa”, odnosno agresije na Sovjetski Savez, nemački feldmaršal von Paulus tokom Nirnberškog suđenja pojavio u ulozi svedoka u odnosu na druge visoke vojne i političke funkcionere poražene Nemačke,⁷¹ a nije i sam pozvan na odgovornost za učesće i to na veoma visokom položaju, u napadu na Sovjetski Savez, te činjenju niza krivičnih dela od strane svojih potčinjenih tokom agresivnog rata.⁷²

Uglavnom, iz prethodnih primera i obrazloženih konstatacija, jasno se može uočiti da se u slučaju Nirnberškog suđenja u osnovi ipak ne radi o elastičnom ili vrlo fleksibilnom tumačenju načela zakonitosti, o čemu bi se eventualno moglo govoriti samo u pogledu zločina protiv mira i to isključivo u odnosu na delo, ali ne i kaznu, već se daleko pre, radi o nepoštovanju načela zakonitosti, odnosno njegovom tretiranju kao relativno nevažnog za konkretni slučaj. Formalno se u presudi Nirnberškog Međunarodnog vojnog krivičnog tribunala polazište za ovakva odstupanja od načela zakonitosti, koja se naravno u toj presudi ne smatraju odstupanjima, već se insistira na odgovarajućem tumačenju u odnosu na prethodnu (u vreme izvršenja) postojeću zabranjenost tih radnji, temelji na tvrdnji da Nirnberškim statutom nisu predviđeni nikakvi novi zločini, koji ranije, dakle i u vreme izvršenja krivičnih

71 Ovaj visoki nemački oficir je u istorijskom smislu čuven pre svega, po teškom porazu trupa kojima je komandovao kod Staljingrada (mada je on inače, pre toga bio akter svih bitnijih dešavanja na nemačko-sovjetskom ratištu), što se smatra prvom prekretnicom u II svetskom ratu, nakon čitavog niza munjevitih nacističkih pobeda širom Evrope i zauzimanja ogromnih prostora Sovjetskog Saveza, usled čega je nemačka vojna sila do tada delovala skoro nepobedivo. Njega je Hitler samo dan pre nego što su ga sovjetske trupe zarobile, unapredio u čin feldmaršala, što je prečutno označavalo očekivanje nemačkog Führer-a, pa i celokupne nemačke javnosti, da oficir tako visokog ranga, nikako neće živ pasti u ruke neprijatelja, jer nikada ranije ni jedan nemački feldmaršal nije dospelo u zarobljeništvo. Međutim, von Paulus se, na ogromno iznenađenje Hitlera, koji je verovao da će taj oficir časno „podići ruku na sebe”, ipak bezuslovno predao, deleći sudbinu ostataka svoje opkoljene VI armije čiji izmrcvareni vojnici, beznađežno odsečeni od glavnine nemačkih snaga i bez nade, kako u sopstveni proboj iz obruča, tako i u pomoć drugih nemačkih jedinica, više nisu mogli da pružaju bilo kakav otpor. Više o tome: P. Carell, *Unternehmen Barbarosa – Der Marsch nach Rußland*, „Deutsche Buch-Gemeinschaft”, Berlin, Darmstadt, Wien, 1964, str. 517–549.

72 U smislu nacionalnog zakonodavstva ovo bi se moglo posmatrati kao neka vrsta izuzetka u odnosu na načelo legaliteta oficijelnog krivičnog gonjenja, odnosno radi se o slučaju faktičkog stvaranja neke vrste „svedoka saradnika” (kooperativnog svedoka). Više o tome: M. Škuljić, *Krivično procesno pravo*, deseto izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2019., str. 46 – 48 i str. 281.

dela za koja su lica u tom procesu osuđena, nisu postojali, već da se naprotiv, radi o radnjama koje su kao radnje krivičnog dela bile propisane i pre stupanja na snagu Statuta, dakle i u vreme izvršenja. Tako se u literaturi ističe da se čini da je „načelo zabrane retroaktivne primene materijalnih krivičnih zakona, pravno načelo koje je najčešće kršeno u pravnoj istoriji“,⁷³ što se ilustruje podsećanjem na „suđenje u Nirnbergu i tzv. Nirnberške principe koji se odnose na suđenje za krivična dela koja, *stricto sensu*, u vreme kada su bila izvršena nisu bila predviđena kao krivična dela ni u unutrašnjem, niti, pak, u međunarodnom pravu“, a „slična situacija ponovila se nakon ujedinjenja Nemačke kada su prosekuirani rukovodioci bivšeg DDR-a, kao i pojedini pripadnici vojske, pre svega, graničnih jedinica DDR-a zbog ubistava građana koja su učinili na Berlinskom zidu.“⁷⁴

U samoj Nemačkoj se u literaturi relativno često pokretalo pitanje poštovanja načela legaliteta tokom Nirnberških procesa, ali se po pravilu, nije činilo u nekom energičnijem vidu, posebno ne od strane ozbiljnih teoretičara krivičnog i međunarodnog krivičnog prava, što verovatno, pre predstavlja posledicu težnje većine autora da izbegnu mogućnost eventualnog svrstavanja u one koji „brane zločine nacista“, nego što je zaista postojala svest o potpunoj prihvatljivosti ocene istaknute tokom Nirnberških procesa da načelo legaliteta suštinski nije povređeno.⁷⁵ Tako se u jed-

73 U stvari, ovo načelo je najviše kršeno u određenim slučajevim međunarodnih suđenja, što konstatuje i citirani autor, a tu pored Nirnberga, spada i suđenje u Tokiju. U nacionalnom zakonodavstvu uređenih pravnih država (izuzimajući iznenađujući primer Nemačke u vezi sa funkcionerima i vojnicima graničarima bivšeg DDR-a), takvih izuzetaka ipak nije bilo mnogo, ili skoro da ih uopšte nije bilo.

74 A. Jakšić, op.cit., str. 237.

75 U Nemačkoj literaturi je bilo i ozbiljnih primedbi u odnosu na suđenje pripadnicima nemačkog političkog i vojnog establišmenta za agresiju, uz nespominjanje učešća Sovjetskog Saveza u zauzimanju velikih delova teritorije Poljske, kada je ova država, poražena u ratu sa nacističkom Nemačkom, 1941. godine praktično podeljena između Nemačke i SSSR-a. Takođe je u Nirnbergu „zaboravljen“ i prethodno vođeni rat između Sovjetskog saveza i Finske. Međutim, ne samo da nije uobičajeno pozivanje ratnog pobednika na odgovornost, već se u kontekstu svih istorijskih dešavanja koja su se zbila tokom II svetskog rata, te velikih uspeha koje je u početnoj fazi tok ratnog sukoba ogromnih razmera, postigla nemačka vojna sila, prilično argumentovano može braniti i teza o postupanju tadašnjeg SSSR-a u krajnjoj nuždi, kada je on protivpravnim uvećanjem svoje teritorije, sebi unapred, kroz pravljenje određene „tampon zone“ u odnosu na agresivnu Nemačku, stvarao bolje šanse u očigledno predstojećem kolosalnom ratu, mada je s druge strane, činjenica da je napad Nemačke na SSSR 22. juna 1941. godine za samog Staljina i sovjetski vojni vrh bio ogromno iznenađenje i pored blagovremenih obaveštajnih upozorenja (od kojih je najznačajnije bilo ono koje je uputio vrhunski sovjetski obaveštajac dr Rihard Zorge, koji je u to vreme delovao u Japanu), a što je, uz prvobitnu primenu očajno loše ratne taktike i dovelo do ogromnih vojnih i civilnih gubitaka SSSR-a u prvoj ratnoj godini.

S druge strane, ovde treba imati u vidu i druge relevantne istorijske okolnosti. Tako ne treba zaboraviti da je najveći deo poljske teritorije koju je SSSR zauzeo septembra 1941. godine, Poljska prethodno (pre)otela od Rusije rastrzane revolucijom i građanskim ratom. Takođe, sama Poljska je još pre Sovjetskog Saveza (pakt „Molotov/Ribentrop“), sa nacističkom Nemačkom zaključila sličan ugovor o nenapadanju, koji tu državu naravno, ipak nije zaštitio od nemačke agresije 1. septembra 1939. godine. Tragično komadanje Čehoslovačke tokom 1938. i 1939. godine je vršeno u svojevrsnom „saučesništvu“, uz naravno, nacističku Nemačku, kao centralnu figuru postepenog, ali i prilično brzog komadanja/uništavanja Čehoslovačke. Poljska je takođe nakon što je nacistička Nemačka Čehoslovačkoj oduzela Sudetsku oblast i sama zauzela jedan deo čehoslovačke teritorije u pogledu koje je i ranije ispoljavala pretenzije, tako što je praktično primorala

nom radu, što predstavlja prilično dobar primer tipičnih „nemačkih razmišljanja” o „slučaju legaliteta” u odnosu na zločin protiv mira u nirnberškoj osudi ističe: „Prigovor povrede fundamentalnog pravnog načela „*nullum crimen nulla poena sine lege*“, je bila od strane kritičara Nirnberškog procesa glasno preuzet, kao i od strane običnih ljudi (ljudi sa ulice), koji su se osećali opterećeni težom o kolektivnoj krivici, ali pre svega od strane samih optuženih u Nirnbergu za zločin protiv mira. U *Brijan-Kelogovom paktu* o sprečavanju rata od 27. avgusta 1928. godine, je bila manifestovana protivpravnost agresivnog rata. Radnje pojedinih lica, koje predstavljaju obeležja zločina protiv mira u smislu Londonske konferencije, su bile kažnjive do 1945. godine, kako na nacionalnom, tako još i na međunarodnom planu.”⁷⁶ Ovo je u stvari bila i osnova poznate teze da načelo zakonitosti tokom suđenja u Nirnbergu nije suštinski povređeno, odnosno nije nastupila njegova *supstancijalna* povreda, s obzirom da nije bilo sporno da je i pre izvršenja krivičnih dela za koja su se teretili optuženi, započinjanje agresivnog rata bilo zabranjeno, doduše za države, ali ne i pojedince, što je međutim, pobornicima ovog šireg tumačenja načela legaliteta, bilo dovoljno za stav o nepovređivanju načela legaliteta.

Težina zločina izvršenih tokom Drugog svetskog rata, od strane nacističke Nemačke i njenih saveznika je bila ogromna i u stvari, *enormna*, do tada nezabeležena u istoriji, da je stoga poprilično učinila bespredmetnim insistiranje na poštovanju svih „formalnih” zahteva, što se posebno odnosilo na zločin protiv mira, jer je izvršenje tog dela, odnosno započinjanje rata,⁷⁷ praktično bilo inicijalna kapisla za

Čehoslovačku koja je tada bila u ekstremno teškom položaju, da joj tu teritoriju ustupi, a to je nakon Prve bečke arbitraže, učinila i Mađarska, da bi potom, 15. marta 1939. godine i ostatak Čehoslovačke okupirala nacistička Nemačka, koja je u prvo vreme na toj teritoriji formirala Česko-Moravski protektorat. Takođe, Finska je svojevremeno i nastala nakon Brest-Listovskog mira na teritoriji koja je do tada pripadala Rusiji, pa je i to bilo „nekakvo opravdanje” za „zimski pohod” SSSR-a.

76 A. Rückert, *NS-Verbrechen vor Gericht – Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, „C. F. Müller Juristischer Verlag”, Heidelberg, 1982, str. 93.

77 Pri tom su započinjanje rata Hitler i njegovi saradnici preduzeli još i ispoljavajući posebnu vrstu prezira ne samo prema pravilima međunarodnog prava, već i postulatima elementarne moralnosti i humanosti služeći se krajnje nečasnim sredstvima, pa je tako okupacija Čehoslovačke sprovedena uz upotrebu čitavog sistema instrumentalizovane ucene na širem međunarodnom planu, u čemu su Hitleru i nacističkom režimu zdušno pomogli tadašnji krajnje slabašni lideri Francuske i Velike Britanije, koji su takođe, bezrazložno i priglupo popuštajući Hitleru, istovremeno kršili i svoje međunarodne obaveze, te svakako snose jedan deo krivice (pre svega u moralnom smislu), za takav istorijski razvoj događaja. Tako je nemačka agresija na Poljsku 1. septembra 1939. godine, prethodno započela drskim insceniranjem „napada Poljske na Nemačku”, kada je čak posebna SS jedinica lažirala oružani napad regularnih jedinica poljske armije na jednu nemačku karaulu i radio stanicu i pri tom, inscenirala obraćanje poljskih agresora nemačkom narodu na iskvarenom nemačkom jeziku, putem emitovanja zapaljivog govora korišćenjem „zaplenjene” radio stanice, a na „mestu napada”, kao „krunski dokaz” poljske agresije ostavila nekoliko leševa nemačkih političkih zatvorenika, preobučениh u poljske uniforme. Takav način započinjanja rata i to jednog užasnog rata koji je potom dostigao svetske razmere i obilovao do tada nezapamćenim strahotama, je još više doprineo da pitanje realne pravne i pre svega krivičnopravne ocene ispunjenosti uslova za osudu predstavnika nacističke Nemačke zbog izvršene agresije, odnosno zločina protiv mira, postane skoro potpuno bespredmetno. To je veoma *redak istorijski primer* da **legitimnost osude potpuno potire bilo kakve formalne nedostatke** primenjenog krivičnog prava iz kojeg je osuda proizišla.

sve kasnije zločine koji će se tokom rata i u njegovim okvirima izvršiti, pa se iz tih shvatljivih razloga, teško može ispoljiti, ili očekivati veliki entuzijazam u dokazivanju da je osudom u Nirnbergu za zločin protiv mira povređeno načelo legaliteta.

Suđenje u Nirnbergu je u idejnom smislu bilo zamišljeno kao svojevrsna „lekcija“, kako nemačkom narodu u okviru postupka pravne i faktičke „denacifikacije“, tako i potencijalnim budućim „potpaljivačima svetskog ratnog požara“, što je u osnovi i bio suštinski razlog da se niko od „faktora moći“ tada nije preterano bavio „pravnim formalnostima“.⁷⁸ To je bio i razlog da se suđenju u Nirnbergu, bez obzira što je formalno posmatrano glavni akter bio *Međunarodni vojni tribunal* sastavljen od predstavnika četiri velike sile i koji dakle, nije bio zasnovan na nekoj mogućnoj široj međunarodnopravnoj osnovi, po pravilu, ne odriče striktan međunarodni karakter,⁷⁹ te što je posebno važno i upadljivo, vrlo izričiti međunarodni legitimitet. Tako se na primer, u jednom poznatom „klasičnom ranom delu“ iz veoma obimne literature posvećene tom čuvenom suđenju, ističe: „Beskrajna pustošenja i neopisivi masovni užasi, koji su pratili rat, kao i narastajuće uviđanje da bi neki sledeći rat možda doveo do kraja moderne civilizacije, doprineli su tome da je ceo svet zahtevao osudu i kažnjavanje odgovornih za agresivni rat i ratne strahote.“⁸⁰

Suđenje u Nirnbergu, odnosno pravna osnova za osude okrivljenih u tom postupku formirana u Statutu Međunarodnog vojnog tribunala predstavlja jedan istorijski izuzetan i čak ekstremno redak slučaj, koji se verovatno može desiti „jednom u hiljadu godina“, da načelo legitimnosti, utemeljeno na neophodnosti da učinioi najtežih i do tada u istoriji neviđenih zločina, budu kažnjeni, apsolutno opravdano odnosi prevagu u odnosu na načelo zakonitosti.

Poštovanje načela legaliteta se osporavalo i u odnosu na suđenje u Tokiju. Naime, od 8. maja 1946. do 12. novembra 1948. godine, pred međunarodnim vojnim sudom za Daleki Istok (IMTFE) je odgovaralo 28 vodećih japanskih političara, službenika i vojnih lica, u svojstvu „glavnih ratnih zločinaca“,⁸¹ pri čemu se proces zasnivao na tvrdnji da je Japan od početka 30-ih godina vodio agresivnu, osvajačku i ratnu politiku.⁸² Istini za volju, takva tvrdnja ne zvuči posebno uverljivo, kada su njeni promoteri predstavnici tadašnjih kolonijalnih sila. Interesantna je i indikativna (s obzirom da je reč o sudiji koji je poreklom iz Azije koja je u to vreme skoro u celini bila pod kolonijalnom upravom), izjava indijskog sudije Pala koji je izdvojio svoje mišljenje: „Pal upućuje na to, da je situacija u Japanu bila bitno drugačija nego u Nemačkoj. Ustavni sistem je funkcionisao a takođe je stav u okviru japanskog društva bio da su car, vojna lica i službenici bili potpuno integrisani u društvo, te je japansko društvo njih podržavalo i pomagalo im. Optuženi su svoje pozicije stekli u skladu sa Ustavom i nisu ni u jednom vremenskom trenutku svoju moć zloupo-

78 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 91.

79 Suprotno: H. H. Jescheck und T. Weigend, op.cit., 120 – 121.

80 T. Taylor, *Die Nürnberger Prozesse – Kriegsverbrechen und Völkerrecht*, „Europa Verlag“, Zürich, 1951., str. 11.

81 Slično kao što je to slučaj i sa Nirnberškim Statutom (IMT), ali i Statutom Haškog tribunala (ICTY), već se u nazivu krši pretpostavka nevinosti, jer se govori o suđenju „ratnim zločincima“, umesto vođenju krivičnog postupka (suđenju), ljudima koji su za ratne zločine optuženi.

82 H. Ahlbrecht, op. cit., str. 103.

trebili, niti su vlast prigrabili. Stoga je japansko društvo ove procese doživelo kao *neizbežno zlo* i kao *pravdu pobjednika*, ne povezujući s tim neophodnost moralnog preispitivanja.⁸³

I na suđenju u Tokiju se kao važno pitanje nametnuo problem eventualne retroaktivnosti i to u odnosu na vođenje postupka za zločin protiv mira, jer to krivično delo nije bilo striktno predviđeno kao zločin za koji bi neko snosio individualnu odgovornost, već je agresija bila zabranjena u međudržavnim odnosima.⁸⁴ Interesantna su shvatanja pojedinih sudija sa Tokijskog tribunala u odnosu na ovo pitanje:⁸⁵ Sudija Bernard iz Francuske je osporio da se optužba za zločin protiv mira može temeljiti na „Pariskom paktu” (Brian-Kellogov pakt) koji se odnosio na odnose država,⁸⁶ ali je tvrdio da je vođenje agresivnog rata ipak nezakonito jer to proizlazi iz „prirodnog prava”.⁸⁷ Sudija Röling iz Holandije se složio da zločin protiv mira nije bio definisan kao zločin pre Londonskog sporazuma, ali je slično sudiji Bernardu „obezbedio” druge racionalne argumente za zaključivanje da je vođenje agresivnog rata nezakonito, smatrajući da to proizlazi iz faktičkog stanja i da se na taj zločin odnose posebne odredbe, slično kao što je u „domaćim” nacionalnim zakonodavstvima odnos političkih krivičnih dela sa drugim klasičnim delima; Jedino je već spominjani indijski sudija *Radhabinod Pal*, odbio da se složi da je agresivni rat nezakonit, tvrdeći da se to ne može zaključiti ni iz Pariskog pakta, jer se postavlja i pitanje da li je neki rat imao odbrambeni karakter, a na kraju je zaključio, da je u stvari: „samo izgubljeni rat zločin.”⁸⁸

Tako su pod uticajem ovako već utvrđene prakse međunarodnog krivičnog prava u onom njegovom segmentu formiranom pod uticajem suđenja u Nirnbergu, a u izvesnoj meri i onog u Tokiju, doneseni i određeni međunarodno-pravni dokumenti u kojima se poštovanje načela zakonitosti određuje kao važna međunarodna obaveza, koja je istovremeno i bitno pravo čoveka, ali se pri tom to načelo definiše na širok način, koji nije tipičan za većinu nacionalnih krivičnopravnih zakonodavstava. Tako se čini u odredbama članu 11. Opšte deklaracije o pravima čoveka iz 1948. godine, te u članu 15. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, kao i u članu 7. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine. Za odredbe sadržane u ovim aktima je karakteristično da se njima zahteva da se protivpravnost određenog ponašanja, koje se tretira kao krivično delo, te kažnjivost koja iz toga proističe, moraju temeljiti na određenom formalnom osnovu, u koji se svrstava ne samo nacionalno ili

83 Ibid., str. 121.

84 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 93.

85 H. Ahlbrecht, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, „Nomos Verlagsgesellschaft”, Baden-Baden 1999., str. 53–54.

86 Ovim paktom su se, kao to navode S. Avramov i M. Kreća, države članice Društva naroda odrekle rata kao instrumenta nacionalne politike, te obavezale da svoje sporove rešavaju mirnim putem, ali iako su države „osudile” rat, nedostatak Pakta je bio u tome što nije postojao odgovarajući mehanizam koji bi obezbedio njegovu punu primenu. Više o tome: S. Avramov i M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, dvadeset i prvo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2008., str. 588.

87 H. Ahlbrecht, *op. cit.*, str. 54.

88 Ibidem.

međunarodno pravo, već se tu podrazumevaju i osnovna opšta načela prava koja priznaju civilizovani narod, što je vrlo široka formulacija, pod koju se mogu podvesti i veoma široka tumačenja, slična onima primenjenim u presudi Nirnberškog tribunala.⁸⁹

1.1.2.2. Potencijalno kršenje načela zakonitosti u postupku pred Haškim tribunalom

Inače u teoriji međunarodnog krivičnog prava se često ističe da princip zakonitosti kazne (*nulla poena sine lege*), nije svojstven međunarodnom krivičnom pravu. Tako A. Cassese ističe: „Uobičajeno je da mnoge države, posebno one koje pripadaju tradiciji civilnog prava (kontinentalno-evropsko pravo), smatraju neophodnim da se pravom unapred utvrde kazne za svako krivično delo: (i) da bi se obezbedila jedinstvena primena krivičnog prava od strane svih sudova u državi, te (ii) da bi onaj ko prekrši pravo bio upoznat sa mogućom kaznom. Ovaj princip nije primenjiv na međunarodnom nivou, gde takvi jedinstveni okviri kažnjavanja ne postoje. U stvari, države se još ne saglašavaju o srazmeri kažnjavanja, zbog toga što postoje veoma različita shvatanja o težini različitih zločina, o ozbiljnosti krivice za svako krivično delo, te o prikladnoj težini kazne.”⁹⁰

Naravno, jedinstvene kazne ne mogu da postoje u različitim krivičnopravnim sistemima, jer ne postoji ni jedinstveno, odnosno unificirano krivično pravo, ali ne treba mešati princip *nullum poena sine lege* u odnosu na međunarodno-pravni ambijent uopšte, gde on postoji u pojedinim državama, sa njegovim važenjem u međunarodnom krivičnom pravu, jer je on dosledno prihvaćen u Rimskom statutu, te se od tada ne može negirati njegovo važenje u međunarodnom krivičnom pravu.

Interesantno je zapažanje W.Shabas – a u odnosu na kršenje načela zakonitosti u njegovom segmentu koji se odnosi na *nulla poena sine lege* u postupku pred Haškim tribunalom. Naime, ovaj autor objašnjava da je „krivičnim zakonom SFRJ, bila za genocid i ratne zločine propisana kazna od najmanje pet godina zatvora ili smrtna kazna,⁹¹ a da je u međuvremenu smrtna kazna eliminisana iz zakonodavstva Slovenije, Hrvatske i Makedonije tokom 1990. i 1991. godine, a u BiH 1995. godine, iz čega proizlazi da je najteža moguća kazna za ratne zločine i genocid, kada su ta krivična dela izvršena tokom građanskog rata u SFRJ, mogla biti samo kazna od dvadeset godina zatvora, koja je bila predviđena uvek alternativno uz smrtnu kaznu, dok je smrtna kazna egzistirala.“ Kako je Statut Haškog tribunala isključio smrtnu kaznu, najteža moguća kazna je morala biti samo kazna od dvadeset godina zatvora, a pitanje maksimuma kazne zatvora je posebno razmatrano od strane

89 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 94.

90 A. Cassese, *International Criminal Law*, „Oxford Press”, London, 2003., str. 157.

91 Tada je u stvari, opšti maksimum kazne zatvora bio 15 godina, što znači da je za ovo krivično (kao i za druga najteža krivična dela, odnosno najteže oblike nekih veoma teških krivičnih dela), bilo propisano kažnjavanje u rasponu od 5 do 15 godina zatvora ili kažnjavanje smrtnom kaznom, ali pri tom, uvek kada je za krivično delo bila propisana i smrtna kazna (nikada naravno, ne isključivo samo ta kapitalna kazna), prema pravilima krivičnog zakonodavstva SFRJ, bilo je moguće izricanje kazne od 20 godina, koja je na taj način, bila propisana kao obavezna alternativna smrtnoj kazni.

Saveta Bezbednosti, u postupku izrade nacрта Statuta Haškog tribunala.⁹² Tokom tih aktivnosti je u Savetu Bezbednosti UN, tadašnji stalni predstavnik SAD Medlin Olbrajt (Madaleine Albright), izjavila da njena vlada smatra da je kazna doživotnog zatvora jedina adekvatna maksimalna kazna za Statut Haškog tribunala, zato što je ta kazna „po svom smislu predstavlja zamenu za smrtnu kaznu“, što W. Shabas karakteriše kao „očiglednu netačnost“, jer „mnoge države koje su ukinule smrtnu kaznu, nisu kao zamenu za nju, uvele kaznu doživotnog zatvora, kao što to nije učinila ni sama Jugoslavija u to vreme. Bez obzira na to, sudije Haškog tribunala su u praksi prihvatile poziciju Medlin Olbrajt, uprkos „ćutanju Statuta“ u odnosu na to pitanje, a time se, kako to ističe W. Shabas, krši kako pravilo sadržano u načelu zakonitosti (*nullum poena sine lege*), tako i zabrana nehumanog tretmana.⁹³

1.1.2.3. Načelo zakonitosti u Rimskom statutu

U teoriji se ističe da je još tokom pregovora o usvajanju teksta Rimskog statuta, zauzet čvrst stav da se „definicija krivičnog dela mora striktno konstruisati, te da se ona ne može rastezati primenom analogije“, a da „u slučaju nejasnoće u konkretnom slučaju, sumnja prilikom tumačenja norme, mora da se rešava u korist lica koje je predmet istrage, optužbe ili je osuđen.“⁹⁴ Ovo pravilo se u teoriji povezuje i sa dejstvom pretpostavke nevinosti i teretom dokazivanja u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom. Naime, delovanje pretpostavke nevinosti je neposredno povezano i sa pravilom o teretu dokazivanja, iz kojeg proizlazi da tužilac u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, snosi dužnost dokazivanja „izvan razumne sumnje“ (*beyond reasonable doubt*), da je okrivljeni učinio krivično delo koje je predmet postupka.⁹⁵

Pravilo je da se autori koji se zalažu za mogućnost neposredne primene međunarodnog krivičnog prava od strane nacionalnih sudova, kada se radi o određenim situacijama (*Core Crimes*), bez obzira što inače, ističu da u teoriji mnogi ovo načelo smatraju „kardinalnom preprekom za neposrednu primenu,⁹⁶ izbegavaju da se osvrnu na činjenicu da ni jedan međunarodni izvor krivičnog prava i onda kada propisuje određena pravila, poput definisanja konkretne međunarodne inkriminacije, ne propisuje i konkretnu kaznu za takvo međunarodno krivično delo, a načelo zakonitosti zahteva propisanost kako dela, tako i kazne u vreme izvršenja krivičnog dela.

92 W. Shabas, *Perverse Effects of the Nulla Poena Principe – National practice and the ad hoc tribunals*, in: A. Cassese, F. Jeßberger, R. Cryer and U. De (Ed.), *International Criminal Law – Critical Concepts in Law*, Volume II – *Substantive Law*, Routledge, London and New York, 2015, str. 14.

93 Ibid., str. 15. Citirani autor W. Shabas se ovde (Ibid., str. 14 – 15) poziva i na shvatanje M. C. Bassiouni-a, koji, navodi: „princip zakonitosti i zabrana retroaktivnog važenja krivičnog prava (*ex post facto law*), su prekršeni u slučaju Jugoslavije“, gde autor u stvari, misli na Međunarodni krivični tribunal za nekadašnju Jugoslaviju (ICTY), navodeći da bi maksimalna kazna zatvora mogla da bude samo kazna od 20 godina zatvora.

94 W. A. Shabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, str. 201.

95 Ibid., str. 202.

96 W. N. Ferdinandusse, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, „T.M.C. Asser Press“, the Hague, 2006, str. 221.

U Rimskom statutu je suprotno dotadašnjoj praksi međunarodnog pravosuđa, kao i koncepcijama međunarodnog krivičnog prava, pre svega utemeljenih na Nirnberškoj presudi i u njoj zauzetom stanovištu u odnosu na načelo zakonitosti, primenjen potpuno drugačiji pristup, koji je u osnovi identičan načinu na koji se načelo zakonitosti definiše u većini nacionalnih krivičnih zakonodavstava i to pre svega, evropsko-kontinentalnih država i njihovih pravnih sistema.⁹⁷ Načelo zakonitosti se u Rimskom statutu ustanovljava eksplicitno i u samom nazivu članu 22. Statuta navodi se osnovni postulat ovog načela – *nullum crimen sine lege*, čime se u velikoj meri izbegavaju potencijalna sporna pitanja, mada naravno i pored visokog stepena eksplicitno ustanovljenog načela zakonitosti u Rimskom statutu, još uvek postoji prostor za dodatne analize i objašnjenja. Međutim, nezavisno od ovog rešenja iz Rimskog statua, smatra se da načelo zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu i nakon usvajanja Rimskog statuta ima uži značaj nego ovo načelo u nacionalnim krivičnim zakonodavstvima. Tako se na primer, u Nemačkoj koja je donela poseban zakon o Međunarodnom krivičnom pravu, koji je posvećen implementaciji rešenja iz Rimskog statuta u domaće krivično zakonodavstvo, ističe da s obzirom da se u tom zakonu upućuje na primenu međunarodnog ugovornog prava, može nastati problem na relaciji između nemačke verzije načela legaliteta i one koja važi u međunarodnom krivičnom pravu.⁹⁸ Čini se, međutim, da ovaj problem ne može da se ispolji u većoj meri, jer kao što je objašnjeno, Rimski statut sadrži prilično jasno određeno načelo legaliteta, a sporno pitanje bi se moglo pojaviti pre svega u vezi agresije, koja je određena kao deo stvarne nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda, ali obeležja ovog dela u Rimskom statutu nisu definisana.

Dejstvo načela zakonitosti se ogleda u isključenju krivične odgovornosti u pogledu krivičnih dela koja u trenutku izvršenja nisu bila predviđena kao krivična dela u odnosu na koja Međunarodni krivični sud ima nadležnost. Prema Statutu niko nije krivično odgovoran za delo koje u vreme izvršenja nije bilo krivično delo iz nadležnosti Suda (član 22. stav 1. RSt.). Ovim je ustanovljeno načelo zakonitosti na način koji je usklađen sa klasičnim shvatanjem dejstva ovog načela, što znači da važi: 1) *lex scripta*, jer da bi neko bio u smislu Rimskog statuta krivično odgovoran, bitan je uslov da je njegovo delo u vreme izvršenja bilo propisano kao krivično delo iz nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda i 2) *lex certa*, s obzirom da su sva krivična dela koja spadaju u stvarnu nadležnost Međunarodnog krivičnog suda precizno opisana, samo pod uslovom da je tačno i određeno propisano u čemu se konkretna radnja krivičnog dela sastoji, može se za takvu radnju krivično odgovarati pred Međunarodnim krivičnim sudom, a pri tom se i propisi kojima se određuje biće krivičnog dela moraju tumačiti restriktivno (član 22. stav 2. RSt.). Pored ova dva aspekta koja direktno proizlaze iz pravila *nullum crimen sine lege*, u Rimskom statutu je (član 22. stav 2.) sadržana i izričita zabrana primene analogije, povezana i sa obavezom restriktivnog, odnosno uskog tumačenja svih propisa kojima se određuje biće krivičnog dela, čime je uspostavljen i zahtev 3) *lex stricta*. Time što se uvodi pravilo obaveznog favorabilnog tumačenja nekih eventualno dvosmislenih

97 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 94.

98 H. Satzger, *German Criminal Law and the Rome Statutes*, „International Criminal Law Review”, No. 3/2002, The Hague, London, Boston, 2002, str. 278.

normi, formulisani su elementi principa *in dubio pro reo*.⁹⁹ Naime, u slučaju sumnje u odnosu na značenje određenog propisa, on se tumači uvek u korist okrivljenog (član 22. stav 2. RSt.). Zahtevi koji se odnose na načelo legaliteta definisano članu 22. Rimskog statuta, se mogu primenjivati samo na inkriminacije sadržane u samom tom Statutu, što znači da se njihovo dejstvo ne može proširivati na druga krivična dela sadržana u nacionalnim zakonodavstvima ili međunarodnom pravu (na primer, u nekim drugim izvorima međunarodnog prava), odnosno krivična dela u nacionalnim zakonodavstvima, utemeljena na drugim međunarodno-pravnim aktima. Naime, odredbama člana 22. Rimskog statuta se ne sme uticati na inkriminisanje bilo kog ponašanja kao krivičnog dela prema međunarodnom pravu, nezavisno od Rimskog statuta. Iz ovoga proizlazi da se načelo legaliteta utemeljeno članu 22. Rimskog statuta, odnosi isključivo na elemente stvarne nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda.

Zabrana retroaktivnog dejstva u njemu sadržanih krivičnihopravnih normi je takođe predviđena u Rimskom statutu na način koji je klasičan i za većinu nacionalnih krivičnih zakonodavstava, tako što se prvo, utvrđuje načelna nemogućnost retroaktivne primene odredaba Rimskog statuta, a zatim se drugo, ustanovljava mogućnost izuzetnog retroaktivnog važenja novih (izmenjenih) pravila, ukoliko su ona povoljnija za okrivljenog. Niko prema Rimskom statutu ne može da bude krivično odgovoran za krivično delo koje je izvršeno pre stupanja na snagu Statuta (član 24. RSt.), što znači da je ovim ispunjen i zahtev 4) *lex praevia*. Ovde se naravno, misli samo na krivična dela koja spadaju u stvarnu nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, što proizlazi iz pozivanja na osudu „prema”, ili „shodno” Rimskom statutu. Ukoliko se pre donošenja pravnosnažne presude u određenom slučaju, promeni zakon koji je trebalo da bude primenjen, Sud primenjuje odredbu koja je povoljnija za lice protiv koga se vodi istraga, vodi krivični postupak, ili kojem treba izreći presudu (član 24. stav 2. RSt.).¹⁰⁰

Inače, zahtev *lex scripta* je nedvosmisleno ispunjen u načelu zakonitosti definisanom Rimskim statutom, mada to možda na prvi pogled, tako ne mora da izgleda. Naime, time što se predviđa krivična odgovornost samo za krivična dela propisana Statutom, time se jasno zahteva da takva dela budu sadržana u Statutu, kao osnovnom izvoru prava za Međunarodni krivični sud, što je i moguće jedino u pisanom obliku. Bez obzira, što same te inkriminacije u određenoj meri potiču iz određenih običaja međunarodnog prava, koji su kodifikovani, one samim tim što su striktno propisane odredbama Rimskog statuta, definitivno gube svoj karakter običajnog prava, te postaju i formalno pisano pravo. Ovo se ne odnosi na krivično delo protiv mira, odnosno zločin agresije, što predstavlja poseban problem, jer to delo nije uopšte opisano u Rimskom statutu, mada je inače propisana nadležnost Međunarodnog krivičnog suda i u odnosu na agresiju.¹⁰¹ Međutim, u pitanju je odredba koja će

99 M. Škulić i V. Bajović, *Istorijski razvoj međunarodnog krivičnog pravosuđa i osnovne odlike postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom*, „Dosije”, Beograd, 2017., str. 97.

100 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 94 – 95.

101 Više o tome: M. Škulić, *Pojam međunarodnog krivičnog dela*, Zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova”, „Intermek”, Tara, 2006., str. 83 – 116.

faktički, baš zbog strogog dejstva načela legaliteta u Rimskom statutu, biti neprijemljiva, jer se ta inkriminacija neće moći izvoditi iz običajnog prava, što bi bilo suprotno zahtevu *lex scripta*, sve dok se eventualno, odgovarajućim amandmanima, odnosno novelama, ne unese takva inkriminacija u Rimski statut. I naravno, tada se ta odredba neće moći primenjivati retroaktivno.

Svi zahtevi sadržani u načelu zakonitosti u Rimskom statutu, odnose se i na pravilo o nemogućnosti kažnjavanja za delo koje kao krivično delo nije u vreme izvršenja bilo propisano, a načelo *nulla poena sine lege* je takođe eksplicitno predviđeno u članu 23. Rimskog statuta, shodno kojem lice koje sud osudi može biti kažnjeno samo u skladu sa Statutom. Iz ovoga proizlazi i da sva ona obeležja načela zakonitosti koja se u Rimskom statutu odnose na krivično delo (*crimen*), važe i na kaznu koja se učiniocu određenog krivičnog dela može izreći. Ovakvom odredbom je načelo zakonitosti na logičan način prošireno i na kaznu (*poena*), što je tipično za kontinentalno-evropska krivična zakonodavstva, a što je inače, kao što smo prethodno već objašnjavali, bilo u izvesnoj meri sporno u nekim međunarodnim krivičnopravnim slučajevima u praksi, kada je dejstvo načela zakonitosti (posebno u odnosu na kaznu), tumačeno na jedan izuzetno ekstenzivan, odnosno za krivično pravo netipičan fleksibilan način.

1.1.2.3.1. Primeri primene potencijalne analogije u Obeležjima (*elementima*) krivičnih dela, ali i u samom Rimskom statutu

Mada je u Rimskom statutu izričito predviđeno načelo zakonitosti, te shodno tome nije ustanovljena mogućnost određivanja krivičnih dela prema sličnosti, odnosno zabranjena je primena analogije, izvesni primeri definisanja pojedinih oblika krivičnih dela prema sličnosti, se mogu uočiti, što predstavlja krupan propust do kojeg je verovatno došlo usled naglašene težnje tvoraca ovog izvora prava, da što sveobuhvatnije regulišu moguće oblike deliktne ponašanja, te da u tom pogledu ne ostane prostora za pravne praznine.¹⁰²

Ovakvi primeri se mogu uočiti u utvrđivanju elemenata zločina protiv čovečnosti.¹⁰³ Tako je radnja izvršenja aparthejda (tač. 2 Obeležja krivičnih dela uz čl. 7 st. 1 (j) RSt.), određena kroz utvrđivanje dva kumulativna uslova: a) u opštem smislu kroz njeno definisanje na veoma širok način – učinilac je učinio neko nečovečno delo protiv jednog ili više lica i b) kroz preciziranje da se mora raditi o nekom obliku zločina protiv čovečnosti iz čl. 7 st. 1 RSt., ili delu koje je *slične* prirode kao neki od tih oblika, što predstavlja jednu vrstu analogije u odnosu na druge oblike zločina protiv čovečnosti.

Zatim, prilikom definisanja „bilo kojeg drugog oblika seksualnog nasilja“, kao jedan od uslova za postojanje takve radnje izvršenja, zahteva se da ponašanje učinioca bude takve težine, koja se *može uporediti* sa drugim krivičnim delima iz člana 7 st. 1 (g) Rimskog statuta (tač. 2 Obeležja krivičnih dela uz čl. 7 st. 1 (g) RSt.), odnosno drugim oblicima seksualnog nasilja, što takođe predstavlja primer upućivanja

102 Više o tome: M. Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005., str. 176 – 177.

103 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str. 97.

na primenu analogije, ali ne u odnosu na kompletnu radnju, već samo u pogledu njene težine, s tim da to nije tako očigledno kao kod primera definisanja radnje izvršenja aparthejda, gde se direktno govori o delu „slične prirode”, dok se ovde zahteva da težina dela bude takva da se „može porediti” sa težinom drugih krivičnih dela te vrste. Međutim, u osnovi se i ovde radi o primeni analogije, što ne samo da nije pravno-tehnički opravdano, jer se i inače jednim kazuističkim pristupom nabraja čitav niz mogućih radnji izvršenja dela seksualnog nasilja, kao oblika zločina protiv čovečnosti, a i samo silovanje kao osnovno delo ove vrste je veoma široko određeno,¹⁰⁴ već je to suprotno i načelu zakonitosti, što predstavlja ozbiljan propust. Ovakvo tumačenje se zasniva na činjenici da se može porediti samo ono što je u određenoj meri slično, odnosno pozitivan rezultat poređenja, što je ovde smisao norme, zahteva da se težina jednog oblika dela može uporediti sa težinom drugih deliktinih oblika, što znači da ta težina mora da bude *slična*, a iz toga proizlazi da se i u ovom slučaju radi o primeni analogije.

Težnja da se deluje što obuhvatnije i to pre svega, u pogledu definisanja mogućih radnji izvršenja zločina protiv čovečnosti, dovela je do primene analogije i u samom Rimskom statutu. Tako se u odredbama njegovog članu 7. stav 1. (k), nakon jednog prilično kazuistički usmerenog nabranjanja čitavog niza mogućih oblika zločina protiv čovečnosti, uvodi i poslednji veoma široko definisan oblik ovog zločina, prema kojem tu spadaju i druga nečovečna dela *sličnog karaktera*, kojima se namereno prouzrokuju teške patnje, teško povređivanje, odnosno povrede duševnog ili fizičkog zdravlja. Zatim se u Obeležjima krivičnih dela (tačka 2. uz član 7. stav 1. (k) RSt.), kao poseban uslov za postojanje ovog oblika zločina protiv čovečnosti, uz ostale potrebne uslove, zahteva i da je „priroda tog dela slična prirodi svih ostalih dela iz člana 7. stav 1. Rimskog statuta.”¹⁰⁵

1.2. Načelo krivice u međunarodnom krivičnom pravu

Načelo krivice postoji i ostvaruje dejstvo kako u klasičnim kontinentalno-evropskim krivičnopravnim sistemima, tako i u anglosaksonskom krivičnom pravu, bez obzira na inače, prilično velike razlike između ova dva osnovna velika („globalna“) uporednopravna krivičnopravna modela.

Savremeno krivično pravo počiva na „principu krivice“.¹⁰⁶ Samo skrivljeno protivpravno delo koje je zakonom određeno kao krivično delo, jeste krivično delo. Načelno se samo tada učiniocu takvog dela mogu izricati krivične sankcije, što se u

104 M. Škulić, *Krivična dela protiv polne slobode*, „Službeni glasnik”, Beograd, 2019., str. 413.

105 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, op.cit., str., str. 99.

106 Ova konstatacija ipak, u prvom redu važi za kontinentalnu Evropu i klasično evropsko krivično pravo, a nešto je drugačije u anglosaksonskom pravnom svetu. Tako na primer, kako to ističe autor koji se citira u narednoj fusnoti (H. H. Jescheck und T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neuberarbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot”, Berlin, 1996., str. 24), krivično pravo SAD po pravilu, zahteva postojanje umišljaja ili nehata za postojanje krivičnog dela, ali poznaje takođe i slučajeve postojanja objektivne odgovornosti, koji se svode na kažnjivost i bez krivice (*strict liability*). Više o tome: M. Škulić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih država*, zajednički broj – „Revija za kriminologiju i krivično pravo” i „Crimen” – časopis za krivične nauke, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja”, Beograd, 2016., str. 63–78.

prvom redu, odnosi na kaznu. Iz samog pojma i prirode krivice, u savremenom krivičnom pravu je opšte prihvaćen princip individualne i subjektivne odgovornosti.¹⁰⁷

U teoriji se ističe da princip krivice znači da se kazne koje propisuje država mogu utemeljiti jedino na konstataciji da se učiniocu može prebaciti za njegovo delo“, pri čemu iz ovog principa s jedne strane, proizlazi da „kazna podrazumeva postojanje krivice, tako da se onaj ko je delovao bez krivice, ne može kazniti, dok to s druge strane označava da „kazna takođe ne sme ni prekoračiti meru krivice,“¹⁰⁸ što u stvari, znači da kazna mora biti „pravična“, odnosno srazmerna na odgovarajući način, tako da po vrsti i meri odgovara stepenu krivice.

Samo postojanje krivice podrazumeva mogućnost/pravo „pravnog prekorevanja“ učinioca krivičnog dela. Iz takvog „prekora“ proizlazi i mogućnost kažnjavanja, a onda kada se učinilac ne može „prekoriti“, što znači kada mu se zbog postojanja određenih zakon(ik)om propisanih razloga „delo ne može pripisati u krivicu“, poput učinilaca koje u stanju neuračunljivosti učine protivpravno delo koje je zakonom propisano kao krivično delo, onda se tada ni ne radi o krivičnom delu, iz čega proizlazi i da se učinilac takvog dela ne može kazniti, ali se prema njemu mogu preduzimati određene mere koje podrazumevaju odgovarajuće terapijsko delovanje prema takvom učiniocu, otklanjanje stanja opasnosti i sl., kao što je to slučaj se merama bezbednosti medicinskog karaktera koje se prema pravilima našeg krivičnog zakonodavstva mogu izreći neuračunljivim učiniocima dela koja su protivpravna i zakonom propisana kao krivična dela.¹⁰⁹

Postojanje obeležja krivičnog dela utvrđenih zakonom, kao i protivpravnosti, mora biti direktno skopčano i sa postojanjem skrivljenosti, da bi se za takvo delo učinilac mogao smatrati odgovornim, što „kako se to uglavnom objašnjava“, znači da se učiniocu za njegovo delo može „prebaciti“ ili „prigovoriti“, a „pretpostavke za to su da je on sposoban da snosi krivicu, te da ne postoje okolnosti koje bi predstavljale „izvinjavajuće osnove“, kao što su to na primer, neotklonjiva pravna zabluda ili izvinjavajuća krajnja nužda.“¹¹⁰

107 Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, deveto dopunjeno izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2016., str. 24.

108 H. H. Jescheck und T. Weigend, *op.cit.*, str. 23.

109 U našem krivičnom pravu ovde postoji izvestan paradoks formalne prirode da se mere bezbednosti i formalno definišu kao vrsta krivičnih sankcija, iako se inače, određene mere bezbednosti medicinskog karaktera, izriču učiniocima koji uopšte ne snose krivicu za delo koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo, a koje su učinili u stanju neuračunljivosti. Dakle, licima koja nisu učinili krivično delo, izriču se krivične sankcije. Naime, osnov za izricanje krivičnih sankcija medicinsko-psihijatrijskog karaktera, tj. mera bezbednosti koje se izriču neuračunljivim učiniocima (član 79. stav 1. tač. 1. i 2. KZ), je određeni element koji ne samo da ne podrazumeva krivicu, već je suštinski potpuno „spoljnog“ karaktera u odnosu na delo koje je protivpravno i zakonom određeno kao krivično delo, a tiče se konkretnog neuračunljivog učinioca takvog dela, a to je određena *opasnost tog lica po okolinu*, što se u smislu zakonske formulacije (član 81. stav 1. KZ), svodi na neophodnost kumulativnog ispunjenja dva uslova: 1) postojanje ozbiljne opasnosti da će učinilac učiniti teže krivično delo, te 2) postojanje ocene da je za otklanjanje takve opasnosti potrebno lečenje i čuvanje učinioca u zdravstvenoj ustanovi (član 81. stav 1. KZ), odnosno na slobodi (član 82. stav 1. KZ). Više o ovome: M. Škulić, *Mere bezbednosti i načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije*, međunarodna konferencija OEBSA, Beograd, 2017., str. 33 – 63.

110 C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2006., str. 197. Ovde treba

U teoriji se ističe da „razlika između nepostojanja *protivpravnosti* i nedostajuće *krivice*, tj. između osnova koji opravdavaju delo koje bi inače (da nema takvih osnova), bilo krivično i onih koji delo čine neskrivljenim, leži u tome, da je ponašanje koje nije protivpravno od strane zakonodavca priznato kao zakonito i dozvoljeno, te ga kao takvog može preduzeti bilo ko, dok ponašanje koje se smatra neskrivljenim, nije kao takvo odobreno i stoga ostaje nedozvoljeno i zabranjeno“.¹¹¹

U teoriji se ističe da „načelo krivice nije u stvari eksplicitno utvrđeno Rimskim statutom, ali nije sporno da ono egzistira u skladu i sa članom 21. Statuta“, a inače je još tokom nirnberškog procesa „definisano da međunarodno krivično pravo ima karakter „krivičnog prava zasnovanog na krivici“ (*Schuldstrafrecht*), što znači da mora postojati „lična krivica“ učinioca koji je u odnosu na delo za koje se tereti, individualno odgovoran, kao i da u odnosu na takvu njegovu odgovornost ne postoje okolnosti koje bi je isključile (*defences*).¹¹² Krivica učinioca krivičnog dela koje spada u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, mora biti individualna, što znači da je može snositi samo pojedinac, a ne i kolektiviteti, a ona je takođe, isključivo subjektivnog karaktera („subjektivno utemeljena kažnjivost“),¹¹³ što praktično znači da ne dolazi u obzir objektivna odgovornost.

Ovde treba imati u vidu i da se Rimski statut, kada njegove pojedine odredbe definišu osnove koje isključuju krivičnu odgovornost, koje se prema shvatanju uobičajenom u anglosaksonskom pravu, tretiraju kao *odbrane*, uopšte ne upušta u diferenciranje tih osnova na one koje isključuju krivicu i one koje isključuju protivpravnost (a ima i odbrana koje su čisto krivičnoprocesnog karaktera, poput imuniteta i delovanja načela *ne bis in idem*), mada se u teorijskom smislu, prilikom normativne analize normi Rimskog statuta, takva razlika prema kriterijumu sadržine i dejstva konkretnih osnova isključenja krivične odgovornosti, svakako može praviti.

Inače, „dogmatika“, samog Rimskog statuta ni u kom slučaju nije savršena, a to važi i za primenjenu „pravnu tehniku“ prilikom formulisanja mnogih njegovih normi, što se može između ostalog, uočiti i kada se radi o zabludi, što je povezano i sa delovanjem načela krivice u krivičnopravnom smislu. Naime, problematika relevantne zablude učinioca, kako stvarne, tako i pravne, je bila izuzetno kontroveržno pitanje tokom pregovora o usvajanju teksta Rimskog statuta, što je posledica veoma različitog mesta instituta stvarne i pravne zablude u evropsko-kontinentalnom i anglosaksonskom krivičnom pravu. Bilo je mnogo veoma različitih pogleda na ovo pitanje, a bilo je i mišljenja da ni stvarna ni pravna zabluda uopšte ne treba da budu moguća „odbrana“ u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, odnosno osnov isključenja krivične odgovornosti, isto kao što su pojedini delegati zastupali

imati u vidu (uz isticanje da problematika krivice, kao i uopšte, osnova krivičnopravne dogmatike, uveliko prevazilazi temu ovog rada), da nemačko krivično pravo razlikuje *dve vrste krajnje nužde*: 1) izvinjavajuću (*der entschuldigende Notstand*), koja isključuje postojanje krivice i 2) opravdavajuću (*der rechtfertigende Notstand*), koja isključuje postojanje protivpravnosti.

111 Ibidem.

112 K. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht Rechtshilfe*, „C.H.Beck“, München, 2018, str. 169.

113 C. F. Stuckenberg, *Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht – Versuch einer Elementarlehre für eine internationale Vorsatzdogmatik*, „De Gruyter Recht“, Berlin, 2007, 12 – 13.

stav da se pitanje moguće pravne zablude mora rešavati samo u okviru *mens rea* elementa opšteg pojma krivičnog dela.¹¹⁴

1.3. Načelo komplementarnosti

Načelo komplementarnosti je od ogromne važnosti za delovanje Međunarodnog krivičnog suda, jer se to načelo između ostalog, ispoljava i kao jedna od ključnih i veoma upadljivih razlika u odnosu na *ad hoc* međunarodne krivične tribunale, nastale kao „mere“ Saveta Bezbednosti Ujedinjenih Nacija, zbog čega se između ostalog ti oblici međunarodnog krivičnog pravosuđa, objektivno ni ne mogu smatrati pravim krivičnim sudovima, pa će stoga, uvek osnovni pravni prigovor legalnosti i legitimnosti delovanja tih oblika međunarodnog krivičnog pravosuđa, neminovno biti sveden na pravno očigledno imperfektan način njihovog nastanka, jer je zaista teško i praktično nemoguće pravno opravdati mogućnost da jedan u osnovi izvršni organ kao što je to Savet Bezbednosti UN, ima legitimno pravo formiranja krivičnog suda i to *merom*, čija je svrha uspostavljanje mira (*sic*).

Suprotno pravilima *ad hoc* međunarodnih krivičnih tribunala koji imaju primarnu nadležnost, odnosno formalnu prednost u odnosu na nacionalna pravosuđa u pogledu krivičnih dela koja spadaju u njihovu nadležnost, iz načela komplementarnosti proizlazi da je *primarna nadležnost nacionalnog krivičnog pravosuđa* konkretne države čiji organi uspostavljaju takvu nadležnost i čije se krivično pravo ima primeniti u konkretnom slučaju, a *tek supsidijarno*, ako nema potrebnih uslova ili relevantne volje da se krivično gonjenje uspostavi „na nacionalnom nivou“, krivični postupak će se odvijati pred Međunarodnim krivičnim sudom. Ovaj prvi aspekt načela komplementarnosti se svodi na *dva osnovna efekta*: prvi je uređenje mogućeg sukoba nadležnosti između nacionalnih krivičnih sudova i Međunarodnog krivičnog suda, a drugi se svodi na određivanje koje će se krivično pravo primarno primenjivati. U pogledu oba ova efekta prvog aspekta načela komplementarnosti, prednost ima nacionalno krivično pravosuđe i nacionalno krivično pravo, što predstavlja sjajan primer za uvažavanje načela državne/nacionalne suverenosti u Rimskom statutu, što je i logično, jer je sam taj Statut multinacionalni (međudržavni) ugovor, nastao kao i svaki ugovor, saglasnom voljom svojih država članica/stranaka.

Drugi aspekt načela komplementarnosti svodi se na zahtev da između sadržine Rimskog statuta, a pre svega sadržine njegovih materijalnih krivičnopravnih odredbi i bitne sadržine odgovarajućeg dela nacionalnog krivičnog zakonodavstva država članica/stranaka Rimskog statuta, postoji odgovarajuća komplementarnost i korelativnost, što se svodi ne na bukvalnu identičnost, već na sličnost u visokom stepenu. Pravila Rimskog statuta dakle, ne zahtevaju apsolutnu identičnost normi koje su u samom Statutu, ali i u drugim izvorima prava koje se primenjuje pred Međunarodnim krivičnim sudom sa relevantnim normama nacionalnog krivičnog zakonodavstva, ali suštinski sadržaj mora biti sličan u neophodnoj meri ili čak identičan u potrebnoj meri, što se svodi na zahtev da ne postoje pravne praznine u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu u odnosu na zahteve sadržane u Rimskom statutu.

114 I. Bontakos and S. Nash, *International Criminal Law*, Third Edition, Routledge Cavendish, London, 2007, str. 68.

Jednostavnije objašnjeno, to znači da svako krivično delo, koje je kažnjivo prema pravilima Rimskog statuta, mora biti kažnjivo i prema pravilima nacionalnog krivičnog prava država koje su stranke Rimskog statuta. Pod potrebnom merom sličnosti podrazumeva se dakle, stvaranje normativnih mogućnosti da svako krivično delo koje je i inače, kažnjivo, odnosno propisano kao međunarodno krivično delo u pogledu kojeg je nadležan Međunarodni krivični sud (samo supsidijarno, ako se ne uspostavi nadležnost konkretnog nacionalnog krivičnog pravosuđa), bude kažnjivo i prema pravilima nacionalnih krivičnih zakonodavstava država koje su stranke/članice Rimskog statuta. Ovaj aspekt se pre svega tiče, odgovarajućeg posebnog dela nacionalnih krivičnih zakonodavstava, poput krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom u Krivičnom zakoniku Srbije, ali on nekada u nekim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima ima uticaja i na opšti deo krivičnog prava, kao što je to na primer, slučaj sa komandnom odgovornošću koja se u nekim nacionalnim krivičnopravnim sistemima definiše kao opšti krivičnopravni institut, tj. oblik odgovornosti, a u drugim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima (kao što je to na primer, slučaj u KZ-u Srbije, ali i u nemačkom krivičnom pravu), komandna odgovornost je utvrđena kao specifično krivično delo nečinjenja/propuštanja dužnog činjenja određene kategorije učinilaca (*delicta propria*), koji imaju odgovarajuću zapovednu funkciju.

Dakle, pravila Rimskog statuta niti zahtevaju neposrednu primenu odredbi Statuta od strane nadležnih organa država stranaka Rimskog statuta (što bi inače, bilo vrlo sporno iz načelnih razloga, a veoma komplikovano u pravno-tehničkom smislu), niti traže da nacionalni krivičnopravni sistemi bukvalno u identičnom obliku preuzmu normativna rešenja sadržana u Rimskom statutu, već se zahtev koji proizlazi iz načela komplementarnosti svodi na to da nacionalni krivičnopravni sistemi prihvate bitnu sadržinu relevantnih normi Rimskog statuta, iz čega proizlazi da sam Rimski statut omogućava na takav način da nacionalna krivičnopravna zakonodavstva u neophodnoj meri ostanu verna i svojoj tradiciji, pa i shvatanjima svoje krivičnopravne doktrine.¹¹⁵ Ovaj aspekt načela komplementarnosti takođe uzima u obzir interese nacionalne suverenosti u odnosu na kreiranje sopstvenog pravnog sistema, odnosno njegovog krivičnopravnog segmenta, pa se stoga, državama prepušta da krećući se u bitnim okvirima koji su zadati pravilima Rimskog statuta, kreiraju sopstvena krivičnopravna normativna rešenja, koja će u bitnom odgovarati zahtevima Rimskog statuta, što znači biti komplementarna u odnosu na njih, ali pri tom, ne moraju biti uvek identična.

115 Većina država članica Rimskog statuta je odgovarajuće norme svog krivičnog zakonodavstva uskladila sa relevantnim pravilima Rimskog statuta, tako što je na odgovarajućim mestima u svom osnovnom izvoru krivičnog prava (kao što je to KZ-a u našoj zemlji), unela potrebne izmene, a neke države su ovo pitanje rešile i donošenjem posebnog krivičnog zakon(ik)a, koji se isključivo tiče krivičnopravne problematike sadržane u Rimskom statutu. Tako je na primer, Nemačka radi unošenja pravila iz Rimskog statuta u svoje krivično pravo, donela poseban *Međunarodni krivični zakonik* (*Völkerrechtsstrafgesetzbuch – VStGB*), u koji su unete i neke norme do tada sadržane u Krivičnom zakoniku Nemačke (*StGB*), poput krivičnih dela kao što su genocid (*Völkermord*), ratni zločini (*Kriegsverbrechen*) itd, ali i druga do tada u nemačkom krivičnom zakonodavstvu nepostojeća krivična dela, poput krivičnog dela koje se svodi na komandnu odgovornost (*Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*). A.Eser und H. Kreicker, op.cit., str. 67–68.

Prema jednom teorijskom shvatanju, osnovna svrha načela komplementarnosti u Rimskom statutu je propisivanje/obezbeđivanje da države snose glavnu odgovornost (*main responsibility*), za krivično gonjenje međunarodnih krivičnih dela.¹¹⁶ Ovde se u stvari, samo na drugačiji način objašnjava pravilo koje proizlazi iz načela komplementarnosti da nacionalna krivična pravosuđa, onda kada se može u konkretnom slučaju uspostaviti njihova nadležnost, imaju *primat* u odnosu na Međunarodni krivični sud. U teoriji (citirana autorka se poziva na shvatanje *W. Shabas-a*), se primećuje da bi iz dejstva načela komplementarnosti mogao proizići i konkretan problem povezan sa nastupanjem zastarelosti krivičnog gonjenja u nacionalnom pravnom sistemu, suprotno pravilima iz Rimskog statuta,¹¹⁷ ali se čini da takav problem u praksi ne bi mogao da nastane, jer su države članke u odnosu na Rimski statut dužne da prihvate i u njemu sadržano pravilo o nezastarevanju krivičnog gonjenja određenih međunarodnih krivičnih dela.

U novijoj teoriji međunarodnog krivičnog prava se ističe da je načelo komplementarnosti, uobičajeno shvaćeno kao s jedne strane, način da se prevaziđu pravila o suverenosti države u odnosu na nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, a s druge strane, sredstvo za prevazilaženje nedostataka nacionalnih krivičnih pravosuđa, u prvim slučajevima iz prakse Međunarodnog krivičnog suda dobilo i još jedno šire značenje, prema kojem ovo načelo omogućava bolju interakciju između Međunarodnog krivičnog suda i nacionalnih država.¹¹⁸

U Rimskom statutu je načelo *ne bis in idem* sadržano kao jedan od aspekata *komplementarnosti*, tako što se s jedne strane, odnosi samo na krivična dela iz nadležnosti suda (član 5. Statuta), dok se s druge strane, ono pre svega ustanovljava kao *pravilo*, u odnosu na koje su dopušteni određeni *izuzeci*, mada postoji oblik dejstva ovog načela koji deluje apsolutno, dakle isključivo kao pravilo, bez mogućnosti delovanja izuzetka. Načelo *ne bis in idem* u Rimskom statutu označava i odnos nacionalnih zakonodavstava, odnosno konkretnih odluka i njihovog pravnog dejstva nacionalnih sudova, sa odlukama Međunarodnog krivičnog suda. Pravno-tehnički posmatrano, kao i s obzirom na stepen obuhvatnosti načela *ne bis in idem*, te njegovu ciljnu usmerenost, ono se u Rimskom statutu određuje u odnosu na potencijalne nove postupke pred dva suda: 1) pred Međunarodnim krivičnim sudom koji je prethodno već vodio krivični postupak u odnosu na određenog okrivljenog ili pred tim sudom, ali pod uslovom da je prethodno pred drugim sudom već vođen krivični postupak za isti slučaj, ali je uočeno postojanje određenih zloupotreba ili anomalija; 2) pred nekim drugim sudom, onda kada je Međunarodni krivični sud, prethodno već vodio krivični postupak i doneo određenu odluku.

Zahvaljujući ovakvom normativnom rešenju iz člana 20. Rimskog statuta, moguće je uočiti *tri modaliteta* delovanja načela *ne bis in idem*.¹¹⁹ Prvi modalitet dej-

116 R. A. Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law*, „T.M.C. Asser Press”, the Hague, 2007, str. 121.

117 Ibidem.

118 C. Stahn, *Complementarity – a tale of two notions*, in: A. Cassese, F. Jeßberger, R. Cryer and U. De (Ed.), *International Criminal Law – Critical Concepts in Law*, Volume V, *Complements and Alternatives*, Routledge, London and New York, 2015, str. 9.

119 Više o ovome: M. Škulić i V. Bajović, *op.cit.*, str. 89 – 91.

stva ovog načela je regulisan odredbama člana 20. stav 1. Statuta shodno kojima se nikome pred Međunarodnim krivičnim sudom ne može suditi za „ponašanje“ koje predstavlja osnov krivičnog dela, za koje je odlukom tog Suda već osuđen ili oslobođen (procesno pravilo), osim u slučajevima predviđenim Statutom (procesni izuzetak). Drugi modalitet dejstva načela *ne bis in idem* je ustanovljen odredbama član 20. stav 2. Statuta, prema kojima se nikome neće suditi pred drugim sudom za krivično delo iz člana 5. Statuta, za koje ga je Međunarodni krivični sud već osudio ili oslobodio. Ovaj drugi modalitet je regulisan samo kao pravilo i bez mogućnosti postojanja i delovanja izuzetka. Treći modalitet procesnog i pravnog dejstva načela *ne bis in idem* regulisan je odredbama člana 20. stav 3. (a) i (b) Rimskog statuta, shodno kojima se niko kome je već bilo suđeno od strane nekog drugog suda za krivično delo iz čl. 6, 7– ili 8 Statuta,¹²⁰ ne može ponovo suditi pred Međunarodnim krivičnim sudom (pravilo), osim ako je postupak pred drugim sudom vođen radi postizanja nekog od alternativno propisanih ciljeva, koji se svode na određenu zlo-upotrebu ili neke grube greške: a) radi zaštite lica koje je u pitanju od pozivanja na krivičnu odgovornost za krivično delo koje spada u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, ili b) kada suđenje nije vođeno nezavisno ili nepristrasno, kao i kada nije bilo u skladu sa odredbama pravičnog postupka međunarodno-pravno priznato, kao i na način koji je s obzirom na okolnosti slučaja, bio protivrečan nastojanju da se lice o kome se radi, privede pravdi.

U teoriji se izražava dilema da li načelo *ne bis in idem* važi samo za države članice Rimskog statuta ili se odnosi i na sve ostale (treće) države. Naime, „da li su treće države međunarodno obavezne da priznaju legalne efekte odluka Međunarodnog krivičnog suda, ili čak da li su dužne da ovim odlukama priznaju svojstvo konačne odluke, čime se sprečava da se pred njihovim (domaćim) sudovima, inicira krivično gonjenje u istim slučajevima (*ne bis in idem*).¹²¹ Ovo je pitanje povezano sa u praksi inače, često spornom podelom efekta „zabrane dvostruke kažnjivosti“, na interno i eksterno delovanje načela *ne bis in idem*.

Čini se da nije sporno da načelo *ne bis in idem* važi za sam Međunarodni krivični sud, osim kada se radi o izuzetku, kada se pred tim sudom može ponovo voditi postupak iako je krivična stvar prethodno pravnosnažno rešena. Zatim, to načelo važi apsolutno, ako je prethodno pravnosnažnu odluku doneo Međunarodni krivični sud, ali samo za države članice Rimskog statuta, tako da ono ipak ne može da obavezuje države koje nisu pristupile ovom Statutu. Već samim tim što nisu pristupile Rimskom statutu, te države su pokazale volju da ne prihvate sve obaveze koje iz njega proizlaze, mada one nezavisno od svog generalnog stava u odnosu na Rimski statut, mogu svojim zakonodavstvom da niz pitanja iz domena materijalnog i procesnog krivičnog prava, uredi slično ili istovetno kao što je to utvrđeno njegovim odredbama, isto kao što mogu same da se odrede i u odnosu na odluke Međunarodnog krivičnog suda. To znači da se druge države mogu same i dobrovoljno obavezati da će poštovati odluke Međunarodnog krivičnog suda, a posebno u odnosu na dejstvo načela *ne bis in idem*, ako imaju kriminalno-politički ili bilo

120 Radi se o genocidu, zločinu protiv čovečnosti i ratnim zločinima.

121 G. Palmisano, *The ICC and Third States*, in: F. Lattanzi and W. A. Shabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, „Sirente“, Rome, 2004., str. 414.

koji drugi interes za takav stav, ali bi se veoma teško mogao braniti stav da bi one svakako, morale da poštuju odluke ovog suda u smislu principa *ne bis in idem*, čak i onda kada nisu stranke Rimskog statuta.¹²² Za tako nešto ipak nema pravnog osnova. S druge strane, takve države bi u odnosu na odluke Međunarodnog krivičnog suda, mogle da imaju sličan stav kao i pogledu odluka sudova drugih država, kada se princip *ne bis in idem* po pravilu respektuje, ali se istovremeno omogućava i odstupanje od njega, ako postoji neki drugi osnov za važenje domaćeg krivičnog zakonodavstva, poput pasivnog personalnog principa, ili principa univerzalnosti, ali je za to po pravilu potrebno posebno odobrenje nekog nadležnog organa.

2. DRUGI *AD HOC* MEĐUNARODNI KRIVIČNI TRIBUNALI I OBLICI MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVOSUĐA/NACIONALNOG KRIVIČNOG PRAVOSUĐA UZ UČEŠĆE MEĐUNARODNIH ELEMENATA

Pod drugim *ad hoc* međunarodnim krivičnim tribunalima, podrazumevaju se takvi (vremenski limitirani) oblici međunarodnog krivičnog pravosuđa, nastali nakon „Haškog tribunala“, MKT (*ICTY*) za nekadašnju SFRJ (1993.), kao i njegovog „pravnog pandama“ ili neke vrste „brata blizanca, a to je Međunarodni krivični tribunal za Ruandu (*ICTR*) (1994). Tu spada i jedan veoma osobeni oblik međunarodnog krivičnog pravosuđa koji je neposredno povezan sa ova dva *ad hoc* međunarodna krivična tribunala i koji predstavlja jednu vrstu njihovog „pravnog sledbenika“, a to je Mehanizam UN za međunarodne tribunale (*MICT*), koji je osnovan radi rešavanja „preostalih funkcija oba ova tribunala“.¹²³

U oblike međunarodnih *ad hoc* krivičnih tribunala spadaju i Specijalni krivični sud za Sijera Leone (nastao sporazumom između Sijera Leonea i UN na sednici SB, 2002.), a pred kojim je 2013. godine (odluka žalbenog veća), osuđen bivši liberijski predsednik Charles Taylor, kao i specijalni Tribunal za Liban (nastao merom SB UN, 2007.).¹²⁴

Inače, u teoriji međunarodnog javnog prava, koja se delom bavi i međunarodnim krivičnim pravom, postoji tendencija da se kao oblici međunarodnog krivičnog pravosuđa, odnosno krivičnog pravosuđa koje ima odgovarajuću „međunarodnopravnu komponentu“, definišu svi krivični sudovi i tribunali, kao i određeni oblici njihove specijalizovane nadležnosti, pred kojima se odvijaju suđenja za međunarodna krivična dela. Tako M. N. Shaw, piše o „međunarodnim krivičnim sudovima i tribunalima“, među koje svrstava Međunarodni krivični tribunal za nekadašnju Jugoslaviju (*ICTY*), Međunarodni krivični tribunal za Ruandu (*ICTR*), te u vezi ova dva tribunala, Međunarodni rezidencijalni mehanizam za krivične tribunale (*The International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*), stalni Međunarodni krivični sud (*ICC*), kao potom posebnu kategoriju „hibridnih sudova i drugih domaćih sudova sa međunarodnom komponentom („internacionalizovani domaći sudovi“ – *internationalized*

¹²² M. Škulić i V. Bajović, *op.cit.*, str. 91.

¹²³ M. Herdegen, *Völkerrecht*, 18. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2019, str. 488.

¹²⁴ *Ibidem*.

domestic courts and tribunals), među koje spadaju: Specijalni sud za Sijera Leone, Posebno sudsko veće u sudu za Kambodžu, učešće sudija iz inostranstva u krivičnim postupcima na Kosovu i Metohiji, u skladu sa pravilima UNMIK-a iz 2000. godine, donesenim na osnovu Rezolucije Ujedinjenih Nacija 1244 (UNMIK Regulations 64 Panels, 2000/64), specijalno sudsko veće za teška krivična dela u Istočnom Timuru, sudska veća za učešćem sudija iz inostranstva u krivičnim postupcima za ratne zločine u Bosni i Hercegovini, Specijalni tribunal za Liban, Visoki tribunal za Irak, kao i specijalizovana sudska veća za ratne zločine u Srbiji.¹²⁵

3. ULOGA I PERSPEKTIVA DELOVANJA STALNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Smatra se da „fenomen globalizacije“ utiče između ostalog i na „osnivanje različitih sudova i tribunala univerzalne nadležnosti *rationae personae* sa specijalizovanom *rationae materiae* jurisdikcijom“, a Međunarodni krivični sud (ICC) kao jedan od tih sudova ima i u simboličkom smislu poseban značaj, jer je njegova osnovna svrha da oružane konflikte i zločine koji iz njih proisteknu, rešava uspešnije nego što je to moguće na nivou samih država, umešanih u takve oružane sukobe.¹²⁶

Dosadašnje angažovanje samog Međunarodnog krivičnog suda, kao i organa koji pred njim postupaju, a pre svega, Tužioca koji krivično goni u postupku pred tim Sudom i vodi istragu u odnosu na slučajeve koji bi potencijalno spadali u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, iako daju izvesnu nadu u mogućnost da međunarodno krivično pravo, bude značajan činilac u borbi protiv ratnih zločina i drugih međunarodnih krivičnih dela, ipak ne daju razloga za veliki optimizam. Naime, ovo se angažovanje ticalo pre svega, afričkih država (poput Sudana i Ugande), a u teoriji je ono i inače, mnogo kritikovano kao izrazito neefikasno, a često se, kada je reč o angažovanju u okviru aktuelnih oružanih sukoba, označava i kao vid izvesne kolizije između *mira i pravde* (*peace versus justice*), te potrebe za neko vrstom „kompromisa“ između tih vrednosti.¹²⁷

Inače, krivični postupci koji su vođeni pred Međunarodnim krivičnim sudom protiv okrivljenih šefova država i drugih visokih funkcionera iz različitih afričkih država su na tom kontinentu izazvali prigovore o selektivnoj pravdi, a neke države poput Burundija, Gambije, Južne Afrike, ali i Filipina (iako se ne radi o afričkoj državi), su čak otkazale svoje pristupanje Rimskom statutu. Inače, Južna Afrika je

125 M. N. Shaw, *International Law*, Seventh Edition, „Cambridge University Press“, Cambridge, 2014, str. 286 – 309. Inače, citirani autor (M. N. Shaw), ovde koristi pomalo dvosmislen izraz *The Serbian War Crimes Chamber*, što može značiti i da se radi o veću koje sudi za „srpske ratne zločine“, što bi naravno, bilo besmisleno, a u stvari se (što je jasno i u tekstu samog autora na str. 309), misli na posebno odeljenje Višeg suda u Beogradu, koje je u skladu sa zakonom iz 2003. godine nadležno za vođenje postupaka čiji su predmet ratni zločini i druga međunarodna krivična dela u pogledu kojih kada je reč o nekadašnjoj Jugoslaviji, postupa i Haški tribunal.

126 A. del Vecchio, *International Courts and Tribunals Between Globalisation and Localism*, „Eleven – International Publishing“, Den Haag, 2013, str. 24.

127 P. S. Wegner, *The International Criminal Court in Ongoing Intrastate Conflict – Navigating the Peace-Justice Divide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, str. 316 – 317.

(što je slučaj i sa Gambijom), nakon prvobitnog „otkazivanja pristupanja Rimskom statutu“, ipak ostala stranka Statuta. Naime, u međuvremenu je južnoafrički ustavni sud utvrdio da je odluka o otkazivanju koju je donela Vlada, protivustavna jer je nije potvrdio Parlament.¹²⁸

Optimizam ne uliva ne samo činjenica da vodeće sile nisu pristupile Rimskom statutu,¹²⁹ već često i nespremnost država koje su među prvima ratifikovale Rimski statut, da ostanu dosledne i onda kada potencijalno u obzir dolazi da se pred Međunarodnim krivičnim sudom, nađu i njihovi vojnici i oficiri, odnosno pripadnici oružanih snaga, angažovani u određenim „mirovnim misijama“ i drugim „multinacionalnim oružani operacijama“. Tako su države članice Evropske Unije, čije su trupe angažovane u Avganistanu (*International Security and Assistance Force – ISAF*), sklopile jedan međunarodni sporazum sa Avganistanom, kojim se avganistanske vlasti, obavezuju da vojnike iz država EU, neće ni pod kojim uslovima izručiti Međunarodnom krivičnom sudu.¹³⁰

Takođe, sporazumom između Avganistana i NATO, uz posebnu ulogu SAD, predviđeno je da će za krivična dela i bilo koje „nedozvoljene radnje“ vojnika NATO-a vojnika i civilnog personala NATO-a, biti nadležno vojno i civilno pravosuđe država NATO-a, a ne domaće pravosuđe, niti Međunarodni krivični sud.¹³¹

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Nije sasvim uobičajeno da sam naslov naučnog i stručnog rada bude sveden na *pitanje*, ali se već time, jasno ukazuje na ozbiljnu dilemu kojom se takav rad bavi. Takva dilema bi na temelju prethodnog teksta, morala biti u potpunosti ili bar delimično razrešena u zaključnim razmatranjima rada.

Zaključak ovog rada bi se dakle, po logici stvari, morao svesti na davanje odgovora sadržanog u naslovu rada. *Imaju li budućnost međunarodno krivično pravo i Međunarodni krivični sud ?*

Da bi se odgovorilo na pitanje da li međunarodno krivično pravo i Međunarodni krivični sud imaju budućnost, mora se prvo definisati šta se podrazumeva pod međunarodnim krivičnim pravom, a šta pod Međunarodnim krivičnim sudom.

1. Budućnost međunarodnog krivičnog prava

Kao što je prethodno objašnjeno, pojam međunarodnog krivičnog prava može da se definiše na raznovrsne načine, odnosno nekoliko normativnih oblasti se mogu

128 M. Herdegen, *op.cit.*, str. 489.

129 U teoriji se posebno navodi primer SAD, koje su prvo potpisale Rimski statut, ali su u međuvremenu izjavile da odbijaju njegovu ratifikaciju, odnosno da u odnosu na ratifikaciju „zadržavaju otklon“, što autori koji se bave međunarodnim pravom objašnjavaju kao „izraz straha od mogućeg krivičnog gonjenja pripadnika američkih oružanih snaga“, kao i posledicu „zabrinutosti iz ugla SAD“, što u odnosu na ulogu Međunarodnog krivičnog suda ne postoji dovoljno mogućnosti za veći uticaj Saveta bezbednosti UN. M. Herdegen, *op.cit.*, str. 488 – 489.

130 Ibid., str. 492.

131 Ibidem.

označiti kao međunarodno krivično pravo ili možda bolje rečeno, kao segmenti/elementi međunarodnog krivičnog prava. Ovaj rad ne izražava upuštanje u sve te oblasti, jer bi to bilo suviše komplikovano, te bi i inače, prilično obiman rad dodatno opteretilo nepotrebnim tekstom, već se kada je reč o međunarodnom krivičnom pravu na koje se odnosi pitanje sadržano u naslovu rada, sam tekst rada ograničava na: 1) norme Rimskog statuta i drugih izvora krivičnog prava koje se primenjuje u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, kao i 2) norme nacionalnog krivičnog prava koje imaju odgovarajuću međunarodnu krivičnopravnu komponentu, poput na primer, relevantnog dela našeg krivičnog zakonodavstva, kao što su to inkriminacije sadržane u Glavi trideset četvrtoj KZ Srbije – krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

Pod Međunarodnim krivičnim sudom (na šta ukazuje i veliko slovo „M“ u njegovom naslovu), misli se isključivo na stalni Međunarodni krivični sud, nastao stupanjem na snagu Rimskog statuta.

Kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, čini se da nije sporno da je nacionalno krivično pravo velikog broja država (među kojima je nažalost i Srbija), u izvesnoj krizi, kada se radi o kvalitetu krivičnopravnih normi, što je posledica kako tzv. penalnog populizma, tako često i uticaja dnevne politike i korišćenja novela krivičnog zakonodavstva u „marketinške“, pa i dnevno-političke svrhe, pa i neprihvatanja/neshvatanja da krivično pravo, po definiciji ima izrazito *ultima ratio* karakter. To iako izaziva ozbiljnu zabrinutost pre svega, kod svesne krivičnopravne teorije, ipak ni u najmanjoj meri ne dovodi u pitanje budućnost krivičnog prava, koje će svakako postojati dok postoje država/pravni sistem i uređeno ljudsko društvo. Iz ovoga proizlazi i da onaj segment međunarodnog krivičnog prava koji je sadržan u nacionalnom krivičnom pravu, poput inkriminacija koje predstavljaju međunarodna krivična dela u užem smislu (poput, onih krivičnih dela, koja spadaju u osnovnu stvarnu nadležnost Međunarodnog krivičnog suda – genocid, ratni zločini, zločin protiv čovečnosti zločin protiv mira – agresija),¹³² ali i drugih inkriminacija koje

132 Agresija, odnosno zločin protiv mira, je od početka stupanja na snagu Rimskog statuta, bila utvrđena kao jedno od krivičnih dela koja spadaju u osnovnu stvarnu nadležnost Rimskog statuta, ali je to bila potpuno „prazna norma“, jer sam Statut nije sadržavao definiciju agresije. Naime, tokom pregovora oko teksta nacrtata Statuta nije došlo do kompromisa u pogledu definisanja agresije i to pitanje je dugo ostalo nedefinisano, tj. godinama je bilo nerešeno, a što nije „ostavljalo lep utisak“ na međunarodnu javnost i „čitaoce Rimskog statuta“, jer je veoma loše, pa čak na izvestan način i cinično, kada se u jednom izvoru prava, određeno krivično delo prvo striktno svrstava u nadležnost konkretnog suda, a onda se potom i istovremeno, ta norma faktički potpuno obesmišljava, time što u istom tom izvoru prava nisu definisana bitna obeležja tog konkretnog krivičnog dela. Dakle, agresija dugo nije bila definisana u Rimskom statutu, kao ni u Obeležjima krivičnih dela (kao dopunjujućem izvoru materijalnog krivičnog prava uz Rimski statut), što je dovelo do prilično „čudne“ situacije da se jedan deo stvarne nadležnosti stalnog Međunarodnog krivičnog suda (ICC), nije mogao ni pod kojim uslovima efektivno ostvarivati, te se praktično svodio na svojevrstu „golu“ normu.

Konačno, Rezolucijom broj 6. od 11. juna 2010. godine (Resolution RC/Res.6), koja je doneta na 13. Plenarnoj sednici Prve revizije skupštine Međunarodnog krivičnog suda u Kampali u Ugandi (održanoj od 31. maja do 11. juna 2010. godine), agresija je konačno definisana u smislu samog Rimskog statuta, odnosno za njegove potrebe, a što s obzirom na dejstvo načela kompletnosti svakako ima odgovarajući uticaj i na nacionalna krivična zakonodavstva. Više o

imaju odgovarajuću međunarodnopravnu osnovu, svakako ima budućnost u istoj onoj meri u kojoj budućnost ima i nacionalno krivično pravo, koje ima i takvu međunarodnu krivičnopravnu komponentu. To naravno, važi i za druge međunarodne krivičnopravne oblasti sadržane u nacionalnom krivičnom pravu, poput pravila kojima se uređuju principi važenja nacionalnog krivičnog prava (tzv. granice represivne vlasti države), kao i za pravila kojima se reguliše međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima, tj. međunarodna krivičnopravna pomoć.

Budućnost svih tih uže definisanih pravnih oblasti kao delova nacionalnih krivičnopravnih sistema je direktno povezana sa perspektivom i budućnošću samih tih nacionalnih krivičnopravnih sistema, a kao što je već objašnjeno, teško je zamisliti da nacionalno krivično pravo nema budućnost, već obrnuto, lako je objasniti da će krivično pravo svakako postojati, dok postoje država i njen pravni sistem, a marksističke teorije o „odumiranju države“, nastanku „savršenog“, odnosno „besklasnog društva“ i sl., su odavno prevaziđene i realno svedene na nivo utopije. Isto važi i za „posthladnoratovsko razmišljanje“ o „kraju istorije“. Čak kako sada stoje stvari, daleko je realnije u budućnosti očekivati dalje jačanje države, nego nekakvo njeno slabljenje ili čak odumiranje, kao što su to najavljivale marksističke teorije, a o nekakvom kraju istorije se naravno, nikako ne može govoriti, isto kao što je veliko pitanje koliko će još dugo „pobednici u hladnom ratu“, moći da budu/ostanu dominantni na globalnom međunarodnom nivou. Sve ovo naravno, ima neposrednog uticaja na budućnost, kako nacionalnog krivičnog prava, tako i mnogo više, na budućnost međunarodnog krivičnog prava.

Naravno, iako nije sporno da krivično pravo ima budućnost dok postoje država i njen pravni sistem, a izvesno je da država ima budućnost, druga je stvar da li možemo u budućnosti očekivati viši kvalitet krivičnog prava ili je obrnuto, realno očekivanje daljeg snižavanja ukupnog kvaliteta krivičnopravnih normi. U tom pogledu nažalost, kako sada stoje stvari, a na temelju iskustva stečenog u Srbiji poslednjih decenija, kada je bilo nekoliko značajnih novela Krivičnog zakonika, koje su se uglavnom odlikovale često i prilično ili čak veoma lošim normativnim rešenjima (poput specifičnog višestrukog povrata u poslednjoj noveli našeg KZ-a, uvođenju zabrane uslovnog otpusta za pojedine varijante izrečene kazne doživotnog zatvora, neracionalnog generalnog pooštavanja zakonske kaznene politike itd.), nema mnogo razloga za optimizam, ali je naravno, zadatak teorije krivičnog prava ili je čak njena svojevrсна „misija“ da se argumentovano i na temelju naučnih i stručnih analiza, konstantno zalaže za poboljšanje kvaliteta našeg krivičnog zakonodavstva u što je moguće većoj meri.

Naročito je važno ukazivanje da novele krivičnog zakonodavstva ne smeju biti u funkciji dnevne politike i neke vrste „marketinga“, onih kojim imaju moć predla-

tome: M. Škulić, *Agresija kao zločin protiv mira*, zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo: „Međunarodna krivična dela“, Tara, 2013., str. 70 – 76.

Inače, tek u decembru 2017. godine je potreban broj država članica Rimskog statuta, ratifikovao novele iz Kampale, tako da je „zločin agresije“ efektivno postao deo stvarne nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda od 17. jula 2018. godine, dakle na „**dvadesetogodišnjicu Rimskog statuta**“. Izvor: <http://www.coalitionfortheicc.org/explore/icc-crimes/crime-aggression>, pristupljeno 7. Aprila, 2020. godine u 21.13 h.

ganja i usvajanja zakona, usmerenog na široke slojeve građana, niti svrha novela krivičnog zakonodavstva sme da bude udovoljavanje pošto poto, našoj (a tako je i širom Evrope i sveta uopšte), generalno veoma punitivno nastrojenoj laičkoj javnosti.

Uglavnom, može se zaključiti da međunarodno krivično pravo u onom njegovom segmentu koji je deo korpusa nacionalnog krivičnog zakonodavstva, svakako ima budućnost i to u jednakoj meri u kojoj budućnost ima i samo nacionalno krivično pravo, te neposredno (po)vezano sa budućnošću nacionalnog krivičnog prava.

2. Budućnost Međunarodnog krivičnog suda

Međunarodni krivični sud je često posmatran kao jedan novi početak u razvoju međunarodnog krivičnog prava i međunarodnog krivičnog pravosuđa, nakon vekova i decenija koje su često cinično, ali i defetistički u odnosu na ideju „univerzalne pravde“, obeležavane kao tzv. pravda pobjednika.¹³³ Pravnu osnovu njegovog nastanka čini Rimski statut o osnivanju Međunarodnog krivičnog suda, koji je usvojen 17. jula, 1998. godine, a koji je onda kada ga je ratifikovao potreban broj država, stupio na snagu 1. jula 2002. godine. Sam „sud je svečano otvoren 11. marta 2003. godine, kada su sudije položile zakletvu.“¹³⁴

Kada je reč o međunarodnom krivičnom pravu koje se primenjuje u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, njegova je budućnost neposredno povezana sa budućnošću samog Međunarodnog krivičnog suda, iz čega proizlazi da će odgovor na pitanje ima li Međunarodni krivični sud budućnost, u isto vreme biti i odgovor na neposredno povezano pitanje – da li budućnost ima međunarodno krivično pravo koje se primenjuje u postupku pred tim Sudom.

Zaključak o budućnosti Međunarodnog krivičnog suda se po logici stvari, mora zasnivati na odgovarajućim prethodnim analizama koje se tiču *dva osnovna aspekta*, prvi se odnosi na opšti kapacitet Međunarodnog krivičnog suda, a drugi se tiče obima aktivnosti i aktuelnog delovanja Međunarodnog krivičnog suda. Potom, ukrštanjem tih podataka, može se zaključiti u kojoj meri opšti kapacitet Međunarodnog krivičnog suda utiče na obim, ali i troškove njegovog aktuelnog delovanja.

2.1. Relevantne činjenice koje ukazuju na opšti „kapacitet“ Međunarodnog krivičnog suda

Dakle, ima li budućnost Međunarodni krivični sud? Prilikom sagledavanja argumenta na temelju kojih bi se mogao dati odgovor na ovo pitanje, može se prvo poći od činjenica koje se odnose na generalni „kapacitet“ delovanja tog Suda:¹³⁵

- Međunarodni krivični sud ima trenutno oko 900 „članova“, odnosno lica, koja spadaju u njegovo osoblje, tj. koji su zaposleni u tom Sudu, a oni potiču iz više od 100 država.

133 Ovo je u stvari, bilo potpuno u skladu sa poznatom istorijskom „poukom“: *Teško pobjedima...*

134 Z. Stojanović (*Međunarodno krivično pravo*), op.cit., str. 193.

135 Izvor: Internet adresa: <https://www.icc-cpi.int/about>, pristupljeno 3. aprila 2020. godine u 15.45 h.

- U delovanju Međunarodnog krivičnog suda koristi se šest zvaničnih jezika: engleski, francuski, arapski, kineski, ruski i španski.
- Međunarodni krivični sud ima svoje oficire za vezu u OUN u Njujorku, kao i lokalne kancelarije u sledećim državama: u Demokratskoj Republici Kongo (u Kinšasi i Burutiu), u Ugandi (u Kampali), u Centralnoafričkoj Republici (u Banguii), u Obali Slonovače (Abiđan), u Gruziji (Tbilisi) i u Maliju (Bamako).
- U delovanju Međunarodnog krivičnog suda koriste se dva radna jezika, a to su engleski i francuski.
- Sedište Međunarodnog krivičnog suda je u Hagu u Holandiji u zgradi impozantne veličine u kojoj se takođe nalaze i EVROPOL, kao i EVRODŽAST.¹³⁶
- Međunarodni krivični sud raspolaže budžetom za 2020. godinu, koji iznosi **149.205.600 evra**.

2.2. Aktuelne aktivnosti Međunarodnog krivičnog suda

Prilikom pokušaja davanja odgovora na pitanje budućnosti Međunarodnog krivičnog suda, treba osim analize činjenica koje se tiču opšteg kapaciteta tog Suda, poći i od razmatranja njegovih aktuelnih aktivnosti.

Međunarodni krivični sud uveliko postoji i aktivno deluje, što se pre svega, ogleda u aktuelnim krivičnim postupcima koji se pred njim odvijaju i radnjama samog Suda, povezanim sa aktuelnim i budućim krivičnim postupcima pred Međunarodnim krivičnim sudom,¹³⁷ ali se ovo tiče i Tužioca koji postupa pred Sudom, a u skladu sa načelima akuzatornosti i legaliteta (obligatornosti) oficijelnog krivičnog gonjenja.

Trenutno se pred Međunarodnim krivičnim sudom vodi postupak u odnosu na 27 predmeta, od kojih neki obuhvataju više osumnjičenih/optuženih. Međunarodni krivični sud je do sada izdao 34 naloga za hapšenje, a zahvaljujući saradnji sa državama, odnosno nacionalnim pravosudnim/policijskim sistemima, 16 osumnjičenih je lišeno slobode i potom se „pojavilo pred sudom“, a njih 15 (osumnjičenih/optuženih), se nalazi u pritvoru pod kontrolom Međunarodnog krivičnog suda.

Od optužbe se u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom odustalo u odnosu na troje optuženih zbog njihove smrti. Međunarodni krivični sud je izdao 9 sudskih poziva, odnosno naloga konkretnim licima da „se pojave pred sudom“. Međunarodni krivični sud je do sada doneo 8 osuđujućih presuda i 4 oslobađajuće presude.

3. Odnos kapaciteta kojima raspolaže Međunarodni krivični sud i obima/opsega njegovih aktivnosti

Već se na prvi pogled može uočiti jasna i očigledna disproporcija između veoma ozbiljnih kapaciteta Međunarodnog krivičnog suda, koji se ogledaju u broju ukupno zaposlenih u sudu, broju samih sudija i pomoćnog osoblja, te naravno, zamašnim finansijskim sredstvima kojima u okviru svog budžeta raspolaže Međunarodni krivični sud.

¹³⁶ Više o tome: M. Škulić, *Značaj Suda pravde Evropske Unije kao segmenta zajedničkih krivičnih-pravnih/krivičnoprocesnih mehanizama EU u kontekstu dejstva načela ne bis in idem*, „Pravni život“, broj 9/2019, Beograd, 2019., str. 537 – 538.

¹³⁷ Izvor: Internet adresa: <https://www.icc-cpi.int/about>, pristupljeno 7. aprila 2020. godine u 11.40 h.

narodni krivični sud i jednog izrazito skromnog obima aktivnosti Međunarodnog krivičnog suda.

Delovanje Međunarodnog krivičnog suda je očigledno veoma oskudno i limitirano, a u isto vreme, veoma skupo.

4. Konačan zaključak o budućnosti međunarodnog krivičnog prava i Međunarodnog krivičnog suda

Budućnost međunarodnog krivičnog prava sadržanog u segmentima nacionalnih krivičnopравnih sistema je neposredno povezana sa budućnošću nacionalnog krivičnog prava.

Kako nacionalno krivično pravo svakako ima budućnost, bez obzira na uglavnom opšti trend snižavanja njegovog kvaliteta (jer je i nekvalitetno ili manje kvalitetno krivično pravo, još uvek krivično pravo), onda budućnost ima i međunarodno krivično pravo u onom delu u kojem je ono segment nacionalnog krivičnog prava, a pri tom, nije sporno da će svako moderno nacionalno krivično pravo, uvek imati i delove koji su međunarodnopravno utemeljeni. Ovo se odnosi kako na konkretne inkriminacije, poput onih koje su u našem krivičnom pravu sadržane u Glavi XXXIV – krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, tako i na onaj segment nacionalnih krivičnopравnih sistema, koji sadrži pravila važenja nacionalnog krivičnog prava u skladu sa određenim principima delovanja krivičnog prava,¹³⁸ što se u našoj starijoj krivičnopравnoj teoriji uobičajeno objašnjava kao skup pravila kojima se uređuju „granice represivne vlasti države“.

Budućnost međunarodnog krivičnog prava koje se primenjuje u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom je neposredno uslovljena budućnošću samog Međunarodnog krivičnog suda, koja nažalost i po svemu sudeći, nije izvesna. Naime, buduće delovanje Međunarodnog krivičnog suda je neposredno povezano sa međunarodnim odnosima, spoljnopolitičkim, pa i geopolitičkim i geostrategijskim faktorima.

Još od početka nastanka i delovanja Međunarodnog krivičnog suda, osnovni prigovor tom obliku međunarodnog krivičnog pravosuđa je bio da velike sile, kao što su pre svega, SAD, ali i Rusija i Kina, nisu pristupile Rimskom statutu, a neke od njih, poput SAD, su jedno vreme čak veoma aktivno delovale u pravcu onemogućavanja da se bilo kada, bilo koji državljani SAD, a pre svega pripadnici američke vojske ali i paramilitarnih formacija,¹³⁹ nađu pred Međunarodnim krivičnim sudom.

138 M. Škulić, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes* (A.Eser, U.Sieber und H.Kreicker, Hrsg.), *Landesbericht – Serbien und Montenegro*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot“, Berlin, 2004, str. 221 – 223.

139 Ovo je za SAD veoma značajno jer poslednjih decenija u mnogim „žarištima“ deluju specifične paramilitarne privatne formacije, koje su aktivne na „profitnoj osnovi“, sačinjene od penzionisanih pripadnika vojske SAD, ali i uopšte, bivših pripadnika vojske i mornarice SAD, a koje deluju kao dobro plaćeni pripadnici određenih „firmi“, odnosno „kompanija“, na čijem su čelu obično bivši visoki penzionisani oficiri. Pripadnici tih formacija su naravno daleko bolje plaćeni nego „obični“ vojnici i oficiri vojske i mornarice SAD.

Uzdržanost velikih sila u odnosu na pristupanje Rimskom statutu, ali i uopšte, u odnosu na delovanje Međunarodnog krivičnog suda je u stvari, prilična logična, jer kako je teško zamisliti vođenje rata, bez povremenog činjenja ratnih zločina, zato što uvek ima pojedinaca psihopatski nastrojenih (pa i pripadnika vojske/oružanih formacija), spremnih i na činjenje zločina u ratnim okolnostima, a pored toga, već sam koncept komandne odgovornosti na primer, koji se u nekim oblicima veoma približava objektivnoj odgovornosti,¹⁴⁰ značajno ugrožava vojne zapovednike, isto kao što neki prošireni oblici saučesništva, poput krivičnopravne koncepcije zavere u krivičnom pravu, veoma dalekosežnog dejstva,¹⁴¹ takođe mogu dovesti do krivične odgovornosti i lica veoma „udaljenih“ od neposrednih izvršilaca ratnih zločina i drugih međunarodnih krivičnih dela koja spadaju u stvarnu nadležnost Međunarodnog krivičnog suda. Iz ovoga proizlazi da one države koje imaju kapacitete za ratovanje, jednostavno ne žele da se upuste u rizik da njihovi vojnici i oficiri mogu biti pozvani na odgovornost pred „nekakvim“ Međunarodnim krivičnim sudom. Ovo takođe predstavlja i izraz nepoverenja u delovanje načela komplementarnosti i sa njim povezanog načela *ne bis in idem* koje se odnosi na delovanje Međunarodnog

Zvanično takvi „vojnici“ nisu pripadnici vojske, ali oni su po svom „poreklu“, ali i s obzirom na postojeće kontakte sa zvaničnom vojskom, pa i koordinaciju delovanja u mnogim situacijama, a naročito onim koje su kritične, suštinski veoma povezani sa regularnom vojskom, te su po pravilu, angažovani na zadacima koji se u praksi smatraju previše opasnim za „običnu vojsku“ ili zahtevaju posebnu fleksibilnost, koja po logici stvari, nije tipična za regularne oružane formacije i sl. Tipičan primer za ovo je veoma poznata organizacija „Blackwater“, koja je osnovana još 1997. godine. Interesantno je da je poslednjih godina slična privatna kompanija nastala i u Rusiji (grupa „Wagner“), a njeni pripadnici su bili posebno angažovani na specijalnim zadacima u oružanom sukobu u Siriji i u cilju protivterorističkog delovanja tokom građanskog rata u Siriji. Svojevrsna „privatizacija rata“ je inače, poznati istorijski fenomen, a jedan od najpoznatijih istorijskih primera odnosi se na čuvenu Istočnoindijsku kompaniju (*East India Company* – EIC, poznatu još i kao: *East India Trading Company* EITC, *Honourable East India Company* – HEIC, *the British East India Company*, kao i *the English East India Company*, a neforalno označavanom kao „Company Bahadur“, „John Company“, ili sasvim pojednostavljeno – „**The Company**“), koja je svojevremeno, iako formalno „samo trgovačka kompanija“, bila „država u državi“, te raspolagala sopstvenim oružanim i policijskim formacijama, čak vodila relativno ograničene, ali svakako ne i male po obimu, kopnene ratove/oružane sukobe i složene pomorske operacije.

Pravna osnova za viševekovno delovanje ove poznate i veoma specifične kompanije, je bila specijalna kraljevska povelja (*Royal Charter*) koju joj je još krajem 1600. godine dodelila Kraljica Elizabeta. Već početkom 19. veka ova kompanija je raspolagala vojskom koja je imala više od 250.000 pripadnika, što je u to vreme bilo duplo više od tadašnje vojske Velike Britanije.

140 Više o ovome: M. Škulić, *Komandna odgovornost – istorijat, Rimski statut i jugoslovensko krivično pravo*, „Arhiv za pravne i društvene nauke“, broj 4/02, Beograd, 2002., str. 489 – 532.

141 Više o ovome: M. Škulić, *Krivičnopravna konstrukcija zavere u međunarodnom krivičnom pravu*, Zbornik Međunarodnog udruženja za krivično pravo: „Odgovornost i sankcija u krivičnom pravu – sa posebnim osvrtom na međunarodno krivično pravo“, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex“, Beograd, Tara, 2019., str. 46 – 84. Inače, klasičan koncept zavere je tipičan za anglo-američko pravo u čijoj se krivičnopravnoj teoriji posebno ističe da je „takav koncept zavere nepoznat u drugim pravnim sistemima, kao i u međunarodnom pravu“, uprkos široko zastupljenom verovanju da je Međunarodni vojni tribunal u Nirnbergu (*IMT*), upotrebio reč zavera da bi opisao nacistički režim“, a sama zavera se u klasičnom anglo-američkom pravu definiše kao „kombinacija od dva ili više lica koji nastoje da ostvare određeni protivpravni cilj ili da postignu pravom dozvoljeni cilj, upotrebom protivpravnih sredstava.“ W. McCormack, *International Criminal Law – Cases and Materials*, West Academic Publishing, St. Paul, 2015, str. 305.

krivičnog suda, ali u stvari, to pre svega, predstavlja ispoljavanje nepoverenja u sam Međunarodni krivični sud.

Već samo to nepoverenje velikih sila u Međunarodni krivični sud, a koje danas praktično jedine raspolažu ozbiljnim kapacitetom da vode veće ratove i oružane sukobe, jasno ukazuje da budućnost Međunarodnog krivičnog suda nije nimalo izvesna, a svakako nije „svetla“. To predstavlja i osnovni razlog da se od početka svog delovanja Međunarodni krivični sud pre svega, bavio ratnim zločinima i nekim drugim međunarodnim krivičnim delima iz svoje stvarne nadležnosti, učinjenim mahom u Africi i uopšte, na teritorijama država koje realno nemaju ni iole veći spoljnopolitički/geopolitički značaj. Interesantno je da su svoje „uhlebljenje“ u Međunarodnom krivičnom sudu i Kancelariji tužioca koji postupa pred tim sudom, našli i mnogi stručnjaci do nedavno angažovani u *ad hoc* međunarodnim krivičnim tribunalima, posebno u tzv. Haškom tribunalu (ICTY), pa i njegovom nasledniku – rezidualnom „mehanizmu“, što verovatno doprinosi i prenošenju u rad Međunarodnog krivičnog suda i određenog „know how“, stečenog u *ad hoc* ustanovi. Ovo načelno nije dobro iz mnogo razloga, a najviše zbog jednog dugog istorijata jedne ipak poprilično „selektivne pravde“, nažalost, često ispoljavane u delovanju Haškog tribunala. To takođe, kao i sadašnja zaokupljenost Međunarodnog krivičnog suda aktuelnim slučajevima koji su na globalnom nivou, uglavnom prilično marginalni, a naročito imajući u vidu veliku disproporciju između opštih kapaciteta Međunarodnog krivičnog suda, a posebno veliki broj zaposlenih u tom Sudu i njegov prilično veliki budžet, u praksi doprinosi prilično lošem „imidžu“ Međunarodnog krivičnog suda, te narastanju veoma ozbiljnih sumnji u njegovu budućnost, što se svodi na žalosnu konstataciju da danas „malo ko ozbiljan, ozbiljno shvata Međunarodni krivični sud“.

Naravno, kako je Međunarodni krivični sud, za razliku od *ad hoc* međunarodnih krivičnih tribunala, formiranih kao vid *mere* Saveta bezbednosti UN radi uspostavljanja mira, pri čemu nije sporno da to ne predstavlja pravno validan način za nastanak jednog „suda“,¹⁴² ipak kreiran na pravno potpuno valjan način, jednim multinacionalnim ugovorom (Rimski statut), on će trajati sve dok traje i Rimski statut, što se svodi na „vernost“ država članica/stranaka tog multinacionalnog ugovora u odnosu na njime preuzete obaveze.

Iako, kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, ima pojedinih primera odustanaka nekih država od Rimskog statuta, usled nezadovoljstva dosadašnjim

142 H. Köchler, *Global Justice or Global Revenge?* – International Criminal Justice at the Crossroads, „Springer“, Wien, New York, 2003, str. 171–172 i str. 181–182. U citiranom radu se posebno ističe „pomešanost političkih i pravnih (pravosudnih) faktora u postupcima Saveta bezbednosti UN, tako da se legitimitet *ad hoc* tribunala zasniva na njihovom selektivnom osnivanju, čime se njihov legitimitet praktično kompromituje“, što se ogleda u i „potpuno novim projektovanim ili priželjkivanim, a u suštini političkim ili makar u osnovi vanpravnim ciljevima određenih suđenja“, pa je tako na primer, u septembru 2003. godine, bivši ambasador SAD za ratne zločine sugerisao da bi „osnivanje jednog *ad hoc* tribunala za Irak moglo da prokrči put za kasniju autorizaciju UN vojne akcije protiv Iraka, u cilju neutralisanja svakog oružja i terorističkih pretnji, te radi promene režima uz međunarodnu podršku“, a da bi zatim nastupila; „potpuno nova situacija nastala nakon rata koji su protiv Iraka u martu 2003. godine, bez dopuštenja Saveta bezbednosti, povelj SAD i Velika Britanija.“

delovanjem Međunarodnog krivičnog suda, ili bar pokazivanja nagoveštaja nekih država da će to učiniti, odnosno da o tome razmišljaju,¹⁴³ izvesno je da će Rimski statut trajati i u skoroj budućnosti.

Konačno, iako velike sile ne pokazuju nameru da pristupe Rimskom statutu, tj. potpišu ga i ratifikuju, veliki broj značajnih država su članice Rimskog statuta, što je posebno tipično za Evropsku Uniju, odnosno države u sastavu EU, koja kao jedan od uslova za članstvo u njoj, državama „kandidatima“, postavlja i prihvatanje Rimskog statuta, kao deo koncepta vladavine prava, što je inače, u izvesnoj koliziji sa suprotnim nastojanjima nekih drugih država koje od svojih „partnera“ na međunarodnoj sceni zahtevaju da se obavežu da ni pod kojim uslovima, neće njihove državljanke izručivati Međunarodnom krivičnom sudu. Stav Evropske Unije ipak budi i izvesnu nadu u bolju budućnost Međunarodnog krivičnog suda, iako sve prethodno izneseno, što ukazuje i na velike dileme u pogledu te budućnosti, jasno ukazuje da svakako nema razloga za preveliki optimizam.

Ne treba naravno, kada je reč o budućnosti Međunarodnog krivičnog suda biti ni pesimista, pa stoga i ipak, ostaje aktuelna i u pogledu zaključka o budućnosti ovog prvog stalnog oblika međunarodnog krivičnog pravosuđa, stara *istina* o „čaši koju voda ispunjava do njene polovine“, a koju možemo posmatrati, bilo kao „**polupraznu**“, bilo kao „**do pola punu**“.

LITERATURA

- Avramov, S. i Kreća, M., *Međunarodno javno pravo*, dvadeset i prvo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2008.
- Ambos, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.. unveränderte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 2004.
- Ambos, K., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2006.
- Ambos, K., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht Rechtshilfe*, „C.H.Beck“, München, 2018.
- Ahlbrecht, H. *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden 1999.
- Ashworth, A., *Principles of Criminal Law*, third edition, “Oxford University Press“, Oxford, New York, 1999.
- Babić, M., *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci, Banja Luka, 2011.
- Bajović, V., *Sporazum o priznanju krivice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Bernstoff von, C. G., *Einführung in das englische Recht*, „C.H.Beck`sche Verlagsbuchhandlung“, München, 2000.

143 Veliko nezadovoljstvo radom Međunarodnog krivičnog suda, a naročito njegovom fokusiranošću na Afriku je jednog trenutka i zvanično pokazala Afrička Unija, ali je ipak većina afričkih država, racionalno zaključila da je „selektivna pravda, ipak bolja nego izostanak bilo kakve pravde“. Izvor: <https://www.zeit.de/2017/02/internationaler-straengerichtshof-laender-verfolgung-westliche-werte/seite-2>, pristupljeno 7. aprila, 2020. godine u 20.24 h.

- Bonnie, R. J., Coughlin, A. M., Jeffries, Jr. J. C., P. W. Low, *Criminal Law*, „The Foundation Press“, Westbury, New York, 1997.
- Bontakos, I. and Nash, S., *International Criminal Law*, Third Edition, Routledge Cavendish, London, 2007.
- Vecchio del, A., *International Courts and Tribunals Between Globalisation and Localism*, „Eleven – International Publishing“, Den Haag, 2013.
- Werle, G., *Principles of International Criminal Law*, „T.M.C. Asser Press“, The Hague, 2005.
- Wegner, P. S., *The International Criminal Court in Ongoing Intrastate Conflict – Navigating the Peace-Justice Divide*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Wessels, J., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und ihr Aufbau*, 26. neubearbeitete Auflage, „C.F.Müller Verlag“, Heidelberg, 1996.
- Gardner, T. J. and Mainan, V., *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980.
- Grupa autora (red. R. A. Carp and R. Stidham), *Outline of the US Legal System*, „Bureau of International Information Programs United States Department of State“, Washington, 2004.
- Eser, A. und Kreicker, H. (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (deo koji su pisali: H. Gropengießer und H. Kreicher: *Landesbericht Deutschland*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2003.
- Lyll F, *An Introduction to British law*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden, 2000.
- Marković, R., *Ustavno pravo*, četrnaesto osavremenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Službeni glasnik“, Beograd, 2010.
- McCormack, W., *International Criminal Law – Cases and Materials*, West Academic Publishing, St. Paul, 2015.
- Novoselec, P., *Materijalnopravne odredbe Rimskog statuta i njihova implementacija u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu*, u: I. Josipović, D. Krapac i P. Novoselec, *Stalni međunarodni kazneni sud*, „Hrvatski pravni centar“ i „Narodne novine“, Zagreb, 2001.
- Nolan, J. R., *Massachusetts Practice – Criminal Law*, „West Publishing CO“, St. Paul, Minn., 1976.
- Jakšić, A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006.
- Jescheck, H. H. und Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, fünfte Auflage, „Dundker & Humblot“, Berlin, 1996.
- Kerameus, K. D. and Kozyris, P. J., *Introduction to Greek Law*, „Kluwer Law and Taxation Publishers“, Deventer, Boston, 1993.
- Kok, R. A., *Statutory Limitations in International Criminal Law*, „T.M.C. Asser Press“, the Hague, 2007.
- Kreća, M., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu i „Službeni glasnik“, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2008.
- H. Köchler, *Global Justice or Global Revenge? – International Criminal Justice at the Crossroads*, „Springer“, Wien, New York, 2003.
- Palmisano, G., *The ICC and Third States*, in: F. Lattanzi and W. A. Shabas, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, „Sirente“, Rome, 2004.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, – *Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. Auflage, „C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung“, München, 1997.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2006.

- Rückert, A., *NS-Verbrechen vor Gericht – Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, “C. F. Müller Juristischer Verlag”, Heidelberg, 1982.
- Satzger, H., *German Criminal Law and the Rome Statutes*, „International Criminal Law Review“, No. 3/2002, The Hague, London, Boston, 2002.
- Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, „Nomos“, Baden-Baden, 2005.
- Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 8. Auflage, „Nomos“, Baden, Baden, 2018.
- Singer, R. G. and La Fond, J. Q., *Criminal Law – Examples and Explanations*, „Aspen Law & Business“ New York, 1997.
- Stahn, C., *Complementarity – a tale of two notions*, in: A. Cassese, F. Jeßberger, R. Cryer and U. De (Ed.), *International Criminal Law – Critical Concepts in Law*, Volume V, *Complements and Alternatives*, Routledge, London and New York, 2015.
- Stahn, C., *A Critical Introduction to International Law*, „Cambridge University Press“, Cambridge, 2019.
- Stojanović, Z., *Kriza savremenog krivičnog prava*, „Prava čoveka“, broj 5–6/2003.
- Stojanović, Z., *Ima li međunarodno krivično pravo budućnost?*, uvodni referat, zbornik radova, savetovanje Udruženja za međunarodno krivično pravo: „Međunarodno krivično pravo i ljudske slobode“, Tara, 2008.
- Stojanović, Z., *Preventivna funkcija krivičnog prava*, „Crimen“ broj 2/2011., Beograd, 2011.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo*, „CID“ Podgorica, 2008.
- Stojanović, Z., *Međunarodno krivično pravo*, deveto dopunjeno izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2016.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik“, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2019.
- Stuckenberg, C. F., *Vorstudien zum Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht – Versuch einer Elementarlehre für eine internationale Vorsatzdogmatik*, „De Gruyter Recht“, Berlin, 2007.
- Shabas, W., *Perverse Effects of the Nulla Poena Principle – National practice and the ad hoc tribunals*, in: A. Cassese, F. Jeßberger, R. Cryer and U. De (Ed.), *International Criminal Law – Critical Concepts in Law*, Volume II – *Substantive Law*, Routledge, London and New York, 2015.
- Shabas, W. A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Fifth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- Shapira, A. and DeWitt-Arar, K. C., *Introduction to the Law of Israel*, „Kluwer Law International“, Boston, 1994.
- Shaw, M. N., *International Law*, Seventh Edition, „Cambridge University Press“, Cambridge, 2014.
- Schwarzenberger, G., *The Problem of an International Criminal Law*, in: A. Cassese, F. Jeßberger, R. Cryer and U. De (Ed.), *International Criminal Law – Critical Concepts in Law*, Volume I – *International Criminal Justice and its Context*, Routledge, London and New York, 2015.
- Schünemann, B., *Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (ZStW), Volume 119: Issue 4, „De Gruyter“, Berlin, 2007.
- Taylor, T., *Die Nürnberger Prozesse – Kriegsverbrechen und Völkerrecht*, „Europa Verlag“, Zürich, 1951.
- Ferdinandusse, W. N., *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, “T.M.C. Asser Press”, the Hague, 2006.
- Hall, D., *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers“, New York, 1992.

- Hay, P., *U.S – amerikanisches Recht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2000.
- Herdegen, M., *Völkerrecht*, 18. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2019.
- Hiroschi O., *Japanese Law*, Oxford University Press, London, 1999.
- Hoffmann, G., *Strafrechtliche Verantwortung im Völkerrecht*, „Alfred Metzner Verlag“, Frankfurt am M./Berlin, 1962.
- Hübner, U., und Constantinesco, V., *Einführung in das französische Recht*, „Verlag C.H. Beck“, München, 2001, str. 132.
- Carell, P., *Unternehmen Barbarosa – Der Marsch nach Rußland*, „Deutsche Buch-Gemeinschaft“, Berlin, Darmstadt, Wien, 1964.
- Cassese, A., *International Criminal Law*, „Oxford Press“, London, 2003.
- Škulić, M., *Komandna odgovornost – istorijat, Rimski statut i jugoslovensko krivično pravo*, „Arhiv za pravne i društvene nauke“, broj 4/02, Beograd, 2002.
- Škulić, M., *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes* (A. Eser, U. Sieber und H. Kreicker, Hrsg.), *Landesbericht – Serbien und Montenegro*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot“, Berlin, 2004.
- Škulić, M., *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005.
- Škulić, M., *Pojam međunarodnog krivičnog dela*, Zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova“, „Intermeks“, Tara, 2006.
- Škulić, M., *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu“, broj 1/2010, Beograd, 2010.
- Škulić, M., *Agresija kao zločin protiv mira*, zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo: „Međunarodna krivična dela“, Tara, 2013.
- Škulić, M., *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih država*, zajednički broj – „Revija za kriminologiju i krivično pravo“ i „Crimen“ – časopis za krivične nauke, Srpsko udruženje za krivičniopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja“, Beograd, 2016.
- Škulić, M., *Osnovni uporednopravni mehanizmi odmeravanja kazni i uslovni otpust*, „Makedonska revija za kazeno pravo i kriminologija“, broj 1/2017, Skopje, 2017.
- Škulić, M., *Mere bezbednosti i načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije*, međunarodna konferencija OEBS-a, Beograd, 2017.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, 10. izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2019.
- Škulić, M., *Krivičnopravna konstrukcija zavere u međunarodnom krivičnom pravu*, Zbornik Međunarodnog udruženja za krivično pravo: „Odgovornost i sankcija u krivičnom pravu – sa posebnim osvrtom na međunarodno krivično pravo“, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermeks“, Beograd, Tara, 2019.
- Škulić, M., *Značaj Suda pravde Evropske Unije kao segmenta zajedničkih krivičnopravnih/krivičnoprocesnih mehanizama EU u kontekstu dejstva načela ne bis in idem*, „Pravni život“, broj 9/2019, Beograd, 2019.
- Škulić, M., *Krivična dela protiv polne slobode*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019.
- Škulić, M. i Bajović, V., *Istorijski razvoj međunarodnog krivičnog pravosuđa i osnovne odlike postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom*, „Dosije“, Beograd, 2017.

Milan Škulić

Faculty of Law University of Belgrade
Constitutional Court of Serbia

DO INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT HAVE A FUTURE?

SUMMARY

The author deals with the perspectives and possible future of international criminal law and the International Criminal Court. International criminal law is a more meaningful term, and from the point of view of the topic of this paper, it is primarily regarded as a substantive criminal law applicable in the proceedings before the International Criminal Court, as well as a part of national criminal law containing an appropriate international legal component, such as incriminations as defined in the Criminal Code of Serbia in Chapter XXXIV, which include crimes against humanity and other goods protected by international law.

As important elements of international criminal law, the following principles of criminal law are explained in the paper: 1) the principle of legality, 2) the principle of guilt, and 3) the principle of complementarity, which relates to the relationship between the rules contained in the Rome Statute and the relevant provisions of national criminal law systems, those States which are members of the Rome Statute establishing the International Criminal Court. The expression of the International Criminal Court refers exclusively to the permanent International Criminal Court, which arose from the entry into force of the Rome Statute.

In the paper there is the conclusion that the segment of international criminal law contained in national criminal law, such as incriminations that represent international crimes in the narrow sense – genocide, war crimes, crime against humanity, crime against peace – aggression, but also other incriminations that are established on the appropriate international law, certainly has a future, connected to the future of a national criminal law. Of course, this also applies to other international criminal law areas covered by national criminal law, such as the rules governing the principles of effect of the national criminal law.

When it comes to the International Criminal Court, it can be concluded that, given its past work, as well as the mistrust of the great powers in the International Criminal Court, it is not at all certain what is the future of this form of international criminal justice, which in principle has tendency to be permanent.

Key words: International Criminal Law, International Criminal Court, International Criminal Justice, *ad hoc* International Criminal Tribunals, Principle of Legality, Principle of Complementarity, Criminal Law.

Boris Begović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KNJIŽEVNOST I EKONOMSKA ANALIZA KRIMINALA: OD FJODORA M. DOSTOJEVSKOG DO GARIJA S. BEKERA I NAZAD¹

Apstrakt: Cilj rada je da poveže uvide iz književnosti i nalaze ekonomske analize kriminala, i to tako što će osnovne nalaze Bekerovog modela kriminala, kao i modela koji su nastali njegovom modifikacijom, sagledavati kroz prizmu uvida o kriminalu i krivičnopravnoj zaštiti iz opusa Fjodora Mihajloviča Dostojevskog. Pokazalo se da postoje brojna podudaranja, počev od toga što obe strane u potpunosti prihvataju subjektivnost funkcije korisnosti, egzogenost preferencija pojedinaca, njihovu suverenost u maksimizaciji korisnosti koju prisvajaju i, na tim osnovama, racionalnost njihovih izbora. To i jednoj i drugoj strani, bez obzira na terminološke razlike, omogućava da identifikuju psihički dohodak kao motiv krivičnog dela. Kaznu i jedna i druga strana istovetno, najšire moguće shvataju, uz neizbežne terminološke razlike, ali je istovetan sadržaj – negativna korisnost ili ispaštanja. Za zatvorsku kaznu lepe reči nemaju ni ekonomisti ni Dostojevski, a ovaj potonji, uz nespornu autentičnost, ukazuje na velike oportunitetne troškove te kazne. Na normativnom planu, Dostojevski je, iskazima svojih likova, osmislio konzistentan sistem poželjne kazne, usredsređen na odvracanje pojedinaca od činjenja krivičnih dela zasnovano na unutrašnjim, moralnim normama i na strahu od duševne patnje – interne sankcije za njihovo kršenje. Nasuprot tome, ekonomisti poželjnu kaznu sagledavaju u zakonskoj, i to novčanoj kazni, uvećanju iznosa zaprećene kazne i verovatnoći kažnjavanja. Dok je u prvom slučaju posao crkve da jača i širi unutrašnje norme, u drugoj je posao države da osmisli i sprovodi optimalnu kaznenu politiku.

Ključne reči: Bekerov model, F.M. Dostojevski, racionalnost, zločin, kazna, kažnjavanje.

„Čovek je biće koje se na sve navikava,
i ja mislim da je ovo njegova najbolja definicija.“
Aleksandar Petrović Gojančikov, „Zapisi iz mrtvog doma“

UVOD

Povod za analizu koja sledi jeste naslov članka Garija S. Bekera, ne samo pionirskog rada u oblasti ekonomske analize kriminala i krivičnopravne zaštite već i rada u kome je izložen teorijski model koji je i dalje, više od pola veka po objavljivanju članka, osnova svih teorijskih i empirijskih modela ove ekonomske discipli-

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

1 Srdačno zahvaljujem Nikoli Iliću, Mariji Karanikić Mirić, Ani Odorović, Vladanu Perišiću, Danici Popović, Dejanu Popoviću, Bojanu Ristiću i Draganu Stojanoviću na komentarima na prvu verziju teksta i veoma korisnim sugestijama. Vesni Uskoković srdačno zahvaljujem na temeljitoj lekturi. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške niti neminovno deli iznesene vrednosne sudove.

ne – svi oni su proizašli iz Bekerovog modela. Prvi deo naslova tog članka „Zločin i kazna: ekonomski pristup“ (Becker, 1968) pozajmljen je od Fjodora Mihajloviča Dostojevskog i njegovog verovatno najpoznatijeg romana.

Zašto je Beker izabrao baš taj naslov? U kojoj je meri pri formulisanju svog teorijskog modela bio inspirisan ovim romanom Dostojevskog ili, možda, nekim drugim delom iz njegovog opusa? Da li je, možda, ovakav izbor naslova bio motivisan isključivo željom da se privuče čitalačka pažnja? Naravno, naslov „Zločin i kazna“ daleko je privlačniji od, na primer, „Nepropisno parkiranje i sankcija“. Neupitno je da ne postoje pouzdani odgovori na sva ova pitanja. Znalci (Morson, Schapiro, 2017, 144), međutim, ukazuju na to da je Beker do svog modela došao razmišljajući o nepropisnom parkiranju, upravo želeći da parkira svoje vozilo, poredeći nivoe sopstvene korisnosti od poštovanja i od kršenja propisa o parkiranju. Ukoliko je to tačno, onda je izvesno da je privlačnost naslova bila osnovni motiv za takav Bekerov izbor. Tim pre što je reč o potpuno različitim vrstama kršenja prava – Rodion Romanovič Raskoljnikov, lik iz romana „Zločin i kazna“, učinio je ubistvo sa umišljajem i ubistvo u sticaju, a Beker razmatra, na svom ličnom iskustvu izgleda, slučaj nepropisnog parkiranja i novčane kazne za takvu povredu prava. Ako ništa drugo, ovim se posredno pokazuje univerzalnost racionalnosti ljudskog ponašanja prilikom kršenja zakona ili, uopšteno, povrede prava, nezavisno od toga o kakvoj je konkretno povredi prava reč, da li je uopšte posredi krivično delo a, ako jeste, koje je to krivično delo.

No, nezavisno od Bekerovih motiva da svoj članak naslovi na pomenuti način, potrebno je ukazati na to da tokom poslednje decenije jača metodološka tendencija povezivanja književnosti i ekonomske nauke. Iako sa stanovišta ekonomske nauke postoje različiti motivi za takvo povezivanje, za razmatranje veze književnosti i ekonomske analize kriminala od naročitog je značaja očekivani dobitak ekonomske nauke na analitičkom planu, zasnovan na kritičkom razmatranju njenih teorijskih modela i mogućnosti njihovog unapređenja u svetlosti uvida o ljudskom ponašanju do kojih se došlo u književnosti.² Na primer, Morson i Schapiro (2017) prilično uverljivo pokazuju da se uvidima iz književnosti mogu proveriti ili poboljšati nalazi ekonomske teorije, naročito onim uvidima koji se odnose na ponašanje ljudi i motive njihovog ponašanja. Kako navode autori, književnost omogućava čitaocu empatiju – pruža mu priliku da se poistoveti sa književnim likovima i da na taj način dopre do njih, da spozna njihovu ličnost i mentalni sklop, da sazna kako razmišljaju i na koji način odlučuju, to jest šta se dešava u njihovim glavama kada donose odluke. Sve se to teško može postići u stvarnom životu, bez ovog analitičkog oruđa književnosti.³ Svakako da jedan od razloga za tu analitičku superiornost književnosti leži u činjenici da su književni likovi svojevrsni modeli stvarnih ljudi, a ekonomska nauka se jako dobro, na njima se zasniva, razume u modele, koji omogućavaju usredsređivanje na najbitnije karakteristike i uzročno-posledične veze. Dakle, pove-

2 Više o drugim motivima i rezultatima povezivanja književnosti i ekonomske nauke, kao i metodološkim opasnostima koje to povezivanje donosi videti u: Begović (2020).

3 Njihovo razmišljanje o empatiji i njenim posledicama prati upečatljiva rečenica: „Onaj ko se nije poistovetio sa Anom Karenjinom, taj nije stvarno pročitao roman „Ana Karenjina.“ (Morson, Schapiro, 2017, 12).

zivanje književnosti i ekonomske nauke ne znači da ekonomisti, koristeći sopstvenu metodologiju, treba da se upuštaju u analizu književnih likova, već samo da koriste rezultate te analize, kao informacije koje im pomažu za preispitivanje sopstvenih teorijskih modela i njihovih nalaza.⁴

Sve iz književnosti pribavljene informacije o književnim likovima, o modelima ljudi, to jest informacije o tome kako ljudi, predstavljeni književnim likovima, razmišljaju, kako donose odluke i šta sve percipiraju kao korisnost naročito su od velike važnosti za teorijske modele ekonomske analize kriminala, kao discipline ekonomske nauke. Ta važnost je posledica činjenice da se svi ti modeli – a svi su proizašli iz Bekerovog – zasnivaju na kategoriji korisnosti koju prisvaja prestupnik,⁵ a korisnost je subjektivna kategorija. Potencijalni prestupnik, u zavisnosti od promene nivoa korisnosti koju prisvaja, a na osnovu sopstvene racionalne kalkulacije, odlučuje se da li će učini krivično delo ili ne. Stoga, spoznaja izvora korisnosti i njihove percepcije omogućavaju bolje objašnjavanje ponašanja prestupnika i bolje razumevanje načina na koji on donosi odluke.

Poistovećivanje sa književnim likovima može onima koji svoje istraživanje sprovode u analitičkom okviru ekonomske analize kriminala da pruži nove uvide, da, bar u određenoj meri, potvrdi nalaze ekonomskog modela kriminala, da te modele obogati ili da njihove nalaze, isto tako u određenoj meri, opovrgne.⁶ Reč je o kognitivnoj empatiji, dakle poistovećivanju koje omogućava uvid u način razmišljanja književnog lika, to jest razumevanje načina na koji on racionalno donosi odluke, a ne razumevanje za te odluke – u pitanju je objašnjavanje nečijeg postupanja, a ne opravdavanje tog postupanja. Drugim rečima, ovu empatiju treba u potpunosti koristiti u analitičke svrhe, bez ikakvih vrednosnih konotacija, kako u pogledu književnog lika, tako i njegovog činjenja i ishoda tog činjenja. Na analitičkom planu, pri korišćenju uvida iz književnosti u ekonomskoj analizi kriminala, odnosno generalno pri povezivanju književnosti i ekonomske nauke, opasnost može da čini emotivna empatija, odnosno emocionalno poistovećivanje sa likovima književnog dela. Veliki deo već pomenutog poistovećivanja sa Anom Karenjinom čini, bar kod najvećeg broja čitalaca, emotivna empatija. U slučaju „Zločina i kazne“, na primer, takva emotivna empatija u slučaju lika, na primer Avdotje Romanovne Raskoljnikove, kao i slučaju lika Dimitrija Prokofiča Razumihina, donosi pozitivne emocije, ali su u tim slučajevima one neutralne prema nalazima ekonomske nauke. Međutim, spoznaja načina razmišljanja Petra Petroviča Lužina – jednog od najodbojnijih likova u celom opusu Dostojevskog, kojem nikako ne manjka takvih likova – zbog

4 Ovim je potpuno jasno da povezivanje književnosti i ekonomske nauke ne potpada u tzv. „ekonomski imperijalizam“, to jest širenje metodologije ekonomske nauke na istraživanje oblasti ljudskog života koje nisu tradicionalno bile predmet njenog istraživanja. Ekonomska analiza kriminala predstavlja tipičan primer takvog metodološkog širenja. Više o Bekeru kao verovatno začetniku ovog pravca i svakako jednom od vodećih „ekonomskih imperijalista“ videti u: Begović (2004).

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

6 Potvrđivanje, odnosno opovrgavanje nalaza teorijskih modela zadatak je rigorozne empirijske analize i uvidi iz književnosti nikako ne mogu da budu zamena za takvu, metodološki korektnu analizu. O tome svedoče neuspešni pokušaji (Piketty, 2014) da se uvidi iz romana upotrebljavaju kao ilustracije izrečenih teorijskih nalaza i da se implicitno koriste kao njihovi empirijski dokazi.

potpuno razumljivih negativnih emocija većine čitalaca prema njemu, može sasvim neopravdano da postane osnova negativnog vrednosnog suda o tržišnoj privredi kao takvoj i njenoj poželjnosti.⁷ Dakle, od ključne važnosti je da se, prilikom analitičkog povezivanja književnosti i ekonomske analize kriminala, pri poistovećivanju čvrsto ostane na terenu kognitivne empatije. Poistovećivanje sa likom Rodiona–Rođe Raskoljnikova, na primer, mora da ostane na terenu kognitivne empatije i nikako ne sme istraživača da odvede u emotivno ili vrednosno opredeljivanje – bilo u osuđivanje ili opravdavanje.

Imajući u vidu sve navedeno, cilj ovog rada je da poveže uvide iz književnosti i nalaze ekonomske analize kriminala, i to tako što će osnovne nalaze Bekerovog modela kriminala, kao i modela koji su nastali njegovom modifikacijom, sagledavati kroz prizmu uvida o kriminalu i krivičnopravnoj zaštiti iz opusa Fjodora Mihajloviča Dostojevskog.

Zašto baš Dostojevskog? Dva su osnovna razloga. Prvi, na simboličkom planu, leži u tome što je naslov jednog od njegovih romana, 102 godine posle prvog objavljivanja, označio rađanje ekonomske analize kriminala. Drugi, i mnogo važniji, jeste to što opus Dostojevskog nosi bogatstvo uvida o krivičnim delima, i to onim najtežim – ubistvima. Ubistva su ponekad centralna tema njegovog književnih dela („*Zločin i kazna*“) ili jedna od centralnih („*Braća Karamazovi*“), a ako nisu, onda su neizostavna tema („*Zli dusi*“ ili „*Idiot*“). Na sve to treba dodati sadržajno svedočanstvo, sa snažnim autobiografskim elementima, o zatvorskoj kazni, njenom izvršavanju i sudbinama zatočenika („*Zapisi iz mrtvog doma*“), kako bi se došlo do zaključka da je baš opus Dostojevskog – to jest da su mnogi njegovi likovi – nezaobilazan za povezivanje književnosti i ekonomske analize kriminala.⁸

Struktura rada prati i Bekerov model, s jedne strane, i opus Dostojevskog, s druge. Prvo se pažnja, u sledećem odeljku rada, posvećuje zločinu i motivaciji pojedinca da ga učini, tražeći odgovor na pitanje zbog čega pojedinci čine krivično delo. Zatim se razmatra kazna za učinjeno krivično delo, i to shvaćena u najširem smislu, onako kako se ona poima u ekonomskoj analizi kriminala. Potom sledi razmatranje kažnjavanja, pri čemu se puna pažnja posvećuje zatvorskoj kazni, odnosno – u kontekstu kažnjavanja u opusu Dostojevskog – progonstvu i tamnovanju u Sibiru. Sve to prati zaključak. Dakle: zločin–kazna–kažnjavanje.

7 „Bio je do krajnosti ohol i nije pomišljano na mogućnost da se dve veoma siromašne i nezaštićene žene mogu usprotiviti njegovoj volji. Tom uverenju je mnogo pomogla sujeta i onaj stupanj samouverenosti, koji nije ništa drugo do narcizam. Petar Petrovič, koji je ni iz čega postao nešto, bolesno se navikao da uživa u sebi, visoko je cenio svoju pamet i sposobnost, čak je ponekad, kad je bio sam, sa uživanjem posmatrao svoje lice u ogledalu. Ali najviše na svetu voleo je i cenio svoj novac, koji je stekao trudom i svim mogućim sredstvima: pomoću novca je bio ravan sa svim onim što je više od njega.” (Dostojevski, 1866, 340). U ovom, kao i svim sledećim slučajevima citiranja Dostojevskog, godina u zagradi odnosi se na godinu prvog objavljivanja originala, dok se stranice odnose na prevod koji je korišćen za citiranje i čiji se detalji nalaze u spisku literature.

8 Naravno, kako je već napomenuto, za potrebe razmatranja veze književnosti i ekonomske analize kriminala ne zalazi se u analizu književnih likova, pa stoga ovaj rad ne pretenduje da zalazi u takvu analizu, niti to čini. Za sveobuhvatnu analizu pojedinih likova iz opusa Dostojevskog videti: Stojanović (2009).

1. ZLOČIN

Za ekonomsku analizu kriminala nema nikakve dileme – krivično delo uvek čini pojedinac koji je doneo racionalnu odluku da ga izvrši. Nije bitno da li je njegova racionalnost bila savršena ili ne, bitno je da je postojala.⁹ Treba voditi računa o tome da ekonomska nauka racionalnost, to jest racionalno ponašanje kao njenu posledicu, posmatra isključivo kao ponašanje kojim pojedinci maksimizuju sopstvenu korisnost, to jest maksimizuju korisnost koju prisvajaju u procesu potrošnje, shvaćenom u najširem smislu (Becker, 1962). Te odluke pojedinaca ispituje teorija racionalnog izbora. U tom smislu, model ekonomske analize kriminala predstavlja samo nadogradnju opšteg modela koji je formulisala teorija racionalnog izbora pojedinca.

Funkcija korisnosti je, za ekonomsku nauku, isključivo subjektivna – svaki pojedinac, u skladu sa svojim preferencijama, to jest svojim ciljevima, a uz zadata ograničenja,¹⁰ maksimizuje korisnost koju prisvaja. Prema tome, preferencije nisu ništa drugo nego opis onoga što čini korisnost nekom pojedincu i one se međusobno razlikuju od pojedinca do pojedinca, što znači da se razlikuju argumenti njihove funkcije korisnosti. Dok neko uživa u činjenju jedne stvari, neko drugi uživa u činjenju nečega sasvim različitog, možda čak i suprotnog. Postulat o subjektivnosti funkcije korisnosti označava da ekonomska nauka: (1) prihvata da pojedinci sami, u skladu sa svojim preferencijama, čine izbor u pogledu svoje potrošnje, odnosno svog ponašanja i (2) vrednosno se ne opredeljuje o tim preferencijama, niti razmatra njihovo poreklo, već ih samo prihvata kao date. Za ekonomsku nauku preferencije pojedinca su egzogene (Stigler, Becker, 1967).

Stoga racionalno ponašanje ljudi treba posmatrati kao ono ponašanje koje je usmereno ka dostizanju ciljeva koje je pojedinac sâm sebi postavio, a sadržaj tog ponašanja nije ništa drugo do izbor sredstava kojima će se ti ciljevi realizovati i time se maksimizovati korisnost koja se prisvaja (Posner, 1998).¹¹ Shodno tome, metodološki je nekorektno da se racionalnost nečijeg ponašanja sagledava sa stanovišta navodne iracionalnosti njegovih preferencija. Posner (1998) navodi da je strah od letenja potpuno iracionalan, budući da nije utemeljen ni u kakvim statistikama. Verovatnoća smrtnog ishoda pri putovanju avionom daleko je manja nego verovatnoća istog takvog ishoda u slučaju vožnje automobilom. Međutim, iracionalnost tog

9 Više o postulatu o racionalnosti prestupnika i nesporazumima koji se javljaju u tom pogledu videti u: Begović (2015b).

10 Uobičajeno, mada ne i jedino ograničenje koje se javlja u procesu potrošnje jeste budžetsko ograničenje, koje proizlazi iz ograničenog iznosa raspoloživog dohotka potrošača. U slučaju modela ponašanja prestupnika, ovo ograničenje ne samo da nije glavno nego u mnogim slučajevima uopšte ne postoji.

11 To, međutim, ne znači da pojedinac uvek uspeva da dostigne ciljeve koje je postavio, odnosno da maksimizuje korisnost koju prisvaja. Dakle, otvorena je mogućnost razlika u ishodu maksimizacije korisnosti za iste preferencije, budući da nisu svi ljudi istih preferencija jednako uspešni u njihovom ostvarivanju. Tim pre što ne postoji nikakva prepreka da se iste preferencije ostvaruju, odnosno mogu ostvariti na različite načine, budući da, kako navodi Posner (1998), pojedinac slobodno bira sredstva kojima će ostvariti svoje ciljeve. Stoga Morson i Schapiro (2017, 151) nisu u pravu kada tvrde da za date preferencije postoji samo jedan izbor. Ne, naprotiv, postoji mnogo izbora u pogledu načina na koji će se te preferencije ostvariti. A varijabilitet ishoda postoji, čak i kada ne bi postojali varijabilitet preferencija i varijabilitet izbora sredstava za njihovo ostvarenje, budući da se *ex ante* ni za jedne preferencije ne zna u kojoj će se meri ostvariti.

straha nikako ne znači da se putnici koji se plaše letenja ponašaju iracionalno pri izboru da li da putuju i kojim prevoznim sredstvom. Jednostavno, postojanje tog straha umanjuje njihovu ukupnu korisnost, a svaki pojedinac na osnovu te promene korisnosti donosi odluku da li će putovati avionom ili ne. Ukratko, postulat o racionalnom ponašanju jeste postulat o ponašanju, a ne o preferencijama pojedinca. To što se nekom nečije preferencije ne dopadaju, a one se otkrivaju upravo nečijim ponašanjem, samo po sebi ne znači da je opaženo ponašanje iracionalno.

Isto tako, postavlja se pitanje racionalnosti alkoholičarevog izbora da konzumira alkoholna pića. Nije sporno da je takvo ponašanje suprotno očuvanju njegovog zdravlja i produženju njegovog života. Međutim, ključno pitanje nije dejstvo alkohola i njegovog nesputanog konzumiranja na nečije zdravlje – savremena medicina, hepatologija na primer, rekla je svoje na tu temu – nego da li sâm alkoholičar svoje interese tumači na takav način. Odgovor je očigledno negativan, budući da je i dalje alkoholičar, da su njegove preferencije takve da korisnost za sebe sagledava u konzumiranju alkohola.¹² To samo govori o njegovim preferencijama, a ne o njegovoj racionalnosti. Semjon Zaharovič Marmeladov, lik iz romana „*Zločin i kazna*“, u potpunosti je racionalan i svestan kakvo je zlo njegov alkoholizam za njega i njegovu porodicu, naročito za njegovu mezimicu ćerku Sonju, ali se ne menjaju njegove preferencije u pogledu opijanja – sa takvim preferencijama i skončao je na, za alkoholičara, primeren način. Pre nego što Raskoljnikovu detaljno i s neskrivenom odvratnošću prema sebi objasni šta je sve propio i bez čega je sve ostavio svoju porodicu, Marmeladov mu jasno stavlja do znanja zašto pije: „Takav mi je karakter!“ (Dostojevski, 1866, 22).¹³

Treba imati u vidu da Becker (1976) ukazuje na to da stabilnost preferencija podrazumeva da one budu održive. Preferencije teških zavisnika od alkohola ili opojnih droga to jednostavno nisu, budući da ti ljudi pri maksimizaciji korisnosti koju uživaju ozbiljno narušavaju svoje zdravlje i svoju biološku egzistenciju – njihov životni vek nije dugačak. Stoga će se ili njihove preferencije promeniti, ili će one nestati, budući da će nestati oni koji nose te preferencije. Dakle, samo pojedinac može da proceni šta je najbolje za njega, a druga je stvar kakve su posledice njegovog racionalnog izbora, njegovog racionalnog ponašanja.

Kakvi su pogledi Dostojevskog na ova pitanja? U prvom poglavlju „*Zapisa iz podzemlja*“, gotovo programski napisanom tekstu, Dostojevski jasno stavlja do znanja svoje pozicije u pogledu egzogenosti preferencija, implicitno polemišući sa Černiševskim i njegovom normativnom koncepcijom razumnih preferencija – šta je to što treba da budu preferencije ljudi.¹⁴

12 Svaki pojedinac, kako navodi Becker (1976), nalazi se pred bitnom dilemom u vezi sa trajanjem sopstvenog života. Reč je o sledećem – povećanje verovatnoće produženja života, što je nesporno u najboljem interesu pojedinca, podrazumeva odricanje od određenih aktivnosti, poput konzumiranja alkohola, duvana, narkotika, ukusne (nezdrave) hrane i izbegavanje mnogih aktivnosti koje same po sebi pojedincu stvaraju korisnost. Drugim rečima, svako od nas se nalazi pred izborom između dužine sopstvenog života i njegovog sadržaja. Tu dilemu razrešava neposrednim činjenjem.

13 Tu odvratnost prema sebi ne treba tumačiti kao nekakvu dvojnost preferencija Marmeladova, već kao pokazatelj postojanja griže savesti zbog kršenja sopstvenih unutrašnjih, moralnih normi. Više o griži savesti kao internoj sankciji biće reči u sledećem odeljku ovog rada – „Kazni“.

14 Više o romanu „*Zapisi iz podzemlja*“, pogotovo o njegovoj prvoj, programski napisanoj glavi, kao odgovoru na roman Nikolaja Černiševskog „Šta da se radi“ videti u: Ahmetagić (2009).

„A šta da radimo sa milionima činjenica koje svedoče da su ljudi *svesno*, naime potpuno shvatajući svoju pravu korist, potiskivali tu korist u drugi plan i srljali drugim putem, na rizik, 'na sreću', iako ih ništa i niko nije terao na to, već kao da upravo nisu hteli ukazani put i zato su tvrdoglavo i gotovo svojevolski krčili drugi put, težak i besmislen, gotovo pipajući u pomračini.“ (Dostojevski, 1864, 345, kurziv u originalu). Dakle, jezikom ekonomske nauke, potpuno je jasno da ovim Dostojevski brani subjektivnost funkcije korisnosti, dopušta da preferencije pojedinaca budu iracionalne (tretira ih kao egzogene), a da ljudi potpuno racionalno maksimizuju korisnost za te preferencije. I sve to nekoliko godina pre nego što je u ekonomsku nauku pridošla teorija vrednosti zasnovana na (graničnoj) korisnosti,¹⁵ kao zamena za danas odavno napuštenu teoriju radne vrednosti.

U istom delu, nekoliko stranica kasnije, ta odbrana subjektivnosti funkcije korisnosti još je jača: „...upravo od toga što je čovek uvek i svuda, ma ko bio, voleo da radi onako kako on hoće, a nikako onako kako mu diktiraju razum i korisnost; čovek može želeti i protiv svoje lične koristi, a ponekad to *apsolutno i mora* (ovo je moja ideja).“ (Dostojevski, 1864, 350, kurziv u originalu). Sledi i nastavak, u kome se čak i opisuju (stabilne) preferencije: „...sve to upravo i jeste ona izostavljena, najkorisnija korist, koja se ne uklapa ni u kakvu klasifikaciju, i od koje svi sistemi i teorije većito idu do đavola“ (Dostojevski, 1864, 350). Dakle, u pitanju je veoma jasna odbrana individualizma i koncepcije subjektivne funkcije korisnosti, a snažno suprotstavljanje bilo kakvom paternalizmu u vidu nametanja preferencija pojedincu.¹⁶ Formulacija „a nikako onako kako mu diktiraju razum i korisnost“ pokazuje da Dostojevski dopušta iracionalnost preferencija, ali da ta iracionalnost ne znači i iracionalnost pojedinca u pogledu maksimizacije sopstvene korisnosti.¹⁷ Privrženost koncepciji subjektivne korisnosti na normativnom planu Dostojevski, rečima glavnog junaka „Zapisa iz podzemlja“, još jedanput snažno iskazuje: „Čoveku treba samo jedno: *samostalna* volja, pa ma koliko ga samostalnost koštala i ma čemu vodila.“ (Dostojevski, 1864, 350, kurziv u originalu). Štaviše, subjektivna funkcija korisnosti za Dostojevskog ima i instrumentalnu vrednost „jer nam u svakom slučaju čuva najglavnije i najdragocenije, naime, našu ličnost i našu individualnost.“ (Dostojevski, 1864, 352).¹⁸

15 Reč je o tzv. marginalističkoj revoluciji, započetoj 1871. godine, kojom su stvoreni temelji savremene ekonomske nauke.

16 Odlučno suprotstavljanje paternalizmu i zastupanje koncepcije egzogenosti preferencija vidi se iz dva retorička pitanja pripovedača. „Po čemu vi zaključujete da čovekovo htenje neminovno *treba* da se popravi? Jednom rečju, otkud vi znate da će tako popravljjanje stvarno doneti čoveku koristi? (Dostojevski, 1864, 355, kurziv u originalu).

17 Naravno, Dostojevski reč „korisnost“ ne upotrebljava u smislu nalaza savremene ekonomske nauke, kao ishod funkcije korisnosti.

18 Zanimljivo je da Morson i Schapiro (2017, 151) upravo ovaj citat navode kao dokaz tvrdnje da se na ovaj način Dostojevski, odnosno pripovedač u „Zapisima iz podzemlja“, opredeljuje za koncepciju da pojedinac može da se ponaša suprotno svojim preferencijama, odnosno da čuvanje ličnosti i individualnosti podrazumeva kršenje preferencija, kao da su preferencije nešto eksterno, nezavisno od nečije ličnosti. Njihova greška u zaključivanju je, čini se, to što zanemaruju da preferencije nisu nezavisne od određene ličnosti – naprotiv, one upravo čine određenu ličnost, a nečija individualnost se i iskazuje kao razlike u odnosu na druge, uobičajene preferencije. Dakle, očuvanje ličnosti i individualnosti podrazumeva i slobodu da se za maksimizacije koriste sopstvene, a ne nametnute preferencije.

Budući da se pokazalo da Dostojevski u potpunosti prihvata korisnost kao subjektivnu kategoriju, odnosno koncepciju subjektivne funkcije korisnosti, što uključuje i egzogenost preferencija, u tom okviru treba posmatrati i ponašanje prestupnika, koji crpe korisnost iz činjenja određenog krivičnog dela. Pri tome, nebitno je kakva je to korisnost, odnosno koji su to argumenti funkcije korisnosti prestupnika. Korisnost može biti materijalna, dakle novčani tokovi, to jest monetarni dohodak do koga dovodi činjenje krivičnog dela. No, ekonomska analiza kriminala poznaje i kategoriju psihičkog dohotka, toka koji uvećava korisnost prestupnika bez postojanja novčanih tokova.¹⁹ Stoga se postavlja pitanje kakva je to priroda psihičkog dohotka, odnosno koje je njegovo poreklo?

Jedna mogućnost postojanja tog dohotka jeste međuzavisnost funkcije korisnosti između ljudi. To znači da korisnost jednog pojedinca ili više ljudi ulazi kao argument u funkciju korisnosti nekog drugog. Stoga, povećanje korisnosti jednog pojedinca može da dovede do povećanja korisnosti drugog (prvi parcijalni izvod korisnosti po korisnosti drugog izvod veći je od nule), što ekonomska nauka naziva altruističkom funkcijom korisnosti. Jednostavno, postoje ljudi koji su srećniji samo zbog toga što su drugi ljudi srećniji. Ovakva vrsta međuzavisnosti funkcije korisnosti veoma je česta pojava u slučaju bliskih pojedinaca. Gotovo svako se *ceteris paribus* oseća srećnim, ostvaruje psihički dohodak, kada su srećni njegovi bližnji.

Druga mogućnost, daleko značajnija za ekonomsku analizu kriminala, jeste da umanjeње funkcije korisnosti jednog pojedinca dovodi do uvećanja korisnosti nekog drugog (prvi parcijalni izvod korisnosti po korisnosti drugog manji je od nule). Nezavisno od toga da li će se ovakva funkcija korisnosti nazvati psihopatskom ili ne, izvesno je da upravo činjenje zla drugima predstavlja izvor psihičkog dohotka mnogih prestupnika. Ubistvo koje nije praćeno koristoljubljem u smislu novčanih tokova, a veliki broj je upravo takvih, ekonomska teorija kriminala konzistentno objašnjava upravo ovakvom vrstom međuzavisne funkcije korisnosti i psihičkog dohotka koje činjenja zla stvara.

Pavel Fjodorovič Smerdjakov, lik iz romana „*Braćá Karamazovi*“, ubija svog, po svemu sudeći, oca Fjodora Pavloviča Karamazova, a korisnost iz tog ubistva crpe, ne samo iz smrti Fjodora Pavloviča,²⁰ nego i iz negativne korisnosti koju stvara njegovim sinovima Dimitriju i Ivanu. Upravo brižljivo pripremanje tog ubistva kako bi se ono pripisalo Dimitriju, što je i dovelo do sudske greške tipa I, kojom je nevin Dimitrije osuđen na dvadeset godina progonstva u Sibir i zatočenja, a Ivanu usadilo osećanje krivice koje ga na kraju i tera u ludilo, pokazuje koliko je Smerdjakovu bilo stalo da se umanjí korisnost svih Karamazovih, svih osim Aljoše – njegova funkcija korisnosti zavisila je od korisnosti Karamazovih. I u slučaju Raskoljnikova, slož-

19 Reč je o kategoriji koju poznaje opšta teorija alokacije vremena, a ovde se samo primenjuje na ekonomsku analizu kriminala. Dakle, psihički dohodak nije kategorija koja se javlja samo u slučaju kriminala, već svih ljudskih aktivnosti. Pridev „opšta“ ispred reči „teorija“ označava upravo to: da obuhvata sve ljudske aktivnosti.

20 Posmatrano iz ugla ekonomske teorije, nečija smrt ne predstavlja samo negativnu korisnost po žrtvu nego potpuni gubitak njene funkcije korisnosti, što znači i gubitak celokupne korisnosti koja je mogla da se prisvoji u budućnosti da do smrti nije došlo – oportunitetni trošak celokupne propuštene potrošnje.

ni motivi njegovog prilično dobro osmišljenog, mada traljavo sprovedenog ubistva lihvarke Aljone Ivanove, „babe“, mogu se sagledati korišćenjem međuzavisnosti funkcije korisnosti. S jedne strane, motiv je nanošenje zla, i to nekom koga Raskoljnikov poima kao nekog nedostojnog da živi, jer u pitanju je „...glupa, blesava, ništavna, zla, bolesna baba, koja nikome nije potrebna, već naprotiv svima je od štete, koja ni sama ne zna zašto živi i koja će ionako već danas-sutra umreti.“ (Dostojevski, 1866, 76). S druge strane, međutim, Raskoljnikov iskazuje i altruističku funkciju korisnosti, budući da se, pljačkanjem babine imovine otvara mogućnost za preraspodelu tog bogatstva kojim se može uvećati individualno blagostanje mnogih. „Stotine, hiljade dobrih dela i poduhvata moglo bi se ostvariti i popraviti babinim parama koje su namenjene manastiru“ (Dostojevski, 1866, 76).²¹ Dakle, odavde sledi da korisnost koja može da se pribavi ovim ubistvom Raskoljnikov ne namenjuje sebi, već drugima, uključujući i svoju majku i sestru, što znači da njegova altruistička funkcija korisnosti kao argumente sadrži korisnosti drugih ljudi, pa je motiv ubistva – dobročinstvo.²²

Možda najdrastičniji primer psihičkog dohotka usled međuzavisnosti funkcije korisnosti predstavljaju preferencije Gazina, lika iz romana „*Zapisi iz mrtvog doma*“, koji je „najsnažniji robijaš u našoj tamnici“, kako ga opisuje pripovedač. Svedočenje kaže: „Pričali su, isto tako, o njemu kako je ranije voleo da kolje malu decu – prosto iz uživanja: zavede neko dete na neko zgodno mesto, najpre ga prestravi, namuči i kada se nauživa užasa i drhtanja jadne male žrtve, zakolje je mirno, polako i sa nasladom.“ (Dostojevski, 1862, 59). Dakle, reč je o nečemu što se, bez mnogo ograda, može nazvati patološka funkcija korisnosti. Jezikom ekonomske nauke reklo bi se da gubitak korisnosti drugoga dovodi do povećanja korisnosti posmatranog pojedinca, odnosno, formalno posmatrano, da je prvi parcijalni izvod njegove korisnosti po korisnosti drugih negativan. Možda je ipak primerenije utvrditi da postoje ljudi koji uživaju u patnji drugih ljudi i jedino ih to uživanje pokreće. Nije im, kao motiv zločina, potreban nikakav drugi, monetarni dohodak – zlo drugima nanose „prosto iz uživanja“ i svoju korisnost pri činjenju krivičnog dela crpu isključivo iz „užasa i drhtanja jadne male žrtve“.

Izvesno je, međutim, da postojanje međuzavisnosti funkcije korisnosti između pojedinaca, međusobnog preklapanja njihove korisnosti, nije potreban uslov za postojanje psihičkog dohotka. Reč je o tome da samo činjenje krivičnog dela, kršenje krivičnog prava samo po sebi, kod prestupnika može da dovede do uvećanja korisnosti. Za prestupnika takvo delanje može da predstavlja svojevrsno potvrđivanje, ostvarenje ličnosti, dokazivanje sopstvene posebnosti ili čak izuzetnosti. Na nekoliko mesta u romanu „Zločin i kazna“ Raskoljnikov govori, pa je i ceo članak na tu temu napisao, o velikim, pravim ljudima, nasuprot običnim, koji su činili zločine i koji su na tim zločinima postigli velike stvari, implicitno zaključujući da su takvi

21 Činjenice koje govore u prilog postojanja Raskoljnikovljeve altruističke funkcije korisnosti izlaze na videlo tokom njegovog suđenja: na studijama je pomagao tuberkuloznom drugu, prilikom jednog noćnog požara izneo je iz već zapaljenog stana dvoje male dece i tom prilikom zadobio „jake opekotine“.

22 Ipak, Raskoljnikov u nekim svojim razmišljanjima ne odbija mogućnost da imovinsku korist od ubistva Aljone Ivanovne iskoristi za sebe i za svoj nastavak studija. Na kraju je odustao od toga.

zločini poželjni. U razgovoru sa islednikom Porfirijem Petrovičem, Raskoljnikov dopušta mogućnost da je pod određenim uslovima, a oni se tiču samog prestupnika i njegove izuzetnosti, i sam zločin dostignuće.²³

Nesporno je da Raskoljnikov u ubistvu babe lihvarke vidi svoje dostignuće, sopstveno ostvarenje i da je na ivici da sebe ubroji u velikane kada odgovara Porfiriju Petroviču „... ja sebe ne smatram ni za Muhameda, ni za Napoleona, niti za bilo koju sličnu ličnost...“, na šta islednik odgovara sarkastičnim retoričkim pitanjem „Koješta, molim vas, ko danas u Rusiji ne smatra sebe Napoleonom?“ (Dostojevski, 1866, 293).²⁴ Samo ubistvo, babe lihvarke ili bilo koga drugog, samo oduzimanje ljudskog života, kod Raskoljnikova je stvorilo korisnost – psihički dohodak, budući da mu je to činjenje omogućilo da se ostvari kao ličnost, makar na tom planu.

Obilje je likova u opusu Dostojevskog za koje se može reći da bi samim činjenjem krivičnog dela, samim kršenjem zakona, iako to nisu učinili, ostvarili psihički dohodak. Jednostavno, zbog toga što bi to za njih bilo postignuće. U takve, na primer, spada Antip Burdovski, jedan od likova iz „*Idiota*“. To su mladi ljudi bez ikakvih dostignuća, osujećeni u ostvarivanju sopstvene ličnosti, a sve to znatno prece-njujući sopstvenu vrednost i potencijale. Možda ne jedino šta takvima preostaje da se kao ličnosti potvrde jeste činjenje krivičnog dela, ali ako ga učine, to je svakako razumljivo, što ne znači da za to treba imati razumevanja.²⁵

Na kraju ovog odeljka treba se osvrnuti na ipak začuđujuću tvrdnju koju iznose Morson i Schapiro (2017, 285) prema kojoj Raskoljnikov, razapet između svog sna,²⁶ obamrlosti, omamljenosti, ushićenja i zanosa, uopšte na razne načine oslabljene pažnje, nije ni odlučio da li da ubije babu lihvarku ili ne. Začuđujuće, iz dva razloga, bar posmatrano iz ugla ekonomske nauke. Prvo, već činjenica da je Raskoljnikov ubio babu pokazuje da je o tome doneo odluku – samim činom ubistva, svojim činjenjem, otkrio je svoje preferencije, što je, bar za ekonomsku nauku, daleko važnije od toga da li ih je i kako iskazao.²⁷ Drugo, pošto je već doneo odluku da ubije

23 Na to Porfirije Petrovič Raskoljnikovu postavlja pitanje na koje je odgovor krajnje izvestan. „Ali recite vi meni ovo: kako da čovek razlikuje te neobične od običnih? Imaju, valjda, neke znake od rođenja?“ (Dostojevski, 1866, 289).

24 To obraćanje Porfirija Petroviča prati i provokativno pitanje policijskog pisara: „A da nije neki budući Napoleon i našu Aljonu Ivanovnu prošle nedelje sekirom ucemkao?“ (Dostojevski, 1866, 294).

25 „Bio je to mladić bedno i aljkavo odeven, u kaputu umašćenih rukava, koju su se caklili kao ogledalo, s masnim, do gore zakopčanim prslukom, sa rubljem koje je nekud nestalo, sa crnim svilenim, neverovatno umašćenim i kao gajtan uvijenim šalom, s neopranim rukama, neobično bubuljičava lica, plavokos i, ako se tako može reći, s nevino-bezobraznim pogledom. Rasta nije bio niskog, suvonjav, star oko dvadeset dve godine. Ni najmanja ironija, ni najmanja misao nije mu se izražavala na licu, naprotiv, potpuna tupa opijenost sopstvenim pravom i u isto vreme nešto što je dolazilo od čudne i neprekidne potrebe da bude i da se oseća stalno uvređen. Govorio je s uzbuđenjem, žureći se i zapinjući, nekako ne izgovarajući reči do kraja, kao da je bio mutav ili čak stranac, mada je bio čistog ruskog porekla“ (Dostojevski, 1869, 399).

26 Misli se na Raskoljnikovljev san koji prethodni ubistvu – san o besomučnom i surovom bičevanju i skapavanju kobile koja pokušava da izvuče kola iz gliba i koju je njen vlasnik, na zgražanje Raskoljnikova u tom snu, dotukao pijukom, čime se pokazuje koliko je duboko, u njegovoj podsvesti, ukorenjena samilost.

27 Reč je o tome da iskazivanje preferencija, to jest nečija tvrdnja o tome šta su njegove preferencije, nije verodostojno, budući da onaj koji iskazuje svoje preferencije ne snosi troškove ukoliko taj iskaz nije tačan. Otkrivanje preferencija činjenjem otklanja taj problem. Da ne bude baš sve o

staricu, Raskoljnikov veoma trezveno razmatra šta sve treba preduzeti da ne bude otkriven i sam sebe hrabri da ne odustane od svoje već donesene odluke, budući da je odlučio da će moć mišljenja i volju sačuvati budne sve vreme izvršenja onoga što je zamislio, i to isključivo zbog toga što njegova zamisao – nije zločin.²⁸ Raskoljnikov se koleba pre ubistva, to nije sporno, nije on tada jednoznačno optimistički raspoložen čovek, u potpunosti posvećen ostvarivanju svog zločinačkog poduhvata, ali obamrlost, omamljenost, ushićenje i zanos i smene tih raspoloženja javljaju se, naročito, tek posle izvršenog ubistva i deo su kazne koju počinje da snosi.

2. KAZNA

Za ekonomsku analizu kriminala kazna je, nezavisno od toga šta ona konkretno sadrži, sve ono što stvara negativnu korisnost kažnjeniku, pri čemu se negativna korisnost poima kao sve ono što umanjuje njegovu ukupnu korisnost uz, kako je već napomenuto, njegovu subjektivnu funkciju korisnosti.²⁹ Shodno tome, kazna, kako je poima ekonomska nauka, pojam je daleko šireg obima nego kazna u krivičnom pravu. Iz drugog ugla posmatrano, da bi kazna u smislu krivičnog prava bila i kazna u smislu ekonomske nauke, ona neminovno mora da stvara negativnu korisnost kažnjeniku, to jest da umanjuje ukupnu korisnost koju on prisvaja.

Nesporno je da zatvorska kazna, osnovna krivičnopravna sankcija, generiše negativnu korisnost zatvoreniku. Uvidi iz književnog opusa Dostojevskog to ne samo da potvrđuju nego daju obilje dragocenih informacija o prirodi te negativne korisnosti. Pripovedanje Dostojevskog o tome u „*Zapisima iz mrtvog doma*“ ima posebnu težinu, budući da se taj roman zasniva na snažnim autobiografskim elementima – autentičnost ovog svedočanstva je neupitna.³⁰ Roman je napisan u prvom licu jednine; pripovedač Aleksandar Petrovič Gojančikov, uverljiv hroničar–svedok života

ubistvima: jedna stvar je kada neko tvrdi da, na primer, voli vina poreklom iz Pijemonta, recimo barberu, i time iskazuje svoje preferencije, a druga stvar je kada ta vina kupuje, plaćajući odgovarajuću (tržišnu) cenu, i na taj način otkrivajući svoje preferencije u pogledu tih vina.

- 28 „Trebalo samo očuvati potpuno prisebnost volje i razuma, pa će sve smetnje biti pobeđene kada dođe trenutak...“ (Dostojevski, 1866, 83). Ukratko, odluka je potreban uslov za ubistvo sa umišljajem, kakvo je učinio Raskoljnikov. Nije i dovoljan, budući da se, naknadnom odlukom, prethodna odluka može opozvati. Međutim, i o tome pojedinac treba da se odluči – uvek postoji makar nekakva odluka.
- 29 Na prvi pogled, izraz „negativna korisnost“ može da izgleda kao *contradictio in adjecto*. Međutim, nije – negativnu korisnost treba uvek posmatrati kao promenu (umanjenje) ukupne korisnosti, bez obzira na to da li se ta promena posmatra u konceptualnom okviru ordinalne ili kardinalne korisnosti. Drugim rečima, negativna korisnost je uvek umanjeње ukupne korisnosti. Pri tom, ukupna korisnost je po definiciji nenegativna veličina. U tom pogledu, ekonomska teorija odgovara stvarnosti. Oni koji prisvajaju negativnu ukupnu korisnost, nezavisno od toga šta je njen izvor, i koji ne očekuju da će u tom pogledu bilo šta da se promeni nabolje, nemaju razlog da ostanu u životu. U ciničnom duhu rečeno: negativna ukupna korisnost nije održiva. Ili će postati pozitivna, ili će ta funkcija korisnosti nestati.
- 30 Dostojevski je, kao politički kažnjenik, prvo izveden na iscenirano streljanje u Petrogradu (1849. godine), u režiji samog cara Nikolaja I, a potom je progнан u Sibir na izdržavanje zatvorske kazne sa prinudnim radom. Kazna u trajanju od četiri godine izvršena je u zatvoru u Omsku, ali se progonstvo nastavilo obaveznom vojnom službom u Semipalatinsku (današnji Kazahstan). U evropski deo Rusije, prvo u Tver, a potom u Petrograd, Dostojevski se vratio 1859. godine, deset

u zatvoru, beleži i pomno analizira sve ono što se dešava u „mrtvom domu“,³¹ a naročito ponašanja ljudi pod različitim podsticajima koje stvara zatvorenički život.

Jezgrovito svedočenje pripovedača o tome ukazuje na osnovne komponente te negativne korisnosti. „Kasnije sam shvatio da u robijaškom životu, pored nemanja slobode i pored prisilnog rada, postoji još jedna muka, gotovo veća od svih drugih: To je *prinudni zajednički život*.“ (Dostojevski, 1862, 32, kurziv u originalu). Gubitak slobode je, naravno, osnovna karakteristika zatvorske kazne i osnovni izvor negativne korisnosti zatvorenika, odnosno iz drugog ugla posmatrano, umanjena ukupne korisnosti koju uživa. Ukratko: „Robijaš je po suštini svojoj i po svom društvenom položaju biće tako željno slobode...“ (Dostojevski, 1862, 51).

Na to treba dodati i prinudni rad kao izvor negativne korisnosti. Pripovedač svedoči: „Robijaše su slali na rad skoro samo zato da ne bi sedeli skrštenih ruku, i to su oni dobro shvatili.“ (Dostojevski, 1862, 100). Dakle, taj rad je besmislen sa stanovišta njegovih rezultata, jedina njegova svrha upravo je negativna korisnost onih koji su na taj rad prisiljeni. Dostojevski detaljno opisuje potpuno beskorisne, besmislene poslove koje zatočenici obavljaju na obali reke Irtiš u blizini kaznionice, i to najbolje potvrđuje prirodu takvog rada.

Što se prinudnog zajedničkog života tiče, osnovni mehanizam kojim se stvara negativna korisnost jeste gubljenje privatnosti. Pripovedač svedoči o tome kako je tek kasnije shvatio koliko ima strašnog i mučnog u tome što „za deset godina robije neću nikada, nijednog trenutka biti sam“. (Dostojevski, 1862, 18). Nije sporno da na stepen negativne korisnosti utiče i sastav ljudi koji se ne mogu izbeći: „Naravno, kolektivni život postoji i na drugim mestima, ali u tamnicu dolaze takvi ljudi s kojima malo ko želi da živi zajedno, i ja sam uveren da je svaki robijaš osećao ovu muku, mada većinom nesvesno“. (Dostojevski, 1862, 32). Međutim, nije reč samo u ljudima koji čoveku čine društvo nego i o tome što se, nezavisno od odlika tog društva, gubi svaka privatnost.

Na već pomenute komponente negativne korisnosti koju stvara zatvorska kazna treba dodati kakvi su opšti uslovi života u zatvoru i na koji način se obavljaju osnovni poslovi koji život čine snošljivim. Pripovedač ukazuje na izuzetno nizak kvalitet hrane u „mrtvom domu“ (hleb i čorba od kupusa), neodgovarajući način njenog pripremanja (uvek je puna bubašvaba), bedne mogućnosti za održavanje lične higijene, uz upečatljiv opis zajedničkog kupatila zatočenika i ritual kupanja u njemu. Dakle, sve elementarne stvari vezane za ljudsku egzistenciju i dostojanstvo u zatvoru su na tako niskom nivou da su ugrožena egzistencija i pogaženo dostojanstvo. Sve to stvara značajnu negativnu korisnost za zatvorenike.

godina posle progonstva. Više o tome, naročito o isceniranom streljanju Dostojevskog i njegovih sapatnika, kao i o njegovoj organizaciji videti u: Montefiore (2016, 376), Beer (2017, 161–165).

- 31 Pogrešan engleski prevod naslova ovog romana „*The Notes from the House of the Dead*“, nepotrebno je otvorio dilemu da li je reč o pridevu koji se odnosi na dom ili imenici koja obeležava njegove žitelje. Dileme ne treba da bude: u pitanju je pridev koji se odnosi na dom. Ne samo što je to jasno na osnovu naslova originala „*Записки из Мёртвого Дома*“, nego na samom početku knjige, u poglavlju „Mrtvi dom“, pripovedač jasno stavlja na znanje o čemu je reč: „Ovde je postojao naročiti svet koji više ni na šta nije ličio; ovde su vladali posebni zakoni, nosilo se posebno odelo, postojao naročit život i običaji – mrtva kuća za žive ljude, život kakvog nigde nema i neobični ljudi.“ (Dostojevski, 1862, 15). Beer (2016) ukazuje na navedenu grešku u prevodu, ali ne daje nikakvu informaciju o njenom poreklu. Ostaje nepoznato kako je došlo do ove greške.

Sve navedeno prati i negativna korisnost usled ponižavanja koje možda nije nezostavni deo zatvorske kazne, ali se često, na različite načine, primenjuje. Na primer: „Okovi su sramota, stid i breme, fizičko i moralno. Tako se bar pretpostavlja. A oni nikada i nikoga ne mogu sprečiti da beži.“ (Dostojevski, 1862, 201). Dakle, budući da funkcija okova nije sprečavanje bekstva, pošto oni to izvesno ne mogu da postignu, očigledno je da je njihova upotreba motivisana ponižavanjem zatočenika, daljem umanjenu ukupne korisnosti koju prisvajaju.

Treba se, pri razmatranju dejstva zatvorske kazne na ukupnu korisnost kažnjnika, prisetiti da je korisnost subjektivna kategorija, pa stoga zatvorska kazna neminovno različito deluje na različite zatvorenike. Uvid pripovedača u tom pogledu sasvim je jasan i nedvosmislen: „Obrazovan čovek koga zakon osudi na istu kaznu kao i čoveka iz naroda, često gubi neuporedivo više. On mora da u sebi uguši sve svoje duhovne potrebe i navike; da pređe u sredinu koja njemu duhovno ne odgovara, mora se naučiti da živi u sasvim drugoj atmosferi...“ (Dostojevski, 1862, 79). Jezikom ekonomske nauke rečeno, ista kazna dovodi, od jednog do drugog kažnjnika, do različitog gubitka korisnosti, budući da se razlikuju preferencije kažnjnika. Ipak, u ovom pogledu ne treba zanemarivati sposobnost prilagođavanja svakog pojedinca, jer kako navodi Dostojevski: „Čovek je biće koje se na sve navikava, i ja mislim da je ovo njegova najbolja definicija.“ (Dostojevski, 1862, 17).

U opusu Dostojevskog mogu se pronaći uvidi o, rečnikom ekonomske nauke sročeno, diskontovanju i pretvaranju buduće negativne korisnosti u njenu sadašnju vrednost, pa stoga i podsticajima onima koji imaju visoku diskontnu stopu da pomeraju izvršenje kazne u budućnost, makar i po cenu njenog uvećanja. Visoka diskontna stopa usloviće opadanje sadašnje vrednosti takve kazne, preciznije rečeno sadašnje vrednosti negativne korisnosti koju ona stvara. Primer za to može se naći u činjenju novog krivičnog dela, kako bi se odložilo izvršenje telesne kazne (šibanje) za prethodno. Pripovedač svedoči o zatočeniku, čija je diskontna stopa očigledno veoma visoka, koji je učinio novo krivično kako bi dobio na vremenu – zbog suđenja za novi prestup, izvršenje pređašnje kazne odlaže se za dva meseca: „Za njega nije važno što će ga posle dva meseca kazniti dvaput više i dvostruko strože – samo da strašni moment kazne odloži makar na nekoliko dana, a posle šta bude...“ (Dostojevski, 1862, 207).

Dostojevski u svom opusu razmatra i negativnu korisnost koju osuđeniku stvara smrtna kazna. Pri tom, nije reč samo o smrti, koja, rečnikom ekonomske teorije, predstavlja gubitak funkcije korisnosti kažnjnika, već i negativnoj korisnosti – patnji – koju izaziva sprovođenje smrtno kazne. Na samom početku romana „Idiot“ knez Lav Nikolajevič Miškin, tek prispevši u Petrograd iz Švajcarske,³² prenoseći

32 U ovom radu (u osnovnom tekstu i u fusnotama) prestonica Rusije u XIX veku naziva se Petrograd. Razlog tome je što sam Dostojevski u svom opusu ne upotrebljava zvaničan tadašnji i današnji naziv grada – Sankt Peterburg – već, u originalu, na ruskom, koristi reč „Петербург“, a Milosav Babović, kao verovatno najpriznatiji savremeni prevodilac Dostojevskog na srpski, opredelio se da to prevede kao „Petrograd“. Može se pretpostaviti da je na taj način Babović želeo da prenese ponešto neformalni, prisni ton koji je Dostojevski izabrao u imenovanju tadašnje prestonice. Štaviše, u svom tekstu o Dostojevskom, Babović (1983), opisujući njegov život, tadašnju prestonicu Rusije, u kojoj je Dostojevski i umro, isto tako naziva Petrogradom. Iz poštovanja prema takvom prevodiočevom izboru i u ovom tekstu piše se o Petrogradu kao prestonici Carevine

svoja iskustva iz Francuske, objašnjava smrtnu kaznu i njeno izvršavanje u tu temu nenaviknutim domaćinima.³³ Knez Miškin insistira na tome da je u slučaju smrtne kazne duševna patnja jača od telesne: „A glavni, najjači bol možda nije u ranama, nego u tome što pouzdano znaš da će za jedan sat, potom za deset minuta, potom eto, sad, ovog trenutka duša iz tela odleteti i više nećeš biti čovek, i da je to već pouzdano, glavno je to što je *pouzđano*“. (Dostojevski, 1869, 66, kurziv u originalu). Kroz Miškinove reči, Dostojevski iskazuje svoj vrednosni sud o smrtnoj kazni: „Ubijati zbog ubistva je nesrazmerno veća kazna nego sam zločin. Ubistvo po presudi je nesrazmerno užasnije nego razbojničko ubistvo“. (Dostojevski, 1869, 66). Opravdanje za taj svoj stav Dostojevski nalazi u upoređivanju neizvesnosti smrtnog ishoda u slučaju razbojništva – pri kome do poslednjeg časa postoji nada žrtve da će se spasiti – sa slučajem smrtne kazne, kojom osuđenika „te poslednje nade, s kojom je deset puta lakše umirati, *nasigurno* lišavaju“. (Dostojevski, 1869, 66, kurziv u originalu).³⁴

Budući da ekonomska analiza kriminala kao kaznu posmatra sve ono što dovođi do negativne korisnosti kažnjenika, odnosno umanjenja ukupne korisnosti koju on uživa, u kaznu spadaju i one sankcije koje su na raspolaganju društvenoj zajednici, poput bojkota, izopštavanja iz zajednice i tome slično, za kršenje društvenih, običajnih normi. Zanimljivi su uvidi Dostojevskog na tu temu.

Dostojevski obaveštava čitaoca da je pripovedač iz romana „Zapisi iz mrtvog doma“ u taj dom dospeo zbog toga što je ubio svoju ženu još u prvoj godini braka, i to iz ljubomore. Dostojevski svedoči da se prema dominantnoj običajnoj normi u tadašnjoj Rusiji „Na takve zločine uvek gleda kao na nesreću, i takve prestupnike žali“. (Dostojevski, 1862, 9). Prema uvidu pripovedača: „Prestupnik... zna i ne sumnja da njega opravdava sud njegove sredine, prostog naroda, koji ga, on to isto tako zna, nikad neće potpuno osuditi, već u većini slučajeva potpuno opravdati, ako samo njegov prestup nije bio uperen protiv svojih, protiv braće, protiv svog rođenog prostog naroda. Njemu je savest mirna, a savest je njegova glavna snaga, moralno je spokojan, a to je glavno“. (Dostojevski, 1862, 211).

Nije sporno da su običajne norme tadašnje Rusije bile takve da je društvo – bar neki njegovi segmenti – blagonaklono gledalo na mnoga krivična dela, ali iz načina na koji je prethodni uvid formulisan nije jasno da li je prestupniku savest mirna zbog takvog odnosa društva prema njemu ili je mirna u smislu interne sankcije za prekršaj

u vreme Dostojevskog, a ta odluka nema nikakve veze sa činjenicom da je upravo Petrograd bilo zvanično ime tog grada od 1914. do 1924. godine. Zahvaljujem rusisti Draganu Uskokoviću na u razgovoru izrečenim uspomena na njegovog profesora Milosava Babovića, na osnovu kojih sam došao do iznesene spekulacije, za koju niko drugi ne snosi odgovornost.

- 33 Iako Ruska carevina nije bila abolicionistička država, mada su pojedini monarsi, poput Jelisavete I, ukidali smrtnu kaznu tokom svoje vladavine, ona se nije često primenjivala, već je, i kada su je sudovi i izricali, zamenjivana dugogodišnjom zatvorskom kaznom, koja se svodila na progonstvo i zatočenje u Sibiru. Relativno mali broj osuđenika pogubljen je do dolaska boljševika na vlast. Više o tome videti u: Rawson (1984), Kollmann (2012) i Beer (2016).
- 34 Posebnu težinu ovim redovima Dostojevskog daje njihova autentičnost, zasnovana na činjenici da je on sam iskusio iscenirano izvršenje smrtne kazne, pri čemu do poslednjeg trenutka nije znao da je iscenirana. Upravo je onaj koji je sve to režirao, car Nikolaj I, bio svestan takve negativne korisnosti, patnje, koju smrtna kazna, makar i iscenirana, stvara. Funkcija korisnosti Nikolaja I bila je takva da je on crpeo korisnosti iz negativne korisnosti drugih, iz njihove patnje. U tom smislu, nema razlike između njega i, na primer, već opisanog Gazina, zatočenika „mrtvog doma“.

njegove unutrašnje, moralne norme. Time se dolazi do treće vrste kazne u ekonomskom modelu kriminala – negativne korisnosti koja proizlazi iz griže savesti, osećanja krivice ili greha, generalno posmatrano iz duševne patnje kao interne sankcije za kršenje moralnih normi. Reč je, dakle, o onim unutrašnjim normama pojedinca koje svako sebi sâm bez ikakve prisile nameće i o internoj sankciji, kazni rečnikom ekonomske analize kriminala, ali i rečnikom Dostojevskog, za kršenje tih normi.³⁵

Bogati su uvidi Dostojevskog o toj vrsti negativne korisnosti prestupnika. Za mnoge, za gotovo sve zatočenike „mrtvog doma“ na primer, interna kazna uopšte ne postoji. Nema ni traga od bilo kakve griže savesti, duševnog bola i patnje zbog zločina koji su počinili. Naravno, kod zatočenika je još manje kajanja – kako bi ga i bilo, kada nema griže savesti. U tom pogledu, pripovedač nema nikakve dileme. Postavljajući pitanje da li se „u toku toliko godina makar nešto moglo opaziti, uhvatiti u tim srcima, primetiti bilo kakav znak koji bi svedočio o duševnom bolu i patnji“, daje i nedvosmislen odgovor: „Ali toga nije bilo, apsolutno nije bilo“. (Dostojevski, 1862, 23). Drugim rečima, zatočenici su ispaštali zbog toga što su zatočeni, zato što se nad njima izvršava zakonom predviđena zatvorska kazna, a ne zbog saznanja da su učinili krivično delo i time prekršili svoju unutrašnju, moralnu normu. Celokupnu negativnu korisnost njima stvara isključivo zatvorska kazna, na način koji je već razmotren pre nekoliko stranica ovog rada. Za njih, nikakva interna sankcija nije postojala – nikakva duševna patnja nije zabeležena.

Ipak, takvo iskustvo nije univerzalno. Dostojevski tvrdi da se to, nepostojanje interne sankcije, ne dešava ukoliko je u pitanju „...obrazovan čovek, savestan, svestan, dobra srca. Njega će i bez drugih kazni ubiti duševni bol svojom mukom. On će sam osuditi sebe za zločin nemilosrdnije i surovije od najstrožeg zakona“. (Dostojevski, 1862, 62). Štaviše, zakonska kazna ponekad nije ni potrebna. O tome svedoči priča iz životopisa starca Zosime iz romana „*Braća Karamazovi*“ u odeljku „Tajanstveni posetilac“ (Dostojevski, 1880, 373–387). Posetilac je četrnaest godina pre posete ubio: „izvršio veliki i strašan zločin: ubio je mladu, bogatu i divnu gospođu“. Ispostavilo se da je motiv zločina bila neuzvrćena ljubav, da je ubistvo bilo dobro osmišljeno, pažljivo pripremano i precizno izvedeno. Niko ni na trenutak nije posumnjao na njega, već na njenog slugu, koga su odmah uhapsili, a taj nevini nesretnik odmah se po hapšenju razboleo i, ne dolazeći svesti, umro. Sa stanovišta krivičnog gonjenja, slučaj je bio rešen.³⁶ Međutim, duševna bol je počela da uzima danak. Iako je ubica bio imućan i ugledan čovek, iako se oženio nekoliko godina posle zločina i imao troje dece, porodična idila nije mu donela sreću. Deca su rasla,

35 U slučaju ove vrste kazne, zbog njenog mehanizma, verovatnoća kažnjavanja uvek je jednaka jedinici – kažnjavanje internom kaznom je neizbežno, takvo kažnjavanje je izvesno (sigurno). U tome je njena fundamentalna razlika u odnosu na zakonsku kaznu, u čijem slučaju je verovatnoća kažnjavanja neminovno manja od jedan, pa je očekivana vrednost kazne uvek manja od zaprećene (nominalne). Drugim rečima, u slučaju interne kazne, budući da je kažnjavanje sigurno, što znači da je verovatnoća kažnjavanja jednaka jedinici, očekivana vrednost kazne uvek je jednaka nominalnoj, to jest zaprećenoj, ukoliko bi se sledila zakonska terminologija.

36 Rečnikom ekonomske analize kriminala, verovatnoća zakonskog kažnjavanja u ovom slučaju bila je jednaka nuli, pa je stoga očekivana vrednost te kazne, bez obzira na to koliki je bio iznos zaprećene kazne, bila jednaka nuli – očekivana vrednost kazne predstavlja proizvod (u računskom smislu) verovatnoće i zaprećene kazne, a svaka veličina podeljena sa nulom je nula. Stoga nije postojao rizik zakonskog kažnjavanja.

ali on je sebi govorio: „Ja ne mogu da gledam njihova nevina, vedra lica, nisam toga dostojan“. Nadao se da će se iskupiti „svojom potajnom mukom“, ali je vremenom duševna patnja bila sve jača, a iskupljenja nije bilo. Zbog toga je, na kraju, po Zosiminom nagovoru, odlučio da se sam prijavi vlastima. Niko mu nije verovao, ali on je ponudio materijalne dokaze koji su nedvosmisleno potvrđivali da je ubica. „Vlasti i sud nisu mogli da ne pokrenu postupak, ali su ga i oni privremeno obustavili.“ Umro je nedelju dana pošto se prijavio vlastima. „A mnogostradalnog raba božjeg Mihaila svakodnevno pominjem u molitvama svojim do dana današnjeg“, završava priču starac Zosima. Dakle, interna sankcija, duševna bol, u nekim slučajevima čini da je, bar što se retorizije tiče, zakonska kazna nepotrebna.

No, u navedenom slučaju, interna sankcija nije obezbedila prevenciju. Ona je veoma delotvorno delovala *ex post*, ali nije imala nikakvo dejstvo *ex ante*, budući da se ubistvo dogodilo. Drugim rečima, strah od interne sankcije, od očekivane duševne boli nije bio dovoljan da predupredi ubistvo. To je, načelno posmatrano, moglo da se postigne na dva načina. Prvi je da je moralna norma bila toliko snažna da je predstavljala kategorički imperativ, druga je da je očekivana duševna bol bila toliko visoka da je predupredila ubistvo, iako moralna norma nije bila kategorički imperativ.³⁷

To je, u određenoj meri, slučaj i sa Raskoljnikovim. Nesporno je ubio i on to jako dobro zna. Njegova kazna je košmar kroz koji prolazi posle ubistva, njegova unutrašnja borba sa zločinom koji je učinio, njegovo neprestano preispitivanje,³⁸ njegova duševna bol, teskoba, koju ne priznaje,³⁹ njegov neuspešni pokušaj da pred sobom i drugima prizna zločin.⁴⁰ Sav taj košmar se završava priznanjem policiji, što dovodi do suđenja i njegove osude na osam godina zatvora – progonstva i roblje sa prinudnim radom u Sibiru, na obali reke Irtiš, na istom onom mestu na kome se nalazi „mrtvi dom“.

Kroz košmar i duševnu patnju prolazi i Dimitrije Karamazov, iako zna da nije ubio svog oca i sve druge pokušava da ubedi u to. Kroz košmar i duševnu patnju, koja ga i do ludila dovodi, prolazi i Ivan Karamazov, iako zna da je njegovog oca

37 Očigledno je i da moralne norme nisu odvratile Marmeladova od alkoholizma. Iako alkoholizam nije krivično delo, bar nije bio u tadašnjoj Rusiji, očigledna je njegova snažna griza savesti koja se može videti iz u ovom radu već pomenutom razgovoru njega i Raskoljnikova. Griža savesti stvara Raskoljnikovu negativnu korisnost, ali je ona nedovoljna da bi promenio ponašanje i prestao da pije. U slučaju neprestanog kršenja moralnih normi, pokazuje njegov slučaj, nije bitna očekivana duševna patnja, već stvarna, ona kroz koju onaj koji krši te norme stalno prolazi.

38 Mada je deo njegovog preispitivanja, odnosno teskobe koju oseća, povezan za to da li će biti otkriven, odnosno kolika je verovatnoća da će biti otkriven, pa shodno tome i kolika je verovatnoća da će biti zakonski kažnjen. Ukratko, povezan je sa očekivanom vrednošću zakonske kazne. Ovakvo njegovo preispitivanje nema nikakve veze sa moralnim normama i unutrašnjom sankcijom za njihovo kršenje.

39 Kada Avdotja–Dunja Romanovna svom bratu Raskoljnikovu kaže „Zar ti, polazeći na stradanje, nisi već upola oprao svoj zločin?“, on besno odgovara „Zločin? Kakav zločin?...zar to što sam ubio gadnu štetočinu, vašku, babu zelenašicu, uopšte nepotrebnu, koja je sirotinji pila krv, nju ubiti znači zaslužiti oproštaj za stotinu grehova, zar je to zločin?“ (Dostojevski, 1866, 570). Očigledno je koliko se Raskoljnikov bori sa sobom, da sâm sebi prizna da duševno pati zbog zločina koji je učinio.

40 „Iznenada se setio Sonjinih reči: ‘Pođi na raskršće, pokloni se narodu, poljubi zemlju, zato što si pred njom zgrešio, i reci glasno pred celim narodom: Ja sam ubica!’“, (Dostojevski, 1866, 578).

ubio Smerdjakov. Dakle, kroz duševnu patnju prolaze plemeniti ljudi ili, preciznije rečeno, likovi koji imaju makar i trunke plemenitosti u sebi. Nikakva duševna patnja ne može se приметiti kod likova poput Smerdjakova ili Lužina. Kao ni kod većine zatočenika mrtvog doma. To je u potpunosti u skladu sa koncepcijom subjektivne funkcije korisnosti. Svaki pojedinac ima svoje preferencije – ono što ga čini srećnim ili nesrećnim. I jedno i drugo mnogo govori o svakom čoveku – o svakom od nas.

3. KAŽNJAVANJE

Ekonomska analiza kriminala bavi se kažnjavanjem tako što razmatra kazne koje postoje u krivičnom pravu (*de lege lata* i *de lege ferenda*), istražuje dejstva tih kazni i, naročito, analizira troškove izvršenja različitih kazni, uzimajući u obzir ukupne oportunitetne troškove tog izvršenja. Pri tome, ekonomska analiza krivičnopravne zaštite, sledeći krivičnopravnu nauku, identifikuje nekoliko osnovnih ciljeva kažnjavanja prestupnika. To su: (1) retribucija; (2) specijalna prevencija; (3) generalna prevencija, (4) onesposobljavanje; (5) resocijalizacija.⁴¹

Dok su svi ostali ciljevi kažnjavanja sami po sebi jasni i nedvosmisleni, nezavisno od toga da li se neko s njima slaže ili ne, potrebno je, ipak, reći nešto više o resocijalizaciji, odnosno rehabilitaciji u sociološkom smislu, bar kako je vidi ekonomska analiza krivičnopravne zaštite.⁴² Postoje tri osnovne komponente resocijalizacije. Jedna je uticaj na promenu preferencija kažnjenika, kako bi se eliminisali ili barem ublažili motivi za činjenje krivičnih dela. Ovakvo prevaspitanje ima efekta pre svega na ona krivična dela koja stvaraju psihički dohodak prestupniku. Dakle, očekuje se da ovaj vid resocijalizacije prevashodno otkloni patološku funkciju korisnosti prestupnika, onu međuzavisnost funkcije korisnosti koja dovodi do uvećanja korisnosti prestupnika sa umanjnjem korisnosti žrtve, sa nanošenjem zla drugom. Druga komponenta resocijalizacije jeste jačanje moralnih, unutrašnjih normi kod prestupnika, čime bi se uvećala ukupna očekivana vrednost kazne zbog uključivanja negativne korisnosti interne sankcije (duševna patnja) u tu vrednost, što bi predupredilo dalje činjenje krivičnog dela. Treća komponenta resocijalizacije jeste unapređenje ljudskog kapitala osuđenika, kako bi se uvećao njegov relativni puni dohodak od angažovanja u delatnostima koje su u skladu sa zakonom u odnosu na puni dohodak od bavljenja kriminalom. Dakle, budući da u modelu ekonomske analize kriminala pojedinac donosi racionalnu odluku da li da učini krivično delo na osnovu očekivanog punog dohotka i očekivanih troškova, želeći da maksimizuje razliku između tih vrednosti, prvi segment resocijalizacije treba da umanjni očekivani puni dohodak, drugi segment da uveća očekivanu vrednost kazne, dok treći treba da umanjni očekivani puni dohodak od činjenja krivičnog dela u odnosu na očekivani puni dohodak od delatnosti koje su u skladu sa zakonom.

Svedočenje Dostojevskog o zatvorskoj kazni kakva se u Rusiji sprovodila u XIX veku ne ostavlja nedoumice. „Tamnice i sistem prinudnog rada, naravno, ne po-

41 Više o osnovnim nalazima ekonomske analize krivičnopravne zaštite videti u: Begović, Jovanović i Radulović (2020).

42 Pregled ekonomske literature na tu temu može se naći u: Begović (2015a).

pravljaju zločinca, oni ga samo kažnjavaju i osiguravaju društvo od daljih nasrtaja zločinca na red i mir. Tamnica i najteži robijaški rad rađaju u prestupnikovoj duši samo mržnju, žeđ za zabranjenim nasladama i strašnu lakomislenost“. (Dostojevski, 1862, 24). Dakle, Dostojevski ne vidi da ovaj način kažnjavanja može da dovede do bilo kakve resocijalizacije, odnosno rehabilitacije u sociološkom smislu – jednostavno, nema nikakve promene preferencija kažnjenika nabolje, naprotiv, ne dolazi do izgradnje moralnih normi, internih ograničenja ponašanju onih koji služe kaznu, pa stoga se i ne stvara osnova za interne sankcije kažnjeniku. Oni se ne popravljaju. Njihove preferencije mogu da postanu samo gore, a ono malo moralnih normi koje su možda postojale uglavnom nestaju tokom trajanja zatvorske kazne.⁴³ Dolazi do brutalizacije kažnjenika. Što se popravljavanja zločinca tiče, dakle, za Dostojevskog je dom mrtav, a ne popravni. „I ako neko ranije nije bio pokvaren, na robiji bi se pokvario.“ (Dostojevski, 1862, 21). Recidivizam, u takvim uslovima, nikoga ne bi trebalo da čudi.

Kaznena politika u Rusiji početkom druge polovine XIX veka, jednostavno, nije bila usmerena na resocijalizaciju. Jedan od njenih ciljeva bila je retorzija, ispaštanje za počinjeni zločin shvaćeno kao pravda, a drugi, očigledno veoma važan cilj bio je onesposobljavanje kažnjenika da ponovo učine krivično delo.⁴⁴ Upravo je stoga zatvorska kazna bila organizovana kao progonstvo u Sibir, to jest prisilno udaljšavanje osuđenika od većine stanovnika tadašnje Rusije, potencijalnih žrtava mogućeg ponovljenog krivičnog dela.⁴⁵ Pri tom, kazna je često imala dve komponente: jedna je vreme provedeno u zatvoru, a druga je oročena zabrana povratka u mesto stanovanja, odnosno obaveza ostajanja u Sibiru, koja se često pretvarala i u naseljavanje za stalno u Sibiru. Upravo u ovome leži jedan specifičan cilj kažnjavanja prestupnika na ovaj način u Rusiji u XIX veku, a to je kažnjeničko naseljavanje Sibira i njegovih prostranstava, kao prethodnica njegove pune kolonizacije.⁴⁶

- 43 O uklanjanju unutrašnjih normi, vezanih za gubitak reputacije do koga dolazi sa zatočenjem, pripovedač svedoči na osnovu sledećeg razmišljanja zatočenika: „Kad sam već robijaš, znači, mogu bez stida činiti podlosti – robijaš te robijaš?“ (Dostojevski, 1862, 91). Zanimljiv je uvid Dostojevskog o „rađanju lakomislenosti“. Rečnikom ekonomske nauke sročeno, posredi je porast diskontne stope kojom kažnjenici vrednost nekog ishoda u budućnosti pretvaraju u njegovu sadašnju vrednost.
- 44 Brojni su radovi u kojima se ekonomska analiza krivičnopravne zaštite bavi modelima onesposobljavanja: na primer modelom optimalnog onesposobljavanja (Shavell, 1987), modelom direktnog i indirektnog onesposobljavanja (Erlich, 1981, i Miles, Ludwig, 2007), a distinkciji između direktnog i indirektnog onesposobljavanja, opadanjem nivoa aktivnosti kriminalnih grupa čiji su neki članovi zatočeni, posvećeno je dosta radova (Glaeser, Sacredote, Scheinkman, 1996, Donohue, 2005, i Marvell, 2010).
- 45 U neobaveznom i za glavnu radnju nevezanom razgovoru u romanu „Braća Karamazovi“ kaže se za jednog od sporednih likova da se „vratio iz Sibira u Rusiju“. Očigledno da u to vreme, pre izgradnje transsibirske železnice, Sibir nije smatran integralnim delom Rusije. Da je onesposobljavanje bilo osnovni cilj progonstva u Sibir potvrđuje i to što je posle amnestije, koja je sledila Februarsku revoluciju 1917. godine, došlo do izuzetnog povećanja nivoa kriminala u Petrogradu i Moskvi. Više o tome videti u: Beer (2016).
- 46 Više o tom cilju kaznene politike i (ne)uspehu te vrste kolonizacije Sibira, posebno u slučaju Sahalina, videti u: Beer (2016). Zanimljivo je da se isti motiv zatočenja u Sibiru ponovo javlja u doba boljševičke vlasti i industrijalizacije zemlje. Sistem gulaga je, između ostalog, prisilno obezbeđivao radnu snagu za najteže poslove u određenim delovima Sibira, poput rada u rudnicima na Kolimi, za koje je procenjeno da tržište radne snage, onakvo kakvo je postojalo, ne bi obezbedilo dovoljnu ponudu rada. Više od tome videti u: Applebaum (2003).

Ilustraciju da progonstvo u Sibir i zatvorska kazna koja se tamo sprovodi ne daju nikakve rezultate na planu, savremenim rečnikom rečeno, resocijalizacije, pruža i Raskoljnikovljev primer. Ništa se, posle njegovog priznanja zločina u policiji, osude i zatočenja u Sibiru, ne menja ni u njegovom ponašanju, ni u njegovoj psihi, ni u pogledu njegovih preferencija. Nikakvo robijaško ispaštanje, nikakva zatvorska resocijalizacija, ništa od toga nije pomoglo da se Raskoljnikov promeni. Promenu njegovih preferencija, njegovo pokajanje i preporod omogućila je Sonja Marmeladova i njena lojalnost prema Raskoljnikovu. Kada je Raskoljnikov to shvatio, dve stranice pre kraja romana, bio je spreman za – resocijalizaciju.⁴⁷

Zanimljivo pitanje kojim se bavi ekonomska analiza kriminala, odnosno krivičnopravne zaštite, jeste da li se negativna korisnost koju stvara zatvorska kazna menja u vremenu, odnosno da li se menja sa protekom te kazne. Polinsky i Shavel (1999) teorijski dopuštaju sve tri mogućnosti. Jednu čini linearna veza pri kojoj protek vremena, to jest produženje zatvorske kazne dovodi do proporcionalnog povećanja negativne korisnosti zatvorenika.⁴⁸ Druga vrsta su svojevrsni „rastući prinosi“ negativne korisnosti, to jest rastuća prosečna negativna korisnost. To se može objasniti time što produžetak odvojenosti od porodice i prijatelja dovodi do povećanja negativne korisnosti zatvorenika manjeg od proporcionalnog. Treća vrsta su svojevrsni „opadajući prinosi“, to jest opadajuća prosečna negativna korisnost. Dodatno vreme provedeno na izdržavanju zatvorske kazne generiše sve manju i manju dodatnu negativnu korisnost, što znači da postoji opadajući, mada stalno pozitivan granični „proizvod“ kažnjavanja. Razlozi za ovakav karakter „prinosa“ vremena provedenog na izdržavanju zatvorske kazne leže u tome što sama presuda, odnosno njeno sprovođenje, odnosno zatvaranje dovodi do jednokratnih efekata (gubitak reputacije na tržištu radne snage, na primer), odnosno prvo vreme izdržavanja zatvorske kazne je najteže, budući da se tada novopridošli zatvorenik prilagođava novonastaloj situaciji, što znači da se na samom početku kazne generiše najveći deo negativne korisnosti.⁴⁹

Iako zasad ne postoje empirijski nalazi o karakteru prinosa vremena zatvorske kazne na negativnu korisnost onih koji je izdržavaju, svedočenje Dostojevskog u „Zapisima iz mrtvog doma“ pruža određene uvide o tome. Već sama struktura tog romana i poglavlja pod naslovima „Prvi utisci“, „Prva nedelja“, „Prvi mesec“, „Prva godina“ indirektno pokazuju postojanje opadajućih efekata zatvorske kazne u vremenu, to jest opadajuću prosečnu negativnu korisnost koju stvara ta kazna u vremenu. Najveći gubitak korisnosti je, po svemu sudeći, na samom početku zatvorske kazne. To indirektno potvrđuje i sam pripovedač: „Prvog meseca i, uopšte, početka mog tamnovanja i sada se živo sećam. Spomeni na ostale godine robije promiču u mom sećanju mnogo blede“. (Dostojevski, 1862, 30).

47 „Hteli su da govore, ali nisu mogli. Oči su im bile pune suza. Oboje su bili bleđi i mršavi; ali na tim bleđim i bolešljivim licima već je sijala zora obnovljene budućnosti, potpunog vaskrsenja u novi život. Njih je vaskršla ljubav; srce jednog nosilo je u sebi neiscrpne izvore za život drugog.“ (Dostojevski, 1866, 603).

48 Ovde je reč o svojevrsnoj prosečnoj negativnoj korisnosti zatvorenika, to jest o negativnoj korisnosti koju stvara ista vremenska jedinica provedena u zatvoru, na primer negativna korisnost po danu zatočenja. U slučaju linearne veze, reč je, dakle, o konstantnoj prosečnoj negativnoj korisnosti.

49 Više o ovome videti u: Begović (2012).

Ekonomska analiza kriminala odavno je ukazala na to da je zatvorska kazna najskuplja kazna, to jest kazna koja generiše najviše troškove, posmatrane, naravno, kao ukupne oportunitetne troškove, koji uključuju i oportunitetne troškove vremena zatvorenika. Ti oportunitetni troškovi predstavljaju propuštenu dobit, u najširem smislu reči, od produktivnog angažovanja njihove radne snage do koga nije došlo upravo zbog njihovog kažnjavanja, zbog njihovog zatočenja. Uz sve to, ne samo da se ne unapređuje njihov ljudski kapital nego, ukoliko ga je i bilo, on propada, počinje da se topi. Uvidi Dostojevskog potvrđuju da je reč o znatnim oportunitetnim troškovima. Posle božićne predstave koju su priredili zatočenici, očigledno impresioniran njihovim talentom i ugođajem koji su priredili, pripovedač postavlja retoričko pitanje o tome kako čovek i „...nehotice pomisli: koliko snaga i talenta uzaludno propada kod nas u Rusiji, u ropstvu i gorkoj nevolji!“ (Dostojevski, 1862, 183). Pripovedač nema dileme da su u pitanju veliki troškovi i da njihov nivo nije relevantan samo za zatočenike već i za celo rusko društvo. „I koliko je mladosti sahranjeno uzalud među ovim zidovima, koliko je velikih snaga ovde propalo nepotrebno!... Jer možda su ovo najdarovitiji i najjači ljudi celog našeg naroda!“ (Dostojevski, 1862, 327).

Na vrednosnom planu, u radu Dostojevskog mogu se pronaći uvidi, poput ovog upravo navedenog, na osnovu kojih se dá zaključiti da je on protivnik zatvorske kazne, naročito načina na koji je ona sprovedena u Rusiji XIX veka. Možda je, bar u određenoj meri, te svoje stavove iskazao rečima oca Pajsija, lika iz romana „Braća Karamazov“, u raspravi sa Ivanom Karamazovim o pitanju „crkveno-građanskog suda“ i njegovim nadležnostima.⁵⁰ „Sva ta progonstva i robijaški rad, ranije još sa batinama, nikoga ne popravljaju i što je glavno, gotovo nikada ne zastrašuju prestupnika, i broj zločina se ne samo ne smanjuje već, što dalje, sve više raste. ... Ispada da društvo na taj način nije zaštićeno, jer iako se mehanički odseca štetni član i progoni se daleko, da ga očima ne vide, ali na njegovo mesto odmah se javlja drugi prestupnik, a možda čak i dvojica.“ (Dostojevski, 1880, 81).

Jezikom savremene ekonomske nauke i njene discipline ekonomske analize kriminala rečeno, stvari su veoma jasne – otac Pajsije ne smatra da zatvorska kazna, bar ne onako kako se primenjivala u Rusiji u XIX veka, dovodi do, modernim rečnikom sročeno, resocijalizacije, a stavom da „gotovo nikada ne zastrašuju prestupnika“ ukazuje na to su efekti specijalne i generalne prevencije zanemarljivi.⁵¹ Konačno, otac Pajsije upućuje na to da je onesposobljavanje prestupnika njegovim zatočenjem nedelotvorno sa stanovišta nivoa kriminala, budući da se „na njegovo mesto odmah [se] javlja drugi prestupnik, a možda čak i dvojica“, što je u potpunosti u skladu sa nalazima ekonomskih modela indirektnog onesposobljavanja i mogućnostima supstitucije ponude kriminala onima koji dotad nisu bili prestupnici.⁵²

50 Pridev građanski u ovom kontekstu odnosi se na državni sud opšte nadležnosti, a ne sud čija bi nadležnost bila isključivo građanskopravna materija.

51 Može da bude sporno da li se navedena rečenica odnosi samo na prestupnika koji je kažnjen (u tom slučaju bi reč bila samo o specijalnoj prevenciji) ili se odnosi na bilo kog (potencijalnog) prestupnika, što dopušta uključivanje. Autor ovog teksta smatra ovo drugo – zbog toga se i opredelio za stav da Dostojevski, rečima oca Pajsija, govori o neznatnoj specijalnoj i generalnoj prevenciji.

52 Više o tim mehanizmima i potrebnim uslovima da uz onesposobljavanja dođe do porasta nivoa kriminala videti u: Begović (2012).

Šta Dostojevski, rečima oca Pajsija, možda vidi kao alternativu? Otac Pajsije jasno stavlja do znanja da „...kada ne bi bilo Hristove crkve, onda za prestupnika ne bi bilo nikakve zapreke u zločinu, čak ni kasnije kazne za zločin, to jest prave kazne, a ne mehaničke... koja u većini slučajeva samo ozlojedi srce, već stvarne kazne, jedino stvarne, koja jedino plaši i smiruje i koja se sastoji u priznanju krivice sopstvene savesti.“ (Dostojevski, 1880, 80–81). Dakle, jasno se stavlja do znanja da je jedina delotvorna kazna ona zasnovana na moralnim normama – „sopstvene savesti“ – i internoj sankciji „krivice sopstvene savesti“. U ovakvom načinu kažnjavanja nema onesposobljavanja, shvaćenog kao onemogućavanje pojedincu da učini krivično delo, već samo njegovog odvratanja od tog činjenja, bez obzira na to da li je reč o specijalnoj ili generalnoj prevenciji. Ključni mehanizam tog odvratanja jeste strah od duševne patnje do koje dolazi sa učinjenim krivičnim delom.

Zaprepašćujuća je sličnost osnovnog mehanizma modela oca Pajsija i izvornog Bekerovog modela. Na normativnom planu, i jedan i drugi u potpunosti su okrenuti odvratanju, to jest prevenciji, specijalnoj i generalnoj. I za jednog i za drugog prioritet je da se umani broj krivičnih dela, da se obori nivo kriminala.⁵³ I jedan i drugi sagledavaju kaznu kao osnovni mehanizam kojim se to može postići. I jedan i drugi polaze od racionalnog ponašanja pojedinca, od njegovog straha od kazne i racionalne kalkulacije da li da, u svetlosti te kazne, učine krivično delo.

Zanimljive su, naravno, i razlike. Dok je u modelu oca Pajsija kazna interna, zasnovana na unutrašnjim stegama ponašanja pojedinca, to jest moralnim normama, koje se neminovno razlikuju od jednog do drugog čoveka, u Bekerovom modelu kazna je novčana, propisana zakonom i istovetna je za sve ljude. Odatle sledi i druga, veoma bitna razlika. Sa stanovišta obaranja nivoa kriminala, u modelu oca Pajsija nepoznata veličina je obuhvat ljudi koji dele istovetne ili barem slične moralne norme koje ih sputavaju u činjenju prestupa; što je veći taj obuhvat, niži je *ceteris paribus* nivo kriminala. Odgovarajuća veličina u Bekerovom modelu jeste verovatnoća kažnjavanja – što je veća verovatnoća kažnjavanja, veća je očekivana vrednost kazne, pa je stoga niži *ceteris paribus* nivo kriminala.

Imajući u vidu ove razlike u elementima modela, postavlja se pitanje: šta to treba da se učini kako bi se oborio nivo kriminala, modernim rečnikom rečeno – kakve su politike potrebne? Šta da se radi? Otac Pajsije nema dilema u tom pogledu, i to jasno stavlja do znanja Ivanu Karamazovu.⁵⁴ „Prema tome, samo pred crkvom savremeni prestupnik i može priznati svoju krivicu, a ne pred državom.“ (Dostojevski, 1880, 81). No, može se postaviti pitanje šta činiti ukoliko ogroman broj ljudi nema nikakve moralne norme, nikakve interne stege, čije bi kršenje doživeli kao krivicu. Reč je o tome da je priznanje pred crkvom, nezavisno od toga da li se ono odigrava u zgradi neke crkve ili na obali reke Irtiš, dobrovoljno. Oni koji u sebi nemaju unutrašnje norme, a o takvima je Dostojevski dosta pisao, takvih je prepun

53 U modelu oca Pajsija figurira i nešto što bi se moglo označiti kao resocijalizacija: „ako nešto i štiti društvo, čak i u naše vreme, i samog prestupnika čak ispravlja i preporada u drugog čoveka, onda je to jedino Hristov zakon koji se odražava u saznanju sopstvene savesti“. (Dostojevski, 1880, 81).

54 Sve je ovo ipak deo njihove rasprave o predlogu Ivana Karamazova za uspostavljanje crkveno-državnog suda i o njegovim nadležnostima, poglavlje „Neka bude, neka bude“.

„mrtvi dom“, nemaju šta da priznaju. Mogući odgovor samog Dostojevskog, rečima oca Pajsija, jeste da oni ne smeju da budu odbačeni. „O šta bi bilo sa prestupnikom, gospode! kada bi ga hrišćanska zajednica, to jest crkva, odbacila kao što ga odbacuje i odseca građanski zakon?“ (Dostojevski, 1880, 81). Dakle, za oca Pajsija crkva ima ključnu ulogu u formiranju i širenju moralnih normi koje će obezbediti specijalnu i generalnu prevenciju, mada iz navedene rečenice nije jasno kako se obezbeđuje generalna prevencija.⁵⁵

Nasuprot tome, za Bekera specijalna i generalna prevencija obezbeđuju se zaostavanjem kaznene politike, to jest uvećanjem zaprećene kazne, i uvećanjem verovatnoće kažnjavanja, što se postiže uvećanjem budžetskih rashoda na sve one službe čije delanje utiče na tu verovatnoću, a pre svih policiju. Dakle, Beker vidi rešenje u državi i u njenom efikasnom obavljanju državnih poslova.

Postoji još jedna bitna razlika. Bekera ne interesuje sudbina prestupnika. Jedino ga interesuje da on bude kažnjen na način koji bi odvratio sve zainteresovane od činjenja krivičnog dela. Van toga, Beker je indiferentan u pogledu sudbine prestupnika. Nasuprot tome, Dostojevski vodi računa o prestupniku, ma ko on bio. Pruža mu, ispaštanjem, priliku za katarzu, za pokajanje, za iskupljenje, za preporod i novi život. Mnogi likovi iz opusa Dostojevskog zorno pokazuju da uspeh nije zagaran-tovan. A zagarrantovao je da se ekonomska nauka ne bavi kategorijama pokajanja, iskupljenja i preporoda. Kako stvari stoje, čini se da uskoro neće ni početi.

ZAKLJUČAK

Iznenadujuće je veliki stepen konvergencije nalaza do kojih je došla savremena ekonomska analiza, proizašla iz Bekerovog modela i uvida o kriminalu i krivično-pravnoj zaštiti iz književnog opusa Fjodora Mihajloviča Dostojevskog. Iznenadujuće kada se uzmu u obzir mnoge stvari, počev od više od jednog veka u kome su nastali i ogromnih razlika u metodologiji. Isto je tako neočekivano, bar za autora ovog rada, to što se uvidi do kojih je došao Dostojevski, iako je naravno njegova terminologija veoma daleko od terminologije savremene ekonomske nauke, mogu veoma lako i prilično uspešno sistematizovati unutar metodološkog okvira ekonomske nauke, tako da se jasno pokazuju podudaranja, sličnosti, ali i razlike.

Podudaranja su brojna. I za ekonomiste i za Dostojevskog ljudska bića su, bar u najvećem broju, racionalna, time što maksimizuju korisnost koju prisvajaju, i racionalno donose odluke. I jedna i druga strana prihvataju subjektivnost funkcije korisnosti, suverenost potrošača i egzogenost njegovih preferencija. To i jednoj i drugoj strani omogućava da objasni, a ne da opravda. Da objasni da je činjenje zla drugom racionalni izbor određenog broja ljudi.

I ekonomisti i Dostojevski razumeju da ljudi čine krivična dela – zločin – zbog toga što im to uvećava korisnosti, a ne zbog toga što je njihovo ponašanje iracionalno. A šta sve nekom može da čini korisnost, kakve su mu preferencije, drugo

55 Logičan odgovor na ovo pitanje bi bio da se to obezbeđuje tako što Hristova crkva širi veru među bezbožnicima, pa time uvećava stepen rasprostranjenosti onih moralnih normi koje obezbeđuju generalnu prevenciju, putem širenja straha od duševne patnje. Ovaj uvid se ne nalazi u opusu Dostojevskog, već je samo interpretacija autora ovog rada.

je pitanje. I jedna i druga strana dopuštaju da dohodak od činjenja krivičnog dela, mada Dostojevski, naravno ne upotrebljava tu terminologiju, može biti monetarni i psihički.

Kaznu obe strane shvataju na najširi mogući način, s tim što ekonomisti to nazivaju negativna korisnost, posmatrana kao umanjenje ukupne korisnosti koju privsvaja kažnjenik, dok Dostojevski to naziva jednostavno i rečito – ispaštanje. Nije bitno šta je izvor tog ispaštavanja. Da li je reč o zakonom predviđenoj kazni, o sankciji koja je posledica kršenja običajnih normi ili o internoj sankciji – sankciji za kršenje unutrašnjih, moralnih normi. Ipak, ekonomisti, kada se opredeljuju u pogledu poželjnosti, daju prednost zakonski određenoj kazni, naročito novčanoj, dok Dostojevski kazni koja je interna sankcija.

Zajednički su, bar u određenoj meri, ciljevi kažnjavanja, bez obzira na sasvim razumljive razlike u terminologiji. A prilično je slična i nepovoljna ocena zatvorske kazne. Saglasnost postoji u tome da ona ne obezbeđuje resocijalizaciju, kao i da onesposobljavanje nema značajne efekte na obaranje nivoa kriminala. Ekonomisti nešto bolje ocenjuju specijalnu i generalnu prevenciju kada je u pitanju zatvorska kazna, ali obe strane ukazuju na ogromne troškove koje ta kazna stvara, pre svega oportunitetne troškove vremena zatočenika.

Razlike su znatne na normativnom planu – u pogledu onoga što se predlaže. Dok ekonomisti radi jačanja specijalne i generalne prevencije preporučuju povećanje verovatnoće kažnjavanja i širu upotrebu drakonskih novčanih kazni i zalažu se da država sprovodi takvu kaznenu politiku, Dostojevski, rečima svojih likova, smatra da kriminalnu prevenciju treba prepustiti unutrašnjim, moralnim normama i internoj sankciji za njihovo kršenje, a da je posao crkve, a ne države, da potpomogne stvaranje, odnosno jačanje tih normi. Malo je verovatno da će današnje države postupati po preporukama Dostojevskog, ali, sudeći prema velikom poverenju koje mnogi i danas imaju u zatvorsku kaznu, ni ekonomisti, sa svojim insistiranjem na novčanoj, ne prolaze mnogo bolje.

LITERATURA

- Ahmetagić, Jasmina. 2013. *Knjiga o Dostojevskom: bolest prekomernog stvaranja*, Beograd: Dereta.
- Applebaum, Anne. 2003. *Gulag: A History*, London: Allen Lane.
- Babović, Milosav. 1983. *Stvaralaštvo Dostojevskog*, Beograd: Lento, Beograd, 2009.
- Becker, Garry S. 1962. Irrational Behavior and Economic Theory, *Journal of Political Economy*, 70(1): 1–13.
- Becker, Garry S. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, 76(2): 443–478.
- Becker, Garry S. 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago & London: University of Chicago Press.
- Beer, Daniel. 2016. *The House of the Dead: Siberian Exile Under the Tsars*, London: Allen Lane.
- Begović, Boris. 2004. Gary S. Becker – ekonomski imperijalista. 75–100 u *Ekonomski nobelovci 1990 – 2003*, ur. Branislav Pelević, Beograd: Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

- Begović, Boris. 2012. Zatvorska populacija i kriminal: postoji li uzročno-posledična veza?. 96–118 u *Kaznena reakcija u Srbiji II deo*, ur. Đorđe Ignjatović, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Begović, Boris. 2015a. *Ekonomska analiza generalne prevencije*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Begović, Boris. 2015b. Postulat o racionalnosti prestupnika: kamen temeljac ekonomska analize kriminala. 121–142 u *Kaznena reakcija u Srbiji V deo*, ur. Đorđe Ignjatović, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Begović, Boris. 2020. Sa one strane pravne tradicije: univerzalnost koncepcije novca u ekonomskoj teoriji I književnosti na primeru „Zapisa iz mrtvog doma“ F.M. Dostojevskog, rad pripremljen za konferenciju *Pravna tradicija i integrativni procesi* Pravnog fakulteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica (u štampi).
- Begović, Boris, Aleksandra Jovanović, Branko Radulović. 2020. *Ekonomska analiza prava*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Donohue, John J. 2005. Guns, Crime, and the Impact of State Right-to-Carry Laws, *Fordham Law Review*, 73(3): 623–652.
- Dostojevski, Fjodor M. 1862. *Zapisi iz mrtvog doma*, prevod Milosava Babovića, Beograd: Lento, 2009.
- Dostojevski, Fjodor M. 1864. *Zapisi iz podzemlja*, prevod Milosava Babovića, Beograd: Lento, 2009.
- Dostojevski, Fjodor M. 1866. *Zločin i kazna*, prevod Milosava Babovića, Beograd: Lento, 2009.
- Dostojevski, Fjodor M. 1867. *Kockar*, prevod Petra Vujčića, Beograd: Lento, 2009.
- Dostojevski, Fjodor M. 1869. *Idiot*, I deo, prevod Milosava Babovića, Beograd: Lento, 2009.
- Dostojevski, Fjodor. M. 1880. *Braća Karamazovi*, I deo, prevod Milosava Babovića, Beograd: Lento, 2009.
- Ehrlich, Isaac. 1981., On the Usefulness of Controlling Individuals: An Economic Analysis of Rehabilitation, Incapacitation, and Deterrence, *American Economic Review*, 71(2): 307–322.
- Glaeser, Edward L., Bruce Sacredote, José A. Scheinkman. 1996. Crime and Social Interactions, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 111(2): 507–48.
- Kollmann, Nancy. 2012. *Crime and Punishment in Early Modern Russia*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Marvel, Thomas B. 2010. Prison Population and Crime. 145–183 u *Handbook on the Economics of Crime*, eds. Bruce L. Benson, Paul R. Zimmerman. Cheltenham: Edward Elgar.
- Miles, Thomas J., Jens Ludwig. 2007. The Silence of the Lambdas: Deterring Incapacitation Research, *Journal of Quantitative Criminology*, 23 (2): 287–301.
- Montefiore, Simon Sebag. 2016. *The Romanovs: 1613–1918*, London: Weidenfeld & Nicolson.
- Morson, Garry S., Morton Schapiro. 2017. *Cents and Sensibility: What Economics Can Learn from the Humanities*, Princeton & Oxford: Princeton University Press.
- Piketty, Thomas. 2014. *Capital in the Twenty-First Century*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Polinsky, A. Mitchell, Steven Shavell. 1999. On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence, *Journal of Legal Studies*, 28(1): 1–16.
- Posner, Richard A. 1998. Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law, *Stanford Law Review*, 50(4): 1551–1575.

- Rawson, Donald. 1984. The Death Penalty on Late Tsarist Russia: An Investigation of Judicial Procedures, *Russian History*, 11(1): 29–52.
- Stigler, George J., Becker, Garry S. 1967. De Gustibus Non Est Disputandum, *American Economic Review*, 67(2): 76–90.
- Stojanović, Dragan. 2003. *Rajski um Dostojevskog*, drugo dopunjeno izdanje, Beograd; Čigoja.

Boris Begović

Faculty of Law, University of Belgrade

LITERATURE AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF CRIME: FROM FYODOR M. DOSTOYEVSKY TO GARRY S. BECKER AND BACK

SUMMARY

The aim of the paper is to link insights from the literature and the findings of the economic analysis of crime. That is accomplished by consideration of the finding of Becker's model of crime, as well as other models that have been formulated by its modification, from the viewpoint of insight on crime and criminal law founded in the opus of Fyodor Mikhailovich Dostoyevsky. It has been demonstrated that substantial similarities exist, starting with that the both sides fully accept subjectivity of the utility function, endogenous preferences of individuals, their sovereignty in the process of utility maximization, and, on that ground, rational choices of individuals. Accordingly, both sides, regardless of different terminology, has identifies psychic income as motive of crime. Both sides consider punishment in the widest possible sense, though with unavoidable difference of terminology, but the content is identical – negative utility or expiation. Neither economist, nor Dostoyevsky praise incarceration as punishment and the later, with undeniable authenticity, points out the huge opportunity costs of this type of punishment. On the normative ground, Dostoyevsky has, using the insights of his literary characters, formulated a consistent system of desirable punishment, focused to the deterrence based on the internal moral norms and the fear of the psychic suffering as the internal sanction for their violation. Contrary to that, economists consider desirable punishment based on the statutory specified fines, increase in its amount and probability of punishment. In the first case it is the job of the Church to reinforce and spread internal norms, in the latter, it is job of the state to formulate and enforce the optimal punishment.

Key words: Becker's model, F.M. Dostoyevsky, rationality, crime, punishment, punishment enforcement.

KRIVIČNO DELO RASNA I DRUGA DISKRIMINACIJA (ČLAN 387. KZ) – PRECIZIRANJE GRANICA KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE

Apstrakt: U ovom radu predmet interesovanja je krivično dela rasna i druga diskriminacija (član 387. KZ) koje je sistematizovano u glavi krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava. Krivično delo ima ukupno šest oblika propisanih u skladu sa odgovarajućim međunarodnim dokumentima. Autor u radu daje prikaz i vrši detaljnu analizu obeležja svakog oblika krivičnog dela. U datom kontekstu autor posebno nastoji da precizira međusobni odnos pojedinih oblika krivičnog dela kao i njihov odnos sa sadržinski i nomotehnički sličnim krivičnim delima. To su sledeća krivična dela: krivično delo povreda ravnopravnosti (član 128. KZ), krivično delo proganjanje (član 138a KZ), krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317. KZ) i krivično delo ugrožavanje sigurnosti (član 138. KZ). Primarna težnja autora jeste da učini transparentnim ekstenzivno postavljene granice kažnjivosti krivičnog dela rasna i druga diskriminacija i takođe da naglasi izuzetan značaj koji načelo *lex certa* ima prilikom propisivanja krivičnih dela sa apstraktnom opasnošću. Posebna pažnja je posvećena pravnoj prirodi kako objektivnih, tako i subjektivnih obeležja pojedinih oblika ove inkriminacije i pri tome je ukazano na najznačajnija sporna pitanja. Teorijska razmatranja su potkrepljena jednim brojem ilustrativnih odluka domaćih sudova kao i pojedinim relevantnim stavovima Evropskog suda za ljudska prava. Sve navedeno rezultiralo je donošenjem odgovarajućih zaključaka koji se odnose sadržinu i pravnu prirodu pojedinih oblika krivičnog dela rasna i druga diskriminacija. U skladu sa formulisanim zaključcima, na samom kraju rada, dati si i predlozi *de lege ferenda*.

Ključne reči: krivično delo rasna i druga diskriminacija (član 387. KZ), krivično delo povreda ravnopravnosti (član 128. KZ), krivično delo proganjanje (član 138a KZ), krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317. KZ), krivično delo ugrožavanje sigurnosti (član 138. KZ).

UVODNE NAPOMENE

Krivično delo rasna i druga diskriminacija iz člana 387. KZ pripada glavi krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Jezičkim tumačenjem naziva ove glave krivičnih dela zaključuje se da grupni zaštitni objekt predstavljaju čovečnost i druga dobra zaštićena međunarodnim pravom. Treba smatrati da u datom kontekstu pojmovi „čovečnost“ i „druga dobra zaštićena međunarodnim pravom“ označavaju najvažnija dobra čoveka i osnovna prava, a time i slobode, koji su garantovani odgovarajućim međunarodnim aktima čija pra-

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

vila predstavljaju sadržinu međunarodnog humanitarnog i međunarodnog ratnog prava. Krivično delo rasna i druga diskriminacija ima ukupno šest oblika. Prvobitno je bilo propisano samo tri oblika, da bi 2009. godine bila uneta još dva, a 2016. godine još jedan oblik.¹ Neposredni objekt zaštite ovog krivičnog dela jesu međunarodno priznata osnovna ljudska prava.

1. POZITIVNOPRAVNI ASPEKT RAZMATRANJA

Objektivno nepravo *prvog oblika krivičnog dela rasna i druga diskriminacija (član 387, stav 1. KZ)* obuhvata radnju izvršenja i posledicu. Prema zakonskom tekstu značaj radnje izvršenja krivičnog dela ima svaka delatnost koja predstavlja kršenje osnovnih ljudskih prava i sloboda zajamčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava koje je Srbija ratifikovala međunarodnim ugovorima. Ukoliko se pođe od jezičkog smisla pojma „kršiti“ koji označava nepoštovanje, nepridržavanje određenih pravila,² da se zaključiti da se radnja izvršenja krivičnog dela manifestuje u vidu uskraćivanja ili ograničavanja međunarodno priznatih osnovnih ljudskih prava i sloboda, a da je posledica krivičnog dela njihova povreda. Da bi postojalo krivično delo neophodno je da se kršenje osnovnih ljudskih prava i sloboda vrši na osnovu rase, boje kože, verske pripadnosti, nacionalnosti, etničkog porekla ili na osnovu nekog drugog ličnog svojstva.³

Krivično delo rasna i druga diskriminacija ima sličnosti sa *krivičnim delom povreda ravnopravnosti (član 128. KZ)* koje spada u glavu krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina. Neposredni objekt zaštite ove inkriminacije jeste ustavno načelo o jednakosti građana.⁴

Oba krivična dela se na objektivnom planu realizuju preduzimanjem istih delatnosti – uskraćivanjem ili ograničavanjem osnovnih ljudskih prava i sloboda, tač-

1 Više o genezi krivičnog dela rasna i druga diskriminacija vid. N. Delić, *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd 2014, 212–213.

2 Kršiti – ne poštovati zakonske odredbe. Grupa autora, urednik M. Nikolić, *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad 2007, 607.

3 Utvrđivanju postojanja obeležja ovog krivičnog dela u svakom konkretnom slučaju treba pristupiti sa naročitom pažnjom i pri tome posebno imati u vidu da krivično delo ne obuhvata svaki oblik pravnog razlikovanja. Kako ESLJP konstatuje u *Belgijskom lingvističkom slučaju iz 1968. godine*: „Bili bismo prinuđeni da presuđujemo kao suprotne Konvenciji mnogobrojne zakonske i uredbodavne odredbe koje ne obezbeđuju svima potpunu jednakost postupanja u uživanju priznatih prava i sloboda. Nadležne vlasti država članica često se suočavaju sa situacijama i problemima čija različitost zahteva različita rešenja; osim toga, određene pravne nejednakosti upravo doprinose tome da se isprave faktičke nejednakosti“. Otuda ESLJP formuliše kriterijume na osnovu kojih se utvrđuje da li „razlikovanje prava“ u konkretnom slučaju predstavlja diskriminaciju i navodi: „jednakost postupanja je prekršena ukoliko ne postoji objektivno i razumno opravdanje razlikovanja. Postojanje takvog opravdanja mora se ceniti u odnosu na cilj i posledice razmatrane mere, uz uzimanje u obzir načela koja najčešće preovlađuju u demokratskim društvima.“ Kako se naglašava, do diskriminacije može doći i kada je u pitanju ostvarenje legitimnog cilja „ukoliko se ustanovi da nema razumnog odnosa srazmernosti između upotrebljenih sredstava i cilja kojem se težilo“. Vid. N. Petrušić, I. Krstić, T. Marinković, *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Beograd 2016, 63–64.

4 Grupa autora, redaktor N. Srzentić, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd 1986, 524.

nije rečeno, ljudskih prava i sloboda zajamčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava koje je Srbija ratifikovala međunarodnim ugovorima, odnosno prava čoveka i građanina utvrđenih Ustavom, zakonima ili drugim propisima ili opštim aktima ili potvrđenih međunarodnim ugovorima. Takođe, radnja izvršenja krivičnog dela povreda ravnopravnosti se preduzima zbog nacionalne ili etničke pripadnosti, rase, veroispovesti ili zbog odsustva te pripadnosti ili zbog razlike u pogledu političkog ili drugog ubeđenja, pola, invaliditeta, seksualne orijentacije, rodnog identiteta, jezika, obrazovanja, društvenog položaja, socijalnog porekla, imovnog stanja ili nekog drugog ličnog svojstva.⁵

Po pitanju diferenciranja ova dva krivična dela u doktrini nailazimo na različite stavove. Iako ima mišljenja da za krivično delo povreda ravnopravnosti nije bitno da li se radnja izvršenja preduzima prema državljanima naše zemlje ili stranim državljanima, nezavisno od njihove rasne pripadnosti,⁶ u literaturi se ističe da kod ovog krivičnog dela krivičnopravnu zaštitu uživaju građani naše zemlje, a da su zaštitom krivičnog dela rasna i druga diskriminacija obuhvaćena lica koja nisu naši državljani, to jeste, strani državljani i lica bez državljanstva. Takođe se navodi da se kod krivičnog dela rasna i druga diskriminacija radi o pravima i slobodama koji su priznati od strane međunarodne zajednice, a da se krivično delo povreda ravnopravnosti vrši povredom propisa donetih u našoj zemlji.⁷ Novija doktrina suštinsku razliku vidi u tome što krivično delo rasna i druga diskriminacija sadrži opštu zabranu kršenja međunarodno priznatih ljudskih prava.⁸ Imajući u vidu da su oba krivična dela u naše zakonodavstvo uneta u skladu sa zabranom diskriminacije koja je proklamovana i garantovana u međunarodnim dokumentima, stiče se utisak da bi značaj navedenih kriterijuma za njihovo razlikovanje ipak bio ograničen. Ovo pre svega iz razloga što zakonski opis krivičnog dela povreda ravnopravnosti prevazilazi okvire objektivnog neprava krivičnog dela rasne i druge diskriminacije samo u odnosu na radnju izvršenja koja se sastoji u davanju povlastica i pogodnosti, za koju se naglašava da to ne mora biti učinjeno na štetu drugih građana,⁹ kao i da povlastice i pogodnosti ne moraju biti zasnovane na nekom konkretnom propisu.¹⁰ Iako su sistematizovana u različitim glavama krivičnih dela, objekti zaštite ova dva krivična dela se takođe u određenoj meri preklapaju. Pravo na pravnu jednakost kao jedno od osnovnih prava čoveka koje je garantovano na nacionalnom nivou istovremeno predstavlja i jedno od međunarodno priznatih osnovnih ljudskih prava. U tom smislu, treba uzeti da obe inkriminacije pružaju zaštitu svakom licu nezavisno od njegovog državljanstva. Međutim, pitanje kriterijuma za sadržinsko razgraničenje ova dva krivična dela i dalje ostaje otvoreno i otuda formalnu prednost treba dati

5 Vid. više, N. Delić, „Verska pripadnost (veroispovest) kao obeležje bića krivičnih dela predviđenih u zakonodavstvu Republike Srbije,” *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije Državno crkveno pravo kroz vekove, Budva 10–13 oktobar 2019*, Budva-Beograd 2019, 820–823.

6 J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 1957, 363.

7 Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije, posebni deo*, Beograd 1995, 106. i D. Atanacković, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 1981, 64.

8 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2019, 1106.

9 J. Tahović, 355.

10 Grupa autora, redaktor N. Srzentić, 616.

krivičnom delu rasna i druga diskriminacija jer je u pitanju implementirana norma međunarodnog prava.¹¹

Drugi oblik krivičnog dela (član 387, stav 2. KZ) inkriminiše proganjanje organizacija ili pojedinaca zbog njihovog zalaganja za ravnopravnost ljudi. Obaveza propisivanja ove inkriminacije je ustanovljena Konvencijom o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda iz 1973. godine.¹² U doktrini se navodi da izraz „zalaganje za ravnopravnost ljudi“ treba shvatiti u smislu borbe za ukidanje svih oblika diskriminacije navedene u osnovnom obliku ovog krivičnog dela.¹³ Prema zakonskom tekstu radnja izvršenja krivičnog dela sastoji se u proganjanju. Pojmu proganjanja kao načinu izvršenja ovog krivičnog dela u relevantnoj literaturi nije posvećena veća pažnja. Uglavnom se navodi da se proganjanje može vršiti na razne načine, kao što je na primer, zabrana rada organizacije, uništenje ili oštećenje imovine koja pripada organizaciji ili maltretiranje pojedinaca.¹⁴

Zakonom o izmenama i dopuna Krivičnog zakonika (u daljem tekstu: ZID KZ) iz 2016. godine je u naše zakonodavstvo u glavu krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina uneto *krivično delo pod nazivom proganjanje (član 138a KZ)*. Inkriminacija je preuzeta iz Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici iz 2011. godine u kojoj se odredbom člana 34. proganjanje definiše kao „umišljajno ponašanje koje obuhvata ponavljanje pretnji upućenih drugom licu koje kod tog lica prouzrokuju strah za ličnu bezbednost.“¹⁵ Prema tekstu zakonske norme postojanje krivičnog dela podrazumeva preduzimanje neke od pet alternativno propisanih radnji izvršenja. Reč je o pet oblika ovog krivičnog dela. Prva četiri oblika po svojoj prirodi predstavljaju delatnosna krivična dela – krivična dela koja nemaju posledicu u užem smislu, odnosno nemaju posledicu kao obeležje bića krivičnog dela i smatraju se dovršenim okončanjem radnje izvršenja. Peti oblik krivičnog dela pak, predstavlja posledično krivično delo i kao obeležje bića sadrži posledicu koja se sastoji u mogućnosti osetnog ugrožavanja ličnog života pasivnog subjekta.¹⁶ U teoriji se navodi da je ovaj oblik krivičnog dela dovršen nastupanjem apstraktno-konkretne opasnosti.¹⁷ Srpski zakonodavac je kri-

11 F. Bačić, Z. Šeparović, *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb 1992, 339.

12 Zakon o ratifikaciji Međunarodne konvencije o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda („Službeni list SFRJ”, br. 14/75).

13 Grupa autora, redaktor N. Srzentić, 520.

14 Lj. Lazarević, 105.

15 Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 12/13).

16 Uprkos tome, u sudskoj praksi nailazimo na stav da krivično delo proganjanja učinjeno „preduzimanjem drugih sličnih radnji” pretpostavlja posledicu koja se sastoji u osećanju nesigurnosti, nelagodnosti i straha i da je otuda neophodno utvrditi uzročnu vezu između radnje i poremećaja osećanja nesigurnosti (VS u Čačku, Kž. 160/18).

17 Z. Stojanović, „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Sedmi deo*, Beograd 2017, 6–7. Prema Z. Stojanoviću krivična dela apstraktno-konkretne opasnosti karakteriše to što je apstraktna opasnost u vidu „mogućnosti” propisana kao obeležje bića krivičnog dela i suštinski povezana sa takođe predviđenom konkretnom opasnošću (Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd 2019a, 116). Međutim, kako se čini, po pitanju prirode ovih krivičnih dela moguća su tri odgovora. Prvi, da je reč o specifičnom krivičnom delu apstraktno opasnosti – pri čemu po našem mišljenju apstraktna opasnost ovde ipak nije obeležje

minalnu zonu postavio daleko šire nego što predviđa Konvencija budući da pretnja napadom na život, telo ili slobodu drugog lica predstavlja samo jedan od oblika ovog krivičnog dela koji, kao i preostala tri delatnosna oblika, nije vezan za nastupanje posledice u užem smislu, a koja bi prema tekstu Konvencije trebalo da se sastoji u osećanju straha pasivnog subjekta. Postojanje krivičnog dela je dvostruko uslovljeno. Prvi uslov je da se radnja izvršenja preduzima u toku određenog vremenskog perioda. Ispunjenost ovog uslova podrazumeva ponavljanje delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja. Jedna delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzima se više puta ili se jednokratno preduzima više različitih delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja (VKS Kzz. 70/19). Postavljanje ovog uslova je posledica činjenice da jednokratno preduzimanje delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja ne može da ostvari kvantum društvene opasnosti koji opravdava inkriminisanje datog ponašanja. Drugi uslov, koji je dodatno propisao ZID KZ iz 2019. godine, zahteva da se delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja preduzimaju uporno. Iako ima mišljenja da upornost kao objektivno obeležje bića ovog krivičnog dela ima sadržinsku i funkcionalnu samostalnost i podrazumeva „ponavljanje neke radnje radi ostvarenja određenog cilja,¹⁸ logičko tumačenje upućuje na zaključak da ovaj uslov ne egzistira samostalno i da je po prirodi stvari nužno povezan sa prvim uslovom. Naime, shvaćena objektivno, upornost se u konkretnom slučaju svakako manifestuje kroz samo ponavljanje delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja. Time ispunjenost prvog objektivnog uslova – da se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzima u toku određenog vremenskog perioda implicira ispunjenost i drugog objektivnog uslova – da se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzima uporno. Ukoliko bi uslov upornosti bio postavljen tako da zahteva i izvesnu subjektivnu karakteristiku vezanu za lični odnos učinioca prema pasivnom subjektu, a što bi značilo da se njegova ispunjenost u tom slučaju utvrđuje objektivno-subjektivno, čak i takav pristup bi ovom uslovu obezbedio samo delimičnu suštinsku „nezavisnost“. Potpuna sadržinska „autonomija“ uslova upornosti mogla bi biti obezbeđena jedi-

bića krivičnog dela. Drugi, da je to krivično delo apstraktno-konkretno opasnosti – što je po prirodi stvari funkcionalno nespojivo u okviru istog bića krivičnog dela. I treći, da je u pitanju specifično krivično delo konkretne opasnosti, koja i uobičajeno predstavlja obeležje bića, jedino što se ovde ne radi o nastupeloj, već o potencijalnoj, mogućoj konkretnoj opasnosti – što je po prirodi stvari neodrživo jer je mogućnost konkretne opasnosti isto što i apstraktna opasnost. Sledstveno rečenom, plediramo za prvonavedeni odgovor i smatramo da je u pitanju krivično delo koje za posledicu ima apstraktnu opasnost ali da je u pitanju radnja izvršenja koja ne može da stvori potrebno opasno stanje, odnosno da radnja sama po sebi nije podobna da „proizvede“ konkretnu opasnost i otuda je neophodno da bude preduzeta na odgovarajući način. Inače, zakonska konstrukcija petog oblika krivičnog dela proganjanja je koncipirana po uzoru na jedan broj krivičnih dela koja postoje u nemačkom zakonodavstvu, kao što je primera radi, krivično delo ometanje javnog mira putem pretnje (§126 StGb). Shodno zakonskoj normi krivično delo čini onaj ko preti izvršenjem krivičnog dela na način koji podoban da poremeti javni mir. Treba reći da u vezi pitanja posledice ovog krivičnog dela ni u nemačkoj doktrini ne postoji jedinstven stav. Prema prvom stavu – to je apstraktno-konkretno delo ugrožavanja (vid. Schönke, Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 2001, 1196), prema drugom stavu – to je potencijalno delo ugrožavanja (vid. Lackner, Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 2007, 599) i prema trećem stavu – u pitanju su apstraktni delikti podobnosti vid. C. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, München* 2006, 431.

18 Z. Stojanović, (2019), 521.

no primenom isključivo subjektivnog kriterijuma koji bi podrazumevao ispunjenost određenih zahteva kako na strani učinioca, tako i na strani pasivnog subjekta (na primer, nedvosmisleno manifestovana nesaglasnost sa preduzetim aktima). Međutim, ovakvo rešenje bi neopravdano suzilo kriminalnu zonu i u praksi u velikoj meri otežalo dokazivanje krivičnog dela.¹⁹

Sledstveno prethodno iznetom može se videti da u našem zakonodavstvu proganjanje kao radnja izvršenja ima polivalentan značaj koji prevashodno zavisi od prirode krivičnog dela, odnosno njegovog objekta zaštite. Ono što treba naglasiti pri tome, jeste da su kod oba krivična dela koja se sastoje u proganjanju granice krivičnopravne zaštite postavljene krajnje ekstenzivno – kod krivičnog dela rasna i druga diskriminacija zakonodavac nije odredio koje delatnosti mogu imati značaj radnje izvršenja, zatim, kod krivičnog dela proganjanja delatnosti koje mogu imati značaj radnje izvršenja su neprecizno definisane²⁰ i najzad, kod oba krivična dela realizacija objektivnog neprava nije uslovljena nastupanjem konkretnog ugrožavanja ili povrede kao posledice u užem smislu.

Sve u svemu, iz postojećeg zakonskog teksta proizlazi da pojam proganjanja kao radnja izvršenja kojom se iscrpljuje objektivno nepravo krivičnog dela rasna i druga diskriminacija u potpunosti predstavlja faktičko pitanje. Budući da je radnja izvršenja određena trajnim glagolom treba uzeti da je krivično delo učinjeno ukoliko je delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzeta jednom ili više puta. Sadržinska nedorečenost zakonske norme u odnosu na samu radnju izvršenja je u nomotehničkom smislu u izvesnoj meri amortizovana time što je predviđeno da se radnja izvršenja prema nekom (organizaciji ili pojedincu) preduzima „zbog“ njegovog zalaganja za ravnopravnost ljudi. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost.

Treći oblik krivičnog dela (član 387, stav 3. KZ) je preuzet iz Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine²¹ i obuhvata tri alternativno predviđene radnje izvršenja: širenje ideja²² o superiornosti jedne rase nad drugom – širenje rasističkih ideja; propagiranje²³ rasne mržnje²⁴ – širenje rasne mržnje²⁵ i podsticanje na rasnu diskriminaciju²⁶ – podsticanje na rasno zasnovane diskriminatorske aktivnosti.

19 U istom smislu, vid. I. Vuković, „Proganjanje kao krivično delo”, *Kaznena reakcija u Srbiji, Osmi deo*, Beograd 2008, 180–181.

20 Vid. više, Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 2020, 57.

21 „Službeni list SFRJ” – Dodatak, br. 6/67.

22 Ideja – gledište, shvatanje, nazor. Grupa autora, urednik M. Nikolić, 445.

23 Propagirati – vršiti propagandu. Propaganda – širenje ideja ili informacija. Grupa autora, urednik M. Nikolić, 1070.

24 Odredbom člana 4. Konvencije osuđuje se svaka propaganda superiornosti neke rase ili grupe lica izvesne boje kože ili etničkog porekla.

25 Mržnja je vrsta osećanja. Po svojoj trajnosti je sentiment koji postoji prema nekoj osobi za koju se veruje da je zla i da ugrožava određenu vrednost onog koji oseća mržnju. Ono što je zajedničko svim ponašanjima kroz koja se objektivizira osećanje mržnje jeste destrukcija, odnosno nastojanje da se omrznuti povredi. Vid. više, Z. Milivojević, *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Beograd 2014, 435–436.

26 Prema Konvenciji rasna diskriminacija se shvata u širem smislu (u odnosu na pojam rase) i obuhvata svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva zasnovano na rasi, boji, precima, nacionalnom ili etničkom poreklu koji imaju za cilj da naruše ili kompromituju

Uprkos tome što jezičko tumačenje izraza „širenje“ rasističkih ideja po prirodi stvari implicira prethodno postojanje rasističkih ideja, odnosno odgovarajućih uverenja, treba uzeti da u kontekstu ovog krivičnog dela širenje rasističkih ideja podrazumeva formiranje ili učvršćivanje uverenja o ispravnosti ideja o superiornosti jedne rase nad drugom. Isto važi i za drugi oblik radnje izvršenja koji je u zakonskom tekstu određen kao propagiranje, odnosno širenje rasne mržnje. I ovde je opravdano smatrati da radnja izvršenja osim širenja, u smislu intenziviranja postojeće rasne mržnje obuhvata i izazivanje rasne mržnje. Takođe, za treći oblik radnje izvršenja koji je definisan kao podsticanje na rasnu diskriminaciju treba uzeti da pored učvršćivanja postojećeg uverenja o opravdanosti rasne diskriminacije u cilju da dato uverenje bude pokretač određenih aktivnosti – rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti, ovaj oblik radnje izvršenja takođe obuhvata i pozivanje na rasnu diskriminaciju u smislu formiranja uverenja o opravdanosti preduzimanja rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti. Krivično delo se može izvršiti na neki od sledećih načina: usmenim izjavama – govorom pred manjom ili većom grupom lica; pismenim izjavama – bilo kojim oblikom pisane reči objavljene putem nekog od sredstava javnog informisanja kao i letkom ili crtežom (grafitom). Opravdano je uzeti da se krivično delo može izvršiti i pevanjem pesama sa određenom sadržinom, ako se to čini na javnom mestu ili u prisustvu većeg broja lica. S obzirom na sadržinu izjava krivično delo se, uslovno rečeno, može izvršiti neposredno i posredno. Neposredno, izričito vršenje krivičnog dela se sastoji u eksplicitnim izjavama – u direktnom izražavanju ličnih stavova koji imaju za cilj formiranje ili učvršćivanje odgovarajućih uverenja ili direktnom izražavanju ličnih stavova koji su usmereni na izazivanje ili širenje osećanja rasne mržnje. Posredno vršenje krivičnog dela podrazumeva adekvatno saopštavanje odgovarajućih izjava drugih lica ili saopštavanje izjava koje po svojoj sadržini predstavljaju neadekvatno, neobjektivno tumačenje stavova ili izjava drugih lica.

Krivično delo se u potpunosti iscrpljuje kroz radnju izvršenja koja se sastoji u izjavi odgovarajuće sadržine koja je upućena neodređenom krugu lica. Jezičko tumačenje ide u prilog zaključku da je u prvom i drugom slučaju – širenje rasnih ideja i širenje rasne mržnje, izjava usmerena isključivo na formiranja ili učvršćivanja odgovarajućeg uverenja ili na izazivanja ili širenje odgovarajućeg osećanja, a da je samo u trećem slučaju – podsticanje na rasnu diskriminaciju, izjava usmerena na donošenje odluke o preduzimanju odgovarajuće aktivnosti. Teleološko tumačenje pak, govori da nije opravdana simplifikacija substantivnog smisla objektivnog neprava ovog krivičnog dela i da je i u prva dva slučaja prisutno nastojanje da se druga lica pokrenu na akciju. Razlika leži jedino u tome što se tada izjavom ne ostvaruje neposredni uticaj na volju, već se to čini posredno, preko odgovarajućih uverenja ili osećanja koja su po svojoj prirodi podobna dovedu do donošenja odluke o preduzimanju određenih aktivnosti – rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti.

Krivično delo pretpostavlja da je izjava odgovarajuće sadržine koja je upućena neodređenom krugu lica saznata od strane bar nekog/nekim adresata. Ukoliko je izjava saznata od strane jednog ili više lica, krivično delo postoji nezavisno od toga

priznanje, uživanje ili vršenje, pod jednakom uslovima, prava čoveka i osnovnih sloboda u političkoj, ekonomskoj, socijalnoj, i kulturnoj oblasti javnog života (član 1).

da li je izjava ostvarila uticaj na volju u smislu donošenja odgovarajuće odluke – odluke o preduzimanju rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti. Takođe za postojanje krivičnog dela nije značajno da li je izjava do donošenja odluke o preduzimanju rasno zasnovanih diskriminatorskih aktivnosti trebalo da dovede posredno: izjava-uverenje/osećanje-odluka ili neposredno: izjava-odluka. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost.

Četvrti oblik krivičnog dela (član 387, stav 4. KZ) je unet donošenjem ZID KZ iz 2009. godine. Radnju izvršenja krivičnog dela predstavlja širenje ili na drugi način činjenje javno dostupnim tekstova i slika i svako drugo predstavljanje ideja ili teorija koje zagovaraju ili podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje, protiv lica ili grupe lica, zasnovanih na rasi, boji kože, verskoj pripadnosti, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom drugom ličnom svojstvu.

I ovde se objektivno nepravo krivičnog dela realizuje kroz izjavu odgovarajuće sadržine. Ono što prevashodno definiše krivično delo jeste priroda ideja i teorija koje su sadržane u izjavama datim u formi govora, tekstova ili slika. U pitanju su ideje i teorije koje zagovaraju ili podstrekavaju negativnu emociju – mržnju ili zagovaraju ili podstrekavaju negativno delovanje – aktivnosti koje se sastoje u diskriminaciji ili nasilju.²⁷ Ideje i teorije koje zagovaraju mržnju, diskriminaciju ili nasilje su one koji svojom sadržinom zastupaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje, prikazuju ih u afirmativnom svetlu. Ideje i teorije koje podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje su one koji su po svojoj sadržini podobne da kod drugog izazovu mržnju ili da drugog navedu na diskriminaciju ili nasilje. Zagovaranje²⁸ u kontekstu ovog krivičnog dela predstavlja samo jedan od mogućih načina podstrekavanja. Kao i u prethodnom slučaju, izjava koja sadrži odgovarajuće ideje ili teorije ima za krajnji cilj da druga lica pokrene na određenu aktivnost koja podrazumeva diskriminaciju ili nasilje. Ukoliko se izjavom koja sadrži odgovarajuće ideje ili teorije podstrekava na mržnju, odnosno izaziva mržnja, tada se posredno, preko emocija utiče na volju kako bi bila doneta odluka o preduzimanju aktivnosti koja se sastoji u diskriminaciji ili nasilju. Shodno tome, u sva ti slučaja data izjava je usmerena na stvaranje odluke o preduzimanju odgovarajućih aktivnosti, tačnije rečeno, o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja. U prvom slučaju se to čini posredno: izjava-emocija-odluka, a u druga dva slučaja neposredno: izjava-odluka. Za postojanje krivičnog dela je dovoljno da se zagovara ili podstrekava bar na jedno – na mržnju ili na diskriminaciju ili nasilje. Izjava mora biti data tako da postoji mogućnost da sa njenom sadržinom bude upoznat neodređen krug lica. Iako bi zakonski pojam „širenje“ ideja ili teorija trebalo tumačiti kao mogućnost da neodređeni krug lica bude upoznat ne samo sa izjavom čiju sadržinu je kreirao njen davalac već i sa interpretacijom izjave čiji je autor neko drugo lice, u zakonskom tekstu se posebno naglašava da se krivično delo vrši i svakim drugim „predstavljanjem“ odgovarajućih ideja i teorija, a što bi trebalo tumačiti kao saopštavanje tuđih ideja i teorija neodređenom krugu lica. Za krivično delo nije neophodno da je postignut krajnji cilj, odnosno da je izazvana mržnje zasnovana na diskriminaciji ili da je došlo do diskriminacije ili

27 Pod nasiljem treba razumeti povređivanje telesnog integriteta drugog lica upotrebom fizičke sile.

28 Zagovarati – zastupati, zauzimati se za nekog ili nešto. Grupa autora, urednik M. Nikolić, 388.

nasilja. Krivično delo je dovršeno okončanjem radnje izvršenja – davanjem izjave koja je saznata od strane nekog lica. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost.

Treći i četvrti oblik krivičnog dela rasna i druga diskriminacija imaju sličnosti sa krivičnim delom *izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti* (član 317, stav 1. KZ) koje spada u glavu krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije. Neposredni objekt zaštite ovog krivičnog dela jesu skladni i demokratski odnosi između naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji. Radnja izvršenja krivičnog dela se sastoji u izazivanju ili raspirivanju²⁹ nacionalne, rasne ili verske mržnje ili netrpeljivosti³⁰ među narodima, nacionalnim manjinama ili etničkim zajednicama koje žive u Srbiji. Za razliku od krivičnog dela rasna i druga diskriminacija, ovde značaj radnje izvršenja, osim odgovarajućih izjava, mogu imati i postupci koji se preduzimaju prema licima, kao na primer, fizički napad (AS u Beogradu Kž.1 4/14) ili postupci koji se preduzimaju prema objektima ili stvarima, kao na primer, razbijanje prozora (AS u Beogradu Kž.1 6923/12). Uprkos tome što u literaturi nailazimo na mišljenje da stvaranje, odnosno produbljivanje nacionalne, rasne ili verske mržnje ili netrpeljivosti među narodima, nacionalnim manjinama i etničkim zajednicama koje žive u Srbiji, jeste posledica krivičnog dela,³¹ treba uzeti da za postojanje krivičnog dela nije nužno da je izazvana mržnja ili netrpeljivost, odnosno da je povećan intenzitet postojeće mržnje ili netrpeljivosti.³² Krivično delo je dovršeno okončanjem delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost. U skladu sa navedenim je i stav sudske prakse da je za postojanje krivičnog dela dovoljno da su u pitanju delatnosti koje objektivno mogu da dovedu do izazivanja ili širenja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (VSS Kžm. 88/09). Iako u tekstu zakonskom tekstu to nije navedeno i ovde je, kao i kod krivičnog dela rasna i druga diskriminacija radnja izvršenja neposredno usmerena na izazivanje ili širenje odgovarajućeg osećanja, a posredno preko osećanja mržnje ili netrpeljivosti na donošenje odluke o preduzimanju odgovarajućih aktivnosti – diskriminatorских aktivnosti. Za razliku od krivičnog dela rasna i druga diskriminacija kod kojeg izjava odgovarajuće sadržine kao radnja izvršenja mora biti data tako da postoji mogućnost da sa njenom sadržinom bude upoznat neodređen krug lica, izjava odgovarajuće sadržine kao radnja izvršenja krivičnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti može biti saopštena određenom licu ili određenim licima kao i neodređenom krugu lica.

Prema zakonskom tekstu krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti podrazumeva da se nacionalna, rasna ili verska mržnja izazi-

29 Raspiriti – učiniti da se nešto pojača, podstaći. Grupa autora, urednik M. Nikolić, 1134.

30 Netrpeljiv – isključiv, netolerantan. Netrpeljivost – osobina onog koji je netrpeljiv, onoga što je netrpeljivo (Grupa autora, urednik M. Nikolić, 830). Netrpeljivost je emocionalni doživljaj iz procene da neko ili nešto ometa zadovoljenje neke naše potrebe, pri čemu je ta smetnja savladiva, nepopravljiva i nije lična. Kod netrpeljivosti ne postoji psihološki doživljaj pretnje u vidu eksplicitne prepreke na putu zadovoljenja neke naše potrebe, nego smetnja u vidu nečega što troši našu energiju na putu ostvarenja onoga što nam je zaista važno. Motivacioni supstrat netrpeljivosti se po pravilu svodi na udaljavanje od objekta u odnosu na koji postoji netrpeljivost. M. Milić, *Čovek u istini, potrebe i emocije*, Beograd 2017, 331.

31 Lj. Lazarević, 65.

32 Z. Stojanović, (2019), 969.

va ili raspiruje, širi među narodima, nacionalnim manjinama ili etničkim zajednicama koje žive u Srbiji. Sudska praksa stoji na stanovištu da „izvršilac ovog krivičnog dela ne može biti iste nacionalnosti, rase i vere kao oštećeni“ (AS u Beogradu Kž.2 1166/15). Nadalje, u doktrini je prisutan stav da pasivni subjekt krivičnog dela jesu narodi, nacionalne manjine i etničke zajednice koje žive u Srbiji.³³ Treba naglasiti da to ne znači da se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja ovog krivičnog dela uvek preduzima prema nekom/u odnosu na nekog od pripadnika naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji, već da su pripadnici naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji nosioci dobra koje se štiti ovim krivičnim delom, a to su, kao što je napred navedeno, skladni i demokratski odnosi između naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji. U skladu sa tim je i stav sudske prakse da izazivanje ili širenje rasne mržnje kao način izvršenja ovog krivičnog dela postoji u slučaju kada je radnja izvršenja preduzeta prema jednom pripadniku crne rase koji je državljanin Republike Gane, „a koji je bio napadnut od strane okrivljenih koji su ga vređali i nazivali „crnčugom“ kada se vraćao sa fudbalske utakmice gde je bio gledalac“ (VSS Kzz. 2917/08). U istom smislu je i deo sudske odluke u kojoj se naglašava da se izazivanje rasne mržnje prema jedinom crncu fudbaleru na terenu može izvršiti isticanjem transparenta uvredljivog sadržaja, stavljanjem kapuljača na glavu sa prorezima za oči i uzvikivanjem pogrdnih poruka uz odsečno podizanje desne ruke (AS u Kragujevcu Kž. 4590/11). Navedeno proizlazi iz činjenice da narodi, nacionalne manjine i etničke zajednice koje žive u Srbiji pripadaju istoj rasi u užem smislu te reči – rasi kao kategoriji lica koja su povezana izrazito frekventnim najmarkantnijim genetički determinisanim morfološkim osobinama, a što praktično isključuje mogućnost izazivanja ili raspirivanja rasne mržnje preduzimanjem delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja prema nekom/u odnosu na nekog pripadnika naroda, nacionalnih manjina i etničkih zajednica koje žive u Srbiji. Kao što je poznato, većinski narod u Srbiji predstavljaju Srbi koji imaju etnički koncept nacije, prema kojem se svi ljudi koji imaju zajedničke etničke karakteristike (jezik, veru i poreklo koje podrazumeva distribuciju genetički determinisanih faktora) smatraju pripadnicima te nacije, nezavisno od mesta rođenja. Suprotno tome, u građanskom konceptu nacije, koji postoji u zemljama sa multirasnim stanovništvom, kao što su Francuska i SAD, pripadnici nacije se određuju prema njihovom političkom opredeljenju koje se pre svega manifestuje kao državljanstvo i otuda, za razliku od Srbije, u tim zemljama bi postojala mogućnost izazivanja ili širenja rasne mržnje preduzimanjem odgovarajućih delatnosti prema nekom/u odnosu na nekog pripadnika iste nacije.³⁴

Peti oblik krivičnog dela (član 387, stav 5. KZ) je unet donošenjem ZID KZ iz 2016. godine. Osnov za propisivanje jeste Okvirna odluka EU 2008/913/JHA od 28. novembra 2008. godine o borbi protiv određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije putem krivičnog prava. Radnja izvršenja je alternativno propisana i može se sastojati u: a) odobravanju genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti; b) negiranju posto-

33 *Ibid.*

34 Vid. M. Jerry, „Us and Them: The enduring power of ethnic nationalism“, *Foreign affairs*, Council on Foreign Relations, (87) 2008, 9–14.

janja genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti ili v) značajnom umanjivanju težine genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti. Objektivno nepravo krivičnog dela se iscrpljuje u radnji izvršenja koja se sastoji u izjavi odgovarajuće sadržine koja mora biti data javno – tako da postoji mogućnost da sa izjavom (njenom sadržinom) bude upoznat neograničen krug individualno neodređenih lica. Data izjava treba da bude saznata od strane jednog ili više lica. Prema zakonskom tekstu postojanje krivičnog dela zahteva ispunjenost još jednog uslova – da je izjava data na način koji može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Budući da je u pitanju generalna klauzula ispunjenost ovog uslova treba ceniti u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja. Naime, zakonodavac propisuje da je za krivično delo potrebno da radnja izvršenja poseduje odgovarajući „potencijal“ u smislu da je podobna da neposredno ili posredno preko emocije – mržnje ostvari odgovarajući uticaj na volju u smislu donošenja odluke o preduzimanju akata nasilja prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Pri tome, samo krivično delo ne zahteva da je u konkretnom slučaju došlo do nasilja ili izazivanja mržnje prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Osim na ovaj način određene radnje izvršenja, dovršeno krivično delo podrazumeva postojanje još jedne okolnosti koja u kontekstu zakonskog opisa ima značaj objektivnog uslova inkriminacije i stoga ne mora biti obuhvaćena krivicom učinioaca, a sastoji se u tome da su krivična dela čije se izvršenje javno odobrava, negira ili značajano umanjuje njihova težina utvrđena pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda. Važno je istaći da pod pojmom „suda u Srbiji“ treba razumeti sud koji je deo pravosudnog sistema Republike Srbije, a pod „Međunarodnim krivičnim sudom“ jedino međunarodni sud koji je 1988. godine osnovan u Rimu. Intencija zakonodavca je bila da inkriminiše isključivo izjavu koja se odnosi na genocid kao konkretno i pravnosnažno presuđeno krivično delo i koja je s obzirom na način na koji je data podobna da neposredno ili posredno, preko mržnje podstrekne na diskriminatorски zasnovane akte nasilja.

Šesti oblik krivičnog dela (član 387, stav 6. KZ) je unet donošenjem ZID KZ iz 2009. godine. Osnov za propisivanje jeste Okvirna odluka EU 2008/913/JHA od 28. novembra 2008. godine o borbi protiv određenih oblika i izraza rasizma i ksenofobije putem krivičnog prava. Radnja izvršenja krivičnog se sastoji u javnoj pretnji da će protiv lica ili grupe lica zbog pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, etničkom poreklu ili zbog nekog drugog ličnog svojstva, biti izvršeno krivično delo za koje je zaprećena kazna zatvora veća od četiri godine (na primer, ubistvo, teška telesna povreda ili silovanje).³⁵

U kontekstu ovog krivičnog dela pretnja podrazumeva izjavu kojom se stavlja u izgled vršenje krivičnog dela prema nekom (određenom) licu ili prema nekim (određenim) licima zbog njihove stvarne (ili pretpostavljene) pripadnosti određenoj zašti-

35 Pretnja vršenjem tačno određenog krivičnog dela se javlja kao radnja izvršenja kod krivičnog dela ugrožavanje bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme (član 292, stav 4. KZ) i krivičnog dela terorizma (član 391, stav 2. KZ). U oba slučaja u pitanju je lakši oblik krivičnog dela koji postoji ukoliko se preti izvršenjem osnovnog oblika krivičnog dela.

čenoj grupi ili zbog nekog drugog ličnog svojstva. Potrebno je da se pretnja sastoji u stavljanju u izgled vršenja krivičnog dela koje će izvršiti lice koje preti ili čije će vršenje ono na odgovarajući način omogućiti. Pretnja se može sastojati u stavljanju u izgled vršenja krivičnog dela koje se ostvaruje činjenjem ili nečinjenjem. Pretnja mora biti učinjena javno – tako da postoji mogućnost da sa pretnjom bude upoznat neograničen krug individualno neodređenih lica. Za postojanje krivičnog dela nije nužno da onaj ko preti izvršenjem krivičnog dela ozbiljno misli da pretnju sprovede u delo, da učini krivično delo, niti je potrebno da na njegovoj strani postoje realne mogućnosti za tako nešto. Treba uzeti da je za postojanje krivičnog dela dovoljno da je pretnja stvorila ili bila podobna da stvori utisak ozbiljnosti i da je učinilac bio svestan toga i da je hteo da lice kome je pretnja upućena – pasivni subjekt datu pretnju shvati ozbiljno.³⁶ Opomena i uslovljena pretnja svakako ne predstavljaju radnju izvršenja krivičnog dela.³⁷ Pretnja izvršenjem krivičnog dela mora biti u dovoljnoj meri određena u odnosu na samo krivično delo kojim se preti. Međutim, izvršenje krivičnog dela kojim se preti ne mora biti vremenski i prostorno definisano.

Objektivno nepravo krivičnog dela u potpunosti profilise njegova radnja izvršenja – izjava, tačnije rečeno, sadržina izjave i činjenica da izjava data javno. Za postojanje krivičnog dela nije potrebno da od strane izvršioca bude preduzeta još neka radnja. Međutim, sama radnja izvršenja ovog krivičnog dela je po svojoj prirodi složena kategorija koja se sastoji iz dva funkcionalno povezana segmenta – pretnja kao prvi deo radnje izvršenja je u funkciji realizacije njenog drugog dela koji se sastoji u (potencijalnom) izvršenju krivičnog dela. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost.³⁸ Radi lakšeg dokazivanja ovog krivičnog dela treba uzeti da težina krivičnog dela čijim se izvršenjem preti ne predstavlja normativno obeležje bića već objektivni uslov inkriminacije, koji ne treba da bude obuhvaćen krivicom izvršioca. Opravdano je smatrati da je za postojanje krivičnog dela dovoljno da pretnja bude saznata od bilo kog lica. To znači da pretnja ne mora neposredno ili posredno biti saznata od strane pasivnog subjekta, odnosno od strane lica kojima je upućena. Pasivni subjekt ovog krivičnog dela mora biti određen preko stvarne ili pretpostavljene pripadnosti nekoj od zaštićenih grupa, odnosno na osnovu nekog drugog ličnog svojstva.

Ovaj oblik krivičnog dela rasna i druga diskriminacija ima sličnosti sa *krivičnim delom ugrožavanje sigurnosti (član 138. KZ)* koje je svrstano u glavi krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina. Neposredni objekt zaštite krivičnog dela jeste osećanje lične sigurnosti. Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti je pretnja da će se napasti na život ili telo nekog lica ili njemu bliskog lica. Kod ovog krivičnog dela pretnja može biti upućena u neposrednoj komunikaciji ili na primer, telefonom (OS u Beogradu Kž. 1444/99 i Kž. 2091/03). To znači da pretnja mora biti upućena određenom licu ili njemu bliskom licu (AS u Beogradu Kž.2 Po3 9/11) ili određenom krugu lica (VKS Kzz. 59/18). Prema stavu sudske prakse nema krivičnog dela onda kada pasivni subjekt nije u dovoljnoj meri individualno određen, kao na primer, kada je okrivljeni rekao „sve vas treba pobi-

36 Schönke, Schröder, 1905.

37 *Ibid*, 1194.

38 Kako se navodi, nije potrebno da se pasivni subjekt uznemiri, već je dovoljno (i neophodno) da je pretnja, prema načinu i okolnostima konkretnog slučaja, objektivno podobna da ima takvo dejstvo u odnosu na čoveka koji se „normalno oseća”. *Ibid*, 1904.

ti“ (VS u Čačku Kž. 101/18) ili „sve ću da vas poubijam“ (AS u Nišu Kž.1 143/13). Takođe nema krivičnog dela u slučaju kada je okrivljeni povodom manifestacije „Parada ponosa 2010“ na svom „Fejsbuk“ profilu objavio poruku „Biće mesa, biće klanja pedera“ (AS u Beogradu Kž.2 Po3 16/11). Da bi postojalo krivično delo, u pitanju mora biti kvalifikovana pretnja – pretnja kojom se u izgled stavlja zlo koje uključuje napad na život ili telo pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica (VKS Kzz. 723/16, 691/17 i 1084/17). Može se pretiti napadom samo na život ili samo na telo, kao i napadom na život i telo (OS u Beogradu Kž. 734/02). Po pravilu, u pitanju je pretnja da će biti učinjeno neko krivično delo protiv života i tela ili protiv polne slobode. Otuda, nema krivičnog dela u slučaju „kada je okrivljeni uputio pretnju oštećenom da će potplatiti treće lice da demolira njegovu kuću“ (OS u Beogradu Kž. 193/03) ili kada okrivljeni kaže oštećenima da „će im zatvoriti lokal“ (VS u Čačku Kž. 145/18). I ovde pretnja kao radnja izvršenja krivičnog dela mora biti u dovoljnoj meri određena, na primer, kada učinilac pasivnom subjektu uputi reči „daću ja tebi metak u čelo“ (OS u Beogradu Kž. 138/06). Sledstveno rečenom nema krivičnog dela kada je okrivljena rekla oštećenju, koja je stajala u hodniku okružena svojom rodbinom, da će „nju i njenu decu srediti“ (OS u Čačku Kž. 236/07). U skladu sa prvobitnim zakonskim rešenjem, u sudskoj praksi se po pravilu naglašava da pretnja mora biti ozbiljna (OS u Beogradu Kž. 511/02 i AS u Kragujevcu Kž. 2214/13), odnosno da mora biti objektivno podobna da kod lica kojem se preti stvori utisak da će biti realizovana (VKS Kzz. 971/16)³⁹. Primera radi, krivično delo postoji u slučaju kada je „okrivljeni pozvao oštećenu telefonom i agresivnim tonom joj rekao „ubiću te“, a da bi joj nakon toga uputio i mnoštvo uvredljivih reči (VS u Čačku Kž. 103/16). Za postojanje krivičnog dela nije potrebno da je sigurnost pasivnog subjekta bila realno ugrožena (VKS Kzz. 433/16).⁴⁰ Ukoliko je pretnja istom licu ponovljena više puta u toku određenog vremenskog perioda kao na primer, kada izvršilac pasivnom subjektu uputio 22 pretnje telefonskim putem, opravdana je primena instituta produženog krivičnog dela (VS u Čačku Kž. 31/18). Za razliku od krivičnog dela rasna i druga diskriminacije koje za posledicu ima apstraktnu opasnost, krivično delo ugrožavanje sigurnosti je dovršeno nastupanjem konkretne opasnosti – ugrožavanjem sigurnosti pasivnog subjekta. Shodno tome, ovde pretnja mora biti saznata od strane lica kojem je upućena. Kako se u sudskoj praksi ističe, nastupanje posledice podrazumeva stvaranje osećanja ugroženosti kod lica kome je pretnja upućena (OS u Beogradu Kž. 765/09 i OS u Nišu K. 1154/14). U pitanju je „stvaranje osećanja straha koji je takvog intenziteta da usled njega dolazi do osećaja lične nesigurnosti“ (VKS Kzz. 1084/17 i OS u Beogradu Kž. 2935/06). Nastupanje

39 Prema stavu sudske prakse, pod ozbiljnom pretnjom može se smatrati izjava okrivljenog da će aktivirati bombu u dvorištu u kojem žive oštećeni i na taj način ubiti sebe i sve oko sebe (AS u Kragujevcu Kž.1 77/11). Kako se navodi, ozbiljnost pretnje može se utvrđivati i na osnovu međusobnih odnosa između okrivljenog i oštećenog (OS u Beogradu Kž. 1953/04). Smatra se da činjenica da je pretnja izrečena u prisustvu pripadnika policije govori u prilog njenoj ozbiljnosti (OS u Beogradu Kž. 507/03). Nema ozbiljne pretnje u slučaju kada okrivljeni preti oštećenju da će dovesti policiju koja ima obavezu da pruža zaštitu svim građanima (OS u Beogradu 1252/01). Nije reč o ozbiljnoj pretnji, pa samim tim ni o pretnji koja je podobna da izazove strah, onda kada je pretnja izrečena u svađi u kojoj su dva lica aktivno i ravnopravno učestvovala (OS u Beogradu 1813/04).

40 Vid. Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd 1995, 232.

posledice se po prirodi stvari utvrđuje subjektivno sa aspekta pasivnog subjekta (AS u Beogradu Kž. 24/17).⁴¹ Preciznije rečeno, posledica se utvrđuje u zavisnosti od ličnog osećaja pasivnog subjekta (AS u Beogradu Kž.2 Po3 45/11).⁴² U tom smislu je i stav sudske prakse da „to što svedoci nisu videli nož u rukama okrivljenog, ne znači da verbalna pretnja nije dovela do ugrožavanja sigurnosti oštećenog“ (OS u Valjevu Kž.1 91/09). Stoga, nema krivičnog dela u slučaju kada lica kojima je bila upućena predmetna izjava „navedeni događaj nisu prijavila policiji, a što bi bilo logično u slučaju da su se osetili ugroženim“ (VS u Čačku Kž. 145/18). Ukoliko bi bila upućena pretnja za koju bi pasivni subjekt saznao, ali posledica iz nekih razloga ne bi nastupila, postojao bi svršeni pokušaj krivičnog dela koji nije kažnjiv. Primera radi, pokušaj krivičnog dela postoji kada pasivni subjekt pretnju nije ozbiljno shvatio, to jeste, „kada privatna tužilja „nije davala ni pet para“ za pretnje koje su joj bile upućene“ (OS u Beogradu Kž. 284/01). U slučaju da posledica krivičnog dela nije nastupila iz razloga što pasivni subjekt nije bio sposoban da shvati prirodu pretnje, postoji nekažnjiv nepodoban pokušaj krivičnog dela.⁴³ Za razliku od krivičnog dela rasna i druga diskriminacija pripadnost određenoj zaštićenoj grupi, odnosno lično svojstvo pasivnog subjekta ne predstavlja obeležje bića ovog krivičnog dela.

ZAVRŠNE NAPOMENE

Propisivanje krivičnog dela rasna i druga diskriminacija, kao i kasnije izvršene izmene i dopune njegovog zakonskog opisa, rezultat su permanentnog nastojanja zakonodavca da nacionalni pravni okvir aktuelizuje i uskladi sa relevantnim međunarodnim normama. Pri tome, kao i kod drugih krivičnih dela iz glave krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava i kod ovog krivičnog dela je po pitanju njegove sadržine i strukture uočljiva primena zakonodavne tehnike koja je bitno drugačija u odnosu na legislativni pristup karakterističan za formalno uobličavanje krivičnih dela iz drugih glava. Moglo bi se reći da je razlog tome činjenica da se kod nas neretko, skoro po automatizmu, inkriminacije u izvornom obliku preuzimaju iz relevantnih međunarodnih normi i da pri tome izostaje njihova sadržinska i nomotehnička adaptacija kao i neophodno redakcijsko doterivanje. Svakako najvažnija negativna posledica ovakve prakse jesu veoma široko i nedovoljno precizno postavljane granice krivičnopravne zaštite ili multiplicirana objektivna nepravda.⁴⁴ Jedan od takvih primera je i krivično delo rasna i druga diskriminacija.

Iz prethodno izvršene analize obeležja bića krivičnog dela rasna i druga diskriminacija proizlazi sledeće:

- 41 Z. Stojanović smatra da bi posledicu trebalo preformulisati tako da se sastoji u „narušavanju duševnog spokojstva nekog lica“. Vid. Z. Stojanović, „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti u krivičnom pravu Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd 2013, 6–7.
- 42 Budući da je prema sadašnjem rešenju postojanje krivičnog dela primarno opredeljeno subjektivnim doživljajem pasivnog subjekta u doktrini se razmatra mogućnost da ugrožavanje kao posledica bude definisano objektivno-subjektivno ili samo objektivno. Vid. I. Vuković, (2008), 189–190; Đ. Đorđević, „Krivično delo ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, 9/2014, 173 i J. Čirić, „Ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, 9/2011, 202.
- 43 Z. Stojanović, N. Delić, 54.
- 44 Vid. više, N. Delić, 2014. 238.

Krivično delo ima ukupno šest oblika. Svaki od oblika krivičnog dela je preuzet iz odgovarajućeg međunarodnog dokumenta koji nalaže inkriminisanje određenih vidova diskriminacije. *Antidiskriminatorski karakter* prvog, petog i šestog oblika krivičnog dela rasna i druga diskriminacija je opredeljen njihovim subjektivnim bićem. Tačnije rečeno, diskriminatorskim motivom koji u samoj zakonskoj normi nije neposredno identifikovan preko pojmova „pobuda“ ili „motiv“ već je posredno sadržan u vidu odgovarajućih formulacija u kojima se navodi da se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preuzima „na osnovu“ ili „zbog“ pripadnosti pasivnog subjekta odgovarajućoj zaštićenoj grupi ili zbog nekog drugog ličnog svojstva. U pitanju je diskriminatorski motiv koji se ispoljava u vidu predrasuda, odnosno logički neosnovanog i izrazito negativnog stava prema pripadnicima određenih zaštićenih grupa.⁴⁵ Diskriminatorski motiv u širem smislu je takođe, predviđen kao obeležje bića i drugog oblika krivičnog dela rasna i druga diskriminacija. Antidiskriminatorski karakter trećeg i četvrtog oblika krivičnog dela rasna i druga diskriminacija proizlazi iz sadržinskog supstrata njihovih objektivnih neprava – iz posrednog i neposrednog cilja radnje izvršenja. Pri tome, diskriminatorska priroda objektivnih neprava ova dva oblika krivičnog dela može, ali i ne mora da podrazumeva i odgovarajuću relaciju sa diskriminatorskim motivom koji egzistira izvan bića krivičnog dela. Za razliku od diskriminatorskog motiva koji se kao obeležje bića prvog, drugog, petog i šestog oblika krivičnog dela prema zakonskom tekstu ispoljava jedino u vidu diskriminatorskog stava – predrasuda, sadržina objektivnih neprava trećeg i četvrtog oblika krivičnog dela implicira da diskriminatorski motiv, ukoliko je prisutan, može biti manifestovan ne samo u vidu diskriminatorskog stava – predrasuda, već i u vidu emocija koje su proizašle iz diskriminatorskog stava, to jeste, u vidu mržnje ili netrpeljivosti prema pripadnicima neke od zaštićenih grupa.⁴⁶ Budući da ne ulazi u biće krivičnog dela, na ovaj način eventualno prisutan diskriminatorski motiv⁴⁷ svoje krivičnopravno dejstvo realizuje na planu odmeravanja kazne.⁴⁸

45 Vid. više, N. Delić, „Krivičnopравни značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije“, *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Beograd 2016, 136–137.

46 Vid. *Ibid*, 134–135.

47 Diskriminatorski cilj radi kojeg se preuzima radnja izvršenja neposredno određuje i antidiskriminatorsku prirodu krivičnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti i govori o mogućem prisustvu motiva izvan bića krivičnog dela u vidu diskriminatorskog stava i na diskriminatorskom stavu zasnovane mržnje ili netrpeljivosti prema pripadnicima neke od zaštićenih grupa. Iako u formalnopravnom smislu diskriminatorski karakter objektivnog neprava implicira postojanje diskriminatorskog motiva u praksi je taj odnos obrnut – preko diskriminatorskog motiva se utvrđuje postojanje ciljano opredeljene radnje izvršenja. U tom smislu je ilustrativan deo sudske odluke u kojoj se naglašava da je za postojanje krivičnog dela „dovoljno da samo ponašanje okrivljenih ukazuje da je ono `izraz` diskriminacije” (AS u Kragujevcu Kž. 4590/11) odnosno, kako se ističe u drugoj odluci „Verbalni ili fizički napad na pripadnika nekog drugog naroda, nacionalnosti, etničke zajednice ili veroispovesti, ne znači *a priori* da je napad upravljen da na dati narod, nacionalnost, etničku ili versku zajednicu. Potrebno je nesumnjivo utvrditi da je do napada došlo `zbog` pripadnosti nekoj od zaštićenih grupa” (AS u Beogradu Kž.1 4/14). U istom smislu je i odluka u kojoj sud stoji na stanovištu da „krivično delo ne postoji ako je umišljaj okrivljenog išao `za tim` da povredi oštećenu zbog njenih postupaka, a ne `zbog` pripadnosti nekoj od zaštićenih grupa” (AS u Beogradu Kž.1 988/18) kao i odluka u kojoj se konstatuje da „Neće postojati ovo krivično delo kada okrivljeni skrnavi verski objekat iz ličnog revolta prema pojedinim predstavnicima verske zajednice, a ne `iz mržnje prema verskoj zajednici`” (AS u Beogradu Kž.1 6923/12). Vid. više, N. Delić, 2019, 833–835.

48 Vid. više, N. Delić, 2016, 148–150.

Nadalje, objektivno nepravo *prvog oblika krivičnog dela* je definisano na veoma uopšten način i sporan je odnos ovog krivičnog dela sa krivičnim delom povreda ravnopravnosti. Odsustvo preciznog kriterijuma za njihovo suštinsko razlikovanje rezultira formalnim diferenciranjem u korist krivičnog dela rasna i druga diskriminacija. Takođe, *drugi oblik krivičnog dela* karakteriše nedovoljno precizno određena radnja izvršenja i intencija zakonodavca da granice krivičnopravne zaštite definiše izvan objektivnog neprava ovog krivičnog dela, preciznije rečeno, preko motiva.

Treći i četvrti oblik krivičnog dela u suštini predstavljaju istu inkriminaciju s tom razlikom što četvrti oblik krivičnog dela, koji je unet tri decenije nakon propisivanja trećeg oblika, krivičnopravnu zaštitu obezbeđuje većem broju „osetljivih“ grupa.⁴⁹ Kod oba oblika krivičnog dela je u pitanju podstrekavanje kao posebno krivično delo (u širem smislu).⁵⁰ Za razliku od podstrekavanja kao oblika saučesništva koje postoji

49 U skladu sa terminologijom korišćenom u relevantnim međunarodnim dokumentima u doktrini se navodi da treći oblik krivičnog dela inkriminiše takozvanu „rasističku propagandu“, a da je četvrtim oblikom obuhvaćen takozvani „govor mržnje“ (Vid. Đ. Đorđević, „Kaznenopravni aspekt zaštite od diskriminacije“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd 2013, 104). Kao što je navedeno, smatramo da su pitanju suštinski ista ponašanja i u prilog tome svakako idu i njihova teorijska određenja. Definisane propagande pri tome, nije sporno i smatra se da krivičnopravni pojam podrazumeva širenje ideja kojima se stvaraju uslovi podobni da dovedu do donošenja odluka o preduzimanju određenih radnji, vršenju krivičnih dela (J. Tahović, 321). Uprkos tome što se pojmu „govor mržnje“ u savremenoj literaturi posvećuje velika pažnja, činjenica je da se još uvek nije došlo do jedne univerzalne, opšteprihvaćene definicije. Otuda ćemo ovom prilikom uzeti u obzir stav shodno kojem govor mržnje u najopštijem smislu određuju njegova vrednosno negativna sadržina (odgovarajući kontekst) i eksteriorizacija – govor mržnje je upućen drugom sa ciljem delovanja prema trećem (Vid. N. Petrušić, I. Krstić, T. Marinković, 80–82) kao i mišljenje da „govor mržnje“ najčešće inspiriše i podstrekava na nasilničke akcije i često u vremenskom i svakom drugom smislu predstavlja prethodnicu „zločinima mržnje“ (J. Čirić, „Govor mržnje“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 3/2006, 211–213). Ovde je interesantno napomenuti da je A. Braun (A. Brown) nakon prikaza i analize jednog broja definicija koje su dali eminentni autori sugerisao da bi umesto pristupa koji karakteriše klasičnu logičku definiciju (*per genus et differentiam*) za „govor mržnje“ bilo bolje primeniti takozvani Vitgenštajnov (Wittgenstein) koncept „porodične“ sličnosti prema kojem genusni pojam obuhvata pojave koje povezuje složena mreža međusobnih sličnosti – sličnosti koje se međusobno sadržinski prožimaju i funkcionalno ukrštaju. Vid. A. Brown, *Hate Speech Law: Philosophical Examination*, New York and London 2015, 4–5 i 14. Vid. takođe, L. Vitgenštajn, *Filosofska istraživanja*, Beograd 1980.

50 Podstrekavanje kao posebno krivično delo se javlja u više modaliteta među kojima je po našem mišljenju moguće razlikovati podstrekavanje kao posebno krivično delo u užem smislu (direktno podstrekavanje kao posebno krivično delo) i podstrekavanje kao posebno krivično delo u širem smislu (indirektno podstrekavanje kao posebno krivično delo). Podstrekavanje kao posebno krivično delo u užem smislu (direktno) postoji u sledećim slučajevima: a) podstrekavanje se propisuje kao radnja izvršenja onda kada je zbog limitirane akcesornosti isključena primena opštih pravila o odgovornosti saučesnika jer ono što preduzima podstrekuto lice ne predstavlja radnju krivičnog dela i pri tome se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzima prema određenom licu i usmerena je na donošenje ili učvršćivanje odluke o preduzimanju tačno određene aktivnosti na primer, krivično delo sakaćenje ženskog polnog organa (član 121a stav 3. KZ) – „ko žensko lice navede da se podvrgne sakaćenju spoljnih delova polnog organa“; b) kao radnja izvršenja krivičnog dela se propisuje podstrekavanje određenih lica na tačno određeno krivično delo u slučaju kada zakonodavac smatra da za podstrekavanje nije opravdano kažnjavanje u granicama kazne koja je propisana za krivično delo na koje se podstrekava iz razloga što se delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzima prema više određenih lica, na primer, izbegavanje vojne obaveze (član 394, stav 3. KZ) – „ko poziva ili podstiče više lica na izvršenje

ukoliko je radnja podstrekavanja usmerena na određeno lice ili na određen krug lica, a ostvaruje se preduzimanjem delatnosti koja je podobna da kod drugog lica stvori ili učvrsti odluku da izvrši određeno krivično delo (AS u Beogradu Kž.1 16/14) tako što podstrekač u odnosu na to lice ostvaruje određeni psihički (komunikativni) uticaj (dovoljna je jednostrana subjektivna veza),⁵¹ postojanje krivičnog dela rasna i druga diskriminacija podrazumeva neodređenost lica, odnosno kruga lica kojima je podstrekavanje upućeno – podstrekavanje se vrši javnim putem.⁵² Takođe, kod krivičnog dela rasna i druga diskriminacija nedostaje potpuna određenost radnje na koju je podstrekavanje usmereno. Naime, ono što bitno karakteriše ova dva oblika krivičnog dela jeste to što podstrekavanje u sadržinskom smislu ne obuhvata neposredno navođenje na izvršenje krivičnog dela, već je prevashodno usmereno na formiranje ili učvršćivanje uverenja o ispravnosti odgovarajuće ideje ili na izazivanje ili širenje mržnje u cilju da dato uverenje, odnosno mržnja dovede do donošenja odluke o preduzimanju određenih aktivnosti – da bude pokretač za njihovo preduzimanje.⁵³ Ovde je reč o jednoj vrsti „indirektnog“ podstrekavanja budući da je delatnost koja ima značaj radnje izvršenja odnosno, javno saopštena izjava neposredno usmerena

dela iz st. 1. do 3. ovog člana” i v) kao radnja izvršenja krivičnog dela se propisuje javno podstrekavanje (pozivanje) – podstrekavanje neodređenog kruga lica koje je neposredno usmereno na donošenje ili učvršćivanje odluke o preduzimanje delatnosti koje su predviđene kao radnja izvršenja određenog krivičnog dela sa kojim je podstrekavanje kao posebno krivično delo na taj način sadržinski povezano na primer, krivično delo pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja (član 309, stav 1. KZ) – „ko nameri ugrožavanja ustavnog uređenja ili bezbednosti Srbije poziva ili podstiče da se silom promeni njeno ustavno uređenje, svrgnu najviši državni organi ili predstavnici tih organa”. Podstrekavanje kao posebno krivično delo u širem smislu (indirektno) postoji u slučajevima kada značaj radnje izvršenja krivičnog dela ima podstrekavanje neodređenog kruga lica (pozivanje) i ono nije neposredno usmereno na donošenje ili učvršćivanje odluke o preduzimanju odgovarajuće radnje već je primarno usmereno na izazivanje ili širenje odgovarajućih osećanja koja su po svojoj prirodi takva da mogu dovesti do donošenja odgovarajuće odluke na primer, krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317, stav 1. KZ) – „ko izaziva ili raspiruje nacionalnu, rasnu ili versku mržnju ili netrpeljivost među narodima ili etničkim zajednicama koje žive u Srbiji”. Ovde treba reći još i to da se I. Vuković zalaže da kriminalna zona podstrekavanja kao oblika saučesništva pored inkriminisanja javnog pozivanja na preduzimanje radnji koje predstavljaju određeno krivično delo, po uzoru na nemačko rešenje, bude dodatno proširena inkriminisanjem javnog pozivanja na vršenje nekog, bilo kojeg krivičnog dela. Vid. I. Vuković, „Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 2–3/16, 323–325.

- 51 Vid. više, I. Marković, „Odnos između pomaganja i podstrekavanja kao oblika saučesništva u krivičnom pravu”, *Identitetski preobražaj Srbije, Prilozi projektu 2018 – Kolektivna monografija*, Beograd 2019, 208–211.
- 52 U praksi ESLJP ima primera da je „govor mržnje” bio sadržan u najrazličitijim medijima kao na primer, na internetu (*Delfi AS v. Estonija*, [GC], predstavka br. 64569/09, odluka od 16. juna 2005. godine); u knjizi (*Garaudy v. France*, predstavka br. 65831, odluka od 24. juna 2003. godine); novinskom intervjuu (*Zana v. Turkey*, predstavka br. 69/1996/688/880, odluka od 25. novembra 1997. godine); pismu upućenom i objavljenom u novinama (*Süreç v. Turkey*, predstavka br. 24735/99, odluka od 8. jula 1999. godine); kao i lecima ubačenim u školske ormariće (*Vajdeland and others v. Sweden*, predstavka br. 1813/07, odluka od 9. februara 2012. godine) i lecima političke stranke (*Féret v. Belgique*, predstavka br. 15615/07, odluka od 16. jula 2009. godine).
- 53 U tom smislu je i stav ESLJP shodno kojem „podsticanje na mržnju ne zahteva nužno i podsticanje na čin nasilja ili neku drugu krivičnu radnju (*Féret v. Belgium*, predstavka br. 15615/07, odluka od 16. jula 2009. godine).

na stvaranje odgovarajuće atmosfere, tačnije rečeno, odgovarajućeg raspoloženja/neraspoloženja kod neodređenog kruga lica kod kojih bi tek u bližoj ili daljoj perspektivi trebalo da dođe do donošenja odluke o preduzimanju odgovarajućih radnji, odnosno do eventualnog vršenja krivičnih dela.⁵⁴ Za postojanje krivičnog dela nije značajno da li je zaista došlo do formiranja ili učvršćivanja odgovarajućeg uverenja, do izazivanja ili širenja mržnje i do donošenja odluke o preduzimanju odgovarajućih akata. Krivično delo postoji i onda kada je podstrekavanje ostalo bez „očekivanog“ neposrednog ili posrednog dejstva. Dovoljno je da je podstrekavanje ostvareno putem javno saopštene izjave koja je objektivno podobna da dovede do formiranja ili učvršćivanja odgovarajućeg uverenja, izazivanja ili širenja mržnje, odnosno donošenja odluke o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja i da je data izjava saznata od strane nekog lica.⁵⁵ Odgovor na pitanje da li je određena izjava s obzirom na svoju sadržinu objektivno podobna da ostvari neko navedenih dejstava predstavlja faktičko pitanje⁵⁶ i u svakom konkretnom slučaju treba da odražava „pravu meru“ odstupanja od ustavom garantovane slobode izražavanja.⁵⁷ Pri tome, za postojanje krivičnog dela takođe nije neophodno da u konkretnom slučaju postoje objektivne mogućnosti za preduzimanje aktivnosti koja predstavlja krajnji cilj podstrekavanja.⁵⁸ Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost. Za krivično delo nije značajno da

-
- 54 N. Jovančević pak, smatra da jedino (neposredno) podsticanje na rasnu diskriminaciju predstavlja podstrekavanje kao posebno krivično delo. Vid. N. Jovančević, *Podstrekavanje – oblik saučestništva i samostalno krivično delo*, Beograd 2008, 375.
- 55 U tom smislu je i stav ESLJP da „govor mržnje“ postoji u slučaju isticanja na prozoru stana postera sa fotografijom Kula bliznakinja u plamenu sa ispisanim rečima „Islam van Britanije – zaštititi britanski narod“ i precrtanim simbolima polumeseca i zvezde (*Norwood v. The United Kingdom*, predstavka br. 23131/03, odluka od 16. novembra 2004. godine).
- 56 Tako je primera radi, ESLJP zaključio da nije postojao „govor mržnje“ u slučaju kada je turski državljanin muslimanske veroispovesti iznosio svoje ekstremne religijske stavove u televizijskoj emisiji u kojoj su bila suprotstavljena različita mišljenja o ulozi religije u društvu (*Gündüz v. Turkey*, predstavka br. 35971/97, odluka od 4. decembra 2003. godine), zatim u slučaju objavljene pesme koja je sadržala pojedine delove „sa agresivnom sadržinom“ jer je bilo utvrđeno da je reč o izrazu unutrašnjih osećanja autorke (*Karatas v. Turquie*, [GC], predstavka br. 23168/94, odluka od 8. jula 1999. godine) kao ni u novinskom članku za koji je konstatovano da je njegova svrha bila ispitivanje mogućih uzroka koji su doveli do istrebljenja Jevreja i da kao takav ne sadrži napad na njihova verska uverenja (*Giniewski v. France*, predstavka br. 64016/00, odluka od 31. januara 2006. godine). Suprotno tome, ESLJP je stao na stanovište da je govor mržnje prema muslimanskoj manjini bio sadržan u političkom govoru i da takav vid govora nije zaštićen odredbom člana 10. EKLJP, posebno imajući u vidu ulogu govornika i njegov status u društvu (*Jean – Marie Le Pen v. France*, predstavka br. 18788/09, odluka od 7. maja 2010. godine). U istom smislu je i stav ESLJP u kojem se naglašava „da je borba protiv svih vidova netolerancije sastavni element zaštite ljudskih prava, tako da je od krucijalnog značaja za političare da u svom javnom diskursu izbegavaju ekspresije koje respiruju netoleranciju“ (*Erbakan v. Turkey*, predstavka br. 59405/00, odluka od 6. jula 2006. godine).
- 57 Kada je reč o praksi ESLJP treba istaći da je ovaj sud davno stao na stanovište da odredbu člana 17. EKLJP treba tumačiti tako da „niko ne može da se pozove na pravo na slobodu misli u svrhu uništavanja slobodnog, demokratskog poretka koji je zaštićen Konvencijom“ (*Lawlese v. Ireland*, predstavka br. 332/57, odluka od 1. jula 1961. godine).
- 58 U istom smislu vid. N. Delić, „Krivična dela terorizma u Krivičnom zakoniku Srbije nakon Novele iz 2012. godine“, *Pravni život*, 9/2014, 191. Vid. takođe, I. Vuković, „Krivična odgovornost stranih (terorističkih) boraca“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Deveti deo*, Beograd 2019, 156.

li je došlo do ugrožavanja i u kom stepenu, nego da li je ugrožavanje bilo moguće. *Ratio legis* rešenja je sadržan u činjenici da je izjava odgovarajuće sadržine upućena neodređenom krugu lica i da je neizvesno da li će i u odnosu na koji broj lica biti ostvaren krajnji cilj na koji je izjava bila usmerena, a to je donošenje odluke o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja. Neophodan kvantum društvene opasnosti objektivnog neprava ova dva oblika krivičnog dela pri tome, ne proizlazi isključivo iz sadržine izjave kojom se podstrekavanje vrši već iz celokupnog konteksta koji obuhvata: a) izjavu odgovarajuće sadržine b) koja je upućena, dostupna neodređenom krugu lica i v) koja je saznata od strane nekog lica. Krivično delo podrazumeva uspelo podstrekavanje – odgovarajuću odluku kao i neuspelo podstrekavanje – izostanak odgovarajuće odluke. Rečeno implicira da izjava odgovarajuće sadržine koja je bila upućena neodređenom krugu lica svakako mora biti saznata od strane nekog adresata. Ovo iz razloga što podstrekavanje neodređenog kruga lica na nedovoljno određenu radnju koje nije bilo saznato takođe ne ostvaruje stepen društvene opasnosti koji zasluđu inkriminisanje.⁵⁹

Peti oblik krivičnog dela postoji ukoliko je izjava odgovarajuće sadržine javno saopštena na način koji može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Razlika između ovog i trećeg, odnosno četvrtog oblika krivičnog dela se sastoji u tome što je kod trećeg i četvrtog oblika u pitanju izjava koja je po svojoj sadržini objektivno podobna da dovede do formiranja ili učvršćivanja odgovarajućeg uverenja, izazivanja ili širenja mržnje, odnosno donošenja odluke o preduzimanju akata diskriminacije ili akata nasilja. Drugim rečima, u pitanju je izjava koja „obezbeđuje“ apstraktnu opasnost za zaštićeno dobro, to jeste, stvara mogućnost njegovog konkretnog ugrožavanja. Tu postoji neoboriva pretpostavka mogućnosti nastanka konkretne opasnosti za zaštićeno dobro. Kod petog oblika pak, sama sadržina izjave nema potreban „potencijal“ i kao takva ne može da ostvari odgovarajući uticaj na druge, te je stoga neophodno da bude data na način koji je čini podobnom da neposredno ili posredno, preko mržnje podstrekne na diskriminatorski zasnovane akte nasilja. Dakle, „tek“ način na koji je izjava data tu izjavu čini podobnom da „prouzrokuje“ apstraktnu opasnost za zaštićeno dobro – da stvori mogućnost njegovog ugrožavanja. Jednom rečju, potrebno je da postoji određeni „kvalitet“ radnje izvršenja koji je čini podobnom da ostvari određeni „kvantitet“ moguće opasnosti. Ukoliko radnja ne poseduje dati kvalitet tada nije ni opravdano takozvano, „preventivno“ kažnjavanje koje karakteristično za krivična dela apstraktne opasnosti. Za razliku od trećeg i četvrtog oblika krivičnog dela kod kojih je pretpostavka da je preduzimanjem radnje izvršenja stvoreno opasno stanje apsolutna ovde je pak, ta pretpostavka oboriva i otuda radnja izvršenja „prelazi“ u delikt apstraktnog ugrožavanja samo ako je realizovana na odgovarajući način.⁶⁰

59 Kada je reč o krivičnom delu javno pozivanje na vršenje krivičnih dela (§ 111 StGb) kod kojeg se osnov kažnjavanja takođe ogleda u posebnoj opasnosti načina izvršenja, nemačka krivično-pravna doktrina stoji na stanovištu da je krivično delo dovršeno davanjem izjave koja je upućena neodređenom krugu lica, koja je usmerena na njihovo motivisanje i koja ima ili barem može da ostavi utisak ozbiljnosti. Za dovršeno krivično delo se pri tome, ne zahteva da izjava bude saznata od strane nekog adresata, niti da je on razume. Lackner, Kühl, 599–600.

60 Vid. *f. n.* broj 15. Kako se navodi, za krivično delo ometanje javnog mira putem pretnje (§ 126 StGb) „dovoljno je da je pretnja, koja je upućena određenom licu ili određenim licima, u zavi-

Šesti oblik krivičnog dela podrazumeva javnu pretnju izvršenjem krivičnog dela. Diskriminatorni motiv zbog kojeg se vrši krivično delo opredelio je zakonodavac da ovo ponašanje, za razliku od krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti koje je posledično krivično delo, inkriminiše već u fazi kada tek postoji mogućnost za nastupanje konkretne opasnosti, odnosno povrede.

Sledstveno svemu rečenom osnovano je očekivati da će zakonodavac u bliskoj budućnosti fokus interesovanja usmeriti i na krivično delo rasna i druga diskriminacija i izvršiti neophodne korekcije njegovog zakonskog opisa koje, najopštije rečeno, podrazumevaju sledeće: a) nomotehničko objedinjavanje sadržinski identičnih oblika krivičnog dela – trećeg i četvrtog oblika; b) preciznije definisanje radnji izvršenja prvog i drugog oblika krivičnog dela – u pitanju su krivična dela apstraktne opasnosti kod kojih je od posebnog značaja dosledno poštovanje načela *lex certa* i v) po uzoru na nemačko pravo (§ 130 StGb), peti oblik krivičnog dela bi trebalo predvideti kao poseban oblik krivičnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti i dato (integrisano) krivično delo sistematizovati u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira. Pri tome, bilo bi opravdano da zakonodavac, za razliku od nemačkog rešenja,⁶¹ izvrši i sužavanje granica krivičnopravne zaštite tako što bi umesto apstraktne opasnosti (krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti),⁶² odnosno apstraktne opasnosti uslovljene odgovarajućom podobnošću radnje izvršenja (peti oblik krivičnog dela rasna i druga diskriminacija) za posledicu krivičnog dela predvideo konkretnu opasnost kao realnu kategoriju.

LITERATURA

Atanacković, D. (1981): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd.

Bačić, F, Šeparović, Z. (1992): *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb.

Brown, A. (2015): *Hate Speech Law: Philosophical Examination*, New York and London.

Vuković, I. (2008): „Proganjanje kao krivično delo“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Osmi deo*, Beograd.

Vuković, I. (2–3/16): „Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd.

Vuković, I. (2019): „Krivična odgovornost stranih (terorističkih) boraca“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Deveti deo*, Beograd.

Grupa autora, redaktor Srzentić, N. (1986): *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd.

Grupa autora, redaktor Lazarević, Lj. (1995): *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije*, Beograd.

Grupa autora, urednik Nikolić, M. (2007): *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad.

Delić, N. (2014): *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd.

snosti od konkretnih okolnosti, podobna da kod dela stanovništva stvori opravdanu zabrinutost da će biti izvršeno krivično delo kojim se pretilo i da će na taj način biti poremećeno stanje mira ili vera u njegov kontinuitet“. *Ibid*, 626.

61 Vid. Lackner, Kühl, 639–640.

62 Vid. *f. n.* broj 47.

- Delić, N. (9/2014): „Krivična dela terorizma u Krivičnom zakoniku Srbije nakon Novele iz 2012. godine“, *Pravni život*, Beograd.
- Delić, N. (2016): „Krivičnopravni značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije“, *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Beograd.
- Delić, N. (2019): „Verska pripadnost (veroispovest) kao obeležje bića krivičnih dela predviđenih u zakonodavstvu Republike Srbije“, *Zbornik radova sa međunarodne naučne konferencije Državno crkveno pravo kroz vekove, Budva 10–13 oktobar 2019*, Budva-Beograd.
- Đorđević, Đ. (2013), „Kaznenopravni aspekt zaštite od diskriminacije“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd.
- Đorđević, Đ. (9/2014): „Krivično delo ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, Beograd.
- Jovančević, N. (2008): *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo*, Beograd.
- Jerry, M. (1971/2008): „Us and Them: The enduring power of ethnic nationalism“, *Foreign affairs*, Council on Foreign Relations.
- Lazarević, Lj. (1995): *Krivično pravo Jugoslavije, posebni deo*, Beograd.
- Lackner, Köhl. (2007): *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München.
- Marković, I. (2019), „Odnos između pomaganja i podstrekavanja kao oblika saučesništva u krivičnom pravu“, *Identitetski preobražaj Srbije, Prilozi projektu 2018 – Kolektivna monografija*, Beograd.
- Milivojević, Z. (2014): *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Beograd.
- Milić, M. (2017): *Čovek u istini, potrebe i emocije*, Beograd.
- Petrušić, N, Krstić, I, Marinković, T. (2016): *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Beograd.
- Roxin, C. (2006): *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München.
- Stojanović, Z. (2013): „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanje sigurnosti u krivičnom pravu Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Treći deo*, Beograd.
- Stojanović, Z. (2017): „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Sedmi deo*, Beograd.
- Stojanović Z. (2019): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Stojanović, Z. (2019a): *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd.
- Stojanović, Z, Delić, N. (2020): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd.
- Schönke, Schröder, (2001): *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München.
- Tahović, J. (1957): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Čirić, J. (3/2006): „Govor mržnje“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd.
- Čirić, J. (9/2011): „Ugrožavanje sigurnosti“, *Pravni život*, Beograd.

SUDSKE ODLUKE

-Odluke sudova u Republici Srbiji

OS u Beogradu: Kž. 1444/99; Kž. 284/01; Kž. 511/02; Kž. 734/02; Kž. 193/03; Kž. 2091/03; Kž. 138/06; Kž. 2935/06; Kž. 765/09;

AS u Beogradu: Kž. Po3 9/11; Kž.2 Po3. 16/11; Kž.2 Po3 45/11; Kž.1 6923/12; Kž.1 4/14; Kž. 24/17; Kž. 1 988/18; Kž.2 1166/15;

VSS i VKS: Kzz. 236/07, Kzz. 2917/08; Kžm. 88/09; Kzz. 433/16; Kzz. 723/16; Kzz. 971/16; Kzz. 691/17; Kzz. 1084/17; Kzz. 59/18;

AS u Kragujevcu: Kž. 4590/11; Kž. 2214/13;

AS u Nišu: Kž.1 143/13;

VS u Čačku: Kž. 103/16; Kž. 31/18; Kž. 101/18; Kž. 145/18;

OS u Čačku: Kž. 236/07;

OS u Valjevu: Kž.1 91/09.

OS u Nišu: K. 1145/14;

-Odluke Evropskog suda za ljudska prava

Lawlese v. Ireland, predstavka br. 332/57, odluka od 1. jula 1961. godine;

Zana v. Turkey, predstavka br. 69/1996/688/880, odluka od 25. no vembra 1997. godine;

Karatas v. Turkey, predstavka br. 23168/94, odluka od 8. jula 1999. godine;

Sürek v. Turkey, predstavka br. 24735/99, odluka od 8. jula 1999. godine;

Garaudy v. France, predstavka br. 65831, odluka od 24. juna 2003. godine;

Gündüz v. Turkey, predstavka br. 35971/97, odluka od 4. decembra 2003. godine;

Delfi AS v. Estonija, [GC], predstavka br. 64569/09, odluka od 16. juna 2005. godine;

Giniewski v. France, predstavka br. 64016/00, odluka od 31. januara 2006. godine;

Erbakan v. Turkey, predstavka br. 59405/00, odluka od 6. jula 2006. godine;

Féret v. Belgique, predstavka br. 15615/07, odluka od 16. jula 2009. godine;

Norwood v. The United Kingdom, predstavka br. 23131/03, odluka od 16. novembra 2004. godine;

Jean – Marie Le Pen v. France, predstavka br. 18788/09, odluka od 7. maja 2010. godine;

Vajdeland and others v. Sweden, predstavka br. 1813/07, odluka od 9. februara 2012. godine.

Nataša Delić

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIME OF RACIAL AND OTHER DISCRIMINATION (ARTICLE 387 CC) – CLARIFYING THE BORDERS OF THE CRIMINAL PROTECTION

SUMMARY

This literary work focuses on the crime of racial and other discrimination (article 387 CC), which is categorized in the chapter containing crimes against humanity and international law. This criminal offense has a total of six forms which are proscribed in accordance with relevant international acts. In this work, the author displays and thoroughly analyzes the elements of every particular form of this criminal offense. In the given context, the author attempts to elaborate the connections between the particular forms of the crime as well as their connection with other criminal offenses that are similar in content and in nomotechnical aspects. Those are the following criminal offenses: violation of equality (article 128 CC), harassment (article 138a CC), instigating national, racial and religious hatred and intolerance (article 317 CC), and endangerment of safety (article 138 CC). By doing so, the primary goal of the author is to make transparent the extensively set borders of the criminal protection through these incriminations, as well as to annotate the exquisite importance which the *lex certa* principle has regarding criminal offenses based on abstract

endangerment. Special attention is given to the legal nature of both objective and subjective elements of certain forms of this incrimination. The most important controversial issues are brought into light. The theoretical considerations are backed up with illustrious decisions of domestic courts as well as with certain relevant stances of the European Court of the Human Rights. Consequently, adequate conclusions regarding the content and legal nature of certain forms of this criminal offense are articulated. It is noted that the first form of the crime is defined in a very generalized way and that the relations between this crime and the crime of violation of equality are quite disputable. It is noted that the second form of this crime is being described by an act of commission that is not precise enough and that its borders of incrimination are instead defined through its subjective element – the motive. Furthermore, the author considers the third and fourth form of this criminal offense to be identical regarding their content. Their only difference is that the fourth form provides legal protection to a greater number of sensitive groups. Regarding these two forms of the criminal offense, the author concludes they are actually a special criminal offense of incitement (in the wider sense). The fifth form of the criminal offense is, according to the author, a specific offense of abstract endangerment for which the act of execution must possess a particular “quality” which appears eligible to achieve the needed “quantity” of possible endangerment. Finally, the sixth form of this criminal offense consists out of a public threat to commit a criminal offense. The author’s opinion is that it was the discriminatory motive of this crime that made the legislator attribute abstract endangerment to this form of this criminal offense, unlike the criminal offense of endangerment of safety. In accordance with the articulated conclusions, suggestions *de lege ferenda* are also expressed.

Key words: crime of racial and other discrimination (article 387 CC), crime of violation of equality (article 128 CC), crime of harassment (article 138a CC), crime of instigating national, racial and religious hatred and intolerance (article 317 CC), crime of endangerment of safety (article 138 CC).

UZIMANJE DNK UZORAKA I PRAVO NA PRIVATNOST U KRIVIČNOM POSTUPKU

Apstrakt: Podsticaj za pisanje rada jeste skorašnja presuda Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Dragan Petrović protiv Srbije* u kojoj je utvrđena povreda prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Autor ukazuje na značaj ovog prava i na činjenicu da se u praksi Evropskog suda za ljudska prava uočava širenje polja u kojem se pruža zaštita od neosnovanog mešanja u privatni i porodični život. Jedno od pitanja koja se postavljaju u vezi s pravom na privatnost odnosi se na mogućnost uzimanja DNK uzoraka i njihovo korišćenje u krivičnom postupku. Nakon detaljne analize slučaja *Dragan Petrović protiv Srbije*, usledio je osvrt na značaj i standarde uzimanja DNK uzoraka. Autor zastupa gledište da DNK uzorci ne predstavljaju u suštini „verodostojnije“ dokaze koji doprinose utvrđivanju istine u krivičnom postupku. Njihov najveći značaj je u tome što se često pokazuju kao odlučujući dokazi u korist okrivljenog. Kada je reč o standardima koji su nastali u praksi Evropskog suda za ljudska prava, u radu je razmotreno pre svega značenje izraza „u skladu sa zakonom“. Nakon toga je dat prikaz dosadašnjih zakonskih rešenja, sa posebnim osvrtom na argumente koje je dao Evropski sud za ljudska prava prilikom analize Zakonika o krivičnom postupku koji je važio u vreme kada je uzet bukalni bris od podnosioca predstave i rešenja koja sadrži važeći Zakonik o krivičnom postupku. Tom prilikom je autor ukazao na nedoslednost Evropskog suda za ljudska prava, na činjenicu da je bez valjane argumentacije odstupio od standarda koje je izgradio u dosadašnjoj praksi. Autor zaključuje da nedoslednosti koje nastaju u praksi Suda u Strazburu ne doprinose zaštiti osnovnih sloboda i prava. Uz uvažavanje okolnosti konkretnog slučaja, teško je otići se utisku da takvo postupanje unosi određeni stepen pravne nesigurnosti i navodi na pomisao da Evropski sud za ljudska prava postaje nadnacionalni instancijski sud.

Ključne reči: pravo na privatnost, DNK dokaz, krivični postupak, ljudska prava, Ustavni sud, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Evropski sud za ljudska prava.

UVODNE NAPOMENE

Poznatij Paskalovoj misli o pravdi koja je bez sile nemoćna i sili koja bez pravde postaje tiranska, prethodi rečenica o pravednosti sleđenja pravednog i nužnosti sleđenja najjačeg.¹ Ona je utemeljena na zajedničkom aksiomu da pravedno i najjače, najpravednije kao najjače, *moraju* da budu sleđeni.² Drugim rečima, potrebno je objediniti pravdu i silu, kako bi pravda bila jaka ili ono što je jako bilo silno.³

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

1 Pascal, *Pensées*, Le livre de poche, Librairie Générale Française, Paris 1972, 145.

2 Žak Derida, *Sila zakona: mistični temelj autoriteta*, Svetovi, Novi Sad 1995, 16.

3 Pascal, 145.

Neizbežno je zato da deljenje pravde pretpostavlja i pribegavanje sili, tačnije određenim merama kojima se ograničavaju osnovne slobode i ljudska prava u toku krivičnog postupka. To je slučaj i sa uslovima pod kojima je dozvoljeno odstupanje od privatnosti pojedinca koja predstavlja jedan od aspekata prava na poštovanje privatnog i porodičnog života zajemčenog u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁴ Neposredni povod za analizu ove materije jeste skorašnja presuda Evropskog suda za ljudska prava (dalje: Evropski sud ili ESLJP) u predmetu *Dragan Petrović protiv Srbije*⁵ u kojoj je utvrđena povreda člana 8 EKLJP.

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života podrazumeva da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog života, doma i prepiske (član 8 stav 1 EKLJP). U doktrini se ističe da privatnost predstavlja neophodan uslov da se procesi koji doprinose društvenoj posebnosti i civilizovanosti odvijaju u skladu s ljudskim dostojanstvom. Privatnost predstavlja mogućnost predaha i povlačenja iz javnog života, pruža priliku i prostor za razmišljanje, čime otvara vrata za društveni angažman.⁶ Budući da je osnovni cilj člana 8 EKLJP da obezbedi delotvornu zaštitu pojedinca od svakog proizvoljnog mešanja javne vlasti,⁷ kao i od neželjenog mešanja u njegovu privatnost od strane drugih lica, ovo pravo i uslovi pod kojima se može odstupiti od njega imaju poseban značaj za prikupljanje dokaza radi otkrivanja krivičnih dela i pronalaženja učinilaca.⁸

Uprkos načelnoj saglasnosti o značenju prava na ličnu i porodičnu privatnost, jasno je da je reč o pojmu koji je normativno izražen na prilično neodređen način, pa se Evropski sud suočio s potrebom da bliže odredi sadržaj i domašaj ovog prava. Osnovna karakteristika sudske praksa koja je u vezi s tim nastala može se odrediti kao širenje polja primene prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Jedan od takvih načina odnosi se na obaveze države koje proizilaze iz postojanja ovog prava. Naime, odredba člana 8 stav 1 EKLJP predviđa pre svega negativnu obavezu države da se suzdrži od zadiranja u ljudska prava, ali je za delotvorno ostvarenje ljudskih prava neophodno da država preduzme i odgovarajuće mere u tom pravcu, što se označava kao koncept njene pozitivne obaveze. Upravo je koncept pozitivne obaveze države uveden u praksu Evropskog suda u vezi s povredom člana 8 EKLJP,⁹ da bi ubrzo bio proširen i na pravo na pristup sudu kao sastavni deo prava na pravično suđenje iz člana 6 EKLJP.¹⁰

4 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, sa izmenama i dopunama – EKLJP, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* 12/2010 i 10/2015.

5 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, 75229/10, 14. april 2020.

6 Frédéric Gilles Sourgens, „The Privacy Principle”, *Yale Journal of International Law* Vol. 42 2/2017, 360.

7 Jean-François Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ Lextenso éditions, Paris 20122, 265, 266.

8 Karin de Vries, „Right to Respect for Private and Family Life”, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Edited by P. van Dijk, F. van Hoof, A. von Rijn, L. Zwaak), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland 20185, 670.

9 ESLJP, *Marckx protiv Belgije*, 6833/74, 13. jun 1979, § 31.

10 ESLJP, *Airey protiv Irske*, 6289/73, 9. oktobar 1979, § 25. Vid. Martin Kuijer, *The blindfold of Lady Justice Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, E.

Kada je reč o oblastima u kojima se može pojaviti problem u vezi sa (ne)ovlašćenim mešanjem u pravo iz člana 8 EKLJP u doktrini se navode: videonadzor na javnim mestima, nadzor uz pomoć GPS (*Global Positioning System*), nadzor komunikacije, pretresanje, prikupljanje i obrada ličnih podataka, uzimanje DNK uzoraka i Šengenski sistem informacija (*Le Système d'informations Schengen – SIS*).¹¹ S obzirom da pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života ne spada u „tvrdo jezgro“ ljudskih prava („core“ human rights) od kojih, saglasno članu 15 stav 2 EKLJP, nisu dozvoljena odstupanja ni u vanrednim okolnosti (tj. u doba rata ili druge javne opasnosti koja preti opstanku nacije),¹² javne vlasti pod određenim uslovima mogu u određenoj meri ograničiti pravo na privatnost.¹³ Do mešanja javnih vlasti u vršenje prava na poštovanje privatnog i porodičnog života može da dođe ako je to u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih (član 8 stav 2 EKLJP).

Navedeni slučajevi odstupanja od prava na poštovanje privatnog i porodičnog života otvaraju problem na koji je svojevremeno ukazao Hart, a odnosi se na razlikovanje između primarnih propisanih pravila i sekundarnih instrumentalnih pravila. Dok se propisana pravila odlikuju kategoričkim karakterom, instrumenatalna pravila su podložna teleološkom tumačenju. Ona se, dakle, odnose na cilj pravila koje može biti predmet razmatranja i to predstavlja cilj tumačenja.¹⁴

1. SLUČAJ DRAGAN PETROVIĆ PROTIV SRBIJE

U predmetu *Dragan Petrović protiv Srbije* podnosilac predstavke je istakao da mu je pretresanjem stana u kojem je živeo prekršeno pravo na poštovanje doma i privatnog života, kao i da je do povrede prava na poštovanje privatnog života došlo usled uzimanja DNK uzorka. Jednom reči, isticao je povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana 8 EKLJP.

M. Meijers Institut of Legal Studies of Leiden University, Leiden 2004, 53–55. Pozitivna obaveza se u praksi Evropskog suda vezuje, pre svega, za obezbeđenje i poštovanje prava na život (član 2 EKLJP), zabranu mučenja (član 3 EKLJP), pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 8 EKLJP) i pravo na pravično suđenje (član 6 EKLJP). Goran P. Ilić, „Položaj oštećenog u krivičnom postupku i standardi ljudskih prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012, 146–148.

11 J.-F. Renucci, 290–293; K. de Vries, 671–676, 727, 728, 732, 733.

12 „Tvrdo jezgro“ ljudskih prava obuhvata: pravo na život (član 2 EKLJP), zabranu mučenja (član 3 EKLJP), zabranu ropstva i prinudnog rada (član 4 EKLJP), kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7 EKLJP) i pravo da se ne bude dvaput suđen ili kažnjen u istoj stvari (član 4 Protokola 7 uz EKLJP).

13 U literaturi se ukazuje na *sveprisutnost* načela privatnosti, budući da ono postoji u pravnim sistemima koji su utemeljeni na zapadnom racionalizmu, pragmatičnoj nauci o politici, konfučijanizmu, Islamu i jevrejskoj tradiciji. Pored toga, reč je o ključnom principu po kojem postupaju pripadnici obaveštajne zajednice u vršenju svojih poslova. F. G. Sourgens, 406.

14 Hart ističe da je neophodno napraviti jasnu razliku između našeg shvatanja načina na koji određujemo šta je pravo i naših kritika ili viđenja šta ono treba da bude. Vid. Boštjan M. Zupančič, *Sur la cour européenne des droits de l'homme Rétrospective d'un initié (1998–2016)*, Logiques juridiques, L'Hartmattan, Paris 2018, 193–196.

Pre obraćanja Evropskom sudu podnosilac predstavke je podneo ustavnu žalbu u kojoj je, između ostalog, naveo da mu je povređeno pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta.¹⁵ On je smatrao da mu je, iako je pristao da postupi po naredbi Okružnog suda u Subotici Kri. 221/08 od 29. jula 2008. godine, kojom je određeno da se od njega uzme uzorak pljuvačke radi analize DNK, ovom naredbom i radnjom policije, koja je po naredbi postupila, povređeno navedeno Ustavom zajemčeno pravo. Naime, naredba nije sadržala obrazloženje da li je podnosilac ustavne žalbe *osnovano sumnjiv* (obeležio – G.P.I.) da je učinio krivično delo radi kojeg je određeno veštačenje i ako jeste, na osnovu čega se to zaključuje. Istovremeno, izneo je gledište da zadiranje u ustavna prava na privatnost građana može biti osnovano samo „ako postoji i ako je obrazloženo da je ta osoba osnovano sumnjiva za krivično delo“, što u osporenoj naredbi nije navedeno.

Ustavni sud je odbio ustavnu žalbu,¹⁶ pri čemu se razlozi zbog kojih je to učinio u odnosu na tvrdnju o povredi člana 25 Ustava u osnovi se svode na nekoliko tačaka. Pre ukazivanja na argumente Ustavnog suda treba reći da je u vreme preduzimanja navedenih procesnih radnji od strane policije važio Zakonik o krivičnom postupku od 2001. godine.¹⁷

Pogrešan je stav podnosioca ustavne žalbe da se o osnovanosti zadiranja u ustavno pravo na privatnost građana može govoriti samo „ako postoji i ako je obrazloženo da je ta osoba osnovano sumnjiva za krivično delo“, što u osporenoj naredbi za uzimanje uzoraka pljuvačke radi DNK analize nije navedeno. Naime, ovo shvatanje je u suprotnosti sa zakonskom odredbom koja propisuje da se uzimanju uzorka krvi i preduzimanju drugih medicinskih radnji koje su po pravilu medicinske nauke neophodne radi analize i utvrđivanja drugih činjenica važnih za krivični postupak, može pristupiti i bez pristanka *lica koje se pregleda*, izuzev ako bi zbog toga nastupila kakva šteta po njegovo zdravlje (člana 131 stav 2 ZKP/2001). Reč je dakle o licu koje, saglasno članu 131 stav 1 ZKP/2001, može da bude osumnjičeni, okrivljeni ili *drugo lice* (za koje, dakle, ne postoji osnovana sumnja da je učinilo krivično delo) pod uslovom da se na njegovom telu nalazi određeni trag ili posledica krivičnog dela.

Svaku sumnju o procesnom položaju podnosioca ustavne žalbe, a samim tim i njenoj osnovanosti, otklanja naredba Okružnog suda u Subotici od 29. jula 2008. godine kojom je određeno biološko veštačenje DNK analizom i naloženo Policijskoj upravi u Subotici da na pogodan način uzme uzorak pljuvačke i od podnosioca ustavne žalbe.¹⁸ U naredbi je navedeno: da je ista doneta u istražnom postupku po predlogu za preduzimanje određenih istražnih radnji Okružnog javnog tužilaštva u

15 Reč je o pravu koje je zajemčeno članom 25 Ustava Republike Srbije – Ustav, *Službeni glasnik RS* 98/2006. U ustavnoj odredbi je fizički i psihički integritet određen kao nepovrediv (član 25 stav 1 Ustava). Pored toga, niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka (član 25 stav 2 Ustava). Pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta ima status apsolutno zaštićenog prava, a to znači da odstupanje od ovog prava nije dozvoljeno ni u ratu ili za vreme vanrednog stanja. Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009, 36.

16 Ustavni sud, *Už-947/2008*, 14. oktobar 2010.

17 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP/2001, *Službeni list SRJ* 70/2001 i 68/2002 i *Službeni glasnik RS* 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006 i 49/2007.

18 Ustavni sud, *Už-947/2008*, 14. oktobar 2010, § 3.

Subotici Ktn. 88/07 od 29. jula 2008. godine protiv NN izvršioca (obeležio – G.P.I.) u pravcu krivičnog dela teško ubistvo; da se nalaže radnicima Policijske uprave u Subotici da se prilikom izvršenja naredbe legitimišu licima na koja se naredba odnosi; da se veštačenje poverava Biološkom fakultetu u Beogradu koji je obavezan da izvrši DNK analizu pljuvačke navedenih lica i, upoređivanjem njihovog DNK profila sa biološkim tragovima pronađenim i izuzetim prilikom uviđaja na licu mesta krivičnogopravnog događaja od 24. oktobra 2007. godine istražnog sudije Okružnog suda u Subotici Kri. 278/07, utvrdi da li potiču od nekog od njih; da, u slučaju da neko od lica navedenih u naredbi odbije da dâ uzorak pljuvačke, isti mu se uzme prinudno ili da mu se uzme prinudno uzorak krvi, pod uslovom da lekar nakon njihovog pregleda utvrdi da to neće uticati negativno na njihovo zdravlje (obeležio – G.P.I.).

U prilog stava da naredbom Okružnog suda u Subotici Kri. 221/08 od 29. jula 2008. godine nije povređen psihički i fizički integritet podnosioca ustavne žalbe, Ustavni sud je naveo da g. Petrović nije bio izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, niti je bio podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka. Naprotiv, *dobrovoljno je pristao* (obeležio – G.P.I.) da dâ uzorak pljuvačke radnicima Policijske uprave u Subotici po naredbi Okružnog suda u Subotici radi vršenja DNK analize, u pretkrivičnom postupku koji se vodio zbog krivičnog dela teško ubistvo. Ustavni sud ističe da je osporena naredba doneta i izvršena u skladu sa zakonikom propisanim postupkom (obeležio – G.P.I.), uz poštovanje fizičkog i psihičkog integriteta podnosioca ustavne žalbe i ne ukazuje na eventualnu proizvoljnost, odnosno nepravdičnost u postupku njenog donošenja i izvršenja.¹⁹

S obzirom da je Evropski sud odbio tvrdnju podnosioca predstavke o povredi prava na dom iz člana 8 EKLJP, pažnja će biti usmerena samo na argumente na osnovu kojih je izveden zaključak da uzimanje DNK uzorka predstavlja mešanje u njegov privatni život i povredu člana 8 EKLJP.²⁰ Za strazburški sud nije bila od značaja činjenica da je podnosilac predstavke *dobrovoljno pristao da dâ uzorak DNK*, jer je na takvu odluku *uticala pretnja* (obeležio – G.P.I.) o prinudnom uzimanju uzorka pljuvačke ili krvi. Drugim rečima, nikakav značaj nije pridat okolnosti da je nadležni sud naredio uzimanje DNK uzorka radi analize, obavezao policijske službenike da o načinima uzimanja uzorka upoznaju podnosioca predstavke, a prinudno uzimanje uzorka pljuvačke ili krvi uslovio lekarskim pregledom i zaključkom da takvo postupanje neće imati negativni uticaj na zdravlje podnosioca predstavke. Uz to, nije pridat značaj ni tome što je podnosilac predstavke u prisustvu svog advokata pristao da dâ uzorak DNK.²¹

Stav Evropskog suda je da se u članu 131 st. 2 i 3 ZKP/2001 posebno ne pominje uzimanje DNK uzoraka, već se govori o preduzimanju drugih medicinskih radnji koje su po pravilu medicinske nauke neophodne radi analize i utvrđivanja drugih činjenica važnih za krivični postupak.²² Pri tome se Sud ne osvrće na činjenicu da uzimanje DNK uzoraka predstavlja medicinsku radnju koja se preduzima po pravilima

19 *Ibid.*, § 6.

20 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, § 79.

21 Vid. ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, Dissenting Opinion of Judge Mourou-Vikström.

22 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, § 81.

medicinske struke,²³ na šta upućuje i naredba Okružnog suda u Subotici od 29. jula 2008. godine kojom je određeno biološko veštačenje DNK analizom. Na osnovu toga je Evropski sud zaključio da mešanje nije bilo „u skladu sa zakonom“ u smislu člana 8 stav 2 EKLJP, jer domaće zakonske odredbe, *inter alia*, treba da budu „predvidljive u pogledu njihovih posledica“ (obeležio – G.P.I.) za podnosioca predstavke.²⁴

O značenju pojma „zakon“ biće još reči u ovom radu, ali je nejasno zbog čega se Evropski sud u slučaju *Dragan Petrović protiv Srbije* zadržao na *formalnom* značenju pojma „zakon“, a nije ga analizirao u *materijalnom* smislu kao što redovno čini, jer bi na taj način, pored pisanog zakona, obuhvatio i sudsku praksu.²⁵ U strazburškoj praksi se pod pojam „zakon“ podvode i podzakonski akti, kao i nepisano pravo.²⁶ S obzirom da „zakon“ predstavlja važeću odredbu kako su je protumačili nadležni sudovi,²⁷ ostaje nedoumica zbog čega nije uzeta u obzir i naredba Okružnog suda u Subotici o uzimanju DNK uzoraka.

Potrebno je osvrnuti se i na način na koji Evropski sud tumači odgovarajuće odredbe ZKP/2001 i rešenja sadržana u Zakoniku o krivičnom postupku od 2011. godine.²⁸ Važeći ZKP/2011 sadrži nekoliko zaštitnih mera od kojih se jedna sastoji u tome da se ograničava krug lica od kojih se može uzeti uzorak bukalnog brisa bez njihovog pristanka.²⁹ Mogućnost uzimanja bukalnog brisa je propisana u odnosu na osumnjičenog, u cilju utvrđivanja činjenica u postupku (član 140 stav 1 ZKP/2011) ili, radi otklanjanja sumnje o povezanosti s krivičnim delom, od oštećenog ili drugog lica zatečenog na mestu krivičnog dela (član 140 stav 3 ZKP/2011). Na osnovu toga Evropski sud izvodi zaključak da pozitivna zakonska odredba ograničava krug lica od kojih se može uzeti uzorak bukalog brisa bez njihovog pristanka.

Nasuprot tome, Evropski sud smatra da je zakonska regulativa koja je bila na snazi u vreme kada je od podnosioca predstavke uzet uzorak pljuvačke radi DNK analize, predstavljala osnov za uzimanje uzoraka krvi ili preduzimanje „drugih medicinskih postupaka“ prema *bilo kojem licu* (obeležio – G.P.I.).³⁰ U strazburškoj presudi koja je predmet analize u ovom radu je, umesto stava 1, pogrešno naveden stav 3 člana 131 ZKP/2001,³¹ iako odredba člana 131 stav 1 ZKP/2001 ima suštinski značaj za određivanje kruga lica prema kojima je bilo moguće primeniti ove mere. Navedena zakonska norma nedvosmisleno upućuje da se *telesni pregled* može odnositi na *osumnjičenog, okrivljenog ili drugo lice*, s tom razlikom da se pregled osumnjičenog ili okrivljenog može preduzeti i bez njegovog pristanka ako je potrebno da se *utvrde činjenice važne za krivični postupak*. Nasuprot tome, telesni pregled drugog lica može se preduzeti bez njegovog pristanka *samo onda ako se mora utvrditi da li*

23 Uz to, uzimanje bukalnog brisa predstavlja manje invazivnu i neprijatnu metodu za podnosioca predstavke. ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, Dissenting Opinion of Judge Mourou-Vikström.

24 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, § 80.

25 ESLJP, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Veliko veće), 6538/74, 26. april 1979, § 47.

26 ESLJP, *Kafkaris protiv Kipra* (Veliko veće), 21906/04, 12. februar 2008, § 139.

27 ESLJP, *Kruslin protiv Francuske*, 11801/85, 24. april 1990, § 29.

28 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP/2011, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

29 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, § 83.

30 *Ibidem*.

31 U članu 131 stav 3 ZKP/2001 je bilo propisano da se radnje iz st. 1 i 2 člana 131 ZKP/2001 preduzimaju samo po naredbi nadležnog suda, osim u slučaju iz člana 238 stav 3 ZKP/2001.

se na njihovom telu nalazi određen trag ili posledica krivičnog dela. Ako se u svetlu odredbe stava 1 tumači stav 2 člana 131 ZKP/2001 nameće se zaključak da se uzimanje uzorka krvi i preduzimanje drugih medicinskih radnji odnosi samo na lice koje se može telesno pregledati, a to znači na osumnjičenog, okrivljenog ili drugo lice.³²

2. ZNAČAJ I STANDARDI UZIMANJA UZORAKA ZA DNK ANALIZU

Profesor Pradel ističe da se do dokaza vekovima dolazilo na jednostavne ili iracionalne načine.³³ Tek je zahvaljujući naučnim pronalascima iz XIX veka napravljen značajan pomak na tom planu, a sredinom XX veka je otkriće DNK omogućilo da se učini odlučujući iskorak u pravcu dokazivanja činjenica u krivičnom postupku uz korišćenje savremenih naučnih metoda. To je podstaklo očekivanja da se u krivičnom postupku mogu izvoditi zaključci sa sigurnošću umesto dotadašnjeg utvrđivanja činjenica uz pomoć pretpostavki ili određenih hipoteza. U osnovi dokazivanja uz pomoć DNK jeste shvatanje da pravnik raspolaže oruđima koja mu omogućavaju da od verovatnoće dođe do naučne, a preko nje i do sudske istine, i da na taj način prihvati lagodnu iluziju sigurnosti.³⁴

Još je Beccaria primetio da reč verovatnoća, u oblasti zločina, mora, da bi dovela do kažnjavanja, da bude izvesna.³⁵ To se nakon uvođenja DNK dokaza u krivični postupak činilo dostižnim, budući da javnost ovu vrstu dokaza povezuje s metodološkom naučnom strogošću, a to sudskoj odluci daje materijalni legitimitet u postupku utvrđivanja sudske istine.³⁶ Međutim, u kontinentalnom pravu još nije dostignut zadovoljavajući nivo intelektualne razmene između akademskih krugova i sudova, za razliku od anglo-američkog pravnog prostora u kojem su nastali pokreti kao što su *New Evidence Scholarship* i *Innocence Movement*, što pruža priliku za neprekidno sučeljavanje argumenata između nauke, sudske prakse i advokata odbrane.³⁷ Ovo ipak ne predstavlja smetnju da se u kontinentalnom pravu DNK dokazi koriste ne samo u oblast dokazivanja krivičnog dela, već i prilikom utvrđivanja sklonosti za vršenje krivičnih dela,³⁸ dok se u Sjedinjenim Američkim Državama DNK testovi vrše i u postupku izvršenja izrečenih kazni.³⁹

32 Nije sporno da je pojam *drugo lice* (član 131 stav 1 ZKP/2001) širi od pojma *oštećeni* ili *drugo lice zatečeno na mestu krivičnog dela* (član 140 stav 3 ZKP/2011).

33 Jean Pradel, „De certaines preuves scientifiques devant la Cour européenne des droits de l'homme”, *La Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* n° 51 1/2017, 30, 31.

34 Julie Leonhard, „La place de l'ADN dans le procès pénal”, *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 9/2019, 45

35 Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Milan 1973, 34 in Luka Lupária (2017), „Probabilité et procès pénal à l'époque de la preuve ADN”, *Diritto Penale Contemporaneo* 3/2017, 199.

36 J. Leonhard, 56.

37 Luka Lupária (2019), „Mythe et réalité dans la représentation de la preuve génétique”, *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 9/2019, 72.

38 Apelacioni porotni sud u Trstu je u slučaju *Bayout*, nakon što je uvažio nalaz i mišljenje veštaka, ublažio maksimalnu propisanu kaznu, jer je okrivljeni nosilac alela u genu koji ga čini sklonim agresivnom ponašanju ako bude isprovociran ili društveno isključen. *Ibidem*.

39 Lupária navodi da je 2019. godine bilo oslobođeno 364 pogrešno osuđenih. *Ibid.*, 78, 79.

Uprkos težnji ka utvrđivanju istine u krivičnom postupku, savremene krivične procedure u čitavom svetu su prožete verovatnoćom.⁴⁰ Usled toga se DNK dokazu pridaje veći značaj u odnosu na ostale dokaze iako to može da ima za posledicu nastanak opasnosti od „paradoksa kvantifikacije“, tj. stvaranja pogrešnog zahteva o obavezi odmeravanja i bližeg određenja onoga što, zbog svoje prirode, ne može da bude takvo.⁴¹ Prisutan je i strah da verovatnoća ne može da bude ispravno ocenjena od strane sudija (a još manje od porote), jer su delioci pravde izloženi riziku od negativnog uticaja u trenutku donošenja odluke i, naročito, prilikom ocene pravila suđenja sadržanog u formuli „izvan svake razumne sumnje“.

Lupária s pravom podseća da je na početku novog milenijuma neophodno preduzeti značajan napor kako bi pravnički svet postao svestan činjenice da se verovatnoća ne odnosi na brojke, već na zaključivanje.⁴² Potrebno je zato napustiti srednjovekovno shvatanje indicija u skladu sa izrekom *probatio minus quam plena* koja razliku između dva koncepta dovodi u vezu s formama stepenovanja uverenja, umesto, što je ispravnije, s različitom logičkom strukturom između dokaza (gde je prelaz od elementa do rezultata određen na nedvosmislen način) i indicija (koje obavezuju na izvođenje zaključka kroz primenu praktičnog iskustva ili zakona verovatnoće).⁴³

Dokazivanje uz pomoć DNK je ontološki nepodesno da bude označeno kao *regina probationem* protiv okrivljenog, ali je njegova uloga od velikog značaja za potvrđivanje pretpostavke nevinosti.⁴⁴ Postoji mišljenje da DNK dokaz može ponekad imati pre svega procesni, a ne dokazni značaj. U prilog tome se navode brojni slučajevi u kojima DNK veštačenja nisu izvršena u sudski spis usled mogućnosti da njihova verodostojnost bude dovedena u sumnju ili su verovatnoće na koje ukazuju isuviše slabe.⁴⁵

Ovo su najvažnija ograničenja s kojima se susreće dokazivanje uz pomoć DNK. Pre nego što sudija bude u prilici da kroz prizmu slobodnog uverenja oceni takav dokaz, od naročite je važnosti da postupak prikupljanja, obezbeđenja i čuvanja dokaznog materijala bude sproveden uz poštovanje svih zahteva u vezi s bezbednošću i zaštitom integriteta lica koja su u to uključena. Propust u tom pogledu dovodi do *scintilla of evidence*, tj. predstavlja dokazni privid koji je potpuno nepodesan kao osnov za izvođenje zaključka o činjenici iz prošlosti.⁴⁶

Pomenuto je da Evropski sud u presudi *Dragan Petrović protiv Srbije*⁴⁷ podseća da se uzimanje i zadržavanje DNK uzorka smatra mešanjem u „privatni ži-

40 Vid. standarde poput *Beyond a Reasonable Doubt* ili osnovi sumnje, osnovana sumnja i opravdana sumnja (član 1 stav 2 tač. 17, 18 i 19 ZKP/2011).

41 L. Lupária (2017), 200.

42 *Ibidem*.

43 L. Lupária (2019), 79.

44 *Ibidem*.

45 U većini slučajeva silovanja koji su analizirani u jednom desetogodišnjem istraživanju, osumnjičeni je priznao da je imao seksualni odnos sa žrtvom, ali je tvrdio da je reč o pristanku. Branioci nisu osporavali postojanje činjenica, već su raspravljali o kontekstu prisustva DNK dokaza. J. Leonhard, 55.

46 L. Lupária (2019), 73.

47 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, § 69.

vot“ u smislu člana 8 stav 1 EKLJP.⁴⁸ Da li je mešanje u konkretnom slučaju imalo za posledicu povredu prava iz člana 8 EKLJP može se, prema shvatanju određenih autora,⁴⁹ utvrditi u nekoliko koraka. Potrebno je najpre ispitati da li se mešanje odnosi na oblast koja je obuhvaćena jemstvom iz člana 8 EKLJP. Mešanje u pravo mora da postoji i, ako je to slučaj, naredni korak se odnosi na ispitivanje da li ispunjeni uslovi koji to dopuštaju (član 8 stav 2 EKLJP). Potvrđan odgovor znači da mešanje u privatni i porodični život ne predstavlja povredu prava iz člana 8 EKLJP. Osnov iz kojeg se izvodi takav (ili suprotan) zaključak pretpostavlja analizu sledećih pitanja: da li je mešanje predviđeno zakonom, ima li legitiman cilj i da li je neophodno u demokratskom društvu.

S obzirom da je Evropski sud u slučaju *Dragan Petrović protiv Srbije* zaključio da mešanje u „privatni život“ podnosioca predstavke nije bilo „u skladu sa zakonom“, zaključio je da nema potrebe da se upušta u ocenu da li je uzimanje bukalnog brisa imalo „legitimni cilj“ i, uz to, bilo „neophodno u demokratskom društvu“.⁵⁰ Zbog toga će naredni redovi biti posvećeni samo analizi značenja izraza „u skladu sa zakonom“.

Slučaj u kojem je Evropski sud odredio kvalitativne zahteve koje „zakon“ treba da zadovolji jeste *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁵¹ „Zakon“ pre svega mora da bude *dostupan*, što znači da građanin raspolaže s dovoljno obaveštenja, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, o odredbama koje se primenjuju u datom slučaju. Pored toga, pod pojam „zakona“ se može podvesti samo norma koja je *određena sa dovoljno preciznosti* kako bi građanin bio u mogućnosti da uskladi svoje ponašanje s njom. Nije neophodno da *posledice ponašanja* budu predvidljive s potpunom određenošću, jer bi to moglo da vodi ka preteranoj krutosti zakonskih odredaba i nemogućnosti njihovog prilagođavanja promeni situacije. O primeni navedenih kvalitativnih zahteva u oblasti krivičnog prava Evropski sud se izjasnio u predmetu *Kafkaris protiv Kipra*.⁵² Tom prilikom je istakao da kvalitet krivičnog zakona podrazumeva dostupnost i predvidljivost krivičnih dela i kazni, što znači da pojedinac iz teksta krivičnopravne odredbe mora da zna, ako je potrebno i *uz pomoć sudskog tumačenja* (obeležio – G.P.I.) te norme, koja činjenja ili nečinjenja povlače njegovu krivičnu odgovornost i koja mu kazna može biti izrečena. Štaviše, predvidljivost zakona nije dovedena u pitanje ako lice *mora da zatraži stručnu pomoć* (obeležio – G.P.I.) da bi, u stepenu koji je razuman prema okolnostima datog slučaja, bilo u mogućnosti da oceni posledice koje mogu da proizađu iz određenog dela.

Izloženi pristup je poslužio kao osnova za uspostavljanje četvorostrukog testa (*four-fold test*) pomoću kojeg se ocenjuje da li je mešanje u određena konvencijska prava i slobode bilo „u skladu sa zakonom“ („*in accordance with the law*“; „*prévues par la loi*“). Prvi zahtev se odnosi na postojanje *pravnog osnova* u domaćem pravu,

48 ESLJP, S. i *Maper protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Veliko veće), 30562/04 i 30566/04, 2. decembar 2008, § 77.

49 Stefan Trechsel (*With the assistance of Sarah J. Summers*), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford 2005, 536.

50 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, § 84.

51 ESLJP, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 49.

52 ESLJP, *Kafkaris protiv Kipra*, § 140.

drugi na *dostupnost* domaćeg prava podnosiocu predstavke, treći na pitanje da li je domaća pravna norma *dovoljno precizna* da bi građanin na osnovu nje mogao da *predvidi pravne posledice* svog ponašanja, a četvrti zahtev na *postojanje odgovarajućeg pravnog sredstva* protiv arbitrarnog mešanja državnih organa u zajemčena prava i slobode.⁵³

Pravni osnov za mešanje u prava i slobode zajemčene EKLJP predstavlja „zakon“ u materijalnom smislu („*law in the substantive sense*“). Pod tim izrazom se u strazburškoj praksi, kao što je istaknuto, podrazumeva pozitivna pravna norma u značenju koje su joj tumačenjem dali nadležni sudovi. Nasuprot mišljenju da podvođenje sudske prakse pod pojam „zakon“ shvaćen na ovaj način treba ostaviti za zemlje *common law* sistema,⁵⁴ Evropski sud je ostao na stanovištu da materijalno shvatanje pojma „zakon“ važi i za zemlje kontinentalnog prava.⁵⁵ Preostala tri zahteva koja se ispituju u okviru četvorostrukog testa značajni su utvrđivanje „*kvaliteta zakona*“ („*quality of the law*“; „*la qualité de la loi*“).

Predvidljivost „zakona“ koji predstavlja osnov za uzimanje DNK uzoraka pretpostavlja da on mora da obezbedi prikladnu zaštitu od arbitrarnosti i da s dovoljnom preciznošću odredi obim i oblike vršenja ovlašćenja koje je povereno državnim organima.⁵⁶ Stepenn preciznosti pravnih normi zavisi u velikoj meri od sadržaja predmeta o kojem je reč, oblasti u kojoj se primenjuju i kvaliteta lica na koja se norme odnose. Evropski sud ističe da je reč o oblasti u kojoj je od suštinskog značaja da zakonska regulativa, po ugledu na prisluskiivanje komunikacije, tajni nadzor i tajno prikupljanje podataka, sadrži jasna i detaljna pravila o obimu i primeni mera i da predvidi minimalne zahteve koji se naročito odnose na trajanje, čuvanje, pristup drugih lica, postupke za očuvanje integriteta i poverljivosti podataka i postupke za njihovo uništenje, kako bi lica od kojih su uzeti DNK uzorci raspolagala zadovoljavajućim jemstvima protiv rizika od zloupotrebe i proizvoljnosti. Treba pri tome imati u vidu da se zakonodavac često koristi terminima koji su u većoj ili manjoj meri neodređeni, usled čega je njihova primena uslovljena tumačenjem koje daje sudska praksa.⁵⁷

Kada je reč o predvidljivosti posledica koje mogu proizaći usled nepoštovanja „zakona“, neophodno je da građanin ima mogućnost da uskladi svoje ponašanje s normativnim zahtevom, a zaključak o posledicama koje mogu da uslede usled kršenja zakonske odredbe može izvesti sâm ili, u slučaju potrebe, uz pomoć odgovarajućih saveta.⁵⁸

Dostupnost „zakona“ podrazumeva da građaninu mora biti na odgovarajući način omogućeno da zna kakva su pravna pravila koja se primenjuju u konkretnom slučaju.⁵⁹

53 Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava Strasbourgski acquis*, Novi informator d. o. o., Zagreb 2103, 1106, 1107.

54 S. Trechsel, 538.

55 ESLJP, *Kruslin protiv Francuske*, § 28; ESLJP, *Huvig protiv Francuske*, 11105/84, 24. april 1990, §§ 27, 28.

56 ESLJP, *S. i Maper protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Veliko veće), §§ 95, 96, 99.

57 ESLJP, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 49.

58 ESLJP, *Rotaru protiv Rumunije* (Veliko veće), 28341/95, 4. maj 2000, §§ 52, 55; ESLJP, *Caruana protiv Malte*, 41079/16, 15. maj 2018, § 33.

59 ESLJP, *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 49.

3. DOMAĆA ZAKONSKA REGULATIVA UZIMANJA UZORAKA ZA DNK ANALIZU

U doktrini se ukazuje⁶⁰ da su odredbe člana 131 st. 1 i 2 ZKP/2001 „nasledene“ iz Zakonika o krivičnom postupku od 1953. godine.⁶¹ Reč je odredbi člana 247 st. 1 i 2 ZKP/1953 koja nije pobuđivala neku naročitu pažnju kod autora koji su komentarisali odredbe ovog procesnog zakonika. U tom smislu je pažnja poklanjana samo stavu 1 člana 247 ZKP/1953 u vezi s kojim je isticano da telesni pregled okrivljenog i telesni pregled trećeg lica ne treba poistovećivati s ličnim pretresom tih lica.⁶² Reč je u stvari o uviđaju nad licem, za razliku od uviđaja nad stvarima, koji može biti spojen s veštačenjem. Odredbe identičnog sadržaja imao je i Zakon o krivičnom postupku od 1976. godine,⁶³ a tumačenje člana 259 st. 1 i 2 ZKP/1976 nije se suštinski razlikovalo od prethodno navedenog.⁶⁴

O sadržaju člana 131 st. 1 i 2 ZKP/2001 bilo je reči, a u vezi s tim je u teoriji postojalo mišljenje da se na ovim odredbama ne može zasnovati DNK analiza, već je neophodno da postoji izričita zakonska dozvola, tj. nije dovoljno to što zakonodavac ne zabranjuje ovaj metod.⁶⁵ Primena ove medicinske intervencije mora posedovati legitimitet proistekao iz jasno određenih uslova pod kojima se može ograničiti telesni integritet osumnjičenog ili okrivljenog.⁶⁶

Značajan pomak (bar na nomotehničkom planu) učinjen je donošenjem Zakonika o krivičnom postupku od 2006. godine.⁶⁷ Iako ovaj krivično procesni kodeks nije počeo nikada da se primenjuje, u članu 143 stav 3 ZKP/2006 bilo je propisano da se uzorci pljuvačke radi sprovođenja DNK analize uvek mogu uzimati kada je to potrebno u cilju identifikacije lica ili poređenja sa drugim biološkim tragovima i drugim DNK profilima i za to nije potreban pristanak lica niti se ta radnja može smatrati opasnom po zdravlje.

U doktrini je bilo mišljenja da je na taj način DNK analiza priznata kao dokazno sredstvo.⁶⁸ Njen značaj je zahtevao da ona bude propisana kao poseban vid veštačenja, a uz to je, radi zaštite ljudskih prava, bilo potrebno ugraditi odgovarajuće kontrolne mehanizme, kao što su postupak uzimanja i rukovanja DNK uzorkom.

60 Ištvan Feješ, „Zakonitost primene DNK analize u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1–2/2008, 456, 457.

61 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP/1953, *Službeni list FNRJ* 40/1953, 43/1953, 5/1960, 30/1962 i *Službeni list SFRJ* 12/1965, 23/1967, 50/1967 (prečišćen tekst), 54/1970 i 6/1973.

62 Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Savremena administracija, Beograd 1957, 247.

63 Zakon o krivičnom postupku – ZKP/1976, *Službeni list SFRJ* 4/1977, 36/1977, 60/1977, 14/1985, 26/1986 (prečišćen tekst), 74/1987, 57/1989 i 3/1990 i *Službeni list SRJ* 27/1992 i 24/1994.

64 Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 19813, 348. Bayer je smatrao da se telesni pregled okrivljenog ili drugih lica može smatrati uviđajem samo ako ga vrši organ postupka, a ne veštak. Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo Knjiga druga Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb 19782, 55.

65 I. Feješ, 457.

66 Saša Knežević, „Primena medicinskih intervencija u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu XLIII* 2003, 256.

67 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP/2006, *Službeni glasnik RS* 46/2006, 49/2007 i 122/2008.

68 I. Feješ, 459, 460.

S obzirom da je materija u vezi s postupanjem s DNK materijalom uređena donošenjem Zakona o nacionalnom DNK registru od 2018. godine,⁶⁹ nejasno je zbog čega Evropski sud u spisku propisa koje navodi u presudi *Dragan Petrović protiv Srbije*⁷⁰ ne pominje taj zakon (a, uz to, ne pridaje nikakav značaj zakonskoj regulativi na koju upućuje u vezi sa zaštitom podataka o ličnosti).⁷¹ Središte njegove analize se odnosi na odredbe procesnih zakona iz 2001. i 2011. godine, tako da se zaključak o „kvalitetu zakona“ svodi u suštini na određenost procesnih odredaba i predvidljivost pravnih posledica koji iz njih mogu da proizađu.

Treba se najpre osvrnuti na stav Evropskog suda da nema nikakav značaj što je podnosilac predstavke dobrovoljno pristao da predstavnicima policije dâ uzorak pljuvačke, jer je to učinio *pod pretnjom* (obeležio – G.P.I.) da će mu u protivnom uzorak biti prinudno uzet.⁷² Može se pretpostaviti da to bio osnovni razlog na kojem je utemeljen zaključak o zakonskim odredbama koje za podnosioca predstavke nisu bile „predvidljive u pogledu svojih posledica“, iako je tom prilikom bio prisutan njegov advokat. Pored toga, u naredbi Okružnog suda u Subotici od 29. jula 2008. godine kojom je određeno biološko veštačenje DNK analizom bilo je, između ostalog, predviđeno upoređivanje DNK profila sa biološkim tragovima pronađenim i izuzetim prilikom uviđaja na licu mesta krivičnog događaja radi utvrđivanja da li potiču od njega, kao i da, u slučaju da podnosilac predstavke (koji nije bio osumnjičen u tom trenutku – prim. G.P.I.) odbije da dâ uzorak pljuvačke, taj ili uzorak krvi mu se ima uzeti prinudno, pod uslovom da lekar nakon njihovog pregleda utvrdi da to neće uticati negativno na njihovo zdravlje.

Na ovom mestu treba ponoviti da se u sudskoj praksi strazburškog suda pojam „zakon“ tumači u materijalnom smislu, a to znači da „zakon“ predstavlja važeću odredbu kako su je protumačili nadležni sudovi. Predvidljivosti „zakona“ pretpostavlja i mogućnost da se zatraži stručna pomoć (a prisustvo advokata i njegov savet to nesumnjivo jesu) kako bi se, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, mogle oceniti posledice koje mogu da proizađu iz mešanja u pravo na privatnost. U slučaju *Dragan Petrović protiv Srbije* ovoga jednostavno nije bilo (povrh svega, na osnovu DNK uzorka je utvrđeno da podnosilac predstavke nije učinio krivično delo).

Umesto toga, Evropski sud je u prilog stava o povredi člana 8 EKLJP uputio na nekoliko primera iz svoje prakse, od koji će pažnja biti posvećena slučaju *Caruana protiv Malte* o kojem je u radu već pisano. Odmah treba reći da je u ovom predmetu predstavka odbijena kao očigledno neosnovana u skladu s članom 35 st. 3 i 4 EKLJP.⁷³

69 Zakon o nacionalnom DNK registru, *Službeni glasnik* RS 24/2018.

70 Navedeni su: Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni list* 24/1998 i 26/1998 – ispravka, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik* RS 97/2008, 104/2009 – dr. zakon, 68/2012 – Odluka US, 107/2012 i 87/2018 i važeći Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik* RS 87/2018. ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, §§ 33–36.

71 Navedeni su, između ostalog, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni list* 24/1998 i 26/1998 – ispravka, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik* RS 97/2008, 104/2009 – dr. zakon, 68/2012 – Odluka US, 107/2012 i 87/2018 i važeći Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik* RS 87/2018. ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, §§ 33–36.

72 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, §§ 79, 80.

73 ESLJP, *Caruana protiv Malte*, § 42.

Ovaj slučaj ima sličnosti s predmetom *Dragan Petrović protiv Srbije*, a jedna od njih se odgleda u tome što je uzorak bukalnog brisa uzet od lica koje nije osumnjičeno da je učinilo krivično delo. U pitanju je bila supruga osumnjičenog koja se u svojstvu svedoka zatekla na mestu izvršenja ubistva. Prema zakonskoj regulativi koja je poslužila kao osnov za uzimanje bukalnog brisa sud je bio ovlašćen da naredi bilo koje ispitivanje, pretresanje, eksperiment ili bilo koju drugu stvar koja je neophodna za svestrano istraživanje slučaja. Odluka o uzimanju bukalnog brisa je doneta 10. maja 2011. godine, a tek je 2014. godine izvršena izmena krivičnog zakonodavstva i, umesto reči „eksperiment ili bilo koju drugu stvar“, propisano je „eksperiment, uzimanje bilo kog uzorka i bilo koje druge mere ili stvari“. Značajno je pomenuti da je od lica koje nije uhapšeno bilo moguće uzeti uzorke samo uz njegov pristanak, dok je za uzorke intimnog karaktera bila potrebna sudska odluka. Nakon izmena krivičnog zakonodavstva uzimanje svih uzoraka od pomenutog lica, ako se ono tome protivi, bilo je moguće samo na osnovu sudske odluke, pri čemu je dopuštena i primena prinude. Značajno je pomenuti da u odluci o odbijanju predstavke Evropski sud ističe da podnositeljka nije pružila nikakav argument o tome da je odredba krivičnog zakona nejasna ili da se ne mogu predvideti posledice koje bi mogle da proizađu.⁷⁴

Na kraju, ali ne manje važno, Evropski sud podseća da je uzimanje bukalnog brisa vrlo kratko trajalo, nije prouzrokovalo telesne povrede ili bilo kakve fizičke ili duševne patnje, a podnosilac predstavke nije pružio dokaze o nepropisnom uzimanju uzorka ili upotrebi prekomerne prinude. Od posebnog značaj je činjenica da je podnosilac predstavke je bio prisutan kao svedok na mestu ubistva, uzorak bukalnog brisa je bio potreban radi utvrđivanja motiva optuženog da izvrši ubistvo. Reč je o teškom krivično delu u vezi s kojim država ima obaveze koje proističu iz člana 2 EKLJP u odnosu na žrtve i njihovu rodbinu, pa je zbog toga bilo razumno i neophodno prikupiti što više dokaza. Jedini zaključak koji se mogao izvesti jeste da dotična mera nije bila nesrazmerna. Drugim rečima, ispunila je legitimni cilj i bila ne neophodna u demokratskom društvu.⁷⁵

Upoređivanje argumentacije sadržane u odluci *Caruana protiv Malte* sa stavovima izloženim u slučaju *Dragan Petrović protiv Srbije*, ukazuje na nedoslednost Evropskog suda u tumačenju istih pojmova. Ne treba pri tome zanemariti ni okolnosti konkretnog slučaja, ali mera neujednačenog postupanja baca senku na standarde izgrađene u strazburškoj sudskoj praksi. Može se zato reći da ne iznenađuje nimalo ni način na koji su tumačene norme domaćeg prava, i to će biti ukratko izloženo na primeru nekoliko odredaba ZKP/2011 koje su navedene u presudi *Dragan Petrović protiv Srbije*.

Pomenuto je da Evropski sud ističe da član 140 st. 1, 3 i 4 ZKP/2011 sadrži odgovarajuće zaštitne mere kojih nema u članu 131 ZKP/2001.⁷⁶ Izdvajanje člana 140 ZKP/2011 učinjeno je najverovatnije zbog toga što se u stavu 1 izričito pominje bukalni bris. Iako iz rubruma ovog člana proizilazi da on uređuje *uzimanje biometrijskih uzoraka*, domašaj norme je širi jer obuhvata i uzorke koji se koriste za forenzičku registraciju osumnjičenog. Reč je o metodama uz pomoć kojih se vrši

74 *Ibid.*, §§ 4, 16, 18, 19, 34.

75 *Ibid.*, § 41.

76 ESLJP, *Dragan Petrović protiv Srbije*, § 83.

identifikacija i verifikacija lica na osnovu pojedinih individualnih karakteristika koje poseduje ljudsko telo (na primer, otisak prsta, geometrija šake, individualna obeležja oka, crte lica, osobenosti glasa itd.), zatim uzimanja bukalnog brisa, ličnih podataka, sastavljanje ličnog opisa i fotografisanje osumnjičenog.⁷⁷ Propisano je da se bukalni bris može uzeti i od oštećenog ili drugog lica koje je zatečeno na mestu krivičnog dela. To se može obaviti i bez pristanka oštećenog ili drugog lica, a u cilju otklanjanja sumnje o povezanosti s krivičnim delom (član 140 stav 3 ZKP/2011).

Problem je u tome što je Evropski sud prevideo postojanje člana 142 ZKP/2011 koji uređuje materiju uzimanja uzoraka za forenzičko-genetičku analizu. Forenzičko-genetičkom analizom se istražuje sporni biološki materijal, tako što se iz ćelije ekstrahuje dezoksiribonukleinska kiselina kako bi se posebnim metodama ispitali određeni delovi njenog lanca s ciljem identifikovanja genetskog materijala pojedinca, koji je individualan i neponovljiv (nema sumnje da tu spada i bukalni bris iako ga zakonska odredba izričito ne navodi). Ova vrsta analize se najčešće naziva metod utvrđivanja DNK otiska, a u poslednje vreme se među forenzičkim genetičarima sve više sreće naziv DNK profilisanje.⁷⁸

Na osnovu člana 142 ZKP/2011 moguće je razlikovati dve procesne situacije u kojima dolazi u obzir uzimanje uzoraka za forenzičko-genetičku analizu. O prvoj procesnoj situaciji je reč u stavu 1. navedenog člana koji bliže uređuje materijalne i formalne uslove za uzimanje uzoraka za forenzičko-genetičku analizu. S obzirom na to da zakonodavac govori o mogućnosti uzimanja uzoraka, može se zaključiti da je reč o *quaestio facti* o kojem odlučuje javni tužilac ili sud. On se pri tome rukovodi postojanjem nekog od taksativno navedenih razloga, čija priroda ukazuje na to da uzimanju uzoraka za forenzičko-genetičku analizu ima mesta po pravilu u predistražnom postupku i u istrazi. Značajno je pomenuti da je u članu 142 stav 1 tačka 3 ZKP/2011 propisano da se uzorci za forenzičko-genetičku analizu mogu uzeti i od *drugog lica* koje poseduje jednu ili više karakteristika koje ga dovode u vezu s krivičnim delom. Pojam karakteristika ne bi trebalo izjednačavati s tragom ili posledicom krivičnog dela. Pod karakteristikama bi trebalo razumeti određena obeležja koja mogu da budu od značaja za identifikaciju lica kao što su, na primer, određene antropološke karakteristike i druge osobenosti koje čine lični opis nekog lica.⁷⁹ Ako je smatrao da ima potrebe da se bavi rešenjima koja sadrži važeći krivično procesni kodeks, Evropski sud je morao da se osvrne i na član 142 ZKP/2011.

ZAVRŠNE NAPOMENE

Presuda u slučaju *Dragan Petrović protiv Srbije* je doneta i teško da se tu može nešto promeniti. Argumentacija koju je tom prilikom koristio Evropski sud za ljudska prava, odstupanje od ustaljene prakse prilikom tumačenja pojedinih pojmova, izbegavanje da se navedu konkretni razlozi na osnovu kojih su izvedeni određeni zaključci, olako prelaženje preko pojedinih činjenica koje su u konkretnom slučaju

77 Branislav Simonović, *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 20123, 540.

78 B. Simonović, 478, 479.

79 Vid. Goran P. Ilić *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 201810, 440–443.

mogle da budu razmotrene kao mere zaštitnog karaktera, sve to dovodi u pitanje doslednost Evropskog suda u rešavanju određenih predmeta. Dodatni problem s presudom *Dragan Petrović protiv Srbije* je u tome što je reč o krivičnom predmetu u kojem su prikupljeni dokazi o krivičnom delu teško ubistvo, a upravo je zahvaljujući DNK uzorku isključena mogućnost da je podnosilac predstavke mogao da učini to delo. Upravo taj dokaz je omogućio nadležnim organima da ispune pozitivnu obavezu države koja se sastoji u sprovođenju delotvorne istrage radi utvrđivanja uzroka smrti nekog lica (član 2 EKLJP).

Presuda *Dragan Petrović protiv Srbije*, kao i neke druge u kojima je utvrđeno da je Republika Srbija povredila drugo pravo ili slobodu iz Evropske konvencije o ljudskim pravima,⁸⁰ otvara brojne dileme koje se ne odnose samo na našu zemlju. O nekima je u prethodnom pasusu bilo reči, a treba još pomenuti i veliki broj predstavlki koje pristižu pred Evropski sud za ljudska prava, problem sudija koji odlučuju o materiji kojom se prethodno nisu bavili, prebacivanje tereta izrade nacрта odluka i presuda u velikoj meri na saradnike u Sudu, „tvrde“ ili „mekše“ tumačenje određenih pojmova u zavisnosti od toga protiv koje države je usmerena predstavlka, kao i svojevrsni pritisak koji na odlučivanje i zauzimanje suprotnog stava od dotadašnjeg mogu da izvrše određene države.⁸¹

LITERATURA

- Bayer, Vladimir, *Jugoslavensko krivično procesno pravo Knjiga druga Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku*, Informator, Zagreb 19782
- Derida, Žak, *Sila zakona: mistični temelj autoriteta*, Svetovi, Novi Sad 1995
- de Vries, Karin, „Right to Respect for Private and Family Life“, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Edited by P. van Dijk, F. van Hoof, A. von Rijn, L. Zwaak), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland 20185
- Feješ, Ištvan, „Zakonitost primene DNK analize u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1–2/2008
- Ilić, Goran P., „Položaj oštećenog u krivičnom postupku i standardi ljudskih prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012
- Ilić, Goran P., „Observations on the ne bis in idem principle in light of the European Court of Human Rights' Judgment: *Milenkovic v. Serbia*“, *Journal of Eastern-European Criminal Law* 1/2017
- Ilić, Goran P. et al., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 201810
- Knežević, Saša, „Primena medicinskih intervencija u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu XLIII* 2003
- Kuijjer, Martin, *The blindfold of Lady Justice Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, E.M. Meijers Institut of Legal Studies of Leiden University, Leiden 2004

80 Na primer, slučaj *Milenković protiv Srbije* (50124/13, 1. mart 2016) u kojem je Evropski sud utvrdio da je povredu člana 4 Protokola broj 7 uz EKLJP. Goran P. Ilić „Observations on the ne bis in idem principle in light of the European Court of Human Rights' Judgment: *Milenkovic v. Serbia*“, *Journal of Eastern-European Criminal Law* 1/2017, 217–230.

81 Primer za to je načelo *ne bis in idem* i presude Evropskog suda za ljudska prava (Veliko veće) u slučajevima *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*, 14939/03, 10. februar 2009 i *A. i B. protiv Norveške*, 24130/11 i 29758/11, 15. novembar 2016.

- Leonhard, Julie, „La place de l'ADN dans le procès pénal“, *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 9/2019
- Lupária, Luka, „Probabilité et procès pénal à l'époque de la preuve ADN“, *Diritto Penale Contemporaneo* 3/2017
- Lupária, Luka, „Mythe et réalité dans la représentation de la preuve génétique“, *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* 9/2019
- Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava Strasbourški acquis*, Novi informator d. o. o., Zagreb 2103
- Pajvančić, Marijana, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009
- Pascal, *Pensées*, Le livre de poche, Librairie Générale Française, Paris 1972
- Pradel, Jean, „De certaines preuves scientifiques devant la Cour européenne des droits de l'homme“, *La Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal* n° 51 1/2017
- Renucci, Jean-François, *Traité de droit européen des droits de l'homme Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ Lextenso éditions, Paris 20122
- Simonović, Branislav, *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac 20123
- Sourgens, Frédéric Gilles, „The Privacy Principle“, *Yale Journal of International Law* Vol. 42 2/2017
- Trechsel, Stefan (*With the assistance of Sarah J. Summers*), *Human Rights in Criminal Proceedings*, Academy of European Law European University Institute, Oxford University Press, Oxford 2005
- Vasiljević, Tihomir, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Savremena administracija, Beograd 1957
- Vasiljević, Tihomir, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 19813
- Zupančić, Boštjan M., *Sur la cour européenne des droits de l'homme Rétrospective d'un initié (1998–2016)*, Logiques juridiques, L'Hartmattan, Paris 2018

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

DNA SAMPLING AND THE RIGHT TO PRIVACY IN CRIMINAL PROCEEDING

SUMMARY

The impulsion for writing the article is recent judgement of the European Court of Human Rights in the case of the *Dragan Petrović v. Serbia* in which it is determined the violation of the right to respect of private and family life from Article 8 European Convention for Human Rights. The author points out the importance of this right and the fact in the practice of the European Court of Human Rights, there is an expansion of the field in which protection is provided from unjustified interference in private and family life. One of the questions raised regarding the right to privacy relates to the possibility of taking DNA samples and

their use in criminal proceedings. After a detailed analysis of the case of *Dragan Petrović v. Serbia*, a review of the importance and standards of taking DNA samples followed. The author is of the opinion that DNA samples do not represent essentially „authentic“ evidence that contributes to establishing the truth in criminal proceedings. The most important value of this evidence is that they are often showed as decisive evidences in favor of the defendant. When it comes to standards which have emerged in the practice of the European Court of Human Rights, it is considered in work above all the meaning of the term „*in accordance with the law*“. After that the previous legal solutions are presented with special reference to the arguments which was given by the European Court of Human Rights when analyzing the provisions of the Criminal Procedure Code which are important at the moment of taking the buccal swab from the applicant and solutions which containing the relevant Criminal Procedure Code. In that occasion author pointed to the inconsistencies of the European Court for Human Rights, to the fact that without sufficient arguments he deviated back from the standards he had built in his practise so far. Author concludes that inconsistencies which rise out in the practice of the Court in Strasbourg do not contribute to the protection of the basic freedoms and rights. Given the circumstances of the concrete case, it is hard to get away with the impression that such treatment introduces a certain degree of the legal uncertainty and also suggests that the European Court of Human Rights is becoming supranational court of instance.

Key words: right to privacy, DNA evidence, criminal procedure, human rights, Constitutional Court, European Convention for Human Rights, European Court of Human Rights.

Igor Vuković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIVIČNO DELO UGROŽAVANJA TERITORIJALNE CELINE I MOGUĆA ODGOVORNOST NAJVIŠIH DRŽAVNIH ORGANA

Apstrakt: U kontekstu aktuelnih razgovora o statusu Kosova i Metohije u javnom diskursu se često pominje mogućnost da se najviši državni organi Srbije eventualnim sporazumom sa organima tzv. Kosova odreknu dela teritorije Srbije zarad neizvesnog pristupanja Evropskoj uniji. U radu se razmatraju aktuelna krivično i ustavnopravna pitanja koja se u vezi s takvim mogućim raspolaganjem daju postaviti. Autor zastupa stav da odricanje od dela teritorije saglasno srpskom Ustavu i aktuelnom krivičnom zakonodavstvu predstavlja kažnjivo ponašanje. Ustupanje dela teritorije zemlje drugom entitetu moguće je samo u postupku koji predviđa Ustav.

Ključne reči: Ustav, ugrožavanje teritorijalne celine, indemnitet.

Poslednjih meseci, u jeku novih pritisaka na naše državne zvaničnike da se obavezujućim međunarodnim sporazumom odreknu dela naše južne pokrajine, u stručnoj javnosti se tek stidljivo čuju glasovi da je takva mogućnost pravno nedopuštena. S obzirom na dužinu trajanja političkog dijaloga i širinu tema koje su u dosadašnjem toku činile njegov predmet, među građanstvom je nastao utisak da naši najviši državni zvaničnici, koji učestvuju u ovim razgovorima, imaju ovlašćenje da se odreknu dela Kosova i Metohije u zamenu za neku drugu „vrednost“ (članstvo u Evropskoj uniji, trgovački pristup moru, ili štogod drugo). Stoga nam se čini važnim da ovu mogućnost raspravimo iz ugla krivičnopravne argumentacije.

1. KRIVIČNO DELO UGROŽAVANJA TERITORIJALNE CELINE IZ ČL. 307 KRIVIČNOG ZAKONIKA

Prema čl. 307 Krivičnog zakonika, ko silom ili na drugi protivustavan način pokuša da otcepi neki deo teritorije Srbije, ili da deo te teritorije pripoji drugoj državi, kazniće se zatvorom od tri do petnaest godina. Ova inkriminacija je u sličnom vidu ušla u naše krivično zakonodavstvo već Krivičnim zakonikom FNRJ od 1951. godine.¹ Njena osobenost je bila specifična radnja izvršenja (delo učinioca „upravljeno

* Redovni profesor, igorvu@ius.bg.ac.rs.

1 Njom su bile objedinjene današnje inkriminacije ugrožavanja teritorijalne celine (čl. 307) i ugrožavanja nezavisnosti (čl. 305). Delo se zvalo „Ugrožavanje teritorijalne celine i nezavisnosti drža-

na...“), čime je kao dovršeno delo bio inkriminisan ne samo pokušaj otcepljenja dela teritorije države već i preduzimanje kakve pripremne radnje koja prethodi početku radnje izvršenja.² Delo je bilo zaprećeno strogim zatvorom od najmanje pet (do dvadeset) godina ili smrtnom kaznom. Inkriminacija je štitila teritorijalni integritet države, nezavisno od toga da li su radnje bile upravljene na priključenje dela teritorije drugoj državi, ili proglašavanje samostalne države na delu teritorije FNRJ. Sličnu inkriminaciju zadržava i Krivični zakon SFRJ.³ Navođenje sile kao načina otcepljenja ili pripajanja dela teritorije činjeno je više *exempli causa*, dok se kao protivustavni način izvršenja ovog dela smatralo svako postupanje nesaglasno sa ustavom utvrđenom nadležnošću i postupkom predviđenim za promenu granica.⁴

Krivični zakonik Srbije od 2005. godine najvećim delom zadržava dotadašnje obličje ovog krivičnog dela, osim što radnju definiše kao pokušaj otcepljenja ili pripajanja drugoj državi dela teritorije Srbije.⁵ Zbog toga je krivično delo formalno dovršeno preduzimanjem neke delatnosti koja se smatra pokušajem otcepljenja ili pripajanja drugoj državi dela teritorije. Stoga je uspeh učinioca u smislu ostvarenja zacrtanog cilja krivičnopravno irelevantan.⁶ Protivustavan način se i dalje tumači kao protivnost odredbama Ustava Srbije koje se tiču promene granica.⁷ U tom smislu Ustavom je propisano da o promeni granica Republike Srbije odlučuje Narodna skupština (čl. 99, st. 1, tač. 2). Član 8 Ustava utvrđuje da je teritorija Republike Srbije „jedinstvena i nedeljiva“, a da se njena granica kao „nepovrediva“ menja po

ve“ (čl. 101 KZ FNRJ). U stavu 1 bio je propisan oblik koji se odnosio na ugrožavanje teritorijalne celine, činjenjem „dela upravljenog na to da se silom ili drugim protivustavnim putem od FNRJ otcepi jedna narodna republika ili autonomna jedinica ili ma koji deo njene teritorije“.

2 J. Tahović /1956/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 295.

3 Prema čl. 116, st. 1 KZ SFRJ, „ko učini delo upravljeno na to da se silom ili protivustavnim putem otcepi neki deo teritorije SFRJ ili da se deo te teritorije pripoji drugoj državi, kazniće se zatvorom najmanje pet godina“. Drugi stav se ticao menjanja unutrašnjih granica između republika i autonomnih pokrajina.

4 N. Srzentić /1986³/: u: *Komentar KZ SFRJ*, Beograd, p. 431.

5 Slične inkriminacije koje pod različitim pretpostavkama čuvaju teritorijalni integritet zemlje zastupljene su i u stranom zakonodavstvu. Tako u nemačkom pravu postoje krivična dela veleizdaje savezne države ili njene pokrajine (čl. 81 i 82 nemačkog Krivičnog zakonika), kojima se između ostalog inkriminiše preduzimanje silom ili pretnjom upotrebe sile kakve radnje kako bi se područje ili deo neke od pokrajina pripojio nekoj drugoj pokrajini, kako bi se deo neke pokrajine otcepilo, ili kako bi se promenio ustavni poredak. Preduzimanjem takve radnje delo je već formalno dovršeno. Takođe je kažnjiv i stadijum pripremanja (čl. 83 dStGB). Kako osnovno delo veleizdaje savezne države kao jednu od radnji navodi i ugrožavanje opstanka SR Nemačke, u čl. 92 dStGB se interpretativno objašnjava da štetu opstanku države nanosi onaj ko radi potčinjavanja stranoj vlasti narušava njeno državno jedinstvo ili otcepljuje deo teritorije koji joj pripada. Krivično delo veleizdaje sadržano je i u austrijskom pravu (čl. 242 austrijskog Krivičnog zakonika), a ostvaruje ga onaj ko silom ili pretnjom upotrebe sile preduzme radnje kako bi izmenio Ustav Republike Austrije ili neke od njenih pokrajina, ili kako bi odvojio oblast koja pripada Republici Austriji.

6 Istina, pitanje dovršenja dela u materijalnom smislu u slučaju političkih krivičnih dela nije bez značaja. Tako se i krivično delo napada na ustavno uređenje (čl. 308), definisano kao pokušaj, silom ili pretnjom upotrebe sile, da se promeni ustavno uređenje Srbije ili svrgnu najviši državni organi, smatra formalno dovršenim već pokušajem ostvarenja takvog cilja, jer će uspešno svrgavanje najviših organa i dolazak na vlast po pravilu onemogućiti odgovornost po ovoj odredbi. To je uostalom bio slučaj i sa Petooktobarskim pućem.

7 Lj. Lazarević /2011²/, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 892.

postupku predviđenom za promenu Ustava.⁸ Osim toga, i u preambuli Ustava se konstatuje da je Pokrajina Kosovo i Metohija sastavni deo teritorije Srbije, da ima položaj suštinske autonomije u okviru suverene države Srbije,⁹ kao i da iz takvog njenog položaja slede ustavne obaveze svih državnih organa da zastupaju i štite državne interese Srbije na Kosovu i Metohiji u svim unutrašnjim i spoljnim odnosima. Iako su organi države i inače po prirodi stvari pozvani da štite državne interese na svakom delu državne teritorije, izričito ukazivanje na takvu dužnost nalikuje ustanovljenju naročite garantne dužnosti i posledično moguće krivične odgovornosti za propuštanje dužnog činjenja državnih organa u slučaju da su ovi interesi na Kosovu i Metohiji ugroženi. Ipak, kako se u ustavnopravnoj doktrini odredbama preambule odriče normativni karakter i pravna snaga,¹⁰ ne bi bilo prihvatljivo ekstenzivno i neodređeno proširivanje odgovornosti za nečinjenje po ovom osnovu.

Treba imati u vidu da je kao teško delo protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije predviđen slučaj ako je ugrožavanje teritorijalne celine imalo za posledicu smrt jednog ili više lica, ako ono izazove opasnost za život ljudi, bude praćeno teškim nasiljima ili velikim razaranjima, ili dovede do ugrožavanja bezbednosti, ekonomske ili vojne snage zemlje (čl. 321, st. 1). Učinilac će se u tom slučaju kazniti zatvorom od najmanje 10 godina. Ako pri izvršenju ugrožavanja teritorijalne celine učinilac sa umišljajem liši života jedno ili više lica, ili delo bude učinjeno za vreme ratnog stanja, oružanog sukoba ili vanrednog stanja, učinilac se može kazniti zatvorom od najmanje 10 godina ili doživotnim zatvorom.¹¹

Zakonodavac u pogledu ovog krivičnog dela inkriminiše i stadijum *pripremanja*, pa je preduzimanje neke od pripremnih radnji zaprećeno zatvorom od jedne do pet godina (čl. 320, st. 1). Pripremanje se tu može sastojati u nabavljanju ili osposobljavanju sredstava za izvršenje krivičnog dela, u otklanjanju prepreka za izvršenje krivičnog dela, u dogovaranju, planiranju ili organizovanju sa drugima izvršenja krivičnog dela, ili u drugim radnjama kojima se stvaraju uslovi za neposredno ugrožavanje teritorijalne celine (čl. 320, st. 2). U literaturi se uglavnom ne navode konkretni primeri sličnog pripremanja baš ovog krivičnog dela. U jugoslovenskoj doktrini se npr. kod krivičnog dela priznavanja kapitulacije i okupacije pod delom upravljanim na takav ishod, što odgovara današnjem pripremanju ovog dela, između ostalog smatralo i stupanje u pregovore za zaključenje sporazuma o kapitulaciji.¹² Analogno tome bi se vidom

8 Suštinska autonomija Autonomne pokrajine Kosovo i Metohija urediće se posebnim zakonom koji se donosi po postupku predviđenom za promenu Ustava. Teritorija autonomnih pokrajina i uslovi pod kojima se može promeniti granica između autonomnih pokrajina određuje se zakonom. Teritorija autonomnih pokrajina ne može se menjati bez saglasnosti njenih građana izražene na referendumu, u skladu sa zakonom (čl. 182 Ustava).

9 Unošenje ove odredbe u preambulu nema samo simboličan značaj, budući da postupak za promenu Ustava podrazumeva stavljanje akta o promeni Ustava na republički referendum radi njegovog potvrđivanja, ako se, između ostalih pitanja, promena Ustava tiče i preambule (čl. 203, st. 6 Ustava). Promena Ustava je usvojena ako za promenu na referendumu glasa većina izašlih birača.

10 Tako R. Marković /2006/: Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2, p. 8; M. Pajvančić /2014³/: *Ustavno pravo*, Novi Sad, p. 41.

11 Posebno je inkriminisano udruživanje radi protivustavne delatnosti, stvaranjem grupe ili članstvom u njoj radi vršenja ugrožavanja teritorijalne celovitosti (čl. 319). Ovaj oblik je naročito ostvariv u slučaju nasilnog pokušaja otepljenja dela teritorije.

12 N. Srzentić, u: *op. cit.*, p. 428.

pripremanja ugrožavanja teritorijalne celine moglo smatrati i vođenje pregovora čiji bi sadržaj podrazumevao odvajanje dela teritorije Srbije.

2. NAJVIŠI ORGANI VLASTI I IMUNITET NEODGOVORNOSTI

Postavlja se pitanje da li ovo delo može biti ostvareno i od kojih najviših državnih organa, imajući u vidu da prema Ustavu, *narodni poslanik* uživa tzv. imunitet neodgovornosti, prema kojem ne može biti pozvan na krivičnu ili drugu odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje u vršenju svoje poslaničke funkcije (čl. 103, st. 2).¹³ U pogledu predsednika Ustav predviđa da „predsednik Republike uživa imunitet kao narodni poslanik“, kao i da o njegovom imunitetu odlučuje Narodna skupština (čl. 119).¹⁴ U sličnom obimu imunitet prema Ustavu uživaju i: predsednik i članovi Vlade (čl. 134, st. 2 Ustava),¹⁵ Zaštitnik građana (čl. 138, st. 5 Ustava) i sudija Ustavnog suda (čl. 173, st. 2 Ustava). Za izraženo mišljenje i glasanje u vršenju svoje funkcije na odgovornost ne može biti pozvan ni sudija ni javni tužilac odnosno njegov zamenik (osim uz izričit izuzetak ako se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika iz člana 360 Krivičnog zakonika), kao ni član Visokog saveta sudstva odnosno Državnog veća tužilaca.

Između imuniteta neodgovornosti i nepovredivosti postoje značajne razlike. Imunitet neodgovornosti odnosno tzv. *indemnitet* (eng. Indemnity, nem. Indemnität), ima materijalnopravno dejstvo jer trajno isključuje svaku pravnu odgovornost za dela učinjena u vršenju dužnosti. Kako nije predviđen mehanizam koji omogućava njegovo ukidanje, u literaturi se često naglašava da je indemnitet po svom dejstvu apsolutan. Indemnitet nije vezan za trajanje mandata, tako da se ni nakon njegovog prestanka ne može postaviti pitanje odgovornosti za izraženo mišljenje ili glasanje tokom obavljanja funkcije. S druge strane, *imunitet* nepovredivosti ima samo procesnopravno dejstvo, jer, dok traje mandat, predstavlja procesnu smetnju, koja onemogućava da se protiv poslanika, koji se na njega pozvao ili kojem je ovaj uspostavljen, bez odobrenja Narodne skupštine povede krivični ili drugi postupak za koji se može izreći kazna zatvora.¹⁶ Imunitet nepovredivosti otuda ne dotiče postojanje delikta i odgovornosti, već samo utvrđuje dopunske uslove za vođenje postupka prema učiniocu.¹⁷

13 Ova odredba je gotovo identična u većini ustava kontinentalne Evrope (vid. npr. član 68 Ustava Italije od 1947. i član 26 Ustava Francuske od 1958. godine).

14 Iste odredbe sadrži i čl. 11 Zakona o predsedniku Republike.

15 Srbija je jedna od samo nekoliko evropskih država koje imunitet neodgovornosti proširuju i na predsednika vlade i ministre. Prema Ustavu, predsednik i članovi Vlade ne odgovaraju za mišljenje izneto na sednici Vlade ili Narodne skupštine, ili za glasanje na sednici Vlade. Treba primetiti da prema Ustavu nije jasno ko odlučuje o imunitetu članova Vlade, budući da čl. 105, st. 1, tač. 7 u tom smislu upućuje na Narodnu skupštinu, a čl. 134, st. 2 na samu Vladu.

16 Narodni poslanik koji je zatečen u izvršenju krivičnog dela za koje je propisana kazna zatvora u trajanju dužem od pet godina – može biti pritvoren i bez odobrenja Narodne skupštine (čl. 103, st. 4 Ustava).

17 U pravu SAD državne zvaničnike može štiti tzv. apsolutni imunitet, koji potpuno onemogućava njihov krivični progon i građanske tužbe dok god se nalaze na određenoj državnoj funkciji, i tzv. kvalifikovani imunitet, koji ima ograničeno dejstvo, koje uzima u obzir dužnosti službe koju

Smisao postojanja imuniteta neodgovornosti i nepovredivosti predstavlja zaštita obavljanja poslaničke funkcije i ideje predstavničke demokratije, čime se sprečava upliv drugih grana vlasti u rad skupštine. Time se poslanicima garantuje vanparlamentarna (ne i disciplinska) neodgovornost za svoju delatnost u narodnom predstavništvu. Opravdanje ove ustanove počiva isključivo na ustavno-političkim, vankrivičnim razlozima. Bilo kakvo povlašćivanje poslanika po ovom osnovu nije objašnjivo iz perspektive čistih krivičnopравnih promišljanja, budući da ono ne odgovara vrednovanjima na planu opravdanosti kažnjavanja. To se naročito odnosi na generalno-preventivne momente, imajući u vidu da vršenje krivičnih dela od strane narodnih predstavnika, naročito u okolnostima televizijskih prenosa skupštinskih sednica, u javnosti uglavnom nailazi na osudu. Iz razloga očuvanja sistema podele vlasti imunitet koji se odnosi na narodne poslanike u celosti ili delom se priznaje i drugim organima vlasti.

Obuhvat indemnitet, u pogledu subjekata na koje se odnosi, prilika u kojima se primenjuje, a naročito njegove sadržine, tj. delikata na koja se uopšte odnosi, vrlo je sporan, a uporedna rešenja ne daju osnov za pouzdana uopštavanja. On po prirodi stvari mora biti ograničen, jer se njime slabi načelo jednakosti građana pred zakonom. Da bi se utvrdilo da li je poslanik „izrazio mišljenje u vezi sa obavljanjem svoje funkcije“ treba poći od kriterijuma da li poslanik istupa kao član parlamenta. U tom smislu su indemnitetom prevashodno obuhvaćene izjave koje poslanik daje unutar određenog tela parlamenta čiji je član. Nije od značaja ni da li je govorniku predsedavajući uopšte dao reč ili je ovaj sa svog poslaničkog mesta nešto dobacivao, ako je primedba u vezi sa predmetom rasprave. Ipak, izjava mora biti u vezi sa kakvom parlamentarnom aktivnošću, pa privatni razgovori među poslanicima izlaze iz obuhvata zaštite. Pritom, izjava ne mora biti data unutar sale, pa čak ni u zgradi parlamenta, ako se sednica skupštine ili njenog radnog tela održava izvan predstavničkog tela.¹⁸ U obzir bi došle i izjave date tokom poseta parlamentarnih delegacija

službenik predstavlja i cilj u kojem se postupa. Ako u tom smislu službenik zadovolji odgovarajuće uslove koji se traže, takođe će uživati puni imunitet (A. Marshall /1996/: Jones v. Clinton: Reconsidering Presidential Immunity, *Perspectives on Law and the Public Interest*, № 1, p. 102). Američki ustav (čl. 1, odelj. 6, st. 1) predviđa da u svim slučajevima, izuzev u slučaju izdaje, zločina i povrede javnog mira, senatori i članovi predstavničkog doma ne mogu biti uhapšeni dok prisustvuju zasjedanju svojih domova, i kada dolaze ili odlaze iz njih, a za svaki svoj govor ili raspravu u oba doma neće odgovarati ni pred kim. Imunitet federalnih sudija ne proihodi iz Ustava već common law prava i apsolutan je po svojoj prirodi. Iako time nastaje rizik od eventualne zloupotrebe sudijske vlasti, smatra se da mogućnost njihovog opoziva od strane predstavničkog doma predstavlja dovoljan korektiv. S druge strane, u pogledu izvršne vlasti je poslednjih decenija uglavnom prihvatani kvalifikovani imunitet, koji je pokrivaio isključivo postupanja učinjena u vršenju nadležnosti i isključivao zaštitu ako je titular znao da je njegovo ponašanje zabranjeno. U slučaju krivičnog gonjenja državnih službenika (npr. predsednika SAD) sudi Senat, koji u slučajevima krivičnog gonjenja može da ukloni službenika sa dužnosti, nakon čega okrivljena strana podleže optužbi, suđenju, osudi i kazni od strane redovnih sudova, npr. za veleizdaju ili primanje mita. Kako američki predsednik ima niz važnih ovlašćenja koje ne deli sa drugima (npr. u svojstvu komandanta armije i mornarice) izvestan privremeni imunitet smatra se nužnim (S. M. Griffin /2000/: Presidential Immunity from Criminal Process: Amateur Hour at the Department of Justice, *Widener Law Symposium Journal*, № 5, p. 66).

18 V. Petrov, I. Vuković /2015/: Imunitet neodgovornosti poslanika – ustavnopravni i krivičnopравni pogled, *Srpska politička misao*, № 2, p. 281.

u zemlji i inostranstvu, ako se mogu dovesti u vezu sa zvaničnom aktivnošću poslanika. S druge strane, sve one delatnosti poslanika koje stoje u manje-više posrednoj vezi sa vršenjem mandata indemnitetom nisu pokrivene. „Glasanje“ podrazumeva davanje glasa u pogledu pojedinih pitanja koja se u telu postavljaju.¹⁹

Kada je reč o delima koja se mogu ostvariti „izražavanjem mišljenja“, većina autora se slaže da indemnitet obuhvata svako delo koje se može ostvariti verbalno, budući da se time najdirektnije štiti sloboda govora. To se prema tradicionalnom pogledu ne odnosi i na opise koji se ostvaruju ne izjavom već kakvim delom, činidbom.²⁰ Naš ustav ne pravi razliku između pojedinih kategorija krivičnih dela ostvarenih izražavanjem mišljenja, tako da bi imunitetom neodgovornosti mogla biti pokrivena sva krivična dela ostvariva poslaničkim izlaganjem, nezavisno od napadnutog objekta krivičnopravne zaštite. Izjavom bi utoliko naročito moglo biti ostvareno pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja (čl. 309), ometanje pravde pozivanjem na otpor ili na neizvršenje sudskih odluka (čl. 336b, st. 1), pozivanje ili podsticanje na agresivan rat (čl. 386, st. 1),²¹ rasna i druga diskriminacija, npr. širenjem ili predstavljanjem ideja koje zagovaraju mržnju ili diskriminaciju po bilo kom ličnom svojstvu (čl. 387, st. 4), javno podsticanje na izvršenje terorističkih akata (čl. 391a) ili pozivanje ili podsticanje na izbegavanje vojne obaveze (čl. 394, st. 4). Kod pojedinih navedenih krivičnih dela kao radnje izvršenja propisane su radnje „pozivanja“ odnosno „podsticanja“ na različita činjenja ili propuštanja, što bi preko „malih ekrana“ mogli ostvariti i narodni poslanici. Slično apsolutno dejstvo imuniteta neodgovornosti narodnih poslanika poznaje većina evropskih zemalja.²² U nemačkoj literaturi je nakon izvesnih kolebanja, i izričitog uspostavljanja izuzetka za odgovornost za klevetničke izjave, danas nesporno da indemnitet obuhvata sadržaj svih izjava nezavisno od njihovog pravnog značaja. Izjavom se može odati i državna tajna, kao što se i građani mogu pozvati na pobunu protiv vlasti.²³ S druge strane, većina krivičnih dela (npr. krađa, falsifikovanje novca itd.) ipak se ne može zamislivo ostvariti u toku neke parlamentarne aktivnosti.

19 Osobenost ostvarivanja krivičnih dela putem glasanja čini i to što ovde obeležja krivičnog dela ne ostvaruje postupanje pojedinačnog učinioca, već se odluka donosi određenim brojem glasova. Iako ova okolnost pokreće izvesna krivičnopravna pitanja na planu uzročnosti, ovde je dovoljno ukazati da se pojedini poslanici, koji su svojim glasom doprineli većini neophodnoj za donošenje odluke, ne bi mogli braniti argumentom da bi odluka bila doneta i bez njihovog glasa.

20 J. Tahović /1953/: *Parlamentarni imuniteti*, № 2, p. 167.

21 Zanimljivo je primetiti da se kao primer delikta mišljenja koji bi bio obuhvaćen indemnitetom u literaturi (U. Neumann /2005²/, u: *Nomos Kommentar. StGB. Band I*, Baden-Baden, p. 1271) navodi primer parlamentarne rasprave u kojoj bi poslanik branio ideju preventivnog vojnog udara NATO pakta na neku državu u uslovima kakve međunarodne krize, što u našem pravu odgovara ovom delu.

22 Tako i u britanskom zakonodavstvu parlamentarna privilegija može da se odnosi npr. na izjavljivanje pretnje koje ide za tim da izazove rasnu ili versku mržnju, ili mržnju po osnovu seksualne orijentacije, odobravanje terorističkih akata ili narušavanje državnih tajni (vid. *Parliamentary Privilege*, Cm 8318, 2012, 30).

23 H. H. Klein, u: T. Maunz, G. Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, Art. 46, 38. I u anglosaksonskoj praksi vlada mišljenje da poslanici ne odgovaraju u slučaju pozivanja na pobunu ili slično delo upravljeno protiv države. Kao primer se obično navodi slučaj iz XVII veka poslanika Eliota i nekoliko drugih članova engleskog parlamenta, koji su bili pritvoreni od strane kralja zbog navodnih buntovnih skupštinskih govora.

S druge strane, u literaturi i uporednoj judikaturi se danas smatra nespornim da primanje mita, trgovina uticajem i druga dela koja podrazumevaju *zloupotrebu ovlašćenja* u vršenju funkcije isključuju imunitet neodgovornosti (npr. poslanik primi novac kako bi glasao za određeni zakonski predlog).²⁴ Dok prema nekim gledištima zloupotreba funkcije nije moguća glasanjem za određeni zakon zbog činjenice da to spada u krug poslaničkih ovlašćenja,²⁵ drugo gledište, više zastupljeno i u uporednoj sudskoj praksi, ipak polazi od toga da se pored zloupotrebe u objektivnom smislu (prekoračenja granica službenog ovlašćenja ili njegovog nevršenja) o zloupotrebi može raditi i tamo gde se ostaje u okvirima poverenog ovlašćenja, ali gde je motiv kriminalan.²⁶ Uostalom, u tom smislu se zloupotreba službenog položaja razume i u našem krivičnom zakonodavstvu (vid. čl. 359). S jedne strane, postoji nespornan javni interes obezbeđivanja legitimnih odluka narodnih predstavnika, što se ne bi moglo obezbediti ako bi njihov glas postao predmet upliva najrazličitijih privatnih interesa, dok, s druge strane, nije isključeno da se na taj način, posrednim putem, ograniči sloboda govora u parlamentu. U prilog zaključka da zloupotreba službenih ovlašćenja nije pokrivena indemnitetom govori i to što se pod službenim licem u smislu našeg krivičnog zakonodavstva smatraju i nosioci zakonodavnih i izvršnih funkcija (vid. čl. 112, st. 3).

Teže je odrediti koja se dela mogu ostvariti „*glasanjem*“ u parlamentu. Načelno, tu bi u obzir moglo doći izglasavanje protivpravnih odluka koje bi ostvarile obeležja nekog krivičnog dela (npr. izglasavanje akta kojim Skupština priznaje okupaciju Srbije ili pojedinog njenog dela, član 306 KZ). Nije sporno da krivična odgovornost zakonodavnog tela kao kolegijalnog organa nije moguća, ali se ovde može postaviti pitanje krivične odgovornosti pojedinačnih poslanika koji su svojim glasom doprineli pokušaju otcepljenja dela teritorije Srbije.²⁷ Iako je promena granica u nadležnosti Narodne skupštine, Ustav izričito propisuje da se granica mora menjati u postupku predviđenom za promenu Ustava.²⁸ Dok god narodni poslanici

- 24 Uostalom, i Konvencija UN protiv korupcije (vid. „Sl. list SCG“ – Međunarodni ugovori, br. 12/2005) predviđa (čl. 30, st. 2) da će svaka država ugovornica preduzeti mere koje mogu biti potrebne kako bi se uspostavila ili održavala, u skladu sa vlastitim pravnim sistemom i ustavnim načelima, odgovarajuća ravnoteža između bilo kojih imuniteta ili privilegija u odnosu na nadležnost koje se priznaju njenim javnim funkcionerima u vršenju funkcija i mogućnosti, kada je potrebno, efikasne istrage, krivičnog gonjenja i suđenja za krivična dela predviđena ovom konvencijom.
- 25 U tom smislu T. Hoppe /2011/: Public Corruption: Limiting Criminal Immunity of Legislative, Executive and Judicial Officials in Europe, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, № 4, p. 548; R. J. Reinstein, H. A. Silverglate /1973/: Legislative Privilege and the Separation of Powers, *Harvard Law Review*, № 7, p. 1162.
- 26 J. Tahović /1953/: *op. cit.*, 170. I ovaj autor smatra da trgovina glasom nije pokrivena indemnitetom jer se tu ne kažnjava za samo glasanje već za radnje koje mu prethode. Krivično delo primanja mita iz čl. 367 takođe je dovršeno pre vršenja službene radnje u vezi sa kojoj je korist primljena, zahtevana, ili primljeno njeno obećanje.
- 27 Načelno, u evropskom pravu, izuzev Irske i Velike Britanije, čiji propisi izričito omogućavaju krivično gonjenje narodnih poslanika u slučaju izdaje i drugih teških zločina, slične odredbe uglavnom izostaju.
- 28 To podrazumeva najpre predlog za promenu, koji može podneti najmanje trećina od ukupnog broja narodnih poslanika, predsednik, vlada ili 150.000 birača. Nakon toga predlog mora da usvoji Narodna skupština dvotrećinskom većinom. Zatim se izrađuje i dvotrećinskom većinom usvaja akt o promeni Ustava, nakon čega se promena usvaja većinom glasova izašlih građana na referendumu.

postupaju unutar Ustavom predviđenog poretka promene državnih granica, njihovo odlučivanje i glasanje, nezavisno od toga da li ova njihova odluka vodi umanjenu državne teritorije, pokriveno je ustanovom indemnitetu. Sporno je, međutim, da li bi to važilo i u pogledu nepoštovanja ovog pravnog puta, naročito imajući u vidu da bi izglasavanje slične odluke izvan propisanog postupka predstavljalo „protivustavan način“ kao vid ostvarenja krivičnog dela iz čl. 307. Štaviše, iako takav pokušaj otcepljenja ne bi povlačio ustavnopravna dejstva, on bi u smislu zakonskih obeležja ovog dela predstavljao dovršeni delikt. Kako međutim naš ustav, za razliku od nekih drugih uporednih ustavnih propisa, ne predviđa izuzetke u pogledu krivičnih dela koja su pokrivena indemnitetom, a naročito imajući u vidu da se ovde u pravom smislu reči radi o delu ostvarenom putem glasanja, moglo bi se tvrditi da bi imunitet neodgovornosti u pogledu narodnih poslanika obuhvatio i ovo delo. U suprotnom bi se i u pogledu različitih sličnih protivpravnih odluka mogla zaključiti krivična odgovornost,²⁹ što bi posredno krnjilo načelnu nepovredivost poslaničke funkcije.

Najveći broj autora danas smatra da indemnitet prema svojoj pravnoj prirodi predstavlja lični osnov isključenja kažnjivosti, koji ne dotiče protivpravnost ili krivicu poslanika – već samo njegovu kažnjivost.³⁰ Delo učinioca ostaje protivpravno, tako da se može smatrati protivpravnim napadom podobnim za odbranu. Zbog ličnog karaktera privilegije, tumačenje da indemnitet predstavlja ličnu okolnost koja isključuje kažnjivost vodilo bi, i pored neodgovornosti samog poslanika, krivičnoj odgovornosti eventualnih saučesnika. Tako bi, primera radi, onaj ko je pripremio sporazum kojim se deo teritorije Srbije ustupa drugoj državi odgovarao za pomaganje u krivičnom delu ugrožavanja teritorijalne celine. Budući da akcesornost saučesništva podrazumeva postojanje protivpravnog dela izvršioca, a da objašnjenje da se radi o ličnom osnovu koji deluje tek na kažnjivost ne dotiče protivpravnost dela niti krivicu izvršioca – odgovornost podstrekača i pomagača u delu izvršioca-poslanika ne bi bila sporna. To međutim ne isključuje moralnu i političku odgovornost narodnih poslanika, koja u pogledu odluka koje duboko dotiču pitanje narodnog identiteta nose posebnu težinu. To se nesumnjivo odnosi i na odluku koja bi izdvojila deo Kosova i Metohije iz sastava Srbije.

S druge strane, treba imati u vidu da ustavno razlikovanje imuniteta i indemniteta ne podrazumeva njihovo izjednačavanje, u smislu da titular imuniteta neodgovornosti pravno ne odgovara za bilo kakvu nepravilnost koja se ostvari u vršenju funkcije. To bi u ishodu značilo da je procesni imunitet i postupak njegovog ukidanja zapravo izlišan. Koji bi uopšte bio smisao propisivanja naročitog postupka ukidanja imuniteta ako *ab initio* njegov titular uživa apsolutni imunitet od svake odgovornosti. Osim toga, izraženo mišljenje i glasanje u vršenju funkcije ne po-

29 Tako bi se, primera radi, i u pogledu izglasavanja spornog crnogorskog Zakona o slobodi vjeroispovijesti moglo tvrditi da su oni koji su učestvovali u glasanju ostvarili npr. rasnu i drugu diskriminaciju (čl. 443 KZ CG), jer su na temelju pripadnosti pravoslavnoj veroispovesti „prekršena osnovna ljudska prava i slobode zajamčene opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima“. Domašaj odredbe o imunitetu u crnogorskom ustavu (čl. 86) je određen isto kao u srpskom.

30 Vid. npr. T. Fischer /2011⁵⁸/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, p. 310. U tom smislu i Tahović naglašava da poslanički imunitet „isključuje samo krivičnu odgovornost a ne i samo krivično delo“ (J. Tahović: *op. cit.*, p. 172).

drazumeva uzurpaciju nadležnosti, odnosno neodgovornost i tamo gde organ vlasti izlazi iz vlastite nadležnosti i prekoračuje Ustavom poverena ovlašćenja. Tako i Tahović u svom poznatom članku o parlamentarnim imunitetima izričito ukazuje da se privilegija glasanja odnosi samo na glasanje o predmetima koji spadaju u nadležnost rešavanja, a ne i na glasanja o predmetima izvan ustavom utvrđene nadležnosti.³¹ Vlada i predsednik Republike nisu pozvani da razmatraju promenu državnih granica, što Ustav stavlja u nadležnost isključivo Narodne skupštine. Tu se onda radi o nepoštovanju Ustavom uspostavljene podele vlasti i mehanizma indemnitet koji služi upravo očuvanju nezakonitog upliva drugih grana vlasti. Stoga nema sumnje da se akti članova ili predsednika Vlade ili predsednika Republike, a koji bi se ticali odvajanja dela teritorije Srbije, ne bi preduzimali u vršenju njihove funkcije.

Za razliku od monarhija, republikanski šef države je načelno pravno odgovoran za obavljanje svoje funkcije, za šta može odgovarati i krivično.³² U pogledu imuniteta *predsednika Republike* su u javnosti istaknute primedbe formulaciji koja upućujućom normom predsedniku garantuje imunitet „kao narodnom poslaniku“. U delu domaće ustavnopravne literature se smatra da i predsednik, nalik narodnom poslaniku, uživa puni imunitet neodgovornosti za izraženo mišljenje i druge akte preduzete u vršenju svoje predsedničke funkcije,³³ što se posredno izvodi iz činjenice da u našem ustavu nisu propisani izuzeci od odgovornosti prisutni u uporednim ustavima,³⁴ a koji omogućavaju odgovornost u slučaju povrede ustava i veleizdaje.³⁵ Takav zaključak, kako nam se čini, ipak ne stoji. Jasno je da puna analogija sa detaljnije uređenim pretpostavkama imuniteta narodnog poslanika nije ostvariva, budući da predsednik u vršenju svoje funkcije kao inokosni organ ne glasa.³⁶ S druge strane, ako postoji paralela sa obuhvatom indemnitet narodnog poslanika, onda bi i ovde indemnitet pokrivaio isključivo verbalna istupanja u svojstvu predsednika, a ne i činidbu stavljanja vlastitog potpisa na akt kojim bi se odvojio deo teritorije zemlje, a koji i nije u nadležnosti predsednika. Potencijalna odgovornost još je više potcrтана tekstem predsedničke zakletve, date prilikom stupanja na dužnost.³⁷

31 J. Tahović /1953/: *op. cit.*, p. 169.

32 R. Marković /2019²⁴/: *Ustavno pravo*, Beograd, p. 333.

33 N. Jovanović /2018/: Politička odgovornost nosilaca izvršne vlasti u Republici Srbiji, *Administracija i javne politike*, № 3, p. 79.

34 U uporednom pravu dominira isključenje dejstva imuniteta za one akte predsednika koji tvore veleizdaju zemlje ili druge teške zločine, naročito u zakonodavstvima Afrike i Azije. Izričito uspostavljanje izuzetka u pogledu veleizdaje uspostavljeno je između ostalih država u ustavima Obale Slonovače, Gvineje, Libana, Nigerije, Senegala, Sirije (vid. <https://www.loc.gov/law/help/immunity-from-prosecution/presidential-immunity-from-prosecution.pdf>, 10. mart 2020).

35 M. Pajvančić: *op. cit.*, 238–239. Zbog povrede Ustava, predsednik glasovima najmanje dve trećine narodnih poslanika može biti i razrešen. Predlog za pokretanje takvog postupka može dati jedna trećina narodnih poslanika, nakon čega Ustavni sud, u roku od 45 dana odlučuje o postojanju povrede Ustava. To je vid pravne a ne političke odgovornosti, jer predsednik zbog neposrednog izbora ne odgovara narodnim poslanicima. Razrešenje predsednika ne isključuje pravnu odgovornost pred redovnim sudovima (R. Marković /2019/: *op. cit.*, p. 333).

36 S pravom R. Marković: *ibid.*, p. 307.

37 Tekst zakletve glasi: „Zaklinjem se da ću sve svoje snage posvetiti očuvanju suverenosti i celine teritorije Republike Srbije, uključujući i Kosovo i Metohiju kao njen sastavni deo, kao i ostvarivanju ljudskih i manjinskih prava i sloboda, poštovanju i odbrani Ustava i zakona, očuvanju mira

U pogledu *predsednika i članova vlade* imunitet neodgovornosti se tiče samo mišljenja iznetog na sednici Vlade ili Narodne skupštine, ili glasanja na sednici Vlade. Slično ograničenje Ustav propisuje i u pogledu imuniteta sudije, odnosno javnog tužioca ili njegovog zamenika, člana Visokog saveta sudstva i Državnog veća tužilaca (izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja sudske odluke odnosno vršenja tužilačke funkcije, ali ne i ako je učinjeno krivično delo kršenja zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika).³⁸ U pogledu sudija Ustavnog suda i Zaštitnika građana se nalik imunitetu predsednika propisuje da uživa imunitet kao narodni poslanik.³⁹

Ne može se tvrditi kako predstavnici izvršne vlasti, u meri u kojoj njihova postupanja pokriva imunitet neodgovornosti, uživaju punu slobodu od krivične neodgovornosti za krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije. Slučajevi njihove odgovornosti česti su i u uporednoj praksi.⁴⁰ Uostalom, i u ustavnopravnoj doktrini se ukazuje da ministri načelno krivično odgovaraju za kažnjivo delo učinjeno u vršenju dužnosti.⁴¹ Tako naš Krivični zakonik i dalje poznaje krivično delo priznavanja kapitulacije (bezuslovne predaje u ratu ljudstva ili teritorije) ili okupacije (zauzimanja i kontrole dela ili cele teritorije jedne zemlje od strane neprijateljskih oružanih snaga), koje čini građanin Srbije „koji potpiše ili prizna kapitulaciju ili prihvati ili prizna okupaciju Srbije ili pojedinog njenog dela“ (čl. 306). U sličnoj formi ova inkriminacija postojala je i u jugoslovenskom zakonodavstvu (čl. 115 KZ SFRJ). Iako se u ondašnjoj doktrini ukazivalo da ovlašćenje na potpisivanje ili priznanje kapitulacije kao neustavan akt ne može povlačiti nikakva dejstva, nezavisno od pravila međunarodnog prava koja uređuju ovlašćenja za potpisivanje kapitulacije, komentatori Krivičnog zakona smatrali su važnim da naglase da bi se „kao potencijalni izvršioc i ovog dela mogli javiti samo građani SFRJ koji imaju neku rukovodeću funkciju“.⁴² I komentatori aktuelnog Krivičnog zakonika ukazuju da bi „faktički izvršilac dela moglo biti samo ono lice koje je nosilac značajnije državne funkcije,

i blagostanja svih građana Republike Srbije i da ću savesno i odgovorno ispunjavati sve svoje dužnosti”.

- 38 Ovim delom (čl. 360) se inkriminiše donošenje nezakonitog akta ili na drugi način kršenje zakona u sudskom postupku, u nameri da se drugom pribavi kakva korist ili nanese kakva šteta.
- 39 Treba primetiti da ustavotvorac ovu formulaciju pominje i u pogledu imuniteta člana i predsednika Vlade, iako prethodno odvojeno reguliše neodgovornost za izneto mišljenje ili glasanje (vid. čl. 134 Ustava). Drugim rečima, formulacija iz čl. 134, st. 2, prema kojoj „predsednik i članovi Vlade uživaju imunitet kao narodni poslanik“, nesumnjivo se odnosi samo na procesni a ne i na materijalni imunitet. Sličnom logikom bi se i u pogledu domašaja imuniteta predsednika Republike moglo tvrditi da on uživa samo imunitet nepovredivosti, ali ne i indemitet.
- 40 Tako je npr. pakistanski sud osudio u odsustvu na smrt bivšeg predsednika Mušarafa za izdaju zemlje. Dok je u Francuskoj ranije predsednik mogao biti suočen sa krivičnim procesom samo u pogledu veleizdaje (čl. 68 Ustava od 1958. godine, vid. J. Bell /2000/: *The Criminal Liability of Politicians in France, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, № 3, p. 66), od 2014. godine je to moguće u pogledu bilo kog krivičnog dela nespojivog sa vršenjem njegovih dužnosti za vreme trajanja mandata. U državama Komonvelta (npr. Velikoj Britaniji, Novom Zelandu, Australiji, Kanadi) državni službenici su zaštićeni samo od istraga koje se tiču krivičnih dela vezanih za službu, ali i u tom slučaju imunitet može biti ukinut.
- 41 R. Marković /2019/: *op. cit.*, p. 349; M. Pajvančić: *op. cit.*, 219.
- 42 N. Srzentić, u: *op. cit.*, p. 429.

tako da njegovo priznavanje kapitulacije ili okupacije, ima neki značaj za onoga u čiju se korist vrši; mora ga, dakle, druga strana prihvatiti kao ličnost kompetentnu da se izjasni o kapitulaciji ili okupaciji⁴³. Ako bi ciljnim tumačenjem ove odredbe verovatno otpala krivična odgovornost građanina Srbije, koji bi hipotetički, nalik stanovnicima Zagreba koji su 10. aprila 1941. godine sa oduševljenjem dočekali nemačke okupatore, nekim aktom pozitivno vrednovali čin kapitulacije ili okupacije, nesumnjivo je da to takvog zaključka ne bismo mogli doći u odnosu na nosioce državnih funkcija. Ova inkriminacija predstavljala je neposredan odgovor krivičnog zakonodavca na čl. 238 Ustava SFRJ, kojim je bilo propisano da „niko nema pravo da prizna ili potpiše kapitulaciju, niti da prihvati ili prizna okupaciju SFRJ ili pojedinog njenog dela... Takvi akti su protivustavni i kažnjavaju se kao izdaja zemlje. Izdaja zemlje je najteži zločin prema narodu i kažnjava se kao teško krivično delo“. Danas takva odredba Ustava više ne postoji, ali inkriminacija nesumnjivo i dalje obuhvata navedene akte.⁴⁴ Slično sužavanje kriminalne zone samo na one građane koji svojim aktima (na protivustavan način) realno mogu dovesti Srbiju u položaj potčinjenosti ili zavisnosti prema nekoj drugoj državi može se učiniti i u pogledu krivičnog dela ugrožavanja nezavisnosti iz čl. 305. Ovde je važno naglasiti da se u pogledu radnje drugog „protivustavnog načina“ odvajanja ili pripajanja dela teritorije i ovo delo, teleološki tumačeno, po pravilu može izvršiti samo od strane onih lica koja realno mogu svojim aktima ugroziti teritorijalni integritet zemlje, što se po prirodi stvari odnosi na nosioce najvažnijih državnih funkcija. Drugim rečima, običan građanin, koji zagovara nenasilno otepljenje dela teritorije Srbije na kojoj živi redovno ne može ostvariti ovaj zakonski opis.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Upoređivanje uporednih rešenja i domaćih odredbi iz Ustava i Krivičnog zakonika jasno pokazuje da najvišim organima državne vlasti na raspolaganju ne stoji mogućnost stavljanja svog potpisa na bilo kakav akt koji bi vodio odvajanju dela teritorije Srbije. Za razliku od narodnih poslanika, čije bi izglasavanje protivpravnih odluka bilo pokriveno imunitetom neodgovornosti, takav zaključak u pogledu drugih subjekata, pre svih predsednika Republike, predsednika Vlade i ministara, nije moguće izvesti, jer odlučivanje o teritoriji zemlje i nije u njihovoj nadležnosti. Štaviše, kako je krivično delo ugrožavanja teritorijalne celine kažnjivo i u stadiju-

43 Lj. Lazarević, *op. cit.*, p. 890. Stojanović npr. konstatuje da „iako prema zakonskom opisu ovog krivičnog dela izvršilac može biti svaki građanin Srbije, zbog prirode dela i shvatanja pojma kapitulacije i okupacije u međunarodnom pravu to mogu biti samo građani Srbije koji imaju određenu političku ili vojnu funkciju“ (Z. Stojanović /2020¹⁰): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, p. 952).

44 Treba podsetiti da Vojnotehnički sporazum u Kumanovu, koji je prethodio donošenju Rezolucije 1244 Saveta Bezbednosti UN, nije bio formalno zaključen sa NATO agresorom, već sa međunarodnim bezbednosnim snagama pod okriljem UN. Utoliko sporazumom nije formalno uspostavljena vlast neke neprijateljske vojske, niti je teritorija predana stranim neprijateljskim snagama, zbog čega se smatralo da se ovde ne radi o priznavanju kapitulacije ili okupacije. Uostalom, Rezolucija 1244 uspostavlja privremenu upravu UN (UNMIK-a) i reafirmiše teritorijalni integritet SRJ i Kosovo i Metohiju u sastavu Srbije kao zemlje sukcesora.

mu pripremanja, predstavnici države u pregovorima sa predstavnicima tzv. Kosova moraju biti oprezni, kako ne bi ušli u zonu kažnjivog. Jedini pravni put koji bi mogao voditi odricanju od dela naše teritorije podrazumevao bi postupak predviđen za promenu Ustava, što bi, pored odgovarajućeg predloga i usvajanja akta o promeni Ustava od strane Narodne skupštine, zahtevalo da promenu verifikuju i građani na referendumu. Iako takvu mogućnost ne možemo isključiti, nadamo se da će i sadašnja generacija građana Srbije biti dostojna svojih predaka.

LITERATURA

- Bell J. /2000/: The Criminal Liability of Politicians in France, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, № 3.
- Fischer T. /2011⁵⁸/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München.
- Griffin S. M. /2000/: Presidential Immunity from Criminal Process: Amateur Hour at the Department of Justice, *Widener Law Symposium Journal*, № 5.
- Hoppe T. /2011/: Public Corruption: Limiting Criminal Immunity of Legislative, Executive and Judicial Officials in Europe, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, № 4.
- Jovanović N. /2018/: Politička odgovornost nosilaca izvršne vlasti u Republici Srbiji, *Administracija i javne politike*, № 3.
- Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.-U. (Hrsg.) et al. /2005²/: *Nomos Kommentar. StGB. Band I*, Baden-Baden.
- Lazarević Lj. /2011²/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Marković R. /2006/: Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2.
- Marković R. /2019²⁴/: *Ustavno pravo*, Beograd.
- Marshall A. /1996/: Jones v. Clinton: Reconsidering Presidential Immunity, *Perspectives on Law and the Public Interest*, № 1.
- Maunz T., Dürig G. (begr.) et al. /2019/: *Grundgesetz. Kommentar*, München.
- Pajvančić M. /2014³/: *Ustavno pravo*, Novi Sad.
- Parliamentary Privilege*, Cm 8318, 2012.
- Petrov V., Vuković I. /2015/: Imunitet neodgovornosti poslanika – ustavnopravni i krivičnopravni pogled, *Srpska politička misao*, № 2.
- Reinstein R. J., Silverglate H. A. /1973/: Legislative Privilege and the Separation of Powers, *Harvard Law Review*, № 7.
- Srzić N. (red.) et al. /1986³/: *Komentar KZ SFRJ*, Beograd.
- Stojanović Z. /2020¹⁰/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Tahović J. /1956/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Tahović J. /1953/: *Parlamentarni imuniteti*, № 2.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

THE CRIMINAL OFFENSE OF COMPROMISING
TERRITORIAL INTEGRITY AND THE POSSIBLE
RESPONSIBILITY OF THE HIGHEST STATE
AUTHORITIES

SUMMARY

In the context of the ongoing discussions on the status of Kosovo and Metohija, in public discourse may be heard the possibility that the highest state bodies of Serbia with the bodies of the so-called Kosovo may eventually reach an agreement, by which a part of Serbia's territory would be renounced in return for uncertain accession to EU. The paper deals with the current criminal and constitutional issues that can be posed with such possibility. The author takes the view that giving up part of the territory constitutes punishable conduct in accordance with the Serbian Constitution and current criminal legislation. Unlike MPs, whose unlawful decision would be covered by the immunity of irresponsibility, such a conclusion cannot be drawn with respect to other entities, first of all the President of the Republic, the Prime Minister and the Ministers, because deciding on the territory of the country is not within their competence. Annexation of the territory of the country to another entity is possible only in the procedure provided for in the Constitution.

Key words: Constitution, compromising territorial integrity, indemnity.

GRANICE ODGOVORNOSTI POSLODAVCA ZA ZAPOSLENOG

Apstrakt: Odgovornost poslodavca za štetu koju njegov zaposleni prouzrokuje trećima uvek se kvalifikuje kao odgovornost za drugoga, a u zavisnosti od toga da li poslodavac odgovara po osnovu sopstvene krivice ili bez obzira na sopstvenu krivicu, ta odgovornost za drugoga može da bude subjektivna ili objektivna. Poslodavac odgovara po objektivnom principu u engleskom pravu, romanskim pravima i po Principima evropskog odštetnog prava. Tako je bilo i u jugoslovenskom pravu a i danas je u pravu Srbije. Nasuprot tome, nemački Građanski zakonik propisuje subjektivnu odgovornost poslodavca za sopstvenu grešku u izboru (*culpa in eligendo*) ili nadzoru (*culpa in vigilando*). Pošto to pruža slabu zaštitu oštećeniku, nemački sudovi koriste određene institute ugovornog prava da bi pooštrili odgovornost poslodavca. Bez obzira na to koji je osnov odgovornosti poslodavca za zaposlenog, u svim pravnim sistemima postoje određeni standardi ili merila koja služe za postavljanje granica te odgovornosti. U srpskom pravu objektivna odgovornost poslodavca za zaposlenog stavljena je pod uslov da je zaposleni štetu pričinio „na radu ili u vezi s radom“. U francuskom pravu objektivna odgovornost poslodavca za zaposlenog može da se zasnjuje samo ako je zaposleni pričinio štetu obavljajući svoju radnu funkciju (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*). Za zasnivanje subjektivne odgovornosti poslodavca u nemačkom pravu traži se da je zaposleni prouzrokovao štetu izvršavajući onaj posao koji mu je stavljen u zadatak (*in Ausführung der Verrichtung*). U engleskom pravu poslodavac je objektivno odgovoran za zaposlenog pod uslovom da je ovaj protivpravno izazvao štetu postupajući u okvirima svog zaposlenja (*in the course of employment*). U ovom radu preispituju se granice odgovornosti poslodavca u našoj sudskoj praksi i uporednom pravu. Izložen je jedan noviji reprezentativan slučaj iz prakse domaćih sudova i na tom primeru razmotreno je značenje zakonskog izraza „na radu ili u vezi s radom“. Prikazani su standardi koji se u drugim evropskim pravnim sistemima koriste kao funkcionalno ograničenje odgovornosti poslodavca za zaposlenog. U zaključku se ističe da svi ovi standardi dobijaju svoje puno značenje tek u praksi nacionalnih sudova. Interpretacijom normi i kvalifikacijom činjenica u pojedinačnim slučajevima sudovi postavljaju granice ovoj odgovornosti za drugoga. Sudovi su u najboljoj poziciji da spreče neopravdano širenje te ustanove, ali i da obezbede da oštećenicima ne bude uskraćena odgovarajuća zaštita.

Ključne reči: odgovornost za drugoga, odgovornost poslodavca za zaposlenog, šteta „na radu ili u vezi s radom“, objektivna odgovornost za drugoga, greška u nadzoru (*culpa in vigilando*), greška u izboru (*culpa in eligendo*).

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

1. UVOD: ODGOVORNOST POSLODAVCA ZA ZAPOSLENOG KAO VID ODGOVORNOSTI ZA DRUGOGA

1.1. Odgovornost za drugoga

Moderno građansko pravo poznaje više oblika vanugovorne odgovornosti za drugoga. Oni se međusobno razlikuju po pravnom osnovu, a zajedničko im je to što omogućavaju da za štetu koju prouzrokuje jedno lice odgovara neko drugi. Određujuća karakteristika odgovornosti za drugoga nije osnov te odgovornosti, već to što štetnik i odgovorno lice nisu ista ličnost. To znači da je šteta na oštećenikovim imovinskim ili moralnim dobrima nastala usled neke štetnikove radnje ili propuštanja, a dužnost da se naknadi tako pričinjena šteta pada na neko drugo lice koje je odgovorno za posledice štetnikovih postupaka.

Odgovornost za drugoga odstupa od opšteg pravila da je štetu dužan da naknadi onaj ko ju je pričinio – ako se steknu uslovi za zasnivanje njegove odgovornosti, to jest da svako može da odgovara samo za zabranjene posledice sopstvenog čina. Stoga odgovornost za štetu koju pričinio neko drugi mora posebno da se propiše. Takav propis je pravno-politički opravdan samo ako između štetnika i odgovornog lica postoji neki poseban pravom uređeni odnos, koji omogućava da odgovorno lice kontroliše rizik od štete koju bi štetnik mogao da pričinio trećim licima, tako što nadzire štetnika, daje mu instrukcije za postupanje, dodeljuje mu poslove za koje je ovaj ovlašćen i obučan.¹

Pored toga što među njima postoji neki ovakav poseban pravom priznati odnos, odgovorno lice je po pravilu platežno sposobnije od štetnika. Ekonomski posmatrano ono je bolji dužnik, jer pravo na naknadu može izvesnije da se ostvari prema njemu nego prema štetniku. Prosto rečeno, oštećenik će se redovno lakše naplatiti od odgovornog lica, nego od štetnika.² Uz to, odgovorno lice po pravilu uživa neku korist iz svoga odnosa sa štetnikom. Ta korist može da bude ekonomska, materijalna, kao što je ona koju poslodavac ima iz odnosa sa zaposlenima, a može da bude i dublja, opšta životna dobrobit, koja se u najvećoj meri manifestuje na duševnom planu, kao dobrobit koju roditelj ima iz odnosa s detetom.

U istorijskom i komparativnom smislu, odgovornost za drugoga se obično zasniva na nekom obliku krivice odgovornog lica, to jest na njegovom pogrešnom postupanju.³ To može da bude greška u nadzoru nad štetnikom (*culpa in vigilando*), greška u izboru štetnika za određeni posao ili zadatak (*culpa in eligendo*), ili greška u usmeravanju, vaspitavanju odnosno davanju uputstava štetniku (*culpa in instruendo*).

- 1 Više o razlozima za propisivanje odgovornosti za drugoga videti u: Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 218–222.
- 2 Bernhard A. Koch, Helmut Koziol, „Comparative Conclusions”, in: Bernhard A. Koch, Helmut Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer, The Hague 2002, 411.
- 3 Videti opsežnu komparativnu studiju: Jaap Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer, The Hague – London – New York 2003. Videti i enciklopedijsku odrednicu: Jean-Pierre Le Gall, „Liability for persons under supervision”, in: André Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XI. Torts, Part I*, Martinus Nijhoff, The Hague 1983, 3–39.

do). Mnogo ređe od toga odgovornost za drugoga zasniva se na objektivnom principu, to jest bez obzira na krivicu odgovornog lica.⁴ Među raznim oblicima odgovornosti za drugoga u uporednom pravu izgleda da je jedino odgovornost poslodavca za zaposlenog po pravilu objektivna.

Konačno, nezavisno od osnova odgovornosti za drugoga, ako po opštim pravilima i sam štetnik može da odgovara za posledice sopstvenog čina, onda će odgovorno lice i štetnik biti solidarno odgovorni prema oštećeniku, svaki po svome osnovu i pripadajućim pravnim pravilima.

1.2. Odgovornost u radnom okruženju

U srpskom pravu su slučajevi u kojima poslodavac i zaposleni jedan drugome odgovaraju za štetu uređeni radnopravnim propisima. Prvo, zaposleni je odgovoran za štetu koju na radu ili u vezi s radom, namerno ili krajnjom nepažnjom, prouzrokuje svome poslodavcu. To je vanugovorna odgovornost za posledice sopstvenog čina, zasnovana na dokazanoj kvalifikovanoj krivici zaposlenog.⁵ Za zasnivanje te odgovornosti neophodno je da poslodavac dokaže nameru ili grubu nepažnju zaposlenog. Primera radi, u jednom krivičnom postupku ustanovljen je svesni nehat zaposlenog koji je izazvao saobraćajnu nesreću, a potom je u parničnom postupku utvrđeno da taj zaposleni nije postupao ni namerno, ni s grubom nepažnjom i da stoga nije odgovoran za štetu koju je ovako prouzrokovao svome poslodavcu.⁶

Drugo, poslodavac je dužan da naknadi štetu koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi s radom.⁷ Tada je odgovornost poslodavca vanugovorna i načelno subjektivna. Međutim, poslodavac će odgovarati po objektivnom principu ako šteta koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi s radom potiče od opasne stvari ili opasne delatnosti tog poslodavca.⁸ Na primer, kada je vojno lice pretrpelo telesnu povredu obavljajući redovne dužnosti dežurnog (obilazak objekata) krećući se stazom koja je bila prekrivena ledom, Vojska Srbije (odnosno Republika Srbija) kao njegov poslodavac odgovarala je po objektivnom principu za štetu koja je nastala usled te telesne povrede.⁹

4 U *common law* sistemima izraz *vicarious liability* označava samo objektivnu odgovornost za drugog – odgovornost za čije se zasnivanje ne traži krivica odgovornog lica. Tu spada odgovornost poslodavca za štetu koju zaposleni pričinu trećem licu. Izraz *liability for others* ima šire značenje. Odnosi se na svaku odgovornost za štetu koju pričinu neko drugi, nezavisno od toga da li je za njeno zasnivanje neophodna krivica odgovornog lica. Vid. Olivier Moréteau, „Liability for Others”, in: The European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Vienna 2005, 112.

5 Čl. 163 Zakona o radu – ZR, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 i 113/2017.

6 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 4712/2019 od 2. oktobra 2019. Ako nije drugačije naznačeno, odluke domaćih sudova preuzete su iz elektronske baze *ParagrafLex*.

7 Čl. 164 ZR.

8 Odgovori na pitanja privrednih sudova utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, održanoj 7–8. novembra 2016. i na sednici Odeljenja za privredne prestupe, održanoj 10. novembra 2016.

9 Presuda Apelacionog suda u Nišu, Gž 454/2017 od 25. septembra 2018.

Dakle, međusobna odgovornost poslodavca i zaposlenog za štetu do koje dođe na radu ili u vezi s radom uređena je radnim zakonodavstvom. Tu se ne radi o odgovornosti za drugoga, nego o odgovornosti za sopstveni čin. Međutim, kada na radu ili u vezi s radom nastane šteta za neko treće lice, onda se primenjuju pravila zakona koji uređuje obligacione odnose. Tim pravilima ustanovljena je odgovornost poslodavca za zaposlenog kao jedan oblik odgovornosti za drugoga.¹⁰

1.3. Odgovornost poslodavca za zaposlenog

Između poslodavca i zaposlenog postoji poseban pravni odnos koji opravdava odstupanje od načelne ideje da svako treba da odgovara samo za onu štetu koju je sam prouzrokovao. Poslodavac kao odgovorno lice dužan je da obavljanje svojih poslova poveri samo onom zaposlenom koji je za to ovlašćen i u dovoljnoj meri osposobljen, zatim, da nadzire zaposlenog kao potencijalnog štetnika, da ga usmerava, da mu daje potrebna uputstva, odnosno da na sve te načine kontroliše rizik od štete koju bi ovaj mogao da izazove na imovini ili u ličnoj sferi trećih lica. Svojom poslovnom aktivnošću poslodavac generiše rizik od štete za treća lica i ujedno od te aktivnosti profitira. Ima materijalnu korist od delatnosti koju za njega i po njegovim uputstvima obavlja njegov zaposleni. Bolji je dužnik naknade štete od svog zaposlenog: oštećenik će se po pravilu pouzdanije naplatiti od poslodavca nego od njegovog radnika.

Postoje, dakle, jaki razlozi da se u jednom modernom pravnom sistemu propiše da poslodavac odgovara za štetu koju zaposleni prouzrokuje trećim licima obavljajući poslove za tog poslodavca. Ipak, odgovornost poslodavca za zaposlenog ne može biti neograničena. Poslodavac ne odgovara za svaku štetu koju prouzrokuje njegov zaposleni, nego samo za onu do koje je došlo na radu ili u vezi s radom. Uslovi za zasniavanje odgovornosti poslodavca ujedno služe i kao granice te odgovornosti: ako ti uslovi nisu ispunjeni, ne može biti ni odgovornosti na strani poslodavca.

Uslovi pod kojima poslodavac odgovara za zaposlenog propisani su zakonom na jednom veoma apstraktnom nivou. Izrazi koje u te svrhe koristi zakonodavac dobijaju svoje puno značenje tek u praksi sudova.

Na primer, kada se apstraktno propiše da poslodavac odgovara za zaposlenog, postavlja se praktično pitanje ko sve može da se kvalifikuje kao zaposleni. Tako je u jednom slučaju iz prakse Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva (UK) utvrđeno da je Ministarstvo pravde UK odgovorno za štetu koju je učinilo lice na izdržavanju kazne zatvora koje je bilo raspoređeno na poslove u zatvorskoj kuhinji. Štetnik u tom slučaju nije bio zaposlen u zatvorskoj ustanovi, nego se tamo nalazio na izdržavanju kazne. Međutim, postupao je po nalogu i pod nadzorom zatvorskog osoblja i obavljao poslove koji su bili neophodni za normalno funkcionisanje zatvorske ustanove. Stoga je utvrđeno da Ministarstvo pravde (odnosno UK) odgovara za tog štetnika po pravilima o objektivnoj odgovornosti poslodavca za zaposlenog – *kao da je konkretni zatvorenik bio zaposlen u zatvorskoj ustanovi*.¹¹

10 Čl. 170 i 171 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

11 Zatvorenik je ispuatio džak brašna na leda zatvorske službenice zadužene za nabavku hrane. Odluka *Cox v Ministry of Justice* iz 2016. Christian Witting, *Street on Torts*, Fifteenth Edition, OUP,

Apstraktnost zakonskog izraza nije neobična za odštetno pravo. U tome nema ničeg inherentno lošeg. Uostalom, ustanova odgovornosti za štetu u kontinentalnoj evropskoj pravnoj tradiciji temelji se na opštim principima i apstraktnim konceptima.¹² Međutim, svako veoma uopšteno zakonsko pravilo stvara mogućnost da sudovi uzmu pojedine apstraktne zakonske izraze u preširokom značenju i tako neopravdano prošire primenu tog pravila.¹³

Nezavisno od toga da li je odgovornost poslodavca za zaposlenog postavljena po subjektivnom ili po objektivnom principu, u svim pravnim sistemima postoje određeni pravni standardi koji služe kao brana neograničenom širenju te odgovornosti. Naš zakonodavac, recimo, zahteva da šteta bude pričinjena „na radu ili u vezi s radom“. Ako nije tako, odgovornost poslodavca za zaposlenog ne može da se zasnjuje. I u drugim pravima postoje slični pravni standardi koji služe da ograniče obim odgovornosti poslodavca.

Cilj ovog rada je preispitivanje granica odgovornosti poslodavca, pre svega u domaćoj sudskoj praksi, ali i uporednom pravu. U radu se razmatra osnov odgovornosti poslodavca za zaposlenog u uporednoj perspektivi i zakonski režim te odgovornosti u domaćem pravu. Izložen je jedan reprezentativan skorašnji slučaj iz prakse domaćih sudova i na tom primeru razmotreno je značenje zakonskog izraza „na radu ili u vezi s radom“. Prikazani su standardi koji se u drugim evropskim pravnim sistemima koriste kao funkcionalno ograničenje odgovornosti poslodavca za zaposlenog.

2. OSNOV ODGOVORNOSTI POSLODAVCA ZA ZAPOSLENOG U UPOREDNOJ PERSPEKTIVI

Unajkraće, odgovornost poslodavca za štetu koju zaposleni na radu ili u vezi s radom pričinu trećem licu kvalifikuje se u srpskom pravu kao vanugovorna objektivna odgovornost za drugoga. Objektivna je zato što se za nju ne traži krivica odgovornog lica.¹⁴ Isto je bilo u jugoslovenskom pravu – kako u posleratnoj sudskoj praksi, tako i po jugoslovenskom ZOO.¹⁵

Oxford 2018, 594–595 (*Relationships akin to employment*).

12 Marija Karanikić Mirić, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, 39 i dalje.

13 Tako je, primera radi, u praksi slovenačkih sudova došlo do značajnog proširenja vanugovorne odgovornosti države za neimovinsku štetu izazvanu bukom koja potiče od autoputeva i železnice, što je dovelo do masovnog parničenja. Detaljno o ovom fenomenu i pravnim mehanizmima koji su podesniji za regulisanje štetnih emisija: Damjan Možina, „Road Traffic Nuisance in Slovenia: State Liability for Non-pecuniary Damage”, *Review of Central and East European Law*, 2/2018, 174–196.

14 Čl. 170 i 171 ZOO.

15 Stojan Cigoj, „Član 170. Odgovornost organizacija udruženog rada”, u: Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I*, Savremena administracija, Beograd 1983, 610–612. U istorijskom smislu zanimljiv je i članak u kojem se, povodom tek objavljene *Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima*, razmatra da li je za jugoslovensko pravo podesna (1) odgovornost poslodavca za sopstvenu krivicu, (2) odgovornost poslodavca bez ob-

U mnogim evropskim pravnim sistemima poslodavac odgovara za zaposlenog baš tako, po pravilima o objektivnoj odgovornosti, to jest bez obzira na sopstvenu krivicu. Poslodavac za zaposlenog odgovara po objektivnom principu u engleskom pravu,¹⁶ romanskim pravima,¹⁷ kao i po Principima evropskog odštetnog prava.¹⁸

U engleskom pravu odgovornost poslodavca za postupke svoga sluge u svom najranijem obliku uopšte nije bila odgovornost za drugoga. Smatralo se da sam gospodar postupa preko svog sluge i odgovara za sebe samog, to jest za štetne posledice sopstvenog tako preduzetog čina. Sam sluga nije mogao biti odgovoran prema oštećeniku. Oslonac za to bila je teorija reprezentacije.¹⁹ U savremenom engleskom pravu nije sporno da se tu radi o odgovornosti za drugoga, pri čemu poslodavac odgovara objektivno, to jest bez obzira na bilo kakvu sopstvenu krivicu.

U francuskom pravu isprva se smatralo da odredbe čl. 1384 (3) i (5) Građanskog zakonika (FGZ) propisuju subjektivnu odgovornost poslodavca za sopstvenu oborivo pretpostavljenu krivicu, to jest za svoju grešku u nadzoru nad zaposlenim ili izboru tog zaposlenog za određeni posao. Kasnije se to promenilo. Prihvaćeno je novo stanovište da je pretpostavka krivice poslodavca neoboriva, što znači da je krivica poslodavca efektivno pravno irelevantna za zasnivanje njegove odgovornosti za zaposlenog. Kao oslonac za to poslužila je teorija rizika: poslodavac stiče materijalnu korist iz poslovne aktivnosti koju obavlja preko svojih zaposlenih, pa treba i da snosi rizik odgovornosti za štetu koja otuda nastane, nezavisno od toga da li je on sam kriv za to što je došlo do štete.²⁰

Slično je u pravima Belgije, Luksemburga i Portugala. U španskom pravu poslodavac odgovara za sopstvenu pretpostavljenu krivicu (grešku u izboru ili nadzoru), s tim što mu je u praksi španskih sudova toliko teško da dokaže odsustvo te vlastite krivice da se njegova odgovornost sasvim približava objektivnoj odgovornosti.²¹

Nasuprot tome, po § 831 nemačkog Građanskog zakonika (NGZ) poslodavac odgovara za zaposlenog po osnovu sopstvene oborivo pretpostavljene krivice, koja može da se sastoji u grešci u nadzoru nad radnikom ili u grešci u izboru baš tog radnika za određeni radni zadatak. Po tom pravilu poslodavac bi trebalo da može da se oslobodi

zira na sopstvenu i krivicu radnika, ili pak (3) objektivna odgovornost poslodavca za skrivljeno, to jest pogrešno postupanje radnika: Vrleta Krulj, „Opšta pravila o građanskoj odgovornosti i posebna pravila o odgovornosti radnika i radnih organizacija: Osvrt na rešenja usvojena u *Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima*”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, broj 9, 1970, 65–85, a naročito 77–81.

- 16 W.V.H. Rogers, „EC Tort Law and the English Law”, in: Helmut Koziol, Reiner Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Springer, Vienna 2008, 377.
- 17 O objektivnoj odgovornosti poslodavca u francuskom i italijanskom pravu videti ukratko: Stefano Troiano, „EC Tort Law and the Romanic Legal Family”, in: H. Koziol, R. Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, 402.
- 18 Art. 6:102, Principles of European Tort Law. Videti taj član Principa i razjašnjenje u: O. Moréteau, 115–116.
- 19 David Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, OUP, Oxford 2001, 70.
- 20 Jean Carbonnier, *Droit civil. Tome 2. Les biens. Les obligations*, PUF, Paris 2004, 2332. Pravila iz čl. 1384 FGZ nisu menjana tokom reforme francuskog obligacionog prava koja je sprovedena 2016. godine, ali je došlo do promene numeracije članova, pa se ista pravila sada nalaze u čl. 1242 FGZ.
- 21 S. Troiano, 402.

svoje subjektivne odgovornosti za zaposlenog ako dokaže da on sam nije postupao pogrešno odnosno da ni pažljivim postupanjem nije mogao da spreči nastanak štete.²²

Cimerman smatra da se pravilo o subjektivnoj odgovornosti poslodavca iz § 831 NGZ pokazalo kao ozbiljna sramota (*major source of embarrassment*) za nemačkog zakonodavca, zbog koje su se i sudovi i pravna teorija okrenuli pravilima ugovornog prava.²³ Da bi zaobišli pomenutu zakoničku odredbu i oštećenicima pružili jaču zaštitu od one koju im pruža nerazumno pravilo o deliktnoj odgovornosti poslodavca, sudovi su se upustili, kaže Cimerman, u ekstravagantno kalemljenje ustanova ugovornog prava na pravila o deliktnoj odgovornosti.²⁴ Pretežni značaj ugovorne u odnosu na deliktnu odgovornost u nemačkom pravu u velikoj meri potiče upravo od potrebe da se oštećeniku obezbedi solidnija zaštita od one koju mu pruža izvorno pravilo o odgovornosti poslodavca, a pre svega da se i u ovim slučajevima omogućí primena pravila iz § 278 NGZ o ugovornoj odgovornosti dužnika za grešku trećeg lica kojim se dužnik poslužio pri izvršavanju svoje obaveze.²⁵

3. ZAKONSKI REŽIM ODGOVORNOSTI POSLODAVCA ZA ZAPOSLENOG U SRPSKOM PRAVU

Odgovornost poslodavca za zaposlenog podrazumeva da se u poziciji odgovornog lica nalazi poslodavac a na mestu štetnika njegov zaposleni. Oštećenik je treće lice, što u našoj sudskoj praksi može da bude i drugi zaposleni kod istog poslodavca.²⁶ Poslodavac odgovara bez obzira na sopstvenu krivicu za štetu koju zaposleni na radu ili u vezi s radom skrivljeno prouzrokuje oštećeniku. Profesionalna krivica zaposlenog oborivo se pretpostavlja po zakonu.²⁷ Ponašanje zaposlenog odmerava se u sudskoj praksi prema povišenom standardu osnovano očekivane pažnje i brižljivosti u postupanju dobrog stručnjaka.²⁸

22 Ukratko o tome: Thomas Kadner Graziano, Christoph Oertel, „EC Tort Law and the Romanic Legal Family”, in: H. Koziol, R. Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, 455. Slično je u austrijskom i švajcarskom pravu. *Ibidem*. Više o odgovornosti poslodavca u nemačkom pravu videti u: Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, CUP, Cambridge 2010, 9–12 i *passim*.

23 O pravilima koje su sudovi počeli da primenjuju „bežeći” od § 831 NGZ videti detaljno u: P. Giliker, 11–12 i *passim*. Tu nije reč samo o pravilima NGZ o ugovornoj odgovornosti nego i o odredbama posebnih zakona kojima se uređuju različiti oblici vanugovorne objektivne odgovornosti.

24 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford 1996, 1124–1126.

25 R. Zimmermann, 1126. Ovo pominje i P. Giliker, 11.

26 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž1 1945/2012 od 23. avgusta 2012.

27 Čl. 170 st. 1 i čl. 171 st. 1 ZOO. Pogledati još: U postupku za naknadu štete koju zaposleni na radu ili u vezi s radom prouzrokuje trećem licu primenjuju se posebna pravila o teretu dokazivanja iz čl. 170 i 171 ZOO. Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 3066/2015 od 16. decembra 2015. Da bi se zasnovala odgovornost poslodavca za zaposlenog, oštećenik u svojstvu tužioca treba da dokaže da je pretrpeo štetu i da mu je tu štetu prouzrokovao zaposleni. Krivica zaposlenog u tom slučaju pretpostavlja se oborivo. Presuda Višeg suda u Subotici, Gž 528/2017 od 18. januara 2019.

28 Evo nekih reprezentativnih odluka: Zdravstvena ustanova u kojoj je lekar zaposlen odgovara za štetu koju taj lekar skrivljeno prouzrokuje pacijentu. Postupanje lekara ceni se prema standardu pažnje dobrog stručnjaka. Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 1900/2005 od 5. oktobra 2005; u

Poslodavac je odgovoran za tako pričinjenu štetu nezavisno od toga da li je sam postupao pogrešno. Zato je njegova odgovornost objektivna. Ništa što bi poslodavac mogao da kaže o sopstvenom ponašanju ne bi moglo da ga oslobodi te odgovornosti. Ne odgovara za sopstvenu krivicu i zato ne može da se oslobodi odgovornosti dokazujući da nije kriv. Krivica zaposlenog pak jeste uslov odgovornosti poslodavca, ali to tu odgovornost ne čini subjektivnom. Odgovornost poslodavca je objektivna zato što je njegova vlastita krivica pravno irelevantna, a tuđa krivica ne može biti osnov, već samo uslov odgovornosti odgovornog lica.²⁹

Poslodavac može da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da nema profesionalne krivice zaposlenog. Tako, recimo, škola ne odgovara za štetu koju pretrpi učenik ako je profesor te škole nadzirao učenika onako kako je trebalo, a učenik se ipak povredio nepoštujući verbalne zabrane svog profesora.³⁰

Evropski principi odštetnog prava isto stoje na stanovištu da poslodavac ne odgovara ako zaposleni nije kriv. U komentarima se kao primer navodi da zdravstvena ustanova ne odgovara za hirurga koji tokom delikatne operacije doživi srčani udar i pri tom povredi pacijenta.³¹

Odgovornost poslodavca za zaposlenog nije ni supsidijarna, ni suplementarna. Mogućnost da se ona zasnjuje ne zavisi od toga li je zaposleni neposredno odgovoran oštećeniku. Neposredna odgovornost zaposlenog postoji samo ako je zaposleni štetu prouzrokovao namerno.³² Sudovi čvrsto stoje na stanovištu da je za neposrednu odgovornost zaposlenog prema oštećeniku neophodno je da je kod zaposlenog postojala namera. Recimo, smatraju da nije dovoljno to što je zaposleni pravosnažno osuđen za krivično delo kojim je pričinjena šteta ako je u krivičnom postupku utvrđen samo njegov svesni nehat. U parničnom postupku sud će automatski uzeti da je zaposleni štetu pričinio namerno samo ako je u prethodno vođenom krivičnom postupku utvrđen direktni umišljaj.³³

Zaposleni je prilično zaštićen od neposredne odgovornosti prema oštećeniku, ali ta njegova odgovornost nije isključena. Pravo poslodavca da se od zaposlenog regresira za iznos isplaćene naknade postoji ako je zaposleni postupao s namerom ili grubom nepažnjom.³⁴ Kada zaposleni pričinio štetu postupajući s običnom nepa-

tom smislu i presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 243/2016 od 16. marta 2017. Banka odgovara za štetu koju njen radnik prouzrokuje trećem licu na radu ili u vezi s radom, ako taj radnik nije postupao u skladu sa standardom profesionalne pažnje. Kada obavlja poslovnu delatnost, bankarski službenik ima dužnost da postupa s povećanom pažnjom shodno pravilima struke i običajima u prometu. Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 2213/2011 od 5. jula 2012; u tom smislu i Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 1310/2015 od 2. marta 2016.

29 Louise Bach, „Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/1977, 27.

30 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 4061/2010 od 14. septembar 2011.

31 O. Moréteau, 118.

32 Čl. 170 st. 2 ZOO.

33 Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž. 3777/2015 od 6. septembra 2016. U istom tonu: Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž. 5977/2017 od 24. maja 2018 i Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 7892/2016 od 21. novembra 2017.

34 To pravo zastareva u roku od šest meseci od dana isplaćene naknade štete. Čl. 171 st. 2 i 3 ZOO.

žnjom, postojaće odgovornost poslodavca, a zaposleni neće biti ni neposredno ni regresno odgovoran: poslodavac će biti odgovoran prema oštećeniku, a na strani zaposlenog neće nastati ni neposredna odgovornost prema oštećeniku, ni obaveza da poslodavcu u regresnom postupku naknadi iznos plaćene naknade.

Konačno, zakonodavac je izričito propisao da se pravilima o odgovornosti poslodavca za zaposlenog ne dira u pravila o odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti.³⁵ Radnik kojim se poslodavac poslužio pri upotrebi opasne stvari odnosno za obavljanje opasne delatnosti ne kvalifikuje se kao treće lice, što znači da isključiva radnja tog radnika nema karakter izvinjavajućeg razloga za poslodavca.³⁶

4. GRANICE ODGOVORNOSTI POSLODAVCA ZA ZAPOSLENOG NA PRIMERU IZ SUDSKE PRAKSE

4.1. *Odgovornost poslodavca za štetu koju zaposleni pričinu trećem licu (zlo)upotrebom službenog mobilnog telefona*

U jednom postupku za naknadu štete koji je okončan 2018. godine sudovi su utvrdili sledeće činjenično stanje:³⁷ U malom vojvođanskom mestu tužilja je vodila preduzetničku radnju svoga supruga, koji je u to vreme bio zaposlen u obližnjem gradu. Tuženi proizvođač bezalkoholnih pića zaključio je svojevremeno s tužiljinim suprugom Ugovor o postavci opreme i po tom osnovu smestio je svoju rashladnu vitrinu u pomenutu radnju. Kada je radnja zatvorena, tužilja i njen suprug premeštali su predmetnu vitrinu u dvorište svoje kuće i tamo su nastavili da je koriste. Očekivali su da tuženi pošalje radnike po vitrinu, ali ga izgleda nisu požurivali da to učini. Kada je terenski radnik tuženog koji je bio zadužen da vodi računa o postavci i stanju opreme došao u selo da proveri stanje pomenute rashladne vitrine, saznao je da je radnja zatvorena a vitrina premeštena. Tužilju je zatekao u njenoj kući i predstavio joj se kao zaposleni tuženog vlasnika vitrine. Umesto da svome poslodavcu prijavi premeštanje njegove opreme, kazao je tužilji da će svakog meseca morati da dolazi u njeno dvorište da proverava stanje uređaja. Zbog toga je zatražio tužiljin broj telefona.

Kada je sledeći put nameravao da proveri stanje opreme svog poslodavca, poslao je tužilji poruku sa službenog telefona da joj najavi svoj dolazak. Tužilja je u tom času bila s porodicom u inostranstvu, pa mu nije odgovorila. Terenski radnik

35 Čl. 170 st. 3 ZOO. U tom smislu: „Da bi postojala odgovornost za štetu koju radnik učini u radu ili u vezi s radom trećem licu, potrebno je da šteta ne potiče od opasne stvari ili opasne delatnosti, jer ako potiče od takve stvari ili delatnosti, odgovara se po pravilima o odgovornosti za štetu od opasne stvari ili opasne delatnosti.” Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 127/2006 od 5. aprila 2006.

36 Čl. 177 st. 5 u vezi sa čl. 177 st. 2 ZOO.

37 Presuda Osnovnog suda u Staroj Pazovi, sudska jedinica u Indiji, P. 507/16 od 3. novembra 2017, Presuda Višeg suda u Sremskoj Mitrovici, Gž. 1577/17 od 25. aprila 2018, Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 4314/2018 od 6. septembra 2018, dostupno u arhivi autora.

tuženog je potom nastavio da sa službenog mobilnog telefona tužilji šalje neprimerene, lascivne, uvredljive i preteće poruke. Tužilja je spavala dok su te poruke stizale. Pročitao ih je njen suprug, pa je došlo je do rasprave između njih. Tužilja je dostavila odštampani prikaz poruka supervizoru prodaje u tuženom privrednom društvu. Zbog tih poruka, kao i zbog neprijavlivanja da je rashladna vitrina premeštena, tuženi je svom terenskom radniku otkazao ugovor o radu. Konačno, tužilja je podnela tužbu protiv tog privrednog društva i zahtevala naknadu za pretrpljeni strah i duševni bol usled povrede ugleda i časti. Pozvala se na pravila ZOO o odgovornosti poslodavca za štetu koju njegov zaposleni pričinu trećim licima na radu ili u vezi s radom. Tužilja je uspela u svome zahtevu. Prvostepena presuda je potvrđena u postupku po žalbi. Vrhovni kasacioni sud nije dozvolio odlučivanje o posebnoj reviziji.

Tuženi poslodavac je u postupku tvrdio da šteta nije nastala „na radu ili u vezi s radom“, nego tako što je njegov zaposleni zloupotrebio službeni telefon da van radnog vremena tužilji šalje poruke koje nisu povezane s poslovima koje zaposleni obavlja za poslodavca. Isticao je da je tužilja njegovom zaposlenom sama dala svoj broj telefona iz privatnih motiva ili upravo zato što je rashladnu vitrinu neovlašćeno premestila u svoje dvorište. Da je rashladna vitrina bila na mestu na kojem je po ugovoru trebalo da bude, terenskom radniku ne bi bio potreban broj tužiljinog telefona. Tada bi mogao i bez najave da dolazi u radnju u radno vreme da bi proverio stanje postavljene opreme. Konačno, tuženi poslodavac je naveo da je ponašanje zaposlenog bilo u suprotnosti s politikom i propisima poslodavca. Time što je slao neprimerene poruke sa službenog telefona i propustio da prijavi premeštanje opreme, zaposleni je povredio interna pravila koja ga obavezuju, uključujući Kodeks poslovnog ponašanja i Kolektivni ugovor, i zato mu je poslodavac i otkazao ugovor o radu.

Sud je smatrao da je tuženi poslodavac odgovoran za štetu koju je oštećenoj prouzrokovao njegov zaposleni, jer nije uspeo da dokaže da se taj zaposleni ponašao onako kako je trebalo. Poslodavac nije oborio zakonsku pretpostavku krivice zaposlenog; naprotiv, baš zbog tog skrivljenog postupanja uručio mu je otkaz. Naime, sam poslodavac je u postupku isticao slanje neprimerenih poruka kao jedan od otkaznih razloga, pored propuštanja zaposlenog da prijavi premeštanje rashladne vitrine. Prema navodima samog poslodavca zaposleni se ponašao suprotno Kodeksu poslovnog ponašanja i Kolektivnom ugovoru, što samo potvrđuje da je postupanje zaposlenog bilo pogrešno. Paradoksalno, poslodavac je pokušao da se oslobodi odgovornosti za zaposlenog štetnika dokazujući jedan od ključnih uslova za njeno zasnivanje – krivicu zaposlenog. Takva odbrana je bila po prirodi stvari osuđena na neuspeh. Prema pravilima srpskog prava poslodavac može da se oslobodi odgovornosti za zaposlenog samo ako dokaže upravo suprotno – da njegov zaposleni nije kriv, to jest da se zaposleni ponašao onako kako je trebalo da se ponaša.

Izgleda da je poslodavac intuitivno smatrao da je učinio sve što je bio dužan da učini te da ne treba da bude odgovoran jer on sam nije kriv. Međutim, u srpskom pravu poslodavac ne odgovara za sopstvenu krivicu. Naprotiv, poslodavac odgovara bez obzira na svoju krivicu a među uslovima njegove odgovornosti nalazi se i pretpostavljena krivica njegovog zaposlenog. Zato je u pravnom smislu beznačajno to što je poslodavac u svoj Kodeks i Kolektivni ugovor bio ugradio dužnost uljudnog ophođenja.

Među argumentima koje je sebi u prilog navodio poslodavac, najjači je onaj da zaposleni štetu nije pričinio obavljajući poslove za koje ga je bio zadužio poslodavac, nego zloupotrebom službenog telefona koji mu je bio ostavljen na raspolaganje van radnog vremena. Poslodavac je zaposlenom dao mobilni telefon u svrhu obavljanja radnih zadataka za poslodavca, a zaposleni je taj telefon koristio za privatnu komunikaciju, van radnog vremena i suprotno svrsi i poslovnim ciljevima zbog kojih ga je dobio. Tuženi poslodavac je tako zapravo osporio da je ispunjen jedan od zakonskih uslova njegove odgovornosti – uslov da je šteta pričinjena „na radu ili u vezi s radom“.

4.2. Značenje izraza „na radu ili u vezi s radom“

U srpskom pravu poslodavac ne može da se oslobodi odgovornosti za zaposlenog tako što će dokazati da je zaposleni postupao pogrešno. Poslodavca ne oslobađa ni to što nema njegove sopstvene krivice, to jest to što se on sam ponašao onako kako je trebalo. Naša pravila su takva da poslodavac odgovara bez obzira na svoju krivicu, dok se krivica radnika zahteva kao jedan od uslova odgovornosti poslodavca. Uz to, krivica radnika se oborivo pretpostavlja. Da bi se oslobodio odgovornosti, poslodavac treba da obori tu pretpostavku, to jest da dokaže da se njegov zaposleni ponašao onako kako je trebalo.

U opisanom slučaju tuženi poslodavac nije ni tvrdio da njegov zaposleni nije kriv. Naprotiv, bio je saglasan da se zaposleni nije ponašao onako kako je trebalo. Pokušao je da se ogradi od postupaka svog zaposlenog, dokazujući da se on ponašao suprotno internim pravilima poslodavca. Međutim, potvrđujući krivicu svog radnika, poslodavac je samo potvrđivao vlastitu odgovornost.

U takvoj situaciji, kada je i samom poslodavcu očigledno da je njegov zaposleni kriv, poslodavac ipak može da otkloni svoju odgovornost ako dokaže da šteta nije pričinjena „na radu ili u vezi s radom“, to jest ako uveri sud da skrivljena štetna radnja nije u dovoljnoj meri povezana s poslovima i delokrugom rada tog poslodavca.

4.2.1. Šteta koju zaposleni pričini „na radu“

Odgovornost poslodavca za zaposlenog bila je u praksi naših sudova ograničena na štetu pričinjenu na radu ili u vezi s radom i pre nego što je usvojen jugoslovenski ZOO.³⁸ Sudovi su još tada smatrali da je šteta pričinjena „na radu,“ ako je štetna radnja izvršena za vreme rada i u okviru delokruga rada, odnosno u okviru funkcije koju je poslodavac dodelio svome zaposlenome.³⁹ Najjednostavniji slučaj postoji, dakle, kada radnik prouzrokuje štetu trećem licu na svom radnom mestu, u radno vreme i u vezi s radnom funkcijom koja mu je kao zaposlenome dodeljena.

U slučaju koji je ovde izložen zaposleni terenski radnik slao je privatne poruke oštećenju posle radnog vremena i van radnog procesa. Sadržina tih poruka nije bila u funkciji obavljanja bilo kakvog rada za poslodavca. Izuzetak je prva poruka, kojom je zaposleni bio najavio svoj dolazak kod tužilje da proveri stanje opreme. Međutim, tom prvom porukom još nije bila pričinjena nikakva šteta.

38 Videti, recimo, Odluku Vrhovnog suda Srbije, Pž. 56/1974 od 24. januara 1974, prema: S. Cigoj, 610.

39 S. Cigoj, 610.

U praksi jugoslovenskih sudova načelno se smatralo da poslodavac ne odgovara za radnika koji pričinio štetu na radnom mestu odnosno u prostorijama poslodavca ako štetna radnja nema nikakve veze s delokrugom rada poslodavca i s radnom funkcijom koja je tom radniku bila dodeljena. Na primer, sudovi su smatrali da poslodavac nije odgovoran ako radnik nenadano i iz obesti baci kamen na nekoga i tako mu nanese povredu u radno vreme i na radnom mestu, ili ako radnik siluje nekoga u prostorijama poslodavca.⁴⁰

Međutim, štetna radnja je izvršena na radu i u dovoljnoj meri je povezana s delokrugom rada poslodavca ako je „radnik koristio službena sredstva, nastupajući pod plaštom autoriteta“ svog poslodavca, odnosno ako je radnik prekorao oblast svojih poslova ili vršio posao za koji nije imao ovlašćenje, pokrivajući se pri tome autoritetom svoje službe ili poslodavca.⁴¹ Ipak, treba uzeti da je to moguće samo ako bi razuman i pažljiv čovek na mestu oštećenika poverovao da konkretan štetnik u datoj situaciji nastupa u svojstvu zaposlenog kod svoga poslodavca odnosno u okviru svoje radne funkcije.

Poslodavac koji je omogućio radniku da prema drugima postupa „pod plaštom autoriteta“ poslodavca treba da odgovara za štetu koju taj radnik pričinio trećim licima legitimajući se svojim zaposlenjem. Time treba da su obuhvaćeni i slučajevi zloupotrebe. Recimo, poslodavac van radnog vremena ostavlja zaposlenome na raspolaganje uniformu radnika obezbeđenja, zaposleni se tom uniformom legitimuje pred trećima i stvara priliku da im pričinio štetu. Poslodavac bi trebalo da odgovara za tako pričinjenu štetu bez obzira na to što je reč o zloupotrebi i što je zaposleni štetu učinio van radnog vremena. Više o tome sledi.

4.2.2. Zloupotreba sredstva za rad ili prilike u kojoj se radnik našao činjenicom zaposlenja

U našoj staroj sudskoj praksi zauzet je stav da poslodavac odgovara za štetu koju zaposleni prouzrokuje koristeći sredstva za rad protivno svrsi i cilju zbog kojih su mu ta sredstva stavljena na raspolaganje.⁴² U jednom slučaju iz 1970. godine radnik preduzeća za opravku kola uzeo je tuđa kola koja su bila na opravi da bi odveo prijatelja na zubnu kliniku. Uspet je izazvao saobraćajni udes. Vrhovni sud Jugoslavije je smatrao da je tu šteta nastala u vezi s radom i da je poslodavac odgovoran zato što štetnik ne bi mogao da uzme tuđi automobil da nije bio zaposlen kod tog poslodavca. Činjenica zaposlenja stvorila je neophodnu šansu za preduzimanje štetne radnje. Da radnik nije bio zaposlen kod svog poslodavca, ne bi imao priliku da neovlašćeno uzme automobil koji je tom poslodavcu dat na popravku.

Slično shvatanje izraženo je u savremenoj praksi italijanskih sudova.⁴³ Poslodavac odgovara za štetu koju njegov radnik prouzrokuje trećim licima obavljajući posao koji mu je dodeljen. Očigledno je da je radnik pričinio štetu obavljajući posao koji mu je dodeljen ako se štetna radnja sastoji u izvršavanju neke radne obaveze,

40 Videti te primere u: S. Cigoj, 610.

41 S. Cigoj, 610.

42 Odluka Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 120/1970 od 23. jula 1970. S. Cigoj, 610–611.

43 S. Troiano, 404–405.

odnosno ako je do štete došlo tako što je radnik postupao u okvirima dužnosti koje su mu poverene. Međutim, poslodavac će odgovarati i za štetu koju je zaposleni prouzrokovao tako što je povredio radnu obavezu, izašao iz okvira dužnosti koje su mu dodeljene, ili čak postupio suprotno direktnom naređenju. To će biti onda kada je činjenica štetnikovog zaposlenja kod tog poslodavca stvorila neophodnu priliku (*occasionalità necessaria*) za nastupanje štetnog događaja. Radnik se našao u mogućnosti da pričini određenu štetu a oštećenik je bio izložen njegovom štetnom uticaju baš zato što je taj radnik bio zaposlen kod svog poslodavca. U tom slučaju poslodavac bi mogao da se oslobodi odgovornosti samo ako dokaže da štetna radnja zaposlenog očigledno nije bila povezana s njegovim radnim zadacima, to jest da uprkos tome što je činjenica zaposlenja presudno uticala na to da zaposleni uopšte dobije priliku da učini štetu, radnja kojom je šteta prouzrokovana ni na koji način nije bila povezana s poslom koji je tom radniku poveren.⁴⁴

Da li se isto može kazati za neovlašćenu upotrebu službenog mobilnog telefona? Da li je radnik tuženog proizvođača bezalkoholnih pića mogao da šalje oštećenju uvredljive i preteće privatne poruke da nije od svog poslodavca dobio na upotrebu službeni mobilni telefon? Da li je činjenica njegovog zaposlenja bila uslov bez kojeg nije moglo doći do štete? S jedne strane, zaposleni je sasvim lako mogao da uznemirava tužilju i sa svog privatnog telefona ili nekog trećeg aparata. U tim slučajevima činjenica zaposlenja kod konkretnog poslodavca ne bi bila presudna. S druge strane, zaposleni je došao do tužiljinog broja telefona postupajući „pod plaštom autoriteta“ svog poslodavca, saznao je taj telefonski broj tokom obavljanja poslova iz delokruga svog poslodavca i zahvaljujući tome što se legitimisao kao njegov zaposleni. Sud je stoga utvrdio da je tuženi poslodavac odgovoran za štetu koju je njegov radnik pričinio zloupotrebom sredstva za rad i prilike u koju je došao samo zato što je zaposlen kod svog poslodavca – i ta odluka je bila u skladu s dotadašnjom praksom naših sudova.

Primeru radi, pre desetak godina zaposleni u jednoj producentskoj kući koja je imala licencu za snimanje i emitovanje popularnog *reality* programa snimao je mobilnim telefonom neovlašćeno iz režijske sobe učesnicu tog programa dok se tuširala. Tako dobijene snimke postavio je na veoma posećenu *web* platformu. Sud je smatrao da je poslodavac odgovoran za tako pričinjenu štetu.⁴⁵ Naime, zaposleni štetnik je očigledno zloupotrebio situaciju u kojoj se našao *samo zato* što je bio zaposlen kod svog poslodavca.

Načelno pitanje koje se postavlja u ovim slučajevima jeste ko treba da snosi rizik zloupotrebe sredstva za rad, ili radnih prostorija, ili nekih posebnih prilika u koje zaposleni dolazi samo zato što je zaposlen kod svog poslodavca. Odgovor naših sudova jeste da taj rizik treba da snosi poslodavac a ne potencijalni oštećenik.⁴⁶ Poslodavac ima ekonomsku korist iz posla koji za njega obavlja zaposleni, najviše zna o svome poslu i rizicima (što obuhvata i rizik od različitih oblika zloupotrebe), u

44 *Ibidem*.

45 Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 13978/2010 od 6. oktobra 2010.

46 Isti načelni odgovor daju Principi evropskog odštetnog prava. Art. 6:102, *Principles of European Tort Law*. Videti taj član Principa i razjašnjenje u: O. Moréteau, 115–116 i 118.

najboljoj je poziciji da usmerava i kontroliše postupanje svojih radnika, odnosno da propiše protokole koji će opasnost od štete da svedu na minimum, a uz sve to pod određenim uslovima može i da se osigura od odgovornosti.

Konačno, navedeno pitanje se ne postavlja kada se zloupotrebjeno sredstvo za rad kvalifikuje kao opasna stvar. Drugim rečima, da šteta nije prouzrokovana mobilnim telefonom nego nekom opasnom stvari, poslodavac bi odgovarao kao njen imalac po pravilima o objektivnoj odgovornosti za štetu od opasne stvari ili delatnosti. U takvim situacijama poslodavac koristi opasnu stvar preko svog zaposlenog kao produžene ruke (detentora ili pritežaoca). Kada se opasna stvar nalazi kod zaposlenog kao pritežaoca, za štetu od te stvari odgovara poslodavac kao zapovedni držalac, jer je zaposleni u času prouzrokovanja štete bio dužan da postupa po njegovim uputstvima. Evo zašto.

Zakonom je propisano da se lice kojim se imalac poslužio pri upotrebi stvari ne smatra trećim licem.⁴⁷ Imalac opasne stvari može se osloboditi odgovornosti, između ostalog, ako dokaže da je šteta nastala isključivo radnjom trećeg lica koju on nije mogao predvideti i čije posledice nije mogao izbeći ili otkloniti.⁴⁸ Međutim, kao treće lice u tom smislu ne može se kvalifikovati pritežalac, to jest onaj ko vrši faktičku vlast za drugog po čijim uputstvima je dužan da postupa. Poslodavac kao imalac ostaje odgovoran za štetu od opasne stvari koja se nalazila u pritežanju njegovog zaposlenog bez obzira na to da li su ispunjeni uslovi koji se inače traže za odgovornost poslodavca za zaposlenog.⁴⁹

4.2.3. Šteta koju zaposleni pričinu „u vezi s radom“

U praksi domaćih sudova poslodavac je načelno odgovoran ako je zaposlenome van radnog vremena ostavio na raspolaganje sredstva za rad ili pristup prostorijama za rad uključujući slučajeve kada je zaposleni zloupotrebio to što mu je omogućen pristup sredstvima za rad ili radnim prostorijama.⁵⁰ U izloženom slučaju tuženi poslodavac je svom terenskom radniku ostavio na raspolaganje službeni mobilni telefon van radnog vremena, pri čemu je do broja telefona oštećene taj radnik došao u delokrugu rada koji mu je poveren, postupajući u svom radnom kapacitetu. Sadržina poruka koje je slao nije spadala u delokrug njegovog rada, slanjem tih poruka nije vršio svoju radnu funkciju, ali je prvi kontakt s tužiljom ostvario u svojstvu radnika. Štetni događaj je praktično omogućen time što je terenski radnik, nastupajući „pod plaštom autoriteta“ svog poslodavca, došao u priliku da oštećenoj šalje poruke neprimerene sadržine.

Postavlja se pitanje da li je to dovoljno da bi se u konkretnom slučaju zaključilo da je šteta pričinjena „u vezi s radom“. Da li je štetna radnja slanja uvredljivih i pretećih poruka sa službenog telefona van radnog vremena u dovoljnoj meri povezana sa štetnikovim zaposlenjem kod poslodavca? Naši sudovi su smatrali da jeste.

47 Čl. 177 st. 5 ZOO.

48 Čl. 177 st. 2 ZOO.

49 Detaljno o tome: M. Karanikić Mirić (2013), 94–99, naročito 98.

50 Cigoj izveštava o starijoj praksi jugoslovenskih sudova u takvim slučajevima. S. Cigoj, 611–612.

U praksi naših sudova poslodavac odgovara za štetu koju zaposleni pričinu van radnog mesta i vremena ako je šteta prouzrokovana u okviru radne funkcije koja je tom radniku poverena.⁵¹ U datom slučaju sud je smatrao da je za postojanje veze s radom dovoljno to što je zaposleni dobio službeni telefon radi obavljanja poslova za svog poslodavca i što je u okviru svoje radne funkcije saznao tužiljin broj telefona, bez obzira na činjenicu što poruke koje je docnije slao nisu imale nikakve veze s de-lokrugom njegovog rada i što je mogao da ih šalje s bilo kojeg uređaja, odnosno što mu za nastavak privatne komunikacije nije bio neophodan službeni mobilni telefon.

Na kraju, poslodavci obično imaju i neke koristi od toga što svojim radnicima ostavljaju sredstva za rad van radnog vremena. Prvo, to omogućava da im radnici stalno budu na raspolaganju. Drugo, vraćanje mobilnih telefona, računara, automobila i drugih takvih stvari na kraju radnog vremena, kao i njihovo skladištenje do narednog radnog dana, stvorilo bi dodatne troškove za poslodavca. Zato bi poslodavac trebalo da snosi rizik tog aranžmana, odnosno da odgovara za štetu koju zaposleni pričinu trećim licima upotrebom ili zloupotrebom sredstava za rad koja su ostavljena kod njega van radnog vremena. Ta odgovornost je u praksi naših sudova uslovljena postojanjem dovoljne veze između štetne radnje i radne funkcije zaposlenog. U konkretnom slučaju sud je smatrao da dovoljna veza postoji zato što je štetnik došao do broja telefona oštećene postupajući kao zaposleni svoga poslodavca. Bez činjenice zaposlenja ne bi bilo neophodne prilike da sazna njen broj telefona i da joj potom šalje poruke kojima joj je pričinjena šteta.

4.3. „Veza s radom“ u uporednom pravu: funkcionalno ograničenje odgovornosti poslodavca

Već je rečeno da je odgovornost poslodavca za zaposlenog uvek odgovornost za drugoga, a u zavisnosti od toga da li poslodavac odgovara po osnovu sopstvene krivice ili bez obzira na sopstvenu krivicu, ta odgovornost za drugoga može da bude subjektivna ili objektivna. Poslodavac odgovara za zaposlenog po objektivnom načelu u engleskom pravu, romanskim pravima i po Principima evropskog odštetnog prava. Odgovornost poslodavca je bila objektivna i u praksi jugoslovenskih sudova posle Drugog svetskog rata, a onda i po jugoslovenskom ZOO. U Srbiji je i danas isto: odgovornost poslodavca za zaposlenog kvalifikuje se kao vanugovorna objektivna odgovornost za drugoga. Nasuprot tome, po pravilu iz § 831 nemačkog Građanskog zakonika poslodavac bi trebalo da odgovara subjektivno, za sopstvenu pretpostavljenu grešku u izboru ili nadzoru. Pošto to pruža slabu zaštitu potencijalnim oštećenima, nemački sudovi i pravna teorija okrenuli su se pojedinim ustanovama ugovornog prava da bi pooštrili odgovornost poslodavca za zaposlenog. U te svrhe koristi se na prvom mestu pravilo iz § 278 NGZ o ugovornoj odgovornosti dužnika za grešku trećeg lica kojim se taj dužnik poslužio prilikom izvršavanja neke svoje obaveze.

Bez obzira na to da li je odgovornost poslodavca objektivna ili subjektivna, u svim pravnim sistemima potreban je jedan dopunski standard kojim bi se postavile

51 S. Cigoj, 612.

granice te odgovornosti.⁵² Za razliku od roditelja koji pod zakonskim uslovima odgovaraju za svaku pravom priznatu štetu koju prouzrokuje njihovo dete, poslodavac odgovara samo za onu štetu koju zaposleni prouzrokuje u vezi s radnim zadatkom odnosno radnom funkcijom koja mu je dodeljena. U jugoslovenskom i srpskom pravu zahteva se u tom smislu da šteta bude prouzrokovana „na radu ili u vezi s radom“. Reč je o jednom apstraktnom pravnom određenju, zakonskom standardu, čiju sadržinu određuju sudovi. I u drugim pravnim sistemima postoje slična merila, koja takođe služe da postave granice odgovornosti poslodavca za zaposlenog. U francuskom pravu objektivna odgovornost poslodavca za zaposlenog može da se zasnuje samo ako je radnik pričinio štetu obavljajući svoju radnu funkciju, to jest postupajući u svojstvu zaposlenog.⁵³ Za zasnivanje subjektivne deliktne odgovornosti poslodavca za zaposlenog po pravilima nemačkog Građanskog zakonika traži se da je zaposleni prouzrokovao štetu trećem licu izvršavajući radni zadatak, to jest posao na kojem ga je poslodavac angažovao.⁵⁴ U engleskom pravu poslodavac odgovara za zaposlenog bez obzira na sopstvenu krivicu, s tim što je neophodno da je radnik koji je izazvao štetu postupao u okvirima svoga zaposlenja.⁵⁵ Svi ovi pravni standardi dobijaju svoje puno značenje tek u praksi nacionalnih sudova.

4.3.1. Primeri iz engleskog prava

U engleskom pravu poslodavac je objektivno odgovoran za štetu koju njegov zaposleni protivpravno nanese trećim licima postupajući u okviru svoga zaposlenja (*in the course of employment*).

Protivpravna štetna radnja zaposlenog preduzeta je u okviru zaposlenja (1) ako je poslodavac tražio ili odobrio takvo postupanje, odnosno (2) ako poslodavac nije ni tražio, ni odobrio protivpravno postupanje svog zaposlenog, ali je ono tako tesno povezano s njegovim pravim radnim zadacima, to jest s onim što je zaposleni trebalo da čini, da se uzima da je i ta protivpravna radnja preduzeta u okviru njegovog zaposlenja. To je tzv. *Salmond's test*, koji je prvi put formulisan u klasičnom udžbeniku *Salmond on Torts* iz 1907.⁵⁶

Postupanje u okviru zaposlenja obuhvata i štetnu radnju zaposlenog koja se kvalifikuje kao radnja izvršenja krivičnog dela, ako je tako tesno povezana s obavljanjem radnih zadataka da treba uzeti da je i ona preduzeta u okviru zaposlenja.⁵⁷ Recimo, škola za decu s emocionalnim poteškoćama odgovarala je za štetu ošteće-

52 P. Giliker, 150.

53 Videti čl. 1242 (5), nekadašnji čl. 1384 (5), FGZ: „Les maîtres et les commettants [sont responsables], du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés.”

54 Videti § 831 NGZ: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt.”

55 O standardu „in the course of employment” videti u: Catherine Elliott, Frances Quinn, *Tort Law*, 11th edition, Pearson, Harlow 2017, 369–375.

56 C. Elliott, F. Quinn, 369.

57 O širenju odgovornosti poslodavca u tom smeru i kriterijumu koji primenjuju australijski sudovi (*the close connection test*) videti u: Rick Glofcheski, „A frolic in the law of tort: Expanding the scope of employers' vicarious liability”, *Tort Law Review*, 2/2004, 18–39.

nim dečacima koje je seksualno zlostavljao upravnik škole. Sud je zauzeo stav da je zlostavljanje bilo tako neraskidivo povezano sa redovnim poslovima upravnika škole, da treba uzeti da je učinjeno u okvirima njegovog zaposlenja.⁵⁸

Poslodavac neće biti odgovoran za zaposlenog ako je izričito zabranio radnju kojom je zaposleni pričinio štetu, pod uslovom da nije samo zabranio izvršavanje te radnje na određeni način, nego je zabranio čitav poduhvat. Ako je zaposleni preduzeo štetnu radnju u okviru svoga zaposlenja i u interesu poslodavca, poslodavac će biti odgovoran za tako pričinjenu štetu, bez obzira na to što je zaposleni postupao na način koji mu je bio izričito zabranjen.⁵⁹

Recimo, u jednom starom slučaju poslodavac je odgovarao za svoga zaposlenog – vozača autobusa – koji je izazvao udes tako što se upustio u trku s drugim autobusom protivno izričitoj zabrani poslodavca. Sud je smatrao da je taj vozač ipak postupao u okviru svog zaposlenja i u interesu poslodavca te da poslodavca ne oslobađa to što je njegov zaposleni izvršavao radni zadatak na zabranjeni način.⁶⁰

Međutim, kada je vozač kombija prevezio lice koje po izričitoj naredbi svoga poslodavca nije smeo da primi na prevoz pa je došlo do nesreće u kojoj je taj putnik stradao, poslodavac nije odgovarao za zaposlenog vozača zato što zabranjena štetna radnja nije bila preduzeta u interesu tog poslodavca. Primajući neautorizovano lice u kombi, smatrao je sud, vozač je izašao iz okvira svog zaposlenja.⁶¹

U trećem slučaju poslodavac je bio izričito zabranio radniku koji raznosi mleko da angažuje decu da mu pomažu i da tu decu prima u službeno vozilo. Radnik je ipak platio trinaestogodišnjem dečaku da mu pomogne, primio ga je u vozilo, doživeli su udes i dečak se povredio. Sud je smatrao da je poslodavac odgovoran za tako pričinjenu štetu: radnik je postupao u okviru svog zaposlenja, obavljao je baš onaj posao koji mu je bio stavljen u zadatak (raznošenje mleka), samo što je to činio na način koji je bio izričito zabranjen (angažovanjem dece kao „podizvođača“). Sud je smatrao da je važno i to što je povređeni dečak takođe učestvovao u izvršavanju vozačevog radnog zadatka, što znači da je i sam oštećenik postupao u interesu poslodavca.⁶²

Konačno, poslodavac nije odgovoran za zaposlenog koji koristi priliku koju mu daje zaposlenje da obavi neki posao za sebe, pri čemu štetna radnja nema nikakve veze s poslovima koje obavlja za poslodavca.⁶³ U jednom slučaju iz sudske prakse štetnik je bio zaposlen u firmi koja se bavi čišćenjem. Njegovo zaduženje je bilo da očisti telefone u prostorijama klijenta. Zaposleni je iskoristio tu priliku da obavi svoje skupe privatne međunarodne telefonske pozive. Sud je smatrao da poslodavac nije odgovoran za to, jer telefoniranje nije bilo ni na koji način povezano s poslovima čišćenja na kojima je zaposleni angažovan.⁶⁴

58 Odluka *Lister v Hesley Hall* iz 2001, C. Elliott, F. Quinn, 371.

59 *Ibidem.*, 370. Videti tamo navedenu sudsku praksu.

60 Odluka *Limpus v London General Omnibus Co* iz 1862, C. Elliott, F. Quinn, 370.

61 Odluka *Twine v Bean's Express Ltd* iz 1946, C. Elliott, F. Quinn, 370.

62 Odluka *Rose v Plenty* iz 1976, C. Elliott, F. Quinn, 370.

63 U sudskim odlukama se često pominje izraz *employees going off on 'frolics of their own'*, da označi radnike koji prouzrokuju štetu trećim licima obavljajući neke svoje poslove na radnom mestu, u radno vreme ili upotrebom sredstava za rad svoga poslodavca. Poslodavac za to u engleskom pravu ne odgovara.

64 Odluka *Heasmans v Clarity Cleaning Co* iz 1987, C. Elliott, F. Quinn, 374.

4.3.2. Primeri iz francuskog prava

U francuskom pravu objektivna odgovornost poslodavca za zaposlenog stavljena je pod uslov da je zaposleni skrivljeno prouzrokovao štetu obavljajući svoju radnu funkciju, to jest postupajući u svojstvu zaposlenog (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*). O sadržini tog pravnog standarda postoje brojne odluke Kasacionog suda i ta praksa nije uvek ujednačena.

Teorija izdvaja slučajeve u kojima je poslodavac *nesporno odgovoran* i slučajeve u kojima poslodavac *nesporno nije odgovoran* za svog zaposlenog. Prvo, poslodavac je van svake sumnje odgovoran kada zaposleni prouzrokuje štetu neposredno izvršavajući svoj radni zadatak, to jest postupajući strogo u okviru svojih radnih funkcija. Drugo, poslodavac nesporno ne odgovara kada radnja kojom je zaposleni prouzrokovao štetu trećem licu očigledno nije ni u kakvoj vezi s radnom funkcijom tog zaposlenog. Poslodavac nesporno neće odgovarati ni onda kada štetna radnja jeste u vezi s radnom funkcijom zaposlenog, ali oštećenik zna ili bi razumno trebalo da zna da zaposleni u datom slučaju ne postupa u interesu odnosno za račun svog poslodavca.⁶⁵

Preostaju slučajevi zloupotrebe funkcije zaposlenog (*l'abus de fonction*) u kojima je sudska praksa dugo bila neujednačena.⁶⁶ Od jedne presude koju je francuski Kasacioni sud doneo 1988. godine pravilo je sledeće:⁶⁷ Ako zaposleni prouzrokuje štetu trećem licu tokom radnog vremena, na radnom mestu ili upotrebom sredstva za rad koje je dobio od poslodavca, smatraće se da je šteta pričinjena u okviru radne funkcije zaposlenog te da je poslodavac odgovoran. U takvom slučaju poslodavac može da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da su kumulativno ispunjena sledeća tri uslova: (1) da je zaposleni postupao izvan svojih radnih zadataka (*hors de ses fonctions*), (2) da je postupao bez ovlašćenja (*sans autorisation*) i (3) da je delao u sopstvenom interesu, to jest zarad ostvarenja nekih svojih privatnih ciljeva (*à des fins personnelles étrangères à ses attributions*). Prvi uslov je objektivni: ne traži se da je zaposleni znao da je izašao iz okvira svoje radne funkcije. Međutim, može da se postavi pitanje da li je oštećenik to trebalo da zna, odnosno da li bi razuman čovek na oštećenikovom mestu poverovao da taj zaposleni postupa u okviru svoje radne funkcije.

ZAKLJUČAK

Odgovornost poslodavca za štetu koju zaposleni pričinu trećem licu uvek se kvalifikuje kao odgovornost za drugoga, a u zavisnosti od toga da li poslodavac odgovara po osnovu sopstvene krivice ili bez obzira na sopstvenu krivicu, ta odgovornost za drugoga može da bude subjektivna ili objektivna. Poslodavac odgovara za zaposlenog bez obzira na sopstvenu krivicu u engleskom pravu, romanskim pravima i po Principima evropskog odštetnog prava. Odgovornost poslodavca je bila objektivna i u praksi jugoslovenskih sudova posle Drugog svetskog rata i potom, kad je pozakonjena, po jugoslovenskom ZOO. U Srbiji je i danas tako: odgovornost

65 Ceo pasus prema: Philippe le Tourneau *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, Paris 2017, 1002–1003.

66 Sve prema: Ph. Le Tourneau *et al.*, 1004–1007, P. Giliker, 185–188.

67 Cour de Cassation, Assemblée plénière, 19 mai 1988, No. 87–82.654, *legifrance.gouv.fr*.

poslodavca za zaposlenog kvalifikuje se kao vanugovorna objektivna odgovornost za drugoga. Nasuprot tome, po pravilu iz § 831 NGZ poslodavac bi trebalo da odgovara subjektivno, za sopstvenu pretpostavljenu grešku u izboru ili nadzoru. Pošto to pruža slabu zaštitu oštećeniku, nemački sudovi su se okrenuli nekim institutima ugovornog prava da bi pooštrili odgovornost poslodavca za zaposlenog.

Bez obzira na to da li je odgovornost poslodavca objektivna ili subjektivna, u svim pravnim sistemima potreban je jedan dopunski standard kojim bi se postavile granice te odgovornosti. U jugoslovenskom i srpskom pravu zahteva se u tom smislu da šteta bude prouzrokovana „na radu ili u vezi s radom“. I u drugim pravnim sistemima postoje slična merila, koja takođe služe da postave granice odgovornosti poslodavca za zaposlenog. U francuskom pravu objektivna odgovornost poslodavca za zaposlenog može da se zasnjuje samo ako je radnik pričinio štetu obavljajući svoju radnu funkciju, to jest postupajući u svojstvu zaposlenog (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*). Za zasnivanje subjektivne deliktne odgovornosti poslodavca za zaposlenog po pravilima nemačkog Građanskog zakonika traži se da je zaposleni prouzrokovao štetu trećem licu izvršavajući radni zadatak, to jest posao na kojem ga je poslodavac angažovao (*in Ausführung der Verrichtung*). U engleskom pravu poslodavac odgovara za zaposlenog bez obzira na sopstvenu krivicu, s tim što je neophodno da je radnik koji je protivpravno izazvao štetu postupao u okvirima svoga zaposlenja (*in the course of employment*). Svi ovi pravni standardi dobijaju svoje puno značenje tek u praksi nacionalnih sudova. Interpretacijom normi poput onih koje smo ovde razmatrali i kvalifikacijom činjenica u pojedinačnim slučajevima sudovi u krajnjem ishodu postavljaju granice odgovornosti poslodavca za zaposlenog. Sudovi bi, dakle, trebalo da spreče neopravdano širenje te ustanove, ali i da vode računa da oštećenima bude pružena odgovarajuća zaštita.

U slučaju iz naše sudske prakse, koja je ovde prvenstveno razmatrana, sudovi su zauzeli stav da je poslodavac odgovoran za štetu koju je zaposleni prouzrokovao trećem licu zloupotrebom službenog mobilnog telefona van radnog vremena. Uslov za to bio je da se prethodno utvrdi da je do štete došlo „u vezi s radom“. Činjenica je da je zaposleni lako mogao da uznemirava oštećenu i sa svog privatnog telefona ili nekog trećeg aparata. Za nastavak privatne komunikacije nije mu bio neophodan službeni mobilni telefon i u tom smislu činjenica njegovog zaposlenja kod konkretnog poslodavca nije bila presudna za nastupanje štetnog događaja. Međutim, zaposleni je došao do broja telefona oštećene postupajući „pod plaštom autoriteta“ svog poslodavca, saznao je taj telefonski broj tokom obavljanja poslova iz delokruga svog poslodavca i zahvaljujući tome što se legitimisao kao njegov zaposleni. Sudovi su smatrali da je poslodavac odgovoran za tako pričinjenu štetu. Ta odluka je u skladu s našom dotadašnjom sudskom praksom.

Konačno, treba kazati da je ostalo mnogo pitanja o odgovornosti poslodavca za zaposlenog koja zavređuju posebnu analizu a koja u ovom radu nisu ni pomenuta. Tu spadaju, na primer, odgovornost za drugoga u kontekstu takozvanog „rada van radnog odnosa“, zatim, odgovornost za radnike angažovane uz pomoć agencija za privremeno zapošljavanje, kao i odgovornost za radnike koji su vlasnici ili zakupci onog sredstva za rad kojim obavljaju posao za „poslodavca“, naročito ako se to sredstvo za rad kvalifikuje kao opasna stvar, odnosno ako je poslodavac ekskluzivan u tom smislu što radnik radi samo za njega i pod njegovom kontrolom.

LITERATURA

1. Knjige i članci

- Bach Louise, „Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français“, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1/1977.
- Carbonnier Jean, *Droit civil. Tome 2. Les biens. Les obligations*, PUF, Paris 2004.
- Cigoj Stojan, „Član 170. Odgovornost organizacija udruženog rada“, u: Borislav T. Blagojević, Vrleta Krulj (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga I*, Savremena administracija, Beograd 1983.
- Elliott Catherine, Frances Quinn, *Tort Law*, 11th edition, Pearson, Harlow 2017.
- Giliker Paula, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, CUP, Cambridge 2010.
- Glofcheski Rick, „A frolic in the law of tort: Expanding the scope of employers' vicarious liability“, *Tort Law Review*, 2/2004.
- Ibbetson David, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, OUP, Oxford 2001.
- Kadner Graziano Thomas, Christoph Oertel, „EC Tort Law and the Romanic Legal Family“, in: Helmut Koziol, Reiner Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Springer, Vienna 2008.
- Karanikić Mirić Marija, *Krivica kao osnov deliktne odgovornosti u građanskom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009.
- Karanikić Mirić Marija, *Objektivna odgovornost*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013.
- Koch Bernhard A., Helmut Koziol (eds.), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, Kluwer, The Hague 2002.
- Krulj Vrleta, „Opšta pravila o građanskoj odgovornosti i posebna pravila o odgovornosti radnika i radnih organizacija: Osvrt na rešenja usvojena u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, broj 9, 1970.
- Le Gall Jean-Pierre, „Liability for persons under supervision“, in: André Tunc (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XI. Torts, Part I*, Martinus Nijhoff, The Hague 1983.
- Le Tourneau Philippe et al., *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, Paris 2017.
- Moréteau Olivier, „Liability for Others“, in: The European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Vienna 2005.
- Možina Damjan, „Road Traffic Nuisance in Slovenia: State Liability for Non-pecuniary Damage“, *Review of Central and East European Law*, 2/2018.
- Rogers W.V.H., „EC Tort Law and the English Law“, in: Helmut Koziol, Reiner Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Springer, Vienna 2008.
- Spier Jaap (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, Kluwer, The Hague – London – New York 2003.
- The European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer, Vienna 2005.
- Troiano Stefano, „EC Tort Law and the Romanic Legal Family“, in: Helmut Koziol, Reiner Schulze (eds.), *Tort Law of the European Community*, Springer, Vienna 2008.
- Witting Christian, *Street on Torts*, Fifteenth Edition, OUP, Oxford 2018.
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, OUP, Oxford 1996.

2. Propisi i sudske odluke

Bürgerliches Gesetzbuch, [gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html).

Code civil des Français, Version consolidée au 14 février 2020, legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721.

Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003 i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020

Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 i 113/2017.

Cour de Cassation, Assemblée plénière, 19 mai 1988, No. 87–82.654, legifrance.gouv.fr.

Cox v Ministry of Justice, [2016] UKSC 10, 2 March 2016, [bailii.org/uk/cases/UKSC/2016/10.html](https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2016/10.html).

Heasman v Clarity Cleaning Co, [1987] ICR 949.

Limpus v London General Omnibus Co, [1862] 1 H and C 526, [1862] EngR 839, (1862) 158 ER 993, [commonlii.org/uk/cases/EngR/1862/839.pdf](https://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1862/839.pdf).

Lister and Others v. Hesley Hall Limited, [2001] UKHL 22, 3 May 2001, [bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/22.html](https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/22.html).

Rose v Plenty, [1975] EWCA Civ 5, 7 July 1975, [bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1975/5.html](https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1975/5.html).

Twine v Bean's Express Ltd, [1946] 62 TLR 155.

Odgovori na pitanja privrednih sudova utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, održanoj 7–8. novembra 2016. i na sednici Odeljenja za privredne prestupe, održanoj 10. novembra 2016.

Odluka Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 120/1970 od 23. jula 1970.

Odluka Vrhovnog suda Srbije, Pž. 56/1974 od 24. januara 1974.

Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 13978/2010 od 6. oktobra 2010.

Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 4712/2019 od 2. oktobra 2019.

Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž 3777/2015 od 6. septembra 2016.

Presuda Apelacionog suda u Nišu, Gž 454/2017 od 25. septembra 2018.

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 4061/2010 od 14. septembar 2011.

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž1 1945/2012 od 23. avgusta 2012.

Presuda Osnovnog suda u Staroj Pazovi, sudska jedinica u Indiji, P. 507/16 od 3. novembra 2017.

Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 2213/2011 od 5. jula 2012.

Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 7892/2016 od od 21. novembra 2017.

Presuda Višeg suda u Sremskoj Mitrovici, Gž. 1577/17 od 25. aprila 2018.

Presuda Višeg suda u Subotici, Gž 528/2017 od 18. januara 2019.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 1310/2015 od 2. marta 2016.

Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 243/2016 od 16. marta 2017.

Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 1900/2005 od 5. oktobra 2005.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 127/2006 od 5. aprila 2006.

Rešenje Apelacionog suda u Nišu, Gž 5977/2017 od 24. maja 2018.

Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 3066/2015 od 16. decembra 2015.

Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 4314/2018 od 6. septembra 2018.

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law, University of Belgrade

THE SCOPE OF EMPLOYER'S LIABILITY FOR EMPLOYEE'S ACTS

SUMMARY

The employer's liability for the harm his employee causes to third parties always qualifies as liability for the acts of others, and depending on whether the employer is liable for his own fault, or regardless of his own fault, this liability of the employer may be either subjective, or objective (vicarious). The employer is objectively liable for the acts of his employees in English law, in a number of legal systems of the Romance legal family, under the Principles of European Tort Law, and also in Serbian law. The same was in the law of the post-World War II Yugoslavia. In contrast, the German Civil Code prescribes subjective liability of the employer for his own fault in electing (*culpa in eligendo*) or supervising (*culpa in vigilando*) the employee. As this provides little protection for the injured party, German courts use certain institutes of contract law to make the employer's liability more stringent. Regardless of what the basis of the employer's liability for the employee is, in all legal systems there are certain standards, or criteria that serve to set the limits of that liability. In Serbian law, the objective liability of employer for damage to others caused by the employee's fault is conditional on the employee acting "at work or in connection to work". In French law, the employer's objective liability may be established only if the employee caused damage to others in performance of his working functions (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*). In order to establish subjective liability of the employer in German law, it is required that the employee caused damage to others by performing the work assigned to him (*in Ausführung der Verrichtung*). In English law, the employer is objectively liable for the employee, provided that the employee caused damage to others by acting "in the course of employment". This paper examines the limits of employer's liability in Serbian case law, and also in comparative perspective. A recent illustrative Serbian court decision has been presented, and the meaning of the legal expression "at work or in connection with work" has been studied in this example. The author has examined several legal standards used in different European legal systems as functional limitations of employer's liability. These standards only get their full meaning in the practice of national courts. By interpreting the norms and qualifying the facts in individual cases, the courts set limits on employer's liability for the harm caused to others by his employee. The courts are in the best position to prevent the unjustifiable expansion of employer's liability, but also to ensure that the injured parties are not denied adequate protection.

Key words: liability for the acts of others, employer's liability for employee's acts, acting in the course of employment, vicarious liability, *culpa in vigilando*, *culpa in eligendo*.

POGREŠNA ZASTAVA (FALSE FLAG)

Apstrakt: Ako želite da sebi napravite dobar izgovor za akciju, za napad na svog neprijatelja, onda je najbolji način da prikazete da je vaš neprijatelj bio taj koji je načinio prvi korak, napad na vas, a da ste vi samo odgovorili. U tom smislu su „false flag“ akcije prikrivene akcije napravljene od strane neke vladine, ili nevladine organizacije, sa ciljem da se stvori utisak da je sve uradila druga strana. U istoriji ima mnogo primera kada je jedna strana manipulirala dokazima, ili makar zloupotrebljavala neke događaje za započinjanje rata. Jedan kineski istraživač koji je bio angažovan od strane Amerikanaca i koji je radio za CIA-u je rekao da je skoro svaki rat započinjao „false flag“ operacijom. Autor ovog teksta je prikazao neke događaje, neke primere iz istorije, koji su bili neka vrsta „false flag“ operacija. Prvi događaj u istoriji koji izgleda kao „false flag“ operacija jeste požar u starom Rimu 64. godine nove ere. Mnogi ljudi su za taj požar okrivljavali Nerona, ali Tacit kaže da za tako nešto nema dokaza. Ipak, činjenica je da je Neron iskoristio taj događaj da optuži hrišćane i da započne njihov progon. Nešto slično se dogodilo u Hitlerovoj Nemačkoj. Najpre su nacisti zapalili Rajhstaga da bi za to optužili komuniste i započeli njihov progon. Nakon toga, oni su isfabrikovali napad poljskih vojnika na Nemačku i to je bio izgovor za njihov odgovor i za početak Drugog svetskog rata. Autor ovog članka takođe govori o incidentu pored grada Mukdena u Kini, „false flag-u“ koji su napravili Japanci, a takođe i o incidentu u tonkiškom zalivu, kada je započeo rat u Vijetnamu. Autor je posebnu pažnju posvetio događaju na Markalama, pijaci u Sarajevu i događaju u kosovskom selu Račak. Neki istraživači ove događaje nazivaju događajima sa obaračem. Svi ti događaji praćeni su medijskim manipulacijama, tako da se može reći da su „false flag“ operacije i medijske manipulacije međusobno tesno povezane.

Ključne reči: Neron, paljevina Rajhstaga, početak Drugog svetskog rata, izgovor za početak rata, Markale, Račak, medijske manipulacije.

Pre nego što se bilo šta detaljnije kaže o ovoj temi „false flag“ („pogrešna zastava“) trebalo bi imati u vidu ono što su Hitler i Staljin u svoje vreme bili izjavili. Hitler je naime bio rekao da je „terorizam najbolje političko oružje, jer ljude ništa tako dobro ne ujedinjuje kao strah od terorizma, odnosno strah od iznenadne smrti“, dok je Staljin rekao nešto slično, da je „najlakši način da kontrolišete populaciju, da (povremeno) izvedete akte terora prema samima sebi, prema sopstvenoj populaciji, kako bi se probudio osećaj straha za sopstvenu bezbednost“. ¹ U tom smislu, „false flag“ je naziv za prikrivenu pseudo-operaciju terorističkih napada, atentata, sabotaza isl. prema samima sebi, a sve sa ciljem i načinom da se te sabotaze i teroristički napadi pripišu nekom drugom, pre svega onome koji se smatra neprijateljem. ² Sve

* naučni savetnik, sudija Ustavnog suda Srbije, jovan.ciric@ustavni.sud.rs

1 www.globalresearch.ca/53-admitted-false-flag-attacks/5432931.

2 Ibid.

ovo pre svega zato da bi se obezbedilo unutrašnje političko jedinstvo, te da bi se ostvario legitimitet za neke daljnje političke ciljeve i aktivnosti.

Imajući u vidu ono što je bio izjavio Hitler, a što smo malopre pomenuli, treba reći da su upravo Hitler i nacisti bili ti koji su izveli jednu od u svetu najpoznatijih operacija „false flag“. Radi se o paljevini nemačkog parlamenta, Rajhstaga 27. februara 1933. Simpatizer i član komunističke partije, holandski radnik Marinus van der Lube bio je uhapšen pod optužbom da je on razbio jedan od prozora na zgradi Rajhstaga, ušao unutra i podmetnuo požar. Zajedno sa njim tada su bili uhapšeni i Georgi Dimitrov i još trojica bugarskih komunista, članova Kominterne. Na suđenju koje je ubrzo bilo organizovano, Dimitrov i ostali Bugari su se dobro držali, negirali sve optužbe i oni su na kraju ipak bili oslobođeni. Van der Lube je međutim priznao da je on podmetnuo požar u znak protesta protiv položaja nemačke radničke klase i u znak podrške nemačkim radnicima. Ostalo je nejasno kako i zašto je on to priznao, da li zbog nekih svojih ranijih psihičkih problema i slabosti,³ da li zbog moguće torture i mogućih teških psiho-fizičkih muka na koje je u istrazi eventualno bio stavljen, tek nakon priznanja tog svog dela, Van der Lube je bio osuđen na smrt, a 1934. godine smrtna kazna je nad njim bila izvršena. U svakom slučaju paljevina Rajhstaga dala je Hitleru i njegovom ministru Gebelsu izgovor da faktički ukinu Parlament. Naime, Rajhstag je formalno i dalje postojao nakon paljevine, ali suštinski on više nije imao nikakvog značaja, jer su nacisti očistili Nemačku od svih opozicionara, pre svega levičara i naročito komunista.⁴ Van der Lube je tek početkom dvehiljaditih godina u Nemačkoj doživeo i sudsku rehabilitaciju, a istoričari su još i pre toga utvrdili da su paljevinu Rajhstaga izvršili Hitlerovi nacisti u nameri da to pripišu svojim političkim protivnicima.⁵ To međutim nije jedina „false flag“ operacija koju su sproveli nemački nacisti. I sam početak Drugog svetskog rata jeste u stvari jedna od tipičnih „false flag“ operacija. Naime, 31. avgusta 1939. nekoliko nacističkih operativaca srušili su radio-toranj na nemačko-poljskoj granici, inscenirali su tobožnji upad poljskih vojnih jedinica unutar Nemačke. Odnosno Nemci su preobučeni u Poljake, tobože ubili nekoliko nemačkih seljaka-farmera. U stvari oni su iza sebe ostavili nekoliko leševa zatvorenika iz Dahaua koji su bili preobučeni u nemačke seljake u graničare. U tom incidentu koji je poznat pod naslovom „Gleiwitz incident“, (po mestu Gljivice) učestvovao je i vrlo visoko rangirani nacistički funkcioner Rajhard Hajdrih,⁶ a taj događaj, taj tobožnji napad, nacisti su iskoristili da sledećeg dana, tačnije 1. IX 1939. započnu napad na Poljsku, napad kojim je otpočeo

3 Uvek se jedna takva akcija može organizovati tako što se pronade neko ko je neuračunljiv, ko je psihički labilan, pa se on nagovori da izvrši neko krivično delo, e zato da bi se ne toliko njemu, koliko nekima drugima (nacionalnoj ili političkoj grupaciji iz koje dolazi) pripisao dotični zločin.

4 www.history.co.uk/article/the-truth-about-false-flag-from-nazi-germany-to-the-vietnam-war.

5 Tony Paterson; – Historians Find Proof that Nazis Burnt Reichstag; – „The Sunday Telegraph” – 15. IV 2001. – www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/1310995/Historians-find-proof-that-Nazis-burnt-Reichstag.html.

6 Hajdrih, inače jedan od važnih arhitekata holokausta, učesnik konferencije u Vanzeu na kojoj se raspravljalo o konačnom rešenju jevrejskog pitanja, kasnije je ubijen u atentatu u Češkoj koji su izveli pripadnici češkog pokreta otpora i pripadnici britanske obaveštajne službe, a nakon čega je usledila neselektivna nemačka odmazda masakr nad građanima češkog mesta Lidice.

Drugi svetski rat.⁷ Tako su neki od najvažnijih, najznačajnijih istorijskih događaja u nacističkom periodu, ustvari bili operacije „lažnih zastava“ tj. „false flag“.

Nacisti međutim nisu bili prvi koji su pribegli operacijama „false flag“ u istoriji. Moramo se u tom smislu vratiti u Neronovo vreme starog Rima kada je u noći između 18. i 19. jula 64. godine nove ere, izgoreo dobar deo tadašnjeg grada Rima. Mnogi su naime tada govorili kako je Neron bio zapravo taj koji je zapalio požar, po jednima zato da bi uživajući u požaru ispevao pesmu,⁸ po drugima on je to učinio zato da bi nakon toga izgradio novi, veći i lepši grad, a po trećima zato da bi sve to pripisao Hrišćanima koje je nakon toga podvrgao strašnim progonima. Tacit u svojim „Analima“ navodi da su istoričari toga vremena ostavili nekoliko verzija o Neronovoj krivici,⁹ ali, izgleda da je istina u tome da su uske, krivudave ulice starog Rima i drvene kuće, drvene magaze u kojima je bila smeštena lako zapaljiva roba, kao i jak vetar koji je tada duvao, da su sve to bili idealni uslovi za brz razvoj požara. S druge strane, Neron je tada boravio izvan Rima u svom letnjakovcu i vratio se u Rim tek kada se požar već bio razbuktao, požar koji je bio zaustavljen tek šestog dana.¹⁰ Odmah su se međutim po gradu raširile glasine o Neronovoj krivici, te je on da bi stao na put takvim glasinama pronašao krivce u Hrišćanima, koji su i ovako i onako bili neomiljeni u narodu. Neron ih je stao kažnjavati, stavljati ih na najteže muke i proganjati ih.¹¹ Ne može se dakle, sudeći po Tacitu, krivica za veliki požar pripisati Neronu, te se u tom smislu, ako je ovo tačno, ovde ne može govoriti o „false flag“ operaciji u pravom smislu te reči. Izgleda dakle da nije Neron bio taj koji je zapalio požar u Rimu da bi ga nakon toga pripisao Hrišćanima, kao što je Hitler zapalio Rajhstag da bi to pripisao komunistima, ali sličnosti su vrlo velike.

Zapravo, čitava stvar je gotovo identična. Ponekad jedna država, njeni organi i vladari koriste i čist sticaj slučajnosti i okolnosti da svoje protivnike optuže za neku nesreću i da onda dobiju „odrešene ruke“ za preduzimanje najbrutalnijih sredstava i metoda u borbi protiv omraženih neprijatelja. Sudbina omraženih Hrišćana u antičkom Rimu, slična je, ili čak sasvim ista sudbini komunista (i Jevreja) u nacističkim koncentracionim logorima. A u pozadini svega bio je požar, požar starog Rima i požar nemačkog Parlamenta. Danas verovatno da jedan požar sam po sebi, jedan požar kao takav, nije dovoljan da bi se ostvarilo bespogovorno unutrašnje nacionalno jedinstvo i dobio legitimitet, legitimitet i na međunarodnom planu, za udarac na neprijatelja, za na primer sprovođenje odgovarajućih odlučnih, često i brutalnih vojnih intervencija i drugih anti-terorističkih akcija i mera, ali, ponekad poneki teroristički akti koje sprovode pojedine terorističke grupacije iz zemalja „trećeg sveta“ dobro dođu vojnom establišmentu i političkom vrhu zapadnih zemalja za preduzimanje odlučnih akcija u borbi protiv terorizma.

7 www.history.co.uk/article/the-truth-about-false-flag-from-nazi-germany-to-the-vietnam-war.

8 Bio se tada raširio glas da je Neron dok je grad goreo, izašao na terasu svoje kuće i opevao propast Troje, poredeći sadašnju nesreću sa nekadašnjom. (Kornelije Tacit; – Anali, – prevod – Beograd, 1970. str. 394–395).

9 K. Tacit, op.cit. str. 393.

10 Ibid.

11 Ibid str. 397.

Mnogo vekova posle Nerona, a mnogo godina pre Hitlera, tačnije 27. juna 1788. godine glavni krojač – kostimograf švedske opere u Stokholmu, dobio je sasvim neobičajenu narudžbinu da sašije nekoliko stotina uniformi ruskih vojnika. Nekoliko nedelja nakon toga, zapravo mesec dana kasnije, švedski vojnici preobučeni u ruske uniforme izveli su incident, provokaciju na švedsko-ruskoj granici i prodrli znatno unutar švedske teritorije. Bio je to ozbiljan signal za uzbunu u Švedskoj i prilika za mobilizaciju švedskog političkog javnog mnjenja, a što je iskoristio tadašnji švedski kralj Gustav III, da bi se obračunao sa tadašnjom opozicijom, tačnije da bi je učutkao i da bi u Parlamentu dobio saglasnost – podršku za vođenje „odbrambenog“ rata protiv Rusije.¹² Rusija je tada bila zauzeta ratovanjem sa Turskom na jugu, pa je i to bio dodatni razlog, podsticaj Gustavu III za ulazak u rat sa Rusijom. Stvar se međutim završila nepovoljno za Šveđane 1790. godine, kada su Šveđani morali da ustupe Rusiji celokupnu teritoriju Finske, a samo dve godine nakon toga, u atentatu je stradao, bio je ubijen kralj Gustav III.¹³ Iako Gustavov manevar na kraju nije uspeo, već naprotiv, za njega lično se završio katastrofalno, ovaj događaj iz 1788. godine uzima se kao jedan od prvih slučajeva, najtipičnijih primera operacija „false flag“. Ovo pogotovu zato što je švedski vladar sve iskonstruisao zato da bi učutkao sopstvenu opoziciju, slično kao i Neron u svoje vreme, odnosno Hitler u nacističkoj Nemačkoj. Treba međutim imati u vidu da krajem XVIII veka švedski kralj Gustav III nije imao na raspolaganju moćne (pre svega elektronske) medije kojima bi mogao da dodatno manipuliše, da raspaljuje sopstvenu javnost. Efekat onoga što nazivamo „false flag“ bio bi tada još jači. U stvari, „false flag“ operacije najčešće imaju izuzetnu efikasnost u sprezi sa medijima, tj. medijskim manipulacijama. Da je u svojim rukama imao medije i da je putem njih sprovodio različite manipulacije, sigurno da bi švedski kralj Gustav III postigao još veće efekte na planu jačanja unutrašnje nacionalne kohezije, odnosno na planu slabljenja opozicije. I što je takođe važno, verovatno bi dobio i podršku međunarodne javnosti u borbi protiv onih koji su prvi zapodenuli vojne sukobe na švedsko-ruskoj granici, a to su bili „glumci“ preobučeni u ruske vojnike.

Bilo kako bilo, tek operacije „false flag“ obično su vrlo tesno povezane sa medijima, odnosno medijskim manipulacijama. Jedan autor, kineski Amerikanac Lary Chin, kaže, između ostalog, da skoro svi ratovi započinju „false flag“ operacijama.¹⁴ Dotični Lary Chin, za vreme korejskog rata nakon Drugog svetskog rata bio je zaposlen u američkoj vojsci kao prevodilac za kineski jezik. Kasnije se zaposlio u CIA, ali se ispostavilo da je on bio dugogodišnji kineski špijun u CIA. U svakom slučaju on je neosporno bio dobro informisan čovek, te njegove opaske o korišćenju, angažovanju Holivuda, ali i ostalih medija u sklopu „false flag“ operacija nisu nimalo beznačajne, a čini se isto tako i vrlo logične i realistične.¹⁵

12 www.vit-vladimir.ru/bs/rusko-shvedskaya-voina-1788-1790-rusko-shvedskie-voiny-chto-obedinyaet-1656/.

13 Ibid.

14 Lary Chin; – False Flag: The Process of „false flagging” The World Towards War The CIA Weaponizes Hollywood; – dostupno na internet stranici www.globalresearch.ca/false-flagging-the-world-towards-war/5421649.

15 Ibid.

Imajući u vidu čitavu priču o povezanosti „false flag-a“ i medija, ovde treba pomenuti američko-španski rat oko Kube s kraja XIX veka iz 1897. onda kada su (pisani) mediji, naročito u SAD već bili vrlo razvijeni. „Njujorški žurnal“ u vlasništvu milionera i medijskog monopoliste Vilijema Hersta osvanuo je 17. januara 1897, sa krupnim naslovom: „Vejler (misli se na tadašnjeg šefa kubanske države) baca monahinje u tamnicu. Koljač vodi brutalni rat protiv nemoćnih žena“.¹⁶ Senzacionalistička žuta štampa je potpuno arbitrerno baratala naduvavanim ciframa od 400.000 stradalih, uz naslove kao što su: „Kubanske bebe umiru od gladi“, ili „Hiljade dece umiru u kampovima“¹⁷ i slično, te je Vejler smenjen, ali su mediji u rukama Hersta i Pulicera nastavili kampanju.¹⁸ Američki ratni brod „Mejn“ poslat je u luku u Havanu da zaštiti živote i imovinu Amerikanaca na Kubi. Međutim, onda se 15. februara te 1897. u luci na tom brodu dogodila snažna eksplozija, nakon koje je brod potonuo, pa je tom prilikom stradalo 266 američkih vojnika. Američka mornarica reagovala je oprezno na ovu nesreću, pa je Asošijated Pres 17. februara javio da većina oficira veruje da je do eksplozije došlo usled spontanog samozapaljenja u spremištima uglja, pa je i kapetan Sigbi istog dana rekao da ne može da ponudi nikakvo objašnjenje dok se ne završi istraga.¹⁹ Iako istraga još nije završena i iako je i sama španska mornarica odmah pritekla u pomoć, američka žuta štampa je već uprla prstom u krivca: „Potapanje Mejna delo je neprijatelja“, odnosno: „Opšte je mišljenje da su Španci iza toga“.²⁰ Do dana današnjeg slučaj u vezi sa potapanjem broda „Mejn“ u luci u Havani nije rasvetljen i nije utvrđeno šta se u stvari dogodilo, ali su Amerikanci iskoristili priliku da u aprilu te godine krenu u rat za Kubu. Ovde se dakle ne može govoriti o tome da je potapanje broda „Mejn“ tipična, klasična operacija „false flag“, ali u jednom određenom smislu, može se govoriti o tome. Jedna, možda i sasvim slučajna i spontana nesreća (potapanje broda) medijski je iskorišćena da bi se pokrenula ratna operacija i agresija na Kubu. Kasnije, sa daljim razvojem medija, ovakav način medijskog rezonovanja i političkog delovanja u dvadesetom veku je dolazio do punog izražaja u nekoliko situacija.

Jedna od takvih situacija se ponovila nekoliko godina kasnije, godine 1915. kada je potopljen britanski brod „Luzitanija“ nedaleko od obale Irske. Zvanično objašnjenje je bilo da je taj brod potopljen od strane nemačkih podmornica. „Luzitanija“ je naime bio britanski putnički brod, koji se smatrao tada najbržim brodom na svetu, brodom koji je bio brži od nemačkih podmornica, ali je ipak on 7. maja 1915. bio torpedovan, potopljen od strane nemačke podmornice i tom prilikom je bilo stradalo oko 1.200 putnika.²¹ Nemci, koji su bili vrlo jaki u podmorničkoj flo-

16 Roman Balvanović; – Kubanski rat za nezavisnost i američki intervencionizam; – u zborniku radova: „Kuba na razmeđu drugog i trećeg milenijuma“, Jugoslovensko udruženje Latinoamerikanista; – Beograd, 2006, str. 66.

17 Nije se dakle mnogo toga promenilo u smislu manipulacija, naročito brojkama, od tadašnjeg vremena do vremena bosanskog rata i priče o desetinama hiljada silovanih muslimanki.

18 R. Balvanović, – op.cit.

19 Ibid.

20 Ibid.

21 www.nationalgeographic.rs/reportaze/3974-5-potonulih-brodova-koji-su-bili-zanimljiviji-od-titanika.html?p=2

ti, su prethodno bili objavili da će torpedovati sve trgovačke i vojne brodove na Atlantiku, međutim „Luzitanija“ nije bila ni trgovački, ni vojni brod. Ipak, danas postoje špekulacije da je „Luzitanija“, pored ostalog, nosila u svojim skladištima u utrobi broda i barut, koji se samozapalio, što je dovelo do eksplozije i potonuća. To danas tvrdi istraživač Greg Bimis.²² Stvar dakle nije sasvim jasna, ali je jasno to da je događaj sa potapanjem ovog broda, u znatnoj meri uticao na tadašnje američko javno mnjenje, pripremajući ga za to da Amerikanci ipak dve godine kasnije uđu u Prvi svetski rat na strani Velike Britanije i sila Antante. Ne možemo dakle tvrditi da je ovo isceniran slučaj, da je u pitanju klasična operacija „false flag“, ali je evidentno da je ovaj slučaj u dobroj meri upotrebljen, iskorišćen, kao i neki drugi kasniji slični slučajevi. U tom smislu je na primer Randolph Herst, vlasnik najvećeg lanca novina u SAD, kasnije izjavljivao kako je tada povodom slučaja „Luzitanija“ rasprodao celokupan tiraž svih svojih novina.²³

Godine 1931. 18.septembra dogodio se u severoistočnoj Kini, u Mandžuriji, događaj pod nazivom „Mukden incident“, koji se takođe može okarakterisati kao „false flag“ operacija. Naime, u ranim dvadesetim godinama XX veka Japanci su u severoistočnom delu Kine, u Mandžuriji, imali poseban status i stacionirane vojne jedinice koje su imale za zadatak da sačuvaju japanske kolonije u Koreji. Bila je to neka vrsta neformalne okupacije Mandžurije od strane Japanaca. Kasnih dvadestih godina, kineski desničarski nacionalistički lider Čang Kaj Šek je bio pokrenuo procese unifikacije Mandžurije sa Kinom, a to pre svega pred opasnostima od pritisaka sa severa od strane SSSR-a. Japancima to nije odgovaralo, jer su to doživljavali kao buđenje nacionalističke svesti kod Kineza, pa su oficiri, smatra se bez znanja japanske vlade u Tokiju, preduzeli akciju kod grada Mukden (Šenjang, Lianing). U noći između 18. i 19. septembra dogodila se eksplozija na pruzi koju su čuvali japanski vojnici, a za šta su Japanci okrivili Kineze. Interesantno je da je šteta na samoj pruzi bila minimalna, ali je taj događaj poslužio Japancima kao izgovor za vojne akcije protiv Kineza. U tom smislu, sutradan posle ove eksplozije na pruzi, su japanski vojnici započeli artiljerske napade na garnizone kineske armije, a 21. IX su pristigle i dodatne japanske trupe iz Koreje i započela je vojna intervencija, koja je okončana tri meseca kasnije potpunom okupacijom Mandžurije, što je naišlo na neodobranje svetske javnosti, zbog čega se japanska vlada našla u međunarodnoj izolaciji, a što je opet kasnije na svoj način uzrokovalo učešće Japana u Drugom svetskom ratu.²⁴ U svakom slučaju, smatra se da je ovaj incident – događaj kod kineskog grada Mukden, tipičan primer jedne „false flag“ operacije, kojom su Japanci sami sebi obezbedili izgovor za ratne akcije i potpunu okupaciju Mandžurije.²⁵

Da ponekad mali i, na prvi pogled, ne mnogo važni događaji, incidenti, mogu dovesti do velikih ratova, svedoči i ono što se dogodilo u ratu u Vijetnamu i tzv. incident u tonkiškom zalivu. Naime, nakon što su se Francuzi povukli iz Vijetna-

22 www.rts.rs/page/magazine/sr/story/511/zanimljivosti/1139682/tragedija-luzitanije-je-britanski-ratni-zlocin-html.

23 Jovan Ćirić; – Pravosuđe i mediji; – u zborniku radova „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija“, Beograd, 2007 str. 219–238.

24 www.britannica.com/event/Mukden-Incident.

25 www.history.state.gov/milestones/1921-1936/mukden-incident.

ma, Amerikanci su poslali nekoliko stotina, kasnije i nekoliko hiljada svojih vojnih instruktora u Južni Vijetnam. Poslali su bili i dva broda, razarača u međunarodne vode u blizini Severnog Vijetnama u tonkiški zaliv. Ti su brodovi imali za zadatak da osmatraju i špijuniraju aktivnosti svernovijetnamskih vojnih snaga. Drugog avgusta godine 1964. nekoliko severnovijetnamskih torpednih čamaca ispalilo je nekoliko torpeda u pravcu američkih brodova, ali, nijedno od tih torpeda nije pogodilo, niti oštetilo američke brodove. Dva dana kasnije međutim, 4. avgusta, situacija se ponovila, ali su ovoga puta, tobože, vijetnamski čamci pogodili i oštetili američke brodove. Vrlo brzo je usledila reakcija sa američke strane, pa je Kongres SAD, 7. avgusta doneo rezoluciju kojom je ovlastio tadašnjeg američkog Predsednik Lindona Džonsona²⁶ za preduzimanje direktnih vojnih akcija u Severnom Vijetnamu i tako je započeo vijetnamski rat.²⁷ Mnogo godina kasnije, tačnije 1995, pa isto tako i 2005. utvrđeno je da drugi napad praktično nije ni postojao, već da je postojao samo prvi napad koji nije prouzrokovao nikakva oštećenja na američkim brodovima.²⁸ Ipak, Amerikanci su to sve iskoristili i domaćoj i svetskoj javnosti sve to prezentirali kao dovoljan razlog i opravdanje za bombardovanje Severnog Vijetnama i kasniju svoju vojnu intervenciju, koja se pretvorila u dugotrajan rat. Ovaj događaj nam pokazuje kako kod „false flag-a“ ne mora sve biti sasvim izmišljeno, već može biti i nadograđeno, odnosno praktično isprovocirano. Za male zemlje koje se mogu nalaziti na udaru velikih vojnih sila, ovo saznanje može biti od posebne važnosti i o tome se mora voditi računa. Ovo pogotovu u današnjim vremenima razvoja medija i medijskih manipulacija, koje su kod „false flag-a“ posebno značajne. Tako je vijetnamski rat započeo jednim incidentom koji ni do današnjeg dana nije sasvim razjašnjen, ali je zato u tom trenutku imao znatan potencijal da mobiliše unutrašnje političke snage u SAD, da homogenizuje patriotska osećanja građana, a kasnije više nikome nije bilo posebno važno šta je od svega istina. To je zapravo glavna ideja i glavna svrha svih „false flag“ operacija. Ne samo opravdanje i izgovor za preduzimanje odgovarajućih akcija, već i „uutkivanje“ domaće opozicije, tj. svih onih koji bi postavili pitanje da li je dotična operacija legitimna i neophodna. Čini se da je to naročito došlo do izražaja tokom ratova na prostorima bivše SFRJ.

„False flag“ operacije, događaji, mogli bi se istovremeno nazvati i „događaji s obaračem“, kako to uostalom i čini jedan od naših istraživača.²⁹ Dotični istraživač u tom članku, ali i u nekim drugim svojim radovima, govori u stvari o vrlo izrazitoj antisrpskoj medijskoj kampanji, rekli bismo čak hysteriji, koja je ponekad prethodila, a ponekad usledila, dolazila, bivala intenzivirana nakon tih nekih drugih doga-

26 Treba imati u vidu da je prethodni, ubijeni američki predsednik, Kenedi, pred kraj svog života bio započeo sa aktivnostima koje su vodile tome da dođe do vojnog dezangazovanja SAD u Vijetnamu, odnosno do izvlačenja američkih oficira i instruktora iz Vijetnama. Događaji koji su usledili te 1964. godine direktno su zaustavili to američko „povlačenje“ iz Vijetnama i rat je buknuo u punom smislu te reči.

27 James E. Westheider; – *The Vietnam War*, – Greenwood Press, – 2007. timeline XIX, knjiga dostupna na www.rexsource.com/uploads/6/5/2/1/6521405/1696.pdf.

28 Ibid.

29 Slobodan Vuković; – *Ulica Vase Miskina, Markale, Račak – događaji s obaračem*; – „Teme“ 1/2009. str. 201–214.

đaja, koji su se ponekad zaista događali, a ponekad bili ili sasvim iskonstruisani, ili makar vrlo preuveličani.³⁰

Razvoj novih medija, pre svega televizije, dovode do toga da ljudi sasvim spontano počinju da razmišljaju i zaključuju u stilu „video sam svojim očima“,³¹ a to onda zapravo znači da ne postavljaju ni sebi, a ni drugima pitanje da li je ono što su videli istinito, ili je sve možda fabrikovano na ovaj ili onaj način. To drugim rečima znači da ono što su gledaoci televizije videli u direktnim prenosima na CNN-u ili drugim svetskim televizijama videli, da to uopšte ne mora da bude istina, već da posredi može biti reč o čistoj manipulaciji. Više ili manje godina nakon svega, nakon svih tih vesti, može se otkriti da je sve bila čista laž i manipulacija.

Upravo to se dogodilo i sa nekoliko stvari, sa nekoliko „velikih događaja“ koje su se dogodile u ratovima na prostoru bivše SFRJ. U tom smislu treba pomenuti i tzv. Markale u Sarajevu. Reč je o sarajevskoj pijaci na kojoj su, za vreme rata devedestih, u dva navrata eksplodirale bombe i ubile više nedužnih civila. Najpre je na toj pijaci 5. februara 1994. eksplodirala mina, tobože ispaljena sa srpskih položaja, koja je usmrtila 68 ljudi, a zatim se 28. avgusta 1995. sve to ponovilo, eksplodirala je druga mina, koja je ubila 37 ljudi. Nakon te druge eksplozije – masakra, usledio je odgovor, bombardovanje NATO avijacije na srpske položaje u okolini Sarajeva i u celoj Republici Srpskoj. Čitava stvar u vezi sa Markalama, možda i ne bi zavređivala ovde našu pažnju, da nije došlo do presude Haškog tribunala po tom pitanju i da ta presuda nije na svoj način zanimljiva. Naime, prvostepeno tročlano veće Haškog tribunala, koje je sudilo vođi bosanskih Srba Radovanu Karadžiću, po pitanju masakra na Markalama, nije bilo jedinstveno, već je jedan član tog veća, sudija sa Trinidadom, Melvil Berd, u tom slučaju izuzeo svoj glas, svoje mišljenje. On je napisao da „postoji osnovana sumnja da je muslimanska strana ispalila minobacačke bombe na pijacu Markale. S obzirom na te okolnosti smatram da optuženi Karadžić mora biti oslobođen optužbe za taj zločin.“ Ovo je zaključak izdvojenog mišljenja sudije iz Trinidada Melvila Berda u presudi kojom je Radovan Karadžić, prvostepeno osuđen na 40 godina zatvora. Sudija pri tome svoje argumente bazira na zvaničnom izveštaju istraživačkog tima UN.³² Neko bi naravno mogao da konstatuje kako u konkretnom slučaju sudija iz Trinidada nije bio nepristrasan, kako je bio na strani Karadžića, ali činjenica da je on samo u tom slučaju izdvojio mišljenje i da se u svemu drugom saglasio sa presudom kojom je Karadžić proglašen krivim, upućuje na to da sudija Berd ipak nije bio na strani Karadžića, ali nam sve to ipak nagoveštava da se u ovom konkretnom slučaju radilo o onom što mi ovde sve vreme nazivamo „false flag“. Nije Karadžić od strane dotičnog sudije, za sve ostalo proglašen nevinim, već samo za taj slučaj. To nas međutim, dovodi do toga, do zaključka da je u ratnim operacijama devedesetih, naročito u i oko Sarajeva, bio ne samo jedan

30 Slobodan Vuković; – Srbi u narativu zapada „Humanitarna“ NATO intervencija, Knjiga prva i druga, Beograd, 2018.

31 Jovan Ćirić; – NATO agresija na Jugoslaviju – sedam pitanja i sedam odgovora na moralno-psihološke, socio-ekonomske i pravno-političke dileme; – Beograd, 1999. str. 125.

32 www.novosti.rs/vesti/naslovna/dosije/aktuelno.29;html:597416-Haski-sudija-Bosnjaci-gadjali-Markale-Karadzic-za-to-nije-kriv.

fingirani slučaj, koji je trebalo pripisati srpskoj strani i koji je trebalo da posluži kao medijsko opravdanje za anatemisanje Srba i vojnu intervenciju protiv njih. U krajnjoj liniji, zašto bi jedan sudija iz dalekog (i nepristrasnog) Trindada stao na srpsku stranu, a protiv Bošnjaka?

Pitanja naravno povodom svega toga ima još: da li su Markale jedini slučaj koji izaziva sumnju da su Bošnjaci pribegli „false flag-u“, tj. svesno uradili nešto loše, kako bi to posle pripisali Srbima? Da li se slično može zaključiti i povodom masakra u ulici Vase Miskina? Da li se slično, odnosno isto može zaključiti i povodom ubistva sarajevskih Romea i Julije, Boška Brkića i Admirer Ismić, koji su maja 1993. smrtno stradali od snajpera prilikom pokušaja da pređu most iz bošnjačke na srpsku stranu?³³ Ovaj događaj svojom romantičaskom pričom i tragičnim završetkom, pobudio je značajan interes i gnušanje prema srpskim snajperistima i Srbima uopšte, od strane međunarodne zajednice. Ipak, nekoliko godina kasnije, na suđenju Ratku Mladiću, pojavio se jedan bošnjački svedok, bivši član bosanske državne bezbednosti, Edin Garaplija, koji je nedvosmisleno izjavio da su dvoje mladih sarajevskih ljubavnika Boška i Admiru ustvari upucali bošnjački snajperisti, kao i da su bošnjački snajperisti 1995. ubili jednog francuskog pripadnika UN, a sve to u nameri da te događaje pripišu srpskoj strani.³⁴ Naravno neko bi se mogao zapitati da li je svedočenje, iskaz jednog svedoka dovoljan za zaključak da je ovde sve isfingirano, ali ipak, ostaje pitanje: zašto bi jedan Bošnjak lažno svedočio u korist Ratka Mladića? To je pitanje na koje se ne može dati adekvatan odgovor, osim u tom smislu da je ono što je tom prilikom izjavio Edin Garaplija, u stvari ipak istina, te da se u slučaju Boška i Admirer, a vrlo verovatno i u još nekim drugim slučajevima u tom nesrećnom ratu, radi o „false flag“ operacijama.

Kada se govori o ratu u Bosni, pažnju zaslužuje i slučaj Bošnjaka Hakije Mehholjića. On je u svoje vreme u različitim (stranim-norveškim) dokumentarnim filmovima i u raznim intervjuima, izjavljivao kako mu je neposredno pre tragičnih događaja u Srebrenici, Alija Izetbegović bio rekao: „Nudi mi Klinton da uđu četnici u Srebrenicu i izvrše pokolj 5.000 muslimana i biće vojna intervencija NATO snaga na srpske položaje“.³⁵ Mi ovim naravno ne želimo da tvrdimo da su događaji u Srebrenici lažirani, čak ne želimo ni da kažemo da su preuveličani, ali, takvi događaji kao što su bili oni u Srebrenici mogu biti iskorišćeni i na neki način zloupotrebjeni u neke druge političko-vojne svrhe. I to je upravo jedna od suština svih „false flag“ operacija. Možda je masakr u Srebrenici mogao biti sprečen, ili bar biti znatno manji nego što je bio, da i neki drugi akteri nisu „sedeli skrštenih ruku“ i mirno posmatrali i čekali da dobiju priliku da onda nakon svega izvuku određenu, pre svega političku korist. U jednom određenom smislu, jasno je da je to sasvim nemoralno delo. Moralna odgovornost za nepreduzimanje nikakvih mera koje bi mogle sprečiti da se dogodi takav jedan masakr kakav je bio u Srebrenici je sasvim očigledna, a

33 Logično je postaviti pitanje zašto bi srpska strana pucala na Boška i Admiru, kada im je i ako im je prethodno dozvolila prelazak na svoju stranu?

34 www.blic/vesti/hronika/svedok-na-sudjenju-mladicu-sdb-bih-ubila-sarajevske-romea-i-juliju-i-vojnika/43p6xst.

35 www.atvbl.com/vijesti/hronika/meholjic-je-bio-jedan-od-rijetkih-koji-je-progovorio-alija-je-prodao-srebrenicu-za-nato-intervenciju.

ona ima i svoju krivičniopravnu dimenziju. Na primer u sadašnjem KZ Srbije³⁶ postoji krivično delo iz člana 331 – „neprijavlivanje pripremanja krivičnog dela“. „(1) Ko zna da se priprema izvršenje krivičnog dela za koje se po zakonu može izreći 5 godina zatvora ili teža kazna, pa u vremenu kad je još bilo moguće sprečiti njegovo izvršenje to ne prijavi, a delo bude pokušano ili izvršeno, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine. (2) ako nije prijavljeno delo za koje se može izreći doživotni zatvor, izreći će se kazna zatvora od tri meseca do tri godine.“ Drugim rečima ko „sedi skrštenih ruku“ i samo ćuti i ne prijavljuje da se priprema neko teže krivično delo i sam je krivično odgovoran, ne u takvoj i tolikoj meri kao onaj koji je dotično delo i izvršio (ili pokušao), ali, ipak postoji i njegova moralna i krivična odgovornost. U krajnjoj liniji postoje još i dva druga krivična dela koja su na svoj način, u moralnom smislu slična ovom delu. To su na primer „neotklanjanje opasnosti“ iz člana 285 KZS i „neučestvovanje u otklanjanju opšte opasnosti“ iz člana 326 KZS. Sve u svemu ne treba abolirati one koji su činili zločine u Srebrenici, ali treba pozvati na odgovornost i one koji nisu ništa učinili da to spreče, naročito ako su po logici „false flag“ akcija i operacija čekali da se ostvare neki, za njih „pozitivni“ vojni i politički ciljevi. Ovo važi za velike ratno-vojne operacije, ali važi i za sve druge sitnije aktivnosti nekih lakših krivičnih dela.

Posebnu pažnju zaslužuje neposredan povod za NATO agresiju, a to je događaj u kosmetskom selu Račak, događaj koji je u medijskom smislu okarakterisan kao masakr, a koji je članicama NATO-alijanse poslužio kao izgovor za kasniju agresiju na Srbiju. Događaji u selu Račak, mogu biti predmet posebnih analiza, međutim, mi ovde ukazujemo na samo nekoliko vrlo indikativnih stvari. Tu je na primer izjava finske patološkinje Helene Rante, čiji je izveštaj poslužio kao dokaz o masakru koji su Srbi učinili nad nenaoružanim albanskim civilima. „U načelu sam,“ kaže Ranta, „instrukcije dobijala od nemačkog Ministarstva Inostranih Poslova. Neposredno pred konferenciju za štampu sam dobijala instrukcije od nemačkog ambasadora. Cela ta situacija je bila delikatna. Možda ću jednog dana moći da sasvim otvoreno govorim o tome šta se zbilo u Račku. Sada to ne mogu.“³⁷ U čemu je to delikatna situacija i kada će Ranta o svemu tome moći da otvoreno govori? Sam taj nagoveštaj delikatnosti i toga da još nije spremna da otvoreno o svemu govori, kazuje već dovoljno sam po sebi. Ranta takođe kaže da je izveštaj morala da pokaže Vilijemu Vokeru, a naređeno joj da se drži najoštrijih nalaza.³⁸ Osnovno pitanje je bilo da li su u selu Račak poginuli Albanci (njih 40) bili nedužni civili, ili pak naoružani borci OVK. Prema mnogim izveštajima, na pregledanim telima nema tragova barutnih čestica, što govori o tome da su ti ljudi zadobili rane iz daljine u borbi, a ne iz blizine.³⁹ U intervjuu „Berliner Zeitungu“ od 17.01.2004.

36 Ovakva inkriminacija postojala je u svim krivičnim zakonodavstvima bivše SFRJ, a verovatno postoji i u najvećem broju svih drugih krivičnih zakonodavstava.

37 Schwarz M; – „Fragen sie mich das nicht“– Jungle World nr. 34, 18.08.1999, a takođe i Bickel M; – „Kein Interesse an gefallenen Serben“, Berliner Zeitung, – 17.01.2004. (citirano prema Slobodan Vuković; – Srbi u narativu Zapada –” Humanitarna” NATO intervencija; – Knjiga I, Beograd, 2018, str. 421).

38 Ibidem.

39 S. Vuković; – op.cit. str. 420.

Helena Ranta je izjavila da je u Račku reč o poginulim teroristima, a ne o civilima, kao i to da je prethodno ubijeno više srpskih vojnika.⁴⁰ Stiče se utisak međutim da Helena Ranta ipak nije nikada bila sasvim decidirana ni na jednu, ni na drugu stranu. Kao da se stalno kolebala, a na nju su vršeni pritisci od strane zapadnih političkih moćnika. Na suđenju Slobodanu Miloševiću, pred Haškim tribunalom, Milošević je Rantu zapitao zašto nije urađen „test parafinske rukavice“ na leševima ubijenih u selu Račak kako bi se utvrdilo da li su dotični držali oružje i pucali, a Ranta je odgovorila da se još od 1968. godine u nauci smatra da je „test parafinske rukavice“ prevaziđen i nepouzdan, te da zbog toga ni u konkretnom slučaju nije bio sproveden taj test.⁴¹ Ipak, da je urađen taj test, on bi mogao biti ako ne baš potpuni dokaz, a ono bar vrlo značajna indicija. Ne bi se dakle ipak moglo zaključiti da je Helena Ranta nakon svega, potpuno promenila mišljenje, odnosno priču o događajima u selu Račak, ali, ono što je svakako nedvosmileno, jeste to da za događaje u selu Račak, od strane Haškog tribunala niko nikada nije osuđen, proglašen odgovornim.⁴² Čak ni optužen. Događaji, ili kako se to tada nazivalo, „masakr u Račku“, bili su inicijalna kapisla, okidač za kasniju NATO intervenciju, ali ipak, nakon svega, niko nikada nije osuđen za to što se dogodilo u Račku, te Račak nije dobio svoj sudski epilog. Činjenica da niko nikada nije osuđen za tzv. masakr u Račku govori da u Račku masakra u stvari nije ni bilo, već da se tu radi o klasičnom spinovanju i medijskoj manipulaciji koja je poslužila da se pred neukim, ali i ne mnogo zainteresovanim javnim mnjenjem „kupi“ alibi, tj. izgovor za NATO intervenciju. Paradoks je dakle vrlo izrazit: dogodi se jedan događaj koji onda u medijskom smislu bude naduvan, nadograđen i iskorišćen za bombardovanje čitavog jednog naroda i države. Kada se bombardovanje završi, sve se zaboravi i niko više ni ne priča o tom događaju, niko ne biva proglašen krivim i odgovornim za taj događaj. Praktično taj događaj više ne postoji, ali postoji bombardovanje i sve ono što je tim bombardovanjem prouzrokovano.

Sa puno osnova se dakle može govoriti da se i ovde radi o tzv. false flag operaciji, kao što je to bilo u velikom broju slučajeva od vremena Nerona, preko paljevine Rajhstaga, do incidenta u Mukdenu, odnosno incidenta u tonkiškom zalivu. Mora se dakle konstatovati da je od Nerona pa do Račka, stvar gotovo uvek ista: jedan događaj, bio on stvarni ili sasvim isfabrikovan, vrlo se lako može iskoristiti za određene političke, a često i vojne ciljeve. Pri svemu tome, uopšte se ne mora raditi o međunarodnim događajima. Često se zapravo može raditi o korišćenju „false flag“ operacija u čisto domaćim, unutrašnjim političkim okvirima. Nije teško zamisliti ubistvo, atentat na nekog opozicionog političara, lidera u nekoj zemlji, kako bi se taj događaj pripisao domaćoj vlasti, koja se onda prikazuje u najnegativnijem smislu, a dotični događaj se onda može iskoristiti da bi se podbunila, „zapalila“, domaća, opoziciona politička scena, da bi se građanstvo uznemirilo i da bi se isprovocirali unutrašnji sukobi u jednom društvu.

40 S. Vuković; – op.cit. str. 422.

41 Intervju Helene Rante za „Radio Slobodnu Evropu“ od 23. X 2008. dostupno na www.slobodnaevropa.org/a/1332376.html 20.IX 2019.

42 Jovan Ćirić, – Dvadeset godina nakon bombardovanja – NATO agresije, – „Pravni život“ 8/2019.

Nevolja sa „false flag-om“ uopšte jeste u tome što se prava istina o onome šta se zaista dogodilo obično sazna tek nakon dosta vremena, onda kada je obično kasno. S druge strane, kada se rad o „false flag-u“ naročito za unutrašnju upotrebu, uvek vam mogu „zapušta usta“ time što će reći da vi verujete u teoriju zavere i da praktično konfabulirate. Tako se pokazuje da je „false flag“ jedna vrlo dobra i najčešće uspešna akcija, koju, naročito na početku, uopšte nije lako razotkriti. Obično je potrebno da prođe dosta vremena i da se „otvore“ mnoge arhive tajnih sužbi, da bi se „kockice složile“ i da bi se došlo do prave istine, a sve pre toga zvuči kao „teorija zavere“, kojom žele da vam „zapuše usta“ i kojom žele da vas manje ili više diskredituju. Zato je za razotkrivanje prave istine katkada potrebno upotrebiti logiku i zdrav razum, više nego same materijane dokaze koji mogu biti podmetnuti i koji mogu, na prvi pogled nedvosmisleno, upućivati na jednu stranu. A to praktično znači, pokušati odgovoriti na pitanje motiva za jedan zločin. Odnosno to znači odgovoriti ne samo na pitanja, kao što su „šta“, „gde“, „kada“, „kako“, već i na pitanje „zašto“.⁴³ Zašto bi na primer neko ko u jednoj državi, društvu, drži apsolutnu vlast i kome niko od opozicionih lidera „ne može ništa“, zašto bi on posezao za aktivnostima kao što su likvidacije tih nekih opozicionih lidera?

Još jednu stvar ovde treba pomenuti, a to je da za „false flag“ operacijama i aktivnostima mogu posegnuti ne samo države i državni organi, već i pojedinci i grupe iz sveta kriminala, naročito organizovanog kriminala. U želji da drugoj, suparničkoj grupi pripišu neko delo, sasvim je moguće da pojedinci ili grupe pokušaju da „namontiraju“ dokaze koji bi ukazivali na krivicu nekog drugog, kako bi time sebi „očistili“ prostor. O svemu tome moraju voditi računa oni koji se bave istražnim postupcima, tako da se u stvari može reći da sve što je vezano za „false flag“ ima prevashodno kriminalistički značaj. Drugim rečima, jeste tačno da je tema „false flag“ kriminološka, pa i međunarodnopravna, odnosno istorijska tema, ali jeste i tema od vitalnog kriminalističkog značaja. Problem je međutim u tome što ponekad dokazi mogu izgledati tako čvrsti i ubedljivi da sve to isključuje svaku zapitanost i svaku eventualnu dilemu oko toga ko je krivac, ko je učinilac nekog krivičnog dela. Ipak, uvek treba makar samo teorijski, u jednom misaonom eksperimentu, odgovoriti na pitanje: „zašto“. Zašto bi Hrišćani u vreme kada su bili ubedljiva i beznačajna manjina posegli za paljenjem Rima? Zašto bi Rusi kada su bili zaokupljeni ratovima sa Turcima na jugu, krajem XVIII veka, krenuli u rat sa Šveđanima? Zašto bi komunisti u vreme kada je Hitler tek došao na vlast u Nemačkoj, znači onda kada je zaista bio veoma jak, posegli za tako besmislenom akcijom, kakva je paljevina Rajhstaga i time Hitleru dali adut u ruke da započne sa teškim represalijama prema svojim neistomišljenicima? Ili zašto bi se Poljaci u vreme najveće Hitlerove moći, 1939. godine, odlučili da krenu u samoubilačku avanturu i napadnu Nemačku? Isto se pitanje, možda u još većoj meri, može postaviti i za Vijetnamce i njihov tobožnji napad na američke ratne brodove u tonkiškom zalivu 1964.godine? Ali, problem je u tome, između ostalog, što takvo logično zaključivanje može protivurečiti prividnoj očiglednosti dokaza koji ukazuju na krivicu jedne strane. Protivurečiti takvoj jednoj očiglednosti na koju upućuju dokazi,⁴⁴ može biti svojevrsna intelektualna

43 Živojin Aleksić; – Kriminalistika; – Beograd, 1979.

44 Ponekad baš to kada je nešto isuviše očigledno, može upućivati na određenu sumnju i zapitanost, jer u životnoj realnosti najčešće ništa nije sasvim jasno i jednoznačno.

hrabrost onih koji sprovode jednu istragu, bez obzira da li se radi o istragama na domaćem, ili međunarodnom planu. Međutim, posao onih koji sprovode istrage, uvek zahteva i određenu dozu i hrabrosti i inteligencije. O tome je između ostalog reč u ovom tekstu koji govori o brojnim primerima „false flag-a“ u istoriji, o brojnim primerima, kada je jedna strana drugoj, protivničkoj strani podmetala dokaze kako bi krivicu svaljivala na nju, a sebi davala određene ruke da preduzme mere koje u „normalnim“ uslovima inače ne bi preduzimala.

LITERATURA

- Bickel M; – „Kein Interesse an gefallenen Serben“, Berliner Zeitung, – 17.01.2004.
- James E. Westheider; – The Vietnam War, – Greenwood Press, – 2007. timeline XIX, knjiga dostupna na www.rexspecources.com/uploads/6/5/2/1/6521405/1696.pdf.
- Jovan Ćirić, – Dvadeset godina nakon bombardovanja – NATO agresije, – „Pravni život“ 8/2019.
- Jovan Ćirić; – NATO agresija na Jugoslaviju – sedam pitanja i sedam odgovora na moralno-psihološke, socio-ekonomske i pravno-političke dileme; – Beograd, 1999.
- Jovan Ćirić; – Pravosuđe i mediji; – u zborniku radova „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija“, Beograd, 2007.
- Kornelije Tacit; – Anali, – prevod – Beograd, 1970.
- Lary Chin; – False Flag: The Process of „false flagging“ The World Towards War The CIA Weaponizes Hollywood – www.globalresearch.ca/false-flagging-the-world-towards-war/5421649.
- Roman Balvanović; – Kubanski rat za nezavisnost i američki intervencionizam; – u zborniku radova: „Kuba na razmeđu drugog i trećeg milenijuma“, Jugoslovensko udruženje Latinoamerikanista; – Beograd, 2006.
- Schwarz M; – „Fragen sie mich das nicht“ – Jungle World nr. 34, 18.08.1999.
- Slobodan Vuković; – Srbi u narativu zapada „Humanitarna“ NATO intervencija, Knjiga prva i druga, Beograd, 2018.
- Slobodan Vuković; – Ulica Vase Miskina, Markale, Račak – događaji s obaračem; – „Teme“ 1/2009.
- Tony Paterson; – Historians Find Proof that Nazis Burnt Reichstag; – „The Sunday Telegraph“ – 15.IV 2001. – www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/germany/1310995/Historians-find-proof-that-Nazis-burnt-Reichstag.html.
- www.atvbl.com/vijesti/hronika/meholjic-je-bio-jedan-od-rijetkih-koji-je-progovorio-alija-je-prodao-srebrenicu-za-nato-intervenciju.
- www.blic.vesti/hronika/svedok-na-sudjenju-mladicu-sdb-bih-ubila-sarajevske-romea-i-juliju-i-vojnika/43p6xst.
- www.britannica.com/event/Mukden-Incident.
- www.globalresearch.ca/53-admitted-false-flag-attacks/5432931.
- www.history.co.uk/article/the-truth-about-false-flag-from-nazi-germany-to-the-vietnam-war.
- www.history.state.gov/milestones/1921-1936/mukden-incident.
- www.nationalgeographic.rs/reportaze/3974-5-potonulih-brodova-koji-su-bili-zanimljivi-od-titanika.html?p=2.
- www.novosti.rs/vesti/naslovna/dosije/aktuelno.29;html:597416-Haski-sudija-Bosnjaci-gadjali-Markale-Karadzic-za-to-nije-kriv.

www.rts.rs/page/magazine/sr/story/511/zanimljivosti/1139682/tragedija-luzitanije-je-bri-tanski-ratni-zlocin-html.

www.slobodnaevropa.org/a/1332376.html 20.IX 2019.

www.vit-vladimir.ru/bs/russko-shvedskaya-voina-1788-1790-russko-shvedskie-voiny-cto-obedinyaet-1656/.

Živojin Aleksić; – Kriminalistika; – Beograd, 1979.

Jovan Ćirić

Constitutional Court of Serbia

FALSE FLAG

SUMMARY

If you want to make a good excuse for the action, for the attack against your enemy, the best way is to present to publicity that your enemy made the first step, the attack on you and that you only responded. In that sense the „false flag action“ is the covered action made by some governmental or non-governmental organisations with the aim to make the impression that everything was done by the other side. In the history there are many examples when one side manipulated by proofs or only abused some events for starting war. One Chinese researcher who was engaged by Americans and used to work for the CIA, said that almost every war started with the „false flag“ operation. The author of this text presented some events, some examples from the history, that were some kind of „false flag“ operations. The first event in the history that looked like „false flag“ operation was the fire in the ancient Rome in the year of 64 th A.C. Many people blamed Neron for that fire, but Tacitus says that there is no prove for that. However, the fact is that Neron used that event to accuse Christians and to start the persecution of Christians. Something similar has happened in Hitler's Germany. First, Nazis arranged the fire in Reichstag to accuse and to start the persecution of communists. After that they fabricated the attack of Polish soldiers to Germany and that was the excuse for the response and for the beginning of the Second World War. The author of this article speaks also about the incident near Mukden in China, the „false flag“ made by Japanese and about the incident in Tonking bay, when started Vietnam war. The author payed special attention to event of Markale, the market in Sarajevo and to event in Kosovo's village Račak. Some researchers call those events the trigger events. All of those events were followed by media manipulations. So, it could be said that „false flag“ operations and media manipulations are strongly connected.

Key words: Neron, fire in Reichstag, the beginning of the Second World War, the excuse for starting the war, Markale, Račak, media manipulations.

KRIVIČNO DELO NAPAD NA ADVOKATA

Apstrakt: Gotovo svake izmene i dopune našeg Krivičnog zakonika u poslednje vreme sadrže i neke nove inkriminacije kojima se pojačano štite određene kategorije lica zbog značaja poslova koje obavljaju i u vezi sa tim zbog njihove veće ugroženosti. U taj krug lica prema našem KZ spadaju i advokati. Naime izmenama KZ iz 2009. i 2012. godine kod krivičnih dela teško ubistvo, teška telesna povreda, ugrožavanje sigurnosti uneti su kvalifikovani oblici koji, zajedno sa uvođenjem krivičnog dela ometanja pravde, imaju za cilj pojačanu zaštitu advokata i poslova koje oni obavljaju.

Poslednji korak u ovom pravcu načinjen je Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2019. godine kojim je dodato još jedno novo krivično delo, napad na advokata. Iako neosporno doprinosi jačanju krivičnopravne zaštite ove kategorije lica nova inkriminacija nosi sobom i brojne probleme i nedoumice naročito oko njene nedovoljne uklopljenosti u ostale odredbe KZ i brojnih preklapanja sa već postojećim inkriminacijama, pa se može postaviti pitanje o opravdanosti njenog uvođenja i načinima rešavanja spornih pitanja do kojih će u praksi sigurno dolaziti.

U ovom radu analizira se opravdanost i celishodnost ove inkriminacije i predlažu moguća adekvatnija rešenja *de lege ferenda*.

Ključne reči: Krivični zakonik, krivično delo, nova inkriminacije, krivičnopravna zaštita, advokati, ubistvo advokata.

UVOD

Poslednjih godina naše krivično zakonodavstvo se nalazi u dinamičnoj fazi svog razvoja.¹ Izmene Krivičnog zakonika su relativno česte i brojne. Od donošenja Krivičnog zakonika do danas on je menjan ukupno sedam puta (ne računajući dve ispravke iz 2005. godine), dakle prosečno jednom u dve godine, što je za Krivični zakonik dosta često. Glavni razlozi za ovako česte izmene su uglavnom dvojaki: s jedne strane, potreba usklađivanja sa pojedinim međunarodnim dokumentima, kao izraz poštovanja obaveza naše zemlje proizašlih iz ratifikacije tih dokumenata ili usaglašavanja našeg zakonodavstva u postupku evropskih integracija,² a s druge strane, kriminalnopolitički razlozi uslovljeni političkim i ekonomskim promenama koji nalažu potrebu određenih zakonodavnih intervencija u cilju što bolje i efikasnije zaštite dobara koja se krivičnim pravom štite.³

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

1 Kolarić D: Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije, *Pravni život*, br. 9/2016, str. 665.

2 Stojanović Z: Krivično pravo kao instrument državne reakcije na kriminalitet i predstojeće izmene u Krivičnom zakoniku, u „*Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet*”, (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2014, str. 24.

3 Stojanović Z: Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, njihova primena i buduća reforma, u „*Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*”, (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2013, str. 12.

I u jednom i u drugom slučaju daleko su češće izmene u posebnom delu krivičnog zakonika. One se najčešće sastoje u postrožavanju kaznene politike zakonodavca za pojedina krivična dela ili u uvođenju novih krivičnih dela.⁴ Međutim, prilikom uvođenja novih krivičnih dela, bilo da se unose iz razloga usaglašavanja sa međunarodnim dokumentima, bilo iz kriminalnopolitičkih razloga, često se ne vodi dovoljno računa o tome da li su ponašanja koja se inkriminišu novom odredbom već pokrivena nekom postojećom odredbom u Krivičnom zakoniku. Ako zakonodavac želi da izdvoji neki poseban oblik već postojećeg krivičnog dela i formuliše ga kao novo krivično delo on to po pravilu čini iz jednog od dva moguća razloga: da za taj poseban oblik propiše strožu ili da prošire blažu kaznu. Takvih primera i u našem i u drugim zakonodavstvima ima mnogo. Međutim, propisati novo, posebno krivično delo koje ima sve elemente nekog već postojećeg, opštijeg krivičnog dela, i zapretiti istom ili sličnom kaznom, nema mnogo praktičnog smisla i vodi u totalni kazuizam, pojavu karakterističnu za neka davna istorijska razdoblja razvoja krivičnog prava. Na žalost, i ovakvih primera ima u našem krivičnom pravu, naročito među novijim rešenjima.

I najnovije izmene Krivičnog zakonika⁵ koje su stupile na snagu 1.12.2019. nisu ostale imune na ovu boljku našeg novijeg krivičnog zakonodavstva. Nekako u senci izmena iz opšteg dela KZ, naročito onih vezanih za uvođenje doživotnog zatvora, došlo je i do uvođenja nekih novih krivičnih dela od kojih nas na ovom mestu posebno interesuje nova inkriminacija u grupi krivičnih dela protiv pravosuđa, a to je napad na advokata (član 336v KZ). U ovom radu pokušaćemo da odgovorimo na neka pitanja koja se, čini nam se, postavljaju kad je u pitanju ovo novo krivično delo, opravdanost njegovog uvođenja i problemi koji mogu da nastanu njegovom primenom u praksi.

1. POJAČANA ZAŠTITA ADVOKATA U NAŠEM KRIVIČNOM PRAVU

U savremenom pravu opšte je prihvaćen princip da se svi ljudi rađaju jednaki i da podjednako uživaju sva ljudska prava.⁶ Ovo naročito važi kad je u pitanju pravo na život, kao osnovno ljudsko pravo. Naše krivično zakonodavstvo svojim odredbama takođe podjednako štiti prava svih ljudi, a posebno njihovo pravo na život. Međutim, pored ove opšte, ono pruža i posebnu, pojačanu zaštitu života i telesnog integriteta, pa i nekih drugih prava pojedinih kategorija lica, kao što to čini i krivično zakonodavstvo drugih zemalja. Takav slučaj postoji kada napad na život ili telo određenih lica istovremeno predstavlja i ugrožavanje nekih drugih društvenih vrednosti koje krivično pravo zaštićuje, kada se nekim licima pruža pojačana zaštita zbog pojačane izloženosti tih lica opasnosti da budu napadnuta ili povređena, kada zbog ličnih svojstava napadnutog lica ili odnosa sa napadačem ovakav napad ukazuje na posebnu opasnost takvog učinioca krivičnog dela ili zbog posebnog stanja napadnutog koje mu onemogućava ili otežava da se zaštiti.

4 Kolarić D: Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije, u „*Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)*” (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2016, str. 16–23.

5 Službeni glasnik RS, br. 35/2019.

6 Belat B, Bertrand A: *La Déclaration des Droits de l'Homme et de Citoyen*, Paris, 1966, str. 14.

U većini krivičnih zakonodavstava, pa i u našem, pojačana krivičnopravna zaštita postoji kad su u pitanju službena i vojna lica. Okolnost da napad na život i telesni integritet ovih lica istovremeno predstavlja i ugrožavanje nesmetanog i pravilnog obavljanja njihove službene dužnosti i s druge strane pojačana izloženost ovih lica da u vezi sa svojom dužnošću budu napadnuta i povređena svakako opravdava ovakav stav. Međutim, postoje određene kategorije lica koja nemaju status službenog ili vojnog lica, ali takođe obavljaju određene poslove od javnog značaja i zbog velikog značaja tih poslova bivaju pojačano ugrožena. Stoga naše krivično pravo i ovim licima pruža pojačanu zaštitu, kako zbog njihove veće ugroženosti, tako i zbog činjenice da zaštita ovih lica ujedno predstavlja i zaštitu poslova koje ova lica obavljaju. Naravno, ova pojačana zaštita pruža se ovim licima samo u vezi sa poslovima koje obavljaju. Na ovaj način postupaju i neka druga krivična zakonodavstva pružajući pojačanu krivičnopravnu zaštitu, pored službenih, i nekim drugim licima koja obavljaju određene javne poslove. Takvu zaštitu pruža, na primer, KZ Jermenije licima na javnim funkcijama, KZ Kanade, pored službenih lica i svim drugim licima koja rade u zatvorima, KZ Litvanije licima koja obavljaju određene službene ili građanske dužnosti⁷ i dr.

Pojedina krivična zakonodavstva u krug lica kojima se pruža ovakva zaštita uključuje i advokate. Takav je slučaj sa, na primer, KZ Makedonije,⁸ zatim KZ Albanije, koji takav status daje advokatima i javnim funkcionerima, KZ Francuske koji status posebno zaštićenih daje advokatima, ali i pripadnicima javnih službi, vatrogascima (čak i dobrovoljnim) i zdravstvenim radnicima, KZ Kazahstana licima pri vršenju stručnih ili javnih dužnosti, i dr.⁹

Naše krivično zakonodavstvo kao posebno zaštićena lica tretira i advokate, bilo tako što ih izričito navodi kao objekt krivičnopravne zaštite ili kao pripadnike posebne kategorije lica u našem krivičnom pravu, lica koja obavljaju poslove od javnog značaja. Ovaj pojam kao posebna krivičnopravna kategorija prvi put se pojavljuje u našem krivičnom zakonodavstvu sa donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine.¹⁰ Pojam posla od javnog značaja određen je Krivičnim zakonikom tako da se pod njim smatra „obavljanje profesije ili dužnosti koja ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja, a odnosi se na zanimanja koja su od značaja za javno informisanje, zdravlje ljudi, obrazovanje, javni prevoz, pravnu i stručnu pomoć pred sudskim i drugim državnim organima” (član 112, stav 32. KZ). Ovakva formulacija ostavlja mesta za dilemu da li se pod pojmom „lica koja obavljaju poslove od javnog značaja” podrazumevaju sva lica čija su zanimanja vezana za pomenute oblasti ili samo ona koja, po proceni suda, u okviru tih oblasti „obavljaju profesiju ili dužnost koja ima povećani rizik za bezbednost lica koje ga obavlja”. Iako je intencija zakonodavca verovatno bila ovo drugo, gramatičko tumačenje ove odredbe više ide u prilog prvom shvatanju. To praktično znači da je ovim poslovima obuhvaćen veoma širok krug lica. Kada su u pitanju zanimanja koja su od značaja za „pravnu i stručnu pomoć pred sudskim i

7 Dostupno na: www.legislationline.org, pregledano 14.3.2020.

8 Dostupno na: www.pravdiko.mk, pregledano 14.3.2020.

9 Dostupno na: www.legislationline.org, pregledano 14.3.2020.

10 Službeni glasnik RS, br. 72/2009.

drugim državnim organima” to bi mogli biti advokati, advokatski pripravnici i pripadnici službi pravne pomoći u jedinicama lokalne samouprave.

Pod advokatom se, prema Zakonu o advokaturi¹¹ podrazumeva „lice koje je upisano u imenik advokata i položilo advokatsku zakletvu i bavi se advokaturom” (čl. 4, st. 1, t. 2. Zakona), a kao advokatski pripravnik smatra se „diplomirani pravnik upisan u imenik advokatskih pripravnika, koji se obavljanjem pripravnčke vežbe kod advokata, osposobljava za rad u advokaturi” (čl. 4, st. 1, t. 14. Zakona). Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći¹² određuje da besplatnu pravnu pomoć, pored advokature, pružaju „i službe pravne pomoći u jedinicama lokalne samouprave” (čl. 9, st. 1. Zakona). Ovu pomoć mogu pružati „diplomirani pravnici, samo u okviru ovlašćenja koja su diplomiranim pravnicima određena zakonom kojim se uređuje odgovarajući postupak” (čl. 9, st. 4. Zakona).

Sva pomenuta lica očigledno nisu podjednako ugrožena niti su poslovi koje oni obavljaju podjednako značajni, pa se postavlja pitanje ima li potrebe za pojačanom krivičnopravnom zaštitom svih tih lica. Stoga bi prilikom sledećih izmena Krivičnog zakonika trebalo preciznije odrediti koja lica spadaju u ovu kategoriju putem njihovog taksativnog nabravanja, a ne kroz određivanje čitavih oblasti javnih poslova u koje spadaju i lica koja niti obavljaju naročito značajne poslove, niti su u vezi njih posebno ugrožena. Tako bi, na primer, umesto formulacije „lica koja obavljaju poslove od javnog značaja..... a odnose se na zanimanja koja su od značaja za pravnu i stručnu pomoć pred sudskim i drugim državnim organima” bilo bolje da stoji samo advokati (eventualno i advokatski pripravnici). Na taj način izbegle bi se nedoumice da li pojedina lica spadaju u krug onih koja obavljaju poslove od javnog značaja, a pojačana krivičnopravna zaštita svela na ona lica koja zbog značaja poslova koje obavljaju objektivno takvu zaštitu i zaslužuju.

Jača i sveobuhvatnija zaštita advokata u našem krivičnom zakonodavstvu manifestuje se u postojanju težih oblika pojedinih krivičnih dela ako se kao njihov pasivni subjekt pojavljuje lice koja obavlja poslove od javnog značaja u oblasti pružanja pravne i stručne pomoći pred sudom ili drugim državnim organom, odnosno advokati. U pitanju su jedan od oblika krivičnog dela teškog ubistva, zatim jedan od težih oblika krivičnog dela teške telesne povrede, najteži oblik krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti i teži oblici krivičnog dela ometanja pravde. Kod poslednja dva dela umesto lica koja obavljaju poslove od javnog značaja u oblasti pružanja pravne i stručne pomoći Zakonik kao pasivnog subjekta određuje advokata.

2. NAPAD NA ADVOKATA (ČLAN 336V KZ)

Kao što je već rečeno Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2019. godine, koji je stupio na snagu 1. decembra 2019. uvedeno je novo krivično delo, napad na advokata. Ovo krivično delo svrstano je u grupu krivičnih dela protiv pravosuđa.

Osnovni oblik ovog dela sastoji se u napadu na advokata ili člana njegove porodice, a u vezi sa obavljanjem advokatske službe. Pod napadom se, kao i kod kri-

11 Službeni glasnik RS, br. 31/2011, 24/2012.

12 Službeni glasnik RS, br. 87/2018.

vičnog dela napada na službeno lice u vršenju službene dužnosti, smatra fizičko delovanje na telo kojim nije prouzrokovana telesna povreda (udaranje, guranje, izbacivanje iz prostorije, gađanje nekim predmetom i sl.).¹³ Prvi teži oblik postoji ako učinilac pri vršenju dela advokatu ili članu njegove porodice nanese laku telesnu povredu ili preti upotrebom oružja, a drugi teži oblik ako advokatu ili članu njegove porodice prilikom izvršenja dela nanese tešku telesnu povredu.¹⁴ Pored ovih, postoje i dva posebna oblika.

Prva tri oblika krivičnog dela u potpunosti odgovaraju oblicima krivičnog dela napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti iz člana 323. KZ (tačnije njegovim stavovima 1, 2 i 4), odnosno predstavljaju njegove posebne oblike. Ideja je bila da se, s obzirom da advokati nemaju status službenih lica, i njima obezbedi pojačana krivičnopravna zaštita od različitih napada, kakvu imaju službena lica. Međutim, očito je da se ovakvom formulacijom inkriminacije otišlo, opravdano ili ne, i korak dalje.¹⁵

Prvo, pojačana zaštita kod ovog krivičnog dela odnosi se na slučajeve napada na advokate i članove njihovih porodica „u vezi sa obavljanjem advokatske službe”, dok su druga službena lica pojačano zaštićena inkriminacijom napada na službeno lice samo „u vršenju službene dužnosti”, što je svakako znatno uže.¹⁶ To bi značilo da su advokati i članovi njihovih porodica krivičnim delom napada na advokata zaštićeni od svakog napada bez obzira gde i kada se dogodi, ako se taj napad može dovesti u vezu sa obavljanjem njihove službe, dok se službena lica krivičnim delom napada na službeno lice štite samo od napada u vreme i na mestu gde obavljaju svoju službenu dužnost. To ovu pojačanu zaštitu advokata čini mnogo sveobuhvatnijom od odgovarajuće zaštite službenih lica.

Drugo, pojačana zaštita advokata kod ovog krivičnog dela proširena je i na članove njihovih porodica što nije prisutno ni u jednom drugom slučaju pojačane zaštite bilo koje kategorije lica, pa čak ni samih advokata u drugim već pomenutim inkriminacijama u kojima ovakva zaštita postoji. To možda ima nekog smisla posmatrajući odnos krivičnog dela napada na advokata i krivičnog dela napada na službeno lice, jer se kod ovog drugog traži da je do napada došlo u vršenju službene dužnosti, pa su tu članovi porodice po prirodi stvari isključeni. Međutim, inkriminacijama ubistva advokata, teške telesne povrede advokata i ugrožavanja sigurnosti advokata nisu obuhvaćeni i članovi porodice advokata iako je to moglo da se učini jer se za sva tri dela traži da su učinjena u vezi sa vršenjem poslova koje advokati obavljaju. Ako već članovi porodice advokata u vezi sa poslovima koje advokati obavljaju ne uživaju pojačanu zaštitu od krivičnog dela ubistva ili teške telesne povrede ne vidi se zašto bi istu uživali kad je u pitanju samo napad. Pri ovakvom rešenju, na pr. supruga

13 Đorđević Đ, Kolarić D: *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020, str. 214.

14 Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Projuris, Beograd, 2020, str. 208.

15 Đorđević Đ: Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta advokata, „*Pravni život*”, br. 9/2019, str. 57.

16 Delić N: Krivična dela protiv državnih organa: zakonska rešenja, teorijski stavovi i sudska praksa, „*Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*”, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2011, str. 157.

advokata ako je napadnuta u vezi sa poslovima koje njen suprug obavlja i prilikom napada je nehatno lako ili teško povređena, uživa pojačanu zaštitu, ali ako je istom prilikom umišljajno teško telesno povređena ili lišena života takvu pojačanu zaštitu ne uživa. Čini nam se da ovakvo rešenje nema baš nikakve logike.

Poseban problem predstavlja sam pojam člana porodice. On je određen u članu 112. tačka 28. KZ. na sledeći način: „Članom porodice smatraju se: supružnici, njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, vanbračni partneri i njihova deca, usvojlac i usvojenik, hranilac i hranjenik. Članovima porodice smatraju se i braća i sestre, njihovi supružnici i deca, bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika, ako žive u zajedničkom domaćinstvu, kao i lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu”. Ovaj pojam unet je u KZ njegovim izmenama i dopunama iz septembra 2009. pre svega u cilju preciznijeg određenja krivičnih dela nasilje u porodici i ubistva člana porodice kao jednog od oblika teškog ubistva.¹⁷ Imajući u vidu ovakvu svrhu ovaj pojam određen je u KZ veoma široko, u skladu sa intencijom izraženom u stručnoj i naučnoj javnosti da se što širi krug lica uključi u ovaj pojam zbog njihove sve češće ugroženosti ovim oblicima nasilja.¹⁸ Međutim, na žalost, to je učinjeno dosta neprecizno i nedosledno. U tom smislu se izjašnjava i većina teoretičara koji su se bavili ovom problematikom.¹⁹ Naime, Krivični zakonik je ovom odredbom članove porodice praktično razvrstao u tri grupe. U prvu grupu spadaju supružnici, njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, zatim vanbračni partneri i njihova deca, kao i usvojlac i usvojenik, hranilac i hranjenik. Ovo predstavlja najužu grupu članova porodice koji po pravilu i žive u zajedničkom domaćinstvu, ali to ne mora biti slučaj jer Zakonik to izričito ne traži, odnosno ova lica smatraće se članom porodice i ako ne žive u zajedničkom domaćinstvu. Drugu grupu čine braća i sestre, njihovi supružnici i deca, kao i bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika. Za pripadnike ove grupe, za razliku od prve, traži se da žive u zajedničkom domaćinstvu da bi se smatrali članovima porodice u smislu člana 112. KZ. Na kraju treću grupu članova porodice čine lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu. Pripadnike ove grupe dakle povezuje činjenica da imaju ili da će imati zajedničko dete bez obzira što ne žive i nikada nisu živeli zajedno.

U ovako određenom pojmu člana porodice primetno je postojanje većeg broja nelogičnosti i nepreciznosti koje mogu stvoriti probleme kod primene ove odredbe u praksi. Kao prvo, odredba ne pominje unuke, pa nije jasno da li se oni smatraju članovima porodice. Zakonik pominje samo supružnike i njihovu decu, i pretke u pravoj liniji, ali ne i potomke (osim dece). To bi značilo da ako unuk ubije dedu to (pod određenim uslovima) može da bude ubistvo člana porodice, a ako deda ubije

17 Delić N: Krivično delo nasilja u porodici (član 194. KZS): zakonski pojam, doktrinarni stavovi i sudska praksa, u publikaciji *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija*, izdanje Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2010, str. 97.

18 Jovanović S: Pravo na život i zaštita od nasilja u porodici, *Pravni život* br. 9/2004, str. 147.

19 Škulić M: Nasilje u porodici, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2/2012, str. 134–135; Stojanović Z. Delić N: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2013, str. 111; Đorđević Đ: Ubistvo člana porodice, *Pravni život* br. 9/2012, str. 184.

unuka ne može, jer unuk nije član porodice. Na primeru dela o kome u ovom radu govorimo napad na advokatovog unuka (u vezi sa poslom koji advokat obavlja) ne bi se mogao smatrati napadom na advokata (pošto se unuk ne smatra članom porodice), a napad na advokatovog dedu bi mogao, iako bi to u praksi mogao da bude daleko ređi slučaj. Pošto to verovatno nije bila intencija zakonodavca bolje bi bilo da u odredbi stoji da su članovi porodice supružnici i njihovi potomci i preci u pravoj liniji krvnog srodstva. Prigovor da su svi odnosi sagledani simetrično u međusobnom odnosu članova porodice otpada, jer onda ne bi bilo potrebno pominjati decu (već samo pretke), a takođe ni usvojenika i hranjenika (već samo usvojioca i hranioca).

Prema ovoj odredbi kao članovi porodice smatraju se i vanbračni partneri. Izraz „vanbračni partneri“ Porodični zakon tretira kao sinonim za izraz „lica koja žive u trajnoj vanbračnoj zajednici“ (član 4, stav 1) pa nije jasno zašto KZ u ovoj odredbi (i ni u jednoj drugoj) koristi izraz „vanbračni partneri“, a na drugim mestima „lica koja žive u trajnoj vanbračnoj zajednici“ (na primer, u čl. 331, 332 i 333). Osim toga u odredbi se pominju i deca vanbračnih partnera, ali ne i njihovi preci. S obzirom da je trajna vanbračna zajednica u našem pravu uglavnom izjednačena sa bračnom, odnosno da vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika (član 4, stav 2. Porodičnog zakona) onda ju je trebalo izjednačiti i u ovoj odredbi.

Dileme postoje i kad je u pitanju druga grupa lica koja se mogu smatrati članovima porodice samo ako žive u zajedničkom domaćinstvu. Zakonik navodi braću i sestre i njihove supružnike i decu. Pominjanje dece braće i sestara, a izostavljanje braće i sestara roditelja dovodi do iste nelogične situacije kao i u prvoj grupi kad je u pitanju odnos predaka i potomaka. Po ovakvoj odredbi bi, dakle, napad na advokatovog bratanca (sestrića, sinovca i sl.) mogao da bude napad na advokata, a napad na advokatovu tetku (ujaka, strica) ne, jer nisu članovi porodice. Argumentacija je ista kao i kad su u pitanju pomenuti slučajevi iz prve grupe, pa bi daleko bolja formulacija bila: braća, sestre, njihovi supružnici i deca, kao i braća i sestre roditelja. Članovima porodice smatraće se i bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika ako žive u zajedničkom domaćinstvu.

Treća grupa lica koja se smatraju članovima porodice izaziva najmanje nedoumica, jer kod njih nije od značaja okolnost da žive u zajedničkom domaćinstvu, već samo činjenica da imaju (ili da je na putu) zajedničko dete. Ipak i ovde se mogu pojaviti sporne situacije vezane za dokazivanje ili osporavanje očinstva, moguće prekide trudnoće i dr.

Ovako shvaćen pojam člana porodice potpuno je neprihvatljiv i neprimenljiv sa stanovišta krivičnog dela napada na advokata.²⁰ On obuhvata jako širok krug lica od kojih se za dobar broj njih teško može reći da su pojačano ugrožena zbog rodbinskog odnosa sa nekim advokatom niti je životno realna situacija da ih neko napada zbog poslova kojima se bavi neki advokat, član njihove porodice u smislu člana 112. KZ. Zbog toga bi, ako se već želi pojačana zaštita i članova porodice advokata, bilo mnogo bolje u samoj odredbi ovog krivičnog dela taksativno nabrojati na koje članove porodice se odredba odnosi, i pritom taj krug lica odrediti maksimalno restriktivno.

20 Dorđević Đ: Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta advokata, „Pravni život“, br. 9/2019, str. 58.

Prvi i drugi teži oblik ovog krivičnog dela postojaće ako je prilikom izvršenja osnovnog oblika dela došlo do lake telesne povrede pasivnog subjekta ili pretnje upotrebom oružja (u prvom slučaju) ili do nastupanja teške telesne povrede (u drugom slučaju). Pošto su u pitanju krivična dela kvalifikovana težom posledicom, što proizlazi iz zakonske formulacije „ako prilikom izvršenja dela...”, u pogledu teže posledice u vidu lake ili teške telesne povrede mora postojati nehat. Međutim, imajući u vidu kazne zaprećene za ove oblike dela kao i kazne za laku odnosno tešku telesnu povredu dolazimo do nelogične situacije da se u slučaju da su laka odnosno teška telesna povreda kod ovog dela nanete umišljajno, primenom odredaba o sticaju ne može izreći teža kazna. Slična nelogičnost prisutna je i kod krivičnog dela ometanja pravde.²¹ Inače kad su u pitanju kazne za ovo krivično delo one su za sve oblike propisane u nešto nižem iznosu nego kod krivičnog dela napada na službeno lice.

Još jedna razlika između osnovnog oblika krivičnog dela napada na službeno lice u vršenju službene dužnosti i krivičnog dela napada na advokata jeste i u tome što se kao radnja kod prvog dela može javiti i pretnja da će se napasti službeno lice, što nije predviđeno kad je u pitanju napad na advokata. Nije jasno zašto je ovaj oblik radnje izostavljen kod novouvedenog krivičnog dela, pogotovu ako se ima u vidu da je jedna od kvalifikatornih okolnosti kod drugog oblika „pretnja upotrebom oružja“, isto kao i kod težeg oblika napada na službeno lice. To može da stvori određene probleme u praksi u slučajevima kada postoji samo pretnja upotrebom oružja, bez ikakve druge manifestacije napada, zbog formulacije težeg oblika „Ako prilikom izvršenja dela iz stava 1. ovog člana učinilac preti upotrebom oružja“, a osnovni oblik ne predviđa pretnju. Generalno, kad je u pitanju pretnja kao jedan od oblika radnje ovog dela, kao i kod krivičnog dela ometanja pravde, u praksi može doći do dilema oko razgraničenja ovog krivičnog dela i krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti.²² Ovo pogotovu imajući u vidu da i krivično delo ugrožavanja sigurnosti i krivično delo ometanja pravde imaju svoje teže oblike kad se kao pasivni subjekt pojavljuje advokat.

Ne osporavajući opravdanost pojačane krivičnopravne zaštite advokata zbog značaja poslova koje obavljaju i samim tim njihove veće ugroženosti, stiče se utisak da se željeni cilj mogao postići na jednostavniji i dosledniji način, imajući u vidu već postojeće odredbe našeg KZ, kao i već prihvaćenu i na više mesta u KZ primenjenu pravnu tehniku kada su u pitanju potrebe pojačane zaštite pojedinih kategorija lica. Tako se isti, ili veoma sličan efekat, čini se mogao postići i uključivanjem advokata u krug posebno zaštićenih lica kod već postojećeg krivičnog dela napada na službeno lice u vršenju službene dužnosti, uz određena preciziranja i različito propisane kazne, slično onome što je učinjeno kod pomenutih krivičnih dela teškog ubistva, teške telesne povrede i ugrožavanja sigurnosti.

No najveće dileme kad je u pitanju ovo novo krivično delo javljaju se kad su u pitanju posebni oblici ovog krivičnog dela (član 336v, st. 4, 5, i 6), koji se odnose

21 Stojanović Z: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 998.

22 Stojanović Z: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 997.

na pojačanu zaštitu imovine advokata i članova njegove porodice ako do napada na nju dođe u vezi sa obavljanjem advokatske službe.²³ Radnja ovog oblika dela sastoji se u uništenju, oštećenju ili činjenju neupotrebljivom stvari u imovini advokata ili člana njegove porodice. Teži oblik će postojati ako je tom prilikom pričinjena šteta koja prelazi četristo pedeset hiljada dinara. U stavu 6. se precizira da će delo iz st. 4. i 5. postojati ako je učinjeno prema advokatu ili članu njegove porodice, u vezi sa obavljanjem advokatske službe.

Odredbе stava 4. i 5. ovog člana kojima se određuju posebni oblici ovog krivičnog dela kojima se štiti imovina advokata preuzete su u celini iz krivičnog dela uništenja ili oštećenja tuđe stvari (član 212. KZ), s tim što je, kao što je rečeno, precizirano da je delo učinjeno prema imovini advokata ili člana njegove porodice, u vezi sa obavljanjem advokatske službe i što su zaprećene daleko strože kazne. Međutim, prilikom preuzimanja odredaba krivičnog dela uništenja ili oštećenja tuđe stvari izgubilo se iz vida da je kod novog dela njegovo bitno obeležje da je u pitanju imovina advokata (ili člana njegove porodice), dok je kod osnovnog dela predmet bilo koja tuđa imovina.²⁴ Zbog toga je kod težeg oblika iz krivičnog dela napada na advokata bilo neophodno napomenuti da je veća šteta pričinjena na imovini advokata (ili člana porodice), ako se želela pojačana zaštita samo imovine advokata, jer je moguće da je ta „veća“ šteta pričinjena i na imovini nekog trećeg lica (koje nije advokat ni član njegove porodice). Tako, na primer, moguće je da neko obije automobil nekog trećeg lica i u njemu nađe i uništi ili ošteti neku stvar u imovini advokata pričinivši time štetu advokatu manju od četristo pedeset hiljada dinara, ali ukupna šteta uključujući tu i štetu na automobilu, prelazi ovaj iznos. Ovaj momenat (na čijoj imovini je nastala šteta) nije od značaja kada je u pitanju krivično delo uništenje ili oštećenje tuđe stvari jer se traži samo da je stvar tuđa, ali jeste kad je u pitanju napad na advokata.

Međutim, daleko veći problem kad su u pitanju ovi oblici napada na advokata jeste fundamentalno pitanje njihove opravdanosti. Ako smo se relativno lako mogli složiti sa potrebom pojačane zaštite života i telesnog integriteta advokata, upodobljujući ih sa odgovarajućim nivoom zaštite službenih lica, teško je naći opravdanje kad je u pitanju zaštita njihove imovine iznad nivoa zaštite koju uživa imovina drugih lica. Na ovom mestu moramo konstatovati da je ovo jedini slučaj u našem KZ da imovina nekog lica, pa čak i članova njegove porodice (onako široko određenih u čl. 112. KZ) uživa pojačanu krivičnopravnu zaštitu zbog značaja službe koju to lice obavlja.²⁵ To nije slučaj ni kada je u pitanju imovina službenih lica, ni vojnih lica, ni lica koja obavljaju poslove od javnog značaja (osim advokata), ni predstavnika najviših državnih organa, pa se ne vidi razlog zašto bi to bilo opravdano kad su u pitanju advokati.

23 Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Projuris, Beograd, 2020, str. 209.

24 Đorđević Đ, Kolarić D: *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020, str. 114.

25 Đorđević Đ: Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta advokata, „Pravni život“, br. 9/2019, str. 58.

ZAKLJUČAK

Novo krivično delo, napad na advokata, svakako predstavlja krajnji domet u pojačanoj zaštiti lica koja obavljaju ove poslove. Iako se čini nespornim da zbog značaja poslova koje obavljaju i samim tim njihove veće ugroženosti advokati zaslužuju takvu zaštitu, stiče se utisak da se u ovom slučaju u želji da se ovoj kategoriji lica pruži maksimalna zaštita otišlo predaleko, čime je stvoren disbalans sa ostalim kategorijama pojačano zaštićenih lica. Već smo konstatovali da je ovo jedini slučaj da su pojačanom zaštitom obuhvaćeni i članovi porodice nekog lica, imajući u vidu čak i ostale slučajeve zaštite advokata. Problem može predstavljati i preširoko i neprecizno određen pojam člana porodice. Pojedine odredbe ovog krivičnog dela takođe predstavljaju jedinstven slučaj u našem KZ gde se pojačano štiti i imovina nekih lica (pa čak i članova njihove porodice). Takvih odredaba nema kad su u pitanju službena lica, vojna lica, predstavnici najviših državnih organa i druga lica koja u našem zakonodavstvu uživaju posebnu krivičnopravnu zaštitu.

Odredba o novom krivičnom delu formulisana je korišćenjem matrice koja već postoji u KZ kad su u pitanju krivična dela napada na službeno lice u vršenju službene dužnosti i uništenja tuđe stvari uz dodatak pojedinih elemenata koje delo čine lakšim odnosno težim. To nije učinjeno precizno ni dosledno pa postoji opasnost da se jave značajni problemi u razgraničavanju novog krivičnog dela sa pomenutim, kao i sa delima ugrožavanja sigurnosti i ometanja pravde.

Stoga nam se čini da se pojačana krivičnopravna zaštita advokata mogla bolje i doslednije uspostaviti i uskladiti sa ostalim odredbama kojima naš KZ pruža pojačani zaštitu pojedinim kategorijama posebno ugroženih lica.

LITERATURA

- Belat B, Bertrand A: *La Déclaration des Droits de l'Homme et de Citoyen*, Paris, 1966.
- Delić N: Krivična dela protiv državnih organa: zakonska rešenja, teorijski stavovi i sudska praksa, „*Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2011.
- Delić N: Krivično delo nasilja u porodici (član 194. KZS): zakonski pojam, doktrinarni stavovi i sudska praksa, u publikaciji *Nasilnički kriminal: etiologija, fenomenologija, prevencija, izdanje Institut za kriminološka i sociološka istraživanja*, Beograd, 2010.
- Đorđević Đ: Ubistvo člana porodice, *Pravni život* br. 9/2012.
- Đorđević Đ: Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta advokata, „*Pravni život*“, br. 9/2019.
- Đorđević Đ, Kolarić D: Krivično pravo, posebni deo, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020.
- Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Projuris, Beograd, 2020.
- Kolarić D: Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije, *Pravni život*, br. 9/2016.
- Kolarić D: Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije, u „*Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)*“ (ur. Bejatović S.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2016.

Stojanović Z: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.

Stojanović Z, Delić N: *Krivično pravo, posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Pravna knjiga, Beograd, 2014.

Stojanović Z: Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, njihova primena i buduća reforma, u „*Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*“, (ur. Bejatović S.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2013.

Stojanović Z: Krivično pravo kao instrument državne reakcije na kriminalitet i predstojeće izmene u Krivičnom zakoniku, u „*Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet*“, (ur. Bejatović S.), Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Zlatibor, 2014.

Milan Škulić: Nasilje u porodici, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1–2/2012.

Djordje Djordjević

University of Criminal Investigation and Police Studies

ASSAULTING AN ADVOCATE

SUMMARY

Almost all the recent amendments to our criminal legislation include some provisions that provide stronger criminal law protection to specific categories of persons because of the importance of work that they do, which bear higher risks i.e. greater vulnerability. According to our Criminal Code, advocates belong to that group. Namely, the amendments to the Criminal Code from 2009 and 2012 introduced qualified forms to the criminal offenses of aggravated murder, serious bodily harm, obstruction of justice and endangering of safety, which, *inter alia*, aim to strengthen the protection of lawyers and the activities they perform.

The last step in this direction was made by the Criminal Law Amendment Act of 2019, which adds another new offense, assaulting an advocate. Although indisputably contributing to the strengthening of the criminal protection of this category of persons, this new incrimination bears many problems and concerns, especially when their insufficient integration into other provisions of the CC and numerous overlaps with already existing incriminations are concerned. Hence the question of the justification of their introduction can be raised, while certain related problems will most likely emerge in practice.

This paper analyzes the justification and appropriateness of these incriminations and proposes more appropriate *de lege ferenda* solutions.

Key words: Criminal Code, Criminal Offence, New Incriminations, Criminal Law Criminal Law Protection, Advocate, Assaulting an advocate

*Dragana Kolaric**

Kriminalističko-policijski univerzitet,
Ustavni sud Republike Srbije

VIŠESTRUKI POVRAT U KRIVIČNOM PRAVU SRBIJE – Osvrt na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine

Apstrakt: Svaka reforma, pa i ova poslednja, u oblasti krivičnog materijalnog prava izaziva dileme. Sa jedne strane, imamo stavove u savremenoj nauci krivičnog prava a sa druge strane, tu su stavovi javnog mnjenja, moralna shvatanja, društveno-politički uslovi koji pogoduju pooštavanju kaznene politike. U radu se analizira ponovno uvođenje instituta višestrukog povrata Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika koji je Narodna skupština Republike Srbije usvojila 21. maja 2019. godine (ZID KZ). Većina novih rešenja u ovom zakonu je na granici jačanja krivično-pravne represije (doživotni zatvor, povrat, višestruki povrat, proširivanje zabrane ublažavanja kazne, pooštreni uslovi za primenu uslovne osude, pripremanje krivičnog dela ubistva, napad na advokata, pooštavanje kaznene politike kroz propisane kazne) što je rezultat opšte društveno-političke klime i oblaka koji možemo nazvati penalni populizam. Savremena doktrina skeptično gleda na posebne odredbe o kažnjavanju višestrukih povratnika. Autor stoga postavlja pitanje šta nam je kažnjavanje višestrukih povratnika donelo u prošlosti i koji su razlozi kojima se zakonodavac rukovodio vraćajući institut višestrukog povrata u krivično zakonodavstvo i dolazi do odgovora koji nije baš ohrabrujući. Dakle, pitanje opravdanosti strožeg kažnjavanja višestrukih povratnika i analiza člana 55a Krivičnog zakonika predstavljaju centralni deo rada. Autor na kraju zaključuje da je na sceni kazneni populizam jer sve više dolazi do izražaja široka i oštra krivičnopravna represija.

Ključne reči: odmeravanje kazne, pooštavanje kazne, povrat, višestruki povrat, kaznena politika, represija.

UVODNE NAPOMENE

Bazično kriminalno-političko opredeljenje zakonodavca 2005. godine se ogleda kroz utilitaristički pristup sa kojim je pronađena mera između nužne represije sa jedne strane, i zaštite prava pojedinaca, sa druge strane. U zaštitnoj funkciji krivičnog prava videla se njegova osnovna funkcija. Tendencija izrazitog zaoštavanja i širenja krivičnopravne represije, koja je bila prisutna do 2005. godine, je napuštena što se moglo uočiti kroz niz odredbi tada novog Krivičnog zakonika. Odustalo se od povrata kao osnova za pooštavanje kazne i od neograničene asperacije prili-

* Redovni profesor i sudija Ustavnog suda Republike Srbije, dragana.kolaric@ustavni.sud.rs, dragana.kolaric@kpu.edu.rs.

kom odmeravanja kazne za sticaj. Izostavljene su i pripremne radnje kao opšti institut, jer se već odavno kritikuje korišćenje krivičnog prava u tom ranom stadijumu ostvarivanja krivičnog dela.¹ Uvedene su nove kazne (rad u javnom interesu, oduzimanje vozačke dozvole), kao i nov način odmeravanja novčane kazne. Donošenje jedinstvenog kodeksa je u našoj zemlji imalo poseban značaj budući da skoro 30 godina nismo imali celovit zakonik.

Osnovno pitanje koje se nameće na samom početku ovog članka je da li izmenama i dopunama treba dirati pravno-filozofsku platformu KZ? Sve izmene i dopune koje uslede posle donošenja osnovnog teksta bi trebalo da znače određena poboljšanja, eventualno usklađivanje sa međunarodnim izvorima ali nikako menjanje esencijalne koncepcije krivičnog zakonodavstva. Ako se dotaknu temeljne postavke, ono što predstavlja platformu koncipiranog zakonodavstva, onda je to signal za donošenje novog Krivičnog zakonika.

Posmatrajući izmene i dopune Krivičnog zakonika uočavamo da je, od njegovog stupanja na snagu 01.01.2006. godine, menjan i dopunjavan sedam puta.² Poslednjim izmenama i dopunama dotaknuto je pitanje svrhe kažnjavanja što je na prvi pogled neuočljivo ali, složićemo se, nikako nije zanemarljivo. Zbog značaja člana 42, koji predstavlja potporu, uporište zakonodavca, pravno-filozofski pristup, to ističemo već u uvodnim napomenama. Stupanjem na snagu Krivičnog zakonika 1. januara 2006. ostalo se pri stavu da treba propisati svrhu kazne i ona je izražena kroz relativne teorije koje svrhu kazne vide u generalnoj i specijalnoj prevenciji. Prema slovu tadašnjeg člana 42. u okviru opšte svrhe krivičnih sankcija, svrha kažnjavanja je: sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela (tačka 1); uticanje na druge da ne čine krivična dela (tačka 2) i izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona (tačka 3). ZID KZ donosi promene time što dodaje i tačku 4, kojom pored prevencije svrhu kazne čini i retribucija. Naime, svrha kazne je ostvarivanje pravednosti i srazmernosti između učinjenog dela i težine krivične sankcije. Propust zakonodavca čini vezivanje pravednosti i srazmernosti za „težinu krivične sankcije“. No, to je očigledno samo omaška jer je u ovom članu reč o svrsi kažnjavanja. Mnogo značajnija od toga je promena orijentacije zakonodavca kroz naglašavanje retribucije. Istina je da je retributivnu dimenziju kazne teško negirati ali kazna se ne sme izricati samo zbog toga da bi se učiniocu vratilo zlo za ono zlo koje je on naneo vršenjem krivičnog dela. Sada zakonodavac priznaje retributivnu dimenziju kazne i vezuje svrhu kazne i za ostvarivanje pravednosti i srazmernosti između težine učinjenog krivičnog dela i mere izrečene kazne. Iako tačku 4. ne bi trebalo dovoditi u vezu isključivo s kaznom doživotnog zatvora, nesumnjiv je retributivni naboj novog cilja a samim tim i veza koja postoji s kaznom doživotnog zatvora.³ Naravno sada se postavlja pitanje odnosa retribucije prema prevenciji, čime

1 Zakonodavac je još tada, kada je već odustao od opštih odredaba iz člana 18. OKZ, trebao da ostane dosledan i da ne dozvoli u posebnom delu kažnjivost za pripremanje određenih krivičnih dela tj. da samo, ukoliko je to kriminalno-politički opravdano, prihvati propisivanje pripremanja kao samostalnog krivičnog dela.

2 Sl. Glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. i 35/2019.

3 G. P. Ilić, Marginalije o kazni doživotnog zatvora, uslovnom otpustu i ljudskim pravima, u: *Kaznena reakcija u Srbiji IX deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, str. 127.

je ona ograničena kao i na koji način će se u praksi primenjivati ovaj cilj kažnjavanja, s obzirom da sudije ne odmeravaju kaznu analitički polazeći od utvrđenih i ocenjenih činjenica već sintetički po pravilu *ex aequo et bono* na osnovu ličnog utiska, osećanja ili uverenja.⁴

Kada pogledamo ZID KZ jasno je, već od svrhe kažnjavanja, da je ideja vodilja zakonodavca zaoštavanje kaznene politike. Zanimljivo je primetiti da je zakonopisac ovaj put više zašao u Opšti deo nego što je to uobičajeno (svrha kažnjavanja, doživotni zatvor, povrat, višestruki povrat, proširivanje zabrane ublažavanja kazne, pooštreni uslovi za primenu uslovne osude). Osim u pogledu malog broja odredbi izmene u Opštem delu najčešće nisu izraz preke potrebe jer se u savremenom krivičnom zakonodavstvu retko nailazi na opravdane razloge za takve intervencije. Izmene u Posebnom delu su mnogo češće čak i u zemljama koje su poznate po stabilnom krivičnom zakonodavstvu. Osim promena u pojavnim oblicima kriminaliteta dodatni razlog za to jeste i usaglašavanje sa međunarodnim izvorima.

Glavni nedostaci čestih izmena koje primećujemo u većini krivičnih zakonodavstava tj. neke negativne tendencije u nauci krivičnog prava koje prepoznamo u poslednjem periodu su korišćenje krivičnog prava u populističke svrhe (sa javnošću je relativno lako manipulirati jer je ona osetljiva na vršenje teških krivičnih dela i stoga uvek spremna da prihvati najteže kazne) i u skladu sa tim jačanje krivično-pravne represije. Nije redak slučaj da se u javnom mnjenju zastupaju nenaučni stavovi, ili da se nauka i praksa razilaze po nekom pitanju. Iako to zavisi od konkretnog pitanja u načelu prednost treba dati stavovima nauke krivičnog prava koja i sama mora voditi računa o stavovima i mogućnostima sudske prakse, reakcijama javnog mnjenja i dr.⁵ Jačanje krivično-pravne represije se ogleda kako kroz pooštavanje kaznene politike tako i kroz krivičnopravni ekspanzionizam (brojne nove inkriminacije, nova krivična dela). Sve to, na kraju, dovodi do izvesnih odstupanja od osnovnih principa krivičnog prava. Na koji način? Pa prvo, kroz dupliranje inkriminacija do kojeg dolazi usled nekritičke ratifikacije međunarodnih ugovora kojima se pristupa, najčešće, bez rezervi.⁶ Drugo, kroz suviše široko postavljene kriminalne zone što je rezultat korišćenja generalnih, uopštenih formulacija.⁷ Iz tih

4 Z. Đorđević, Odluka o kazni-krivičnoprocesna pitanja, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2004, str. 764. Citirano prema: G. P. Ilić, Marginalije o kazni doživotnog zatvora, uslovnom otpustu i ljudskim pravima, *op. cit.*, str. 127.

5 Z. Stojanović, Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg materijalnog krivičnog zakonodavstva, u: *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo*, Zlatibor, 2005, str. 19.

6 Tako, npr. u Krivični zakonik Srbije smo uveli krivično delo *genitalno sakaćenje žena* iako već u okviru grupe krivičnih dela protiv života i tela imamo krivično delo teške telesne povrede. U novoj inkriminaciji čak ni zaprećena kazna nije teža što bi moglo da opravda regulisanje tog ponašanja kao samostalnog krivičnog dela. Isto tako, na predlog Advokatske komore propisali smo krivično delo *napad na advokata* iako već postoje krivična dela koja bi se mogla primeniti u tim slučajevima. Vidi: D. Kolarić, Orijentacija zakonodavca u poslednjem Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika– (ne)opravdano jačanje krivično-pravne represije, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br.3–4/2019, str. 11–42.

7 Kao primer za to može da nam posluži krivično delo proganjanje. Naime, nakon što se nabrajaju radnje koje ukoliko se uporno preduzimaju u toku određenog perioda predstavljaju proganjanje, u posebnom stavu se navodi da proganjanje predstavljaju i „druge slične radnje” što je sa stanovi-

razloga jako je važno ko uobličava pravne norme, tj. ko sačinjava komisiju koja radi na izmenama i dopunama Krivičnog zakonika jer će odstupanja od osnovnih načela krivičnog prava biti minimalna ukoliko u toj komisiji rade najjeminentniji predstavnici krivično-pravne teorije i prakse. Složićemo se da je legitimno da svoje predloge za izmene upute svi zainteresovani ali teško možemo prihvatiti da većina ili svi predloži nađu svoje mesto u odredbama KZ.

Od novih rešenja u Opštem delu posebnu pažnju zaslužuju pitanja povrata i višestrukog povrata. Ujedno ističemo da je „novi-stari“ institut spornog kažnjavanja višestrukih povratnika, koji postoji u malom broju zemalja, rezultat neprihvatljivih ideja (uvođenje instituta tri udarca) koje su se čule u vreme pripremanja predloga ZID KZ.

1. KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA POVRAT I VIŠESTRUKI POVRAT U SRBIJI

Kod višestrukog povrata se postavlja mnogo spornih pitanja. Ne ulazeći ovom prilikom u doktrinarne stavove o njegovom krivičnopravnom značaju ističemo da fenomen povrata u teoriji i dalje izaziva oprečnu polemiku u pogledu pitanja kao reagovati, kako tretirati učinioca prilikom odmeravanja kazne za novo krivično delo zbog postojanja ranije osude. Da li to učiniti kao u pogledu svake druge okolnosti koja prati izvršenje krivičnog dela ili pooštreno? Sa druge strane, evidentno je da mnogobrojna savremena krivična zakonodavstva posmatraju povrat samo kao otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne (Nemačka, Švajcarska).

Naš zakonodavac poznaje razlikovanje na povrat i višestruki povrat. Povrat, u krivičnopravnom smislu, postoji onda kada učinilac, koji je ranije osuđivan, ponovo učini krivično delo.⁸ I naše ranije krivično zakonodavstvo, razlikovalo je običan i višestruki povrat. Da bi se učinilac, po ranije važećem KZ SRJ⁹ smatrao višestrukim povratnikom bilo je potrebno ispunjenje sledećih kumulativno propisanih uslova: da je učinilac ranije bio osuđivan najmanje dva ili više puta, da se ranije osude odnose na krivična dela učinjena sa umišljajem, da svaka ranija osuda obuhvata kaznu zatvora koja nije manja od jedne godine, da učinilac pokazuje sklonost za vršenje krivičnih dela, da od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije izrečene kazne pa do izvršenja novog krivičnog dela nije proteklo pet godina. Višestruki povrat je imao značaj fakultativne pooštavajuće okolnosti pri odmeravanju kazne. Postojala su dva ograničenja: prvo, stroža kazna nije smela preći dvostruku meru propisane kazne i drugo, nije smela biti duža od 15 godina što je bio opšti maksimum kazne zatvora.

Institut višestrukog povrata je ukinut izmenama i dopunama KZ SRJ iz aprila 2003. godine¹⁰ a usvojeno je rešenje koje dozvoljava mogućnost pooštavanja kazne i u slučaju kada je učinilac ranije bio samo jedanput osuđen za umišljajno krivično

šta osnovnih principa krivičnog prava veoma sporno. Vidi: D. Kolarić, *Orijentacija zakonodavca u poslednjem Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika – (ne)opravdano jačanje krivično-pravne represije*, *op. cit.*, str. 11–42.

8 Z. Stojanović, *Krivično pravo-opšti deo*, Beograd, 2015, str. 314.

9 *Službeni list SFRJ*, br. 44/76, 36/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90, 54/90 i *Službeni list SRJ*, br. 35/92, 37/93, 24/94, 61/01.

10 „*Sl. Glasnik RS*”, br. 39/2003. Tada je promenjen i naziv iz Krivični zakon SRJ u Osnovni krivični zakon.

delo na najmanje jednu godinu zatvora pod uslovom da od izvršenja kazne za ranije učinjeno krivično delo nije proteklo vreme duže od pet godina. Radilo se o jednom neobičnom rešenju koje zadržava mogućnost pooštavanje kazne za običan povrat u trenutku kada se u nekim zakonodavstvima potpuno odustajalo od pooštavanja kazne kod višestrukog povrata. Tada je to označeno kao izrazito zaoštavanje krivičnopravne represije.

Usvajanjem Krivičnog zakonika 2005. godine, koji je stupio na snagu 01.01.2006. godine, zakonodavac Republike Srbije je zadržao institut povrata ali ne više kao osnov za pooštavanje kazne već kao fakultativnu otežavajuću okolnost. Naime odredba člana 55. KZ, koja se primenjivala do početka primene ZID KZ koji na nešto drugačiji način formuliše povrat, upućivala je sud da pri odmeravanju kazne povrat može uzeti kao otežavajuću okolnost, pri čemu je posebno bilo potrebno da ceni težinu ranije učinjenog krivičnog dela, da li je ranije delo iste vrste kao i novo delo, da li su oba dela učinjena iz istih pobuda, okolnosti pod kojima su dela učinjena i koliko je vremena proteklo od ranije osude, odnosno od izrečene, oproštene ili zastarele kazne, oslobođenja od kazne, od proteka roka za opozivanje ranije uslovne osude ili od izrečene sudske opomene. Zakonodavac je izdvajanjem ove okolnosti u zaseban član hteo da skrene pažnju na njen posebni značaj, doduše, sa izvesnim nelogičnostima.

Po novom rešenju, nakon intervencije zakonodavca 2019. godine, povrat postaje obavezna otežavajuća okolnost. Možemo reći da je član 54a koji reguliše posebnu okolnost za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje probio led u tom pravcu.¹¹ Prema članu 55. ako je učinilac krivičnog dela učinjenog sa umišljajem ranije osuđen za umišljajno krivično delo, sud će tu okolnost uzeti kao otežavajuću, ako od ranije osude ili izdržane kazne nije proteklo pet godina (stav 1). Sud ne može izreći kaznu ispod granice propisane zakonom ili blažu vrstu kazne, izuzev ako zakon predviđa da se kazna može ublažiti ili ako zakon predviđa da se učinilac može osloboditi od kazne, a sud ga ne oslobodi od kazne (stav 2).

Naravno i ovde se postavlja pitanje opravdanosti jer se odstupa od načelnog stava da su sve okolnosti (olakšavajuće ili otežavajuće) fakultativnog karaktera. Međutim, kako je ZID KZ iz 2012. već napravio izuzetak u tom pravcu sa članom 54a nije bilo prepreka da se to učini i sa povratom. Vidimo da su uslovi koje član 55. postavlja za uzimanje povrata kao obavezne otežavajuće okolnosti sledeći: da su i novo i ranije krivično delo učinjeni sa umišljajem, kao i da od ranije osude ili izdržane kazne nije proteklo pet godina. Sud jeste u obavezi da to uzme u obzir kao otežavajuću okolnost ali nije ograničen u pogledu toga u kojoj meri će to uticati na odmerenu kaznu, tj. to je i dalje prepušteno slobodnoj oceni suda. Međutim, stavom 2. člana 55. isključena je mogućnost sudskog ublažavanja kazne. Ta zabrana nije usklađena sa zabranom iz člana 57. stav 3, koja se takođe odnosi na sudsko ublažavanje kazne, ali s jedne strane zahteva da se radi o istom ili istovrsnom krivičnom delu, a s druge strane ne postavlja uslove u pogledu proteklog vremena od ranije osude, odnosno izdržane kazne, niti je potrebno da je reč o umišljajnim krivičnim delima.¹²

11 D. Kolarić, Krivično zakonodavstvo Republike Srbije i krivična dela učinjena iz mržnje, *Teme*, br. 2/2015, str. 491–492.

12 *Krivični zakonik*, Sl. glasnik, Beograd, 2019, predgovor i registar – Z. Stojanović, str. 41.

Ako posmatramo samo stav 1. i procenu zakonodavca jasno je da se njime htela naglasiti obaveznost primene povrata kao otežavajuće okolnosti što čak ima više logike nego dosadašnje rešenje koje je propisivalo niz okolnosti koje sud treba da ceni, pa da tek onda donese odluku da li će povrat uzeti kao otežavajuću okolnost jer kod opštih pravila o odmeravanju kazne jasno stoji da će sud uzeti u obzir i raniji život učinioca a u sklopu toga da li je osuđivan. Ako je sud već u obavezi da prilikom odmeravanja kazne ceni i raniji život učinioca i osuđivanost, ne deluje ubedljivo sadašnje rešenje, koje je sudu dozvoljavalo mogućnost da povrat uzme kao otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne tek onda kada proceni niz okolnosti o kojima je zakon govorio.¹³

Što se tiče uloge suda, ona je evidentno smanjena i sa stavom 1, a čini nam se, još više sa stavom 2. jer nema sudskog ublažavanja kazne tj. propisano je da sud ne može izreći kaznu ispod granice propisane zakonom ili blažu vrstu kazne, izuzev ako zakon predviđa da se kazna može ublažiti ili ako zakon predviđa da se učinilac može osloboditi od kazne, a sud ga ne oslobodi od kazne.

Od povrata kao obavezne otežavajuće okolnosti mnogo više je sporan višestruki povrat, koji je vaskrsao u našoj zemlji i pored činjenice da je u fazi umiranja u mnogim drugim.

Interesantno je izneti razloge zbog kojih je zakonodavac ranije odustao od instituta višestrukog povrata i pooštavanja kazne za isti. Strože kažnjavanje, kako su pokazala mnogobrojna istraživanja, ne sprečava ni povrat ni vršenje krivičnih dela po prvi put. Takođe, ovaj institut je takav da podrazumeva kažnjavanje za nešto što je već ranije kažnjeno. Kriminalno-politički je dubiozno i da li stroža kazna deluje generalno preventivno na povratnike imajući u vidu sudsku kaznenu politiku koja pokazuje da sudovi minimalno koriste mogućnost izricanja kazni koje su bliže posebnom maksimumu. I pored argumenta da mali broj učinilaca vrši veliki broj krivičnih dela ovaj institut predstavlja specifičan anahronizam. Ono što je zanimljivo istaći je da je i tada kada se odustalo od njega te 2003. godine on imao značaj fakultativne pooštavajuće okolnosti pri odmeravanju kazne. Dakle, te odredbe su predviđale mogućnost pooštavanja kazne, izricanje kazne iznad posebnog maksimuma ali to nije u sudskoj praksi korišćeno. Danas, ako su ispunjeni uslovi, sud ima obavezu da izrekne kaznu iznad polovine raspona propisane kazne.

Naime, prema članu 55a za krivično delo učinjeno sa umišljajem, za koje je propisana kazna zatvora, sud će izreći kaznu iznad polovine raspona propisane kazne, pod sledećim uslovima: ako je učinilac ranije dva ili više puta osuđen za krivična dela učinjena sa umišljajem na zatvor od najmanje jednu godinu i ako od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja izrečene kazne do izvršenja novog krivičnog dela nije proteklo pet godina. U odnosu na ranije rešenje uslovi su skoro isti. Nema sklonosti za vršenje krivičnih dela koja se u praksi, inače, teško utvrđivala. Naime, ona se automatski izvlačila iz ranije osuđivanosti. Vrhovni sud Jugoslavije je tada intervenisao stavom da je to autonomni uslov čije se postojanje mora utvrđivati i obrazložiti. Istakli su da ranija osuđivanost ima uticaja na zaključak o sklonosti za vršenje krivičnih dela, ali se ta sklonost ne iscrpljuje na osnovu ranije osuđivanosti

13 *Ibidem.*

jer je reč o jednoj celokupnoj oceni ličnosti i logičnom zaključku da kod takvog učinioca postoji spremnost da ponavlja vršenje krivičnih dela.¹⁴

Kod rešenja iz člana 55a opravdano se može postaviti pitanje da li je situacija identična ukoliko neko ko je ranije dva puta osuđivan za jednu vrstu krivičnih dela učini treći put neko krivično delo koje nije isto ili istovrsno u odnosu na ranije osude, sa umišljajem i za njega je propisana kazna zatvora, čime bi bili ispunjeni uslovi za primenu instituta višestrukog povrata. Teško je prihvatljivo da učinioci krivičnih dela koja su druge prirode i lakša od onih ranije učinjenih, pa čak i kada su prva dela bila teška npr. protiv polne slobode, života i tela, imaju isti zakonodavni tretman „višestrukih povratnika“ kao u slučaju specijalnog povrata. Imajući u vidu da se ne može isto tretirati opšti i specijalni povrat, i da je to teško krivičnim zakonodavstvom regulisati bolje je bilo odustati i ovaj put od instituta višestrukog povrata i ostaviti rešenje da povrat predstavlja samo fakultativnu otežavajuću okolnost. Takvo rešenje, uz odredbu iz člana 57. stav 3. je sasvim prihvatljivo i ne mogu mu se uputiti neke značajnije primedbe.

Ponovo ističemo da je institut višestrukog povrata, opravdano, odavno napušten u našem krivičnom zakonodavstvu. Konceptija Krivičnog zakonika, stav zakonodavca i pravno-filozofska platforma prilikom izrade krivičnog zakonodavstva te 2005. je bila potpuno drugačija. U obrazloženju Predloga Krivičnog zakonika iz 2005, kao i od strane krivičnopravne teorije i prakse je istaknuto da nikakvih dilema nema u pogledu toga da se rešenja koja su uvedena izmenama Osnovnog krivičnog zakona iz 2003. kod odmeravanja kazne za sticaj krivičnih dela i kod povrata kao osnova za pooštavanje kazne ne smeju naći u KZ. Zakonodavac je 2003. preuzeo korake koji su u potpunoj suprotnosti sa stavovima nauke krivičnog prava što je učinjeno i sada sa najnovijim ZID KZ iz maja 2019. Stupanjem na snagu KZ 2006. godine bila je ukinuta jedina mogućnost za pooštavanje kazne koja je postojala u našem krivičnom zakonodavstvu tada i, štaviše, mogućnosti za oslobođenje od kazne su obogaćene novim osnovima.

Kao i članom 55. i članom 55a su, u velikoj meri, vezane ruke sudijama. Član 55a sužava kazneni raspon, koji je gornja polovina propisanog raspona, u kojem sud u slučaju višestrukog povrata može da odmerava kaznu čime se, u stvari, uvodi novi posebni minimum. Takođe, posledica ovakvog rešenja je i obavezno odmeravanje i izricanje kazne iznad polovine raspona propisane kazne. Uzmimo za primer tešku krađu za koju je zaprećena kazna od jedne do osam godina. Raspon je sedam godina, a iznad polovine raspona znači tri godine i šest meseci plus jedna godina što je jednako četiri godine i šest meseci, a pošto mora biti iznad polovine raspona to znači od četiri godine i sedam meseci pa naviše. Ako ne bi primenjivale ovu odredbu sudije bi kršile zakon. U jednom kratkom periodu od aprila 2003. do januara 2006. imali smo neke odredbe KZ SRJ koje se, srećom, nisu primenjivale u praksi. Naime, ZID KZ iz 2003. pored drugih spornih rešenja, kod asperacije kao principa po kojem se dolazi do jedinstvene kazne za krivična dela učinjena u sticaju ukida ograničenje koje je postojalo i vezivalo se za opšti maksimum kazne zatvora. Tako je princip asperacije postao sličan principu kumulacije. U tom periodu nije

14 Lj. Lazarević, *Krivični zakon SRJ sa kraćim komentarom*, Beograd, 1999, str. 119.

bilo nikakvog ograničenja osim pravila da jedinstvena kazna ne sme dostići zbir pojedinačnih kazni, što je vodilo slabljenju principa zakonitosti i određenosti u oblasti propisivanja i odmeravanja kazne. Sudije su bile jedinstvene u stavu da neograničenu asperaciju ne treba primenjivati.

Ponovno uvođenje višestrukog povrata je prihvatljivije od „trećeg udarca“ o kojem se u vreme pripreme Predloga ZID KZ puno govorilo. Predlog za uvođenje arhaičnog „trećeg udarca“ i različitih kaznenih raspona kod pojedinih krivičnih dela, u zavisnosti od toga koji put je krivično delo učinjeno stigao je ovlašćenom predlažaču ZID KZ od strane MUP. On je u skladu sa punitivnim populizmom koji se kao Levijatan nadvio nad Srbijom. Predlog za uvođenje pravila „trećeg udarca“ ne sledi stavove nauke krivičnog prava.¹⁵ Međutim, ovo nije ni prvi ni poslednji put da se zastupaju nenaučni stavovi. Poznato je da je javnost osetljiva na vršenje teških krivičnih te je pooštreno kažnjavanje zbog trećeg krivičnog dela veoma blisko razmišljanju običnih građana. Zagovornici ovakvog kažnjavanja ističu da je u pitanju nešto sasvim novo, međutim, to je novo odelo starog čoveka. Ako malo detaljnije proučimo propise vidimo da je u starim pravima važilo pravilo strožeg kažnjavanja ukoliko npr. neko treći put ukrade (prema njemu se tada često izvršavala smrtna kazna).¹⁶

Na ovom mestu, poređenja radi sa sadašnjim idejama, podsetićemo se Ilije Garašanina ministra unutrašnjih dela koji je u pismu Sovjetu 28. aprila 1847. godine naveo da su se i pored sve strogosti „Uredbe o kažnjavanju kradljivaca i lopova“ iz 1845. godine veoma umnožile krađe i poare. Dalje, ističe on: „Moral se u narodu slabo ukorenjava i što se narod sve više razvratnosti odaje nužda se ukazuje strogošću zakona uzdržati ga, da tuđe imanje ne napada. I toga radi Popičetljestvo bi ovo ipak molilo, da se lopovi koji tuđe kuće, dućane i stasine obijaju i koji poaru učine i koji vola i konja ukradu smrću kazne“.¹⁷ Uzevši u obzir sve ove okolnosti navedene u pismu popičetelja unutrašnjih dela Ilije Garašanina Sovjet je 19. maja poslao projekat knezu Aleksandru Karađorđeviću, koji je on potvrdio, tako da je projekat postao

15 U predlogu koji zagovara uvođenje pravila kažnjavanja po principu „trećeg udarca“ pored propisivanja tri kaznena raspona za svako krivično delo u zavisnosti od toga koji put je krivično delo učinjeno uočava se još niz nedostataka. Pažnju privlači zagovaranje da se u član 54. pored niza okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća doda, posle ranijeg života učinioca, povrat iako je sud već u obavezi da prilikom odmeravanja kazne ceni i raniji život učinioca što podrazumeva i osuđivanost. Dalje, u „tabelama“ se predlažu kazneni rasponi koji su u suprotnosti sa osnovnim postavkama KZ. Tako npr. za „drugi udarac“ kod teškog ubistva predlaže se odmeravanje kazne u rasponu od 20 do 40 godina ili izricanje kazne doživotnog zatvora, što je neprihvatljivo iz više razloga. Prvo, doživotni zatvor je zamena za zaprečenu kaznu od 30 do 40 godina, pa i dok je bio ZID KZ u fazi predloga bilo je jasno da se umesto kazne od 30 do 40 godina uvodi doživotni zatvor. Stoga, nikako ne može da, za drugi udarac kod teškog ubistva, bude propisana kazna od 20 do 40 godina ili doživotni zatvor. Doživotni zatvor se, istina, uvek alternativno propisuje ali uz kaznu koja ide do opšteg maksimuma. Dalje, prema sada važećem KZ nema odmeravanja kazne u rasponu od 20 do 30 godina (ili je zatvor do 20 godina ili od 30 do 40 godina). Sve ovo isto važi i za inicijativu u vezi sa trećim udarcem kod teškog ubistva gde se zagovara kazna od 26 do 40 godina ili doživotni zatvor???

16 *Zakonik Danila Prvog knjaza i gospodara slobodne Crne Gore i brdaha ustanovljen 1855. godine na Cetinju, član 78.*

17 Z. Mirković, *Smrtna kazna i kazna trčanja kroz šibe u Srbiji 1804–1860*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 114.

26. maja 1847. godine Kaznitelni zakon za poare i krađe.¹⁸ Taj zakon, koji je u praktičnoj primeni označavan kao drakonski, su po istorijskim izvorima napisali Ilija Garašanin i njegov pomoćnik Atanasije Nikolić, u konaku u Topčideru. Po rečima A. Nikolića: „*Garašanin je dobro poznavao naš svet, pa smo se slagali u mišljenju da za divlje sklonosti i čudi treba što strože, i najstrože, kazne propisati*“.¹⁹ Interesantno je još istaći mišljenja odbornika varoši Užice, na Svetoandrejskoj skupštini, koji su izrazili svoj gnev protiv surovih kazni u epskom duhu: „...*za ovakav zakon sramno je i čuti a kamoli ga slobodnome Srbinu nametnuti da pod njim stenje. Njim je valjda zakonodavac išo na to, da dokaže Evropi, da su Srbi svi do jednoga ajduci, lopovi i nepopravimi*...“²⁰

ZAVRŠNE NAPOMENE

ZID KZ iz 2019. godine „krasi“ pojačana krivično-pravna represija. Konceptija zakonodavca i razlozi donošenja Zakona o izmenama i dopunama KZ iz 2019. ukazuju na potrebu države za dominantnom ali neutemeljeno oštrom krivičnopravnom reakcijom. Na sceni je kazneni populizam širokih razmera (menjanje kaznenih raspona i nepotrebno širenje kriminalne zone). Dolazi do izražaja problem krivičnoprognoznog ekspanzionizma što već u bliskoj budućnosti može dovesti do krize legitimiteta krivičnog zakonodavstva.

Povrat treba da ima značaj samo moguće otežavajuće okolnosti kod odmeravanja kazne što bi se razmatralo u okviru ranijeg života učinioaca. Time bi se više prostora ostavilo sudu da u sklopu svih okolnosti i svog slobodnog sudijskog uverenja odmeri pravednu i srazmernu kaznu.

Na kraju, da još jednom istaknemo da se i kod povrata i višestrukog povrata pojavljuje vremenski uslov od pet godina. Da li je to optimalno za prepuštanje povrata u zaborav ili to može biti i kraći period? Takođe, u slučaju kada imamo povratnika, to ukazuje da mere prevencije nisu postigle rezultat. Ko je tu zakazao? Država kroz sistem mera koje je preduzimala ili učinilac/povratnik? Izgleda da je strože kažnjavanje koje je upućeno na adresu učinilaca koji ponavljaju krivična dela pogrešno. Stoga obraćanje predstavnika nadležnih državnih organa koji su predstavljali novine Krivičnog zakonika sa puno naboja, kao nešto revolucionarno, možemo oceniti kao političko, ideološko i emotivno lišeno racionalnog, naučnog pristupa.

LITERATURA

- Dorđević, Z. Odluka o kazni-krivičnoprocena pitanja, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2/2004 citirano prema: G. P. Ilić, Marginalije o kazni doživotnog zatvora, uslovnom otpustu i ljudskim pravima.
- Ilić, G. P., Marginalije o kazni doživotnog zatvora, uslovnom otpustu i ljudskim pravima, u: *Kaznena reakcija u Srbiji IX deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*, str. 129.

- Kolarić, D., Krivično zakonodavstvo Republike Srbije i krivična dela učinjena iz mržnje, *Temе*, br. 2/2015.
- Kolarić, D., Oriјentacija zakonodavca u poslednjem Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika– (ne)opravdano jačanje krivično-pravne represije, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br.3–4/2019.
- Lazarević, Lj., *Krivični zakon SRJ sa kraćim komentarom*, Beograd, 1999.
- Mirković, Z., Smrtna kazna i kazna trčanja kroz šibe u Srbiji 1804–1860, Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu, Beograd, 2013.
- Stojanović, Z., *Krivični zakonik*, Sl. glasnik, Beograd, 2019, predgovor i registar.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo-opšti deo*, Beograd, 2015.
- Stojanović, Z., Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg materijalnog krivičnog zakonodavstva, u: *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo*, Zlatibor, 2005.

Dragana Kolarić

University of Criminal Investigation and Police Studies,
The Constitutional Court of the Republic of Serbia

MULTIPLE RECIDIVISM IN CRIMINAL LAW OF SERBIA – A REVIEW OF 2019 LAW ON AMENDMENTS TO THE CRIMINAL CODE –

SUMMARY

Every reform in the field of substantive criminal law, including the latest one, raises a dilemma. On the one hand, there are attitudes in the contemporary criminal-law science, and on the other hand, there are the public attitudes, moral understanding, social-political conditions that make fruitful ground for penal policy tightening. The paper analyses re-introduction of the institute of multiple repeat offending by the Law on Amendments to the Criminal Code, which the National Assembly of the Republic of Serbia adopted on May 21, 2019. The majority of new solutions in this Law are on the verge of strengthening criminal-law repression (life imprisonment, recidivism, multiple recidivism, expansion of prohibition to mitigate penalty, stricter conditions for suspended sentence, planning a crime of murder, assault on an attorney, tightening penal policy through prescribed penalties), which is the result of general social-political climate and the cloud we can call penal populism. Modern doctrine is skeptical about special provisions on punishing multiple repeat offenders. The author, therefore, asks a question what punishing of multiple repeat offenders brought us in the past and what the reasons are by which the legislator was guided to reinstitute the multiple recidivism into criminal legislation, and the answer is not rather encouraging. Therefore, the question of justification of stricter punishing of multiple repeat offenders and the analysis of Article 55a of the Criminal Code represent the central part of the paper. The author finally concludes that currently penal populism takes central stage since wide and stricter criminal-law repression is increasingly being brought to the fore.

Key words: weighing up sentence, tightening penalties, recidivism, multiple recidivism, penal policy, repression.

SEKSUALNA VIKTIMIZACIJA OSOBA MUŠKOG POLA

Apstrakt: Rad je posvećen razmatranju jednog od periferno vidljivih oblika viktimizacije – seksualne viktimizacije osoba muškog pola. Nепрепозnavanje i ignorisanje ovog problema u javnom diskursu razume se u ključu ukorenjenih rodniх stereotipa odnosno tradicionalne rodne podele uloga u socijalnoj sferi i, naročito, u okviru nasilnih manifestacija. Opšte je mesto da žrtva koja obelodani seksualnu viktimizaciju plaća ogromnu cenu te lične odvažnosti kroz izlaganje stigmatizaciji, obezvređivanju i odbacivanju jer je ugrozila važne društvene stereotipe, i to one rodne, koji se najsrčanije i najvratolomnije brane. Ta cena je posebno visoka u slučaju seksualne viktimizacije muškaraca. S jedne strane, predstava o muškarcu žrtvi nasilja temeljno uzdrnava tradicionalni rodni imidž muškarca kao „zaštitnika“, onog koji je po prirodi stvari dominantan, neranjiv i koji ima kontrolu. S druge strane, sama ideja o seksualnoj viktimizaciji muškarca duboko je uznemirujuća za sve društvene subjekte koji gaje seksističke stavove ili parazitiraju na kakvom seksističkom ili mizoginom poretku – ona ireverzibilno podriva uljuljkujući ili izbavljajući mit o „ženskoj prevrtljivosti“ ili „manipulaciji seksualnošću“ u predtekstu seksualne viktimizacije, do temelja kompromitujući kulturalna opravdanja izvršilaca. Analiza problema seksualne viktimizacije osoba muškog pola omogućava upotpunjavanje saznanja o faktorima i motivacionim aspektima seksualne zloupotrebe, te bolji uvid u problem viktimizacije seksualnim deliktima uopšte. Najzad, usmeravanje veće naučne pažnje na ovaj problem preduslov je razumevanja, a zatim i delotvornijeg sprečavanja sekundarne viktimizacije muškaraca žrtava seksualnog nasilja koja se obično ogleda u njihovoj nevidljivosti, ili pak dvostrukoj stigmatizaciji.

Ključne reči: seksualna viktimizacija muškaraca, seksualna zloupotreba, seksualni delikti, sekundarna viktimizacija, muškarci žrtve seksualnog nasilja.

UVOD

Seksualne zloupotrebe danas se uglavnom razumeju kao oblik rodno zasnovanog nasilja, usmerenog prevashodno prema osobama ženskog pola. Za razliku od seksualne viktimizacije žena koja je predmet brojnih kriminoloških istraživanja decenijama unazad, seksualna viktimizacija muškaraca je tek odnedavno počela da dobija određenu istraživačku pažnju. Univerzalno i rasprostranjeno neprepoznavanje seksualne viktimizacije muškaraca vrhuni isključenjem mogućnosti (koje još uvek odoleva u brojnim krivičnim zakonodavstvima) da se pojave u ulozi pasivnog subjekta krivičnog dela silovanja.

Istraživanja međutim pokazuju da seksualna viktimizacija muškaraca, premda znatno manje zastupljena u odnosu na seksualnu zloupotrebu žena, nije tako retka pojava, pogotovo kad je reč o psihofizički i socijalno ranjivim osobama – mladima,

* Redovni profesor, biljasp@hotmail.com.

beskućnicima, osobama sa homoseksualnom orijentacijom i pripadnicima različitih devijantnih grupa (Baron, 1997; Hoyt, Ryan, Cauce, 1999; Tyler, Whitbeck, Hoyt, Cauce, 2004). Anketna ispitivanja viktimizacije pokazuju da osobe muškog pola čine otprilike desetinu seksualno viktimizovanih osoba (Weiss, 2010). Većina izvršilaca seksualne zloupotrebe muškaraca jesu muškarci, premda ni učešće žena nije zanemarljivo (Fisher, Pina, 2013).

Zbog uobičajenog vezivanja seksualne nasilnosti za muški rod, njenim pripisivanjem bilo muškoj prirodi, bilo dominantnoj socijalnoj poziciji muškarca ili pak načinu na koji se muškarci socijalizuju, povezanost između seksualne agresije i maskuliniteta u javnoj svesti je postala toliko čvrsta da je veoma teško posmatrati muškarce kao žrtve seksualne zloupotrebe. Muška seksualna viktimizacija zanemarena je i u naučnom diskursu. Istraživači, kako to primećuju Dutton i Nicholls, obično inkliniraju konformizmu, zbog čega su skloni da prevede empirijske nalaze koji nisu saglasni sa preovlađujućim uverenjima (Dutton, Nicholls, 2005). Ta se uverenja, kada je reč o problemu seksualne zloupotrebe, oslanjaju prevashodno na dominirajuću feminističku istraživačku paradigmu gde se, gotovo isključivo, muškarac posmatra kao izvršilac, žena kao žrtva. Na drugoj strani, pak, u literaturi se sporadično ukazuje i na to da muškarci žrtve seksualnog nasilja trpe možda još snažniju stigmatizaciju (Graham, 2006), usled čega značajan broj viktimizacija ostaje neprijavljen (Fisher, Pina, 2013), čime se zatvara začarani krug neprepoznavanja, neotkrivanja i nerazumevanja problema seksualne zloupotrebe osoba muškog pola, i njihove sekundarne viktimizacije.

U ovom radu biće razmotreno aktuelno stanje stvari u pogledu istraživanja problema seksualne viktimizacije, odnosno različitih oblika seksualne zloupotrebe osoba muškog pola, pri čemu se pod seksualnom zloupotrebom razume svaka seksualna radnja učinjena bez pristanka pasivnog subjekta, odnosno prema licu koje je apsolutno nesposobno ili onemogućeno da slobodno donese odluku u sferi seksualnosti. Naročita pažnja biće usmerena na problem rodnih stereotipa koji održavaju negativne stavove prema muškarcima žrtvama seksualnih delikata, generišu intenzivnu sekundarnu viktimizaciju i doprinose nevidljivosti ovog tipa viktimizacije.

1. O TOME ŠTA I KOLIKO (NE) ZNAMO O MUŠKOJ SEKSUALNOJ VIKTIMIZACIJI

S obzirom na očekivanu veliku tamnu brojku seksualne viktimizacije muškaraca, izvor nešto pouzdanijih saznanja o raširenosti i drugim obeležjima ove pojave u ovom momentu mogu biti anketna ispitivanja viktimizacije. Nalazi studija o viktimizaciji koje se sprovode u Ujedinjenom Kraljevstvu i Sjedinjenim Državama govore da se učešće osoba muškog pola u strukturi žrtava seksualnih delikata kreće oko 10–20%, kao i da se godišnja stopa viktimizacije u starosnim grupama mlađe i srednje životne dobi kreće u proseku oko 1%. Tako, recimo, statistički podaci iz 2018. godine za Englesku i Vels pokazuju da je tokom godine koja je prethodila ispitivanju oko 560.000 (3,4%) žena i oko 140.000 (0,9%) muškaraca starosti od 16 do 59 godina bilo žrtva nekog seksualnog delikta (Office for National Statistics, 2018).

Na osnovu rezultata nekoliko istraživanja sprovedenih tokom poslednjih decenija, u Sjedinjenim Državama se procenjuje da svaka šesta osoba muškog pola doživi seksualnu zloupotrebu pre navršene 18. godine.¹ Studije sprovedene u ovoj zemlji ukazale su i na povišeni rizik od seksualne zloupotrebe kojem su izloženi muškarci sa invaliditetom. Mitra i saradnici, recimo, nalaze da je kod muškaraca sa invaliditetom stopa prevalencije seksualne viktimizacije tokom života skoro četiri puta veća u odnosu na muškarce bez invaliditeta – 13,9% naspram 3,7% (Mitra, Mouradian, Diamond, 2011).

Meta-analiza prevalencije seksualne viktimizacije u 27 država Evropske unije, koju su u okviru projekta *Seksualna agresija i viktimizacija mladih (Youth Sexual Aggression and Victimization)* sprovedeli Krahe i saradnici, otkrila je upadljive stope viktimizacije u evropskim zemljama: njihovi nalazi govore da se stopa prevalencije seksualne viktimizacije tokom života za žene kreće u rasponu od 9% do 83%, a za muškarce od 2% do 66% (Krahe, Tomaszewska, Kuyper, Vanwesenbeeck, 2014). O rasprostranjenosti ove pojave u Srbiji, u nedostatku odgovarajućih anketnih ispitivanja i istraživanja, moguće je steći tek blage nagoveštaje na osnovu šturih podataka Republičkog zavoda za statistiku, koji impliciraju da njena zastupljenost nije zanemarljiva. Tako, u polnoj strukturi žrtava krivičnih dela protiv polne slobode za koja su tokom 2018. godine izrečene krivične sankcije punoletnim licima, osobe muškog pola učestvuju sa 8,5%.²

Prema dosadašnjim empirijskim nalazima, muškarci su, kao i žene, izloženi spektru različitih oblika seksualne zloupotrebe. Istraživanja o polnom uznemiravanju pokazuju da ovaj oblik viktimizacije pogađa osobe oba pola, pri čemu muškarci češće doživljavaju uznemiravanje od strane osoba istog pola (Berdahl, Magley, Waldo 1996; Stockdale, Visio, Batra 1999, prema: Russell, Oswald, 2016). Waldo i saradnici (1998) su svojevremeno utvrdili da je u tri radne organizacije polovina muškaraca najmanje jednom iskusila seksualno uznemiravanje. U oko 40–52% slučajeva kao izvršilac je naznačen muškarac, u oko 30% slučajeva žena, a u oko 28% slučajeva osobe oba pola (prema: Russell, Oswald, 2016).

Nalazi dosadašnjih istraživanja u svetu ukazuju i na veoma rasprostranjenu seksualnu viktimizaciju osoba muškog pola u kaznenim zavodima. Primera radi, na osnovu anketnih ispitivanja zatvoreničke populacije u Sjedinjenim Državama u periodu od 2008–2009. godine, Stemple i Meyer utvrđuju da je broj događaja koji uključuju seksualnu viktimizaciju zatvorenika muškog pola prelazio 900.000 (Stemple, Meyer, 2014: 24). Seksualno nasilje u kaznenim zavodima najčešće se događa između zatvorenika, a poprima različite oblike – od polnog uznemiravanja, do seksualnog ropstva, silovanja i grupnog silovanja. Maloletnici su izloženi riziku seksualne zloupotrebe od strane kako osoblja tako i drugih zatvorenika, naročito u situa-

1 1 in 6 org. „Support for Men and Those Who Care about Them”, The 1 in 6 Statistic. Dostupno na: <https://1in6.org/get-information/the-1-in-6-statistic/>, pristupljeno 01.04.2020.

2 Apsolutne frekvencije žrtava krivičnih dela protiv polne slobode za koja su tokom 2018. godine osuđena punoletna lica iznose 15 osoba muškog i 163 osobe ženskog pola. U strukturi žrtava muškog pola prema krivičnom delu dominiraju žrtve dela *nedozvoljene polne radnje* (11), dok je po jedno lice oštećeno delima: *silovanje; obljava sa detetom; polno uznemiravanje i podvođenje, i omogućavanje vršenja polnog odnosa*. Izvor: Republički zavod za statistiku, 2019, str. 92.

cijama kada nakon njihovog lišenja slobode izostane brzi pristup roditelja, staratelja ili branilaca, odnosno kada bivaju smešteni u iste objekte sa odraslim zatvorenici-ma, ili pak sa maloletnicima starijeg uzrasta (OSCE/ODIHR, 2019: 47; 49).

Rezultati sprovedenih studija ukazuju kako na određene sličnosti, tako i na razlike ženskog i muškog iskustva seksualne viktimizacije. Jedna od sličnosti ogleda se u činjenici da su osobe mlađe životne dobi izloženije riziku od seksualne viktimizacije u poređenju sa pripadnicima starijih kategorija. Na osnovu nalaza nacionalnih anketnih ispitivanja viktimizacije u Sjedinjenim Državama u periodu od 1992. do 2000. godine, Weiss (2010) je kao medijanu starosti seksualno viktimizovanih osoba oba pola utvrdila 24 godine. Ova autorka je takođe ustanovila da polovina žrtava oba pola potiče iz siromašnijih porodica. Seksualni napad i na žene i na muškarce je u 7% slučajeva izvršen korišćenjem oružja, dok su žrtve oba pola u 9% slučajeva pretrpele telesne povrede koje su zahtevale lečenje. Seksualni napad na muškarce, kao i na žene, u oko 95% slučajeva biva izvršen od strane jednog lica (Weiss, 2010: 280–284). Sličnosti u iskustvu viktimizacije ogledaju se i u slučajevima silovanja na ljubavnom sastanku, kada partner odbija da prihvati seksualno odbijanje, kao i u slučajevima polnog uznemiravanja od strane osoba istog ili različitog pola (Weiss, 2010: 287–289).

Rodne razlike u iskustvu seksualne viktimizacije tiču se pre svega rizika od silovanja, polne strukture izvršilaca i odnosa žrtve sa izvršiocom seksualne zloupotrebe. Weiss je u okviru pomenutog istraživanja u Sjedinjenim Državama ustanovila da žene pogađa značajno veći rizik da pretrpe najteži oblik seksualne zloupotrebe – silovanje ili pokušaj silovanja. Posebno je zanimljiv nalaz ovog istraživanja o polnoj strukturi izvršilaca: dok je 99% žena viktimizovano od strane osoba muškog pola, izvršioci delikta prema muškarcima su u 54% slučajeva bili muškog, a u 46% ženskog pola, što, kako primećuje Weiss, odudara od kulturalnih stereotipa o ženama kao fizički i seksualno pasivnim, i od uverenja da jedino muškarci vrše seksualno nasilje (Weiss, 2010: 284). Dok blizu petine žrtava oba pola biva viktimizovano od strane nepoznatih osoba, muškarci su dvostruko češće od žena viktimizovani od strane kolega, dok su žene češće nego muškarci viktimizovane od strane intimnog partnera.

Upadljive rodne razlike postoje u pogledu odlučivanja o prijavljivanju viktimizacije, i to bilo da je reč o lakšim ili o težim oblicima seksualne zloupotrebe. Waldo i saradnici (1998) ukazuju na „mačo-mentalitet“ i pritisak užeg socijalnog okruženja koji čine da muškarci prijavljuju polno uznemiravanje još ređe nego što to čine žene.³ Weiss (2010) ovu razliku objašnjava efektom rodnih normi maskuliniteta, upućujući na nalaz da je manje verovatno da će muškarac žrtva prijaviti napad doživljen od osobe ženskog pola nego napad od strane muškarca – verovatno je da muškarci žrtve interpretiraju i doživljavaju neželjeni seksualni akt koji izvrše muškarci kao ozbiljniji, budući da ugrožava i njihov heteroseksualni identitet. Norme maskuliniteta služe da pripišu krivicu muškarcu žrtvi, da ga učutkaju i obeshrabre da formalno zatraži pomoć (Walker, Archer, Davies, 2005).

3 Weiss je, primera radi, na temelju podataka iz nacionalnih anketnih ispitivanja viktimizacije u Sjedinjenim Državama utvrdila da je odluku da prijavi seksualnu viktimizaciju donelo 30% žena i svega 15% muškaraca (Weiss, 2010: 284–285).

Strah od homoseksualne stigme nesumnjivo doprinosi velikoj tamnoj brojci svih seksualnih zlopotreba koje trpe osobe muškog pola. U opisima iskustva seksualne viktimizacije, kako ukazuje Weiss, muškarci žrtve obično naglašeno nastoje da racionalizuju svoju ranjivost ukazujući na vlastitu intoksiranost i upuštanje u razne rizične („tipično muške“) aktivnosti u kritično vreme, ili pak da reafirmišu ugrožen muški rodni i seksualni identitet potencirajući silovitost kojom su uzvraćali napadačima, posebno onim muškog pola (Weiss, 2010: 294). Seksualnu viktimizaciju muške dece takođe karakteriše velika tamna brojka: empirijski nalazi pokazuju da vrlo mali procenat seksualno zlopotrebljene dece o tome obavesti nekog odraslog (Finkelhor, Shattuck, Turner, Hamby, 2014), te da su dečaci generalno znatno ređe od devojčica voljni da prijave viktimizaciju (Nofziger, Stein 2006, prema: Hlavka, 2017: 483).

Muškarci žrtve seksualnog nasilja, kao i žene, trpe brojne fizičke i psihičke posledice viktimizacije, uključujući povredu genitalija, narušavanje reproduktivnih i seksualnih kapaciteta, zaražavanje polno prenosivim bolestima, hronične bolove, produženu anksioznost, depresiju, posttraumatski stresni poremećaj, suicidalnost, osećanje stigmatizovanosti i narušenog rodnog identiteta i dr. (OSCE/ODIHR, 2019: 48).

Postojeća naučna saznanja o izvršiocima seksualne zlopotrebe muškaraca nevelika su i nedovoljna. Ona uglavnom pokazuju da je u većini slučajeva, bilo da je reč o viktimizaciji odraslih muškaraca ili muške dece, napadač muškarac, dok se učešće žena u strukturi izvršilaca kreće oko 1–6% (O'Brien, 2011). Dosadašnja empirijska saznanja govore da se najveći broj izvršilaca seksualne zlopotrebe deklariraju kao heteroseksualni muškarci (Lisak, Hopper, Song, 1996). Žrtva ih najčešće poznaje, ali s njima obično nije blisko povezana (Holmes, Slap, 1998). Procenjuje se da je velika većina izvršilaca (čak do 80%) zlostavljana u detinjstvu i ranoj mladosti (O'Brien, 2011: 116).

U literaturi se sreću i prve tipologije izvršilaca. Klasifikacije prema kriterijumu motivacije obično razlikuju dve grupe izvršilaca: prvu grupu čine homoseksualni muškarci koji viktimizuju druge homoseksualne muškarce prvenstveno radi seksualne gratifikacije, dok drugu čine heteroseksualni muškarci koji teže da zadovolje želju za dominacijom i kontrolom (prema: Greathouse, Saunders, Matthews, Keller, Miller, 2015: 43–44).

2. RODNI STEREOTIPI I SEKUNDARNA VIKTIMIZACIJA

Naspram pojma *pol* (e. *sex*) koji se odnosi na biološke aspekte muškosti i ženskosti, izraz *rod* (e. *gender*) označava psihološka, socijalna i kulturalna iskustva i obeležja povezana sa društvenim statusom žena i devojčica, odnosno muškaraca i dečaka, i uključuje tvrdnje, kulturna uverenja, norme i stereotipe u vezi s njihovim ponašanjem, kognicijom i emocijama (Pleck, 1981, 1995, prema: American Psychological Association, 2018: 2). Socijalne predstave o polovima i kruti rodni ideali postavljaju kulturalna očekivanja od muškaraca da budu snažni i neranjivi: stan-

dardi hegemonog maskuliniteta⁴ zahtevaju kontrolu kako nad vlastitim osećanjima i doživljajima, tako i nad drugima (Weiss, 2010). Hegemoni maskulinitet određuje šta podrazumeva *pravi muškarac*: karakterišu ga naročito kompetitivnost, dominacija, agresivnost i emocionalni stoicizam (American Psychological Association, 2018). Njegova dva uporišta su dominacija nad ženama i međumuška hijerarhija i dominacija, a u značajnoj meri ga karakteriše i stigmatizacija homoseksualnosti (Connell, 1987; Frank, 1987, prema: Kupers, 2005: 716). Hegemoni maskulinitet se reflektuje u nemilosrdnoj kompetitivnosti, nesposobnosti da se slobodno ispolji bilo koje osećanje sem besa,⁵ nepriznavanju slabosti ili zavisnosti, omalovažavanju žena i „ženskih“ osobina kod muškaraca, i homofobiji (Brittan, 1989, prema: Kupers, 2005: 716). Ovaj stereotip muževnosti oblikuje socijalizaciju mladih muškaraca: i mada su mnogi muškarci mentalno vrlo udaljeni od njega, oni ipak brinu da li će ih drugi opažati kao nemuževne (Kupers, 2005).

Ukorenjeni rodni stereotipi, uz *mitove o silovanju* kao široko prihvaćena, tvrdokorna uverenja koja „negiraju, minimizuju i opravdavaju seksualno nasilje“ (Bohner, 1998, prema: Nyúl, Kende, Engyel, Szabó, 2018: 2), čine mušku seksualnu viktimizaciju skoro nezamislivom, doprinose neprepoznavanju muškaraca kao žrtava i snažno generišu negativne stavove prema muškoj seksualnoj viktimizaciji (Doherty, Anderson, 2004; Sleath, Bull, 2009; Weiss, 2010). Svrha mitova o silovanju, koji su se prvobitno ekskluzivno odnosili na viktimizaciju žena, ogledala se u održavanju kulturalne prihvatljivosti seksualnog nasilja prema ženama i obezbeđivanju izvršiocima lepeze opravdanja i izgovora, kroz konstruisanje silovanja kao primarno seksualnog (umesto primarno nasilnog) čina (Doherty, Anderson, 2004). Mitovi o silovanju muškaraca kompletiraju ideološku branu tradicionalnog socijalno-rodnog poretka, podeljenosti i nejednakosti polova. Jednako kao i mitovi o silovanju žena (poput onog da „žene često provociraju akt svojim izgledom ili ponašanjem“), usmereni su na prebacivanje krivice na žrtvu, kreiranje negativnih stavova prema njoj i pravdanje izvršilaca (Fisher, Pina, 2013: 13). U literaturi se kao najčešći navode sledeći mitovi: „muškarac je dovoljno fizički snažan da je nemoguće da bude prinuđen na seksualnu aktivnost“; „silovanja muškaraca se događaju samo u zatvoru“ (Kassing, Beesley, Frey, 2005, prema: Graham, 2006); „silovan muškarac više nije muško“; „muškarac uvek uživa u seksu, čak i kad je na njega prisiljen“, te „svaki zdrav muškarac može da odbije seksualni napad ukoliko to stvarno želi“ (Sleath, Bull, 2009). Mitovi o silovanju konstruišu viktimizaciju muškaraca najčešće ili kao aberantnu, ili kao bezopasnu (Denov 2003; Scarce 1997, prema: Hlavka, 2017: 483), obeshrabrujući žrtve da delo prijave.

Oštrina stigmatizacije muškaraca žrtava proističe iz činjenice da muška seksualna viktimizacija ugrožava norme hegemonog maskuliniteta i heteroseksualnosti koji

4 Maskulinitet je muška rodna ideologija koja predstavlja skup opisnih, propisanih i obavezujućih spoznaja i obeležja muževnosti koja u tradicionalnom smislu uključuju naročito: anti-ženstvenost, postignuće, nepokazivanje slabosti, avanturizam, rizikovanje i nasilje (Levant, Richmond, 2007, prema: American Psychological Association, 2018: 2–3).

5 Rodna socijalizacija i učenje dečaka i mladih muškaraca da suzbijaju svoje emocije smatra se psihološki veoma štetnom, kako za njih same, tako i za njihovo okruženje (American Psychological Association, 2018).

su obavezni i podrazumevani u tradicionalnom, patrijarhalnom socijalno-rodnom poretku. Heteroseksualnost korespondira sa tradicionalnom podelom seksualnih i rodni uloga na mušku-dominantnu, aktivnu, i žensku-podređenu, pasivnu, te muška homoseksualnost predstavlja uvredu i izazov za tradicionalni poredak i maskulinitet. Od muškarca se očekuje da je u stanju da odbije napad i da se odbrani – ako je pretrpeo seksualni napad biva opažen kao seksualni objekt, slab, oštećen, bespomoćan, *feminiziran* (Kwon, Lee, Kim, Kim, 2007). Muškarci se odmalena intenzivno izlažu heteronormativnosti i posebnim rodni normama oličenim u parolama i poukama poput: „budi muško“, „muškarci ne plaču“, „ne ponašaj se kao devojčica“ i slično. Povrh toga, dečaci se još od najranijeg uzrasta uče i podstiču da se aktivno distanciraju od homoseksualiteta, kao i da maskulinitet potvrđuju homofobičnim ponašanjem (Pascoe, 2007, prema: Hlavka, 2017: 484–485). Kad muškarca seksualno zlopotrebi drugi muškarac, on je zapravo dvostruko stigmatizovan: kao žrtva i kao „homoseksualac“, čak i kad ovo drugo nije slučaj (Watson, 2014, prema: OSCE/ODIHR, 2019: 72). Rezultati istraživanja koje su sproveli Doherty i Anderson ukazuju da je, kad je reč o reakciji javnosti na silovanje osoba muškog pola, jasan fokus na seksualnu orijentaciju žrtve, uz tendenciju da se delo posmatra pre kao seksualni nego nasilni čin i ispoljava manje interesovanja i saosećanja u slučajevima viktimizacije homoseksualnih muškaraca, što izvršiocima pruža priliku da praktično „normalizuju“ svoje ponašanje (Doherty, Anderson, 2004).

U feminističkom ključu, seksualno nasilje se razume kao metod kontrole i održavanja muške dominacije nad ženama, instrument zastrašivanja kojim svi muškarci drže sve žene u stanju straha (Brownmiller, 1975: 15). Mitovi o silovanju, ne samo da obezbeđuju opravdanje muškarcima koji ih vrše, već učvršćuju uverenje žena da moraju prihvatiti tradicionalne rodne uloge koje muškarce postavljaju u poziciju moći, da bi smanjile verovatnoću da budu silovane. Strah od silovanja ženu drži u kući, čini je pasivnom i skromnom, kako ne bi odavala utisak da je „provokativna“ (Griffin, 1979: 21, prema: Fisher, Pina, 2013). I premda je gotovo nepodeljen stav da je klasična feministička teorija odlučujuće doprinela razumevanju problema seksualnog nasilja, njena premisa da je žrtva seksualne zlopotrebe uvek žena, a izvršilac muškarac je, kako primećuje Graham, veoma problematična ako dominira objašnjenjem seksualne viktimizacije, kao isključivo rodno zasnovanog socijalnog fenomena (Graham, 2006: 187). Višedecenijska usredsređenost na žene žrtve usadila je pogrešno uverenje o tome da muškarci nisu izloženi naročitom riziku od seksualne viktimizacije, i demotivisala empirijska istraživanja mimo paradigme „izvršilac muškarac – žrtva žena“, zanemarujući čak i problem seksualne zlopotrebe muške dece (Denov, 2003; Hartill, 2009; Stemple, Meyer, 2014). U isto vreme, konceptualizacija muškarca kao isključivog aktera seksualne zlopotrebe i žene kao ekskluzivne žrtve otežava muškarcima percepciju i prihvatanje vlastitog iskustva seksualne viktimizacije, pogotovo ako se u ulozi izvršilaca pojave žene (Graham, 2006). Tako je i sama feministička škola mišljenja, premda svesna štete od rodno-stereotipnog pristupa žrtvi, paradoksalno omogućila rodno stereotipiziranje (feminizaciju) viktimizacije i neprepoznavanje muške seksualne viktimizacije (Fisher, Pina, 2013).

Mitovi o muškoj seksualnosti i pripisivanje inherentnog seksualnog oportunizma i uživanja muškarca u svakom seksualnom činu bez izuzetka, doprinose

neprepoznavanju traume koju nosi njihova seksualna viktimizacija (Smith, Pine, Hawley, 1988, prema: Fisher, Pina, 2013). Muškarci žrtve se, stoga, obično posmatraju ili kao manje traumatizovani silovanjem nego žene, ili pak kao homoseksualci (Struckman-Johnson, Struckman-Johnson 1992; Stermac, Del Bove, Addison 2004, prema: Hlavka, 2017: 485). Zbog straha od negativnih reakcija okruženja poput neverovanja ili ravnodušnosti, samookrivljanja ili straha da će biti prepoznati kao slabići, homoseksualci i „otpadnici“ od muškog roda, muškarci najčešće odustaju od prijavljivanja seksualne viktimizacije, uprkos njenim često teškim posledicama koje često uključuju stigmatu, depresiju, anksioznost, zloupotrebu psihoaktivnih supstanci i suicidalnost (Struckman-Johnson, Struckman-Johnson 1992; Doherty, Anderson, 2004; Dube, Anda, Whitfield *et al*, 2005; Hlavka, 2017). Iskustvo viktimizacije godinama prati žrtve posredstvom flešbekova i snažnih emocionalnih sećanja (Petersson, Plantin, 2019). Samookrivljanje muškaraca koji su doživeli seksualni napad od strane osobe muškog pola ogleđa se naročito u naknadnom preispitivanju sopstvene seksualne orijentacije, odnosno traženju vlastitih obeležja koje čine da ih drugi opažaju kao homoseksualce (Tewksbury, 2007).

Istraživači ukazuju da ne postoji „tipičan“ psihološki odgovor muškaraca na seksualnu viktimizaciju, te da on varira od smirenosti, preko anksioznosti, gneva, hostilnosti i depresivnosti, do „skoro totalnog emocionalnog sloma“ (Tewksbury, 2007: 28). Na stepen traumatičnosti i obeležja traume muške seksualne viktimizacije upućuje iskustvo žrtava nedavno osuđenog serijskog izvršioca silovanja Reynharda S, tridesetšestogodišnjeg studenta doktorskih studija u Engleskoj. Naime, prema medijskim navodima:

U periodu od 1915–1917. Reynhard S. je seksualno zlostavljao na desetine mladića u Mančesteru, zbog čega je osuđen u nekoliko sukcesivnih sudskih postupaka. Poslednjom sudskom odlukom iz januara 2020. godine osuđen je na kaznu doživotnog zatvora zbog silovanja 44 lica muškog pola i još četiri seksualna napada. Do žrtava je dolazio tako što je u ranim jutarnjim satima, predstavljajući se kao brižni slučajni prolaznik, nudio prenoćište alkoholisanim mladićima i odvodio ih u svoj stan, da bi im zatim davao omamljujuća sredstva i seksualno zlostavljao, što je i snimao. Žrtve su mahom bile heteroseksualne orijentacije a Reynhard je, po svedočenju njegovih poznanika, svoje poduhvate opisivao kao avanturu „preobraćanja“ heteroseksualnih mladića. Otkriven je pošto ga je jedan osamnaestogodišnjak koji se osvestio tokom napada savladao, uzeo mu telefon i događaj prijavio policiji. Reynhard se branio time da su svi odnosi bili dobrovoljni, da su muškarci pristajali da budu snimani i da nisu bili uspavljivani, te da je sve što se dešavalo bila igra uloga iz seksualnih fantazija. Žrtve su, pak, posledice viktimizacije opisivale kao: „uništavanje dela života“; sunovrat karijere i ličnih odnosa zbog preživljenog zlostavljanja; socijalnu izolovanost; suicidalnost; okretanje prekomernom konzumiranju alkohola, i udaljavanje od bližnjih i prijatelja kojima nisu bili u stanju da se povere (BBC News, 6 January 2020; *The Guardian*, 6 January 2020).

Hlavka (2017) ukazuje na specifičnu hijerarhiju muške seksualne viktimizacije gde se kao „idealne žrtve“ pojavljuju dečaci i heteroseksualni mladići koji su tokom izvršenja bili omamljeni ili fizički povređeni, budući da oni mogu da „objasne“ viktimizaciju i repariraju svoj maskulinitet u okviru postojeće rodne ideologije. Na začelju su žrtve homoseksualci čije se nepristajanje na seksualni kontakt preispituje

u svjetlu njihove devijantne seksualnosti – kao u slučaju mitova o silovanju žena, za ovu kategoriju žrtava se često veruje da su „to tražile“. Mladi muškarci koji su doživeli seksualnu zloupotrebu od strane žena nalaze se negde između – njihova heteroseksualnost se ne dovodi u pitanje, ali se veoma teško opažaju kao žrtve u kulturi u kojoj se pretpostavlja da se muškarci neprekidno i rado upuštaju u heteroseksualne odnose, bez obzira na okolnosti. Ova hijerarhija, kako ukazuje Hlavka, korespondira sa dominantnim modelima interpretacije seksualne viktimizacije žena, u okviru koje se silovanje od strane nepoznatog muškarca tretira kao „pravo“, dok se viktimizacija od strane poznanika opaža kao sumnjiva, uprkos njenoj većoj zastupljenosti (Hlavka, 2017: 499). Destruktivne rodne norme („toksični maskulinitet“),⁶ raširenost stereotipa o muževnosti i seksualnosti i strah od stigmatizacije, glavni su razlozi zašto muškarci ne prijavljuju viktimizaciju i ne traže pomoć što pored ostalog povećava rizik da razviju posttraumatski stresni poremećaj (Larsen, Hilden, 2016; Depraetere, Vandeviver, Vander Beken, Keygnaert, 2018).

U muškim kaznenim zavodima kao „hipermaskulinom“ okruženju, hegemoni karakter maskuliniteta naročito je naglašen, a seksualno nasilje se koristi prema muškarcima i dečacima kao način ponižavanja, degradiranja i kontrole (OSCE/ODIHR, 2019: 22). I premda nije sporno zapažanje istraživača da je hijerarhija koja se u kaznenim zavodima uspostavlja replika maskulinih odnosa moći u širem društvu (Newton, 1994; Kupers, 2005), zanimljivo je, čak indikativno to što heteroseksualne norme, koje su okosnica normativnog maskuliniteta, veoma lako bivaju zamenjene drugim, prigodnijim, koje obezbeđuju potporu za ostvarivanje neposredne gratifikacije „moćnijih“ zatvorenika.

U svjetlu empirijskih nalaza o vrlo raširenim seksualnim zloupotrebama između zatvorenika muškog pola, hipermaskulino okruženje u kaznenim zavodima moglo bi se interpretirati i kao odbrambeno naglašavanje muževnosti kao protivteže seksualnim praksama koje tradicionalni rodni identitet stavljaju pod znak pitanja.

ZAVRŠNE NAPOMENE

Konceptualizacija seksualne viktimizacije kao zloupotrebe čiji su izvršioци po pravilu muškarci, a žrtve žene, već je dugo dominantna istraživačka paradigma za razmatranje problema seksualne viktimizacije (Stemple, Meyer, 2014: 19). Premda žene upadljivo i konzistentno dominiraju u strukturi žrtava, nedopustivo je ignorisanje značaja temeljnijeg istraživanja muškog seksualnog viktimiteta, i onih empirijskih nalaza koji nedvosmisleno pokazuju da su lica muškog pola takođe izložena seksualnoj viktimizaciji. Pretpostavlja se, štaviše, da je obim ovog viktimiteta značajno potcenjen čak i u nalazima anketnih ispitivanja viktimizacije, imajući u vidu da viktimizovani muškarci mogu odbijati da prepoznaju ili prihvate događaj kao vlastitu seksualnu viktimizaciju ako veruju da se takve stvari ne događaju „pravim“ muškarcima (Weiss, 2010: 289).

6 Prema Kupersu, izraz „toksični maskulinitet“ se odnosi na one aspekte hegemonog maskuliniteta koji su socijalno destruktivni, poput mizoginije, homofobije, pohlepe i nasilne dominacije (Kupers, 2001; 2005: 716).

Empirijski nalazi konzistentno govore da žrtve oba pola, strahujući od stigme i odbacivanja, mahom zaziru od prijavljivanja seksualne viktimizacije, uključujući i silovanje, bez obzira na pol izvršioca. Dok žene primarno strahuju da im se neće verovati, da će njihova viktimizacija biti trivijalizovana ili viđena kao „zaslužena“ ili „isprovocirana“, muškarci se uzdržavaju od prijavljivanja najčešće zbog stereotipnog kulturalnog poimanja seksualnog nasilja i rodnog ideala maskuliniteta kojima se negira da pravi, „normalan“ muškarac može biti silovan, ili nezainteresovan za heteroseksualni kontakt, ili pak nesposoban da se zaštiti i zadrži kontrolu u svakoj situaciji (Weiss, 2010: 293). Socijalna očekivanja oblikovana kroz dominantne rodne uloge, seksualne skripte i mitove o silovanju značajno utiču ne samo na prijavljivanje seksualnih delikata, već i na njihovo procesuiranje, kao i na odluku žrtve da traži pomoć, a naposljetku i na obim pomoći koju će dobiti (Depraetere *et al.*, 2018: 16). Nevidljivost žrtava seksualne zloupotrebe u javnosti posebno je karakteristična za odrasle muškarce, budući da oni upadljivo odudaraju od predstave o „idealnoj“ žrtvi. Najviše međutim zabrinjava to što nju još uvek prati konzistentno zanemarivanje muškog seksualnog viktimiteta u naučnom i stručnom diskursu, kao i u oblasti tretmana, zaštite i prevencije (Depraetere *et al.*, 2018: 16).

Seksualna viktimizacija osoba muškog pola nije sporadična pojava, naprotiv. Seksualno nasilje nije podrazumevajuće heteroseksualno, niti je isključivo „muško“, ni ekskluzivno usmereno ka ženama, i očevidna je potreba za temeljnijim izučavanjem ovog problema i afirmisanjem analitičkog okvira izvan rodno ekskluzivne terminologije i paradigme o seksualnom nasilju kao rodno predodređenom i rodno usmerenom fenomenu. Potrebu za rodno inkluzivnim pristupom problemu seksualne viktimizacije, pak, ne bi trebalo rešavati nekritičkim proširivanjem pojma rodno zasnovanog nasilja. Ako se poštuje pravo feministkinja na nepovredivost definicije i autentično tumačenje rodno zasnovanog nasilja kao izraza i rezultata istorijske nejednakosti polova, odnosno *diskriminacije* (svih) žena u odnosu na (sve) muškarce, terminološko-konceptualni okvir za seksualnu viktimizaciju muškaraca ne treba tražiti u razapinjanju originalne definicije rodno zasnovanog nasilja, iako su već učinjeni ozbiljni pokušaji raznih međunarodnih organizacija da konstruišu njene „rodno inkluzivne“ varijante (COFEM, 2017). Inkluzivno problematizovanje seksualne viktimizacije moguće je učiniti u kontekstu tradicionalnih rodnih uloga, tj. iz perspektive moći i kontrole posredstvom normativnog maskuliniteta, ili pak kroz nešto širi koncept zloupotrebe (unutarrodne i međurodne) zasnovane na neravnoteži moći (*e. power-based abuse*).

Ono što se u ovom momentu čini najvažnijim jeste podsticanje daljeg izučavanja seksualne viktimizacije osoba muškog pola i njihove stigmatizacije utemeljene na socijalnim stereotipima, predrasudama i zabludama. Svrha takvog poduhvata prevazilazi epistemološki značaj. Kreiranje raznih socijalnih politika i kriminalno-političkih mera oslanja se, barem delom, na rezultate naučnih istraživanja – zbog toga je odsudno da se ona sprovode na način koji neće omogućiti ili legitimisati nevidljivost, stereotipizaciju, sekundarnu viktimizaciju i nejednak tretman žrtava na osnovu njihovog pola. U isto vreme, šira perspektiva bi vremenom relaksirala napetosti u akademskom diskursu u ovoj oblasti i konačno podstakla njen dalji razvoj kroz usmeravanje šire naučne pažnje na društvene stereotipe, socijalna očekivanja, nejednakost i druge socijalne faktore nasilja u savremenom društvu.

Rašireni rodni i drugi stereotipi koji se vezuju za pojedine kategorije žrtava mogu da olakšaju i učvrste izvršilačku odluku i prelazak na čin nasilja prema njima: način na koji će izvršilac neutralisati i racionalizovati vlastitu odgovornost i mera u kojoj će koristiti manevre degradiranja žrtve, direktno zavise od stepena u kome konkretno društvo toleriše nejednakost. Za budućnost bi od značaja bilo da se sa više istraživačkog entuzijazma pristupi otkrivanju rodni specifičnosti vršenja i viktimizacije seksualnim deliktima, kao i načina na koje društvo, kroz kreiranje i prioritizaciju kulturnih vrednosti, zadržava pojedine socijalne grupe u poziciji podređenosti, degradiranosti i ranjivosti. S tim u vezi, istraživanja bi trebalo da budu usmerena kako na tradicionalne rodne, tako i na unutarrodne hostile kulturne procese (poput mačizma, internalizovanog seksizma i ženske mizoginije), kako bi se u perspektivi ostvarili preduslovi za uspešniju kontrolu problema nasilja i seksualne zloupotrebe, kao i za kvalitetniju zaštitu žrtava.

LITERATURA

- American Psychological Association, Boys and Men Guidelines Group (2018). *APA guidelines for psychological practice with boys and men*. [<http://www.apa.org/about/policy/psychological-practice-boys-men-guidelines.pdf>], pristupljeno 12.03.2020.
- Baron, S. W. (1997). Risky lifestyles and the link between offending and victimization, *Studies on Crime and Crime Prevention*, 6: 53–71.
- BBC News (6 January 2020). “Reynhard Sinaga: ‘Evil sexual predator’ jailed for life for 136 rapes“, [<https://www.bbc.com/news/uk-50987823>], pristupljeno 15.01.2020.
- Brownmiller. (1975). *Against our will: Men, women and rape*. New York, NY: Fawcett Columbine.
- COFEM (2017). *Reframing language of ‘gender-based violence’ away from feminist underpinnings, Feminist Perspectives on Addressing Violence Against Women and Girls Series*, Paper No. 2, Coalition of Feminists for Social Change.
- Denov, M. (2003). The Myth of Innocence: Sexual Scripts and the Recognition of Child Sexual Abuse by Female Perpetrators, *Journal of Sex Research*, 40: 303–14.
- Depraetere, J., Vandeviver, C., Vander Beken, T., Keygnaert, I. (2018). Big boys don’t cry: a critical interpretive synthesis of male sexual victimization, *Trauma, Violence & Abuse*, (Review Manuscript), 1–20.
- Doherty, K., Anderson, I. (2004). Making sense of male rape: Constructions of gender, sexuality and experience of rape victims, *Journal of Community and Applied Social Psychology*, 14, 85–103.
- Dube, S.R., Anda, R.F., Whitfield, C.L., Brown, D.W., Felitti, V.J., Dong, M., Giles, W.H. (2005). Longterm Consequences of Childhood Sexual Abuse by Gender of Victim, *American Journal of Preventive Medicine*, 28: 430–38.
- Dutton, D.G., Nicholls, T.L. (2005). Gender paradigm in domestic violence research and theory: Part I—The conflict of theory and data, *Aggression and Violent Behavior*, 10 (6):680–714.
- Finkelhor, D., Shattuck, A., Turner, H., Hamby, S. (2014). The Lifetime Prevalence of Child Sexual Abuse and Sexual Assault Assessed in Late Adolescence, *Journal of Adolescent Health*, 55: 329–33.
- Fisher, N. L., Pina, A. (2013). An overview of the literature on female-perpetrated adult male sexual victimization, *Aggression and Violent Behavior*, 18 (1): 54–61.
- Graham, R. (2006). Male rape and the careful construction of the male victim, *Social and Legal Studies*, 15, 187–208.

- Greathouse, S., Saunders, J., Matthews, M., Keller, K., Miller, L. (2015). Male Perpetrators Who Sexually Assault Male Victims. In: *A Review of the Literature on Sexual Assault Perpetrator Characteristics and Behaviors* (pp. 43–46). RAND Corporation. [www.jstor.org/stable/10.7249/j.ctt19w72tz.12], pristupljeno 06.04.2020.
- Hartill, M. (2009). The Sexual Abuse of Boys in Organized Male Sports, *Men and Masculinities*, 12 (2): 225–249.
- Hlavka, H.R. (2017). Speaking of Stigma and the Silence of Shame: Young Men and Sexual Victimization, *Men and Masculinities*, 20 (4): 482–505.
- Holmes, W.C., Slap, G.B. (1998). Sexual Abuse of Boys: Definition, Prevalence, Sequelae, and Management, *Journal of the American Medical Association*, 280 (21): 1855–1872.
- Hoyt, D. R., Ryan, K. D., Cauce, A. M. (1999). Personal victimization in a high-risk environment: Evaluating the relative effects of exposure, attractiveness and guardianship, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 36, 371–392.
- Krahé, B., Tomaszewska, P., Kuyper, L., Vanwesenbeeck, I. (2014). Prevalence of sexual aggression among young people in Europe: A review of the evidence from 27 EU countries. *Aggression and Violent Behavior*, 19(5), 545–558. [https://doi.org/10.1016/j.avb.2014.07.005], pristupljeno 16.02.2020.
- Kupers, T. (2005). Toxic Masculinity as a Barrier to Mental Health Treatment in Prison, *Journal of Clinical Psychology*, 61 (6):713–724.
- Kwon, I., Lee, D. O., Kim, E., Kim, H. Y. (2007). Sexual violence among men in the military in South Korea, *Journal of Interpersonal Violence*, 22, 1024–1042.
- Larsen, M.L., Hilden, M. (2016). Male victims of sexual assault; 10 years' experience from a Danish Assault Center, *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 43, 8–11.
- Lisak, D., Hopper, J., Song, P. (1996). Factors in the cycle of violence: Gender Rigidity and Emotional Constriction, *Journal of Traumatic Stress*, 9: 721–743.
- Mitra, M., Mouradian, V.E., Diamond, M. (2011). Sexual violence victimization against men with disabilities, *American Journal of Preventive Medicine*, 41(5): 494–497.
- Newton, C. (1994). Gender Theory and Prison Sociology: Using Theories of Masculinities to Interpret the Sociology of Prisons for Men, *The Howard Journal of Criminal Justice*, 33:193–202.
- Nyúl, B., Kende, A., Engyel, M., Szabó, M. (2018). Perception of a Perpetrator as a Successful Person Predicts Decreased Moral Judgment of a Rape Case and Labeling it as Rape, *Frontiers in Psychology*, 9:2555.
- O'Brien, D. (2011). *Understanding Male Sexual Abuse: Why Male Victims Remain Silent*. iUniverse.
- Office for National Statistics (2018). *Sexual offending: victimisation and the path through the criminal justice system*. [https://www.ons.gov.uk/releases/anoverviewofsexualoffendinginenglandandwalesyearendingmarch2018], pristupljeno 20.03.2020.
- OSCE/ODIHR (2019). *Preventing and Addressing Sexual and Gender-Based Violence in Places of Deprivation of Liberty Standards, Approaches and Examples from the OSCE Region*. Warsaw: ODIHR.
- Petersson, C., Plantin, L. (2019). Breaking with Norms of Masculinity: Men Making Sense of Their Experience of Sexual Assault, *Clinical Social Work Journal*, 47:372–383.
- Republički zavod za statistiku (2019). *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji – prijave, optuženja, osude*. Bilten br. 653. Beograd: RZS.
- Russell, B. L., Oswald, D. (2016). When Sexism Cuts Both Ways: Predictors of Tolerance of Sexual Harassment of Men, *Men and Masculinities*, 19 (5): 524–544.
- Sleath, E., Bull, R. (2009). Male Rape Victim and Perpetrator Blaming, *Journal of Interpersonal Violence*, 6, 969–988.
- Stemple, L.J.D., Meyer, H. (2014). The Sexual Victimization of Men in America: New Data Challenge Old Assumptions, *American Journal of Public Health*, 104 (6): 19–26.

- Struckman-Johnson, C., Struckman-Johnson, D. (1992). Acceptance of Male Rape Myths among College Men and Women, *Sex Roles*, 27: 85–100.
- The Guardian* (6 January 2020). „Reynhard Sinaga: the ‘Peter Pan’ student who raped scores of men“, [<https://www.theguardian.com/uk-news/2020/jan/06/reynhard-sinaga-peter-pan-phd-student-who-raped-scores-of-men>], pristupljeno 15.01.2020.
- Tyler, K. A.; Whitbeck, L. B.; Hoyt, D. R.; Cauce, A. M. (2004). Risk Factors for Sexual Victimization Among Male and Female Homeless and Runaway Youth, Sociology Department, Faculty Publications. 35. [<https://digitalcommons.unl.edu/sociologyfacpub/35>], pristupljeno 17.02.2020.
- Tewksbury, R. (2007). Effects of sexual assaults on men: Physical, mental and sexual consequences, *International Journal of Men's Health*, 6 (1): 22–35.
- Waldo, C.R., Berdahl, J.L., Fitzgerald, L.E. (1998). Are Men Sexually Harassed? If so, by Whom?, *Law and Human Behavior*, 22:59–79.
- Walker, J., Archer, J., Davies, M. (2005). Effects of rape on men: A descriptive analysis, *Archives of Sexual Behavior*, 34, 69–80.
- Weiss, K. G. (2010). Male Sexual Victimization: Examining Men's Experiences of Rape and Sexual Assault, *Men and Masculinities*, 12 (3): 275–298.

Biljana Simeunović-Patić

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

MALE SEXUAL VICTIMIZATION

SUMMARY

The article addresses one of the peripherally visible forms of victimization – male sexual victimization. Neglecting and ignoring this issue in public discourse is understood in the key of rooted gender stereotypes, that is, the traditional gender division of roles in the social sphere, and especially in the context of violent manifestations. It is a common place for a victim who discloses sexual victimization to pay a huge price for that personal courage through exposure to stigmatization, devaluation, and rejection because it has compromised important social stereotypes – those gendered, which are the most vigorously and passionately defended. That price is especially high in the case of sexual victimization of men. On the one hand, the portrayal of a male victim of violence fundamentally shakes the traditional gender image of a man as a “protector”, one who is naturally dominant, invulnerable and in control. On the other hand, the very idea of sexual victimization of a man is deeply disturbing to all social subjects who harbor sexist attitudes or parasite in some sexist or misogynistic order – it irreversibly undermines the enticing or elucidating myth of “female misconduct” or “sexuality manipulation” in the pretext of sexual victimization, fundamentally compromising the cultural justifications of the perpetrators. The analysis of the problem of male sexual victimization allows to develop the knowledge and understanding of the factors and motivational aspects of sexual abuse, as well as a better insight into the problem of victimization of sexual offenses in general. Finally, directing greater scientific attention to this problem is a prerequisite for understanding and more effective prevention of secondary victimization of male victims of sexual violence, which is commonly reflected in their invisibility, or double stigmatization.

Key words: male sexual victimization, sexual abuse, sexual offenses, secondary victimization, men victims of sexual violence.

RADNO ANGAŽOVANJE SUBJEKATA NEREGULARNIH MIGRACIJA

Apstrakt: Subjekti neregularnih migracija su lica koja su nezakonito ušla na teritoriju određene države i/ili u njoj nezakonito borave, odnosno nezakonito rade. U savremenom pravu, oni se posmatraju dvojako: kao žrtve nepravičnog imigracionog prava i radne eksploatacije, ili kao lica, koja, zajedno s poslodavcima, doprinose zaobilaženju primene radnopravnih, socijalnopravnih i poreskopravnih propisa. Rizik radne eksploatacije i drugih zloupotreba poslodavčevih ovlašćenja posebno je izražen prilikom zapošljavanja, odnosno radnog angažovanja subjekata neregularnih migracija, jer ih poslodavci smatraju jeftinim i fleksibilnim radnicima, spremnim da rade i u nedostojnim uslovima rada, upravo, zbog svog neregularnog statusa. U tom smislu su u radu, najpre, sumarno razmotreni opšta pretpostavka, specijalni uslovi i ograničenja za zapošljavanje stranaca, zatim je određen pojam subjekata neregularnih migracija i kritički su preispitani međunarodni i evropski standardi od značaja za njihovo radno angažovanje. Poseban deo rada posvećen je ključnim pravnim posledicama zapošljavanja subjekata neregularnih migracija, naročito mogućnosti za namirenje neisplaćenih naknada za rad, budući da su ova lica angažovana na osnovu ništavih ugovora. Konačno, u radu je razmotreno i pitanje kažnjavanja poslodavaca za radno angažovanje subjekata neregularnih migracija, i to u svetlu odredaba Direktive Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ. Zaključeno je da pravni položaj radnika koji su subjekti neregularnih migracija posebno delikatnim čini to što se pitanje njihovog radnog angažovanja nalazi na preseku radnog i imigracionog prava, i što prema preovlađujućem rešenju u međunarodnom i uporednom pravu, celovita radnopravna zaštita migranata zavisi od njihovog boravišnog statusa, odnosno od položaja koji imaju prema imigracionopravnim propisima. To može imati za posledicu uskraćivanje radnih prava subjektima neregularnih migracija, odnosno nemogućnost njihove delotvorne zaštite, a što je suprotno osnovnim ciljevima radnog prava i načelu univerzalnosti ljudskih prava.

Ključne reči: Neregularne migracije, radnici migranti, pravo na rad, kažnjavanje poslodavaca.

1. ZAPOŠLJAVANJE RADNIKA MIGRANATA – KLJUČNI RADNOPRAVNI ASPEKTI

Migracije stanovništva posledica su uživanja prava svakog da se kreće u širokom prostoru i po slobodnom izboru.¹ Pored slobode kretanja (svakog domaćeg državljanina i svakog stranca kome je dopušten ulazak) unutar državne teritorije, ovo

* Vanredni profesor, ljubinka@ius.bg.ac.rs.

1 John Hucker, *Migration and resettlement under international law*; u: Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston, Gerald Morris (eds), „The international law and policy of human welfare”, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1978, 329–330. Pravo na slobodno kretanje proklamovano je u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima (član 13) i zajemčeno u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (član 12), te nizu posebnih konvencija o ljudskim

pravo obuhvata i mogućnost prelaska državnih granica i putovanja u inostranstvo. To, dalje, znači da svako ima pravo da napusti teritoriju vlastite države i da se u nju slobodno vrati, kao što je potvrđeno u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima². Ne postoji, međutim, i pravo na imigriranje, u smislu prava na neograničen slobodan ulazak i nastanjivanje u svakoj državi. Savremene države ljubomorno čuvaju svoja ovlašćenja za odlučivanje o ulasku i nastanjenju, kao i zapošljavanju stranaca na svojoj teritoriji, što znači da svaka država ima pravo da primi samo strance koji ispunjavaju uslove propisane domaćim zakonodavstvom i međunarodnim ugovorima koji je obavezuju.

Ograničenja za zapošljavanje stranaca, pritom, mogu zadobiti oblik *opšte pretpostavke za zasnivanje radnog odnosa sa strancem* (uređan ulazak na teritoriju države prijema), oblik *specijalnog uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancem* (odobrenje za boravak, dozvola za rad, jedinstvena dozvola za boravak u svrhe zapošljavanja, ovlašćenje za radno angažovanje stranca) ili oblik *mera usmerenih na zaštitu domaćih radnika* (npr. pravilo da se stranci mogu zapošljavati na domaćem tržištu rada samo ukoliko ne postoje domaći radnici s potrebnim sposobnostima, veštinama i umećima; pravilo da se stranci zapošljavaju samo u određenim zanimanjima, kod određenih poslodavaca ili na određenim teritorijama države u pitanju i tsl.)³. Prilikom utvrđivanja opšte pretpostavke i specijalnih uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancem, države su motivisane potrebom da spreče pojavu određenih problema, od onih ekonomske prirode (npr. visoka stopa nezaposlenosti na domaćem tržištu rada), do problema socijalne prirode (npr. finansijska neravnoteža domaćeg sistema socijalne sigurnosti, koju lančane migracije članova porodica radnika migranata mogu dodatno produbiti). Isto vredi i za probleme koji se u nekim državama vezuju za ugrožavanje nacionalne bezbednosti, s tim što utvrđivanje uslova za zasnivanje radnog odnosa sa strancem može biti motivisano i osobenim potrebama određene države, pre svega, u okviru demografske i ekonomske politike (najčešće zbog niskog nataliteta, ili zbog nedostatka zaposlenih /uopšte ili s određenim zanimanjem/, ili zbog priliva, odnosno privlačenja stranih investicija, ili zbog poslovno-tehničke saradnje s određenim državama). Osim toga, specijalni uslovi za zasnivanje radnog odnosa mogu biti utvrđeni i zbog ciljeva migracione politike. U nemalom broju država, ti ciljevi „slede meandre ekonomske konjunktura“, tj. polaze od interesā domaćih poslodavaca da angažuju strance dok postoji visoka konjunktura na tržištu rada.⁴ S tim u vezi, valja imati u vidu da države, u načelu, primenjuju dva osnovna modela migracionih politika: useljeničke programe, koji podstiču prihvatanje stranih radnika radi njihovog dugotrajnog nastanjenja u državi prijema, i *privremene programe*, koji pretpostavljaju povratak migranata u državu porekla.⁵

pravima Organizacije ujedinjenih nacija (OUN), kao i u Protokolu broj 4 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (čl. 2–3). J. Hucker, 330.

2 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, član 13, stav 2.

3 W. R Böhning, D. Maillat, *The effects of the employment of foreign workers*, Organisation for Economic Cooperation and Development, Paris, 1974, 17.

4 Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27^e édition, Dalloz, Paris, 2013, 197.

5 Ivana Vukorepa, „Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 68, broj 1/2018, 93–94.

Druga grupa programa se, pritom, tradicionalno osmišljava za nisko kvalifikovane gostujuće, odnosno pozvane radnike (engl. *guest worker*; fr. *travailleurs invités*; nem. *Gastarbeiter*), dok se danas češće primenjuju programi za cirkularne migracije (engl. *managed / circular migration program*), koji se koriste kao instrument za upravljanje imigracionim tokovima.⁶

Većina država štiti svoje navedene i druge interese *izdavanjem odobrenja i dozvola kojima se ograničava prisustvo migranata na domaćoj teritoriji*. Time se za radnike koji su primljeni na teritoriju druge države uspostavlja i niz različitih migrant-skih statusa. Neki od njih su vrlo prekarni, jer pristup određenim (radnim i drugim ljudskim) pravima zavisi od države iz koje migrant dolazi (npr. državljani bogatijih država imaju povlastice bezviznog putovanja ili minimalno ograničene mobilnosti), dužine boravka migranata na teritoriji države prijema (dugotrajni rezidenti su u povoljnijem položaju od ostalih migranata), vrste odobrenja za boravak ili dozvole za rad (npr. vizni režim za niskokvalifikovane radnike neretko pretpostavlja obezbeđeno zaposlenje i smeštaj, posedovanje određene sume novca na bankovnom računu i sl.), a, u nekim slučajevima, i od zanimanja migranata (viskokvalifikovani radnici su u povoljnijem položaju od onih nekvalifikovanih ili niskokvalifikovanih) i njihovog radnopravnog statusa (radnici migranti sa standardnim radnim odnosom su u boljem položaju od radnika angažovanih na osnovu atipičnih ugovora o radu, posebno za obavljanje sezonskih poslova).⁷

Od navedenih pravila se manje ili više odstupa u državama članicama regionalnih organizacija koje garantuju slobodu kretanja njihovih državljana. Pored država članica Evropske unije (EU), to vredi i za latinoameričke države – članice *MERCOSUR*, među kojima je, potpisivanjem Ugovora u Asunsionu (1991) i Sporazuma o slobodnom kretanju i boravku (2002), uspostavljen režim slobodnog kretanja radnika – državljana Argentine, Brazila, Paragvaja i Urugvaja, i Bolivije i Čilea, kao pridruženih članica.

Radnici migranti i članovi njihovih porodica predstavljaju najbrojniju kategoriju migranata.⁸ Njihova pokretljivost motivisana je mogućnostima za zaposlenje, visinom zarada i drugim uslovima rada, životnim uslovima i mogućnostima za obrazovanje i profesionalno usavršavanje, što migracije radnika određuje kao ekonomske migracije. One su dugo posmatrane samo u svetlu ekonomskih dobitaka i

6 Martin Ruhs, „The potential of temporary migration programmes in future international migration policy”, *International Labour Review*, br. 1–2/2006, 7.

7 Judy Fudge, „Making claims for migrant workers: Human rights and citizenship”, *Citizenship Studies*, vol. 18, broj 1/2014, 36; Helga Špadina, *Radne migracije državljana trećih država u EU: pravni okvir, problemi i perspektive*, doktorski rad (neobjavljen), Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2012, 96–97. i 103.

8 Prema podacima MOR, u 2015. godinju, migranti su činili 3% ukupne svetske populacije (243,7 miliona migranata), od kojih je 207 miliona migranata bilo starije od 15 godina, dok je 150 miliona migranata obavljalo neku profesionalnu aktivnost. Radnici migranti, pritom, čine 4,4% ukupne radno aktivne populacije u svetu, ali je po regionima taj udeo različit (35,6% svih radnika u arapskim državama; 20,2% svih radnika u Severnoj Americi; 16,4% svih radnika u severnoj, južnoj i zapadnoj Evropi; i manje od 2% svih radnika u istočnoj i južnoj Aziji, severnoj Africi, Latinskoj Americi i na Karibima). Nav. prema: International Labour Conference, 105th Session, *Promoting fair migration*, International Labour Office, Geneva, 2016, st. 10–13.

gubitaka zainteresovanih država, dok je danas jedno od centralnih pitanja koje se postavlja u vezi s ekonomskim migracijama – pitanje pravne zaštite radnika migranata i članova njihovih porodica. To vredi i za oblast zapošljavanja, jer su ova lica posebno osetljiva kategorija tražilaca zaposlenja, prevashodno stoga što se, u skladu s načelom teritorijalnosti, radno zakonodavstvo države porekla ne može protegnuti na njih kada se nalaze na teritoriji druge države. S druge strane, na teritoriji države prijema postoji rizik od njihove radne eksploatacije, diskriminacije (na osnovu državljanstva, boje kože, rase, nacionalne pripadnosti, veroispovesti i dr.) i drugih zloupotreba poslodavčevih ovlašćenja. Ovo stoga što stranci neretko nisu (uopšte ili pravilno i potpuno) upoznati s objektivnim pravom države prijema i svojim subjektivnim pravima, što neretko ne poznaju jezik(e) i običaje države prijema i što su daleko od svojih porodica.

Pitanje pravnog položaja radnika migranata neizbežno je povezano i s pitanjem da li će se prema njima postupati jednako kao s domaćim radnicima ili ne. Odgovor na ovo pitanje zavisi od zakonodavstva svake države, koje, pritom, odražava (i uvažava) nacionalne prilike i potrebe, u smislu nedostatka ili viška radnikā na tržištu rada, ciljeva migracione, demografske, ekonomske politike i politike zapošljavanja, i dr. No, i pored tih razlika, može se konstatovati da ne postoje države koje svim državljanima svih stranih država i svim licima bez državljanstva obezbeđuju jednak tretman kao i domaćim radnicima.⁹ Savremene države, umesto toga, garantuju jednako postupanje prema stranim radnicima samo u korist državljana određenih država, i to u skladu s međunarodnim konvencijama koje počivaju na načelu reciprociteta ili drugim izvorima prava međunarodnog porekla koji se primenjuju na sve migrante na teritoriji određene države. Odgovarajuće garantije su motivisane različitim potrebama radnika migranata, njihovih porodica, država njihovog porekla, i država njihovog prijema – od potrebe da se zaštiti dostojanstvo radnika migranata i spreči njihova radna eksploatacija, do potrebe da se spreči nelojalna konkurencija na tržištu rada.¹⁰ Ovo stoga što nisu retki poslodavci koji radije zapošljavaju strance, pre svega zbog njihove veće fleksibilnosti i spremnosti da rade u skromnijim uslovima rada. Takođe, osetljiv položaj stranih radnika može biti iskorišćen za ostvarivanje profita, tim pre što je njihov položaj dodatno oslabljen zbog činjenice da je njihovo pravo na boravak i rad u državi prijema vremenski ograničeno, a poslodavac može da utiče na period u kome će stranac moći da ostane na određenoj teritoriji.¹¹

Načelo jednakog postupanja prema domaćim i stranim radnicima ne podrazumeva potpuno izjednačavanje položaja ovih kategorija radnika, jer to i nije moguće dok postoji državljanstvo. Režim jednakog postupanja nije, naime, nespojiv s utvrđivanjem specijalnih uslova koje stranci moraju ispuniti da bi zasnovali radni odnos na teritoriji države prijema, jer je to neophodno za zaštitu domaćeg tržišta rada (odnosno domaćih radnika, u smislu sprečavanja ili ograničavanja konkurencije stranih radnika domaćim radnicima), odnosno za ostvarivanje legitimnih ciljeva

9 Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, 42.

10 Petra Herzfeld Olsson, *The shortcomings of equal treatment for temporary labour migrants*, u: Kerstin Ahlberg, Niklas Brunn (eds.), „The new foundations of labour law”, Peter Lang, Frankfurt am Main / New York, 2017, 258.

11 *Ibid.*, 259–260.

nacionalne migracione i/ili demografske politike. S druge strane, valja imati u vidu i to da u nekim državama, posebno nerazvijenim državama i državama u razvoju, potreba izjednačavanja položaja domaćih i stranih radnika počiva na *zahtevu da se položaj domaćih radnika izjednači s položajem stranih radnika*. Taj zahtev inspirisan je nastojanjima ovih država da se oslobode ekonomske zavisnosti od stranih država, odnosno od stranih investitora koji su stranim radnicima davali prednost pri zapošljavanju i/ili povoljnije uslove rada, pre svega višu zaradu. Takođe, tržištima rada u državama koje su se oslobodile od kolonizacije, kao i u drugim nerazvijenim državama, svojstveno i to da poslodavci stranim radnicima redovno poveravaju obavljanje rukovodećih poslova, kao i poslova na kojima zaposleni nisu izloženi štetnim uticajima rada.¹² U tim slučajevima postojala je potreba za unapređenjem položaja domaćih radnika i, posledično, za obrnutom diskriminacijom. Navedene potrebe poglavito su zadovoljavane utvrđivanjem minimalnog procenta domaćih radnika koje poslodavci moraju zapošljavati, kao i potvrđivanjem pravila da ukupan iznos zarada isplaćenih domaćim radnicima ne sme biti niži od određenog procenta od ukupnog iznosa zarada koje se isplaćuju stranim radnicima kod određenog poslodavca.¹³ Osim toga, valja imati u vidu i to da u nekim slučajevima, razlog za povlašćivanje u korist stranih radnika može biti vezan i za nedostatak domaćih stručnjaka u određenim zanimanjima i sektorima, zbog čega se na rukovodećim poslovima redovno zapošljavaju stranci. Ipak, i u tim situacijama, države nastoje da zaštite domaće radnike, zbog čega su stranci zaposleni na rukovodećim poslovima, po pravilu, dužni da osposobljavaju domaće stručnjake.

2. SUBJEKTI NEREGULARNIH MIGRACIJA – POJAM I TERMINOLOŠKA POJAŠNJENJA

Uredan ulazak na teritoriju određene države predstavlja opštu pretpostavku, koja ograničava pristup domaćem tržištu rada. Značaj njenog utvrđivanja je veliki utoliko što jedno od najdelikatnijih pitanja savremenog radnog prava predstavlja pitanje radnopravne zaštite subjekata neregularnih migracija, a, što uključuje i pitanje radnopravnog položaja stranca koji je nezakonito ušao u određenu državu. Stoga se i jedna od mogućih klasifikacija radnika migranata zasniva, upravo, na zakonitosti njihovog prekograničnog kretanja, u smislu razlikovanja *regularnih i neregularnih migracija*. Premda se ova klasifikacija ne tiče samo urednosti ulaska na teritoriju određene države, već i poštovanja njenih propisa o boravku, nastanjenju i obavljanju profesionalne aktivnosti na domaćoj teritoriji, pitanje ispunjenosti opšte pretpostavke za zasnivanje radnog odnosa sa strancem značajno je i nezavisno od drugih segmenata regularnosti migracija.

S tim u vezi, valja imati u vidu da se u literaturi, nazivi „nezakonita“ i „ilegalna“ migracija neretko kritikuju kao neprikladni, prevashodno zbog negativne konotacije i ukazivanja na postojanje nekog vida kriminaliteta.¹⁴ Neodgovarajućim

12 N. Tintić, 62.

13 *Ibid.*, 61.

14 Isto čini i Dovernj (*Catherine Dauvergne*), ali u svojim radovi koristi, upravo, izraz „ilegalna migracija“, jer su ove migracije suprotnost svega što pravo neposredno povlači sa sobom. Misli se, dakle, na ulogu koju zakoni i drugi segmenti prava imaju za konstrukciju ilegalnosti, dok se kao

se smatra i termin „nedokumentovana migracija“ (eng. *undocumented migration*), koji je svojevremeno bilo predložen na Međunarodnoj konferenciji o stanovništvu i razvoju (1994), jer njime nisu „pokriveni“ migranti koji zakonito uđu u državu prijema (npr. kao turisti ili sezonski radnici), ali prilikom zasnivanja radnog odnosa povrede propise o boravku i zapošljavanju stranaca. Stoga je na Međunarodnom simpozijumu o migraciji održanom 1999. godine u Bangkoku preporučeno korišćenje termina „neregularna migracija“,¹⁵ dok su u Rezoluciji Evropskog parlamenta od 2009. godine, institucije i države članice EU pozvane da, umesto izraza „ilegalni imigranti“, koji ima izrazito negativne konotacije, koriste izraze neregularni radnici migranti ili radnici migranti bez dokumenata.¹⁶

Za označavanje ovih lica koriste se, dakle, različiti termini: migranti bez dokumenata (engl. *undocumented migrants*, fr. *l'travailleurs/ sans papiers*), migranti bez statusa (eng. *'non-status' migrants*), migranti koji neovlašćeno borave na teritoriji određene države (engl. *unauthorized migrants*) ili migranti s neregularnim statusom (engl. *migrants in irregular situations*). Prvi od ovih izraza, videli smo, nije prihvatljiv, budući da ne „pokriva“ sve situacije u kojima se mogu naći subjekti neregularnih migracija, u smislu da je moguće da, i pored urednog ulaska na teritoriju određene države, migrant bude u neregularnoj situaciji, npr. zbog povrede propisa o boravku ili radu stranaca. S druge strane, izraz ilegalni migrant ima negativnu konotaciju, jer odslikava tendenciju država prijema da kriminalizuju neregularne migracije, iako su u nekim slučajevima subjekti neregularnih migracija primorani da nezakonito uđu, borave i/ili rade u inostranstvu, npr. žrtve prevare koju je preduzeo nesavesni posrednik u zapošljavanju, ili žrtve prinudnog rada ili trgovine ljudima.¹⁷ Reč je, dakle, o izrazu koji upućuje na to da je migrant učinio prekršaj ili krivično delo, a važno je istaći i to da jedno lice ne može biti ilegalno, već ta kvalifikacija dolazi u obzir samo u pogledu radnji koje su suprotne merodavnim propisima. U tom smislu se smatra da upotreba termina ilegalni migrant vodi dehumanizaciji migranata i posredno ih označava kao neželjene članove društva, zapravo, kao lica koja ne pripadaju društvu.¹⁸ Osim toga, termini migranti bez dokumenata i ilegalni migranti su i neprecizni, jer se iz njih ne može jasno razumeti da li se vezuju za kršenje merodavnih propisa o ulasku i boravku na teritoriji određene države, ili je,

drugi razlog za ovaj terminološki izbor pojavljuje široka upotreba predmetnog izraza i njegova (politička i druga) aktuelnost. U tom smislu, autorka upotrebljava izraz ilegalna migracija, a kao njegovu jedinu prihvatljivu alternativu predlaže izraz (iz)vanpravna migracija (eng. *extralegal migration*). Catherine Dauvergne, *Making people illegal: what globalization means for migration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 4.

- 15 International Labour Conference, 92nd Session, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, International Labour Office, Geneva, 2004, stav 36.
- 16 European Parliament resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004–2008 [2007/2145(INI)], stav 159.
- 17 Beate Andrees, Blanka Hancilova, Piyasiri Wickramasekara, *Irregular employment of migrants: an ILO perspective*, u: Marek Kupiszewski, Heikki Mattila (eds.), „Addressing the irregular employment of immigrants in the European Union: Between sanctions and rights“, International Organization for Migration, Budapest, 2008, 297.
- 18 Harald Bauder, „Why we should use the term ‘illegalized’ refugee or immigrant: a commentary“, *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, broj 3/2014, 328–329.

pak, reč o povredi propisa o zapošljavanju stranaca, jer su povrede imigracionih i radnopravnih propisa različito sankcionisane.¹⁹ Stoga ćemo u radu koristiti izraz subjekti neregularnih migracija.

Za potrebe ovog rada, pod pojmom subjekti neregularnih migracija podrazumevamo lica koja su nezakonito ušla na teritoriju određene države (van mesta određenog za prelazak državne granice, izbegavanjem granične kontrole, bez putne isprave ili s tuđom, nevažećom ili lažnom putnom ispravom, i dr.), ili u njoj nezakonito borave (npr. borave duže od dozvoljenog perioda, tj. i po isteku ili prestanku privremenog boravka ili prestanku prava na stalno nastanjenje, ako ne postoji drugi zakonski osnov za boravak na teritoriji određene države), odnosno nezakonito rade (npr. bez ili po isteku dozvole za rad).²⁰

3. MEĐUNARODNI STANDARDI OD ZNAČAJA ZA RADNO ANGAŽOVANJE SUBJEKATA NEREGULARNIH MIGRACIJA

Prilikom međunarodnog normiranja položaja radnika migranata, u fokusu se nalazi načelo jednakog postupanja prema domaćim i stranim radnicima pri zapošljavanju i u pogledu uslova rada. Ipak, implementaciju tog načela u velikoj meri ograničava personalno područje primene izvora prava OUN, Međunarodne organizacije rada (MOR) i Saveta Evrope, koje je, neretko, utvrđeno tako da se predmetno načelo ne primenjuje u celosti na određene kategorije privremenih radnika migranata, kao ni na subjekte neregularnih migracija. Osim toga, merodavni univerzalni izvori prava, kao i akti Saveta Evrope, imaju skroman broj ratifikacija. Stoga se izvori prava EU pojavljuju kao solidniji, jer obavezuju sve države članice EU i predviđaju široku (ne i doslednu i potpunu) primenu načela jednakosti domaćih i stranih radnika.²¹

Za položaj subjekata neregularnih migracija neophodno je podsetiti se da je načelo zabrane diskriminacije potvrđeno u svim međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i smatra se delom *ius cogens* koje države ne mogu derogirati. Pravljenje razlike među ljudima na osnovu državljanstva nije, međutim, nespojivo s načelom zabrane diskriminacije, ukoliko je određeno razlikovanje zakonito, opravdano legitimnim razlozima i saglasno s drugim obavezama koje država ima po međunarodnom pravu. Uz ovaj izuzetak, u područje primene najvažnijih instrumenata za zaštitu ljudskih prava ulaze i migranti, uključujući i subjekte neregularnih migracija. To, najpre vredi za *instrumente OUN*, koji sadrže klauzule o zabrani diskriminacije i potvrđuju ili jemče neotuđiva prava koja su inherentna svakom ljudskom biću.²²

19 B. Andrees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, 298.

20 Najkraće rečeno, reč je o licima čije je radno angažovanje suprotno imigracionopravnim i/ili radnopravnim propisima države prijema. Up. s definicijom nezakonitog zapošljavanja državljana trećih država u: *Illegal employment of third-country nationals in the European Union. European Migration Network synthesis report*, European Commission, Brussels, 2017, 6.

21 P. Herzfeld Olsson, 258.

22 Michele LeVoy, Eve Geddie, „Irregular migration: challenges, limits and remedies”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 28, broj 4/2009, 90.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, tako, u duhu ideje o solidarnosti među ljudima, potvrđuje da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima, i da je svako titular svih prava i sloboda potvrđenih u Deklaraciji, bez ma kakve razlike.²³ Isto vrijedi i za instrumente OUN koji su izvorno usvojeni kao pravnoobavezujući, jer se iz fundamentalne prirode pravā i sloboda koji su njima zajemčeni može zaključiti da se primenjuju na sve ljude.²⁴ To, preciznije, znači da države ugovornice konvencija OUN garantuju zajemčena prava svim licima koja se nalaze na njihovoj teritoriji i pod njihovom jurisdikcijom. Ova postavka se, po pravilu, prihvata kao nesporna u pogledu građanskih i političkih prava, dok ostvarivanje ekonomskih i socijalnih prava prate sporovi. To vrijedi i za pravo na rad, koje je i najznačajnije za analizu iz ugla pitanja pristupa subjekata neregularnih migracija tržištu rada.

Titular *prava na rad*, u smislu odredaba *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima*, je svako lice koje se nalazi na teritoriji određene države ugovornice Pakta. Iako Pakt ne sadrži izričite odredbe o tome da li se primenjuje i na strance, Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava smatra da Paktom zajemčena prava pripadaju domaćim državljanima i strancima koji se nalaze pod jurisdikcijom određene države.²⁵ Države su, stoga, dužne da poštuju pravo na rad svih ovih lica i da izbegavaju mere koje ih sprečavaju da rade. To, dalje, znači da su nacionalna tržišta rada otvorena za svakog ko se nalazi pod jurisdikcijom određene države. Kako svakom treba obezbediti uživanje ekonomskih i socijalnih prava, u celosti i bez diskriminacije, tako postoji i potreba da uživanje ovih prava bude obezbeđeno i subjektima neregularnih migracija: „prava iz Pakta primenjuju se na sve, uključujući strance, kao što su izbeglice, tražioci azila, lica bez državljanstva, radnici migranti i žrtve međunarodne trgovine [ljudima – *Lj. K.*], nezavisno od pravnog položaja i dokumentacije“.²⁶ Navedeno pravilo vrijedi i za pravo na rad, koje je, u praksi, redovno povezano s regularizacijom položaja subjekata neregularnih migracija. Ovo stoga što su prinudno udaljenje ili dobrovoljni povratak subjekata neregularnih migracija u državu porekla skupe i često nedelotvorne mere, dok regulisanje pravnog statusa osnažuje zaštitu ovih lica.²⁷ Ipak, odredbe Pakta ne mogu da se tumače na način da garantuju pravo svakog da reguliše svoj neregulisani status, već je svaka država slobodna da razmotri mogućnost regularizacije nezakonitog boravka stranaca na svojoj teritoriji.²⁸

23 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, član 1, i član 2, stav 2.

24 Mark Bell, *Irregular migrants: beyond the limits of solidarity?*, Malcom Ross, Yuri Borgmann-Prebil (eds), „Promoting solidarity in the European Union“, Oxford University Press, Oxford, 2010, 159.

25 Concluding Observations: Liechtenstein, UN Doc E/C.12/CO/LIE/1 (19 May 2006), st. 11 i 25, nav. prema: Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009, 288.

26 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20. Nondiscrimination in Economic, Social and Cultural Rights*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20, stav 30.

27 Nažalost, regularizacija ne predstavlja dugoročno i savršeno rešenje za problem radne eksploatacije i drugih zloupotreba vezanih za rad subjekata neregularnih migracija. Ovo naročito stoga što se neretko dešava da migranti koji su regulisali svoj pravni položaj bivaju otpušteni u kratkom roku po pribavljanju potrebnog odobrenja i/ili dozvole, dok se njihovi poslovi poveravaju drugim (novim) subjektima neregularnih migracija. M. LeVoy, E. Geddie, 111–112.

28 M. Ssenyonjo, 289.

S druge strane, *Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije* potvrđuje obavezu svojih ugovornica da zabrane i ukinu sve oblike rasne diskriminacije i da obezbede pravo svakog na jednakost pred zakonom, bez razlike na osnovu rase, boje ili nacionalnog ili etničkog porekla. Jednakost pred zakonom naročito treba obezbediti u pogledu, između ostalog, uživanja pravā na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na pravedne i povoljne uslove rada, na zaštitu od nezaposlenosti, na jednaku zaradu za jednak rad, i na pravednu i povoljnu zaradu.²⁹ Ipak, treba imati u vidu da se ova konvencija ne odnosi na razlike, isključenja, ograničenja ili povlašćivanja koje države ugovornice čine u svetlu razlike između domaćih državljana i stranaca.³⁰ Time se, naime, otvara mogućnost za različito postupanje prema strancima, tj. za različito postupanje na osnovu državljanstva ili imigracionog statusa, i u pogledu ostvarivanja prava na rad. Ovaj izuzetak, međutim, ne treba smatrati za *carte blanche* za svako različito postupanje prema strancima, već ono može biti dopušteno samo ukoliko su ispunjeni uslovi vezani za postojanje legitimnog cilja i primenu načela srazmernosti.³¹

Određenu zaštitu lica koja nemaju pravo na ulazak, boravak ili zaposlenje u državi prijema pruža i *Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica*, jer potvrđuje pravo svih radnika migranata da uživaju ljudska prava, bez obzira na svoj pravni položaj. U smislu odredaba ove konvencije OUN, radnikom migrantom se, naime, smatra „lice koje treba da bude angažovano, koje je angažovano ili je bilo angažovano u plaćenju delatnosti u državi čiji nije državljanin“.³² Imajući u vidu značaj koji ovaj instrument ima u sistemu međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, može se očekivati da navedena definicija bude i univerzalno prihvaćena. Ovo tim pre što je Konvencijom svim radnicima migrantima priznato pravo da uživaju ljudska prava, bez obzira na njihov pravni položaj. Odredbe Konvencije primenjuju se, dakle, ne samo na subjekte regularnih migracija („radnici migranti koji su ovlašćeni da uđu, ostanu ili se bave plaćenom delatnošću u državi zaposlenja, u skladu sa zakonodavstvom te države ili međunarodnim sporazumima koji važe u toj državi”),³³ već i na lica koja nemaju pravo na ulazak, boravak ili zaposlenje u državi prijema.³⁴ U tom smislu, ima mesta zaključku

29 Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (*Službeni list SFRJ*, broj 31/67), član 5, tačka e), alineja i).

30 *Ibid.*, član 1, stav 2.

31 Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation 30. Discrimination against non-citizens*, 64th session, 23 February-12 March 2004, CERD/C/64/Misc.11/rev.3, stav 4. Za zaštitu radnika migranata od rasne diskriminacije posebno je značajna Durbanska deklaracija usvojena na Svetskoj konferenciji OUN protiv rasizma, rasne diskriminacije, ksenofobije i povezanih oblika netolerancije. Njome su utvrđene, između ostalog, i brojne mere od značaja za postizanje jednakosti u oblasti zapošljavanja, uz poštovanje svih ljudskih prava migranata, nezavisno od njihovog statusa u državi boravišta ili zaposlenja. World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance Declaration (2001), st. 102-103.

32 Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (*International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990), član 2, stav 1.

33 *Ibid.*, član 5, alineja b).

34 Prilikom izrade teksta Konvencije, razvijene države su se protivile utvrđivanju tako širokog područja primene Konvencije, dok su siromašne države svesrdno podržavale ovo rešenje. Potonja

da je ova konvencija glavni međunarodni instrument za zaštitu ljudskih prava koji nastoji da državama odredi pouzdan putokaz ka ekonomskim i socijalnim pravima koja treba da budu dostupna svim migrantima, nezavisno od regularnosti njihovih migracija. To nastojanje izraženo je u skupu normi pravnoobavezujućeg i programskog karaktera koje treba da doprinesu uspostavljanju ravnoteže između pravā subjekata neregularnih migracija i mera kojima se podstiču zakonite, a sprečavaju nezakonite migracije.³⁵ Po Konvenciji, prema svim migrantima, uključujući i subjekte neregularnih migracija, mora se postupati jednako kao prema domaćim radnicima, u pogledu uslova zapošljavanja (engl. *terms of employment*), zarade i drugih uslova rada (radno vreme, odmori, zdravlje i bezbednost na radu, zaštita od nezakonitog prestanka radnog odnosa) i prava na članstvo i učešće u radu sindikata.³⁶ Kada je reč o uslovima za zapošljavanje, jednak tretman je zajemčen u pogledu minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa, smetnji za zasnivanje radnog odnosa i drugih činjenica koje se smatraju uslovima za zapošljavanje, u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i praksom.³⁷ S tim u vezi, valja uočiti da ova konvencija nastoji da razgraniči pitanja imigracionog prava od radnopravnih pitanja, zbog čega subjektima neregularnih migracija nisu priznata prava koja se tiču njihovog ulaska ili boravka u državi prijema, već se od država zahteva da migranti koji su prisutni i aktivni na tržištu rada imaju jednak tretman u pogledu uslova za zasnivanje radnog odnosa, uslova rada i sindikalnih sloboda.³⁸ Da ta garantija ne bi ostala samo „mrtvo slovo na hartiji”, države ugovornice moraju sprečiti poslodavce da se oslobode ma koje zakonske ili ugovorne obaveze zbog nezakonitosti statusa migranata, baš kao što ona ne sme biti ni razlog za ograničavanje obaveza poslodavaca.³⁹

Konvencija OUN je u velikoj meri inspirisana standardima MOR, s tim što se u konvencijama i preporukama ove specijalizovane agencije OUN izričito ne pominju subjekti neregularnih migracija. Izuzetak predstavlja *Konvencija broj 143 o migracijama u uslovima zloupotrebe i unapređenju jednakih mogućnosti i tretmana radnika migranata* (1975), koja je usvojena ubrzo nakon naftne krize 70-ih godina prošlog veka i njome izazvanih poremećaja na međunarodnom tržištu rada.⁴⁰ Kako su taj period obeležili, između ostalog, i porast neregularnih migracija i krijumča-

grupa država je, naime, nastojala da se uredi pitanje novčanih doznaka emigranata, nezavisno od njihovog boravišnog statusa, jer nerazvijene države u mnogome zavise od priliva tih sredstava. Stoga se smatra da se suzdržavanjem država prijema od udaljavanja subjekata neregularnih migracija omogućava razvoj država porekla ovih radnika, a zahvaljujući neometanom prilivu novčanih doznaka iz inostranstva. H. Špadina, 53–54.

35 M. Bell, 160.

36 Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, čl. 25–26.

37 *Ibid.*, član 25, stav 1, tačka b).

38 M. Bell, 161.

39 Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, član 25, stav 3. Pored prava priznatih svim radnicima migrantima, nezavisno od zakonitosti njihovog ulaska, boravka i radnog angažovanja (deo III Konvencije), Konvencijom OUN obuhvaćene su i garantije (dopunskih) prava koja su priznata samo subjektima regularnih migracija (deo IV Konvencije), poput prava na slobodno kretanje na teritoriji države prijema, slobode sindikalnog udruživanja i prava na nacionalni tretman u pogledu pristupa javnim službama.

40 *Promoting fair migration*, st. 77–78.

renje migranata, trgovina ljudima u svrhe radne eksploatacije i druge zloupotrebe, ova konvencija uvodi mere za sprečavanje i ukidanje nezakonitog zapošljavanja migranata.⁴¹ Njenim odredbama se, pod uticajem procesa internacionalizacije ljudskih prava, jemči *osnovni nivo zaštite subjekata neregularnih migracija*, dok se na nivo obaveze izdiže potreba da se svim radnicima migrantima, nezavisno od zakonitosti njihovog ulaska, boravka i radnog angažovanja u državi prijema, obezbedi uživanje osnovnih ljudskih prava, kao i određenih prava proisteklih iz njihovog (prethodnog) radnog angažovanja.⁴² To, dalje, znači da su države ugovornice Konvencije broj 143 dužne da poštuju osnovna ljudska prava svih radnika migranata, bez obzira na njihov pravni položaj u državi imigracije,⁴³ dok se među migrantima pravi razlika u pogledu uživanja dopunskih garantija sadržanih u delu II Konvencije broj 143 (te dopunske garantije uživaju samo radnici koji su zakonito primljeni u državu imigracije). Osim toga, Konvencija broj 143 i prateća Preporuka broj 151, u pogledu radnika koji je nezakonito ušao i radi u državi prijema i čiji status ne može da se regularizuje, zahtevaju jednak tretman u pogledu prava koja izviru iz prethodnog zaposlenja, poput zarada i socijalnih prestacija.⁴⁴ Takođe, subjekti neregularnih migracija moraju imati mogućnost da pokrenu postupak za zaštitu svojih radnih prava.⁴⁵ Na istom fonu je i jurisprudencija Komiteta eksperata za primenu konvencija i preporuka MOR, u kojoj je više puta potvrđeno da se međunarodni radni standardi primenjuju na sve radnike migrante.⁴⁶

Kada je, pak, reč o zaštiti subjekata neregularnih migracija po okriljem *Saveta Evrope*, najpre valja imati u vidu da, u duhu načela univerzalnosti ljudskih prava, ova lica mogu da zahtevaju ostvarivanje prava zajemčenih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. O tome svedoči i jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava koja je naročito razvijena u pogledu zaštite prava subjekata neregularnih migracija na poštovanje privatnog i porodičnog života, i prava na njihovu zaštitu od ropstva, ropskog položaja i prinudnog rada.⁴⁷ Osim toga, garantija zabrane mučenja ili nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja tumači se tako da naročito podrazumeva nužnost čovečnog postupanja prema radnicima s neregularnim položajem, kako u pogledu njihovog rada, tako i u vezi s lišenjem slobode pre deportacije.⁴⁸ S druge strane, subjekti neregularnih mi-

41 Ryszard Cholewinski, „ILO Conventions 97 and 143”, u: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds.), *International and European labour law – A Commentary*, Nomos / Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, 850.

42 Ljudska prava koja svi radnici migranti moraju uživati nisu nabrojana u Konvenciji MOR broj 143, niti je u njoj sadržana odgovarajuća instruktivna norma. Ipak, u praksi Komiteta eksperata za primenu konvencija i preporuka MOR izgrađeno je stanovište da je reč o ljudskim pravima i slobodama zajemčenim u devet osnovnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava usvojenih po okriljem OUN, a, što uključuje i prava uređena u osam fundamentalnih konvencija MOR. *Promoting fair migration*, stav 276.

43 Konvencija MOR broj 143 o migracijama u uslovima zloupotrebe i unapređenju jednakih mogućnosti i tretmana radnika migranata (*Službeni list SFRJ*, broj 12/80), član 1.

44 *Ibid.*, član 9, stav 1; Preporuka MOR broj 151, član 9, stav 1.

45 Konvencija MOR broj 143, član 9, stav 2.

46 M. LeVoy, E. Geddie, 104.

47 M. Bell, 160.

48 H. Špadina, 308–309.

gracija ne ulaze u područje primene Revidirane evropske socijalne povelje, jer se njene odredbe odnose samo na državljane drugih država ugovornica koji zakonito borave ili rade na teritoriji određene države ugovornice.⁴⁹ Evropski komitet za socijalna prava je, međutim, i pored tako usko izričito određenog kruga zaštićenih lica, bio u prilici da se izjasni u prilog zaštiti subjekata neregularnih migracija, ali samo u pogledu prava koja su najtešnje povezana sa zaštitom osnovnog ljudskog dostojanstva.⁵⁰ Ovo stanovište razvijeno je u Rezoluciji Parlamentarne skupštine broj 1509 (2006), u kojoj je potvrđeno da se međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava primenjuju na sva lica, nezavisno od njihovog državljanstva ili statusa i da neregularni migranti, koji se često nalaze u osetljivom položaju, imaju posebnu potrebu za zaštitom ljudskih prava, uključujući i njihova ekonomska i socijalna prava.⁵¹ S tim u vezi se opravdano ukazuje da postojanje velikog broja različitih instrumenata, kao i različit broj država koje su ih potpisale i ratifikovale stvara neizvesnost u pogledu minimuma prava koji treba primeniti na subjekte neregularnih migracija. U taj minimum treba uključiti, između ostalog, i pravo na zaštitu od ropstva, prinudnog rada i trgovine ljudima, kao i „prava na poštene zarade, razumne uslove rada, obeštećenje za slučaj povrede na radu, pristup sudu radi zaštite prava, i slobodu osnivanja i članstva u sindikatu. Svaki poslodavac koji ne obezbeđuje ove standarde treba da bude strogo kažnjen pred nadležnim organima države članice.”⁵²

Konačno, valja se osvrnuti i na položaj subjekata neregularnih migracija pod okriljem EU. *Sloboda kretanja radnikā* jedan je od kamena temeljaca ove organizacije, s tim što su pod njenim okriljem uspostavljena dva migraciona pravna okvira, koji se međusobno bitno razlikuju. Prvi od njih je *pravni okvir koji važi za državljane EU* i podrazumeva slobodu kretanja i zapošljavanja na teritoriji svih država članica EU, kao i očuvanje njihovih očekivanih i stečenih prava iz sistema socijalne sigurnosti. Ovo pravilo izvire iz načela (društvene/socijalne) solidarnosti i postavke da državljane država članica EU međusobno povezuje građanstvo

49 Revidirana evropska socijalna povelja (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 42/09), Dodatak, stav 1.

50 M. Bell, 160. U praksi ovog ugovornog nadzornog tela, to je priznato samo u pogledu prava na socijalnu i medicinsku pomoć. Vid. Odluku Evropskog komiteta za socijalna prava u predmetu Međunarodna federacija društava za ljudska prava (*FIDH*) protiv Francuske, od 8. septembra 2004. godine (kolektivna pritužba broj 14/2003).

51 Parliamentary Assembly Resolution 1509 (2006) *Human rights of irregular migrants*, of 27 June 2006, tačka 5.

52 *Ibid.*, tač. 12.3. i 13.5. Tri godine ranije, Parlamentarna skupština usvojila je Preporuku o neregularnom zapošljavanju sezonskih poljoprivrednih radnika u južnoevropskim državama, budući da u njima često ne postoji jasna, transparentna i ujednačena politika regrutovanja sezonskih radnika, niti postoje uslovi za delotvorno uživanje njihovih radnih i drugih ekonomskih i socijalnih prava. Državama članicama Saveta Evrope je, otud, upućen predlog da uspostave efikasan sistem upravljanja migracijama u ovoj grani privrede, između ostalog, i kroz zaključivanje bilateralnih sporazuma sa zainteresovanim državama, kao i kroz priznavanje pristupa pravima iz sistema socijalne sigurnosti u državi prijema, uvođenje sistema odobrenja za boravak koje neće biti vezano za rad kod određenog poslodavca, te propisivanje sankcija protiv poslodavaca koji migrante zapošljavaju „na crno”. Vid. Parliamentary Assembly Recommendation 1618 (2003) *Migrants in irregular employment in the agricultural sector of Southern European countries*, of 8 September 2003.

EU, zbog čega se krug titulara ekonomskih i socijalnih pogodnosti proširuje s domaćih državljana na državljane svih država članica EU.⁵³ Od tog pravila postoje i određeni izuzeci u pogledu državljana novopridruženih država članica EU, u smislu kontrole priliva radne snage u „starim“ državama članicama EU tokom prelaznog perioda (derogacija odredaba o slobodnom kretanju radnikā prve dve godine od pristupanja, uz mogućnost produženja na još tri godine, a, u slučaju ozbiljnih poremećaja na tržištu rada ili ozbiljnih pretnji, i za još najduže dve godine). S druge strane, *pravni okvir koji važi za državljane trećih država* odlikuje stroga kontrola spoljašnjih granica EU i ulaska državljana trećih država na teritoriju EU, uz delimično uređivanje boravka nekih kategorija državljana trećih država u EU.⁵⁴ Položaj državljana trećih država uređen je u pogledu uslova ulaska i boravka visokokvalifikovanih i niskokvalifikovanih radnika (Direktiva Saveta 2009/50/EZ i Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2011/98/EU), sezonskih radnika (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2014/36/EU) i radnika koji se kreću unutar preduzeća (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2014/66/EU). Osim toga, stvoren je i evropski sistem azila, uz uređivanje sprečavanja neregularnih migracija i trgovine ljudima, a, što uključuje i direktive o vraćanju državljana trećih država s nezakonitim boravkom (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2008/115/EZ) i o sankcijama protiv poslodavaca ovih migranata (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ).⁵⁵ Za razliku od državljana država članica EU, prekogranično kretanje državljana trećih država je i, pored postojanja merodavnih izvora prava EU, u nemalom obimu prepušteno uređivanju država članica EU, a, zbog potrebe da se odgovarajuća pravna rešenja prilagode osobenostima domaćeg tržišta rada i drugim nacionalnim prilikama. S tim u vezi, valja imati u vidu da u slučaju subjekata neregularnih migracija izostaju veze koje stvara građanstvo EU i iz njih proistekla socijalna solidarnost. Stoga u pogledu ovih lica, nema mogućnosti za proširenje kruga titulara ekonomskih i socijalnih pogodnosti na osnovu recipročnog shvatanja solidarnosti, uz izuzetak država s kojima su zaključeni odgovarajući međunarodni sporazumi.⁵⁶ Uprkos tome, u poslednjoj deceniji se čine određeni koraci ka obezbeđivanju čvrstog jezgra prava (i obaveza) i u pogledu državljana trećih država. Ono podrazumeva pošteno postupanje prema državljanima trećih država koji zakonito borave na teritoriji države članice EU, dok se kao cilj kome se teži pojavljuje priznavanje prava i utvrđivanje obaveza državljana trećih država koji bi bili uporedivi s pravima i obavezama građana EU,⁵⁷ kao što se to, na osnovu Direktive 2003/109/EZ, čini u pogledu državljana trećih država – dugoročnih rezidenata, istina uz brojne izuzetke.

53 M. Bell, 151. Iscrpno o načelu solidarnosti u Evropskoj uniji vid. u: Maja Lukić Radović, *Solidarnost u pravu Evropske unije: uloga i perspektive*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.

54 H. Špadina, 73–74.

55 Za potpuno i pravilno razmatranje evropskog sistema azila vid. Ivana Krstić, Marko Davinić, *Pravo na azil: domaći i međunarodni standardi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 212–303.

56 M. Bell, 152.

57 Tampere European Council Presidency Conclusions, 15 and 16 October 1999, stav 18, https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm#c, 16.3.2020.

Potonja garantija ne važi, međutim, i za subjekte neregularnih migracija, budući da u imigracionom pravu EU važi odsečno razlikovanje subjekata regularnih i neregularnih migracija, u smislu postavljanja zahteva za poštenim postupanjem prema državljanima trećih država s regularnim statusom, dok se u pogledu subjekata neregularnih migracija kao cilj pojavljuje borba protiv neregularnih imigracija. S tim u vezi, valja imati u vidu i Povelju EU o fundamentalnim pravima. Premda je Poveljom potvrđena nepovredivost ljudskog dostojanstva⁵⁸ i da su mnoga njome priznata prava zajemčena u korist svakog, uključujući i to da „svako ima pravo da se radno angažuje i da obavlja slobodno izabrano zanimanje“,⁵⁹ kao i da „svaki radnik ima pravo na uslove rada u kojima se poštuju njegovo ili njeno zdravlje, bezbednost i dostojanstvo“⁶⁰. Ipak, sloboda traženja zaposlenja i rada u državama članicama EU zajemčena je samo u korist građana EU, dok „državljeni trećih država koji su ovlašćeni da rade na teritorijama država članicama imaju pravo na uslove rada koji su jednaki uslovima rada građana EU“.⁶¹ Na prvi pogled, potonja garantija se čini neusklađenom s garantijom prava svakog radnika na zdrave, bezbedne i dostojanstvene uslove rada, ali Bel (*Bell*) smatra da ovu kontradikciju valja protumačiti na način da garantija zdravih, bezbednih i dostojanstvenih uslova rada predstavlja donji prag osnovnih uslova rada koje je neophodno obezbediti da bi se zaštitilo ljudsko dostojanstvo i da, posledično, pravo na uslove rada u kojima se poštuju zdravlje, bezbednost i dostojanstvo radnika pripada i subjektima neregularnih migracija, dok je pravo na uslove rada koji idu preko tog minimuma rezervisano samo za subjekte regularnih migracija.⁶² Takvo tumačenje nije, međutim, u skladu s odredbama Konvencije OUN o radnicima migrantima, jer je njome postavljen zahtev za jednakim postupanjem prema svim migrantima u pogledu uslova rada, nezavisno od regularnosti njihovog statusa. Imajući u vidu prikazane izvore prava EU, ovaj autor, s pravom, zaključuje da isključenje mogućnosti subjekata neregularnih migracija da steknu prava pod okriljem EU šalje poruku da se solidarnost, izražena u ekonomskim i socijalnim prestacijama, duguje prevashodno građanima EU, a, uz određena ograničenja, i državljanima trećih država koji zakonito borave u državama članicama EU.⁶³ Isključivanje subjekata neregularnih migracija iz područja primene načela solidarnosti se, pritom, vezuje za to što ova lica nemaju ovlašćenje za boravak na teritoriji EU i što mogu biti suočena s prinudnim povratkom u državu prijema, a, iz čega se, dalje, izvlači zaključak da lica koja nemaju pravo da borave u EU ne mogu da prigovore tome što im je uskraćen pristup socijalnim i ekonomskim pravima.⁶⁴ Premda se na prvi pogled ovo može činiti kao sasvim logična konstrukcija, u stvarnosti je pitanje položaja subjekata neregularnih migracija mnogo složenije, posebno

58 Povelja EU o fundamentalnim pravima (Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal* C 364/1, 18.12.2000), član 1.

59 *Ibid.*, član 15, stav 1.

60 *Ibid.*, član 31, stav 1.

61 *Ibid.*, član 15, st. 2–3. To je, kasnije, potvrđeno i pravilom da prava koja se tiču slobode kretanja mogu biti priznata državljanima trećih država koji zakonito borave u Uniji (član 45, stav 2).

62 M. Bell, 159.

63 *Ibid.*, 152.

64 *Ibid.*, 154.

što neregularne migracije često idu „ruku pod ruku“ s tzv. radom na crno, posebno u sektoru usluga i određenim privrednim granama u kojima postoji bezmalo neutilizirana potražnja za jeftinim, fleksibilnim i pokretljivim radnicima. To je i razlog što se u mnogim evropskim državama, takva društvena stvarnost uvažava kroz periodične programe regularizacije statusa ovih migranata, posebno što su oni naročito osjetljivi na rizike radne eksploatacije i druge zloupotrebe poslodavčevih ovlašćenja. Ovo tim pre što je reč o grupi lica koja su, uprkos tome što nemaju jasan pravni status, *de facto* dugoročni rezidenti određene države. Stoga se, s pravom, ukazuje da dokazani slučajevi radne eksploatacije subjekata neregularnih migracija dovode u pitanje njihovo potpuno isključivanje iz područja primene načela socijalne solidarnosti.⁶⁵

Novo svetlo na položaj subjekata neregularnih migracija baca skorašnja praksa Suda pravde Evropske unije, u kojoj je afirmisan stav da subjekti neregularnih migracija treba da uživaju radna prava potvrđena pravom EU. U tom smislu posebno valja imati u vidu presudu u predmetu *Tümer* (*Tümer*), u kojoj je Sud razmatrao pravo turskog državljanina koji je nezakonito boravio u Holandiji na namirenje potraživanja od poslodavca protiv kog je otvoren stečajni postupak. Ovom radniku je, naime, bila uskraćena zaštita potraživanja s obrazloženjem da ona proishodi iz prava EU, posebno iz Direktive Saveta 80/987/EEZ o zaštiti zaposlenih u slučaju poslodavčeve insolventnosti, te da je on mogao da namiri dospela potraživanja da je zaštita proizlazila iz domaćeg prava, naravno, pod uslovom da se po merodavnim domaćim propisima može kvalifikovati kao zaposleni. Sud pravde Evropske unije je rezonovao drugačije, pošavši od pravila da državljani trećih država mogu uživati prava koja proizlaze iz prava EU, čak i kada se merodavnim propisima ne ostvaruju ciljevi imigracione politike. Ovo tim pre što državljani trećih država nisu izričito isključeni iz područja primene Direktive Saveta 80/987/EEZ, niti su države članice EU ovlašćene da to učine, a što, konačno, znači da se Direktiva može primeniti i na subjekte neregularnih migracija. Po oceni Suda, činjenica da migrant nije imao zakonito zaposlenje u Holandiji nije prepreka za zaštitu njegovih potraživanja, budući da odredbe Direktive Saveta 80/987/EEZ moraju biti tumačene u svetlu njenih socijalnih ciljeva, koji se vezuju za obezbeđivanje minimalne zaštite zaposlenih na nivou EU u slučaju poslodavčeve insolventnosti.⁶⁶ Države ugovornice EU, otud, ne mogu da određuju pojam zaposlenog nezavisno od socijalnih ciljeva ove direktive i da uskraćuju zaštitu predviđenu Direktivom pojedincima koji se u domaćem pravu mogu kvalifikovati kao zaposleni i koji, zbog te kvalifikacije, potražuju namirenje zarada. To, konačno, znači da nacionalno zakonodavstvo koje sprečava državljanina treće države, koji se može kvalifikovati kao zaposleni, da ostvari Direktivom predviđenu zaštitu samo zato što nema zakoniti boravak nije u skladu s Direktivom Saveta 80/987/EEZ.⁶⁷ Ova presuda potvrđuje, dakle, jednako postupanje prema subjektima regularnih i neregularnih migracija u pogledu radnih prava zajemčenih pod okriljem EU. To je izuzetno značajan presedan, posebno imajući u vidu da nijedna

65 *Ibid.*, 158.

66 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu C-311/13 (*O. Tümer v. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*), od 5. novembra 2014. godine (ECLI:EU:C:2014:2337), stav 33.

67 *Ibid.*, st. 45–46.

direktiva izričito ne isključuje iz svog područja primene državljane trećih država (uopšte, ili naročito subjekte neregularnih migracija), niti državama članicama EU dopušta da to učine, jer bi svaki takav slučaj bio suprotan socijalnim ciljevima izvorā radnog prava EU.⁶⁸

Iz sličnih razloga, posebno interesantnim i naprednim čini se i savetodavno mišljenje Interameričkog suda za ljudska prava od 2003. godine, u kom je potvrđena obaveza država da poštuju ljudska prava i obezbede njihovo vršenje i uživanje svim licima koja se nalaze na njihovoj teritoriji, bez diskriminacije, ne samo na osnovu državljanstva, rase i drugih ličnih svojstava, već i na osnovu njihovog migrantskog statusa: „Migrantski status jednog lica nikada ne može biti opravdanje da ono bude lišeno uživanja ili vršenja ljudskih prava, uključujući i prava koja se odnose na zapošljavanje. Ako se pretpostavlja postojanje radnog odnosa, migrant stiče prava kao radnik, i ona mu moraju biti priznata i obezbeđena, nezavisno od njegovog regularnog ili neregularnog statusa u državi zaposlenja. Ova prava su posledica radnog odnosa”⁶⁹ Premda savetodavna mišljenja Interameričkog suda za ljudska prava nisu pravnoobavezujuća, ona utiču ne samo na državu ili organ koji ih je zatražio, već i na sve države članice *Organizacije američkih država*, zbog čega je citirano mišljenje posebno značajno. Ovo tim pre što su njegove glavne postavke potvrđene i u nekoliko presuda ovog suda.

4. PRAVNE POSLEDICE RADNOG ANGAŽOVANJA SUBJEKATA NEREGULARNIH MIGRACIJA

Uprkos prikazanom međunarodnopravnom okviru, u većini savremenih država, subjekti neregularnih migracija nemaju uslove za delotvorno ostvarivanje prava na rad. Njihovo radno angažovanje zaprećeno je prekršajnim i krivičnim sankcijama, zbog čega u nekim pravnim sistemima, u cilju ograničavanja broja stranih radnika, poslodavci imaju dužnost da pre stupanja na rad, postave radniku pitanja vezana za državljanstvo i migrantski status.⁷⁰ S druge strane, valja imati u vidu da se u nekim državama, u slučaju zapošljavanja subjekata neregularnih migracija, umesto ili zajedno s poslodavcem, kazne primenjuju protiv stranih radnika. Ima i pravnih sistema, poput španskog, u kom za radno angažovanje subjekta neregularne migracije odgovaraju i poslodavac i radnik, ali se samo protiv poslodavca mogu izreći najteže sankcije.⁷¹ Premda je izricanje ovih sankcija važno za upravljanje mi-

68 Elaine Dewhurst, „Directive 2009/52/EC”, u: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds.), *International and European labour law – A Commentary*, Nomos / Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, 834.

69 Inter-American Court of Human Rights, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants. Advisory Opinion OC-18/03, ser. A, No. 18, 17 September 2003, nav. prema: *Promoting fair migration*, stav 80.

70 Ovu dužnost imaju i poslodavci u Velikoj Britaniji, ali je u sudskoj praksi Apelacionog radnog tribunala takvo rešenje ocenjeno kao opasnost po zabranu rasne diskriminacije (*Dhatt v. McDonalds Hamburgers Ltd*, /1988/ ICR 591, EAT). Stoga je Komisija za jednakost i ljudska prava donela smernice za poslodavce u kojima su sadržane brojne preporuke dobre prakse u pogledu prikupljanja ovih osetljivih podataka o ličnosti. Astra Emir, *Selwyn’s law of employment*, Oxford University Press, Oxford, 2012¹⁷, 71.

71 *Promoting fair migration*, stav 513.

gracijama, u jurisprudenciji Komiteta eksperata za primenu konvencija i preporuka MOR prevladuje stav da tzv. multifokalna kaznena rekacija nije dovoljna za efikasnu kontrolu migracionih kretanja, i da, štaviše, kažnjavanje za radno angažovanje migranata bez odgovarajućeg odobrenja za boravak i/ili dozvole za rad intenzivira njihovu vulnerabilnost.⁷² S tim u vezi, otvara se i pitanje radnopravnog položaja subjekata neregularnih migracija, posebno imajuću u vidu da oni redovno ne ističu tužbene zahteve za namirenje dospelih, a nenamirenih naknada za rad i drugih potraživanja koja imaju prema svojim poslodavcima.

Subjekti neregularnih migracija retko pokreću sudske postupke za namirenje nenamirenih, a, dospelih potraživanja po osnovu rada, pre svega, zbog svog neregularnog položaja (i straha od deportacije), s tim što u nekim državama, poslodavci nemaju obavezu da ovim licima obezbede uslove za delotvorno ostvarivanje osnovnih radnih prava.⁷³ Ovo stoga što se ugovor o radu koji je zaključen sa subjektom neregularne migracije smatra *ništavim*, jer je, u tom slučaju, predmet ugovorne obaveze nedopušten, budući da je radno angažovanje subjekta neregularnih migracija *protivno prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima*. A to, dalje, ima za posledicu nemogućnost namirenja neisplaćenih zarada u sudskom postupku.⁷⁴ To je, primera radi, slučaj u švedskom pravu, gde se tradicionalno smatra da je ugovor koji zaključi subjekt neregularne migracije protivan dobrim običajima (*pactum turpe*) i da, posledično, ne zaslužuje priznanje i podršku pravnog sistema, zbog čega se pred sudom ne može zahtevati namirenje bilo kog potraživanja proisteklog iz takvog ugovora.⁷⁵ Na radnopravni položaj subjekata neregularnih migracija primenjuje se, dakle, jedno opšte načelo ugovornog prava. S tim u vezi, u pravnoj literaturi se ističe da se ugovor koji je zaključio subjekt neregularne migracije ne može smatrati ugovorom o radu koji bi bio isti kao i svi drugi zakoniti ugovori o radu. Njegova potpuna „legalizacija” nije, dakle, moguća, ali se veruje da, i pored primene opštih načela ugovornog prava, sudovi treba da radnicima priznaju barem najosnovnija prava koja proizlaze iz ovog sasvim osobenog ugovora.⁷⁶ Švedski sudovi su uvek nalazili načina da radnicima pruže određenu zaštitu, istina, samo u pogledu nenamirenih zarada (ne i drugih prava iz radnog odnosa), dok je stupanjem na snagu Direktive Evropskog parlamenta i Saveta o sankcijama protiv poslodavaca državljanima trećih država s nezakonitim boravkom u državi članici EU stvoren i pravni osnov za takvo postupanje.⁷⁷ Za tim je usledilo i usvajanje vladinog akta (2010) u kom je preporučeno da se na subjekte neregularnih migracija primenjuju makar zakonska pravila koja se tiču bezbednosti i zdravlja na radu, ograničenog radnog vremena i odmora. Premda ovim aktom nije izričito uređeno pitanje primene kolektivnih

72 *Ibid.*

73 Virginia Mantouvalou, *The right to non-exploitative work*, u: Virginia Mantouvalou (ed.), „The right to work – Legal and philosophical perspectives”, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2015, 52.

74 R. Cholewinski, 864; B. Anderees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, 302.

75 Niklas Selberg, „The laws of ‘illegal’ work and dilemmas in interest representation on segmented labor markets: *à propos* irregular migrants in Sweden”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 35, 2014, 251.

76 *Ibid.*, 252–254.

77 *Ibid.*

ugovora na subjekte neregularnih migracija, u praksi se smatra da njihovoj primeni ima mesta u duhu pravila *a maiori ad minus* (ko može da uživa zaštitu predviđenu zakonom, tim pre može da uživa i zaštitu koju garantuje kolektivni ugovor, kao akt niže pravne snage). U literaturi se smatra da je ostavljanjem odgovarajućih pravnih praznina u merodavnim propisima (tzv. pasivnim normiranjem), švedski zakonodavac, zapravo, uredio položaj migranata. Radno zakonodavstvo ne sadrži, dakle, izričite odredbe o zaštiti subjekata neregularnih migracija, ali je sudovima i doktrini ostavljena mogućnost za osmišljavanje određenih zaštitnih mehanizama.⁷⁸

Slično, u irskom pravu, pravne posledice radnog angažovanja subjekta neregularne migracije objašnjavaju se u okviru *doktrine o nesprovodivosti nezakonitih ugovora* (engl. *doctrine of contractual unenforceability*). Reč je, preciznije, o postavci da je ugovor o radu koji je zaključen sa strancem koji nema dozvolu za rad – nezakonit i, posledično, nesprovodiv.⁷⁹ Uprkos tome, Vrhovni sud Irske je afirmisao stav da se u slučajevima „najužasnije eksploatacije“, strani radnik ne može ostaviti bez ikakve zaštite. To je, primera radi, bio slučaj s kuvarom iz Pakistana kome je poslodavac (s kojim je, inače, u srodstvu) obećao da će mu obnoviti dozvolu za rad. Radnik je pretpostavljao da je njegova dozvola produžena ili da će biti produžena, a, kako to nije bio slučaj, nije mogao da u radnom sporu zaštititi svoja prava, počevši od prava na ograničeno radno vreme (radio je 77 sati nedeljno) i prava na plaćeni godišnji odmor (koji nikada nije koristio), do prava na pravičnu zaradu (zaradivao je svega 50 centi po radnom satu). Sud je zaključio da to što strani radnik nije bio svestan da poslodavac nije pribavio dozvolu za rad, tj. da je opravdano verovao da je poslodavac tu dozvolu pribavio, onemogućava primenu doktrine o nesprovodivosti nezakonitih ugovora.⁸⁰

U praksi irskih sudova izgrađen je još jedan mehanizam zaštite stranaca koji rade bez dozvole za rad. Reč je o *doktrini odvajanja* (engl. *doctrine of severance*), kojom je omogućeno razgraničenje između rada bez dozvole za rad i zakonitog rada stranca, ne bi li se periodi radnog angažovanja tokom kojih je status stranca bio regularan – izdvojili zbog mogućnosti da se povodom njih zahteva (i ostvari) sudska zaštita radnih prava.⁸¹ U drugim pravnim sistemima postoje i drugi načini da se namire određena potraživanja subjekata neregularnih migracija. Jedan od njih je i primena instituta *pravno neosnovanog obogaćenja*, te se potraživanja mogu namiriti u skladu s pravilima koja važe za pravno neosnovano obogaćenje.⁸²

78 *Ibid.*

79 Kevin Costello, *Ireland*, u: Roger Blanpain (ed.), „International encyclopaedia for labour law and industrial relations“, Kluwer Law International, The Hague, 2014, 67.

80 Presuda u predmetu *Hussein v. Labour Court*, [1996] 2 ILRM 515. Nav. prema K. Costello, 67.

81 *Life in the shadows: An exploration of irregular migration in Ireland*, Migrant Rights Center Ireland, Dublin, 2007, 63. Primenu ove doktrine ilustruje rad studenta, koji je tokom semestra radio bez dozvole za rad. On nije mogao da u radnom sporu namiri potraživanja dospela tokom semestra, za razliku od potraživanja dospelih tokom raspusta, kada je, po merodavnim propisima o zapošljavanju stranaca, mogao da radi bez ikakvih ograničenja, i zbog čega je u sudskom postupku uspeo da namiri neisplaćene zarade. Presuda u predmetu *Blue Chip Trading Ltd v. Helbawi* [2009] IRLR 128, nav. prema K. Costello, 68.

82 V. Mantouvalou, 52.

Radnopravni položaj subjekata neregularnih migracija unekoliko je zaštićen i u grčkom pravu, istina, samo u pogledu namirenja dospelih, a, neisplaćenih zarada. I u ovoj državi, naime, rad stranca bez odgovarajuće dozvole, kao i radno angažovanje stranca bez odgovarajuće dozvole, predstavljaju krivično delo radnika, odnosno poslodavca. Ipak, poslodavac koji nezakonito angažuje stranca ima obavezu da mu isplati sva dospela primanja, doduše, samo u visini minimalne zarade utvrđene merodavnim zakonodavstvom ili kolektivnim ugovorom i praksom koja postoji u određenom zanimanju.⁸³ Pored toga, poslodavac je dužan da nadležnom organu javne vlasti uplati sredstva u visini iznosa doprinosa za socijalno osiguranje i poreza koje bi poslodavac dugovao da je zakonito angažovao stranca za rad, te da nadoknadi troškove vraćanja stranca u državu porekla.

Pored Grčke, subjekti neregularnih migracija mogu istaći tužbeni zahtev za namirenje neisplaćenih zarada i u Belgiji, Nemačkoj, Portugalu, Francuskoj i Holandiji, s tim što migranti koji rade u Belgiji, Grčkoj i Nemačkoj imaju pravo na podnošenje tužbe protiv poslodavca i u slučaju prinudnog udaljenja ili dobrovoljnog povratka u državu porekla.⁸⁴ U većini navedenih država, subjekti neregularnih migracija imaju i pravo na obeštećenje za slučaj povrede na radu i profesionalnog oboljenja, koje pokriva troškove zdravstvene zaštite, rehabilitacije i naknade zarade za deo perioda tokom kog su bili sprečeni za rad usled povrede na radu, dok u slučaju povreda na radu sa smrtnim ishodom, članovi porodice preminulog migranta imaju pravo na naknadu štete.⁸⁵

Ipak, ne sme se gubiti iz vida da ni u državama u kojima postoji makar i najmanja mogućnost za sudsku zaštitu nenamirenih potraživanja subjekata neregularnih

83 Viktoria Sp. Douka, Vasileios Th. Koniaris, *Greece*, u: Roger Blanpain (ed.), „International encyclopaedia for labour law and industrial relations”, Kluwer Law International, The Hague, 2015, 225. U tom smislu, posebno je važno pomenuti odluku Vrhovnog suda Grčke od novembra 2007. godine kojom je prvi put potvrđena obaveza stvaranja uslova za ostvarivanje radnih prava subjekata neregularnih migracija, iako je merodavnim propisima poslodavcima bilo zabranjeno zapošljavanje stranaca koji ne poseduju važeće odobrenje za boravak u Grčkoj. Presuda je doneta povodom angažovanja dvojice Albanaca za obavljanje poljoprivrednih poslova. Tokom prve tri godine rada za poslodavca, oni nisu imali odobrenje za boravak u Grčkoj, te su bili angažovani bez pravnog osnova (za rad „na crno”). Poslodavac im je isplaćivao naknadu za rad u iznosu nižem od minimalne zarade, dok im je uvećana zarada za prekovremeni rad bila uskraćena za svih pet godina rada. Vrhovni sud je naložio poslodavcu da radnicima isplati neisplaćene novčane prestacije, a izrekao mu je i novčanu kaznu za radnu eksploataciju migranata. Ova presuda je posebno značajna zbog činjenice da migranti čine više od 90% poljoprivrednih radnika u Grčkoj, pri čemu nemali broj njih nema regularan status. Nav. prema M. LeVoy, E. Geddie, 105.

84 M. LeVoy, E. Geddie, 106.

85 *Ibid.* Primera radi, u Holandiji, rad migranta bez odobrenja za boravak i/ili bez dozvole za rad nije kvalifikovan kao krivično delo ili prekršaj. Osim toga, ugovor o radu ili drugi ugovor o radnom angažovanju koji zaključuje migrant koji nezakonito boravi na teritoriji ove države proizvodi dejstvo, a migrant može da potražuje od poslodavca neisplaćene zarade u poslednjih šest meseci. Ova država obezbeđuje i sredstva za finansiranje jedne nevladine organizacije koja obaveštava migrante o njihovim pravima i pomaže im prilikom podnošenja zahteva za namirenje neisplaćenih zarada (Lisa Berntsen, Tesselte de Lange, *Employer sanctions: Instruments of labour market regulation, migration control, and worker protection*, u: Conny Rijken, Tesselte de Lange (eds), „Towards a decent labour market for low waged migrant workers”, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2018, 213–214. i 224.

migracija, ova lica, po pravilu, ne pokreću postupke za zaštitu prava.⁸⁶ Ovo prevashodno zbog bojazni da će biti deportovani, dok neke od njih od pokretanja postupka odvraća i teškoća dokazivanja postojanja radnog odnosa, odnosno radnog angažovanja (u smislu nepostojanja ugovora o radu, obračuna zarade ili drugog dokaza, nespremnosti kolega da svedoče o postojanju faktičkog rada, zbog straha od poslodavčeve odmazde i/ili deportacije, jer su neretko i sami u neregularnom položaju).⁸⁷ Stoga se u državama u kojima subjekti neregularnih migracija mogu podneti tužbu za namirenje nenamirenih potraživanja po osnovu rada, od nadležnih sudova ne zahteva da prijave neregularan status migranta imigracionim vlastima. Ne postoji, dakle, obaveza razmene podataka između organa javne vlasti, a, u cilju izbegavanja sužavanja zaštite pred nadležnim sudovima.⁸⁸ To, dalje, znači da se kao posebno moćno oružje za zaštitu migranata koji zahtevaju namirenje potraživanja po osnovu rada pojavljuje pravilo da *podaci koji otkrivaju identitet neregularnog radnika migranta ne treba da budu dostupni organima nadležnim za kontrolu migracija*.⁸⁹ Na istom fonu je i praksa Komiteta eksperata za primenu konvencija i preporuka MOR, u kojoj je, povodom inspeksijskog nadzora nad primenom propisa u preduzećima koja radno angažuju subjekte neregularnih migracija potcrtano da je primarna

86 B. Anderees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, 302. U tom smislu posebno je važno uočiti da sudskoj zaštiti pribegava i ograničeni broj subjekata regularnih migracija. To, primera radi, ilustruju rezultati istraživanja koje se ticalo sudske zaštite radnih prava migranata iz osam novoprimiteljenih država članica EU pred radnim tribunalima u Velikoj Britaniji, budući da ova država nije bila uvela ograničenje za prijem radnika iz Estonije, Mađarske, Letonije, Litvanije, Poljske, Slovačke, Slovenije i Češke. Istraživanje je pokazalo da je od 2010–2012. godine, postupke pred radnim tribunalima pokrenuo mnogo manji broj migranata nego domaćih državljana (između 200 i 250 radnika migranata). Taj rezultat istraživači vezuju za postavku o raširenosti radne eksploatacije ove osetljive kategorije radnika i za postavku da njihova radna prava postoje samo „na hartiji”. Osim toga, kao mogući razlozi za neodgovarajuću sudsku zaštitu migranata uočeni su i troškovi i složenost sudskog postupka, posebno u pogledu sporova male vrednosti i sporova za namirenje neisplaćene naknade za rad. Catherine Barnard, Amy Ludlow, „Enforcement of employment rights by EU-8 migrant workers in employment tribunals”, *Industrial Law Journal*, vol. 45, broj 1/2016, 1–28.

87 B. Anderees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, 302.

88 M. LeVoy, E. Geddie, 106–107. Tako, primera radi, u Belgiji ne postoji obaveza radnih sudova da službi za imigraciju saopšte ime i prezime subjekata neregularnih migracija, dok zakonom kojim je obezbeđena implementacija Direktive Saveta 2009/52/EZ nije predviđena obaveza organa državne uprave kome se migrant obrati za zaštitu radnih prava da obavesti službu za imigraciju o neregularnom statusu radnika. Ipak, u praksi dolazi do drugačijeg postupanja, jer prilikom vršenja nadzora, inspektore rada, zbog njihove bezbednosti, redovno prate policijski službenici, koji su obavezni da proveravaju odobrenja za boravak radnika migranata. S druge strane, inspektori rada, kao državni službenici, imaju dužnost da prijavljuju krivična dela, kako je u Belgiji kvalifikovan nezakonit boravak na teritoriji ove države, što znači da službi za imigraciju moraju prijaviti sve radnike koje zateknu kod poslodavca bez odobrenja za boravak. Slično vredi i za Italiju, jer predstavnici tamošnjeg ministarstva nadležnog za poslove rada i inspektori Nacionalnog instituta za osiguranje za slučaj nezgoda na radu i Nacionalnog instituta za socijalnu sigurnost, zajedno s policijskim službenicima i predstavnicima poreske policije, imaju dužnost da prijave subjekte neregularnih migracija koje otkriju prilikom vršenja nadzora, budući da su nezakoniti ulazak i boravak u Italiji inkriminisani. Nav. prema: Kadri Soova, Liliana Keith, Michele LeVoy, *Employers' sanctions: Impacts on undocumented migrant workers' rights in four European countries*, Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, Brussels, 2015, 6–7.

89 R. Cholewinski, 865, fn. 115.

dužnost inspekcije rada da štiti radnike, a, ne da primenjuje imigracione propise.⁹⁰ Kako su subjekti neregularnih migracija, u slučaju otkrivanja neregularnog statusa, neretko dvostruko penalizovani – gubitkom radnog angažovanja i poslodavčevom odmazdom, s jedne strane, i pritvorom i deportacijom iz države prijema, s druge strane – inspektori rada bi trebalo da usmere svoju aktivnost na otkrivanje i sprečavanje eksploatatorskih uslova u kojima ova lica neretko rade, kao i na stvaranje mogućnosti da ostvaruju prava iz radnog odnosa koja po zakonu pripadaju svim licima koja stvarno rade u ime, za račun i pod vlašću poslodavca.⁹¹

Potonji zahtev uvažen je i u aktima EU, budući da je Evropski parlament potvrdio da subjekti neregularnih migracija u EU imaju osnovna prava, uključujući pravo na poštene uslove rada. S tim u vezi je istaknuto da je osnovni zadatak inspektorā rada da zaštite radnike, zbog čega subjektima neregularnih migracija mora biti omogućeno da pokrenu postupak pred inspekcijom, bez straha od proterivanja.⁹²

5. KAŽNJAVANJE POSLODAVACA SUBJEKATA NEREGULARNIH MIGRACIJA

Pitanje kažnjavanja poslodavaca koji zapošljavaju subjekte neregularnih migracija uređeno je pod okriljem EU, i to samo u pogledu poslodavaca državljana trećih država s nezakonitim boravkom na teritoriji neke države članice EU. To pitanje uređeno je Direktivom Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, uz priznavanje određenih, istina, samo minimalnih, prava subjekata neregularnih migracija (pravo na namirenje dospelih naknada za rad, pravo na zaštitu radnih prava pred nadležnim organima). Direktiva se ne primenjuje na Dansku, Irsku i Ujedinjeno Kraljevstvo, a iz njenog područja primene isključeni su državljani trećih država koji zakonito borave u određenoj državi članici EU, čak i kada nemaju dozvolu za rad, lica koja imaju pravo na slobodno kretanje unutar EU, kao i lica koja imaju pravo na rad u jednoj državi članici, a upućena su na rad u drugu državu članicu EU.

Direktivom Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ utvrđeno je više obaveza koje poslodavci moraju ispuniti pre zapošljavanja državljana trećih država, kao i niz mera koje se mogu primeniti protiv poslodavaca u slučaju kršenja tih obaveza, te obaveza država članica EU da obezbede inspekcijski pregled dosijea zaposlenih u kompanijama registrovanim na njihovoj teritoriji. To je neophodno, jer bi različito postupanje država članica EU u ovoj oblasti, posebno predviđanje značajno različitih sankcija i raspona u kom one mogu biti izrečene protiv poslodavaca, moglo da ugrozi ostvarivanje osnovnih ekonomskih ciljeva EU koji se vezuju za dobro

90 B. Anderees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, 307.

91 S druge strane, Berntsen (*Lisa Berntsen*) i de Lange (*Tesseltje de Lange*), s pravom, upozoravaju da inspekcija rada ima dvojaku ulogu: prva od njih tiče se regulisanja tržišta rada, tj. zaštite domaćeg tržišta rada od nezakonitog zapošljavanja. Druga uloga ogleda se u odgovornosti inspekcije rada za zaštitu svih radnika u određenoj državi, nezavisno od njihovog pravnog položaja, tj. nezavisno od njihovog boravišnog statusa i dozvole za rad. L. Berntsen, T. de Lange, 227.

92 European Parliament resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004–2008, stav 162.

funkcionisanje jedinstvenog tržišta i poštenu konkurenciju. Pored toga, izostanak harmonizacije u ovoj oblasti može da dovede do sekundarnih neregularnih imigracija u države članice EU u kojima su za poslodavce predviđene blaže sankcije, odnosno koje nemaju dovoljne kapacitete za nadzor nad primenom merodavnih propisa.⁹³ Stoga se primenom ove direktive postiže *usklađivanje različitih interesa koji postoje u oblastima radnog, imigracionog i krivičnog prava*, s tim što, nažalost, mere usmerene na borbu protiv radne eksploatacije ostaju u senci imigracione kontrole i sprečavanja neregularnih migracija (pre svega, kroz bolju kontrolu granica i kroz primenu represivnih mera).⁹⁴

Pitanje kažnjavanja poslodavaca koji zapošljavaju subjekte neregularnih migracija izuzetno je značajno, imajući u vidu da na ponašanje poslodavaca presudno utiču pravila vezana za otkrivanje i kažnjavanje za povrede merodavnih propisa. To potvrđuju i rezultati ekonomskih istraživanja, u kojima su kao dve najznačajnije varijable koje utiču na doslednu i pravilnu primenu propisa o zapošljavanju u privatnim preduzećima uočene – mogućnost inspeksijskog nadzora i težina sankcija koje mogu biti izrečene poslodavcu po otkrivanju povreda merodavnih propisa.⁹⁵ U najvećem broju savremenih država, nadležnost za otkrivanje povreda merodavnih propisa pripada inspekciji rada, pre svega zbog njenog ovlašćenja da obilazi prostorije poslodavaca i vrši uvid u njihove arhive, s tim što se u praksi nemalog broja država inspeksijski nadzor pojavljuje kao nedelotvoran, pre svega zbog nedovoljnih kapaciteta inspekcija rada i nedovoljne obučenosti inspektorā.⁹⁶ Takvi propusti neposredno utiču na poštovanje merodavnih propisa, pogodujući, između ostalog, i radu na crno i radnom angažovanju subjekata neregularnih migracija. Uprkos tome, Direktivom nisu utvrđeni kriterijumi ili mehanizmi za kontrolu kvaliteta inspeksijskog nadzora, što se u literaturi, s pravom, kritikuje kao praznina koja umanjuje delotvornost odredaba Direktive.⁹⁷

Kada je, pak, reč o *sankcijama za kršenje propisa u oblasti zapošljavanja*, valja imati u vidu da one imaju trojaku funkciju: prva od njih je *regulisanje tržišta rada*. Reč je, preciznije, o zaštiti domaćih radnika od nelojalne konkurencije stranih radnika i o naplati poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje radnika migranata.⁹⁸ Osim toga, sankcije predstavljaju i *instrument za kontrolu migracija*, tako da njihovo propisivanje odvrća ne samo poslodavce od nezakonitog zapošljavanja, već i subjekte neregularnih migracija od (produženog) nezakonitog boravka i rada u određenoj državi.⁹⁹ Konačno, uvođenje sankcija ima za cilj i *zaštitu radnika migranata od radne eksploatacije*.¹⁰⁰

93 N. Selberg, 284.

94 M. Bell, 160.

95 Lyn Squire, Sethaput Suthiwart-Narueput, „The impact of labor market regulations”, *The World Bank Economic Review*, vol. 11, broj 1/1997, 119–143, nav. prema B. Anderees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, 307.

96 B. Anderees, B. Hancilova, P. Wickramasekara, 306–307.

97 Sergio Carrera, Elspeth Guild, *An EU framework on sanctions against employers of irregular immigrants – Some reflections on the scope, features & added value*, Center for European Policy Studies Policy Briefs, No. 140, 2007, 5.

98 L. Berntsen, T. de Lange, 210.

99 *Ibid.*

100 *Ibid.*

Mnoge evropske države su u poslednjih desetak godina pooštrile sankcije protiv poslodavaca koji zapošljavaju subjekte neregularnih migracija. Na to je, između ostalog, uticala i Direktiva od 2009. godine, kojom je zabranjeno zapošljavanje državljanina trećih država s nezakonitim boravakom u državi članici EU. Poslodavci su, pritom, dužni da nadležnim organima javne vlasti olakšaju kontrolu prisustva ovih lica na teritoriji EU.¹⁰¹ Tome doprinosi niz *preventivnih mera*, počevši od *obaveze poslodavca da od državljanina treće države zahteva da, pre stupanja na rad, pribavi i pokaže važeće odobrenje za boravak na teritoriji države prijema*.¹⁰² Ova obaveza se smatra ispunjenom ukoliko poslodavac zahteva od migranta da mu pokaže odgovarajući dokument ne bi li proverio da li migrant ispunjava uslove da bude radno angažovan. Poslodavac je, stoga, dužan da temeljno pregleda dokument radnika i proveri njegovu ispravnost, primera radi, kroz proveru roka važenja dokumenta, toga da li se na dokumentu nalazi fotografija migranta, da li je potpis migranta identičan potpisu s dokumenta, da li iz dokumenta nedostaje neki podatak ili postoje neki drugi elementi dokumenta zbog kojih se on može smatrati falsifikovanim.¹⁰³ Osim toga, poslodavac je obavezan da najmanje tokom trajanja zaposlenja migranta čuva kopiju ovog odobrenja, kako bi mogao da je pokaže nadležnim organima javne vlasti prilikom inspeksijskog nadzora. Poslodavac je, konačno, dužan i da, u propisanom periodu, *obavesti nadležni državni organ o stupanju državljanina treće države na rad*.

U državama članicama EU, povrede naznačenih obaveza i dužnosti moraju biti zaprećene *delotvornim, srazmernim i odvraćajućim sankcijama*, počevši od novčanih kazni i namirenja troškova povratka migranta u državu porekla.¹⁰⁴ Ako je to prime-

101 Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals (*OJ L* 168, 30.6.2009, 24–32), čl. 3–4. U smislu odredaba Direktive, zapošljavanjem se smatra ne samo zasnivanje radnog odnosa, već i „vršenje aktivnosti koja pokriva bilo koji oblik rada uređen nacionalnim pravom ili usklađen s ustanovljenom praksom, za ili pod rukovodstvom i/ili nadzorom poslodavca” (član 2, tačka s).

102 U većini država članica EU, ova obaveza mora biti ispunjena nekoliko dana pre stupanja migranta na rad ili nekoliko dana pre zaključenja ugovora o radu, a najkasnije prvog radnog dana. Postoje, međutim, i države u kojima poslodavac može zahtevati od migranta da odgovarajući dokument pokaže nekoliko dana (npr. u Austriji, Estoniji, Luksemburgu, Mađarskoj, Poljskoj i Slovačkoj) ili čak nekoliko nedelja po stupanju na rad (u Nemačkoj, Sloveniji i Švedskoj). European Commission, Communication to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2009/52/EC, Brussels, 22.5.2014, COM(2014) 286 final, 8–9.

103 U nekim državama, poput Holandije, poslodavcima je preporučeno da se u slučaju sumnje obrate organu unutrašnjih poslova, ali i da pri proveri ispravnosti dokumenta koriste lupu ili lampu s ultraljubičastim zracima. Osim toga, preporučeno im je i da pohađaju obuku za pravilnu proveru dokumenata, što za male i srednje poslodavce može predstavljati nerazumno veliko opterećenje. Ponašanje poslodavca u vezi s ispunjavanjem odgovarajuće obaveze se, pritom, pažljivo ceni prilikom odlučivanja o odgovornosti za nezakonito zapošljavanje. U praksi se, naime, smatra da poslodavac nije odgovoran za nezakonito zapošljavanje migranta koji je koristio falsifikovani dokument koji poslodavac nije prepoznao kao takav, ili mu se može izreći novčana kazna umanjena za 50%, ako je poštuovao sve preporuke i savesno pregledao dokument migranta, ako ima zaposlene koji su pravilno i potpuno obučeni za prepoznavanje falsifikovanih dokumenata i ako su oni sledili utvrđene unutrašnje procedure (L. Berntsen, T. de Lange, 222–223).

104 Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, član 5. U nekim državama, poslodavci koji nisu bili svesni da su angažovali migranta na osnovu falsifikovanog dokumenta, ali su ispunili obaveze vezane za proveru i čuvanje dokumenata i obaveštavanje nadležnog državnog organa ne mogu biti kažnjeni za nezakonito zapošljavanje, ili se od njih ne može zahtevati namirenje

reno, izricanje novčane kazne može biti praćeno i dodatnim sankcijama, poput zabrane korišćenja (svih ili nekih) javnih pogodnosti, pomoći i subvencija najduže pet godina, kao i zabrane korišćenja sredstava iz fondova EU na koje poslodavci, inače, imaju pravo; (privremene ili trajne) zabrane rada preduzeća ili (privremenog ili trajnog) oduzimanja licence za rad.¹⁰⁵ Navedene sankcije¹⁰⁶ se primenjuju zajedno s odgovarajućim radnopravnim i socijalnopravnim sankcijama (isplata nenamirenih

troškova deportacije. Tako, primera radi, poslodavci u Estoniji koji su u dobroj veri obavestili organ unutrašnjih poslova i savesno proverili pravni osnov boravka migranta u ovoj državi ne mogu biti odgovorni za nezakonito zapošljavanje. Isto vredi i za poslodavce u Austriji i Švedskoj, jer se protiv njih ne mogu izreći sankcije za nezakonito zapošljavanje, ako su pažljivo ispunili obaveze vezane za proveru i čuvanje dokumenata i obaveštavanje nadležnog organa, dok u Nemačkoj, poslodavci koji su ispunili navedene obaveze ne mogu biti odgovorni za plaćanje troškova deportacije, osim ukoliko su znali da je migrant koristio falsifikovane dokumente. Nav. prema: *Illegal employment of third-country nationals in the European Union*, 27.

- 105 Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, član 7. Države članice EU mogu predvideti ublažavanje novčanih kazni, ako je poslodavac fizičko lice koje zapošljava subjekta neregularne migracije za privatne potrebe i angažuje ga u uslovima rada koji nisu eksploatatorski (tu mogućnost iskoristili su Kipar, Mađarska, Poljska, Finska i Holandija). Osim toga, državama članicama EU je dopušteno i da odluče da se prema ovoj kategoriji poslodavaca ne primenjuju prateće kazne. Tako, primera radi, u Holandiji, visina novčane kazne za poslodavce koji zapošljavaju subjekte neregularnih migracija zavisi od toga da li je reč o fizičkom ili pravnom licu, kao i od poslova za koja su migranti angažovani: za fizička lica koja zapošljavaju migrante za obavljanje pomoćnih kućnih poslova kazna iznosi 2.000 evra; za fizička lica koja zapošljavaju migrante za obavljanje profesionalnih i poslovnih dužnosti kazna iznosi 4.000 evra; kazna od 4.000 evra propisana je i za pravno lice koje zapošljava migranta za obavljanje poslova van delatnosti poslodavca; zapošljavanje migranta za obavljanje poslova iz delatnosti pravnog lica zaprećeno je kaznom od 6.000 evra, dok za ostale pravne subjekte kazna iznosi 8.000 evra. Novčana kazna, pritom, može biti umanjena za 25%, 50% ili čak 75%, zavisno od prirode i stepena povrede zabrane nezakonitog zapošljavanja, kao i zavisno od stepena krivice poslodavca i potrebe da se primeni načelo srazmernosti. Na primer, kazna može biti umanjena za 50%, ako se utvrdi da je rad migranta bio marginalan i privremen, tj. da je njegovo radno angažovanje bilo ograničenog trajanja i ograničenog obima, da je bilo neplaćeno ili da je posao obavljen samo jednom (npr. lice koje ima turističku vizu za boravak u Holandiji, tokom posete bratu, istovaruje robu poručenu za bratov restoran). Nav. prema L. Berntsen, T. de Lange, 213.
- 106 U svim državama članicama EU, za nezakonito zapošljavanje propisane su novčane kazne. U većini država, njihova visina se srazmerno povećava sa svakim nezakonito zaposlenim migrantom, dok je u ostalim državama zakonom predviđena opšta visina kazne, tako da sudije preciziraju kaznu u svakom konkretnom slučaju, i to u zavisnosti od broja zaposlenih subjekata neregularnih migracija. To ima za posledicu velike razlike u visini novčanih kazni (od kazne u iznosu od 1,3 minimalne mesečne zarade u Luksemburgu do kazne koja može iznositi 24,2 minimalne mesečne zarade u Bugarskoj), što znači da su u nekim državama kazne takve da ne odvrćaju poslodavce od angažovanja subjekata neregularnih migracija [European Commission, Communication to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2009/52/EC, 4]. U 18 država članica EU, za nezakonito zapošljavanje propisana je i kazna zatvora (u trajanju od 3–6 meseci u Litvaniji i Austriji, dok u ostalim državama iznosi od 1–5 godina). U devet država članica EU poslodavci mogu biti kažnjeni i oduzimanjem opreme za rad i imovinske koristi stečene angažovanjem subjekata neregularnih migracija; u 14 država poslodavcima može biti izrečena zabrana učestvovanja u postupku javnih nabavki; 13 država poznaje kaznu zabrane obavljanja delatnosti; u 10 država predviđena je mogućnost oduzimanja licence za obavljanje delatnosti, dok je u 12 država predviđena kazna oduzimanja odobrenja za boravak ili nastanjenje, ako je poslodavac stranac. Osim toga, u Slovačkoj se javno objavljuje centralizovan spisak fizičkih i pravnih lica koja su u poslednjih pet godina povredila zabranu nezakonitog zapošljavanja, dok se u Ujedinjenom Kraljevstvu, u okviru tog spiska ukazuje i na podatke o delatnosti poslodavaca. U Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Češkoj i na Kipru sankciju predstavlja i ograničavanje poslodavčevog prava da

zarada, i uplata neuplaćenih poreza i doprinosa za socijalno osiguranje, s pripadajućim kamatama i penalima).¹⁰⁷ U slučaju podugovaranja, ugovarač (čiji je poslodavac neposredni podugovarač) je, zajedno s poslodavcem ili umesto poslodavca, odgovoran za plaćanje novčanih kazni i namirenje nenamirenih potraživanja. Poslodavac i/ili glavni ugovarač su, preciznije, obavezni da radniku s nezakonitim boravkom namire svaku nenamirenu naknadu za koju se pretpostavlja da odgovara najmanje visini zarade predviđene propisima o minimalnoj zaradi, kolektivnim ugovorima ili običajem u odgovarajućem sektoru, osim ako poslodavac ili radnik mogu dokazati suprotno. Za radnika koji (više) nema odobrenje za boravak na teritoriji određene države, poslodavac mora platiti i iznos koji odgovara svim porezima i doprinosima za socijalno osiguranje koje bi uplatio da je to lice bilo zakonito angažovano. Po potrebi, poslodavac snosi i sve troškove slanja nenamirenih prestacija u državu u koju je radnik vraćen.¹⁰⁸

S tim u vezi, valja imati u vidu teškoće i prepreke s kojima se migranti susreću prilikom pokretanja postupka za zaštitu prava.¹⁰⁹ Podnošenje tužbe protiv poslodavca je, pritom, olakšano pravilom da migrant s nezakonitim boravkom može podneti tužbu neposredno ili preko trećih lica koja imaju legitimni interes za podnošenje tužbe (najčešće preko sindikata, a u svega nekoliko država i preko nevladinih organizacija posvećenih zaštiti radnika migranata ili nadležnih institucija). Predviđeno je i uvođenje pretpostavke o postojanju radnog odnosa u trajanju od najkraće tri meseca, ako je teško dokazati postojanja radnog odnosa,¹¹⁰ dok se u slučaju pokretanja krivičnog postupka protiv poslodavca, tužiocu može izdati odobrenje za privremeni boravak, kako bi u njemu učestvovao.¹¹¹

u budućnosti zapošljava državljane trećih država. Nav. prema: *Illegal employment of third-country nationals in the European Union*, 28–30.

- 107 Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, član 6. Kako su subjekti neregularnih migracija neretko angažovani za rad „na crno”, u mnogim slučajevima je teško utvrditi visinu njihove naknade za rad. Stoga im naknada mora biti isplaćena najmanje u visini minimalne zarade utvrđene u skladu s merodavnim propisima ili praksom koja važi u određenoj grani, ako se poslodavac i radnik nisu drukčije dogovorili.
- 108 Posebni mehanizmi za namirenje potraživanja migranata koji su se vratili u državu porekla postoje samo u Belgiji, Grčkoj i Francuskoj. Primera radi, francuska Služba za imigraciju i integraciju izdaje naredbu, na osnovu koje joj se isplaćuje novac za račun migranta, i taj novac, dalje, prenosi migrantu. U ostalim državama članicama EU, na ovo pitanje se primenjuju opšta pravila izvršnog prava. European Commission Communication to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2009/52/EC, 8.
- 109 *Promoting fair migration*, stav 512. To je potvrđeno i u Multilateralnom okviru MOR za radne migracije, gde je kao jedan od instrumenata za sprečavanje i zaštitu od zloupotreba u vezi s migracijama identifikovano „usvajanje mera za ohrabrivanje migranata i žrtava trgovine ljudima da otkriju zloupotrebu, eksploataciju i povredu njihovih prava [...] i uspostavljanje mehanizama koji migrantima omogućavaju da podnose tužbe, bez zastrašivanja i odmazde”. *ILO Multilateral Framework on Labour Migration. Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, International Labour Office, Geneva, 2006, tačka 11.5.
- 110 Uz izuzetak Estonije, Rumunije i Španije, sve države članice EU su u svoje pravne sisteme uvele ovu pretpostavku, s tim što je u Holandiji ona produžena na najmanje šest meseci. Elaine Dewhurst, „Directive 2009/52/EC”, u: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds.), *International and European labour law – A Commentary*, Nomos / Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, 834.
- 111 Bel (Mark Bell) kritički preispituje ova rešenja iz ugla garantija ljudskih prava, budući da se, uz kažnjavanje poslodavca, kao pravna posledica eksploatacije rada subjekata neregularnih migracija pojavljuje i njihovo vraćanje u državu porekla. Čak i u najtežim slučajevima radne eksploatacije,

Iako usvajanje Direktive predstavlja značajan korak ka zaštiti subjekata neregularnih migracija, u literaturi se s pravom kritikuje njeno područje primene, tj. činjenica da je nezakonit boravak državljanina treće države jedini kriterijum za primenu sankcija protiv poslodavaca. Time se, naime, previđa značaj uređivanja sankcija protiv poslodavaca migranata, koji, nezavisno od svog boravišnog statusa, mogu biti žrtve radne eksploatacije i nezakonitog zapošljavanja¹¹² (npr. turisti, studenti i druga lica koja imaju odobrenje za boravak, ali rade bez dozvole za rad, ili državljani novoprimiteljenih država članica EU, koji, po prijemu države njihovog porekla u EU, tokom prelaznog perioda, još uvek nemaju pravo na slobodno kretanje u okviru EU). Ipak, Direktiva uređuje i pitanje radne eksploatacije, ali to čini samo delimično. Reč je o pravilu da su države članice EU dužne da kršenje zabrane zapošljavanja državljanina trećih država koji nemaju zakoniti boravak u državi prijema utvrde i kao krivično delo, ukoliko se povreda te zabrane nastavi ili uporno ponavlja, ako je povreda zabrane vezana za simultano zapošljavanje značajnog broja migranata, ako je povreda zabrane praćena naročito eksploatatorskim uslovima rada, ukoliko je migrant žrtva trovine ljudima ili maloletnik.¹¹³

Premda pretnja sankcijama odvraća poslodavce od zapošljavanja subjekata neregularnih migracija,¹¹⁴ ne sme se gubiti iz vida da ona može odvracati poslodavce i od zapošljavanja državljanina trećih država, pa i migranata uopšte, ne bi li se izbegli svi rizici, troškovi i druga opterećenja koja prate nezakonito zapošljavanje.¹¹⁵ Rešenja sadržana u Direktivi kritikuju se, naime, i zbog činjenice da je primena njenih odredaba opteretila poslodavce administrativnim i birokratskim obavezama koje treba ispuniti bez odgovarajuće pomoći države članice EU i same EU, posebno u pogledu ispunjavanja obaveze vezane za kontrolu posedovanja odobrenja za boravak na teritoriji države prijema. Otud se zaključuje da su Direktivom poslodavci pretvoreni u „pse čuvere EU” u pogledu sprečavanja neregularnih migracija, tj. u

Direktiva omogućava samo izdavanje odobrenja za privremeni boravak, čije će važenje isteći odmah pošto se završi učešće radnika u postupku pokrenutom protiv poslodavca. U tom smislu se izvodi zaključak o *instrumentalizaciji subjekata neregularnih migracija*, u smislu da se njihovo prisustvo u državi prijema toleriše samo dok nadležni državni organi od toga imaju koristi. M. Bell, 163.

112 S. Carrera, E. Guild, 3.

113 Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, član 9.

114 Rezultati primene merodavnih propisa u državama članicama EU pokazuju da je u šest država propisivanje dovoljno visokih novčanih kazni uticalo na borbu protiv nezakonitog zapošljavanja (Austrija, Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska, Holandija, Češka i Španija). S druge strane, sankcije koje su propisane u Finskoj i na Malti ocenjene su kao odviše blage, dok je za Belgiju procenjeno da je mogućnost izricanja sankcija suviše niska u poređenju s mogućnostima poslodavaca subjekata neregularnih migracija da na osnovu njihovog rada ostvare profit. Potonja država je, zajedno s Grčkom, Luksemburgom i Finskom, istakla da nadzor, otkrivanje i dokazivanje nezakonitog zapošljavanja predstavlja veliki izazov, posebno što se tragovi odgovarajućih aktivnosti brzo i lako prikrivaju (*Illegal employment of third-country nationals in the European Union*, 30–31). I u literaturi se ističe da Direktivom predviđene sankcije stvarno *ne* odvrcaju poslodavce od nezakonitog zapošljavanja migranata. Ovo stoga što su šanse za sprovođenje inspeksijskog nadzora i izricanje novčanih kazni poslodavcima nesrazmerno manje od troškova koje bi poslodavci imali u slučaju zakonitog zapošljavanja migranata. Katarzyna Słubik (ed.), *Unprotected: Migrant workers in an irregular situation in Central Europe*, Association for Legal Intervention (SIP), Warsaw, 2014, 112–113.

115 S. Carrera, E. Guild, 5. Tako i L. Berntsen, T. de Lange, 224.

pogledu kontrole dostupnosti zapošljavanja državljanima trećih država.¹¹⁶ Stoga se u literaturi ukazuje na značaj postojanja efikasnog i transparentnog režima dozvola (tj. režima odobrenja za boravak i dozvole za rad), koji poslodavcima koji žele da zaposle državljane treće države omogućava da to učine u brzom i jednostavnom postupku, zbog kog neće biti ugroženo dobro funkcionisanje preduzeća (pre svega, zbog dugotrajnog čekanja na izdavanje dozvola i nemogućnosti da se blagovremeno angažuju lica za čijim radom postoji potreba). Ovo tim pre što uvođenje ili pooštavanje sankcija u praksi ne vodi značajnijem smanjenju broja subjekata neregularnih migracija.¹¹⁷ Osim toga, važno je i preduzimanje mera koje mogu učiniti delotvornijim sistem zaštite pravā subjekata neregularnih migracija. To naročito vredi za mogućnost migranata da pokrenu postupak za zaštitu prava protiv poslodavca bez rizika da protiv njih bude pokrenut prekršajni ili krivični postupak zbog kršenja imigracionopravnih propisa, odnosno bez rizika da budu pritvoreni ili deportovani iz države prijema. U literaturi, ovaj zahtev izražava načelo fajervol (engl. *firewall principle*), koje treba primeniti ne samo u slučaju pokretanja sudskog postupka protiv poslodavca, već i u slučaju podnošenja zahteva za sprovođenje inspeksijskog nadzora.¹¹⁸ Ovo stoga što prilikom inspeksijskog nadzora, inspektore rada neretko prate policijski službenici koji imaju ovlašćenje da proveraju zakonitost boravka radnikā koje zateknu u prostorijama poslodavca. Načelo fajervol, otud, pretpostavlja jasno formalno i stvarno razgraničenje između pokretanja postupka za zaštitu radnih prava pred nadležnim državnim organom i postupaka koji se protiv radnikā mogu pokrenuti zbog povrede imigracionopravnih propisa.

Imajući u vidu izazove koji prate ostvarivanje sudske zaštite radnih prava subjekata neregularnih migracija (rizik gubitka posla i otkrivanja neregularnog statusa, dugački i skupi sudski postupci i dr.), kao mogući instrument za zaštitu njihovih prava pojavljuje se i *organizovanje migranata u cilju zajedničkog preispitivanja mogućnosti za pokretanje postupaka protiv poslodavca*, tj. u cilju stvaranja snažnog pritiska koji može zaustaviti radnu eksploataciju i druge zloupotrebe.¹¹⁹ Stoga je izuzetno važno da subjekti neregularnih migracija imaju uslove za delotvorno ostvarivanje sindikalnih sloboda, uključujući i mogućnost pristupanja postojećim sindikatima. To je, kako s pravom, ukazuju Le Voj (*Michele LeVoy*) i Gedi (*Eve Geddie*), neophodno, budući da su subjekti neregularnih migracija „pioni u eksperimentu restrukturiranja tržišta rada. Ovi radnici su privlačni [poslodavcima – Lj. K.] zato što njihov opstanak izuzetno mnogo zavisi od poslodavaca, i zbog toga su, posledično, podložni eksploataciji; oni su nevidiljivi i nisu teret za društvo, i dostupni su da jeftino i brzo zadovolje potrebe poslodavaca. Postoji veza između povećanja zaposlenosti migranata s neregularnim statusom i povećanja fleksibilnosti tržišta

116 S. Carrera, E. Guild, 5. U literaturi se, otud, ističe da je Direktivom *deo odgovornosti za kontrolu migracija prenet iz javne u privatnu sferu*, jer su poslodavci odgovorni za proveru odobrenja za boravak državljanina treće države u državi prijema (L. Berntsen, T. de Lange, 211).

117 L. Berntsen, T. de Lange, 208.

118 Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, *Undocumented migrant workers: Guidelines for developing an effective complaints mechanism in cases of labour exploitation or abuse*, Brussels, n. d.

119 M. LeVoy, E. Geddie, 108.

rada. Takva stvarnost intenzivno podstiče sindikate da prepoznaju to da se prisustvo migranata s neregularnim statusom – tiče svih radnika.¹²⁰

ZAKLJUČAK

Položaj radnika koji su subjekti neregularnih migracija posebno delikatnim čini to što se pitanje njihovog radnog angažovanja nalazi na preseku radnog i imigracionog prava, i što prema preovlađujućem rešenju u međunarodnom i uporednom pravu, radnopravna zaštita radnika migranata zavisi od njihovog boravišnog statusa. Delotvorno ostvarivanje radnih prava od strane subjekata neregularnih migracija, otud, nije moguće, bez pomirenja osnovnih postavki imigracionog i radnog prava. Imigraciono pravo, naime, utiče na strukuru radne snage u jednoj državi, dok radno pravo utiče na regulisanje migracija, budući da zaštita radnika migranata, ali i kažnjavanje poslodavaca koji radno angažuju subjekte neregularnih migracija, može da privlači ili odvlači migrante od dolaska u određenu državu, a, poslodavce od njihovog zapošljavanja. Uskraćivanje radnih prava subjektima neregularnih migracija redovno se objašnjava nedopuštenošću njihovih ugovornih obaveza, odnosno ništavošću ugovora o njihovom radnom angažovanju. To se, naime, smatra dovoljnim razlogom za uskraćivanje mogućnosti migranata da pred sudom zahtevaju namirenje neisplaćenih zarada i drugih potraživanja. S druge strane, usmeravanje pravila vezanih za radno angažovanje subjekata neregularnih migracija na sprečavanje neregularnih migracija i na kažnjavanje poslodavca, kao što se to čini pod okriljem EU, ima za posredan cilj povratak subjekata neregularnih migracija u državu porekla. S tim u vezi, otvara se pitanje zaštite radnih prava ovih lica. Ona nije moguća bez uređivanja radnog angažovanja subjekata neregularnih migracija u duhu osnovnog cilja radnog prava – zaštite radnika, kao slabije (ekonomski zavisne i pravno podređene) strane radnog odnosa. Osim toga, zaštitu radnih prava subjekata neregularnih migracija valja posmatrati i u svetlu načela univerzalnosti ljudskih prava. Ovo načelo važi i u pogledu ekonomskih i socijalnih prava koja se ostvaruju na radu ili u vezi s radom, a koja subjektima neregularnih migracija redovno nisu dostupna, iako, zbog osetljivog položaja oni imaju posebnu potrebu za njihovim uživanjem i zaštitom.

LITERATURA

- Beate Andrees, Blanka Hancilova, Piyasiri Wickramasekara, *Irregular employment of migrants: an ILO perspective*, u: Marek Kupiszewski, Heikki Mattila (eds), "Adressing the irregular employment of immigrants in the European Union: Between sanctions and rights", International Organization for Migration, Budapest, 2008, 297–317.
- Catherine Barnard, Amy Ludlow, "Enforcement of employment rights by EU-8 migrant workers in employment tribunals", *Industrial Law Journal*, vol. 45, broj 1/2016, 1–28.
- Harald Bauder, "Why we should use the term 'illegalized' refugee or immigrant: a commentary", *International Journal of Refugee Law*, vol. 26, broj 3/2014, 327–332.

- Mark Bell, *Irregular migrants: beyond the limits of solidarity?*, Malcom Ross, Yuri Borgmann-Prebil (eds), "Promoting solidarity in the European Union", Oxford University Press, Oxford, 2010, 151–165.
- Lisa Berntsen, Tesseltje de Lange, *Employer sanctions: Instruments of labour market regulation, migration control, and worker protection*, u: Conny Rijken, Tesseltje de Lange (eds), "Towards a decent labour market for low waged migrant workers", Amsterdam University Press, Amsterdam, 2018, 207–230.
- W. R Böhning, D. Maillat, *The effects of the employment of foreign workers*, Organisation for Economic Cooperation and Development, Paris, 1974.
- Sergio Carrera, Elspeth Guild, *An EU framework on sanctions against employers of irregular immigrants – Some reflections on the scope, features & added value*, Center for European Policy Studies Policy Briefs, No. 140, 2007.
- Ryszard Cholewinski, "ILO Conventions 97 and 143", u: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds), *International and European labour law – A Commentary*, Nomos / Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, 848–867.
- Kevin Costello, *Ireland*, u: Roger Blanpain (ed.), "International encyclopaedia for labour law and industrial relations", Kluwer Law International, The Hague, 2014.
- Catherine Dauvergne, *Making people illegal: what globalization means for migration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Elaine Dewhurst, "Directive 2009/52/EC", u: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds), *International and European labour law – A Commentary*, Nomos / Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, 832–839.
- Viktoria Sp. Douka, Vasileios Th. Koniaris, *Greece*, u: Roger Blanpain (ed.), "International encyclopaedia for labour law and industrial relations", Kluwer Law International, The Hague, 2015.
- Astra Emir, *Selwyn's law of employment*, Oxford University Press, Oxford, 2012¹⁷.
- Judy Fudge, "Making claims for migrant workers: Human rights and citizenship", *Citizenship Studies*, vol. 18, broj 1/2014, 29–45.
- Petra Herzfeld Olsson, *The shortcomings of equal treatment for temporary labour migrants*, u: Kerstin Ahlberg, Niklas Brunn (eds), "The new foundations of labour law", Peter Lang, Franfurkt am Main / New York, 2017, 255–274.
- John Hucker, *Migration and resettlement under international law*; u: Ronald St. John Macdonald, Douglas M. Johnston, Gerald Morris (eds), "The international law and policy of human welfare", Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1978, 327–345.
- Ivana Krstić, Marko Davinić, *Pravo na azil: domaći i međunarodni standardi*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Michele LeVoy, Eve Geddie, "Irregular migration: challenges, limits and remedies", *Refugee Survey Quarterly*, vol. 28, broj 4/2009, 87–113.
- Maja Lukić Radović, *Solidarnost u pravu Evropske unije: uloga i perspektive*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
- Virginia Mantouvalou, *The right to non-exploitative work*, u: Virginia Mantouvalou (ed.), "The right to work – Legal and philosophical perspectives", Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2015, 39–60.
- Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2013²⁷.
- Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, *Undocumented migrant workers: Guidelines for developing an effective complaints mechanism in cases of labour exploitation or abuse*, Brussels, n. d.

- Martin Ruhs, "The potential of temporary migration programmes in future international migration policy", *International Labour Review*, br. 1–2/2006, 7–36.
- Niklas Selberg, "The laws of 'illegal' work and dilemmas in interest representation on segmented labor markets: à propos irregular migrants in Sweden", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, vol. 35, 2014, 247–287.
- Katarzyna Słubik (ed.), *Unprotected: Migrant workers in an irregular situation in Central Europe*, Association for Legal Intervention (SIP), Warsaw, 2014.
- Kadri Soova, Liliana Keith, Michele LeVoy, *Employers' sanctions: Impacts on undocumented migrant workers' rights in four European countries*, Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants, Brussels, 2015.
- Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009.
- Helga Špadina, *Radne migracije državljana trećih država u EU: pravni okvir, problemi i perspektive*, doktorski rad (neobjavljen), Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2012.
- Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972.
- Ivana Vukorepa, "Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 68, broj 1/2018, 85–120.
- *** *Illegal employment of third-country nationals in the European Union. European Migration Network synthesis report*, European Commission, Brussels, 2017.
- *** *Life in the shadows: An exploration of irregular migration in Ireland*, Migrant Rights Center Ireland, Dublin, 2007.

IZVORI PRAVA I DOKUMENTI UGOVORNIH TELA

- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948).
- Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (*Službeni list SFRJ*, broj 31/67).
- Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990).
- World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance Declaration (2001).
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 20. Nondiscrimination in Economic, Social and Cultural Rights*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation 30. Discrimination against non-citizens*, 64th session, 23 February – 12 March 2004, CERD/C/64/Misc.11/rev.3.
- Konvencija MOR broj 143 o migracijama u uslovima zloupotrebe i unapređenju jednakih mogućnosti i tretmana radnika migranata (*Službeni list SFRJ*, broj 12/80).
- ILO Multilateral Framework on Labour Migration. Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, International Labour Office, Geneva, 2006.
- International Labour Conference, 92nd Session, *Towards a fair deal for migrant workers in the global economy*, International Labour Office, Geneva, 2004.

- International Labour Conference, 105th Session, *Promoting fair migration*, International Labour Office, Geneva, 2016.
- Revidirana evropska socijalna povelja (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, broj 42/09).
- Parliamentary Assembly Recommendation 1618 (2003) *Migrants in irregular employment in the agricultural sector of Southern European countries*, of 8 September 2003.
- Parliamentary Assembly Resolution 1509 (2006) *Human rights of irregular migrants*, of 27 June 2006.
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu C-311/13 (*O. Tümer v. Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*), od 5. novembra 2014. godine (ECLI:EU:C:2014:2337)
- Odluka Evropskog komiteta za socijalna prava u predmetu Međunarodna federacija društava za ljudska prava (*FIDH*) protiv Francuske, od 8. septembra 2004. godine (kolektivna pritužba broj 14/2003).
- Charter of Fundamental Rights of the European Union (*Official Journal C 364/1*, 18.12.2000).
- Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals (*OJ L 168*, 30.6.2009, 24–32).
- European Parliament resolution of 14 January 2009 on the situation of fundamental rights in the European Union 2004–2008 [2007/2145(INI)].
- European Commission, Communication to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2009/52/EC, Brussels, 22.5.2014, COM(2014) 286 final.
- Tampere European Council Presidency Conclusions, 15 and 16 October 1999, stav 18, https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm#c, 16.3.2020.

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law, University of Belgrade

EMPLOYMENT OF IRREGULAR MIGRANTS

SUMMARY

Irregular migrants are *persons who have illegally entered the territory of a particular country* (outside of the designated border crossing point, by evading border control, without a passport or with somebody else's passport, invalid or false passport and the like), or *have been illegally staying in it* (e.g. by exceeding the permitted stay, i.e. after the expiration or termination of the temporary stay visa or termination of the permanent stay visa unless there is another legal basis for residence), or *illegally working in it* (e.g. upon expiration of a work permit or without a work permit). The modern law views them in two ways: as "victims" of unfair immigration law and labour exploitation or as persons who are, together with their employers, contributing to circumvention of the labour, social and tax laws. The risk of labour exploitation and other abuse of employers' prerogatives is particularly pronounced when employing irregular migrants, as they are deemed cheap and flexible workers, ready to work in undignified working conditions, precisely because of their irregular status. In this regard, this paper summarizes the general assumption, special requirements and restrictions

for employment of foreigners, provides the definition of irregular migrant and critically reviews international and European standards relevant for their employment. A separate chapter deals with key legal consequences of employing irregular migrants, in particular the possibility of settling unpaid wages, as these workers are hired on the basis of contracts that are null and void. Finally, the paper also addresses the issue of penalizing employers for employing irregular migrants, in light of the provisions of Directive of the European Parliament and of the Council 2009/52/EC.

We can conclude that the legal position of irregular migrants is delicate because the issue of their employment is positioned at the cross-section of labour and immigration law, and that, according to the prevailing solution in international and comparative law, the comprehensive employment protection of migrants depends on their residential status, i.e. on their position under immigration law. Effective exercise of labour rights by irregular migrants, therefore, won't be possible without reconciling the basic principles of immigration and labour law. Immigration law affects the structure of the workforce in a country, while labour law affects the regulation of migration, as the protection of migrant workers and sanctioning of employers who employ irregular migrants, may attract or deter migrants from coming to a particular country, and attract or deter employers from hiring them. The denial of labour rights to irregular migrants is oftentimes explained by the illegality of their contractual obligations, or by the fact that their employment contracts are null and void. This is considered to be sufficient reason to deny migrants the opportunity to seek court settlement of unpaid wages and other claims. On the other hand, setting the rules related to the employment of irregular migrants towards the prevention of irregular migration and sanctioning of their employers, as done under EU auspices, has the indirect goal of sending irregular migrants back to their country of origin. In this regard, the discussion on protection of their labour rights is raised. The protection cannot be achieved without regulating the employment of irregular migrants in the spirit of the basic objective of labour law – protection of workers as a weaker (economically dependent and legally subordinated) party to the employment relationship. Besides, the protection of employment rights of irregular migrants should also be viewed in the light of the principle of the universality of human rights. This principle is also applied to the economic and social rights exercised at work or in relation to work, that are not readily available to irregular migrants even though they need them due to their sensitive position.

Key words: Irregular migration, Migrant workers, Right to work, Sanctioning employers.

ODGOVORNOST ZA UPOTREBU HEMIJSKOG I BIOLOŠKOG ORUŽJA PRED MEĐUNARODNIM KRIVIČNIM SUDOM

Apstrakt: U radu se razmatra pitanje hemijskog i biološkog oružja i njegove pravne regulative, sa posebnim osvrtom na statut Međunarodnog krivičnog suda. Nakon definicije ovog oružja u prvom delu, drugi deo bavi se primerima njegove upotrebe kroz istoriju, koja se mahom vezuje za ratove i oružane sukobe, ali nije isključena ni u „mirnodopskim“ vremenima, posebno u vremenu sve veće opasnosti od terorističkih napada. Treći deo posvećen je pravnoj regulativi koja nameće pitanje „primenljivosti“ međunarodnih konvencija u uslovima suprotstavljenih interesa svetskih velesila. Pitanju oružja za masovno uništenje posebno je dosta pažnje prilikom donošenja Rimskog statuta, što je prikazano u četvrtom delu. Na kraju je dat kratak osvrt na unutrašnje pravo i krivična dela kojima bi upotreba ovog oružja eventualno bila sankcionisana.

Ključne reči: hemijsko oružje, biološko oružje, Rimski statut.

UVOD

Globalna pandemija COVID-19 je, pored panike, straha, uskraćivanja brojnih ljudskih prava, promene načina poslovanja i životnih navika u celini, razvila i brojne teorije zavere između ostalih i onu da se radi o novom biološkom oružju lansiranom u cilju uspostavljanja novog globalnog ekonomskog poretka. Ostavljajući po strani nedokazive pretpostavke, pitanje koje se nameće mimo toga je pitanje pravne regulative biološkog oružja, čija je upotreba, slučajno ili namerno, izostavljena iz regulative Međunarodnog krivičnog suda, kreiranog u cilju suđenja osumnjičeni- ma za najozbiljnija krivična dela za koja je zainteresovana međunarodna zajednica kao celina. Po logici stvari, takođe se nameće pitanje kako pravdati ovakav „propust“ odnosno da li se uopšte radi o propustu ili svesnoj intenciji država da uprkos proklamatornim težnjama ka sprovođenju „međunarodne pravde u cilju očuvanja svetskog mira“ ipak u svojim rukama zadrže onaj najjači adut u vidu najopasnijeg naoružanja? Ovo posebno imajući u vidu da Rimski Statut takođe ne pominje ni hemijsko pa čak ni nuklearno oružje, što znači da je posedovanje, razvijanje i upotreba svog oružja za masovno uništenje ostala mimo nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda. Štaviše, po mišljenju Međunarodnog suda pravde upotreba nuklearnog oružja uopšte nije zabranjena, već se zasniva na „prećutnom džentlmentskom sporazumu o neupotrebi“ između država koje ga poseduju?! Ovo sve otvara problem odgovornosti u slučaju proizvodnje, skladištenja ili upotrebe oružja za masovno uništenje, posebno hemijskog i biološkog oružja.

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

1. POJAM HEMIJSKOG I BIOLOŠKOG ORUŽJA

Pod *hemijskim oružjem* se podrazumevaju toksične hemijske supstance i njihovi prekursori, kao i municija i oprema posebno napravljeni da izazovu smrt ili neko drugo oštećenje toksičnim svojstvima hemijskih supstanci. Pod toksičnom hemijskom supstancom podrazumeva se svaka hemijska supstanca koja hemijskim dejstvom na životne procese može da izazove smrt, privremeno onesposobljavanje ili trajno oštećenje ljudskog ili životinjskog organizma. Municija i ostala oprema namenjena punjenu hemijskog oružja, takođe potpada pod njegovu definiciju.¹ U vojnoj literaturi se, za ovakvu vrstu oružja uglavnom primenjuje termin „bojni otrovi“. Otrovnim dejstvom ono uništava ili privremeno onesposobljava ljude, kao i biljni i životinjski svet, a posebno štetna dejstva se ogledaju i u zagađivanju vode, vazduha i zemljišta.

Biološko oružje podrazumeva upotrebu bakterija, virusa, gljivica i drugih patogenih mikroorganizama, kao oružja za uništenje ljudi, životinja ili biljaka.² Prema Konvenciji o biološkom oružju, ono obuhvata mikrobe i druge biološke agense ili toksine, bez obzira na njihovo poreklo ili način dobijanja, čije posedovanje nije namenjeno upotrebi u profilaktičke, zaštitne ili druge mirnodopske svrhe, kao i oružje, opremu i druga sredstva namenjena za korišćenje takvog agensa ili toksina u neprijateljske svrhe ili u oružanim sukobima. Biološki agens je svaki materijal biološkog porekla koji može da izazove štetu, bolest ili oboljenje.³ Reč je dakle o mikroorganizmima koji se razmnožavaju u ciljnom domaćinu, uzrokujući klinički bolest koja ubija ili onesposobljava organizam tog domaćina. U tom smislu i Svetska zdravstvena organizacija definiše biološke agense kao agense čije se dejstvo zasniva na razmnožavanju u ciljnom domaćinu.⁴ Dok hemijsko oružje ubija ili ranjava svojim toksičnim svojstvima, biološki agensi su razni mikroorganizmi, najčešće bakterije ili virusi koji izazivaju različita oboljenja. Dejstvo biološkog oružja nije odmah vidljivo, potreban je period inkubacije koji traje od nekoliko dana do nekoliko nedelja, ali nakon „lansiranja“ biološki agensi mogu izazvati masovne pandemije.⁵

Ono izaziva visok stepen smrtnosti ljudi, životinja i biljaka, jer se sa malom količinom patogena može postići visok stepen destruktivnosti. Njegova nabavka i proizvodnja daleko je jeftinija od ostalih vrsta oružja za masovno uništenje, pa čak i od konvencionalnog oružja, a „prednost“ je u tome što se širi veoma brzo, zahvatajući ogroman broj zaraženih za relativno kratko vreme, te izaziva i teške psihološke posledice sa naglašenom panikom i strahom. Kako je postupak kod biološkog

1 Organisation for the prohibition of chemical weapons (OPCW), *Convention on the prohibition of the development, production, stockpiling and use of chemical weapons and on their destruction*. Dostupno na: https://www.opcw.org/fileadmin/OPCW/CWC/CWC_en.pdf.

2 Encyclopaedia Britannica, *Biological Weapons*, dostupno na: <https://www.britannica.com/technology/biological-weapon>.

3 UNOG, *The Biological Weapons Convention*, dostupno na: [https://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/04FBBDD6315AC720C1257180004B1B2F?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/04FBBDD6315AC720C1257180004B1B2F?OpenDocument).

4 World Health Organization, *Biological Weapons*, dostupno na: https://www.who.int/health-topics/biological-weapons#tab=tab_1.

5 Raymond A. Zilinskas, „Biological Warfare and the Third World”, *Politics and the Life Sciences*, Vol. 9, No. 1, 1990., str. 59–76.

napada sličan onome kod prirodno nastalih epidemija zaraznih bolesti, „napadnuti“ i nije svestan da je napadnut tj. izložen dejstvu biološkog oružja, a „izvršioca“ je teško pronaći. Zbog jeftine i relativno jednostavne proizvodnje, ono je posebno atraktivno za države sa slabim ekonomskim potencijalima, pa se neretko označava i „atomskom bombom siromašnih“.6 Pojedine vrste se mogu proizvoditi u najskromnijim mikrobiološkim laboratorijama,7 pa se može lako zloupotrebiti i u terorističke svrhe. Prema pojedinim lekarima „najubitačniji način inficiranja velike populacije je preko respiratornog trakta, pa je širenje bioloških agensa najefikasnije preko aerosolnog oblaka (respiratornim putem), sastavljenog od mikroskopskih čestica koje se mogu udisati i zadržati u plućima.“8 Njegovo dejstvo je ograničeno na biljni i životinjski svet, što znači da za razliku od konvencionalnog oružja i ostalih oblika oružja za masovno uništenje, ne dejstvuje na infrastrukturu neke države, u smislu građevinskih objekata ili opreme.9 Ovu konstataciju međutim, treba uzeti sa rezervom, imajući u vidu da velike pandemije ozbiljno dovode u pitanje zdravstveni sistem određene države, što posledično ima efekte i na njen ekonomski i socijalni sistem u celini.

2. ISTORIJAT UPOTREBE

Hemijska i biološka oružja u vidu različitih otrova koriste se još od antičkih vremena. Čak se i u grčkoj mitologiji navodi da je Herakle, nakon što je savladao višeglavu Hidru, zatrovao svoje strele potapajući ih u njenu žuč, čime je postao prvi tvorac biološkog oružja. Pretpostavlja se da su Spartanci tokom Peloponeskog rata (431–404 p.n.e.) trovali atinske izvore izazivajući tako smrt na hiljade Atinjana, Rimljani su katapultirali ose i stršljenove na neprijatelje i kontaminirali bunare životinjskim leševima, a Hanibal je 190 godine p.n.e. pobedio u pomorskoj bici pergamonskog kralja Eumenesa II tako što mu je na palube brodova ubacio zemljane činije pune zmija otrovnica.10 Veruje se da su stari Rimljani koristili leševе kako bi zagadili izvore vode protivnicima, a po nekim izvorima biološko oružje je korišćeno i da se prošire kuga i kolera, tako što su zaraženi leševi izbacivani iz katapultova u gradove kako bi se raširila pandemija.11 Britanska vojska je, tokom Francusko-Indijanskog rata u Severnoj Americi (1754–1767), indijanskim plemenima razdelila

6 Arthur H. Westing, „The Threat of Biological Warfare”, *BioScience* Vol. 35, No. 10., 1985, str. 627–633.

7 Primera radi, priručnik za pronalaženje određenih bioloških agensa, njihov razvoj, pretvaranje u oružje i konačnu upotrebu, naslova „*Silent Death*” od autora pod pseunonimom Uncle Fester, može bez ikakvih problema da se nađe na internetu. Dostupno na: https://www.goodreads.com/book/show/781424.Silent_Death.

8 Tanja Prođović, „Bioterrorizam – globalna opasnost mikrometarskih razmera”, *Kultura polisa*, god. X (2013), br. 21, str. 55.

9 Barry R. Schneider, *Biological Weapon*, dostupno na: <https://www.britannica.com/technology/biological-weapon>.

10 M. Pal et. al., „An Overview on Biological Weapons and Bioterrorism”, *American Journal of Biomedical Research*, Vol. 5, No. 2, 2017., str. 24–34.

11 Mayor, A. *Greek Fire, Poison Arrows & Scorpion Bombs: Biological and Chemical Warfare in the Ancient World*. Over look Press, New York, 2003.

pokrivače vojnika zaraženih velikim boginjama što je, među američkim domorcima rezultiralo velikom epidemijom sa visokom stopom smrtnosti.¹² Čak se, po nekim izvorima i brzo širenje pandemije kuge u XIV veku pripisuje namernom katapultiranju mrtvih i zaraženih preko gradskih zidina, kako bi se zaraza proširila i po „neprijateljskim“ teritorijama.¹³

U I svetskom ratu dolazi do masovnog korišćenja hemijskog oružja u vidu otrovnih gasova poput hlora, foseksana i iperita, te pojedini istoričari ovaj rat nazivaju i hemijskim ratom imajući u vidu veliku mobilizaciju naučnika i inženjera u cilju razvoja i šire upotrebe ovog oružja.¹⁴ U II svetskom ratu dolazi do slabije upotrebe hemijskog oružja na ratištima u Evropi, što se delimično može pripisati donošenju Ženevskog protokola iz 1925. godine, ali gasne komore kao obeležje nacističkih logora pokazuju da je ono i te kako bilo prisutno. Sa druge strane, mnoge države su osnovale istraživačke centre za razvoj biološkog oružja, a Japanski program pokazao se najambicioznijim. Istraživanja su započela 1928. godine kada je japanski general Iši (*Ishii*) posetio nekolicinu evropski država i SAD, kako bi prikupio što više informacija o razvoju biološkog oružja. Po povratku u Japan dodeljena su mu značajna finansijska sredstva kako bi razvio centar za istraživanje biološkog oružja poznat kao jedinica 731. Eksperimenti su vršeni nad ratnim zarobljenicima, uglavnom Kinezima i Koreancima, a procenjuje se da broj žrtava ovih eksperimenata premašuje i 200.000.¹⁵ Tako je jednom prilikom iz aviona izbačeno oko 15 miliona zaraženih muva iznad kineskih gradova, čime je zagađena voda i hrana, a u Kini zavladao epidemija kuge, kolere i tifusa.¹⁶

Po završetku II svetskog rata SAD je prednjačila sa programima za razvoj biološkog oružja. Neposredno nakon rata Amerika je dobila rezultate istraživanja sprovedenih od strane japanske jedinice 731, a direktno su saradivali i sa generalom Išijem, bivšim direktorom ozloglašene jedinice.¹⁷ Sedamdesetih godina prošlog veka i u Sovjetskom Savezu započinju ambiciozni programi u cilju razvoja biološkog oružja. Pored bioloških agenasa iz prirode, Rusi prvi počinju sa korišćenjem genetskog inženjeringa u cilju povećanja agresivnosti bioloških agenasa.¹⁸ Pored toga, po nekim procenama tokom hladnog rata je najmanje 25 država razvilo posebne pro-

- 12 Bhalla, D. K. and Warheit, D. B. „Biological agents with potential for misuse: a historical perspective and defensive measures” *Toxicology and Applied Pharmacology Journal*, 199/2004, str. 71–84.
- 13 Wheelis, M., „Biological warfare at the 1346 siege of Caffa.”, *Emerging Infectious Diseases Journal*, 8/2002, str. 23–30.
- 14 Više o tome: Gerard J. Fitzgerald, „Chemical Warfare and Medical Response During World War I”, *American Journal of Public Health*, 98(4), 2008, str. 611–625.
- 15 Vidi: M. Pal et. al., „An Overview on Biological Weapons and Bioterrorism”, *American Journal of Biomedical Research*, Vol. 5, No. 2, 2017., str. 24–34.
- 16 Shemer, J., Shoenfeld, Y., *Terorizam i medicina*, Medicinska naklada, Zagreb, 2007., str. 27.
- 17 Christopher, G. W., Cieslak, T. J., Pavlin, J. A. and Eitzen, E. M., „Biological warfare: a historical perspective”, *Journal of American Medical Association*, 278/1997, str. 412–417.
- 18 1973. godine je razvijen rekombinantni DNA, koji je ubrzo praćen i ostalim tehnikama genetskog inženjeringa. Oni se danas nazivaju „biotehnologija”. Biotehnoške tehnike su omogućavale naučnicima da manipulišu genima mikroorganizama, biljaka i životinja, a naučni rezultati su našli svoju primenu u poljoprivredi, zdravstvu i industriji. Pored ove svrsishodne primene razvoj biotehnologije je stvorio i zabrinutost u pogledu njene primene u biološkim ratovima. Vidi: M. Pal et. al., *op. cit.*, str. 24–34.

grame za razvoj hemijskog oružja, koje je korišćeno i osamdesetih godina prošlog veka u napadima Iraka na Iran.¹⁹

3. PRAVNA REGULATIVA

Nesumnjivo najznačajniji međunarodni dokumenti koji regulišu hemijsko i biološko oružje su Konvencija o biološkom oružju iz 1972. godine i Konvencija o hemijskom oružju iz 1993. godine.

Ovim, može se reći univerzalnim instrumentima po broju država potpisnica, prethodila su brojna nastojanja međunarodne zajednice da ograniče upotrebu ovog oružja, uglavnom nakon što su ona široko korišćena u oružanim sukobima. Tako je hemijsko oružje zabranjeno je još Haškim regulativama iz 1899. i 1907. godine, koje čine deo I i II Haške konvencije, nastale kao rezultat haške mirovne konferencije čiji je cilj bio da ratifikuje zakone i običaje rata.²⁰ Po okončanju I svetskog rata, upotreba zagušujućih, otrovnih i njima sličnih gasova, tečnosti i materijala zabranjena je i Versajskim mirovnim sporazumom iz 1919. godine (član 171 Sporazuma).²¹ Par godina kasnije (1925. godine) pod okriljem Društva naroda donet je **Ženevski protokol o zabrani upotrebe zagušljivih, otrovnih i ostalih gasova i bakterioloških metoda ratovanja**. Protokol je potpisalo 137 država i njegov poseban značaj ogleda se u tome što se njime po prvi put, pored hemijskog pominje i biološko oružje. Međutim, protokol zabranjuje upotrebu hemijskog i biološkog oružja, ali ne i njegovo posedovanje, razvoj i proizvodnju. Pored toga, mnoge države ratifikovale su ovaj protokol sa rezervom da ostavljaju sebi mogućnost korišćenja zabranjenog oružja protiv države koja nije potpisnica protokola ili kao reciprocitetnu meru u slučaju da i same budu napadnute zabranjenim oružjem.²²

Rad na međunarodnom dokumentu koji bi zabranio razvoj, proizvodnju, skladištenje ili davanje trećem licu hemijskog i biološkog oružja počeo je krajem šezdesetih godina prošlog veka. Pregovori su dugo stajali na mrtvoj tački, kako zbog hladnog rata, tako i zbog različitih interesa u pogledu hemijskog oružja, koje je uglavnom bilo u posedu moćnijih i bogatijih država sa jedne i široko dostupnog biološkog oružja sa druge strane.²³ Na kraju su pregovori razdvojeni i 1972. godine je doneta **Konvencija o zabrani razvoja, proizvodnje i skladištenja bakteriološkog (biološkog) i toksičnog oružja i njegovom uništenju** (Konvencija o biološkom oružju). Iako Konvencija pored biološkog pominje i toksično oružje, koje se obično

19 J. P. Perry Robinson, „Difficulties Facing the Chemical Weapons Convention”, *International Affairs* Vol. 84, No. 2, 2008. str. 223–239.

20 Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, October 1907. Dostupno na: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/195?OpenDocument>.

21 Tekst Sporazuma dostupan na: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>.

22 Tekst Protokola sa naknadno donetim rezolucijama dostupan na: <https://www.un.org/disarmament/wmd/bio/1925-geneva-protocol/>.

23 O tome: J. P. Perry Robinson, „Difficulties Facing the Chemical Weapons Convention”, *International Affairs* Vol. 84, No. 2, 2008. str. 223–239.

smatra hemijskim oružjem, precizirano je da se ovde misli samo na toksine mikro-biološkog, životinjskog i biljnog porekla i njihove produkte.²⁴ Konvencija je stupila na snagu tri godine kasnije, a do danas su je ratifikovale 163 države.²⁵

Ovom Konvencijom je dopunjena zabrana upotrebe biološkog oružja iz Ženevskog protokola, a potpisnice su se obavezale da će UN proslediti sve podatke o dosadašnjim istraživanjima i saznanjima o postojanju biološkog oružja. Članom jedan konvencije države se obavezuju da, ni pod kakvim uslovima ne razvijaju, proizvode, skladište ili na drugi način pribavljaju biološke agense ili toksine u vrsti ili meri koja nije opravdana za zaštitne ili mirnodopske svrhe, kao ni oružje, opremu ili sredstva koja koriste takve agense ili toksine u oružanim sukobima. Tako se obavezuju da u roku od 9 meseci od dana stupanja na snagu Konvencije unište sva postojeća skladišta bioloških agenasa pod njihovom nadležnošću kao i da ne razvijaju i ne proizvode te agense u budućnosti. Međutim, većina država to nije ispoštovala, a Konvencija ne poseduje mehanizam provere aktivnosti država potpisnica u pogledu preduzetih obaveza. Formalno posmatrano, član 6 stav 1 Konvencije daje mogućnost svakoj državi potpisnici da podnese prijavu Savetu Bezbednosti UN ako veruje da druga država krši preduzete obaveze, dok član 6(2) obavezuje države potpisnice da sarađuju sa Svetom bezbednosti tokom istrage. Ali *de facto* posmatrano, do danas nije podneta ni jedna prijava po ovom osnovu iako je bilo dosta govora o navodnim kršenjima konvencije. Pojedini autori to objašnjavaju pravom veta stalnih članica Saveta bezbednosti, koje mogu uvek da iskoriste u cilju sprečavanja istrage protiv njih ili njihovih saveznika.²⁶

Srbija je ratifikovala konvenciju i u skladu sa tim donela *Zakon o zabrani usavršavanja, proizvodnje i stvaranja zaliha bakteriološkog (biološkog) i toksičnog oružja i o njihovom uništenju*.²⁷ Zakon inkriminiše lice koje usavršava, proizvodi, poseduje, koristi, stvara zalihe, stiče, zadržava, izvozi, reeksportuje, obavlja transport, tranzit, pretovar ili na druga lica direktno ili indirektno prenosi biološko oružje, biološke agense ili toksine, kao i onog koji na bilo koji način pomaže, finansira, ohrabruje ili podstiče druge da se uključe u aktivnosti koje su zabranjene ovim zakonom (čl. 8). Međutim, za ove radnje zakon ne predviđa krivičnu već prekršajnu odgovornost fizičkog lica ili preduzetnika (čl. 9), odnosno odgovornost pravnog lica i odgovornog lica u pravnom licu za privredni prestup (čl. 8). Kazne za navedene delikte su novčane i kreću se u rasponu od 50.000 do 150.000 dinara za fizičko lice odnosno od 500.000 do 3.000.000 RSD za pravno lice.

Konvencija o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i korišćenja hemijskog oružja i o njegovom uništenju (*Konvencija o hemijskom oružju*) usvojena je 1992.

24 United Nations, *Second Review Conference of the Parties to the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, Final Report*, 1986, dostupno na: <https://www.un.org/disarmament/wmd/bio/>.

25 „Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction”, dostupno na: [www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/C404867](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/C404867).

26 Taylor, Eric R. *Strengthening the Biological Weapons Convention: Illusory Benefits and Nasty Side Effects*. Cato Institute, 1999, www.jstor.org/stable/resrep04861.

27 „Sl. glasnik RS” Br. 87/2011.

godine, nakon pregovora koji su trajali punih dvanaest godina, a stupila je na snagu 1997. godine nakon što ju je ratifikovalo 65 država potpisnica.²⁸ To je prvi međunarodni dokument o razoružanju koji predviđa uništenje kompletnog hemijskog oružja (tačnije svih skladišta hemijskog oružja i sredstava za njegovu proizvodnju) pod međunarodnim nadzorom. Njome se države potpisnice bezrezervno odriču korišćenja hemijskog oružja u svim oružanim sukobima. Takođe se obavezuju da ni pod kakvim uslovima neće razvijati, proizvoditi, pribavljati na drugi način, skladištiti ili čuvati hemijsko oružje, da ga neće koristiti niti učestvovati u vojnim operacijama njegovog korišćenja. U tom cilju je formirana i posebna Organizacija za zabranu hemijskog oružja (*the Organization for the Prohibition of Chemical Weapons– OPCW*), sa ciljem da se stara o primeni Konvencije, obezbedi transparentni nadzor nad uništenjem hemijskog oružja, kao i da spreči njegov ponovni razvoj. Konvencijom je propisana i nedvosmislena zabrana upotrebe hemijskog oružja od strane pojedinca. Član VII Konvencije nalaže državama potpisnicama da zabrane fizičkim i pravnim licima pod svojom jurisdikcijom da vrše radnje zabranjene konvencijom kao i da ih kazneno sankcionišu. Konvenciju je do danas ratifikovalo 189 država, dakle sve svetske države osim Egipta, Severne Koreje, Južnog Sudana i Izraela, koji je Konvenciju potpisao ali je nije ratifikovao. Srbija je ratifikovala Konvenciju i donela *Zakon o zabrani razvoja, proizvodnje, skladištenja i upotrebe hemijskog oružja i o njegovom uništavanju*.²⁹ Slično Zakonu o biološkom oružju i kaznene odredbe ovog zakona predviđaju samo prekršajnu odgovornost i odgovornost za privredne presteupe u slučaju kršenja njegovih odredbi (čl. 45– 47.).

Navedene Konvencije obavezuju samo države potpisnice i ne predviđaju individualnu krivičnu odgovornost pravnog ili fizičkog u slučaju proizvodnje, skladištenja ili korišćenja hemijskog ili biološkog oružja. Iako najčešće iza proizvodnje i upotrebe oružja za masovno uništenje stoji politika određene države, to ne mora uvek biti slučaj. Pojedine njegove vrste, videli smo, mogu se proizvoditi i u najskromnijim mikrobiološkim laboratorijama, posebno je biološko oružje relativno jeftino i lako za proizvodnju, lako se distribuira na široke geografske oblasti, pa se poslednjih godina sve više govori o bioterorizmu.³⁰

Bioterorizam se definiše kao namerno otpuštanje virusa, bakterija i drugih bioloških agenasa i toksina u cilju izazivanja bolesti ili smrti ljudi, biljaka ili životinja.³¹ Njegova opasnost ogleda se u potencijalima da rezultira visokom stopom zaraza i smrtnosti jer biološki agensi koji se prenose putem vazduha mogu inficirati veliki broj ljudi za kratko vreme.³² Ilustrativan primer iz skorije istorije

28 O pregovorima opširnije: J. P. Perry Robinson, „Difficulties Facing the Chemical Weapons Convention”, *International Affairs* Vol. 84, No. 2, 2008. str. 223–239.

29 „Sl. glasnik RS”, br. 36/2009 i 104/2013.

30 Vidi, primera radi: Morse, Anne. „Bioterrorism Preparedness for Local Health Departments.” *Journal of Community Health Nursing*, vol. 19, no. 4, 2002, str. 203–211., Fraser, Michael R., and Donna L. Brown. „Viewpoint on Bioterrorism Preparedness. Bioterrorism Preparedness and Local Public Health Agencies: Building Response Capacity.” *Public Health Reports (1974-)*, vol. 115, no. 4, 2000, str. 326–330.

31 Centres for Disease Control and Prevention (CDC), *Bioterrorism agents/diseases*, dostupno na: <http://emergency.cdc.gov/agent/agentlist-category.asp>.

32 M. Pal et al., „An Overview on Biological Weapons and Bioterrorism”, *American Journal of Biomedical Research*, Vol. 5, No. 2, 2017., str. 24–34.

su brojne anonimne pošiljke koje su tokom 2001. godine slate širom SAD a sadržale otrovni prah bakterije antraks izazivajući time brojne zdravstvene probleme pa i smrt nekolicine osoba.³³ Krivično delo terorizma ne nalazi se u nadležnosti Stalnog međunarodnog krivičnog suda, pa kao takvo ne povlači „međunarodnu krivičnu odgovornost“ već pojedinac može odgovarati samo po odredbama unutrašnjeg prava.

Preduslov za nadležnost Međunarodnog krivičnog suda je postojanje oružanog sukoba, bilo međunarodnog bilo unutrašnjeg, pa je njegova jurisdikcija ograničena na krivična dela ratnih zločina, zločina protiv čovečnosti, genocida i agresije. Definicija navedenih krivičnih dela obuhvata brojne radnje izvršenja, a upotreba hemijskog i biološkog oružja je, po logici stvari, posebno aktuelna u vreme ratova i oružanih sukoba. Tako se tokom NATO bombardovanja SR Jugoslavije govorilo o specifičnom „hemijskom ratu“ imajući u vidu korišćenje projektila sa osiromašenim uranijumom. Pored toga, bombardovana su i brojna hemijska i industrijska postrojenja, čime su u vazduh, zemljište i vodotoke dospеле ogromne količine otrovnih i po zdravlje opasnih supstanci. Međutim, postupak pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju nije pokrenut, pod obrazloženjem da je nesumnjivo da su korišćeni projektili sa osiromašenim uranijumom, ali da ne postoji ni jedan međunarodni ugovor koji ih zabranjuje?! Dalje se u obrazloženju navodi da „Postoji velika naučna debata i zabrinutost u pogledu dejstva takvih projektila i moguće je da će u budućnosti međunarodni zajednica postići konsenzus u pogledu zabrane njihovog korišćenja u oružanim sukobima, ali trenutno takav konsenzus ne postoji. Štaviše i kada se radi o nuklearnom oružju i drugom oružju za masovno uništenje, za koje je univerzalno priznato da imaju najopasnije efekte na životnu sredinu, teško je tvrditi da je zabrana njihovog korišćenja u svakom slučaju apsolutna. Imajući u vidu neodređene pravne standarde u ovoj oblasti, treba naglasiti da korišćenje osiromašenog uranijuma i drugih opasnih supstanci ne može biti osnov za podizanje optužnice od strane tužioca.“³⁴

Ujedinjene Nacije su potvrdile i korišćenje hemijskog oružja tokom oružanih sukoba u Siriji 2013. godine, ali uprkos tome, i Savet Bezbednosti i Međunarodni krivični sud ostali su nemi. Savet Bezbednosti UN nije uspeo formalno da osudi napade niti da preduzme mere da se oni spreče, imajući u vidu da su Rusija i Kina uložile veto na nacrt rezolucije.³⁵ Takođe nije bilo prostora ni za individualnu krivičnu odgovornost za ovakve napade, imajući u vidu da korišćenje hemijskog i biološkog oružja uopšte nije predviđeno kao ratni zločin po statutu Međunarodnog krivičnog suda!

33 Iako se prvobitno verovalo da se radi o bioterorističkom napadu, kasnije je ustanovljeno da je zaražene pošiljke zapravo slao duševno oboleli američki naučnik koji je nakon toga izvršio samoubistvo. Više o ovom slučaju: The United States Department of Justice, *Amerithrax Investigative Summary*, dostupno na: <https://www.justice.gov/archive/amerithrax/docs/amx-investigative-summary.pdf>.

34 ICTY, *Final Report on NATO Bombing*, par. 26., dostupno na: <https://www.icty.org/sid/10052>.

35 Brooks et al. „Responding to chemical weapons violations in Syria: legal, health and humanitarian recommendations“, *Conflict and Health* 12/2018, dostupno na: <https://conflictandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13031-018-0143-3>.

4. ORUŽJE ZA MASOVNO UNIŠTENJE PO REGULATIVI STALNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG SUDA

Prilikom donošenja Rimskog Statuta kreiranje liste oružja čija je upotreba zabranjena i kao takva predstavlja ratni zločin, ispostavilo se kao jedno od najkontroverznijih pitanja.³⁶ Suština debate zapravo je bilo nuklearno oružje. Jedan od predloga je bio da se zabrani kako upotreba tako i posedovanje nuklearnog oružja, a države koje su zagovarale ovu opciju su isticale da je nuklearno oružje zabranjeno i međunarodnim običajnim pravom, jer se radi o oružju za masovno uništenje.³⁷

Nuklearne velesile su se tome snažno protivile, ističući da nuklearno oružje ima drugačiji tretman od ostalog oružja za masovno uništenje, jer njegovo korišćenje nije izričito zabranjeno međunarodnim pravom.³⁸ Argument za ovu tvrdnju našli su u činjenici da osnovni ugovor kojim je regulisano nuklearno oružje, Ugovor o neproliferaciji nuklearnog oružja (*Non-Proliferation Treaty*) iz 1968. ne zabranjuje posedovanje ovog oružja državama koje su ga posedovale i testirale pre 1967. godine, a to su SAD, Rusija, Velika Britanija, Francuska i Kina. Svetska zdravstvena organizacija je, 1993. godine zahtevala savetodavno mišljenje od Međunarodnog suda pravde (MSP) u vezi toga da li posedovanje i korišćenje nuklearnog oružja predstavlja krivično delo. MSP je primetio da, za razliku od ostalih vrsta oružja za masovno uništenje poput hemijskog i biološkog oružja, čija je upotreba zabranjena međunarodnim konvencijama (Konvencijom o hemijskom oružju i Konvencijom o biološkom oružju), takva zabrana u pogledu nuklearnog oružja ne postoji.³⁹ Ugovor o neproliferaciji naime zabranjuje posedovanje nuklearnog oružja svim državama osim onima koje su proizvele i testirale nuklearno oružje ili druge nuklearne eksplozivne uređaje pre 1. Januara 1967. godine (član IX(3)).⁴⁰ Shodno tome, Sud je zaključio da ni običajno ni konvencijsko međunarodno pravo ne sadrži sveobuhvatnu i univerzalnu zabranu korišćenja nuklearnog oružja. Iako su se države, od 1945. godine uzdržavale od njegove upotrebe „to je bio rezultat međunarodnih okolnosti i džentlmentskog sporazuma, a ne njihova pravna obaveza.“⁴¹

Na kraju su ovi argumenti prevagnuli, posebno imajući u vidu da je Rimski Statut nastojao da kodifikuje postojeće pravo, a ne da stvara novo, a nuklearno oružje

36 Michael Cottier, *War Crimes: Article 5*. In: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, 2nd edition. Oxford, Hart Publishing, 2008. str. 415.

37 Roger S. Clark, „Building on Article 8(2)(B)(xx) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, No. 3, 2009, str. 366–389.

38 Philippe Kirsch, John T. Holmes, „The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process”, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No., 1999., str. 2–12.

39 International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 Jul 1996., dostupno na: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.

40 UN, *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, New York, 1 Jul 1968. Dostupno na: <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/>.

41 International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *op. cit.*, par. 66.

je izostavljeno iz nacrt Statuta. Posledično, delegacije koje su se zalagale za nuklearnu demilitarizaciju, predvođene Indijom, su se kasnije protivile zabrani posjedovanja i upotrebe hemijskog i biološkog oružja, vođene logikom da je nepravedno najmoćnijim državama dozvoliti posjedovanje i upotrebu nuklearnog oružja, a ostale države lišiti njegove „jeftinije varijante“, odnosno „oružja siromašnih za masovno uništenje“ u vidu hemijskog i biološkog oružja.⁴² Imajući to u vidu, radna grupa je poslednjeg dana konferencije ponudila nacrt Statuta iz koga je izostavila sva navedena oružja, ostavljajući jedino zabranu upotrebe otrova i otrovnih gasova.

Rimski Statut naime, kao jednu od radnji izvršenja krivičnog dela ratnih zločina predviđa „korišćenje otrova i sredstava koja u sebi sadrže otrovne supstance“ kao i „korišćenje zagušivača, otrovnih i drugih gasova kao i svih drugih sličnih tečnosti, materija ili uređaja“ (čl. 8 (2)(b)(xvii). Ova zabrana preuzeta je iz Ženevskog protokola iz 1925., uz izostavljanje bakteriološkog oružja iz ove formulacije. Pojedini autori smatraju da izraz „otrovno oružje“ sam po sebi obuhvata hemijsko i biološko oružje,⁴³ međutim, imajući u vidu genezu člana 8., kao i Elemente krivičnih dela, ovaj stav se ne može prihvatiti. Elementima krivičnih dela je precizirano da se pod pojmom otrova podrazumevaju „supstance koje uzrokuju smrt ili teška oštećenja zdravlja ili korišćenje gasova i njima sličnih supstanci koje izazivaju iste posledice zbog svojih toksičnih svojstava.“⁴⁴ Jasno je dakle da se većina biološkog oružja u vidu različitih mikroorganizama sposobnih da prouzrokuju bolesti, ne može podvesti pod ovaj pojam. Isto tako, navedenom definicijom nisu pokrivena ni sva hemijska oružja, jer ona sama po sebi, ne moraju biti otrovna.⁴⁵ Ovo „usko tumačenje“ dodatno je potkrepljeno i članom 22. stav 2. Rimskog Statuta, koji predviđa da se propisi kojima je određeno biće krivičnog dela tumače restriktivno i da se njihovo značenje ne sme proširivati primenom analogije, kao i da se u slučaju dvosmislenih odredbi propis uvek tumači u korist okrivljenog.

Interesantno je napomenuti i da se navedena odredba koja zabranjuje upotrebu „otrova i sredstava koja u sebi sadrže otrovne supstance“ prvobitno odnosila samo na međunarodne oružane sukobe. Inicijalno je naime predloženo da lista ratnih zločina i nedozvoljenog oružja bude identična u međunarodnim i unutrašnjim oružanim sukobima, što je u skladu sa gledištem Međunarodnih krivičnih tribunala za bivšu Jugoslaviju i Ruandu da „ono što je nehumano i zabranjeno u međunarodnim oružanim sukobima, ne može a da ne bude nehumano i neprihvatljivo u oružanim sukobima unutrašnjeg karaktera.“⁴⁶ Međutim, i ovo pitanje se ispostavilo kao

42 Philippe Kirsch and John T. Holmes, *op. cit.*, FN 32.

43 Michael Cottier, „War Crimes: Article 5“, u: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, 2nd edition. Oxford, Hart Publishing, 2008. str. 413.

44 International Criminal Court, *Elements of Crime*, dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>.

45 Primera radi, korišćenje suzavaca je zabranjeno Konvencijom o hemijskom oružju, ali se ne može podvesti pod ovu definiciju, jer se ne radi o sredstvima koja izazivaju smrt ili trajna i teška zdravstvena oštećenja. Vidi: Zimmermann A., M. Šener, „Chemical Weapons and the International Criminal Court“, *The American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 3, 2014., str. 436– 448.

46 ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94–1T, 7 May 1997., para. 119.

kontroverzno. SAD su naime predlagale da Rimski Statut, u pogledu unutrašnjih oružanih sukoba samo uputi na teška kršenja člana 3 Ženevskih Konvencija. Novi Zeland i Švajcarska, podržani Međunarodnim komitetom Crvenog krsta su se, suprotno tome zalagali za identičan pristup u vidu jedinstvene liste ratnih zločina u unutrašnjim i oružanim sukobima, dok su se Kina, Indija, Pakistan i Turska tome otvoreno protivile, smatrajući da Rimski Statut uopšte i ne treba da reguliše ratne zločine u unutrašnjim oružanim sukobima. Na kraju su iz Statuta izbrisane odredbe koje bi zabranjivale upotrebu otrova i sredstava koja u sebi sadrže otrovne supstance u unutrašnjim oružanim sukobima.⁴⁷

Na Konferenciji u Kampali, održano 2010. godine u cilju revizije Rimskog Statuta, Belgija je dala predlog da se član 8. Statuta proširi izričitom zabranom upotrebe biološkog oružja, kao i korišćenje svog hemijskog oružja ili učestvovanje u svim vrstama priprema da se upotrebi hemijsko oružje na način kako je ono definisano Konvencijom iz 1993. godine. Takođe je predloženo da se identična zabrana proširi i na unutrašnje oružane sukobe.⁴⁸ Prvobitno se činilo da će predloženi amandmani dobiti široku podršku, imajući u vidu da im se odmah pridružilo četrnaest država u svojstvu predlagača.⁴⁹ Međutim, kako se radilo o kratkom vremenskom rasponu za razmatranje svih predloga, neki drugi, poput definicije krivičnog dela agresije zavređivali su više pažnje, pa je na kraju predlog Belgije i izostavljen iz razmatranja. Jedan od prigovora se svodio na to da bi preuzimanje odredaba iz Konvencija o zabrani hemijskog i biološkog oružja indirektno značilo nametanje ovih konvencija i onim državama koje ih nisu potpisale, kao i da bi usvajanje ovog predloga dodatno odvrćalo države koje nisu pristupile Rimskom Statutu da mu pristupe, jer bi im to nametalo i prihvatanje ovih Konvencija.⁵⁰ Imajući u vidu broj država potpisnica Konvencija o hemijskom i biološkom oružju, kao i činjenicu da je veći broj država ratifikovalo ove konvencije nego što je pristupilo Rimskom Statutu, može se osnovano tvrditi da je navedeni argument samo služio kao „izgovor“ da se „skrene sa teme“ zabrane upotrebe hemijskog i biološkog oružja. Na kraju je jedino izglasano da se postojeća zabrana upotrebe otrova, zagušujućih, otrovnih i drugih gasova, tečnosti i materijala proširi i na unutrašnje oružane sukobe. Shodno tome, proizvodnja, skladištenje i upotreba hemijskog i biološkog oružja ne predstavlja ratni zločin u sistemu Međunarodnog krivičnog suda, te shodno tome i ne povlači individualnu krivičnu odgovornost na „međunarodnom“ nivou. Nameće se pitanje individualne krivične odgovornosti u unutrašnjem pravu.

47 Roger S. Clark, „Building on Article 8(2)(B)(xx) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, No. 3, 2009, str. 366–389.

48 O tome: A. Zimmermann, M. Şener, „Chemical Weapons and the International Criminal Court”, *The American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 3, 2014., str. 436–448.

49 Predlogu su se pridružile Argentina, Belgija, Bolivija, Burundi, Kambodža, Kipar, Irska, Letonija, Luksemburg, Mauricijus, Meksiko, Rumunija, Slovenija i Samoa.

50 Kara Allen with Scott Spence and Rocío Escauriaza Leal, *Chemical and biological weapons use in the Rome Statute: a case for change*, 2011., dostupno na: <https://www.files.ethz.ch/isn/126753/VB%2014.pdf>.

5. KRIVIČNA ODGOVORNOST ZA PROIZVODNJU UPOTREBU HEMIJSKOG I BIOLOŠKOG ORUŽJA U REPUBLICI SRBIJI

Za razliku od Rimskog Statuta koji ne inkriminiše direktno korišćenje hemijskog i biološkog oružja, Krivični Zakonik Republike Srbije (KZ RS)⁵¹ članom 376. kao krivično delo predviđa *upotrebu nedozvoljenih sredstava borbe* koje čini onaj „ko za vreme rata ili oružanih sukoba naredi da se upotrebe borbena sredstva ili načini borbe koji su zabranjeni pravilima međunarodnog prava ili ih sam upotrebi“. U vezi sa tim Z. Stojanović ističe da međunarodni akti nisu adekvatno regulisali ovu oblast, pa je za davanje odgovora na pitanje koja su oružja i načini borbe zabranjeni i dalje od značaja Martensova klauzula koju sadrži IV haška konvencija iz 1907. godine. Prema njoj u slučajevima koji nisu regulisani, stanovništvo i učesnici u ratu ostaju pod zaštitom načela međunarodnog prava, ako ona proističu iz običaja ustanovljenih među civilizovanim narodima, iz zakona čovečnosti i iz zahteva javne svesti.⁵² Imajući u vidu Ženevski protokol iz 1925. godine kao i pomenute Konvencije o zabrani hemijskog i biološkog oružja, može se tvrditi da je ovim krivičnim delom „pokriveno“ njegovo korišćenje za vreme rata ili oružanog sukoba. Međutim, ima argumenata i za suprotnu tvrdnju s obzirom da sam Rimski Statut, koji je trebalo da predstavlja unifikaciju međunarodnog običajnog prava u ovoj oblasti, uopšte ne pominje ovo oružje.

Upotreba hemijskog ili biološkog oružja u mirnodopskim uslovima mogla bi se podvesti pod neko od krivičnih dela protiv zdravlja ljudi, životne sredine ili opšte sigurnosti ljudi i imovine. Upotreba hemijskog oružja u vidu različitih otrova najčešće dovodi do zagađenja životne sredine (čl. 260 KZ), može dovesti do zagađivanja vode za piće i životnih namirnica (čl. 258 KZ), a nesumnjivo je da i hemijsko i biološko oružje izazivaju opštu opasnost, ako njihovo pravljenje i upotrebu podvedemo pod „opšteopasnu radnju ili opšteopasno sredstvo“ (čl. 278 KZ).

KZ RS hemijsko i biološko oružje izričito pominje jedino u članu 391., kada kao jednu od radnji izvršenja krivičnog dela terorizma pominje i „proizvodnju, posedovanje, nabavljanje, prevoz, snabdevanje ili upotrebljavanje nuklearnog, biološkog, hemijskog ili drugog oružja, uključujući i istraživanje i razvoj nuklearnog, biološkog ili hemijskog oružja.“ (čl. 391. st. 1 t. 5). Da bi se radilo o ovom krivičnom delu, potrebno je dokazati i nameru izvršioca usmerenu na ostvarenje jednog od tri cilja: 1) da se navedenom radnjom ozbiljno zastraši stanovništvo, 2) da se prinudi Srbija, strana država ili međunarodna organizacija da nešto učini ili ne učini ili 3) da se povrede osnovne ustavne, političke, ekonomske ili društvene strukture Srbije, strane države ili međunarodne organizacije. Kako je reč naime o krivičnom delu terorizma, kod njega je potrebno kumulativno ispunjenje dva elementa, objektivnog i subjektivnog: da je preduzeta neka opšteopasna radnja (u konkretnom slučaju upotreba ili neki drugi od nabrojanih načina raspolaga-

51 „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005-ispr., 107/2005-ispr., 72/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

52 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog Zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2019., str. 1119.

nja opasnim oružjem) kao i da postoji namera zastrašivanja građana, po pravilu iz političkih motiva.⁵³ Bez ove namere, proizvodnja, posjedovanje, korišćenje hemijskog i biološkog oružja, kao i druge nabrojane radnje izvršenja, predstavljaju samo privredni prestup odnosno prekršaj po navedenim Zakonima o biološkom odnosno hemijskom oružju.

Hemijska i biološka sredstva se pominju i u članu 391v KZ RS kod krivičnog dela upotreba smrtonosne naprave koje čini onaj „ko u nameri da drugoga liši života, nanese tešku telesnu povredu ili uništi ili znatno oštetiti državni ili javni objekat, sistem javnog saobraćaja ili drugi objekat koji ima veći značaj za bezbednost ili snabdevanje građana ili za privredu ili za funkcionisanje javnih službi, napravi, prenese, drži, da drugom, postavi ili aktivira smrtonosnu napravu (eksploziv, hemijska sredstva, biološka sredstva ili otrove ili radioaktivna sredstva) na javnom mestu ili u objektu ili pored tog objekta“. Da bi se radilo o ovom krivičnom delu takođe treba u krivičnom postupku dokazati da je korišćenje smrtonosne naprave izvršeno u određenoj nameri (da se neko liši života, nanese teška telesna povreda ili uništi odnosno znatno oštetiti neki od nabrojanih objekata).⁵⁴

ZAKLJUČAK

Čak i pod pretpostavkom da su tačne navedene teorije zavere i spekulacije o COVID-19 kao biološkom oružju, odgovornost za njegovo kreiranje i lansiranje bi bilo maltene nemoguće uspostaviti. Pod pretpostavkom da je napravljeno pod okriljem neke države, jedini „pravni put“ je podnošenje pritužbe Savetu Bezbednosti po članu VI Konvencije o Biološkom oružju, uz podnošenje dokaza za ove tvrdnje. Nezakonitu upotrebu biološkog oružja je naime ekstremno teško dokazati, imajući u vidu da ono izaziva bolesti koje je teško razlikovati od prirodnih pandemija i katastrofa, pa je teško sa sigurnošću tvrditi da je ono upotrebljeno osim ako neka vlada to izričito prizna. Hipotetički, kada bi se čak i to desilo, Savet bezbednosti bi mogao da reaguje odgovarajućim sankcijama, ako bi procenio da se radi o pretnji za međunarodni mir i bezbednost, ali ovaj scenario je teško zamisliv imajući u vidu pravo veta stalnih država članica. Ilustrativan primer je slučaj Sirije, u kojoj je 2013. godine potvrđeno korišćenje hemijskog oružja u vidu otrovnog gasa sarina, ali Savet bezbednosti UN nije uspeo da formalno osudi napade niti da preduzme mere da se oni spreče.

Pitanje individualne krivične odgovornosti je još kompleksnije. Upotreba hemijskog ili biološkog oružja u okvirima jedne države se, u našem pravu može podvesti pod neka krivična protiv zdravlja ljudi, životne sredine ili opšte sigurnosti ljudi i imovine, a propisane sankcije za ova dela sigurno ne odgovaraju težini posledice u ovim slučajevima. Situacija je nedvosmislena jedino ako su dela preduzeta u nameri zastrašivanja građana ili sa nekim političkim motivima, kada se podvode pod krivično delo terorizma, uz tu rezervu da ne postoji univerzalna lista svih mogućih hemijskih i bioloških oružja, kao i da sa napretkom nauke i ona napreduju.

53 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 1157.

54 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 1163–1164.

Kako je dejstva oružja za masovno uništenje teško držati „u granicama“ jedne države, logično je postaviti pitanje i „međunarodne“ krivične odgovornosti, tj. odgovornosti pojedinca pred Međunarodnim krivičnim sudom, ali je odgovor na ovo pitanje prilično razočaravajući. Da bi Međunarodni krivični sud uopšte bio nadležan za krivična dela izvršena na teritoriji jedne ili više država, potrebno je alternativno: a) da je država u pitanju potpisnica Rimskog Statuta; b) da posebnom izjavom prihvati nadležnost MKS u konkretnom slučaju; ili c) da konkretan slučaj prijavi Savet Bezbednosti UN. Interesantno je da najveće svetske države, od toga tri stalne članice Saveta Bezbednosti (SAD, Rusija i Kina) uopšte nisu potpisale Rimski Statut, pa MKS u slučaju njihovih državljana ne može uspostaviti nadležnost po prvom osnovu (a), a i treći osnov (c) teško da bi urodio plodom, imajući u vidu pravo veta u Savetu Bezbednosti. Na kraju, čak i kada bi se uspostavila nadležnost MKS za konkretan slučaj, opet bi došli u „pat poziciju“ imajući u vidu da Statut ovog suda upotrebu biološkog i hemijskog oružja uopšte ne predviđa kao krivično delo.

LITERATURA

- Arthur H. Westing, „The Threat of Biological Warfare“, *BioScience* Vol. 35, No. 10., 1985.
- Barry R. Schneider, *Biological Weapon*, dostupno na: <https://www.britannica.com/technology/biological-weapon>.
- Bhalla, D. K. and Warheit, D. B. „Biological agents with potential for misuse: a historical perspective and defensive measures“ *Toxicology and Applied Pharmacology Journal*, 199/2004.
- Brooks et al. „Responding to chemical weapons violations in Syria: legal, health and humanitarian recommendations“, *Conflict and Health* 12/2018, dostupno na: <https://conflictandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13031-018-0143-3>.
- Centres for Disease Control and Prevention (CDC), *Bioterrorism agents/diseases*, dostupno na: <http://emergency.cdc.gov/agent/agentlist-category.asp>.
- Christopher, G. W., Cieslak, T. J., Pavlin, J. A. and Eitzen, E. M., „Biological warfare: a historical perspective“, *Journal of American Medical Association*, 278/1997.
- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, October 1907. Dostupno na: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/195?OpenDocument>.
- Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, dostupno na: [www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/C404867](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/C404867).
- Encyclopaedia Britannica, *Biological Weapons*, dostupno na: <https://www.britannica.com/technology/biological-weapon>.
- Fraser, Michael R., and Donna L. Brown. „Viewpoint on Bioterrorism Preparedness. Bioterrorism Preparedness and Local Public Health Agencies: Building Response Capacity.“ *Public Health Reports (1974-)*, vol. 115, no. 4, 2000.
- Gerard J. Fitzgerald, „Chemical Warfare and Medical Response During World War I“, *American Journal of Public Health*, 98(4), 2008. https://www.goodreads.com/book/show/781424.Silent_Death.
- ICTY, *Final Report on NATO Bombing*, par. 26., dostupno na: <https://www.icty.org/sid/10052>.

- International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 Jul 1996., dostupno na: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>.
- International Criminal Court, *Elements of Crime*, dostupno na: <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>.
- J. P. Perry Robinson, „Difficulties Facing the Chemical Weapons Convention“, *International Affairs* Vol. 84, No. 2, 2008.
- Kara Allen with Scott Spence and Rocío Escauriaza Leal, Chemical and biological weapons use in the Rome Statute: a case for change, 2011., dostupno na: <https://www.files.ethz.ch/isn/126753/VB%2014.pdf>.
- M. Pal et. al., „An Overview on Biological Weapons and Bioterrorism“, *American Journal of Biomedical Research*, Vol. 5, No. 2, 2017.
- Mayor, A. *Greek Fire, Poison Arrows & Scorpion Bombs: Biological and Chemical Warfare in the Ancient World*. Over look Press, New York, 2003.
- Michael Cottier, „War Crimes: Article 5“, u: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observers' Notes, Article by Article*, 2nd edition. Oxford, Hart Publishing, 2008.
- Morse, Anne. „Bioterrorism Preparedness for Local Health Departments.“ *Journal of Community Health Nursing*, vol. 19, no. 4, 2002.
- Organisation for the prohibition of chemical weapons (OPCW), *Convention on the prohibition of the development, production, stockpiling and use of chemical weapons and on their destruction*. Dostupno na: https://www.opcw.org/fileadmin/OPCW/CWC/CWC_en.pdf.
- Philippe Kirsch, John T. Holmes, „The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process“, *The American Journal of International Law*, Vol. 93, No., 1999.
- Raymond A. Zilinskas, „Biological Warfare and the Third World“, *Politics and the Life Sciences*, Vol. 9, No. 1, 1990.
- Roger S. Clark, „Building on Article 8(2)(B)(xx) of the Rome Statute of the International Criminal Court: Weapons and Methods of Warfare“, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 12, No. 3, 2009.
- Shemer, J., Shoenfeld, Y., *Terorizam i medicina*, Medicinska naklada, Zagreb, 2007.
- Tanja Prođović, „Bioterorizam – globalna opasnost mikrometarskih razmera“, *Kultura polisa*, god. X (2013), br. 21.
- Taylor, Eric R. *Strengthening the Biological Weapons Convention: Illusory Benefits and Nasty Side Effects*. Cato Institute, 1999, www.jstor.org/stable/resrep04861.
- The United States Department of Justice, *Amerithrax Investigative Summary*, dostupno na: <https://www.justice.gov/archive/amerithrax/docs/amx-investigative-summary.pdf>.
- UN, *Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, New York, 1 Jul 1968. Dostupno na: <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/>.
- United Nations, *Second Review Conference of the Parties to the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, Final Report*, 1986, dostupno na: <https://www.un.org/disarmament/wmd/bio/>.
- UNOG, The Biological Weapons Convention, dostupno na: [https://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/04FBBDD6315AC720C1257180004B1B2F?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/04FBBDD6315AC720C1257180004B1B2F?OpenDocument).
- Wheelis, M., „Biological warfare at the 1346 siege of Caffa.“, *Emerging Infectious Diseases Journal*, 8/2002.

World Health Organization, Biological Weapons, dostupno na: https://www.who.int/health-topics/biological-weapons#tab=tab_1.

Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog Zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2019.

Zimmermann A., M. Şener, „Chemical Weapons and the International Criminal Court“, *The American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 3, 2014.

Vanja Bajović

University of Belgrade Faculty of Law

RESPONSIBILITY FOR THE USE OF CHEMICAL AND BIOLOGICAL WEAPONS AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

SUMMARY

In addition to panic, fear, denial of many human rights, change of business practice and life habits as a whole, the global pandemic of COVID-19 has developed numerous conspiracy theories, that it is a new biological weapon launched to establish a new global economic order. Leaving aside the unproven assumptions, the question that arises is the issue of biological weapons regulations, the use of which, incidentally or intentionally, has been missed from the regulation of the International Criminal Court, designed to punished suspects for the most serious criminal offenses of interest to the international community as the whole. It also raises the question how to justify such “omission”, that is, whether it is a failure or a conscious intention on the part of states to retain in their hands, despite the proclamatory aspirations to pursue “international justice in order to preserve world peace”, that strongest trump card in the form of the most dangerous weapon? This, especially given that the Rome Statute also makes no mention of chemical or even nuclear weapons, which means that the possession, development and use of all kind of weapons of mass destruction remained out of the jurisdiction of the International Criminal Court. All this raises the question of liability for production, storage or use of weapons of mass destruction, especially chemical and biological weapons.

This paper analyses the legal regulation of chemical and biological weapon, with particular reference to the Statute of the International Criminal Court. After defining these weapons in the first part, the second part of the paper deals with examples of its use throughout history, which is largely related to wars and armed conflicts, but not excluded in “peaceful times“, especially in the times of increasing danger of terrorist attacks. The third part deals with legal regulations that raise the question of the ‘applicability’ of international conventions in the face of the conflicting interests of the most powerful world countries. The fourth central part is dedicated to the issue of weapons of mass destruction, during establishment of the International Criminal Court. Finally, in the end is given a brief overview of the sentencing regulation of chemical and biological weapon in domestic, Serbian law.

Key words: chemical weapon, biological weapon, the Statute of the International Criminal Court.

PREVENTIVNO ZATVARANJE UČINILACA OPASNIH PO DRUŠTVO – VIŠESTRUKI POVRAT I MERE BEZBEDNOSTI –

Apstrakt: Usled neuspeha pokušaja da se odgovor na problem multirecidivizma u krivičnom pravu pronade u strožem kažnjavanju učinioca, pojedine države su se opredelile da u sistem krivičnih sankcija uvrste i odgovarajuće mere bezbednosti namenjene naročito opasnim višestrukim povratnicima. Iako su konkretna rešenja koja postoje u uporednom pravu raznolika, u osnovi mere sigurnosnog (bezbednosnog/preventivnog) smeštaja je zatvaranje učinioca sklonog vršenju težih krivičnih dela. Ova mera je često tako oblikovana da njeno maksimalno trajanje nije ograničeno i obično se izvršava nakon primene kazne zatvora, tako da se u suštini svodi na prošireno lišenje slobode, koje za osnov ne uzima stepen krivice učinioca, već njegovu opasnost po pravni poredak. U radu je naročita pažnja poklonjena analizi režima ove mere bezbednosti u nemačkom krivičnom pravu, pre svega usled toga što je taj režim jedan od najsloženijih i najdugovečnijih, prisutan već više od osam decenija, ali i zbog toga što je izazvao kontroverze i na međunarodnom planu nakon pojedinih odluka Evropskog suda za ljudska prava, koji je osporio pojedine aspekte primene ove mere.

Ključne reči: povrat, višestruki povrat, pooštavanje kazne, mere bezbednosti, sigurnosni smeštaj.

UVOD

U mnogim krivičnim zakonodavstvima predviđena su naročita pravila koja u slučaju višestrukog povrata omogućavaju sudu izricanje strože kazne od one koja je propisana za učinjeno krivično delo. Polazi se od ideje da usled toga što prethodne osude nisu popravno delovale na učinioca i skrenule ga sa kriminalnog puta, treba oštrije odgovoriti na vršenje novog krivičnog dela.¹ Učinilac na koga ranija primena krivičnog prava nije uticala pokazuje veći stepen opasnosti i nalazi se u dubljem konfliktu sa društvom; greška u oblikovanju volje tu ne predstavlja incident, negativnu epizodu u životu pojedinca, već odražava jedan za društvo neprihvatljiv kriminalni naboj. Preko recidiva se stoga ne cilja na učinioca nekog dela definisanog zakonom, nego na delinkventnog subjekta, na određeno svojstvo volje koja pokazuje svoj osobeni zločinački karakter.² Međutim, izricanje strože kazne isključivo zbog

* docent, djokic@ius.bg.ac.rs.

1 Povratnik nije samo osoba koja je više puta osuđivana za krivična dela, već neko na koga ranije osude nisu delovale, tj. nisu od njega učinile pravu odanog subjekta. M. Davis /1985/: Just Deserts For Recidivists, *Criminal Justice Ethics*, № 2, 31. U jednom propisu iz sredine XVI veka stoji da je zločinac koji ponovi prestup „ogavno, nedostojno biće, izvanredno opasno po državu”. M. Fuko /1997/: *Nadzirati i kažnjavati. Nastanak zatvora*, Novi Sad, 97.

2 *Ibid.*

kriminalne prošlosti učinioca predstavlja odstupanje od temeljnog pravila u oblasti odmeravanja kazne, shodno kome visinu kazne treba prilagoditi težini dela i stepenu krivice učinioca. Objektivna nevrednost dela oličena u negativnom efektu samog ponašanja i/ili težini posledice, kao i unutrašnja naklonost učinioca ka nepravu predstavljaju gornju granicu (zaslužene) kazne. Izricanjem kazne koja bi, zarad ostvarenja nekih drugih ciljeva (prevencija), prevazilazila meru zaslužene odmazde za ostvareno delo bila bi narušena ravnoteža etičkog imperativa pravednog kažnjavanja, što bi otvorilo vrata krivičnopravnoj zaštiti po svaku cenu. Stoga je i odredba člana 55a Krivičnog zakonika³ koja predviđa obavezno teže kažnjavanje višestrukog povratnika, koja odnedavno postoji u našem pozitivnom krivičnom pravu,⁴ u neposrednoj koliziji sa odredbom člana 42. Stav 4. KZ, kojom je potpuno nepotrebno (a i na gramatički neprihvatljiv način) svrsi kažnjavanja pridodato i ostvarivanje pravednosti i srazmernosti između učinjenog dela i težine krivične sankcije. Pored toga, istraživanja su pokazala da „oduzimanje slobode podstiče povratne prestupe; posle izlaska iz zatvora, šanse za povratak u njega su još veće nego ranije; visoki postotak osuđenika otpada na bivše zatvorenike“.⁵

Kao odgovor na pojačanu društvenu opasnost učinioca sklonog vršenju teških krivičnih dela, pored uobičajenih pravila koja dopuštaju izricanje strože kazne, u uporednom pravu prisutna su i takva rešenja koja omogućavaju primenu specifične mere koja se izriče uz kaznu zatvora, a izvršava se nakon što je kazna zatvora izdržana, dok se potreba njene dalje primene periodično ispituje. U mnogim zemljama su te naročite sankcije, uglavnom svrstane u mere bezbednosti, relativno neodređenog trajanja, pa se način na koji su one ustrojene približava režimu sankcija koji se primenjuje u odnosu na duševno abnormalne delinkvente. Opravdanje je u oba slučaja isto – pojačana zaštita društva, samo što se jednom ona pruža u odnosu na učinioca koji nema ispravan psihički aparat, te ne može da shvati značaj svog dela i/ili da upravlja svojim postupcima, a drugi put u odnosu na učinioca na koga prethodna primena krivičnog prava nije delovala, koji svoje ponašanje ne može da uskladi sa krivičnopravnim normama, već uprkos upućenom prekoru nastavlja kriminalnu delatnost.

Istorijski posmatrano prvi primer eliminatorne krivične sankcije namenjene nepopravljivim opasnim učiniocima krivičnih dela je francuska relegacija, uvedena u krivično zakonodavstvo krajem XIX veka, a koja se sastojala u doživotnom progonstvu u prekomorske kolonije.⁶ Relegaciju je sud izricao višestrukome povratniku kao obaveznu dopunsku krivičnu sankciju, koja se izdržavala nakon što je izvršena kazna lišenja slobode. Nedugo zatim, slično rešenje je usvojeno u Portugalu i Argentini (podrazumevalo je deportaciju delinkventa iz navike u polupustinjske južne

3 Krivični zakonik („Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019) – u daljem tekstu KZ.

4 Nakon izmena i dopuna KZ iz prošle godine u naše krivično pravo ponovo je uvedena kategorija višestrukog povrata. Za razliku od rešenja koje je bilo prisutno u jugoslovenskom zakonodavstvu koje je višestruki povrat predviđalo kao fakultativni osnov za pooštavanje kazne, zakonodavac sada višestruki povrat tretira kao osnov za teže kažnjavanje u okviru propisane kazne. Shodno odredbi člana 55a KZ, ukoliko su ispunjeni uslovi za višestruki povrat sud će izreći kaznu iznad polovine raspona propisane kazne.

5 M. Fuko /1997/: 257.

6 Z. Stojanović /2019/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 349.

teritorije), a potom se pojavio i drugi metod postupanja – bezbednosnog zatvaranja. U osnovi je svrha ostala nepromenjena, pokušaj da se eliminišu nepopravljivi delinkventi, ali je novi režim odlikovala fakultativnost, sud nije bio u obavezi da odredi ovu meru u svakom slučaju. Bezbednosno zatvaranje su prve prihvatile zemlje anglosaksonskog pravnog kruga. Postepeno, dve ustanove su se približile: relegacija je postepeno gubila svoj obavezni karakter, najpre *de facto*, a potom i *de iure*, dok je bezbednosno zatvaranje uskoro postalo jedna vrsta duge kazne zatvora.⁷

Naše krivično pravo ne predviđa meru bezbednosti koja bi bila namenjena višestrukim povratnicima, ali na toj liniji je bilo rešenje usvojeno u jugoslovenskom Krivičnom zakoniku iz 1929. godine. Zakonik je u § 51. Predviđao posebnu meru bezbednosti – *zadržanje po izdržanoj novoj kazni*. Mera se sastojala u lišenju slobode i izvršavala se nakon izdržane kazne zatvora, a bilo je moguće izreći je učiniocu koji je ranije najmanje tri puta osuđivan za umišljajno krivično delo na „robiju“ i koji u roku od pet godina od izdržane poslednje kazne ponovo učini umišljajno krivično delo, ukoliko se prema svim relevantnim okolnostima („po učinjenim delima i po njegovom životu“) može zaključiti da je opasan po javnu bezbednost. „Pitanje, da li je krivac opasan po javnu bezbednost, sud rešava po svome slobodnom uverenju, a zakon mu daje samo opšte kriterije objektivnog karaktera (važnost i težina učinjenog dela) i subjektivnog karaktera (život krivčev, koji u vezi sa ranije izvršenim delima može pokazati da krivac spada u najgoru i najopasniju kategoriju *naviknutih* krivaca).“⁸ Ovo zadržavanje je moglo trajati najduže deset godina. Osim toga, bilo je predviđeno i da će prilikom izdržavanja mere bezbednosti takvi osuđenici biti odvojeni od ostalih krivaca i da će se strogo držati na radu. Takođe, Zakonikom je bila predviđena i mogućnost uslovnog otpusta, protekom tri godine po izdržanoj kazni, uz ocenu da učinilac više nije opasan po javnu bezbednost.

U nastavku rada biće skicirani normativni okviri pojedinih zakonodavstava koji za cilj imaju odgovarajući tretman višestrukih povratnika;⁹ najpre će biti ukazano na odlike sistema u kome je sigurnosni (preventivni) smeštaj nastao (Engleska) ili u jednom periodu stekao primat u odnosu na kaznu (Švedska), te specifično rešenje koje određena zakonodavstva primenjuju u odnosu na opasne učinioce sa psihičkim smetnjama (Holandija), s tim što će naročita pažnja biti poklonjena rešenju koje postoji u nemačkom krivičnom pravu, koje predviđa zasebnu meru bezbednosti namenjenu opasnim učiniocima krivičnih dela. Iako slična mera bezbednosti postoji i u nekim drugim evropskim,¹⁰ kao i pojedinim zemljama anglosaksonskog pravnog kruga¹¹ u radu je podrobnije analizirano rešenje koje poznaje nemačko kri-

7 Ž. Pradel /2009/: *Komparativno krivično pravo. Sankcije*, (prevod: O. Perić), Beograd, 127–128.

8 M. P. Čubinski /1930/: *Naučni i praktični Komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 150.

9 Više o teorijskom osnovu opravdanja strožeg kažnjavanja u slučaju povrata i kratak pregled rešenja koja postoje u uporednom pravu vid. I. Đokić /2020/: *Krivičnopravno reagovanje na višestruki povrat*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, № 3–4, 65–75.

10 Vid. § 23 austrijskog KZ [*Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter*], § 64 (4) švajcarskog KZ [*Verwahrung*], francuski zakon br. 2008–174 [*réétention de sûreté*], § 37a holandskog KZ [*terbeschikkingstelling*], § 70 danskog KZ [*forvaring*], odeljak 40. norveškog KZ [*forvaring*], § 83 portugalskog KZ [*delinquentes por tendência*].

11 Npr. Kanada [§ 752 KZ], mnoge jurisdikcije u SAD u odnosu na seksualne delinkvente (tzv. seksualne predatore) – vid. N. V. Demleitner /2003/: *Abusing State Power or Controlling Risk*:

vično pravo, pre svega zbog kompleksnosti režima i njegovog značaja u evropskim okvirima, naročito nakon odgovarajućih odluka Evropskog suda za ljudska prava.

1. UPOREDNOPRAVNI OSVRT NA KRIVIČNOPRAVNO TRETIRANJE VIŠESTRUKOG POVRATA

1.1. Engleska

Engleska je poznata po oštroj kaznenoj politici, te stoga ne čudi što se prema naročito opasnim učiniocima krivičnih dela reaguje izuzetno strogim kaznama. Problem krivičnog reaganja na višestruki povrat izbio je na svetlo dana nakon trijumfa kazne lišenja slobode i okončanja prakse deportacije.

Početak XX veka (*Prevention of Crime Act* iz 1908. godine) uveden je za opasne učinioce sistem dvostrukog koloseka.¹² Opasnim su se smatrali oni učinioci koji su osuđeni na kaznu zatvora u trajanju od najmanje tri godine, a ranije su (od svoje šesnaeste godine) već bili najmanje tri puta osuđivani i koji su vodili nečastan i kriminalan život, uz neophodnost zatvaranja u cilju zaštite društva.¹³ Takvim učiniocima bilo je moguće nakon izdržane kazne zatvora odrediti preventivni smeštaj (*preventive detention*) u trajanju do deset godina.¹⁴ Ipak, kod naročito teških krivičnih dela sudovi su pokatkad zanemarivali preventivni smeštaj, polazeći od toga da su kazne već izricane u dosta dugom trajanju, prenebregavajući i mogućnost kumulativnog izricanja kazne i odgovarajuće mere bezbednosti, dok su kod nešto lakših krivičnih dela češće primenjivali ovu meru. Usled toga je smanjena razlika u trajanju lišenja slobode učinioca većeg broja sitnijih delikata i onog učinioca koji je izvršio neko ozbiljnije krivično delo.¹⁵ Zbog toga se Engleska nakon Drugog svetskog rata (*Criminal Justice Act* iz 1948. godine) ponovo okrenula sistemu jednog koloseka. Specijalna mera je zamenjena kaznom zatvora u dužem trajanju, koja se primenjivala na opasne povratnike. Ovaj pravac je nastavljen 1967. godine uvođenjem mogućnosti pooštrenog kažnjavanja višestrukih učinilaca u cilju zaštite javnosti. Međutim, praksa je pooštrenu kaznu primenjivala uglavnom na višestruke učinioce sitnijih delikata, a ne na učinioce teških krivičnih dela, gde je proširila mogućnost primene kazne doživotnog lišenja slobode. Istrajna nastojanja da se oblast primene strožeg tretmana prema višestrukim učiniocima teških krivičnih dela u praksi što više ograniči nastavljena je i nakon usvajanja zakona (*Criminal Justice Act*) iz 1991. godine.¹⁶

Sex Offender Commitment and Sicherungsverwahrung, *Fordham Urban Law Review*, № 5, 1624–1641, kao i Australija – vid. A. Gray /2005/: Preventive Detention Laws, *Alternative Law Journal*, № 2, 75–79.

12 J. Kinzig /1997/: Preventive Measures For Dangerous Recidivists, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, № 1, 48.

13 L. Döring /2012a/: Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich – Teil 1, *Freiburg Law Students Journal*, 1.

14 N. S. Timasheff /1939/: Treatment of Persistent Offenders Outside of the United States, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, № 4, 458.

15 Sudovi su izricali preventivni smeštaj i za tako bagatelne delikte kao što su krađa para čizama, ili dva šilinga, četiri tanjira, ili krađa maramica. A. Ashworth /2010/: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 219.

16 J. Kinzig /1997/: 49.

Kraj ovakve prakse označilo je usvajanje zakona iz 2003. godine (*Criminal Justice Act*). Od tada se u engleskom krivičnom pravu pravi razlika između učinilaca koji su opasni i onih koji to nisu.¹⁷ Opasnim se u smislu zakona smatraju samo učinioci seksualnih delikata i krivičnih dela sa elementima nasilja stariji od osamnaest godina, na koje se kao preventivne primenju tri posebne kazne.¹⁸ Sud najpre može pooštriti kaznu (*extended sentence*), odrediti jednu u svom trajanju neodređenu meru lišenja slobode u cilju zaštite javnosti, koja se izvršava nakon izdržane kazne zatvora (*imprisonment for public protection*), ili izreći kaznu doživotnog zatvora, koja je za određena dela obligatorna (*murder*), dok je za određene teške nasilne delikte njeno izricanje fakultativno (*mandatory/discretionary life sentence*).¹⁹ Za sve tri vrste specijalnih kazni, od kojih svaka zavisi od prirode i težine krivičnog dela, mora biti utvrđen nezanemarljiv rizik da će učinilac ubuduće vršiti teška krivična dela, tj. zahteva se utvrđenje uslova da je učinilac opasan.²⁰ O tome odlučuje sud bez uplitanja odgovarajućeg stručnjaka. Prethodne osude nisu potrebne kao formalni kriterijum, one samo olakšavaju utvrđivanje konkretne opasnosti. Ove kazne se u režimu izvršenja ne razlikuju od uobičajene kazne lišenja slobode, već je razlika na planu mogućeg ranijeg otpuštanja. Uobičajeno je da se uslovni otpust daje nakon polovine izdržane kazne, dok je za opasne učinioce ustanovljeno strože pravilo o minimalnom periodu potrebnom da bi se moglo razmotriti otpuštanje učinioca.²¹ Nakon isteka tog perioda poseban odbor (*parole board*), razmatra postojanje i stepen opasnosti učinioca i donosi odluku o eventualnom puštanju učinioca na slobodu. U slučaju i dalje prisutne opasnosti učinioca lišenje slobode u slučaju pooštrene kazne (*extended sentence*) može trajati najduže pet godina, dok u odnosu na drugu i treću varijantu kazne (*imprisonment for public protection, life sentence*), ono može biti i doživotno. I u slučaju otpuštanja, učinilac ostaje na probi, tako da ukoliko ponovo izvrši neko krivično delo, ili ne ispuni određene obaveze može biti lišen slobode.²²

Učinioci opasni po društvo sa duševnim poremećajima, za koje se utvrdi da su u vreme izvršenja krivičnog dela ili u vreme suđenja neuračunljivi, mogu se smestiti u odgovarajuću psihijatrijsku ustanovu (*hospital order*). Zanimljivo je da takva mera nije obaveznog karaktera, tako da se nemali broj učinilaca sa znacima ozbiljnih duševnih poremećaja u vreme izvršenja krivičnog dela nalazi na izdržavanju kazne zatvora. U poslednje vreme u engleskoj stručnoj javnosti se zagovara i uvođenje takvih propisa koji bi omogućili neograničeni prinudni smeštaj lica koja pate od

17 No, da bi se učinilac smatrao opasnim, u Engleskoj nije nužno da je učinilac već ranije bio u sukobu sa zakonom.

18 L. Döring /2012a/: 1; A. Ashworth /2010/: 228. Zakon predviđa da će sud raniju osudu tretirati kao otežavajuću okolnost ukoliko smatra da je to opravdano vodeći računa o prirodi dela i odnosu sa učinjenim delom, uzimajući u obzir i protek vremena od ranije osude i novog krivičnog dela. Julian V. Roberts /2008/: Punishing Persistence. Explaining the Enduring Appeal of the Recidivist Sentencing Premium, *The British Journal of Criminology*, № 4, 468.

19 L. Döring /2012a/: 1–2.

20 A. Ashworth /2010/: 234.

21 U Engleskoj postoji doduše i varijanta kazne doživotnog zatvora bez mogućnosti puštanja osuđenog na uslovni otpust (*whole life order*).

22 L. Döring /2012a/: 2.

ozbiljnih poremećaja ličnosti, ali koja ranije nisu bila u sukobu sa zakonom, ukoliko se samo proceni da su potencijalno opasni za društvo. Ovo bi značilo uvođenje davnog napuštenih predeliktних mera koje bi omogućile neograničeno lišenje slobode iz preventivnih razloga i bez osnova u učinjenom krivičnom delu. Žestoko protivljenje javnosti i vrlo verovatno nesaglasje sa relevantnim odredbama Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda zaustavile su ovakve projekte. Karakteristično je za Englesku i pretvaranje krivičnog prava u pojedinim oblastima u jedno bezbednosno pravo. Tako, postoje određeni propisi čije nepoštovanje povlači mogućnost izricanja kazne lišenja slobode u trajanju do pet godina (*anti-social behaviour orders*, ili *control orders* za učinioce seksualnih delikata ili navodne teroriste). Usled svoje građanskopravne/upravne prirode, ovakvi propisi često predstavljaju kršenje nekih od osnovnih garantija u krivičnom pravu.²³

Usmerenost krivičnog pravnog reagovanja na problem višestrukog povrata isključivo na kolosek primene kazne u Engleskoj više je posledica praktičnog pristupa, nego što je rezultat dogmatskog promišljanja. Brojni su razlozi zbog kojih je čitav koncept borbe protiv nepopravljivih učinilaca zamišljen isključivo kroz strože kažnjavanje (*prison works*), a pre svega usled jednog u osnovi laičkog pristupa osnovnim krivičnopravnim pojmovima, koje zbog adverzijalnog postupka i učešća građana u donošenju odluke o krivici učinioca uporno odbija bilo kakvu sofisticiranu dogmatiku.²⁴ Osim toga, i shvatanje svrhe kazne imalo je uticaja na ovakav pristup. Odstupanje od načela pravednog kažnjavanja, prema kome je krivica gornja neprekoračiva granica kazne i oslanjanje na preventivne razloge omogućili su da kazna bude osmišljena kao mera koja objedinjuje i retributivne i preventivne učinke, tako da je sud može odmeriti i preko mere zaslužene stepenom krivice učinioca, a iz razloga zaštite društva i javne bezbednosti.²⁵

1.2. Švedska

Dok je u XIX veku, oslonjena na klasičnu krivičnopravnu doktrinu, Švedska u nedostatku odgovarajućih preventivnih mera, primenjivala drastične kazne prema višestrukim povratnicima, na početku XX veka došlo je do preokreta usled priklanja orijentaciji na tretman i resocijalizaciju. Polazna osnova za ovu posebnu preventivnu usmerenost krivičnih sankcija, koja je primenjena uvođenjem internacije povratnika i smanjeno uračunljivih učinilaca 1927. godine, bila je pretpostavka da su ljudi u osnovi dobri i da je zločin neka vrsta bolesti, kao i da se kriminalno ponašanje može sprečiti lečenjem. U tom svetlu, konstruisana je čitava lepeza terapeutskih mera koja je posebno bila namenjena atipičnim grupama višestrukih i opasnih povratnika. Shodno tome ni sudija više nije određivao vrstu i trajanje krivične sankcije, već je o tome u slučaju naročito opasnih povratnika odlučivao organ izvršenja. Posledica toga je i gubljenje razlike između retributivne kazne i preventivne mere bezbednosti; cilj je bio da se odgovarajućim tretmanom lice koje predstavlja opasnost po društvo odvrti od kriminalnog načina života, merama koje nisu unapred

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*, 3.

ograničene, što se opravdavalo svrhom koja im je bila pripisivana, da izleče, a ne da kazne i da predstavljaju odmazdu za učinjeno nepravdo. Sve je to proizvelo jedan skupocen mehanizam za tretiranje opasnih i smanjeno odgovornih učinilaca, koji se ozbiljno udaljio od principa pravednosti i srazmernosti na planu krivičnog sankcionisanja. Pojam kazne je izgubio svoje teorijsko i praktično značenje, što je ozvaničeno usvajanjem Krivičnog zakonika 1965. godine, koji se odrekao reči kazna.²⁶

Međutim, ubrzo je došlo do preokreta u kriminalnopolitičkoj i krivičnopravnoj misli (neoklasicizam). Razočaravajući učinci tretmana i neuspeli pokušaji resocijalizacije doveli su 1981. godine do ukidanja ovih mera koje su bile zamišljene kao mere pomoći, zaštite i koje su izricane za „dobrobit učinioca“.²⁷ Odlučujući faktor povratka načelu proporcionalnosti i odmazdi bio je uvid u to da zločin nije automatski simptom mentalne bolesti ili slične abnormalnosti koju treba izlečiti, već da se učinilac može tretirati kao subjekt koji deluje svesno i odgovorno. Kroz kaznu se može izraziti prekor i za ranije učinjena dela. Izbor kazne i njeno trajanje treba da odgovara težini dela i stepenu krivice, a i u procesu izbora i izvršenja kazne mogu se ostvarivati specijalno preventivni ciljevi.²⁸ Nastojanje da se ograniči uloga povrata došlo je do izražaja i 1988. godine kada je ozakonjeno pravilo da povrat pre svega treba da predstavlja okolnost značajnu za izbor krivične sankcije, a ne da doprinese njenoj težini.²⁹

Nakon napuštanja orijentacije na tretman i resocijalizaciju Švedska na opasne učinioce reaguje isključivo primenom kazne.³⁰ Najstroža kazna koja postoji u švedskom krivičnom zakonodavstvu je kazna doživotnog zatvora, koju je nakon izdržanih deset godina i u odsustvu konkretnog i ozbiljnog rizika od recidiva moguće pretvoriti u vremensku kaznu zatvora. Krivični zakonik predviđa mogućnost poštovanja kazne za opasne povratnike. Tako, ako je krivično delo zaprećeno kaznom većom od šest godina a učinilac je ranije osuđivan kaznom zatvora od najmanje dve godine kazna koju sud može izreći za novo krivično delo sme preći četiri godine u odnosu na propisano.³¹ Jedini relikv ranijeg zakonodavstva je odsustvo pravila prema kome je ispravan psihički aparat pretpostavka kažnjivosti, tako da se i duševno poremećenim učiniocima može izreći kazna, ukoliko se dokaže da su postupali umišljajno ili nehatno, što stvara ogromne praktične poteškoće.³² Međutim, i takvi učinioци obično u postupku izvršenja bivaju podvrgnuti odgovarajućem

26 L. Döring /2012b/: Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich – Teil 2, *Freiburg Law Students Journal*, 1.

27 Poražavajuće je delovala činjenica da je kod preko 80% učinilaca u kratkom periodu nakon tretmana i izdržane krivične sankcije utvrđen povrat. J. Kinzig /1997/: 46.

28 L. Döring /2012b/: 1.

29 V. Hinkkanen, T. Lappi-Seppälä /2011/: Sentencing Theory, Policy, and Research in the Nordic Countries, *Crime and Justice*, Vol. 40, 359.

30 L. Döring /2012b/: 1.

31 *Ibid*, 2; V. Hinkkanen, T. Lappi-Seppälä /2011/: 374.

32 Prema rešenju iz švedskog Krivičnog zakonika (30 § 6), licu koje je učinilo krivično delo pod uticajem teške duševne smetnje kazna zatvora se može izreći samo ako za to postoje izuzetni razlozi. Kada procenjuje da li postoje takvi razlozi, sud uzima u obzir težinu dela koja je odražena u visini propisane kazne, da li je učinioци potrebna odgovarajuća medicinska nega, da li je intoksikacijom ili na drugi način učinilac sam sebe doveo u takvo duševno stanje, kao i druge okolnosti.

psihijatrijskom tretmanu. Dakle, kaznu zatvora je moguće izreći i duševno obolelom učiniocu, naročito ako je učinio neko teže krivično delo i ako ne postoji potreba ozbiljnijeg tretmana.³³ Međutim, sve prisutnija nastojanja da se kategoriji uračunljivosti i odgovarajućim preventivnim merama koje bi se u cilju zaštite društva od kriminaliteta primenjivale prema neuračunljivim učiniocima da adekvatno mesto došli su do izražaja tako da sada učiniocu koji usled ozbiljne duševne poremećenosti nije mogao da shvati značaj svog dela ili da upravlja svojim postupcima nije moguće izreći kaznu zatvora, osim ukoliko se učinilac skrivljeno doveo u takvo stanje (30 § 6 KZ). Pokušaj učinjen u Švedskoj da se opasni učinioci resocijalizuju, a ne samo zatvore, zaslužuje izvesno priznanje. No, uprkos nastojanju da se sankcionisanje usmeri ka popravljaju učinioca nije moguće prenebregnuti činjenicu da bilo koja krivična sankcija predstavlja izvesno zlo i prinudu. Osim toga, takva mera koja bi da popravlja i štiti u većoj meri zadire u osnovna prava pojedinca od kazne zatvora, jer nastoji da preoblikuje nečiju ličnost. To je vodilo i neravnopravnom tretmanu učinilaca; na one učinioce koji su društveno neprilagođeni i zahtevaju trajniji tretman primenjivane su strože mere.³⁴

Najnoviji razvoj kriminalne politike i krivičnog prava u Švedskoj potcrtava potrebu strožeg kažnjavanja (novi zakon o seksualnim učiniocima). Umesto davanja prednosti krivičnom pravu i kazni kao *ultima ratio* u prvi plan se stavlja odmazda. Tako se i Švedska svrstala u red sve brojnijih evropskih zemalja koje zaoštavaju represiju na zakonodavnom planu.³⁵

1.3. Holandija

Model tretmana opasnih učinilaca sa psihičkim smetnjama koji postoji u Holandiji prihvatile su mnoge druge zemlje u Evropi. U epohi dominantnog klasičnog pristupa rešavanju problema višestrukog povratništva koje je podrazumevalo isključivo reagovanje primenom kazne, dok je odgovarajući smeštaj u zdravstvenu ustanovu bio rezervisan za učinioce sa psihičkim smetnjama, uvedena je 1928. godine specifična mera – smeštaj pod TBS (*Terbeschikkingstelling*), doslovno rečeno stavljanje pod sudsko starateljstvo,³⁶ koja je bila namenjena učiniocima opasnim po društvo sa psihičkim smetnjama. U to vreme je bilo usvojeno i pravilo koje je predviđalo uvođenje mere bezbednosti za uračunljive višestruke povratnike, koja je podrazumevala mogućnost lišenja slobode u trajanju do deset godina, ali ovo pravilo nije stupilo na snagu. Pre svega, smatralo se da su dugotrajne kazne zatvora dovoljan odgovor na vršenje krivičnih dela jedne male grupe nepopravljivih i opasnih učinilaca.³⁷

Najstroža kazna koja postoji u holandskom sistemu je kazna doživotnog zatvora, koja je tako oblikovana da je osuđeni izdržava do kraja svog života, tj. nije uređena mogućnost puštanja osuđenog na uslovni otpust. Opšti maksimum kazne zatvora

33 L. Döring /2012b/: 2.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 Ž. Pradel /2009/: 128.

37 L. Döring /2012c/: Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich – Teil 3, *Freiburg Law Students Journal*, 1.

iznosi petnaest godina. Postoji i mogućnost da se za određena krivična dela u sticaju, terorizam, ili krivična dela učinjena u povratu izrekne i kazna zatvora u trajanju do trideset godina. Holandija se tako odlučila da na eventualnu opasnost učinioca od ponovnog vršenja krivičnih dela reaguje pre svega pravilima koja se nalaze u domenu kazne.³⁸ Kao odgovarajuće mere koje podrazumevaju lišenje slobode postoje upućivanje u psihijatrijsku ustanovu (§ 37 KZ) i smeštaj za psihički obolele ili učinioca sa psihičkim smetnjama koji su opasni (TBS – § 37a KZ).³⁹ Prva pripada grupi medicinskih mera bezbednosti koju je moguće izreći učiniocu kome se zbog odgovarajućeg duševnog poremećaja krivično delo subjektivno ne može uračunati. Pretpostavka za primenu druge mere bezbednosti jeste da je učinjeno krivično delo za koje je kao najmanja mera propisana kazna zatvora u trajanju od barem četiri godine, postojanje opasnosti učinioca za druge, javnu bezbednost ili imovinu, kao i postojanje zaostalog duševnog razvoja ili duševnih smetnji kod učinioca u vreme izvršenja krivičnog dela.⁴⁰ Nije neophodno da je učinilac ranije osuđivan. Potrebu dalje primene TBS ispituje sud na svake dve godine, a posebna ekspertska grupa na svakih šest godina. Smeštaj nije ograničen, tj. može se produžavati sve dok za njim postoji potreba, pa i do kraja života osuđenog, ali samo u slučaju krivičnih dela protiv života i tela. Za krivična dela protiv materijalnih dobara maksimalno trajanje je ograničeno na četiri godine. U proseku izvršenje TBS traje između sedam i osam godina. U slučaju smanjeno uračunljivih učinilaca TBS se može izreći uz kaznu zatvora. Iako nije uređen režim izdržavanja kazne i mere TBS u pogledu redosleda izvršenja, postojana je praksa da učinilac najpre izdržava kaznu zatvora, pa tek onda meru. Sudovi u poslednje vreme ovu meru često izriču uz dugotrajne kazne zatvora.⁴¹

Pošto je sredinom devedesetih godina prošlog veka broj učinilaca kojima je izrečena mera TBS udvostručen došlo je do porasta troškova izvršenja, te je usvojen jedan manje intenzivan tretman osuđenika koji su se nalazili na izdržavanju ove mere, a za koje je procenjeno da su „nepopravljivi“. Takvim su se smatrali učinioci koji su se već šest godina nalazili na tretmanu u TBS klinici, a da tretman nije doveo do znatnog umanjenja njihove opasnosti. Inače, sama mera je izložena napadu kritike, pre svega što označava gubitak životne perspektive.⁴²

Od 2004. godine postoji posebna mera namenjena povratnicima, shodno kojoj je moguće izreći smeštaj u odgovarajuću ustanovu ukoliko je učinilac već tri puta osuđivan na kaznu zatvora ili rada u javnom interesu i ukoliko i dalje postoji opasnost od vršenja određenih krivičnih dela. Trajanje mere ne može preći dve godine.⁴³ Potrebno je da tužilaštvo predloži ovu meru, a treba da postoji i izveštaj sudskog veštaka u kojem se zaključuje da je primena ove mere neophodna.⁴⁴ Naročit način izvršenja nije predviđen, i u suštini nema velike razlike između redovnog izdržavanja kazne zatvora i ove mere.

38 *Ibid.*

39 P. J. P. Tak /2011/: Die „Überlassung mit behördlicher Unterbringung“, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, № 4, 299.

40 *Ibid.*, 301.

41 L. Döring /2012c/: 1.

42 *Ibid.*, 2.

43 *Ibid.*

44 Ž. Pradel /2009/: 129.

1.4. Nemačka

U nemačkom krivičnom pravu u okviru pravila koja uređuju odmeravanje kazne ne postoji izričita odredba o krivičnopravnom značaju povrata. Ranija odredba o povratu kao osnovu za povećanje kazne (§ 48 StGB) ukinuta je 1986. godine, pre svega zbog skromnih rezultata na planu specijalne prevencije.⁴⁵ Povrat se na planu odmeravanja kazne može uzeti u obzir kao otežavajuća okolnost, što se razmatra u okviru prethodnog života učinioaca (*das Vorleben des Täters*). Pored toga, sistem krivičnih sankcija u Nemačkoj poznaje i specifičnu meru koja je namenjena zaštititi društva od naročito opasnih učinilaca kod kojih postoji sklonost ka vršenju teških krivičnih dela.

Mera sigurnosnog smeštaja (*Sicherungsverwahrung*) spada u jednu od najspornijih i najviše kritikovanih krivičnih sankcija u nemačkom krivičnom pravu. Svrstana je među mere bezbednosti⁴⁶ i primenjuje se prema višestrukim povratnicima kod kojih postoji opasnost od vršenja težih krivičnih dela. Izvršava se nakon što učinilac osuđen za određeno teško krivično delo izdrži kaznu zatvora na koju je osuđen. Naročitu pažnju, pre svega evropske javnosti privukla je nakon nekoliko odluka Evropskog suda za ljudska prava. Osnovni problem sigurnosnog smeštaja je potencijalno nesagledivo trajanje lišenja slobode, što se protivi garantivnoj funkciji krivičnog prava.⁴⁷ Centralni uslov za njeno izricanje nije povezan sa stepenom krivice učinioaca, već je skopčan sa posebnom opasnošću učinioaca. Interes zaštite javnosti je pretežniji od učiniočevog prava na slobodu. Upravo mogućnost primene i njeno trajanje preko mere koje postavlja princip krivice čini od nje *ultima ratio* u sistemu krivičnih sankcija i „krajnju nužnu meru kriminalne politike“ (*letzte Notmaßnahme der Kriminalpolitik*).⁴⁸ Mera je načelno ograničena na period od deset godina (§ 67d (3) StGB), ali ukoliko i nakon isteka desetogodišnjeg perioda učinilac i dalje predstavlja opasnost za društvo ona može trajati neograničeno. Na udaru kritike je pre svega zbog toga što se njome krši načelo krivice. Iako je svrstana među mere bezbednosti program izvršenja i njena suština ne razlikuje je mnogo od kazne zatvora i osuđeni je po pravilu izdržava u istoj kaznenoj ustanovi u kojoj je proveo vreme na izdržavanju kazne lišenja slobode. Istaknuto je i da ova mera vređa ljudsko dostojanstvo, jer učinioaca ne tretira kao autonomno biće, subjekta, već kao opasnog objekta. Savezni ustavni sud je najpre odbio ovaj prigovor konstatujući teorijsku razliku između kazne koja podrazumeva socijalno-etički prekoračak i osudu i etički neutralne mere bezbednosti okrenute isključivo otklanjanju opasnih stanja i uslova kod učinioaca, tako da je ova mera opstala uprkos snažno izraženom puritanizmu u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji koji načelno odbija bilo kakvu meru čija primena prelazi stepen krivice i težinu neprava, tj. koja teže pogađa učinioaca od

45 *Ibid*, 124.

46 Predviđena je još 1933. godine usvajanjem zakona kojim se prešlo na sistem tzv. dvostrukog koloseka, kada je pored kazne normiran i sistem mera bezbednosti. J. Kaspar /2016/: Preventive Detention in German Criminal Law, *Peking University Law Journal*, № 1, 84–85.

47 J. Bung /2013/: Zur Einführung in das Problem der Sicherungsverwahrung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 7–8, 359.

48 B. D. Meier /2015/: *Strafrechtliche Sanktionen*, Heidelberg (etc), 345.

onoga što je vršenjem delikta zaslužio; uprkos svemu, prihvata se da postoje učinio-
ci koji nisu neuračunljivi ali su nesumnjivo opasni.⁴⁹

Kritika ove mere bezbednosti u novijoj literaturi prevashodno je usmerena na agresivnu kaznenu politiku zakonodavca koji je na prelazu između XX i XXI veka kontinuirano proširivao polje njene primene, udaljivši se tako od jasnih kontura izuzetnosti ove mere, a da za to nije imao povod u opštoj slici kriminaliteta. Naročito je bila sporna mogućnost retroaktivne primene ove mere. Ovakav razvoj je donekle zauzdan počev od 2009. godine nakon intervencija Evropskog suda za ljudska prava, kao i Saveznog ustavnog suda, tako da je od sredine 2013. godine na snazi novi režim ove mere. Ipak, u teoriji se i dalje ističe da zakonodavac, uprkos prihvatljivijem noveliranju, nije uspeo da oblikuje preciznija merila za davanje prevage interesima bezbednosti društva u odnosu na pravo osuđenog na život na slobodi.⁵⁰

Usled brojnih intervencija zakonodavca čitava oblast sigurnosnog smeštaja je veoma kompleksna. Osim slučajeva kada je izricanje ove mere bezbednosti obavezno predviđena je i mogućnost fakultativne primene sigurnosnog smeštaja.

a) Uslovi za obaveznu primenu mere sigurnosnog smeštaja

Sud će izreći meru sigurnosnog smeštaja, dakle njena primena je obavezna, ukoliko su ispunjene određene formalne i materijalne pretpostavke (§ 66 (1) StGB). Prvi formalni uslov tiče se prirode i težine učinjenog krivičnog dela. Polazeći od *ultima ratio* principa, primena ove mere bezbednosti moguća je samo u slučaju usko ograničenog niza krivičnih dela. Dok je ranije (sve do 2011. godine) bilo dovoljno postojanje osude za bilo koje umišljajno delo, sada je potrebna ili osuda za krivično delo protiv strogo ličnih dobara – konkretno: život, telesni integritet, ličnu slobodu ili polnu slobodu, ili zbog drugog naročito teškog krivičnog dela (ukoliko je za određena dela zaprećena maksimalna kazna od najmanje deset godina).⁵¹ Dalji uslov tiče se izrečene kazne za neko od tih krivičnih dela. Potrebno je da je učinilac osuđen na kaznu zatvora u trajanju od najmanje dve godine. Ukoliko se radi o sticaju krivičnih dela mora barem za jedno krivično delo biti utvrđena kazna zatvora od najmanje dve godine.⁵²

Drugi formalni uslov odnosi se na ranije osude. Naime, potrebno je da je učinilac već dva puta osuđivan na kaznu zatvora od najmanje jedne godine za umišljajna krivična dela koja daju povod izricanju ove mere bezbednosti. Cilj ove pretpostavke

49 T. Weigend /2001/: Sentencing and Punishment in Germany, in: *Sentencing and Sanctions in Western Countries* (ed. Michael Tonry, Richard S. Frase), Oxford, 202.

50 B. D. Meier /2015/: 345–346. Osnovni prigovor koji se mogao uputiti zakonodavcu je konstantno proširivanje polja primene i pooštavanje mere sigurnosnog smeštaja a da za to nije bilo realne potrebe, jer stanje kriminaliteta to nije zahtevalo. Štaviše, u periodu od jedne decenije između 1993. i 2003. godine stopa kriminaliteta i u odnosu na najteža dela bila je u opadanju. Zakonodavac je potpao pod uticaj javnosti koju su oblikovali mediji snažnom kampanjom koja je stvorila klimu stalno prisutnog straha i opasnosti od učinilaca seksualnih i nasilnih delikata. Rezultat toga je zakonodavna aktivnost koja je granice mere sigurnosnog smeštaja pomerala na štetu učinio-
ci. *Ibid*, 348–349.

51 *Ibid*, 350.

52 *Ibid*, 351.

je da pod udar mere dođu samo oni povratnici u odnosu na koje postoji značajna potreba zaštite društva. Višestruki učinioci lakših krivičnih dela, ili onih iz polja srednjeg kriminaliteta, treba da budu isključeni iz primene ove mere. Ukoliko je za neko od ranijih dela izrečena jedinstvena kazna primenom pravila koja važe za odmeravanje kazne za krivična dela učinjena u sticaju, odlučujuća je pojedinačno utvrđena kazna: u svakom slučaju barem jedna pojedinačno utvrđena kazna mora biti u trajanju od najmanje jedne godine.⁵³

Krivična dela za koja su donesene osuđujuće presude ne smeju biti previše vremenski udaljena: ranije delo se više ne može uzimati u obzir ako je proteklo više od pet godina između njega i novog dela, dok za seksualne delikte postoji period od petnaest godina. Svrha ove „zastare“ je da iz delokruga mere isključi one učinioce koji su tokom dužeg perioda pokazali da mogu da žive bez kriminalne aktivnosti. Pored ovih uslova zahteva se i da je učinilac barem za jedno delo po ranijoj osudi izdržao dve godine zatvora. To dodatno ograničava opseg primene ove mere i svodi je na slučajeve onih učinilaca kod kojih uprkos iskustvu dugotrajnog izdržavanja kazne zatvora pokušaji resocijalizacije nisu doživeli uspeh. Ovakvim zahtevom samo se dodatno podvlači izuzetni karakter ove mere.⁵⁴

U materijalne pretpostavke spada sveukupna procena ličnosti učinioca i njegovog dela iz koje proizlazi da je učinilac usled sklonosti ka vršenju teških krivičnih dela opasan po društvo. Jezgro ove materijalne pretpostavke čine dva elementa: prognoza budućeg kriminalnog ponašanja učinioca, kao i pojam sklonosti ka vršenju teških krivičnih dela. Međutim, šta se smatra sklonošću i kako odrediti sadržinu ovog pojma nije jasno.⁵⁵ Pokušaj definisanja nailazi na poteškoće stoga što nije u pitanju medicinski ili psihijatrijski termin, već pojam skovan od strane pravnika.⁵⁶ Uobičajena je definicija sklonosti kao izražene tendencije kršenja zakona, koja je zasnovana na dispoziciji karaktera ili je stečena praksom, usled koje učinilac iznova vrši krivična dela ukoliko mu se ukaže prilika. Međutim, ni ova definicija nije previše od pomoći, jer pojam sklonosti zamenjuje pojmom tendencije vršenja krivičnih dela. Pri tome, ovako shvaćena definicija ne zavisi od uzroka sklonosti. Sklonost može proizlaziti iz opšteg asocijalnog ponašanja (stava) učinioca, ali može se zasnivati i na slabosti volje učinioca koji ne može da odoli podsticaju da se odluči za nepravo i podleže svakom novom iskušenju. Stoga, prevladuje shvatanje da ovaj pojam ne treba utvrđivati s obzirom na konkretne uzroke, već u povezanosti sa određenim stanjem učinioca, kao jedno posebno ustrojstvo ličnosti ili dispoziciju, usled koga učinilac iznova vrši krivična dela. Svakako, u pitanju je jedan normativni pojam, koji se samo delimično može ispuniti empirijskim nalazom.⁵⁷ U mnogim slučajevima opasnost učinioca koja se mora identifikovati da bi se opravdao sigurnosni smeštaj ne može se predvideti sa sigurnošću koja je neophodna za meru koja

53 *Ibid.*

54 *Ibid.*, 352.

55 *Ibid.*

56 J. Kaspar /2016/: 96.

57 B. D. Meier /2015/: 352–353. Između prethodnih krivičnih dela, novoučinjenog dela i očekivanih krivičnih dela mora se uspostaviti jedna simptomatska povezanost. Sva dela uključena u prognozu moraju izražavati isti nedostatak sposobnosti ili spremnost na samokontrolu. Ispitivanje ove veze zahteva naročitu pažnju u slučaju kada je jedno od dela rezultat situaciono i motivaciono drugačijeg konteksta. *Ibid.*, 354–355.

tako zadire u osnovna prava osuđenog kao sigurnosni smeštaj. Niska stopa kriminaliteta u odnosu na najteža dela i često nedovoljno precizna baza podataka ostavljaju veliku sumnju u tačnost predviđanja.⁵⁸

Kao što je navedeno, ako su sve formalne i materijalne pretpostavke ispunjene izricanje mere sigurnosnog smeštaja je obavezno.

b) Fakultativna primena mere sigurnosnog smeštaja

Zakonodavac je osim obligatorne primene mere sigurnosnog smeštaja predviđeo i druge slučajeve kada je izricanje ove mere moguće.

Opasnost po društvo i mogućnost izricanja mere bezbednosti sigurnosnog smeštaja postoji i onda kada učinilac nije ranije osuđivan. Odredba § 66 (2) StGB omogućuje primenu mere bezbednosti prema serijskim učiniocima koji nisu bili otkriveni pre vršenja dela koje daje povod primeni mere, te zbog toga nisu osuđeni. U formalnom pogledu ova odredba pretpostavlja da je učinilac učinio tri krivična dela iz grupe dela koja daju povod izricanju ove mere, a da bi za svako krivično delo bio kažnjen kaznom zatvora od najmanje jedne godine. Potrebno je i da je učinilac osuđen na kaznu zatvora od najmanje tri godine za novo krivično delo koje daje povod izricanju mere bezbednosti. U poređenju sa prethodnom varijantom, gde je primena mere sigurnosnog smeštaja obavezna, gde se zahteva izricanje kazne zatvora u trajanju od najmanje dve godine, ovde je uslov nešto stroži. S druge strane, formulacija ove odredbe ne zahteva da se kazna od tri godine zatvora odnosi na jedno delo, već se može raditi i o jednoj jedinstvenoj kazni izrečenoj za sva dela učinjena u sticaju. U pogledu materijalnih uslova važi isto što i za prethodni oblik. Potrebno je utvrditi opasnost učinioca za društvo zbog njegove sklonosti ka vršenju težih krivičnih dela.⁵⁹

Ukoliko su svi uslovi ispunjeni, za razliku od prethodne varijante, izricanje mere bezbednosti predstavlja samo mogućnost, koja zavisi od procene suda. Od značaja prilikom odlučivanja je i ocena mogućeg efekta višegodišnjeg boravka u zatvorskoj ustanovi. Ukoliko sud nasluti indicije da se od učinioca nakon izdržane kazne ne može očekivati da će nastaviti kriminalnu karijeru, odluka o smeštaju radi čuvanja može se odložiti.⁶⁰

Osim toga, u § 66 (3) StGB predviđena je mogućnost izricanja ove mere učiniocima seksualnih krivičnih dela i nekim drugim opasnim delinkventima pod nešto ublaženim uslovima. Odredba se odnosi na sve učinioce onih dela koja su povod za obavezno izricanje ove mere bezbednosti (navedena u okviru uslova za obavezno izricanje mere), ali se odnosi i na krivična dela protiv polne slobode koja su učinjena prema detetu, maloletniku, licu koje se u odnosu prema učiniocu nalazi u položaju zavisnosti, ili licu nesposobnom za otpor, kvalifikovane oblike telesnih povreda i krivično delo pijanstva. Polje primene ove mere u ovom slučaju je šire nego u prethodnim slučajevima i uslovi su znatno blaži nego već navedeni. Sigurnosni smeštaj može se odrediti prema učiniocu koji je osuđen na najmanje dve godine zatvora za novo

58 *Ibid*, 349.

59 *Ibid*, 356.

60 *Ibid*, 356–357.

delo, a za jedno od ranijih odgovarajućih krivičnih dela na kaznu zatvora od najmanje tri godine. Manji broj ranijih osuda u odnosu na slučaj kada je izricanje ove mere obavezno kompenzovano je nešto strožim uslovom u pogledu težine izrečene kazne. U svemu ostalom važe isti uslovi kao i za slučaj obavezne primene ove mere: da je učinilac izdržao najmanje dve godine zatvora za ranije delo, kao i da zbog sklonosti učinioca ka vršenju težih krivičnih dela postoji opasnost po društvo.⁶¹

1.4.1. Odlaganje odluke

Odredba § 66a StGB, koja je u Zakonik unesena 2002. godine, a značajno proširena 2010. godine, povezana je sa tim da postoje slučajevi u kojima je na osnovu prikupljenih dokaza prisutna sumnja u opasnost učinioca, ali da nisu ispunjene sve pretpostavke u pogledu sigurnog i konačnog suda u tom pogledu. U ovim slučajevima omogućeno je sudu da odluku o sigurnosnom smeštaju učinioca odloži.⁶² Konačna odluka donosi se na kraju izdržavanja kazne,⁶³ pri tome se može u razmatranje uzeti i ponašanje učinioca i njegovo vladanje za vreme izdržavanja kazne, tako da se odluka može zasnivati na široj činjeničnoj osnovi. Uprkos tome što istekom kazne osuđeni možda neće biti pušten na slobodu, izvršenje kazne zatvora treba tako urediti kao da je izricanje mere nepotrebno. Nema sumnje da neizvesnost povezana sa rezervom o konačnom trajanju lišenja slobode može značiti jedan značajan dodatni teret za osuđeno lice.⁶⁴

Odlaganje odluke dolazi u obzir u dve konstelacije slučajeva: najpre, u odnosu na učinioce seksualnih i drugih opasnih delikata § 66 (3) StGB, kada su ispunjene formalne, ali ne i materijalne pretpostavke. Drugi slučaj se odnosi na učinioca koji je učinio samo jedno odgovarajuće delo, kada zbog njegove težine postoji indicija koja ukazuje na moguć povrat. U oba slučaja odlaganje odluke predstavlja diskreciono ovlašćenje suda.⁶⁵ Odluka se donosi u zasebnom postupku pred sudom prvog stepena pre isteka kazne zatvora na koju je učinilac osuđen. Mera se može odrediti ukoliko je sud uveren u negativnu prognozu. Pri tome, prognoza se oslanja na procenu da će učinilac ponovo izvršiti neko ozbiljno krivično delo usled koje bi žrtva bila teško duševno ili telesno oštećena (*die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden*).⁶⁶

1.4.2. Naknadni smeštaj radi čuvanja

Problematičniji slučaj od prethodno navedenog odlaganja odluke o sigurnosnom smeštaju jeste mogućnost njene naknadne primene, tj. i u situaciji kada ona nije određena u presudi kojom je učiniocu izrečena kazna zatvora, ili je odlučivanje o meri odloženo za istek izvršenja kazne. Ovde se radi o opasnosti koja je kod učinioca uočena u postupku izvršenja kazne zatvora.⁶⁷ Ovakva mogućnost je uvedena

61 *Ibid*, 357–358.

62 *Ibid*, 358.

63 J. Kaspar /2016/: 86.

64 B. D. Meier /2015/: 358.

65 *Ibid*.

66 *Ibid*, 359.

67 Slično je moguće i u SAD u onim državama koje za nasilne seksualne delinkvente sa odgovarajućim duševnim poremećajem predviđaju preventivni smeštaj. Odluka o preventivnom zatvaranju može biti donesena i na isteku kazne zatvora. M. Kelly /2008/: Lock Them Up – And Throw

2004. godine, i ona služi tome da se učinilac čija je opasnost po društvo utvrđena tek za vreme izdržavanja kazne, nezavisno od svoje krivice preventivno zatvori. Polazi se od toga da su se u toku perioda izvršenja kazne pojavile takve okolnosti koje podupiru negativnu prognozu. Isprva je nemački Savezni ustavni sud smatrao ovakvu odredbu saglasnom ustavu. Međutim, zbog svog značaja ovo pitanje je dospelo i pred Evropski sud za ljudska prava, koji se u više navrata bavio pitanjem usklađenosti režima mere sigurnosnog smeštaja sa pravilima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.⁶⁸ Iz postojeće prakse vidljivo je da sud nije osporio mogućnost primene mere nakon izdržane kazne zatvora ukoliko su poštovana određena načela, pre svega načelo srazmernosti, supsidijarnosti itd.⁶⁹ Međutim, pojedine aspekte primene mere sigurnosnog smeštaja sud je proglasio protivnim pravilima sadržanim u Evropskoj konvenciji. U tom pogledu naročito su interesantne odluke suda u predmetima u kojima je razmatrana dopuštenost retroaktivne primene mere. Tako se u predmetu *M. protiv Nemačke* (2009) osuđeni obratio sudu smatrajući da je došlo do povrede čl. 5. i 7. Evropske konvencije. Učinilac je kao višestruki povratnik osuđen na kaznu zatvora od pet godina zbog pokušaja ubistva i razbojništva, a izrečena mu je i mera sigurnosnog smeštaja, koja je prema tada važećem pravu mogla trajati najviše deset godina nakon izdržane kazne. Tokom izdržavanja mere sigurnosnog smeštaja došlo je do izmene Krivičnog zakonika i mera više nije bila ograničena u svom trajanju. Zahtev za puštanje na slobodu nakon provedenih deset godina u sigurnosnom smeštaju učinio je odbijen. Nemački Savezni ustavni sud je smatrao da retroaktivna primena nije bila protivustavna, jer se prema nemačkom Krivičnom zakoniku zabrana retroaktivnosti odnosi samo na kaznu, ne i na mere bezbednosti. Sigurnosni smeštaj je mera preventivne prirode, a ne kazna, koja se primenjuje supsidijarno i samo u najtežim slučajevima, a zakonom su zajemčene periodične provere opasnog stanja i u zavisnosti od njihovog ishoda, donošenje odluke o suspenziji, odnosno prekidu izvršenja sigurnosnog smeštaja.⁷⁰ Međutim, Evropski sud za ljudska prava je u ovom slučaju utvrdio povredu čl. 5. i 7. Evropske konvencije, smatrajući da je sud izvršenja koji shodno propisima donosi odluku o trajanju sigurnosnog smeštaja vezan propisima koji su bili na snazi u vreme donošenja odluke o krivici učinio, a tada je važeće maksimalno trajanje mere iznosilo deset godina. Da nije usledila novela krivičnog zakonodavstva učinilac bi morao biti pušten na slobodu, pa je sud konstatovao nedostajuću uzročnu vezu između inicijalne osude i produženog zatvaranja nakon proteka deset godina, te je shodno tome utvrđena povreda člana 5. Evropske konvencije. Osim toga, sud je smatrao da je retroaktivna primena odredbe o sigurnosnom smeštaju bila u suprotnosti sa članom 7. Evropske konvencije (načelo zakonitosti).⁷¹ Nakon toga je i

Away the Key: The Preventive Detention of Sex Offenders in the United States and Germany, *Georgetown Journal of International Law*, № 3, 553.

68 Vid. C. Michaelsen /2012/: From Strasbourg, with Love – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, № 1, 148–167; M. Hamburger /2014/: Case: H. W. v. Germany, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, № 2, 1–21.

69 D. Derenčinović /2014/: Sigurnosno zatvaranje „opasnih“ delinkvenata – podsjetnik iz Strasbourga, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, №. 5–6, 823.

70 *Ibid*, 823–824.

71 *Ibid*, 825–826.

Savezni ustavni sud je u odluci iz 2011. godine, polazeći od stava Evropskog suda za ljudska prava koji je utvrdio da je ova mera u suštini jednaka kazni, proglasio neustavnim ovaj vid preventivnog smeštaja usled kršenja tzv. uslova distance (*Abstandsgebot*), shodno kome između kazne i mere bezbednosti mora postojati suštinska i značajna razlika, kako u pogledu njihovog bića, tako i u pogledu izvršenja. Potrebno je da obe vrste sankcija budu tako oblikovane da budu udaljene jedna od druge, da se razlikuju.⁷²

Nakon novele KZ iz 2010. godine naknadni sigurnosni smeštaj je dozvoljen isključivo ukoliko je smeštaj u psihijatrijsku ustanovu obustavljen u skladu sa uslovima iz § 67d (6) StGB. Tada, pod određenim uslovima, može doći do premeštaja učinioca iz psihijatrijske ustanove u sigurnosni smeštaj. Odluka o obustavljanju boravka učinioca u psihijatrijskoj ustanovi zasnovana je na odsustvu razloga koji isključuju ili umanjuju sposobnost učinioca za krivicu. Irelevantno je pri tome da li je odluka smeštaja učinioca u psihijatrijsku ustanovu od samog starta bila pogrešna, ili je naknadno došlo do toga da prvobitno postojeći razlog otpadne. Kao formalni uslov za naknadno određivanje sigurnosnog smeštaja zahteva se da je učiniocu mera smeštaja u psihijatrijsku ustanovu (§ 63 StGB) određena ili zbog više (najmanje dva) učinjenih ozbiljnih krivičnih dela (protiv polne slobode ili druga dela koja daju povod izricanju ove mere) ili zbog jednog i sasvim drugog dela, ali pod uslovom da je učinilac ranije bio osuđen na kaznu zatvora od najmanje tri godine za neko od dela iz § 66 (3) StGB ili mu je bila izrečena mera bezbednosti lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi. Materijalni uslov zahteva postojanje prognoze vrlo verovatnog vršenja težih krivičnih dela od strane učinioca. Odlučivanje je bazirano na diskrecionom ovlašćenju suda.⁷³

1.4.3. Zakon o terapijskom smeštaju

Nakon odluke Evropskog suda za ljudska prava iz 2009. godine kojom je utvrđena nasaglasnost prvobitnog režima naknadnog određivanja bezbednosnog smeštaja i pravila Konvencije zakonodavac se našao pred ozbiljnim zadatkom. Javnost je očekivala da se društvo zaštiti od opasnih učinilaca i da se za to pronade zakonit osnov kako bi se poštovala odgovarajuća pravila. Rešenje je pronađeno u članu 5 (1) Evropske konvencije koji dopušta lišenje slobode duševno poremećenih lica (*persons of unsound mind*), tako da je usvojen Zakon o terapijskom smeštaju duševno poremećenih opasnih učinilaca (*Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter*) koji omogućava prinudni smeštaj učinilaca sa duševnim smetnjama i od kojih se može očekivati da će nastaviti kriminalnu aktivnost. Formalni uslovi nisu strogi. Sve što se zahteva je postojanje osude za određena naročito opasna krivična dela. Nije pri tome neophodno postojanje određenog broja ranijih osuda. Terapijski smeštaj se može odrediti i bez obzira na to da li je učinilac još uvek na izdržavanju bezbednosnog smeštaja ili je otpušten iz ustanove za izdržavanje. Centralni materijalni uslov je postojanje duševnog poremećaja (*psychischen Störung*). Osim psihičke smetnje tekst zakona zahteva i postojanje verovatnoće da će učinilac prouzrokovati značajnu štetu životu, telesnom integritetu, ličnoj slobodi

72 B. D. Meier /2015/: 360–361.

73 *Ibid*, 361.

ili seksualnom samoodređenju drugoga. U stvari radi se o prognozi visokog rizika vršenja seksualnih ili drugih težih krivičnih dela.⁷⁴

Kao što se iz navedenog može videti, pravila koja uređuju meru bezbednosti sigurnosnog smeštaja u Nemačkoj čine jedan složen i u osnovi veoma represivan režim, koji kao da se zasniva na ideji da su višestruki povratnici svojim odmetanjem od prava i nepopravljivom prirodom izgubili pravo na život na slobodi. Osim što postoje slučajevi kada je njeno izricanje obavezno i što je dozvoljeno odlaganje odluke o njenoj primeni, njena težina se ogleda u neograničenoj mogućnosti trajanja, tako da ona često predstavlja veći teret osuđenom nego kazna zatvora, čije je maksimalno trajanje unapred određeno. Sama mera predstavlja jednu hibridnu tvorevinu, jer iako je dogmatski svrstana među mere bezbednosti njena priroda nije umnogome različita od klasične kazne lišenja slobode; ona osim preventivnog ima nesumnjiv represivni karakter, jer se primenjuje prema učiniocima koji su krivi za ostvareno nepravo, iako osnov njene primene nije povezan sa krivicom učinioca, već sa opasnošću učinioca i potrebi zaštite društva.⁷⁵ Uz kaznu doživotnog zatvora ova mera bezbednosti predstavlja najtežu krivičnu sankciju koju poznaje nemački Krivični zakonik. Iako uvedena u sistem krivičnih sankcija u periodu vladavine nacionalsocijalizma njeno je normativno obličje danas još više pomereno na štetu učinioca. Prečestim zakonodavnim intervencijama polje njene primene je znatno prošireno, tako da ona više ne predstavlja krajnju nužnu meru kriminalne politike; dok je u periodu između osamdesetih i sredine devedesetih godina prošlog veka broj osuđenika kojima je izrečena ova mera bio ispod trideset, kasnije je on znatno uvećan.⁷⁶ Zaokret u kriminalnopolitičkom kursu, odstupanje od jednog pravnodržavnog krivičnog prava i pristajanje uz koncept represivnog mehanizma koji u građanima vidi neprijatelje poretka (*Feindstrafrecht*) učinio je da se i mera sigurnosnog smeštaja, zamišljena kao jedna bezbednosno-terapijska mera, „više ne shvata kao neophodna mera izolacije učinioca za vreme u kome je opasan, već kao zaista trajno zatvaranje – ireverzibilna izolacija svoje vrste koja društvu može da posluži kada već nema smrtne kazne, čije se pravno vaskrsavanje često potajno priželjkuje.“⁷⁷ Stoga se čini ispravnim stav pojedinih autora da je sama ova mera opasnija od onih kojima je namenjena.⁷⁸

74 *Ibid*, 362–363.

75 J. Kaspar /2016/: 99.

76 J. Kinzig /2009/: Die Entwicklung der Gesetzgebung zur Sicherungsverwahrung und die damit verbundenen Auswirkungen auf ihre Klientel, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 4(1), 51–55.

77 M. Bock /2010/: Pozitivna specijalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici. O nedostacima eliminatornog Feindstrafrecht-krivičnog prava i značaju primenjene kriminologije za kriminalnu politiku po meri ljudske zajednice, *Crimen – časopis za krivične nauke*, № 2, 141. Iskorišćavanje represivnih nastojanja prisutnih u laičkoj javnosti u političke svrhe prisutno je i u Nemačkoj. Tako je 2001. godine tadašnji nemački kancelar Gerhard Šreder (Gerhard Schröder) komentarišući jedan slučaj iz prakse uskliknuo kako učinioce teških dela prema detetu kao pasivnom subjektu treba doživotno zatvoriti. C. Michaelsen /2012/: 148–149. Slično je pred savezne izbore 1998. godine vlada kancelara Helmuta Kola (Helmut Kohl) inicirala usvajanje zakona o borbi protiv seksualnih i drugih teških krivičnih dela (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*), kako bi postigla veću podršku birača. *Ibid*, 151.

78 J. Kaspar /2016/: 100.

ZAKLJUČAK

Gotovo svi savremeni krivičnopravni sistemi suočeni su sa izazovom pronalaznja prihvatljive ravnoteže između imperativa zaštite društva i poštovanja prava pojedinaca koji ugrožavaju njegove temeljne vrednosti. Jedna od mera koju prihvata nezanimljiv broj država jeste i sigurnosno (bezbednosno/preventivno) zatvaranje po društvo opasnih višestrukih povratnika, učinilaca uglavnom najtežih krivičnih dela, pre svega protiv života i tela, polne slobode, ili dela učinjenih prema detetu ili maloletnom licu. Preventivni smeštaj opasnih delinkvenata se formalno ne ubraja u kazne, već uglavnom predstavlja zasebnu meru bezbednosti ili meru *sui generis*,⁷⁹ koja je po pravnom dejstvu najbliža pravnim posledicama osude.⁸⁰ U pojedinim zakonodavstvima ovu meru je moguće primeniti i naknadno, iako ona nije bila izrečena presudom kojom je učiniocu izrečena kazna, već je opasnost po društvo „dijagnostifikovana“ tokom izvršenja kazne, pa čak i retroaktivno, iako ona nije bila predviđena u vreme izvršenja krivičnog dela, ili je nakon toga došlo do izmene njenog režima na štetu učinioca. U nedostatku drugog delotvornog sredstva⁸¹ pojedini savremeni krivičnopravni sistemi polaze od toga da je nepopravljive učinioce koji predstavljaju stalnu pretnju poretku najbolje zatvoriti, i to „zauvek“. Iako sama ideja o zaštiti društva od opasnih učinilaca nije nova, rešenja kojima pribegavaju mnoga savremena zakonodavstva znače ozbiljno udaljavanje krivičnog prava od usvojenih tekovina. Primenom određenih mera bezbednosti koje bi, iako formalno smatrane drugom vrstom krivičnopravne sankcije kojoj cilj nije odmazda, suštinski bile identične kazni zatvora, narušilo bi se i pravilo o dvostrukom koloseku i zamaglila istina da je i takva mera u osnovi kazna lišenja slobode. Kazna je sama po sebi zlo, mera bezbednosti to nije (ili barem nije po svome biću).⁸² Načelo pravednosti i srazmernosti u tom kontekstu ne bi trebalo da deluje na polju sankcija koje su skopčane sa otklanjanjem stanja ili uslova koji mogu uticati na učinioca da se odluči za vršenje neprava. Mera treba da je tako oblikovana da je njeno trajanje opravdano sve dok se ne otkloni konkretna opasnost učinioca. No, postavlja se pitanje može li društvo po cenu zaštite od učinilaca sklonih vršenju krivičnih dela primenjivati mere koje duboko protivreče sistemu demokratski ustrojenog krivičnopravnog sistema, koji bi poštovao osnovna polazišta jednog pravno-državnog poretka u svom suštinskom, materijalnom smislu. Premda

79 U mnogim saveznm državama SAD preventivno zatvaranje učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode nema karakter krivične sankcije, već predstavlja meru koja je građanskopravne prirode, a koja nosi mogućnost doživotnog lišenja slobode seksualnog delinkventa, nakon što formalno okonča izdržavanje kazne zatvora. Vid. M. Kelly /2008/: 552–563.

80 D. Derenčinović /2014/: 818.

81 Istraživanja su pokazala da strože kažnjavanje ne doprinosi smanjenju stope kriminaliteta i ne dovodi do pada povrata. Naprotiv, strože kažnjavanje često vodi višoj stopi povrata. Zalaganje za preostru i preširoku krivičnopravnu represiju vodi ozbiljnim, štetnim posledicama za pojedinca i društvo, a da se pri tome ne samo da ne dobija ništa na planu prevencije, već to vodi daljem slabljenju krivičnopravnog sistema. Što je stroža propisana kazna, manji su izgledi da će ona biti primenjivana i obrnuto. Z. Stojanović /2011/: Preventivna funkcija krivičnog prava, *Crimen – časopis za krivične nauke*, № 1, 21.

82 M. Davis /1985/: 34.

je mera sigurnosnog (preventivnog) smeštaja koja postoji u pojedinim zemljama zamišljena tako da se kroz njeno izvršenje ne ostvaruje svrha kažnjavanja, već da se otkloni opasnost učinioca, ona bez obzira na načelna nastojanja da se teorijski prikaže u drugačijem kontekstu, praktično i suštinski znači produženo lišenje slobode i svodi se na proširenu primenu kazne zatvora prema krivično odgovornim učiniocima. Očigledno je stoga da je teško pomiriti dva protivrečna cilja od kojih jedan uvažava interese zajednice i zalaže se za oštriju reakciju na ponovljeni zločin, dok drugi zahteva tretiranje učinioca krivičnog dela kao subjekta, a ne objekta prava i koji i njemu pruža određene garantije, tako da se adekvatan odgovor na problem multirecidivizma teško može pronaći u okvirima krivičnog prava. Opasnost mere sigurnosnog smeštaja izvire pre svega iz poteškoća utvrđivanja opasnosti učinioca. Predviđanje budućeg ponašanja učinioca i utvrđivanje potencijalnog rizika od vršenja krivičnih dela ne može biti sigurno, stoga se otvara prostor za moguće zloupotrebe i drastično kršenje ljudskih prava, pre svega prava na slobodu.⁸³ Dok se doživotno lišenje slobode kao kazna može pravdati težinom ostvarenog neprava i visokim stepenom krivice učinioca, potencijalno doživotno zatvaranje učinioca sklonog vršenju krivičnih dela, koje iako svoj osnov ima u učinjenom delu pre nastoji da spreči buduće delikte, a ne da predstavlja odmazdu za ono što je učinjeno, teško može biti branjeno istom argumentacijom.⁸⁴

S obzirom na mnoga sporna pitanja koja prate meru sigurnosnog smeštaja, a pre svega pitanje pravnog kapaciteta poretka da na odgovornog učinioca krivičnog dela primeni sankciju neodređenog trajanja koja osnov nema u krivici učinioca, ne bi bilo opravdano njeno uvođenje u naš sistem krivičnih sankcija, iako to pitanje i nije razmatrano u javnosti u vreme rasprave o mogućim oblicima reakcije na višestruki povrat, koje je rezultiralo ponovnim uvođenjem kategorije višestrukog povrata u naše krivično pravo. Nema sumnje da je primarni zadatak države da građanima obezbedi adekvatnu zaštitu, pre svega od najopasnijih učinilaca, ali ne treba izgubiti iz vida da se ta zaštita ne može vršiti po svaku cenu i bez poštovanja garantivne funkcije krivičnog prava. U suprotnom, postoji rizik da krivično pravo promeni svoju fizionomiju i postane veća pretnja samom društvu od najopasnijih učinilaca.

LITERATURA

Ashworth Andrew /2010/: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge.

Black Jessica /2011/: Is the Preventive Detention of Dangerous Offenders Justifiable?, *Journal of Applied Security Research*, № 3, 317–338.

Bock Michael /2010/: Pozitivna specijalna prevencija i nove tendencije u kriminalnoj politici. O nedostacima eliminatornog Feindstrafrecht-krivičnog prava i značaju primenjene

83 Ne postoji način da se sigurno predvidi vršenje krivičnog dela, kao što je to moguće u kratkoj priči Filipa Dika (Philip Dick) *Minority Report*, po kojoj je 2002. godine u režiji Stivena Spilberga (Steven Spielberg) snimljen istoimeni film.

84 J. Black /2011/: Is the Preventive Detention of Dangerous Offenders Justifiable?, *Journal of Applied Security Research*, № 3, 319.

- kriminologije za kriminalnu politiku po meri ljudske zajednice, *Crimen – časopis za krivične nauke*, № 2, 139–167.
- Bung Jochen /2013/: Zur Einführung in das Problem der Sicherungsverwahrung, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, № 7–8, 359–360.
- Čubinski Mihailo P. /1930/: *Naučni i praktični Komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd.
- Davis Michael /1985/: Just Deserts For Recidivists, *Criminal Justice Ethics*, № 2, 29–50.
- Demleitner V. Nora /2003/: Abusing State Power or Controlling Risk: Sex Offender Commitment and Sicherungsverwahrung, *Fordham Urban Law Review*, № 5, 1621–1670.
- Derenčinović Davor /2014/: Sigurnosno zatvaranje „opasnih“ delinkvenata – podsjetnik iz Strasbourga, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, №. 5–6, 817–832.
- Döring Linn /2012a/: Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich – Teil 1, *Freiburg Law Students Journal*, 1–3.
- /2012b/: Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich – Teil 2, *Freiburg Law Students Journal*, 1–2.
- /2012c/: Der Umgang mit gefährlichen Straftätern im europäischen Vergleich – Teil 3, *Freiburg Law Students Journal*, 1–4.
- Đokić Ivan /2020/: Krivičnopravno reagovanje na višestruki povrat, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, № 3–4, 63–81.
- Fuko Mišel /1997/: *Nadzirati i kažnjavati. Nastanak zatvora*, Novi Sad.
- Gray Anthony /2005/: Preventive Detention Laws, *Alternative Law Journal*, № 2, 75–79.
- Hamburger Mark /2014/: Case: H. W. V. Germany, *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, № 2, 1–21.
- Hinkkanen Ville, Lappi-Seppälä Tapio /2011/: Sentencing Theory, Policy, and Research in the Nordic Countries, *Crime and Justice*, Vol. 40, 349–404.
- Kaspar Johannes /2016/: Preventive Detention in German Criminal Law, *Peking University Law Journal*, № 1, 80–100.
- Kelly Meaghan /2008/: Lock Them Up – And Throw Away the Key: The Preventive Detention of Sex Offenders in the United States and Germany, *Georgetown Journal of International Law*, № 3, 551–572.
- Kinzig Jörg /1997/: Preventive Measures For Dangerous Recidivists, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, № 1, 27–57.
- /2009/: Die Entwicklung der Gesetzgebung zur Sicherungsverwahrung und die damit verbundenen Auswirkungen auf ihre Klientel, *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 4(1), 48–59.
- Meier Bernd Dieter /2015/: *Strafrechtliche Sanktionen*, Heidelberg (etc).
- Michaelsen Christopher /2012/: From Strasbourg, with Love – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review*, № 1, 148–167.
- Pradel Žan /2009/: *Komparativno krivično pravo. Sankcije*, (prevod: O. Perić), Beograd.
- Roberts V. Julian /2008/: Punishing Persistence. Explaining the Enduring Appeal of the Recidivist Sentencing Premium, *The British Journal of Criminology*, № 4, 468–481.
- Stojanović Zoran /2011/: Preventivna funkcija krivičnog prava, *Crimen – časopis za krivične nauke*, № 1, 3–25.
- /2019/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.

- Tak J. P. Peter /2011/: Die „Überlassung mit behördlicher Unterbringung“, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, № 4, 296–314.
- Timasheva N. S. /1939/: Treatment of Persistent Offenders Outside of the United States, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, № 4, 455–469.
- Weigend Thomas /2001/: Sentencing and Punishment in Germany, in: *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, (ed. Michael Tonry, Richard S. Frase), Oxford.

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

PREVENTIVE DETENTION OF PERPETRATORS
DANGEROUS TO THE SOCIETY
– MULTI-RECIDIVISM AND SECURITY MEASURES –

SUMMARY

Due to the failure to treat the problem of recidivism by harsher punishment, some countries have opted to include in the criminal sanction system appropriate security measures for particularly dangerous multi-recidivists. Although the specific solutions that exist are comparatively different, the essence of the measure of preventive detention is the incarceration of a perpetrator who is dangerous for the public, because of his inclination to commit serious crimes. This measure is often so foreseen that its maximum duration is unlimited and is usually served after the imprisonment has been applied, so that it essentially amounts to extended imprisonment. The basis for the application of the measure is not the degree of guilt of the perpetrator, but his danger to society. The author pays special attention to the analysis of the regime of this security measure in German criminal law, first of all due to the fact that it is one of the most complex and long-lasting, present for more than eight decades, but also because it has caused controversy internationally after of certain decisions of the European Court of Human Rights.

Key words: recidivism, multi-recidivism, aggravation of punishment, security measures, preventive detention.

Natalija Lukić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

EVALUACIJA MERA KRIMINALNE POLITIKE PREMA MALOLETNIM UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA

Apstrakt: Autor u radu razmatra određena pitanja kriminalne politike prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Posle ukazivanja na različita shvatanja kriminalne politike kao naučne discipline u stranoj i u domaćoj literaturi autor polazi od šireg koncepta koji uključuje sve mere kojima se kriminalitet može suzbijati polazeći od podele na vankrivično-pravne i krivičnopravne mere. Cilj je da se na osnovu sprovedenih evaluativnih istraživanja ispita kako su se na planu sprečavanja kriminaliteta pokazale pomenute mere. Takođe, autor razmatra i pitanje odnosa kriminologije i kriminalne politike, odnosno da li i u kojoj meri kriminološka saznanja o maloletničkom kriminalitetu imaju uticaj na oblikovanje mera za njegovo suzbijanje, a u kojoj meri na to utiču činioci poput mišljenja javnosti, izveštavanja medija kao i pravna rešenja usvojena u drugim pravnim sistemima.

Ključne reči: kriminalna politika, maloletnički kriminalitet, evaluacija, kriminološka istraživanja.

UVOD

Maloletnici kao specifična kategorija, različita u odnosu životnu fazu dece i odraslih i zasnovana na svojim problemima, krizama i potrebama, nastala je kao posledica određenih društvenih uslova sa kraja 19. i početkom 20. veka. Industrijski kapitalizam i porast gradske populacije u tom periodu iznedrio je veliku grupaciju mladih ljudi kojima je bio potreban posao. Zbog deklamovane želje pripadnika viših društvenih slojeva da se tim mladim ljudima pomogne, a po stavovima kritičara da se u suštini uspostavi kontrola nad rastućom populacijom siromašnih i nezaposlenih mladih ljudi koji su mogli ugroziti postojeći poredak, maloletnici postaju i zasebna kategorija u krivičnom pravu.¹ U SAD je 1899. godine donet i prvi zakon (*Illinois Juvenile Court Act 1899*) kojim je maloletnički kriminalitet postao pravna kategorija, a širom države osnivaju se sudovi za maloletne prestupnike i otvaraju za njih specijalne ustanove.²

Od nastanka koncepta maloletničkog kriminaliteta³ postojala je dihotomija između dva gledišta. Po prvom maloletnički kriminalitet posmatra se kao prolazna

* docent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs.

1 R. Anhorn, Von der Gefährlichkeit zum Risiko – Zur Genealogie der Lebensphase „Jugend“ als soziales Problem, in: B. Dollinger, H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität, Kriminologie und Socialpädagogik im Dialog*, Wiesbaden, 2010, 23–43.

2 Više o tome: L-J. Siegel, B. C. Welsh, *Juvenile Delinquency*, 2008, Belmont, 280–287.

3 U literaturi se za označavanje nedopuštenih ponašanja maloletnika koristi i termin maloletnička delinkvencija. No, kako po širem pristupu ona obuhvata ne samo krivična dela već i druga ponašanja (statusni delikti, devijantno ponašanje) u radu ćemo koristiti termin maloletnički kriminalitet.

faza u odrastanju, kriza, a maloletnik koji krši propise ne etiketira se kao prestupnik već kao mlad čovek koji je suočen sa problemima u porodičnom i socijalnom okruženju. Stoga je i glavni zadatak društva da mu pomogne. Po drugom konceptu, akcenat je na maloletniku, na ličnoj odgovornosti za postupke. Kršenje propisa nije posledica porodične ili socijalne dezorganizacije, već lična odluka. Stoga, takvom maloletniku nije potrebna pomoć već disciplina i kontrola.

Ta polarizacija ima reperkusije na planu kriminalne politike. Sa jedne strane, uočljivo je da se uporednopravni krivičnopravni modeli za maloletnike nalaze negde između dva dominantna modela – blagostanja i pravde. Sa druge strane, u zavisnosti od preovlađujućeg pristupa problemu maloletničkog kriminaliteta akcenat u njegovoj prevenciji i suzbijaju može biti ili na vankrivičnopravnim merama ili primeni krivičnog prava. Prilikom opredeljivanja za pomenute mere potrebno je odgovoriti na brojna pitanja: da li i u kojoj meri kretanje kriminaliteta utiče na kriminalnu politiku, koliko su u izboru mera relevantna kriminološka saznanja o uzrocima maloletničkog kriminaliteta, u kojoj meri mišljenje javnosti utiče na zakonske izmene kojima se reguliše ovaj fenomen a u kojoj meri na primenu vankrivičnopravnih mera, šta pokazuju evaluacije primenjenih mera – da li se postiže uspeh na planu sprečavanja maloletničkog kriminaliteta? Cilj ovog rada je da analizira postojeća iskustva i da pokuša da odgovori na neka od postavljenih pitanja.

1. O POJMU KRIMINALNE POLITIKE

Problem odnosa između zakonodavstva ili procesa nastajanja zakona sa jedne strane i kriminaliteta kao i procene rizika od zločina sa druge ukazuje na različite perspektive i teorijska razmatranja. Među tim perspektivama su prevencija kriminaliteta, pravne doktrine o krivičnom zakonodavstvu, predviđanje kriminaliteta, koncept rizika, politika suzbijanja kriminaliteta, sociološke teorije o kreiranju zakona i napoljetku primena i evaluacija mera.⁴ Navedenom se može pridodati i koncept kontrole kriminaliteta koji se po pojedinim autorima razlikuje od njegove prevencije.⁵

Prevencija kriminaliteta je širok pojam koji se pretežno pojavljuje u anglosaksonskoj literaturi i obuhvata sve mere kojima je cilj redukovanje kriminaliteta, a po pojedinim mišljenjima i redukovanje straha od kriminaliteta.⁶ Prevencija se može raščlaniti na dva elementa: predviđanje i intervencija. Kako bi se određena pojava mogla prevenirati neophodno je prethodno predvideti je i osmisлити adekvatne intervencije. No, predviđanje društvenih fenomena kao što je zločin nije jednostavno, ali tu već dolazimo na teren kriminologije koja nudi različita teorijska objašnjenja o kauzalitetu i predviđanju. Drugi element je intervencija koja može biti raznolika i uključivati mnogobrojne aktere, a isto tako može se primenjivati u različitim stadijumima geneze zločina. No, čak i da je predviđanje precizno ne mora značiti da će biti izabrana prava tehnika. To je posledica činjenice da između predviđanja i primene mera stoji faza kreiranja odgovarajuće politike.⁷

4 H. J. Albrecht, *Synthesis Report*, in: H. J. Albrecht, M. Kilchling, E. Braun (eds.), *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Freiburg, 2002, 1–22.

5 S. P. Lab, *Crime Prevention*, New Providence, 2010, 26.

6 *Ibid.*

7 D. Gilling, *Crime Prevention, Theory, policy and politics*, London, 1997, 1–2.

Postoje različite tipologije prevencije kriminaliteta. Jedna od često zastupnih oslanja se na medicinski model za prevenciju bolesti: primarna, sekundarna i terciarna faza. Primarna faza prevencije kriminaliteta odnosi se na oblikovanje fizičke i socijalne sredine sa ciljem redukovanja kriminaliteta. To su na primer dizajniranje ekološkog prostora, nadziranje u zajednici, privatno obezbeđenje, edukacija o kriminalitetu i njegovoj prevenciji, generalna prevencija. Pod generalnom prevencijom ne podrazumeva se samo propisivanje i izricanje krivičnih sankcija, već na primer i prisustvo policije u zajednici.⁸ Sekundarna prevencija usmerena je na rano identifikovanje i intervenciju kod pojedinaca i grupa kod kojih postoji rizik (programi za odvikavanje od alkohola ili droga, programi u školama, saradnja policije sa zajednicom itd). Tercijarna prevencija odnosi se na učinioce krivičnih dela i cilj je redukovanje recidivizma.⁹

U teoriji postoje i druge podele prevencije kriminaliteta. Tako se na primer pravi razlika između mera koje se preduzimaju prema učiniocima u odnosu na mere prema žrtvama, potom se pravi razlika između korekcionih mera kojima se nastoji uticati na uzroke kriminalnog ponašanja i punitivne politike koja se zasniva na zastrašivanju kao obliku generalne prevencije. Ima mišljenja da se može napraviti razlika između situacione prevencije, koja je usmerena na smanjivanje pogodnih prilika za izvršenje zločina u određenom prostoru, i socijalne prevencije koja je usmerena na redukovanje kriminalnih motiva kod potencijalnih učinilaca. Svako od navedenih tipologija moguće je uputiti prigovore, ali sve one pokazuju da je prevencija kriminaliteta promenljiva kategorija. U poslednjih nekoliko decenija nisu neretka i mišljenja po kojima iz prevencije kriminaliteta treba isključiti terciarnu prevenciju, i svesti je na sve mere i tehnike van krivičnogpravnog sistema koje se preduzimaju sa ciljem redukovanja kriminaliteta.¹⁰

Za razliku od prevencije kriminaliteta koji je širi pojam, kriminalna politika¹¹ ili politika suzbijanja kriminaliteta usko je povezana sa krivičnim pravom. Krivično pravo je nepremostiva prepreka za kriminalnu politiku po Listu koji je dao značajan doprinos formiranju ove naučne discipline¹², a ova tvrdnja kojom se uspostavlja odnos sa krivičnim pravom aktuelna je i danas.¹³ Kriminalna politika bavi se pitanjem kakvo treba da bude krivično pravo kako bi moglo da ostvari cilj zaštite društva. Ova naučna disciplina polazi od uzroka zločina u davanju predloga kako oblikovati bića krivičnih dela da bi pravna rešenja odgovarala stvarno zastupljenom kriminalitetu. Dalje, njen cilj je ispitivanje granica krivičnogpravnog zaštite kao i primenljivost krivičnogpravnih sankcija i konačno ona ispituje da li je materijalno krivično pravo kreirano na način koji mu omogućava primenu u krivičnom postupku.¹⁴ Zipf navodi da je kriminalna politika deo pravne politike, odnosno pravna politika primenjena na oblast krivičnog prava. Ove dve discipline su međusobno povezane, a grani-

8 S. P. Lab, 27.

9 G. Laycock, N. Tilley, Implementing Crime Prevention, *Crime and Justice*, n.19, 1995, 535–584.

10 D. Gilling, *op.cit.*, 5–6.

11 O istoriji nastanka pojma i termina kriminalna politika vidi: M. Milutinović, *Kriminalna politika*, Beograd, 1984, 126–132.

12 M. Čubinski, *Kriminalna politika*, Beograd, 1937, 5–11.

13 C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, 1.

14 H. H. Jeschek, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, 22.

ce i mogućnosti kriminalne politike određene su i krivičnom pravnom dogmatikom, dok krivičnopravna dogmatika svoja rešenja mora tako razvijati da se njima mogu ostvariti ciljevi kriminalne politike. Dogmatika će u budućnosti biti ono što postiže u kriminalnoj politici.¹⁵ Schwind smatra da kriminalnu politiku ne treba vezivati samo za krivično pravo i navodi da se pod ovom disciplinom podrazumeva sveukupnost državnih mera kojima je cilj prevencija i suzbijanje kriminaliteta.¹⁶ Isti autor govori o potrebi šireg poimanja kriminalne politike koja se neće zasnivati samo na represiji, već i na vankrivičnopravnim preventivnim merama.¹⁷

U domaćoj literaturi takođe nailazimo na pravljenje razlike između kriminalne politike u užem i u širem smislu. Tako Čubinski ovu naučnu disciplinu određuje kao „granu nauke krivičnog prava, koja se bavi pitanjem najcelishodnijeg uređenja krivičnog zakonodavstva u državi i to ne samo u pogledu pitanja o kazni, već i u pogledu pitanja o sredstvima koja su potrebna za prevenciju zločina, otežavanje njihovog prijavljivanja i suzbijanja njihovog rašćenja.“ Čubinski navodi da u nauci ima podeljenih shvatanja o tome da li kriminalna politika treba da obuhvati i preventivne mere i pridružuje se onim autorima koji zagovaraju širi pristup. Uzimajući u obzir znanje kriminalne etiologije, uz obavezno poštovanje pravnih i moralnih principa, kriminalna politika se može formulisati na sledeći način: „rad na realnom terenu u korist krivičnog pravosuđa sa verom u najbolje ideale čovečanstva“. Na taj način se objedinjuje krivičnopravna dogmatika, kriminalna politika i etiološki aspekt kriminaliteta.¹⁸

Milutinović u svome delu „Kriminalna politika“ navodi da je kriminalna politika samostalna disciplina, a ne kao što je Čubinski smatrao, samo grana krivičnog prava. To je teorijsko-praktična disciplina koja na osnovu teorijskog koncipiranja određuje praktične preventivne i represivne mere sa ciljem suzbijanja kriminaliteta. Reagovanje na kriminalitet ostvaruje se u skladu sa društvenom stvarnošću i na osnovu rezultata naučne misli u oblasti kriminologije, sociologije, socijalne patologije, krivičnog prava i drugih nauka.¹⁹ Stojanović pravi razliku između kriminalne politike u užem smislu koja se još može nazvati krivičnopravna kriminalna politika i politike suzbijanja kriminaliteta kao šireg pojma koji bi uključivao sva sredstva (pravna i vanpravna, odnosno državna i društvena) koja su podobna za suzbijanje kriminaliteta. Takođe, predmet politike suzbijanja kriminaliteta je širi i ne odnosi se isključivo na kriminalitet već i na druga društveno opasna ponašanja u odnosu na koja se koriste drugi oblici društvene reakcije.²⁰ Radulović određuje kriminalnu politiku kao „disciplinu koja se sa naučnog i praktičnog aspekta bavi problemom suzbijanja i sprečavanja kriminaliteta“. Autorka takođe zastupa stav da kriminalna politika treba da bude definisana na širi način shodno čemu krivično pravo predstavlja samo jedno sredstvo u suzbijanju kriminaliteta.²¹

15 H. Zipf, *Kriminalpolitik*, Heidelberg, 1980, 3–9.

16 H. D. Schwind, Zur Kriminalpolitischen Lage in der Bundesrepublik Deutschland, in: H. D. Schwind, F. Berckhauer, G. Steinhilper, *Präventive Kriminalpolitik*, Heidelberg, 1980, 4–5.

17 H. D. Schwind, *Kriminologie*, Heidelberg, 1995, 10–11.

18 M. Čubinski, *op.cit.*, 15–27.

19 M. Milutinović, 135–136.

20 Z. Stojanović, *Politika suzbijanja kriminaliteta*, Beograd, 2016, 15–17.

21 Lj. Radulović, *Kriminalna politika*, Beograd, 1999, 13–19.

1.1. Značaj kriminoloških saznanja u kreiranju kriminalne politike

U literaturi je nesporno da kriminološka saznanja i zaključci istraživanja treba da budu uzeta u obzir prilikom donošenja odluka o primeni mera kriminalne politike. No, to ne znači da tvorci tih mera uvek uvažavaju rezultate kriminoloških studija koji daju odgovor na konkretna pitanja o rasprostranjenosti i uslovljenosti kriminaliteta u jednom društvu. To je posledica činjenice da je kriminalna politika sa jedne strane pod pritiskom da u što kraćem roku predloži mere i rešenja, dok sa druge strane postoji pritisak da odluke budu naučno zasnovane i potkrpeljene kriminološkim studijama.²² Young navodi nekoliko veza između kriminoloških istraživanja i kriminalne politike:

1. Istraživanje kao sazajni pokretač što podrazumeva da istraživači određuju predmet istraživanja. U ekstremnim slučajevima mogu se odbaciti politički izbori u korist naučnih saznanja.
2. Istraživanje kao način rešavanja problema pod čime se podrazumeva da politika kreira istraživačke prioritete a potom istraživanja daju odgovore. Iako je ova vrsta povezanosti najčešća u praksi, retko se dešava da povratne informacije koja istraživanja pružaju budu i usvojena.
3. Interaktivna istraživanja što znači da postoji međusoban uticaj i ne može se utvrditi ko na koga utiče.
4. Političko/taktičko istraživanje koje vidi politiku kao rezultat političkih procesa i istraživački prioriteti su politički determinisani. Ovde postoji opasnost od politizacije nauke.
5. Istraživanja koja su distancirana od politike i samo posredno vrše uticaj u vidu formiranja okvira za razmišljanje.²³

No, treba reći da na odnos između kreiranja i primene kriminalnopolitičkih mera i kriminoloških saznanja utiču i nesaglasnosti koje postoje u kriminologiji. Tako se na primer navodi da dobro osmišljavanje i implementacija mera kriminalne politike mora biti rukovođeno određenim postulatima odnosno znanjima o: definiciji zločina, njegovim uzrocima i trendovima, merama koje su uspešne na planu prevencije i suzbijanja, merama koje nisu uspešne i merama koje su štetne, subjektima koji treba da učestvuju u primeni kriminalnopolitičkih mera, kada, gde i u kom kontekstu mere treba primeniti, zbog čega (vrednosti, etički principi) ih treba primeniti i na koji način ih uspešno implementirati.²⁴ Ako samo uzmemo u obzir definiciju zločina primetićemo da u kriminologiji postoje suprotstavljena gledišta u određenju ovog pojma što ima posledice na planu njegovog sprečavanja (da li na primer maloletnička delinkvencija uključuje samo krivična dela ili ovaj pojam treba shvatiti šire tako da obuhvata i antisocijalna ponašanja). Što se objašnjenja uzročno-

22 H. Göppinger, *Kriminologie*, München, 2008, 45–46.

23 J. Hine, *Applied Criminology: Research, Policy and Practice*, in: B. Stout, J. Yates, B. Williams (eds.), *Applied Criminology*, London, 2008, 26.

24 P. Ekblom, *Crime Prevention, Security and Community Safety Using the 5Is Framework*, Basingstoke, 2011, 19–20.

sti tiče, dovoljno je ukazati na brojne meta-analize koje se sprovode sa ciljem da se uporede rezultati brojnih studija o istom problemu kako bi se mogli izdvojiti faktori koji su se pokazali kao relevantni na planu uzročnosti.

U analizi značaja kriminoloških saznanja za kriminalnu politiku mora se uzeti u obzir i pravac koji je u kriminologiji nastao 60-ih godina prošlog veka i čiji je cilj bio integracija te dve discipline – aplikativna odnosno primenjena kriminologija. Ova orijentacija nastala je kao reakcija na „akademske kriminologije” razvijane uglavnom na univerzitetima, kojoj se zamera da nema sluha za potrebe prakse jer ti („akademske”) kriminolozi biraju predmet istraživanja po sopstvenim interesovanjima.²⁵ Takođe, primenjena kriminologija nastala je i kao reakcija na tzv. administrativnu kriminologiju koja je često ateoretska, nekritička, koja ne pridaje dovoljno značaja faktorima kriminaliteta i umesto toga se trudi da problem reši strategijama situacione prevencije.²⁶ Primljena kriminologija kao pravac nastaje u vreme kada se predlaže dekonstrukcija osnovnih pojmova u kriminologiji kako bi se sprečilo da ona postane previše usko definisana a njen predmet istraživanja omeđen državnim ograničenjima u pogledu definisanja kriminaliteta.²⁷

Primenjena kriminologija ne treba da bude isključivo usmerena na efikasnost krivičnog pravosuđa. To je tehnička strana primenjene kriminologije. Ona je znatno više od toga. Umesto da samo rešava, kriminologija treba da stvara probleme, da postavlja pitanja. Tri ključna pitanja su: Šta raditi sa prestupnicima, šta raditi sa zločinom, šta raditi sa žrtvama? Na ova pitanja treba dati odgovor kako bi se uspostavila veza između kriminoloških saznanja i njihove primene u praksi. Primljena kriminologija podrazumeva kritički odnos koji kriminalni fenomen ne posmatra kao datu kategoriju već ide i dalje od toga. Primljenu kriminologiju zanima koje intervencije su opravdane i efikasne, da li je i u kojoj meri moguće identifikovati potencijalne prestupnike, kakve su posledice njihove identifikacije i etičke implikacije preduzimanja aktivnosti pre nego što do kriminalnog ponašanja dođe, na koji način krivično pravosuđe utiče na kriminalitet, ko je žrtva?²⁸

Na osnovu navedenog može se videti da primenjena kriminologija ima širi predmet u odnosu na kriminalnu politiku koja je prvenstveno usmerena na kažnjavanje. Bez obzira da li se kao svrha kazne navodi prevencija, zastrašivanje ili isključivanje cilj je putem kazni sprečiti kriminalitet. Kriminalna politika je usmerena na kreiranje zakonskih rešenja pre svega u krivičnom pravu koja su usmerena na određene vrste kriminalnih ponašanja i problem sa takvim pristupom je preterano oslanjanje na kaznu kao sredstvo u suzbijanju kriminaliteta.²⁹ Ako se kriminalna politika shvati na širi način razgraničenje sa primenjenom kriminologijom treba tražiti na terenu razlikovanje kriminalne politike i kriminologije. Iako se često kao kriteri-

25 Đ. Ignjatović, Evaluativna istraživanja u kriminologiji, u: Đ. Ignjatović (ur.), *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja III*, Beograd, 2009, 32–54.

26 B. Stout, K. Clamp, *Applied Criminology and Criminal Justice*, in: J. D. Wright (ed.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Oxford, 2015, 832–838.

27 J. Muncie, *Deconstructing Criminology*, *Criminal Justice Matters*, n. 1, vol. 34, 1998/99, 4–5.

28 R. Canton, J. Yates, *Applied Criminology*, in: B. Stout, J. Yates, B. Williams (eds.), *Applied Criminology*, London, 2008, 1–16.

29 R. Canton, J. Yates, 7.

jum diferenciranja navodi ontološka priroda kriminologije i vrednosna neutralnost, dok kriminalna politika ima aksiološki karakter³⁰, savremena epistemologija sve više napušta stav po kome su „prave nauke“ vrednosno neutralne.³¹ Čak i kada bi se kriminologija proširila na ovaj način, ona ne bi proučavala ništa više od: efekata koji pojedini oblici društvene reakcije na delikt imaju na prestupnika; traženja načina da se kontrola ovih pojava još više zasnuje na nauci; analize učinka koje različiti vidovi reakcije imaju na one koji su im podvrgnuti.³² Čak i primenjena kriminologija koja polazi od kritičkih stavova prema kriminalnom fenomenu ne može da se poistoveti sa kriminalnom politikom. Naime, treba imati u vidu da kriminološka saznanja kao i kritički stavovi predstavljaju samo jedno polazište u kreiranju kriminalnopolitičkih mera. U suprotnom, trebalo bi na primer prihvatiti da krivično delo nije samo kršenje krivičnogpravne norme, već svako ponašanje kojim se nanosi šteta. Upravo tada postaje relevantno uzimanje u obzir pravnih i moralnih principa kojima se takođe mora rukovoditi kriminalna politika.

U nastavku rada, polazeći od šireg pristupa u shvatanju kriminalne politike, izložićemo mere koje se preduzimaju u odnosu na maloletnički kriminalitet. Sve mere podelićemo na vankrivičnoprane i krivičnogpravne.

2. KRIMINALNA POLITIKA PREMA MALOLETNIM UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA

A Vankrivičnogpravne mere

Preventivni programi u ranom životnom periodu kao i u školskom uzrastu usmereni su ne samo na redukovanje maloletničkog kriminaliteta. Cilj ovih programa je i pravilan psiho-fizički razvoj, redukcija problema u ponašanju, sprečavanje viktimizacije dece i maloletnika, redukovanje zloupotrebe alkohola i psihoaktivnih supstanci. Takođe, uvođenje programa može imati i situaciono-preventivno dejstvo kao što je slučaj sa aktivnostima koje se preduzimaju nakon školskih časova kako bi se sprečilo da u tom periodu maloletnici krše propise. Evaluacije programa shodno tome pokazuju različite rezultate. Ako se i ne postignu preterano zapaženi rezultati na planu smanjenja kriminaliteta, ne znači da programi nisu imali uspeha u ostvarivanju nekog drugog predviđenog cilja. Iako postoje još brojne preventivne mere koje se preduzimaju kako bi se sprečio maloletnički kriminalitet (fizičko oblikovanje životne sredine, prevencija u medijima, prevencija u zajednici), ovde će zbog nemogućnosti da detaljno izložimo o svim merama biti ukazano na mere koje se preduzimaju u ranom životnom uzrastu, mere koje se preduzimaju u okviru školskog ambijenta i mere koje su usmerene na sprečavanje zloupotrebe psihoaktivnih supstanci. Razlog za odabir baš ovih preventivnih programa je u sledećim činjenicama: za programe koji se preduzimaju u najranijem uzrastu navodi se da imaju najviše izgleda za promene u ponašanju; školski ambijent smatra se vrlo povoljnim za

30 H. Zipf, 11–16.

31 Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2018, 28.

32 *Ibid.*

preduzimanje različitih preventivnih programa i naposljetku prevencija zloupotrebe psihoaktivnih supstanci jer se radi o rasprostranjenom ponašanju u maloletničkom uzrastu koje je povezano i sa kriminalitetom.

2.1. Preventivne mere u ranom životnom uzrastu

Na osnovu kriminoloških studija o faktorima maloletničke delinkvencije može se ustanoviti da se određene okolnosti vezane za porodični kontekst povezuju sa ovom pojavom. To su na primer dezorganizacija porodice, neadekvatni vaspitni stilovi roditelja, viktimizacija dece, stresni porodični događaji i promene, nedostatak emotivne veze između roditelja i deteta itd.³³ Povezanost navedenih faktora sa maloletničkim kriminalitetom svoje objašnjenje ima u različitim teorijama: teorije o učenju, teorija vezivanja, ekološka teorija, teorija pritiska. U analizi preventivnih programa koji su dizajnirani na osnovu tvrdnji pomenutih kriminoloških teorija autori Brennan i Shaw navode da je najviše uspeha imao program *Early Start* koji se primenjuje na Novom Zelandu. Program je namenjen za decu mlađu od 5 godina pri čemu su dva kriterijuma bitna za selekciju učesnika: mladi roditelj i nasilje u porodici. U zavisnosti od potreba porodice posete stručnih lica su ili intenzivne (svake nedelje) ili periodične (na svaka tri meseca). Evaluacija programa pokazala je da je 36 meseci po njegovom okončanju došlo do pozitivnih promena pre svega na planu redukovanja neadekvatnih vaspitnih obrazaca.³⁴ Slično navedenom, pokazalo se da preventivni programi koji se preduzimaju još u prenatalnom periodu mogu pokazati dobre rezultate na planu sprečavanja zlostavljanja dece, na planu redukovanja hapšenja i majki ali i dece, smanjenju korišćenja socijalnih usluga. Takvi programi namenjeni su mladim i siromašnim majkama, koje prvi put rađaju dete, a programi se sastoje od periodičnih poseta obučениh medicinskih radnika.³⁵

Postoji veliki broj ranih preventivnih programa koji su usmereni na redukovanje zlostavljanja dece u porodici a na dugoročnom planu ove aktivnosti trebalo bi da utiču i na smanjenje kriminaliteta maloletnika. U meta-analizi koju su sproveli L. Geeraert i saradnici pokazuje da ovi programi daju rezultate. U pitanju je sekundarna prevencija koja se odvija u porodicama u kojima postoji rizik da do zlostavljanja dođe. Meta-analiza je uključila ukupno 40 studija i pokazala da primena ranih preventivnih programa utiče na redukovanje zlostavljanje dece, a pored toga povoljno deluju i na funkcionisanje dece, interakciju između roditelja i dece kao i funkcionisanje porodica. No, problem može predstavljati utvrđivanje stvarnih razmera zlostavljanja što treba imati u vidu kod evaluacije ovih studija. Takođe, tu je i problem reprezentativnosti jer je program namenjen samo određenoj socijalnoj kategoriji.³⁶

33 N. Lukić, Kriminalitet maloletnica u Beogradu – studija o identifikaciji podgrupa, *Crimen*, br. 3, 2019, 257–277.

34 L. M. Brennan, D. S. Shaw, Prenatal and Early Childhood Prevention of Antisocial Behavior, in: M. D. Krohn, J. Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015, 351–362.

35 P. W. Greenwood, Prevention and Intervention Programs for Juvenile Offenders, *The Future of Children*, vol. 18, n. 2, 2008, 185–210.

36 L. Geearert et al, The Effects of Early Prevention Programs for Families with Young Children at Risk for Physical Child Abuse and Neglect: A Meta-Analysis, *Child Maltreatment*, vol. 9, n. 3, 2004, 277–291.

Jedan od programa namenjen deci predškolskog uzrasta koji je pokazao dobre rezultate je *Perry Preschool Program*. Počeo je da se primenjuje 1962. godine, a cilj je bio stvaranje pozitivne predstave o obrazovanju kod dece. Kao i kod prethodnih primera, ciljna grupa za primenu ovog programa su deca iz siromašnih porodica, po pravilu Afro-amerikanci, čiji su roditelji neobrazovani, nezaposleni ili deca žive sa jednim roditeljem. Evaluacija programa traje sve do navršene 40. godine dece koja su bila njime obuhvaćena. Rezultati pokazuju da su u poređenju sa decom koja nisu bila uključena u program postignuti značajnije bolji rezultati na planu akademskog uspeha, izgrađenih pozitivnih stavova prema obrazovanju, procentu završetka srednje škole, manjem procentu nezaposlenosti kao i manjem broju hapšenja.³⁷

2.2. Preventivne mere u školama

Viktimizacija nastavnika kao i učenika u školskom ambijentu u poslednjih nekoliko decenija dobija sve više pažnje u naučnoj literaturi, a posebno slučajevi koji uključuju nasilje. Kriminološka istraživanja pokazuju da je mogućnost viktimizacije teškim nasilnim krivičnim delom u školskom ambijentu mala, ali to nije slučaj kada su u pitanju lakša dela sa elementima nasilja kao i imovinska krivična dela.³⁸ U teoriji postoje različita shvatanja o povezanosti škole i maloletničkog kriminaliteta. Sa jedne strane, akcenat je na povezanosti neuspeha u školi i kriminaliteta. Tako na primer kontrolna teorija ističe da je loš uspeh u školi posledica slabe povezanosti učenika sa roditeljima i nastavnicima. Teorija pritiska apostrofira da školski neuspeh predstavlja frustraciju, redukuje posvećenost konformističkim aktivnostima i povećava izgleda za kriminalitet.³⁹ Ima i mišljenja da je neuspeh u školi posledica niskog koeficijenta inteligencije.⁴⁰ Sa druge strane, kriminalitet maloletnika koji se odvija u školi nastoji se objasniti različitim organizacionim faktorima kao što su: karakteristike zajednice u kojoj se školi nalazi, karakteristike škole, struktura nastavnika, učenika, školska atmosfera itd.⁴¹ Kada se govori o prevenciji kriminaliteta u školama misli se pre svega na sprečavanje vršenje krivičnih dela u tom kontekstu i shodno tome se i kreiraju različiti programi.

Preventivni programi u školama mogu se podeliti u više grupa:

1. Programi usmereni na promenu školskog okruženja i atmosfere
2. Programi usmereni na rešavanje skuoba
3. Programi usmereni na sprečavanje zlostavljanja
4. Poslenastavne mere
5. Ostale aktivnosti

37 S. P. Lab, 257–259.

38 G. D Gottfredson et al, School Climate Predictors of School Disorder: Results from a National Study of Delinquency Prevention in Schools, *Journal of Research of Crime and Delinquency*, vol. 42, n. 4, 2005, 412–444.

39 S. P. Lab, 250–252.

40 *Ibid*, 252–253.

41 G. D Gottfredson et al, 412–421.

Evaluacija programa pokazuje da mnogi ostvaruju pozitivne rezultate.⁴² Tako se na primer primena programa koji je osmišljen kako bi se menjalo školsko okruženje tako što će se izbegavati stroga kontrola i oštra disciplina, a umesto toga insistirati na dogovoru, pokazala uspešno na planu redukovanja straha od viktimizacije i problema u ponašanju učenika. Slično je i za program *Charlotte* koji je koncipiran na policijskim strategijama u zajednici. Ključni elementi su identifikacija i rešavanje problema. Evaluacija programa pokazala je da je bio uspešan, da su učenici imali manji strah od viktimizacije, tuče u školi su bile redukovane, manje je bila pozivana policija, bilo je manje upućenih pretnji nastavnicima.⁴³ Programi koji su usmereni na učenje načina za prevazilaženje problema fokusiraju se na ovladavanje tehnikama uočavanja nesporazuma, razumevanju svojih i tuđih emocija, izgradnji pozitivne slike o sebi i načinima za rešavanje problema. Rezultati ovih programa nisu u dovoljnoj meri analizirani, a problem je i u činjenici da programi nisu implementirani u svim školama tako da se i evaluacija može sprovesti u ograničenom obimu.

Programi za prevenciju zlostavljanja uključuju učenike, nastavnike i roditelje a cilj je da se ukaže na nedopuštenost zlostavljanja, da se uspostave pravila za regulisanje ovog ponašanja i na koji način na njega odgovoriti, da poduči nastavno osoblje kako da lekcije o zlostavljanju integrišu u redovan nastavni program, kako da se uspostave kontakti između nastavnika i roditelja, zlostavljača i žrtve. Evaluativna istraživanja ukazuju na različite ishode u primeni ovih programa. Prevencija zlostavljanja se smatra važnom strategijom za sprečavanje takvih ponašanja u školskom ambijentu, a posebno posle slučajeva, doduše ne toliko čestih, ubistava u okviru škola. Osim primene ovih programa, mnoge škole su se oslonile i na mere primarne prevencije što uključuje povećanje nadzora i kontrole, uvođenja striktnih pravila ponašanja i sl.⁴⁴

U poslednje vreme aktuelni su i programi koji su usmereni na sprečavanje bežanja iz škola kao i vraćanje maloletnika sa ulica u škole i uvođenje odgovornosti za roditelje zbog takvog ponašanja maloletnika. Slično navedenom, uvode se i poslenastavne aktivnosti kako bi se sprečilo da maloletnici provode vreme na ulici. Ovaj program bazira se na istraživanjima koja pokazuju da maloletnici najčešće krše propise upravo u popodnevnim časovima radnim danima.⁴⁵ Takođe, školsko okruženje se koristi i za uvođenje preventivnih programa koji su usmereni na redukovanje drugih oblika nedozvoljenog ponašanja. Tako se na primer u školama u SAD sprovodi program G.R.E.A.T (*Gang Resistance Education and Training*) kojim rukovode policijski službenici kako bi se smanjilo učešće učenika u gangovima, a postoje i različiti programi za prevenciju zloupotrebe psihoaktivnih supstanci.⁴⁶

42 O brojnim preventivnim programima koji se sprovode u školama vidi: W. T. Church, D. W. Springer, A. R. Roberts, *Juvenile Justice Sourcebook*, Oxford, 2014, 295–305.

43 S. P. Lab, *op.cit.*, 259–261.

44 D. J. Shoemaker, *Juvenile Delinquency*, Lanham, 2013, 163.

45 S. P. Lab (2015), 376–384.

46 D. J. Shoemaker, 166.

2.3. *Prevenција zloupotrebe opojnih droga i alkohola*

Zloupotreba alkohola i opojnih droga na različite načine je povezana sa maloletničkim kriminalitetom. U objašnjenju razloga zbog kojih mladi počinju da koriste ove supstance u teoriji se nude modeli koji se i inače primenjuju u razumevanju kriminaliteta maloletnika. Tako se na primer navodi da je uticaj vršnjaka u odluci da se zloupotrebljava alkohol ili opojna droga vrlo značajan a shodno tome i teorije učenja. Dalje, u brojnim slučajevima zloupotreba je posledica pritisaka (reakcija na stres, zlostavljanje u školi ali i viktimizacija u porodici, izloženost nasilnim obrascima kod kuće, neuspeh u školi i sl.). Dalje, ima autora koji ukazuju na određene specifičnosti ličnosti maloletnika koji zloupotrebljavaju te supstance. No, imajući u vidu statističke podatke po kojima velika većina ove uzrasne kategorije bar jednom u životu proba neku od njih, teško je pokušavati pronaći bilo kakve specifične lične karakteristike. Zbog toga se u literaturi i navodi da treba praviti razliku između maloletnika koji probaju ove supstance i to doživljavaju kao svojevrsno eksperimentisanje i maloletnika koji ih kontinuirano koriste.⁴⁷

Što se preventivnih programa tiče može se napraviti razlika između programa koji su usmereni na porodičnu i socijalnu sredinu maloletnika i koji kroz pokušaje poboljšavanja odnosa maloletnika sa drugim bliskim licima rade na prevenciji i zloupotrebe opojnih droga i alkohola i sa druge strane programa koji su usmereni na ličnost maloletnika. U prvu kategoriju ulazi na primer PDFY program prevencije (*Preparing for the Drug Free Years*), a primenjuje se prema maloletniku i roditeljima i cilj je jačanje njihovih međusobnih odnosa, usvajanja odgovarajućih modela ponašanja i discipline. Evaluacija jeste pokazala uspeh u odnosu na poboljšanje komunikacije, ali nije utvrđeno da su maloletnici manje zloupotrebljavali opojne droge. U drugu grupu ulaze programi koji se najčešće sprovode u školskom ambijentu u vidu podučavanja mladih o štetnosti njihovog korišćenja. No, evaluacija ovih programa nije dala optimistične zaključke. Čak ni program D.A.R.E. (*Drug Abuse Resistance Education*) u koji je uloženo mnogo novca i koji je sproveden u više hiljada američkih škola nije pokazao da se maloletnici koji su pohađali predavanja manje okreću zloupotrebi opojnih droga.⁴⁸

B Krivičnopravne mere

Ovde će biti predstavljeni rezultati evaluacija određenih krivičnopravnih mera. Pored u radu predstavljenih, postoje i druge mere ovog tipa. To su na primer policijske strategije kao i formiranje posebnih sudova.

2.4. *Skretanje krivičnog postupka*

Kada su u pitanju mere koje se preduzimaju sa ciljem izbegavanja vođenja krivičnog postupka prema maloletnicima, pravi se razlika između dve kategorije ovih mera. Prve se označavaju kao neformalne sankcije, kao prave mere skretanja (odnosno diverzifikacije) koje isključuju neki oblik nadzora ili kontrole⁴⁹ i „prave“ mere

47 *Ibid*, 181–188.

48 S. P. Lab, 243–247.

49 O mišljenju da u suštini nema neformalnih mera skretanja vidi M. Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 2011, 155–156.

skretanja krivičnog postupka koje podrazumevaju da maloletnik ispuni određenu obavezu kako bi se odustalo od krivičnog gonjenja.⁵⁰ Postojeće evaluacije ovih mera daju oprečne rezultate. Dok su pojedini autori u sprovedenim meta-analizama došli do zaključka da na procenat recidivizma mere skretanja krivičnog postupka ne daju više rezultata u poređenju sa primenom krivičnih sankcija⁵¹, drugi su došli do optimističnijih zaključaka koji idu u prilog široj primeni ovih mera.⁵² Kako bi se dobili precizniji i za kreatore kriminalne politike korisniji rezultati, predlaže se da se evaluacija vrši za svaku vrstu programa koja se primenjuje u okviru skretanja krivičnog postupka i zasebno za različite kategorije maloletnih učinilaca. Takođe, potrebno je unifikovati kriterijum recidivizma, odnosno zauzeti jedinstven stav po pitanju načina merenja ove varijable, a isto tako ispitati i da li skretanje krivičnog postupka ostvaruje uticaj na još neku varijablu koja je povezana sa kriminalitetom (redukovanje zloupotrebe alkohola, droge, agresivnog ponašanja, usvajanje određenih veština i sl).⁵³ U istraživanju koje su sprovedli Sullivan i Latessa cilj je bio da se analizira uticaj različitih mera koje se primenjuju u okviru skretanja krivičnog postupka i recidivizma maloletnika. Pri tome, polazeći od činjenice da na recidivizam ne utiče samo primena odgovarajućeg programa, već i druge okolnosti (ranija krivična dela, vreme izvršenja prvog krivičnog dela i sl.) autori su ispitivali koja od navedenih nezavisnih varijabli ima najviše uticaja. Ispostavilo se da lični rizik kod maloletnika (izražen kroz napred navedene varijable) ima najveći značaj. To dakle znači da bez obzira na vrstu programa koji se primenjuje kako bi se izbegao krivični postupak, recidivizam ostaje isti, odnosno primarno je uslovljen drugim karakteristikama maloletnika. Zbog toga se može razumeti da programi koji se primenjuju prema maloletnicima kod kojih postoje veći izgledi za recidivizam imaju manje izgleda da budu uspešni i da utiču na sprečavanje ponovnog vršenja krivičnih dela.⁵⁴

2.5. Efikasnost krivičnih sankcija

Evaluacije krivičnih sankcija koje se primenjuju prema maloletnicima pokazuju da svaka krivična sankcija ima svojih prednosti i nedostataka, a isto tako evaluacije pokazuju da sankcije mogu biti uspešne kod određenih kategorija maloletnika, dok kod drugih pozitivni rezultati (pre svega mereni u izostanku povrata) mogu izostati. Sistemi krivičnih sankcija za maloletnike su vrlo raznovrsni te će shodno tome ovde

50 J. V. Ray, K. Childs, *Juvenile Diversion*, in: M. D. Krohn, J. Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015, 422–438.

51 M. W. Lipsey, *The Primary Factors that Characterize Effective Interventions with Juvenile Offenders: A Meta-Analytic Overview*, *Victims and Offenders*, n. 4, 2009, 124–147.

52 Tako je na primer u meta-analizi koja je obuhvatila 29 studija u periodu od 35 godina u SAD zaključeno da krivični postupak i krivične sankcije imaju negativan uticaj i da ne doprinose redukovanju recidivizma kod maloletnika. Ipak, za mere skretanja krivičnog postupka je utvrđeno da su efikasnije u odnosu na izricanje sankcija. Vidi: A. Petrosino, C. Turpin-Petrosino, S. Guckenburg, *Formal System Processing of Juveniles: Effects on Delinquency*, *Cambell Systematic Reviews*, 2010, dostupno na <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.4073/csr.2010.1> (12.4.2020). Vidi i: H. A. Wilson, R. D. Hoge, *Diverting Our Attention to What Works: Evaluating the Effectiveness of a Youth Diversion Program*, *Youth Violence and Violence Justice*, n. 4, 2012, 313–331.

53 J. V. Ray, K. Childs, 432–437.

54 C. J. Sullivan, E. Latessa, *The Coproduction of Outcomes: An Integrated Assessment of Youth and Program Effects on Recidivism*, *Youth Violence and Juvenile Justice*, n. 3, 2011, 191–206.

biti ukazano na rezultate studija koje su analizirale uticaj njihove primene. Pretežno su to studije koje su sprovedene u SAD, Engleskoj, ali u nekim evropskim državama.

2.5.1. Sankcije u zajednici

Sve krivične sankcije koje predstavljaju alternativu kazni zatvora mogu se podeliti na one gde se vrši nadzor ili kontrola i one gde takvog nadzora nema. Postoje i mešovite sankcije koje predstavljaju kombinaciju bezuslovnog zatvaranja i nezavodskih mera, ali se tu u suštini ne može govoriti o alternativama imajući u vidu da je lice lišeno slobode bez obzira što se na različite načine liberalizuje to lišavanje.⁵⁵

Kada su u pitanju maloletnici, krivične sankcije koje uključuju nadzor su vaspitne mere, rad u korist zajednice, medijacija, uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom, primena tretmana i edukativnih kurseva.

Sankcije bez nadzora su upozorenje, ukor, oglašavanje maloletnika odgovornim bez izricanja sankcije, restitucija, novčana kazna.

Restitutivne sankcije. Cilj je da se naknadi šteta što je prouzrokovana krivičnim delom. Evaluacije pokazuju da se restitutivne sankcije uspešno realizuju.⁵⁶

Novčano kažnjavanje nije preterano učestalo kada su maloletnici u pitanju. Kako veliki broj maloletnika nema svojih prihoda i ne može da plati kaznu, a umesto njega to čine roditelji ili staratelji, sudovi pre biraju neku drugu sankciju.⁵⁷ No, pravni sistemi koji predviđaju ovu kaznu za maloletnike (na primer Austrija) ograničavaju njen maksimum više nego kod punoletnih lica, a kriterijumi koji se uzimaju u obzir kod njenog odmeravanja su visina džeparca, povremeni poslovi koje maloletnik obavlja i sl.⁵⁸

Restorativna pravda. Sankcije koje se zasnivaju na ovom konceptu mogu imati uspeha kod određenih maloletnika, na primer učinioca lakših nasilnih krivičnih dela kao što je laka telesna povreda. Evaluacija je pokazala da su žrtve krivičnih dela zadovoljnije primenom restorativne pravde u odnosu na klasičan krivični postupak protiv maloletnika.⁵⁹ Koncept restorativne pravde ostvaruje se na primer kroz medijaciju. Tako u Belgiji postoji mogućnost primene porodičnih konferencija na kojima učestvuje maloletnik, njegovi članovi porodice kao i žrtva. Studije evaluacije pokazuju da je procenat povrata kod maloletnika koji su učestvovali u ovim konferencijama znatno niži u poređenju sa onima koji nisu.⁶⁰

Rad u korist zajednice bi se u nekom širem smislu mogao shvatiti isto kao primer restorativne pravde.⁶¹ Studija kojom je vršena evaluacija ove sankcije u Belgiji

55 O klasifikaciji vidi više u: Đ. Ignjatović, *Izvršenje vanzavodskih krivičnih sankcija i mera*, u: Đ. Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, br. 3, Beograd, 2013, 17–40.

56 C. A. Garcia, *Community-Based Sancions and Juveniles: What works, What Does Not and What Looks Promising?*, in: M.D.Krohn, J.Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015, 459–494.

57 L.-J. Siegel, B. C. Welsh, 362–370.

58 K. Brückmiller, *Austria: A Protection Model*, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008, 263–294.

59 L.-J. Siegel, B.C. Welsh, 362–370.

60 C. Van Dijk, E. Dumortier, C. Eliaerts, *Survival of the Protection Model? Competing Goals in Belgian Juvenile Justice*, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008, 187–223.

61 F. Dünkel, *Juvenile Justice Systems in Europe – Reform Developments between justice, welfare and „new punitiveness“*, *Kriminologijos studijos*, n. 1, 2014, 31–76.

pokazala je da je procenat povrata bio niži kod maloletnika koji su obavili rad u korist zajednice u poređenju sa maloletnicima kojima je izrečena sudska opomena, vaspitna mera ili mera institucionalnog karaktera.⁶²

Uslovna osuda. Ova sankcija je najčešće izricana u SAD. L. Siegel navodi da je u 2005. godini udeo ove sankcije u svim vrstama odluka prema malolenicima bio skoro 2/3. Prednost je što maloletnik ostaje u zajednici, što se izbegavaju svi negativni efekti zatvaranja. U poslednje vreme postoje modifikacije ove sankcije koje uključuju kontrolu i nadzor nad maloletnikom koja je intenzivnija u poređenju sa regularnom uslovnom osudom. Rezultati studija kojima je vršena evaluacija ovih sankcija pokazuju oprečne rezultate. Neki ukazuju da primena uslovne osude sa nadzorom nema efekta kada su u pitanju teža krivična dela, jer se radi o učiniocima koji bi inače bili poslani na izvršenje sankcije u neku ustanovu.⁶³

Vaspitne mere su krivične sankcije predviđene samo za maloletnike. Njihova prednost u odnosu na uslovnu osudu je što je maloletnik pod nadzorom socijalnog radnika koji prati ponašanje maloletnika i trebalo bi da bude zadužen za znatno manji broj lica kojima je izrečena vaspitna mera u poređenju sa uslovnom osudom.⁶⁴

Kao vrlo efikasne navode sve sankcije u zajednici koje primenjuju određene vrste tretmana. U pitanju su terapija funkcionalne porodice i multisistemska terapija. Za razliku od tretmana koji se u okviru sankcija u zajednici usmereni samo na maloletnog učinioca, navedeni tretmani pokazali su se kao vrlo uspešni. Tretman funkcionalnih porodica usmeren je ka promeni porodičnih obrazaca i poboljšanju funkcionisanja porodice. Program sprovodi terapeut i to u prostorijama u kojima maloletnik stanuje. Multisistemska terapija je namenjena roditeljima i cilj je da se uče tehnikama pravilnog ophođenja sa maloletnikom. Pored toga, u program mogu biti uključeni i nastavnici i drugi rođaci. Terapeuti pružaju redovnu podršku, ali i u kriznim situacijama.⁶⁵ Pored tretmana, postoje i različite obuke kroz koje mogu proći maloletnici kako bi unapredili sposobnosti na ličnom i socijalnom planu. Za ove mere se navodi da imaju uspeha kao i da ih maloletnici doživljavaju kao korisne.⁶⁶

2.5.2. Institucionalne sankcije

Pod ovim sankcijama podrazumevaju se različite mere smeštanja maloletnika u zavode kao i maloletnički zatvor, ali i sankcije koje podrazumevaju lišavanje slobode iako se maloletnik ne smešta u ustanovu.

Kada su u pitanju sankcije koje uključuju elektronski nadzor kao i kućni zatvor rezultati istraživanja uglavnom ukazuju da ove sankcije nisu efikasne. Elektronski nadzor se kritikuje jer je diskriminatoran prema siromašnima koji nemaju potrebna telekomunikaciona sredstva. Sa druge strane, ekonomičan je, omogućava izbegavanje svih negativnih efekata zatvaranja i veći nivo kontrole u odnosu na probaciju. I za kućni zatvor se mogu navesti slični argumenti u prilog njegovog korišćenja, ali stu-

62 C. Van Dijk, E. Dumortier, C. Eliaerts, 216–217.

63 L.-J. Siegel, B. C. Welsh, 362–370.

64 F. Dünkel, Juvenile Justice in Germany, Between Welfare and Justice, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008, 225–262.

65 P. W. Greenwood, 197–199.

66 C. Van Dijk, E. Dumortier, C. Eliaerts, 218–219.

dije pokazuju da nije efikasan na planu redukovanja recidivizma.⁶⁷ Tako na primer u Engleskoj i Velsu, čiji je neo-liberalni sistem za maloletnike poznat kao prilično represivan, postoji više modaliteta lišavanja slobode. Program koji uključuje intenzivan nadzor (*The Intensive Supervision and Surveillance Programme*) predviđen je za 3% maloletnika koji su odgovorni za 25% svih učinjenih krivičnih dela, a cilj je da se izbegnu negativni efekti zatvaranja. Maloletnici imaju obavezu da svake nedelje preduzimaju aktivnosti kojima će nadoknaditi štetu, obrazovati se, obrazovati se, uključiti u programe odvikavanja, tretman i slično, dok su pod konstantnim elektronskim nadzorom. Evaluacija ove mešovite sankcije pokazala je da iako ima napretka na planu uključivanja u navedene aktivnosti, procenat recidivizma se ne razlikuje u odnosu na kontrolnu grupu. Napredak je ostvaren jedino na planu broja krivičnih dela koja učini maloletnik recidivista u poređenju sa kontrolnom grupom.⁶⁸

U SAD postoje kampovi za maloletnike (*bootcamps*) i baziraju se na primeni metoda edukacije za odrasle, vojničkom režimu, odvikavanju od zloupotrebe psihoaktivnih supstanci i usvajanju socijalnih veština. No, u kampovima akcenat nije u dovoljnoj meri stavljen na tretman i terapiju zbog čega se navodi da nema uspeha u redukovanju recidivizma.⁶⁹ U ove kampove je uloženo mnogo novca, ali rezultati nisu ohrabrujući. Čak iako ima pozitivnih efekata oni su kratkotrajni, dok nije dokazano da utiču na redukovanje recidivizma.⁷⁰ U jednoj studiji ispitivano je kako na recidivizam maloletnika koji su izvršili samo jedno nasilno krivično delo utiče vrsta krivične sankcije. Uzorak je činilo 2500 maloletnika kojima je izrečene sledeće sankcije: uslovna osuda (sa ili bez posebnih obaveza kao što je na primer primena tretmana, odvikavanje od zloupotrebe alkohola ili psihoaktivnih supstanci i sl.), smeštanje u vaspitnu ustanovu i smeštanje u maloletnički kamp. Podaci o recidivizmu su prikupljeni za period od 4 godine od vremena izvršenja prvog nasilnog dela a pod recidivizmom se podrazumevalo novo hapšenje. Uzorkom su obuhvaćeni maloletnici od 16 godina ili mlađi kako bi ostalo vremena da recidiviraju pre punoletstva. Zaključak je da je verovatnoća recidivizma dva puta veća za maloletnike u kampu u poređenju sa maloletnicima kojima je izrečena uslovna osuda, dok je kod poređenja vaspitne ustanove/uslovne osude 1.28 veća mogućnost za recidivizam kod maloletnika kojima je izrečena prva krivična sankcija. Takav rezultat podržava tvrdnje da sankcije kojima se maloletnik lišava slobode imaju negativan uticaj (loši uslovi, negativan uticaj drugih maloletnika nedostatak rehabilitacije).⁷¹

Godson i Yates ukazuju na negativne posledice zatvaranja, a posebno na zlostavljanje, izdvajanje iz porodičnog okruženja i svega što je poznato, usamljenost, prenaseljenost, samopovređivanje i samoubistva. Dalje, maloletnici prema kojima

67 C. A. Garcia, 469–474.

68 J. Graham, C. Moore, Beyond Welfare Versus Justice: Juvenile Justice in England and Wales, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008, 65–115.

69 L.-J. Siegel, B. C. Welsh, 370–383.

70 C. A. Garcia, 478.

71 J. P. Ryan, L. S. Abrams, H. Huang, First-Time Violent Juvenile Offenders: Probation, Placement and Recidivism, *Social Work Research*, vol. 38, n. 1, 2014, 7–17. Slično tome, i smeštanje maloletnika u zajedničke kuće (*grouphomes*) što u osnovi predstavlja mešovitu sankciju imajući u vidu da se ne radi o zatvorenim ustanovama i da maloletnici mogu redovno pohađati školu, kritikuje se kao modalitet koji nije doprineo redukovanju recidivizma. Vidi više u: C. Roberson, *Juvenile Justice, Theory and Practice*, Boca Raton, 2010, 259–265.

se izriču zatvorske kazne uglavnom potiču iz dezorganizovanih sredina, siromašnih porodica, korisnika socijalnih usluga, što sve doprinosi i smanjenju prilika za obrazovanje i zapošljavanje kao i stvaranju osećaja socijalne izolacije.⁷² Primena zatvorske kazne u SAD kritikuje se i zbog činjenice da su zatvori, i privatni kao i državni, prenaseljeni. Pored toga, postoji disproporcionalna zastupljenost Afro-amerikanaca.

Što se tretmana u zatvorima tiče, postoje različiti programi. U literaturi se ističe da kognitivno-bihejvioralni tretmani ostvaruju pozitivne rezultate.⁷³ No, iako se varijacije ovog tretmana primenjuju već decenijama unazad, rezultati nekih skorašnjih studija ukazuju da su efekti kratkotrajni, i da po povratku u zajednicu počinju da slabe rezultati jer maloletnici nisu više podvrgnuti programu i ne dobijaju bilo kakve povlastice ukoliko se ponašaju na odgovarajući način.⁷⁴

3. KRIMINALNA POLITIKA IZMEĐU KLATNA REPRESIJE I BLAGOSTANJA

Krivičnopravno regulisanje kriminaliteta maloletnika, odnosno vođenje kriminalne politike u užem smislu, može biti rukovođeno različitim ciljevima. Većina autora prihvata klasičnu poddelu na zaštitinički i pravosudni model kao svojevrstne antipode u reakciji na maloletnički kriminalitet. No, ova klasifikacija je u međuvremenu produbljena tako da obuhvata i nove modele koji se po određenim karakteristikama razlikuju u odnosu na prvobitne. To su modifikovani pravosudni model, participativni model, model kontrole delinkvencije i korporativni model. Međutim teško da se može govoriti o potpuno čistim modelima. U najvećem broju slučajeva pravna rešenja sadrže elemente određenog modela uz primese drugih.⁷⁵

Za situaciju u SAD Bernard navodi da je u prošlosti naizmenično dolazilo do smenjivanja dva pristupa u kriminalnoj politici prema maloletnim prestupnicima. U pitanju je dihotomija između represije i rehabilitacije. Do zaoštavanja na planu krivičnog zakonodavstva dolazi onda kada javnost i organi krivičnog progona smatraju da je kriminalitet maloletnika dostigao granicu koja se više ne može tolerisati. Posledica takvih stavova je uvođenje pravnih rešenja koja su usmerena na strože kažnjavanje kao i pritisak na sudove da izriču strože sankcije. No, kako do promena na planu kriminaliteta ne dolazi, zbog čega se kritikuje blaga kaznena politika sudova, postepeno dolazi do blažeg kažnjavanja i novog ciklusa.⁷⁶

Vrlo često neposredno pre novih zakonskih izmena u medijima bude sa velikom pažnjom praćeno nekoliko slučajeva uglavnom teških i netipičnih krivičnih dela maloletnika zbog čega i javnost postaje preokupirana ovim fenomenom i očekuje da se nešto učini. Tako je na primer u Njujorku 1978. godine maloletnik Bosket

72 B. Goldson, J. Yates, Youth Justice Policy and Practice: Reclaiming Applied Criminology as Critical Intervention, in: B. Stout, J. Yates, B. Williams (eds.), *Applied Criminology*, London, 2008, 103–117.

73 B. Glick, Institutionalization and Treatment, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008, 496–514.

74 V. Rajah, R. Kramer, H. Sung, The Mis-Synchronization of Juvenile Reform, *British Journal of Criminology*, vol.55, n.1, 2015, 184–202.

75 Više o tome u: M. Škulić, 96–111.

76 T. J. Bernard, M. C. Kurlychek, *The Cycle of Juvenile Justice*, Oxford, 2010, 10–29.

ubio dva čoveka u podzemnoj železničkoj stanici i time izazvao krizu maloletničkog krivičnogopravnog sistema u državi Njujork. Po tadašnjem zakonskom rešenju lica ispod 16 godina ne mogu odgovarati za učinjeno delo u krivičnom postupku za odrasle. Ovakav slučaj otvorio je pitanje promena zakonskih rešenja kako bi se sprečilo vršenje teških krivičnih dela maloletnika koji ne mogu odgovarati kao odrasli. Argument u prilog takvim zakonskim izmenama je da je svaka žrtva ista i ništa ne menja činjenica da li ju je ubio maloletnik ili ne.⁷⁷ Slično ukazuju i drugi autori. Tako na primer H. Ostendorf primećuje da kada su u pitanju nasilna krivična dela maloletnika reakcija i medija i društva zavise od konteksta i daje dva primera. U prvom slučaju dva maloletna imigranta pretukla su penzionisanog školskog direktora koji je usled toga preminuo. U drugom slučaju maloletnici, koji su verovatno pripadali desničarskom pokretu, pretukli su nezaposlenog stolara koji je usled toga takođe preminuo. Reakcija je bila neuporedivo izraženija u prvom slučaju koji je bio politički instrumentalizovan.⁷⁸ Slično je i u Engleskoj i Velsu. Tako je 1993. medijski bilo praćeno nekoliko slučajeva teških krivičnih dela čiji su učinioci bili maloletnici. To je bilo dovoljno da nastane moralna panika, da se maloletnici označe kao novi neprijatelji društva, kao perzistentni kriminalci zbog čega su pojedini političari izjavljivali da društvo treba više da osuđuje a manje da razume.⁷⁹

Nekoliko izolovanih slučajeva ne bi trebalo da predstavlja dovoljan osnov za značajnije zakonske izmene. Svakako bi prethodno bilo potrebno analizirati trendove kriminaliteta i da li je došlo do značajnijih oscilacija. Pri tome, podaci o registrovanom kriminalitetu ne bi bili dovoljni, već bi bilo dobro da se upotpune podacima iz studija samooptuživanja i studija o žrtvama. Za SAD se navodi da je do promena u trendu maloletničkog kriminaliteta došlo od 80-ih godina prošlog veka kada je značajno povećan broj uhapšenih za izvršena krivična dela sa elementima nasilja (podaci iz *Uniform Crime Report*), dok je trend hapšenja za imovinska krivična dela ostao stabilan. Podaci iz studija samooptuživanja (*National Longitudinal Youth Study*) pokazuju da je veliki broj maloletnika izvršio neki oblik antisocijalnog ponašanja, a kada su u pitanju krivična dela to su pre svega nedozvoljeno posedovanje droge, uništavanje imovine, krađa, ilegalno posedovanje oružja. Interesantno je da je od sredine 90-ih godina došlo do postepenog smanjenja hapšenja za imovinska kao i za nasilna krivična dela.⁸⁰ U poslednjih deset godina kretanje maloletničkog kriminaliteta u SAD je gotovo na istom nivou kao na početku 80-ih. Broj maloletnih ubica je na primer 2009. godine 2,5 puta manji nego 1994. godine, a ukupan broj uhapšenih oko 2 miliona u poređenju sa 2.7 miliona 1994. godine. Jedina dva krivična dela u pogledu kojih nije došlo do značajnijeg opadanja su laka telesna povreda i ilegalno posedovanje opojnih droga.⁸¹

77 S. Singer, *Recriminalizing Delinquency, Violent Juvenile Crime and Juvenile Justice Reform*, Cambridge, 1996, 5–13.

78 H. Ostendorf, *Strafverschärfungen im Umgang mit Jugendkriminalität*, in: B. Dollinger, H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität, Kriminologie und Socialpädagogik im Dialog*, Wiesbaden, 2010, 91–104.

79 B. Goldson, J. Yates, *op.cit.*, 103–117.

80 D. M. Bishop, S. H. Decker, *Punishment and Control: Juvenile Justice Reform in the USA*, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008, 3–35.

81 J. Lane, *Juvenile Delinquency and Justice Trends in the USA*, in: M. D. Krohn, J. Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015, 3–14.

Za Englesku i Vels se navodi da je u poređenju sa 90-im godinama prošlog veka došlo do blagog pada maloletničkog kriminaliteta (2002. je bilo skoro 20.000 manje prijavljenih i osuđenih nego 1992. godine). Međutim, značajno je porastao broj prijavljenih i osuđenih za krivična dela u vezi sa opojnim drogama. Studije samoopuštivanja pokazuju da veliki broj maloletnih muškaraca priznaje da su učestvovali u tuči ili da su uništili tuđu imovinu.⁸² U Nemačkoj je u periodu od 1984–2002. godine zabeležen stabilan trend osuđenih maloletnika, dok je situacija drugačija sa prijavljenima za učinjeno krivično delo. Od sredine 90-ih godina postoji kontinuirani porast broja prijavljenih, uključujući i nasilna krivična dela kao što su razbojništvo i teška telesna povreda.⁸³

U SAD je tokom 70-ih godina bila zastupljena kriminalna politika koja se bazirala na dekriminalizaciji i deinstitucionalizaciji. Cilj je bio rehabilitacija i individualni tretman. Iako su pojedina istraživanja ukazala na uspeh vaninstitucionalnih sankcija, od sredine 80-ih godina dolazi do promena i zaoštavanja kriminalne politike.⁸⁴ Represivna kriminalna politika ogleda se i u činjenici da je u mnogim državama predviđena mogućnost da se maloletnicima sudi pred redovnim krivičnim sudovima, a u 22 države ne postoji propisana minimalna starosna granica za suđenje pred redovnim umesto sudovima za maloletnike.⁸⁵ Pored toga, represivne mere se odnose i na registraciju seksualnih maloletnih prestupnika, primene zakona „tri udarca“. Međutim, promene su bile represivne na planu krivičnopravnih izmena, ali je istovremeno ulagano više sredstava u preventivne programe.⁸⁶

Tokom 80-ih i 90-ih godina prošlog veka pristup prema maloletničkom kriminalitetu u Engleskoj i Velsu mogao se izraziti kroz veliko D: diverzije, dekriminalizacija i dekarceracija. Takav pristup bio je svojevrsna simbioza akademskih istraživanja, praktičnog iskustva i odgovarajuće politike. No, tokom 90-ih dolazi do promena u pravcu jačanja represivnijih mehanizama prema ovoj kategoriji prestupnika kroz izmene u krivičnom zakonodavstvu kao i kroz porast zatvoreničke populacije. Novi pristup podrazumevao je i ranije intervenisanje kada je maloletnički kriminalitet u pitanju, a uključivao je elektronski nadzor i izricanje određenih zabrana zbog čijeg kršenja je veliki broj maloletnika poslat u zatvore.⁸⁷ Sa širom upotrebom elektronskog nadzora akcenat se više stavlja na nadzor i kontrolu. To potvrđuje i odgovornost za antisocijalno ponašanje na koje se reaguje formalno, a kršenje sudskih zabrana nastavljanja takvog ponašanja sankcionisano je kaznom zatvora. Slično važi i za ponašanje roditelja (Irska, Engleska) kojima sud može naložiti da se podvrgnu lečenju i odvikavanju od alkohola ili droga, da nadziru dete ili da idu na kurs o vaspitavanju deteta, a kršenje ovih obaveza povlači novčanu ili zatvorsku kaznu.⁸⁸

82 J. Graham, C. Moore, *op.cit.*, 65–115.

83 F. Dünkel (2008), *op.cit.*, 225–262.

84 J. M. Jenson, M. O. Howard, Youth Crime, Public Policy and Practice in the Juvenile Justice: Recent Trends and Needed Reforms, *Social Work*, vol. 43, n. 4, 1998, 324–334.

85 L.-J. Siegel, B. C. Welsh, *op.cit.*, 296–301.

86 D. M. Bishop, S. H. Decker, *op.cit.*, 21–26.

87 B. Goldson, J. Yates, 103–117.

88 H. J. Albrecht, Internationale Tendenzen in der Entwicklung des Jugendstrafrechts, in: B. Dollinger, H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität, Kriminologie und Socialpädagogik im Dialog*, Wiesbaden, 2010, 43–62.

Ovakvom pristupu maloletničkom kriminalitetu pridružuje se još neke evropske države kao što je na primer Holandija. Sa druge strane, države Centralne ali i Istočne Evrope zadržavaju u osnovi model blagostanja, ali tokom poslednje dve decenije u mnogim pravnim sistemima primetne su i primese represivnog pristupa pa tako na primer Austrija, Belgija i Poljska dopuštaju mogućnost da se maloletnicima sudi pred redovnim sudovima u slučajevima teških krivičnih dela.⁸⁹

U Nemačkoj se kriminalna politika prema maloletnicima označava kao ambivalentna. Sa jedne strane ima zahteva za spuštanje starosne granice sa 14 na 12 godina zbog porasta maloletničkog kriminaliteta, kao i predloga da primena Zakona o maloletničkim sudovima (*Jugendgerichtsgesetz*) ne bude pravilo već izuzetak. Takođe, represivnim predlozima pridodaje se i zahtev za povećanjem maksimalne kazne maloletničkog zatvora sa 10 na 15 godina u slučajevima kada je izvršeno krivično delo za koje se može izreći kazna doživotnog zatvora za odrasle. Sa druge strane, tu su predlozi za rekonstrukciju sankcija u zajednici kao i uvođenje skraćenog i pojednostavljenog postupka za lakša imovinska krivična dela.⁹⁰ Kakav je odnos između predloga uvođenja represivnih zakonskih rešenja i stavova naučnika najbolje pokazuje činjenica da je u Nemačkoj na primer 1998. godine 54 profesora maloletničkog krivičnog prava i kriminologije potpisalo Rezoluciju „Kontra-reforma maloletničkog krivičnog prava protiv represivne bespomoćnosti“.⁹¹ Ipak, nemački pristup pripada grupi koja se u osnovi može označiti kao model blagostanja.

Postavlja se pitanje šta uzrokuje promene u pravcu kriminalne politike prema maloletničkom kriminalitetu? Da li je dovoljno da se izvrši nekoliko teških krivičnih dela koji su medijski propraćena i što uz druge uslove može dovesti do stanja koje se naziva moralna panika? Ako je samo to razlog postavlja se pitanje zašto se dešava u baš određenom vremenskom momentu?

Interesantno gledište o tome ima Singer. Po ovom autoru zakonske izmene, u bilo kom pravcu, služe kao sredstvo za ostvarivanje legitimnosti maloletničkog krivičnogpravnog sistema. Ne treba izgubiti iz vida činjenicu da je krivičnogpravnog sistem javna arena samo za neka, i to najteža krivična dela, dok je u najvećem delu on skriven (pravila o isključenju javnosti). Takođe, ne treba zaboraviti da ljudi imaju potrebu da kazne zločinca, i da ih ta želja za osvetom ujedinjuje. Zato se u nekim vremenskim trenucima ne može prosto ignorisati stav javnosti da nije opravdano da maloletni ubica dobije neku blagu kaznu. Strategije isključivanja koje su predviđene za one koji konstantno krše norme ne znače istovremeno da se uopšte ne primenjuju strategije uključivanja u slučajevima prvih i lakših kršenja propisa. Fino podešavanje ovih strategija, a naročito strategije isključivanja zadovoljavaju interese političara jer mogu da pokažu javnosti da se nešto preduzima u cilju suzbijanja maloletničkog kriminaliteta, a istovremeno su od koristi za sistem maloletničkog krivičnogpravnog sistema. Isključivanje nepopravljivih daje na primer više prostora zaposlenima u službi za tretman za rad sa učiniocima lakših

89 J. Junger-Tas, Trends in International Juvenile Justice: What Conclusions Can be Drawn? in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008, 505–532.

90 F. Dünkel (2008), *op.cit.*, 255–260.

91 H. Ostendorf, *op.cit.*, 100.

krivičnih dela.⁹² Vrlo često između retorike i prakse postoji diskrepanca, odnosno nova represivna rešenja zadovoljavaju zahteve javnosti za strožim kažnjavanjem, dok u praksi ne dolazi do suštinskih promena.⁹³ Kao primer se navodi mogućnost suđenja za maloletnike pred redovnim sudovima. U SAD se te mogućnosti koriste u svega 20% slučajeva koji ispunjavaju uslove za automatski „transfer“ maloletnika, a kada im se i sudi pred redovnim sudovima blaže se kažnjavaju nego punoletni učinioci.⁹⁴

Pored toga, sigurno je da na zakonske izmene donekle utiču i pravna rešenja u drugim državama. Tako na primer Dünkel navodi da je u Nemačkoj veliki uticaj medija koji izazivaju paniku i podstiču, zajedno sa nosiocima političkih funkcija, preuzimanje represivnih modela kao što na primer postoji u Engleskoj. To dovodi do postavljanja pitanja da li je postojeći model maloletničkog pravosuđa adekvatan. Autor pri tome daje kao suprotne primere skandinavskih zemalja koje i dalje starosnu granicu za krivičnu odgovornost drže na uzrastu od 15 godina, kao i primer država Istočne Evrope gde se ne odstupa od granice od 14 godina. Osim toga, ukazuje se i na druge tendencije po kojima bi čak starosnu granicu trebalo podići, a maloletnički uzrast za krivičnu odgovornost proširiti sve do 21 godine jer je i proces maturacije promenjen i nastupa kasnije.⁹⁵ Pored toga, na veliki broj, posebno evropskih država, uticaj na oblikovanje zakonskih rešenja ostvaruju međunarodni i regionalni dokumenti koji regulišu materiju maloletničkog krivičnog prava, kriminaliteta i njegovog suzbijanja i prevencije.⁹⁶

Konačno, represivna kriminalna politika koristi se kao mehanizam kontrole ponašanja. U post-industrijskim društvima koja se baziraju na tržišnoj privredi sve je manje zahteva za ne kvalifikovanom radnom snagom što utiče i na porast nezaposlenosti među onima koji ne mogu da ispune kriterijume koji se zahtevaju za nova radna mesta. Sa druge strane, istraživanja potvrđuju povezanost između nezaposlenosti, siromaštva i anti-socijalnog i kriminalnog ponašanja. Kako tradicionalne institucije kao što su porodica i škola ne mogu ostvarivati kontrolu, pribegava se drugim represivnim mehanizmima. Statistički podaci pokazuju da oko 22% mladih u EU nema završeno srednjoškolsko obrazovanje, pri čemu je taj procenat viši (30%) u Italiji, Španiji i Velikoj Britaniji, a niži (15%) u Skandinaviji. U državama koje se pri tome suočavaju sa pristizanjem velikog broja migranata situacija se dodatno pogoršava ako se ima u vidu da je mladim migrantima još teže da ispune uslove koje diktira tržišna privreda.⁹⁷

92 S. Singer, *op.cit.*, 13–22.

93 U studiji koju je sproveo S. Singer sa saradnicima analiziran je uticaj Zakona o maloletnim učiniocima koji je 1978. godine donet u državi Njujork. Tim zakonom spuštena je starosna granica na 13 godina za ubistvo i na 14 godina za ostala nasilna krivična dela. Statistička analiza koja je obuhvatila i komparativne podatke o drugim uzrasnim kategorijama, kao i podatke o maloletničkom kriminalitetu u drugim državama nije dala osnova za zaključak da su ciljevi pomenutog zakona ostvareni. Navedeno prema: S. Singer, *op.cit.*, 152–164.

94 D. M. Bishop, S. H. Decker, *op.cit.*, 20.

95 F. Dünkel (2008), *op.cit.*, 255–260.

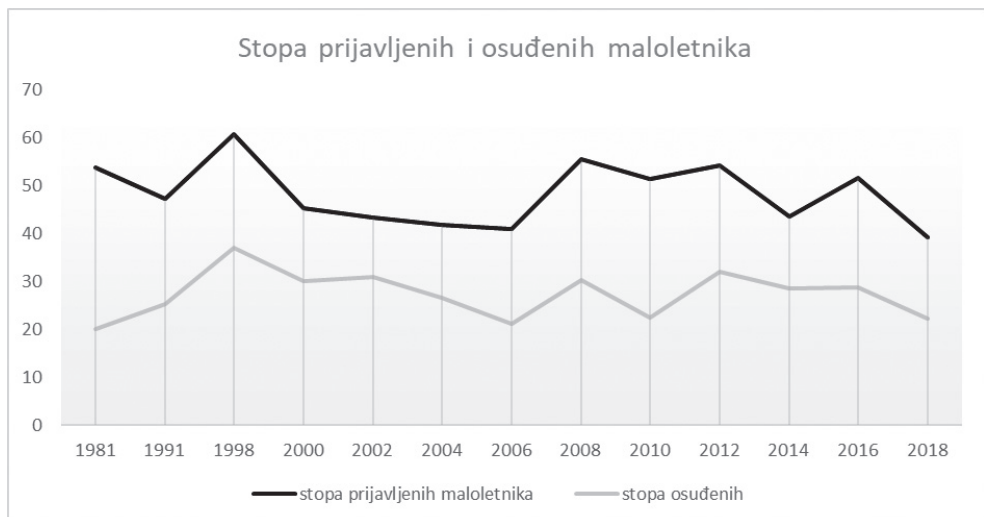
96 Vidi na primer Đ. Ignjatović, Međunarodni izvori prava izvršenja krivičnih sankcija prema nepunoljetnim licima – dokumenti Saveta Evrope, u: Đ. Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, br. 9, Beograd, 2019, 1–42.

97 J. Junger-Tas, *op.cit.*, 522–525.

4. SITUACIJA U SRBIJI

Posle izlaganja o evaluaciji različitih mera kriminalne politike u drugim državama postavlja se pitanje kakva je situacija u Srbiji? Najpre, činjenica je da je kretanje maloletničkog kriminaliteta poslednjih decenija stabilno i bez nekih većih oscilacija. Na takav zaključak upućuju zvanični statistički podaci. U apsolutnim pokazateljima ukupan broj maloletnika prijavljenih za učinjena krivična dela (1998–2018) kretao se od najmanje 2415 (2003) do najviše 4734 (1998). Prosek za tih dvadeset godina je oko 3460 prijavljenih maloletnika. Kod presuđenog kriminaliteta najmanji broj osuđenih maloletnika zabeležen je 2018. godine (1548), a najveći 1998. godine (2895). Prosečan broj je oko 2100 maloletnika. Apsolutni brojevi pokazuju i da je udeo maloletničkog kriminaliteta u ukupnom kriminalitetu u Srbiji stabilan i kreće se oko 5%. Pored apsolutnih pokazatelja, izračunavanjem stope prijavljenog i presuđenog maloletničkog kriminaliteta dobićemo detaljnije podatke. Na grafiku br. 1 predstavljena je stopa prijavljenih i osuđenih maloletnika u periodu od 1998–2018 s tim da su dodati i podaci za 1991. i 1981. godinu kako bi se videlo da li je pre tri odnosno četiri decenije bilo nekih upadljivih razlika. Podaci pokazuju da je stopa prijavljenih maloletnika, izuzev 1998. godine, počela da raste od 2006. godine da bi u poslednjih nekoliko godina opet bila zabeležena nešto niža stopa. Situacija je slična i sa stopom osuđenih maloletnika. Svakako, ovi podaci bi trebalo da se upotpune studijama o žrtvama i studijama samooptuživanja kako bi se dobila preciznija slika.

Grafik 1: Stopa prijavljenih i osuđenih maloletnika u Srbiji



Izvor: Republički zavod za statistiku

Što se tiče kriminalnopolitičkih mera, u Srbiji se manje pažnje posvećuje preventivnim programima, dok je znatno veći akcenat na primeni krivičnog prava. Preventivni programi se sprovode sporadično i uključuju predavanja u školama na temu maloletničkog prestupništva, organizovanje slobodnog vremena učenicima u škola-

ma, prevenciju narkomanije u zajednici, različite radionice i porodično savetovalište.⁹⁸ Nedavno je od strane Vlade osnovana i Komisija za sprečavanje narkomanije u školama. U Srbiji postoji na primer i program „Porodični savetnik“ koji je počeo da se primenjuje 2013. godine sa ciljem pružanja podrške porodicama u kojima postoji rizik od zanemarivanja/zlostavljanja deteta kao i drugim kategorijama kod kojih su socijalne službe već preduzele određene mere. Analiza učinka usluge porodičnog savetnika pokazala je da je program u većini slučajeva postizao napredak. Kada su u pitanju ponašanja vezana za maloletnički kriminalitet, program se u oko 2/3 slučajeva pokazao uspešnim (napredak i delimičan napredak) na planu redukovanja zloupotrebe droga i sukoba sa zakonom. Nešto manje uspeha je ostvareno na planu redukovanja zloupotrebe alkohola kao i nasilnog ponašanja. Sa druge strane, najveća pogoršanja evidentirana su na planu sprečavanja viktimizacije maloletnih lica kao i prosjačenja.⁹⁹

Što se maloletničkog krivičnog prava tiče, može se reći da od 1959. godine kada je status ovih prestupnika regulisan kao autonoman preovladava model blagostanja. U Nacrtu Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i zaštiti maloletnih lica u krivičnom postupku (u daljem tekstu Nacrt) ima određenih novina, ali iako neke ukazuju na crte pravosudnog modela u suštini se ne odstupaju u bitnoj meri od dosadašnjih rešenja sadržanih u Zakonu o maloletnim učiniocima i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Maloletniku se tako garantuju prava i osnovne slobode (čl. 2, st.1, tač.1 Nacrta) koje ne mogu biti manje od onih koja imaju punoletni učinioci krivičnih dela, dok se u tački 2 istog člana navodi da će se prilikom odlučivanja uzeti u obzir težina krivičnog dela, zrelost maloletnika, stepen razvoja, sposobnosti i lične sklonosti. Takođe, u delu kojim se regulišu vaspitne mere predviđena je izmena kod određivanja trajanja upućivanja maloletnika u vaspitno-popravni dom. Za razliku od predašnjeg rešenja po kome sudija nije u trenutku izbora ove zavodske vaspitne mere određivao tačno vreme njenog trajanja sada je propisano da će to učiniti. Na taj način se sprečava da maloletnik kome je izrečena vaspitna mera bude u lošijoj poziciji u odnosu na maloletnika kome je izrečena kazna maloletničkog zatvora, a upućivanje u vaspitno-popravni dom se na taj način približava sankcijama lišenja slobode.¹⁰⁰ Sa druge strane, neka nova rešenja predstavljaju u još većoj meri povoljniju situaciju za maloletnike. Tako Nacrt predviđa šire mogućnosti kod oportuniteta krivičnog gonjenja tako da sada javni tužilac može odustati od gonjenja za krivična dela za koja je predviđena kazna zatvora do 8 godina. To je na primer teška krađa za koju je u 2018. godini prijavljeno oko 15% svih maloletnih učinilaca.

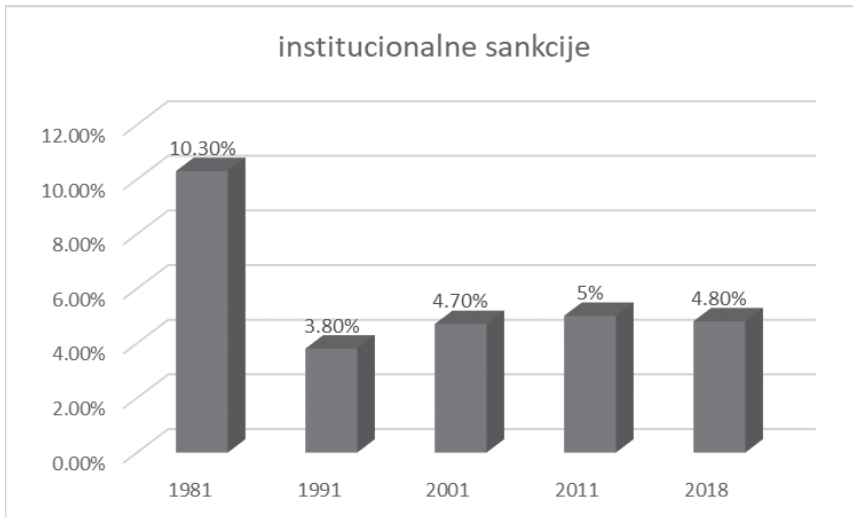
Primena modela blagostanja očigledna je i kada se radi o izricanju krivičnih sankcija. Na grafiku br. 2 takav pristup može se videti na udelu svih sankcija institucionalnog karaktera poslednjih decenija. Dok je 1981. godine njihov udeo bio oko 10%, u narednim godinama se smanjivao i po pravilu nije prelazio 5% svih izrečenih sankcija.

98 A. Jugović, M. Brkić, Socijalna zaštita i prevencija maloletničkog prestupništva: uloge, kontroverze i dobre prakse, *Godišnjak FPN*, 2010, 433–452.

99 Vidi: Pilotiranje usluge „Porodični savetnik“, Beograd, 2016, dostupno na: <https://www.unicef.org/serbia/publikacije/pilotiranje-usluge-porodi%C4%8Dni-saradnik-i-evaluacija-rezultata-pru%C5%BEanja-usluge-0> (pristup 28.4.2020).

100 M. Škuljić, Reforma maloletničkog krivičnog prava u Srbiji, u: I. Stevanović (ur.), *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd, 2015, 39–68.

Grafik 2: Udeo institucionalnih sankcija izrečenih maloletnim učiniocima krivičnih dela



Izvor: Republički zavod za statistiku

Ne može se reći da u Srbiji nije bilo stručnih mišljenja ili medijskih natpisa koji su zagovarali represivniji pristup maloletničkom kriminalitetu. Tako se na primer na osnovu jednog istraživanja u Srbiji navodi da su mladi generalno negativno predstavljeni u medijima i da se u skoro polovini svih analiziranih medijskih izveštavanja o mladima oni pojavljuju kao učinioci krivičnih dela i drugih kažnjivih dela ili akteri devijantnog ponašanja. Pri tome, mnogi naslovi upućuju na zaključak da su mladi sve nasilniji i sve gori.¹⁰¹ Za razliku od površnih medijskih natpisa koji su rukovođeni senzacionalizmom, stručna mišljenja, bazirana na statističkim podacima, su naročito u određenim vremenskim periodima ukazivala na porast maloletničkog kriminaliteta i prestupništva.¹⁰² Poslednjih godina ukazuje se i na porast krivičnih dela sa elementima nasilja što takođe potvrđuju statistički podaci (tako je na primer udeo maloletnika prijavljenih za krivična dela sa elementima nasilja 1981. godine iznosio 6,6%, 1991. godine oko 7%, 2001. godine 8%, 2011. godine 13,5% i 2018. godine 16%). Naravno, ovi podaci zaslužuju detaljniju analizu, ali je očigledno da porast nasilnih dela postoji. No, očigledno je da zakonodavac prema maloletnim učiniocima krivičnih dela zadržava isti pristup već decenijama, dok se represivni mehanizmi koriste za određene kategorije punoletnih učinilaca što uostalom potvrđuju i brojne izmene takvog karaktera u krivičnom pravu Srbije poslednjih godina. Moguće je takav pristup objasniti na nekoliko načina. Prvo, očigledno se smatra da kriminalitet maloletnika predstavlja fazu u odrastanju i da shodno tome treba zau-

101 B. Simeunović-Patić, Maloletničko prestupništvo i mladi u medijskim prezentacijama, u: Đ. Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji, 8.deo*, Beograd, 2018, 214–227.

102 Vidi na primer za period 60-ih godina M. Milutinović, *Kriminologija*, Beograd, 1990; Lj. Jovanović, Maloletnički kriminalitet u SR Srbiji u periodu 1959–1964 godine (sa posebnim osvrtom na srez Niš), *Zbornik radova Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*, 1965, 97–124.

zeti pristup koji isključuje etiketiranje, a što po nekim mišljenjima znači i humaniji pristup. Na taj način teži se sprečavanju vršenja krivičnih dela u budućnosti. Drugo, porast maloletničkog kriminaliteta i kada je zabeležen nije kontinuiran, odnosno postoje i periodi njegovog opadanja i stagnacije. Dalje, udeo maloletničkog u ukupnom kriminalitetu nije značajan. To je naročito slučaj sa teškim krivičnim delima sa elementima nasilja. Naposljetku, treba imati u vidu da u državama čiji su modeli maloletničkog krivičnog prava represivniji istovremeno postoji znatno više preventivnih programa u poređenju sa Srbijom.

ZAKLJUČAK

U određivanju i primeni kriminalnopolitičkih mera, shvaćenih u širem smislu, kriminološka saznanja bi trebalo da predstavljaju jedan od polaznih osnova. No, jasno je da jedno ograničenje u tom pravcu predstavljaju i sama kriminološka istraživanja. Da bi se kriminalnopolitičke mere mogle zasnivati na istraživanjima potrebno je da ona metodološki i teorijski budu fundirana. Zbog često oprečnih rezultata do kojih se u istraživanjima dolazi sprovode se meta-analize kako bi se ukazalo na zajedničke zaključke koji bi mogli predstavljati osnov za kriminalnu politiku.

U radu je ukazano na primere vankrivičnihopravnih i krivičnihopravnih mera koje se preduzimaju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Evaluacija njihove primene omogućava izvođenje određenih zaključaka pri čemu treba imati u vidu i potencijalna ograničenja. Naime, evaluativna istraživanja mogu se sprovesti na različite načine (to ne mora biti samo eksperimentalni model)¹⁰³, mogu ih sprovesti različiti subjekti, a primeri evaluacija navedenih u radu ukazuju i na druge probleme: odabir i reprezentativnost uzoraka, određivanje ključnih pojmova kao što je na primer recidivizam, odluka o vremenu u kome će se pratiti rezultati, pitanje kako proceniti rezultate ukoliko nije došlo do redukovanja kriminaliteta ali jeste došlo do manje zastupljenosti devijantnih ponašanja koja su povezana sa kriminalitetom (npr.alkoholizam) itd. U literaturi se zbog toga navodi da pored evaluacije rezultata programa, sve su češća evaluativna istraživanja procesa koja su usmerena na analizu svih stadijuma i elemenata postupka koji treba da se primene kako bi se postigao uspeh. Konačno, postoje i evaluacije odnosa troškova/ishoda kojima se utvrđuje odnos između postignutih rezultata i preduzetih mera.

Uz pomenute rezerve, evaluacije kriminalnopolitičkih mera koje se preduzimaju u odnosu na kriminalitet maloletnika pokazuju da više uspeha imaju vankrivičnihopravne mere. Svakako, i rezultati ovih evaluacija nisu usaglašeni, neki programi su pokazali manje, neki više uspeha, ali je ocena u poređenju sa krivičnihopravnim merama pozitivnija. Sa druge strane, među krivičnim sankcijama uspešnijim na planu sprečavanja recidivizma pokazale su se sankcije neinstitucionalnog karaktera. Interesantno je da ni skretanje krivičnog postupka, koje zapravo podrazumeva izostanak krivične sankcije, nije imalo uspeha u poređenju sa primenom krivičnih sankcija na kasniji recidivizam. Međutim, kod evaluacije krivičnihopravnih mera moraju se uzeti i druge okolnosti. Naime, naročito kada su maloletnici u pitanju u

gotovo svim pravnim sistemima primena institucionalnih mera predstavlja krajnje sredstvo kojim se reaguje na učinjeno krivično delo. Zbog toga ni populacija maloletnika u odnosu na koje se odustaje od krivičnog gonjenja nije ista kao populacija maloletnika kojima je izrečena mera institucionalnog karaktera. Recidivizam nije rezultat isključivo primenjene krivične sankcije, već i brojnih drugih ličnih i društvenih uslova.

Interesantan je i odnos kretanja kriminaliteta maloletnika i zakonskih izmena kojima se on reguliše. Po mišljenjima pojedinih autora izmene u zakonskom reaganju su cikličnog karaktera i smenjuju se nevezano za kretanje kriminaliteta. No, ako takva tvrdnja može važiti za SAD, ne znači da je situacija ista u svim zemljama. Analiza uporednopravnih rešenja pokazuje da je u mnogim evropskim državama, uz manje modifikacije, i dalje prihvaćen tzv. model blagostanja. Isto tako, bez obzira na snižavanje starosne granice za krivičnu odgovornost kao i predviđanje mogućnosti suđenja maloletnicima pred krivičnim sudovima za punoletna lica u pojedinim pravnim sistemima, veliki broj država decenijama nije odstupio od svojih zakonskih modela i prihvatio slična represivna rešenja. To je uostalom i situacija u Srbiji i rešenjima maloletničkog krivičnog prava koja od njegovog formiranja kao autonomnog nisu bitno modifikovana. Zbog toga ima opravdanja složiti se sa mišljenjima po kojima je posezanje za krivičnim pravom u regulisanju maloletničkog kriminaliteta rukovođeno potrebom ostvarivanja legitimnosti krivičnog pravnog sistema ili kontrole određene kategorije maloletnih učinilaca krivičnih dela. To sa druge strane ne znači da se ne ulaže u preventivne programe. Naprotiv, za takvu aktivnost vrlo često postoji i podrška građana.

Na kraju, postavlja se pitanje da li i koliko prostora ostaje za kriminologiju u kreiranju kriminalnopolitičkih mera prema ovoj kategoriji učinilaca? Odgovor na ovo pitanje bi, bez obzira na navedena razmatranja, trebalo da bude pozitivan. Bez kriminoloških saznanja o faktorima koji se nesporno dovode u vezu sa maloletničkim kriminalitetom ne bi bilo moguće adekvatno osmišljavanje potrebnih programa. Kazneni populizam je posebno od početka 90-ih godina prisutan u mnogim državama i to ne samo u odnosu na maloletne učinioce krivičnih dela. Pod pritiskom javnosti kao i medija usvajaju se rešenja koja ne moraju odgovarati stvarnim kretanjima maloletničkog kriminaliteta. Uostalom, i istraživanja potvrđuju da građani „precenjuju“ rasprostranjenost kriminaliteta generalno a glavne krivce takvog stanja vide u organima formalne socijalne kontrole i blagoj kriminalnoj politici.¹⁰⁴ Sa druge strane, represivnija zakonska rešenja ne moraju značiti i promene na planu primene krivičnih sankcija. Sudovi, tužilaštva i policija imaju uvek na raspolaganju diskreciona ovlašćenja koja omogućavaju selekciju prestupnika za odustanak od krivičnog progona ili primenu blažih i strožih krivičnih sankcija. Za manji broj onih koji vrše teška krivična dela postoje represivnije opcije koje će istovremeno omogućiti zadovoljenje javnosti, jačanje legitimnosti organa krivičnog progona, dok će primena institucionalnih mera omogućiti kontrolisanje maloletnih prestupnika dok su lišeni slobode. Ako upravo kriminološka istraživanja pokazuju da se ne možemo osloniti na zatvaranje u redukovanju recidivizma, ništa se po mišljenju subjekata koji od-

104 T. J. Bernard, M.C. Kurlychek, *op.cit.*, 20–26.

lučuju o izmeni zakonskih rešenja neće promeniti ako izrečena kazna bude nešto duža, a pri tome budu ostvareni drugi pomenuti ciljevi. A zakonske izmene su uvek brže, jednostavnije i jeftinije rešenje u odnosu na promenu socijalnih i ekonomskih činilaca koji značajno generišu maloletnički kriminalitet.

LITERATURA

- H. J. Albrecht, *Synthesis Report*, in: H. J. Albrecht, M. Kilchling, E. Braun (eds.), *Criminal Preventive Risk Assessment in the Law-Making Procedure*, Freiburg, 2002.
- H. J. Albrecht, Internationale Tendenzen in der Entwicklung des Jugendstrafrechts, in: B. Dollinger, H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität, Kriminologie und Socialpädagogik im Dialog*, Wiesbaden, 2010.
- R. Anhorn, Von der Gefährlichkeit zum Risiko – Zur Genealogie der Lebensphase „Jugend“ als soziales Problem, in: B. Dollinger, H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität, Kriminologie und Socialpädagogik im Dialog*, Wiesbaden, 2010.
- T. J. Bernard, M.C. Kurlychek, *The Cycle of Juvenile Justice*, Oxford, 2010.
- D. M. Bishop, S. H. Decker, Punishment and Control: Juvenile Justice Reform in the USA, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008.
- L. M. Brennan, D. S. Shaw, Prenatal and Early Childhood Prevention of Antisocial Behavior, in: M. D. Krohn, J. Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015.
- K. Brückmiller, Austria: A Protection Model, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008.
- R. Canton, J. Yates, Applied Criminology, in: B. Stout, J. Yates, B. Williams (eds.), *Applied Criminology*, London, 2008.
- W. T. Church, D. W. Springer, A. R. Roberts, *Juvenile Justice Sourcebook*, Oxford, 2014.
- M. Čubinski, *Kriminalna politika*, Beograd, 1937.
- C. Van Dijk, E. Dumortier, C. Eliaerts, Survival of the Protection Model? Competing Goals in Belgian Juvenile Justice, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008.
- F. Dünkel, Juvenile Justice in Germany, Between Welfare and Justice, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008.
- F. Dünkel, Juvenile Justice Systems in Europe – Reform Developments between justice, welfare and “new punitiveness”, *Kriminologijos studijos*, n. 1, 2014.
- P. Ekblom, *Crime Prevention, Security and Community Safety Using the 5Is Framework*, Basingstoke, 2011.
- A. Garcia, Community-Based Sanctions and Juveniles: What works, What Does Not and What Looks Promising?, in: M. D. Krohn, J. Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015.
- L. Gearart et al, The Effects of Early Prevention Programs for Families with Young Children at Risk for Physical Child Abuse and Neglect: A Meta-Analysis, *Child Maltreatment*, vol. 9, n. 3, 2004.
- D. Gilling, *Crime Prevention, Theory, policy and politics*, London, 1997.
- B. Glick, Institutionalization and Treatment, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008.

- B. Goldson, J. Yates, Youth Justice Policy and Practice: Reclaiming Applied Criminology as Critical Intervention, in: B. Stout, J. Yates, B. Williams (eds.), *Applied Criminology*, London, 2008.
- H. Göppinger, *Kriminologie*, München, 2008.
- G. D Gottfredson et al, School Climate Predictors of School Disorder: Results from a National Study of Delinquency Prevention in Schools, *Journal of Research of Crime and Delinquency*, vol. 42, n. 4, 2005.
- J. Graham, C. Moore, Beyond Welfare Versus Justice: Juvenile Justice in England and Wales, in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008.
- P. W. Greenwood, Prevention and Intervention Programs for Juvenile Offenders, *The Future of Children*, vol. 18, n. 2, 2008.
- J. Hine, Applied Criminology: Research, Policy and Practice, in: B. Stout, J. Yates, B. Williams (eds.), *Applied Criminology*, London, 2008.
- Đ. Ignjatović, Evaluativna istraživanja u kriminologiji, u: Đ. Ignjatović (ur.), *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja III*, Beograd, 2009.
- Đ. Ignjatović, Izvršenje vanzavodskih krivičnih sankcija i mera, u: Đ. Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, br. 3, Beograd, 2013.
- Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2018.
- J. M. Jenson, M. O. Howard, Youth Crime, Public Policy and Practice in the Juvenile Justice: Recent Trends and Needed Reforms, *Social Work*, vol. 43, n. 4, 1998.
- H. H. Jeschek, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996.
- Lj. Jovanović, Maloletnički kriminalitet u SR Srbiji u periodu 1959–1964 godine (sa posebnim osvrtom na srez Niš), *Zbornik radova Pravno-ekonomskog fakulteta u Nišu*, 1965.
- A. Jugović, M. Brkić, Socijalna zaštita i prevencija maloletničkog prestupništva: uloge, kontroverze i dobre prakse, *Godišnjak FPN*, 2010.
- J. Junger-Tas, Trends in International Juvenile Justice: What Conclusions Can be Drawn? in: J. Junger-Tas, S. H. Decker, *International Handbook of Juvenile Justice*, New York, 2008.
- S. P. Lab, *Crime Prevention*, New Providence, 2010.
- J. Lane, Juvenile Delinquency and Justice Trends in the USA, in: M.D. Krohn, J. Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015.
- G. Laycock, N. Tilley, Implementing Crime Prevention, *Crime and Justice*, n. 19, 1995.
- M. W. Lipsey, The Primary Factors that Characterize Effective Interventions with Juvenile Offenders: A Meta-Analytic Overview, *Victims and Offenders*, n. 4, 2009.
- N. Lukić, Kriminalitet maloletnica u Beogradu – studija o identifikaciji podgrupa, *Crimen*, br. 3, 2019.
- M. Milutinović, *Kriminalna politika*, Beograd, 1984.
- M. Milutinović, *Kriminologija*, Beograd, 1990.
- J. Muncie, *Deconstructing Criminology*, Criminal Justice Matters, n. 1, vol. 34, 1998/99.
- H. Ostendorf, Strafverschärfungen im Umgang mit Jugendkriminalität, in: B. Dollinger, H. Schmidt-Semisch (Hrsg.), *Handbuch Jugendkriminalität, Kriminologie und Socialpädagogik im Dialog*, Wiesbaden, 2010.
- A. Petrosino, C. Turpin-Petrosino, S. Guckenburg, Formal System Processing of Juveniles: Effects on Delinquency, *Cambell Systematic Reviews*, 2010.
- Lj. Radulović, *Kriminalna politika*, Beograd, 1999.
- V. Rajah, R. Kramer, H. Sung, The Mis-Synchronization of Juvenile Reform, *British Journal of Criminology*, vol. 55, n. 1, 2015.

- J. V. Ray, K. Childs, Juvenile Diversion, in: M. D. Krohn, J. Lane (eds.), *The Handbook of Juvenile Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2015.
- C. Roberson, *Juvenile Justice, Theory and Practice*, Boca Raton, 2010.
- C. Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973.
- J. P. Ryan, L. S. Abrams, H. Huang, First-Time Violent Juvenile Offenders: Probation, Placement and Recidivism, *Social Work Research*, vol. 38, n. 1, 2014.
- H. D. Schwind, Zur Kriminalpolitischen Lage in der Bundesrepublik Deutschland, in: H.D. Schwind, F. Berckhauer, G. Steinhilper (Hrsg.), *Präventive Kriminalpolitik*, Heidelberg, 1980.
- H. D. Schwind, *Kriminologie*, Heidelberg, 1995.
- D. J. Shoemaker, *Juvenile Delinquency*, Lanham, 2013.
- L-J. Siegel, B. C. Welsh, *Juvenile Delinquency*, Belmont, 2008.
- B. Simeunović-Patić, Maloletničko prestupništvo i mladi u medijskim prezentacijama, u: Đ. Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, 8. deo, Beograd, 2018.
- S. Singer, *Recriminalizing Delinquency, Violent Juvenile Crime and Juvenile Justice Reform*, Cambridge, 1996.
- B. Stout, K. Clamp, Applied Criminology and Criminal Justice, in: J. D. Wright (ed.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Oxford, 2015.
- C. J. Sullivan, E. Latessa, The Coproduction of Outcomes: An Integrated Assessment of Youth and Program Effects o Recidivism, *Youth Violence and Juvenile Justice*, n. 3, 2011.
- M. Škulić, *Maloletničko krivično pravo*, Beograd, 2011.
- M. Škulić, Reforma maloletničkog krivičnog prava u Srbiji, u: I. Stevanović (ur.), *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja*, Beograd, 2015.
- H. A. Wilson, R. D. Hoge, Diverting Our Attention to What Works: Evaluating the Effectiveness of a Youth Diversion Program, *Youth Violence and Violence Justice*, n. 4, 2012.
- H. Zipf, *Kriminalpolitik*, Heidelberg, 1980.

Natalija Lukić

Faculty of Law, University of Belgrade

EVALUATION OF PENAL POLICY MEASURES IN RESPECT TO JUVENILE CRIME

SUMMARY

This paper aims to analyse certain issues from the scientific field of juvenile penal policy. First and foremost, the author examines different approaches to crime prevention. Concepts of crime prevention, penal policy and crime control are compared from the perspectives of foreign and national authors. Also, the author points to interrelation of criminology and penal policy with special regard to applicative criminology.

Furthermore, the paper presents evaluation of programmes aimed at juvenile crime prevention and suppression. These programmes are divided into two groups: extralegal and criminal law measures. Analysis of evaluations shows that the first type of measures has had better results. These include prenatal and early childhood prevention programmes, school-based prevention and prevention of drugs and alcohol abuse. In regard to criminal

law measures the author presents evaluation of juvenile diversion in criminal proceedings and evaluation of most of the penal sanctions. The results show that the most effective are community sanctions that include various treatments such as functional family treatment and multisystemic therapy.

Finally, the third part of the paper deals with the question of different approaches in juvenile penal policy – from the welfare to the justice model. In some countries, especially in the last few decades, repressive juvenile justice policies have been adopted. On the other hand, apart from the juvenile crime trends other explanations for this approach have been characterized as more important – public opinion, media presentation of juvenile crime and the use of criminal law as a control mechanism, migrations and social changes in post-industrial society. The conclusion is that these circumstances are of greater importance in creation of juvenile penal policy than crime trends and research evaluations of measures for prevention and suppression of juvenile crime.

Juvenile crime trends in Serbia do not show great oscillations in past two decades. Share of juvenile crime has been approximately 5% of all registered criminal offences in the same period. Serbian juvenile criminal law was created as autonomous system in 1959 and since then it hasn't changed significantly. The Serbian juvenile legislation basically presents an example of welfare model and the same is true for the penal policy of juvenile courts.

Key words: juvenile crime, penal policy, evaluation, criminological knowledge.

Jovana Banović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

JEDAN OSVRT NA NOVELE KRIVIČNOG ZAKONIKA (2019) – USLOVNA OSUDA I (VIŠESTRUKI) POVRAT

Apstrakt: Predmet rada je analiza novela opšteg dela Krivičnog zakonika u domenu krivičnih sankcija – uslovne osude, povrata i ponovno uvedenog instituta višestrukog povrata. U smislu kakve-takve jednoobraznosti u „praktičnoj upotrebi“, pohvalno je što je zakonodavac, kada je već došlo do izmena, ovaj put pokušao da reaguje izmenom opštih odredaba, a ne kao što je do sada bila praksa – podizanjem posebnih minimuma i maksimuma za odabrana krivična dela. Autor iznosi razloge za ovu intervenciju navodeći teorijske stavove koji u nekim slučajevima dovode u pitanje efikasnost usvojenih rešenja i pruža kratku analizu dosadašnje prakse pravosudnih organa u njihovoj primeni. Osim što su navedene novele okrenute ka jačoj represiji i delom predstavljaju prihvatanje punitivnih težnji šire zajednice, postoje i neka sporna pravnodogmatska pitanja na koja će konkretan odgovor tek biti dat (delotvornost suženog opsega za izricanje uslovne osude na planu prevencije, opravdanost strožeg kažnjavanja zbog ranijih osuda, te neka potencijalno sporna pitanja pred kojima će se naći praksa).

Ključne reči: uslovna osuda, povrat, višestruki povrat, novele, represija.

UVOD

Usvajanje Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika – ZID KZ¹ 21. maja 2019. godine, a koje su stupile na snagu 1. decembra iste godine, pratila je velika medijska pažnja. Ta „popularnost“ se uglavnom odnosila na uvođenje kazne doživotnog zatvora u sistem sankcija i obilovala je raznim stručnim i laičkim raspravama. Iako krivična dela u pogledu kojih dolazi u obzir izricanje kazne doživotnog zatvora mahom predstavljaju najozbiljnije povrede zaštićenih dobara, ona, na svu sreću, nisu toliko česta.² Ono što je, međutim, za svakodnevni rad pravosudnih organa nešto bitnije, jesu odredbe koje su u praksi zastupljene u većoj meri – mere upozorenja i to pre svega uslovna osuda, kao i one koje se odnose na odmeravanje

* istraživač-pripravnik, jovanabanovic@gmail.com.

1 „Sl. Glasnik RS” br. 35/2019.

2 Tako npr. prema podacima Republičkog zavoda za statistiku o pravnosnažnim osudama, tokom 2018. godine za teško ubistvo je osuđeno 67 lica, pri čemu troje na kaznu zatvora od 30 do 40 godina; za silovanje je osuđeno 25 lica, nijedno na najstrožu kaznu, jedno lice na kaznu zatvora od 15 do 20 godina i tri lica na kaznu zatvora od 10 do 15 godina. Sa druge strane, u strukturi izvršenih krivičnih dela za tešku krađu osuđena su 3022 lica, za prevaru 722, utaju 193 itd. Republički zavod za statistiku /2019/: *Bilten br. 653*, Beograd, pp. 63–68.

kazne, naročito sada kada sud ima zakonsku obavezu da u određenim slučajevima izriče strože kazne.³ Deluje kao da su ove izmene u javnosti prošle neopaženo (sem jedne floskule karakteristične za ceo set novela – da će se učinioci krivičnih dela u budućnosti teže sankcionisati). Realno je očekivati da će zakonodavac ovakvom reakcijom uticati na promenu kursa kažnjavanja i nastaviti trend zaoštavanja kaznene reakcije započet 2009. godine.⁴ Čini se da je ovaj put oštija primena krivičnih odredaba nešto izvesnija upravo zbog obligatornog dejstva pojedinih normi koje je zakonodavac nametnuo novim rešenjima u opštem delu (ograničavanje uslovne osude na krivična dela ispod osam godina zatvora, povrat kao obavezna otežavajuća okolnost ili višestruki povrat).

U radu ćemo nastojati da razmotrimo opravdanost razloga za izmenu Krivičnog zakonika – KZ⁵ na planu krivičnih sankcija, izvršimo analizu važećih normi kroz neke teorijske i praktične aspekte i ukažemo na moguće probleme u njihovoj primeni (koliko će stroža pravila „usloviti“ uslovnu osudu, koje osude se računaju u „raniju“ prilikom odmeravanja strože kazne zbog (višestrukog) povrata, pored ostalog, i u smislu *lex praevia* segmenta načela zakonitosti, ali u jednom ekstenzivnom kontekstu koji se graniči sa analogijom).

Interesovanje za tematiku kažnjavanja⁶ je nešto što je neodvojivo od krivičnog prava pa se u teoriji čak pomalo šaljivo ističe da je za javnost i učinioce važnije što poznaju nekoga ko je „dobio“ tri godine zatvora, nego da znaju sadržinu zakonskih propisa koji se primenjuju na njihovo delo.⁷

Sistematika rada će odstupiti od redosleda iz teksta KZ. „Prostorna prednost“ će biti data uslovnoj osudi kao jednoj od najčešće izricanih krivičnih sankcija⁸, da bi nakon izlaganja o ovoj meri upozorenja, usledilo razmatranje koje spada u opus odredaba o odmeravanju kazne.

1. USLOVNA OSUDA

1.1. O razlozima izmena

Uslovna osuda je krivična sankcija koja se na bazi dostignuća savremenog krivičnog prava javlja kao pogodna zamena za kratkotrajne kazne lišenja slobode, a ko-

3 Ovo se osobito odnosi na pojedina krivična dela koja se po pravilu najviše pojavljuju u postupanju tužilaštava i sudova kao što su: krađa, neovlašćeno držanje opojnih droga, laka telesna povreda, ugrožavanje javnog saobraćaja.

4 Z. Stojanović /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva, *Crimen*, n°2, p. 126.

5 „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

6 Termin „kažnjavanje“ je na ovom mestu upotrebljen u svakodnevnom značenju bez pravljenja pojmovne preciznosti svojstvene krivičnom pravu u smislu kazne (kao užeg pojma) i krivične sankcije (kao šireg pojma).

7 Tako: N. Padfield /2012/: *Criminal Law*, Oxford University Press, p. 11.

8 D. Kolarić /2019/: Krivični zakonik i (ne)adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (sadašnje stanje i nova rešenja), *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, LIX Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor, p. 36

jom se na valjan način može postići opšta svrha krivičnih sankcija.⁹ To bi trebalo da budu *lakša* krivična dela, jer se samo kod njih može ostvariti svrha uslovne osude propisana čl. 64 KZ da se „prema učiniocu lakšeg krivičnog dela ne primeni kazna kad se može očekivati da će upozorenje uz pretnju kazne dovoljno uticati na učinio-oca da više ne vrši krivična dela“. Ovo je ipak apstraktno pravilo koje je omeđeno sa tri ograničenja objektivne prirode: da se može izreći kada je učiniocu utvrđena ka- zna zatvora u trajanju manjem od dve godine, da se ne može izreći u pogledu onih krivičnih dela za koja se može izreći kazna zatvora od osam godina ili teža i ukoliko nije proteklo više od pet godina od pravnosnažnosti osude kojom je učiniocu izre- čena kazna zatvora ili uslovna osuda za umišljajno krivično delo.¹⁰

Obrazloženje predlagača zakona za izmene odredaba o uslovnoj osudi je su- marno i odnosi se na usklađivanje Krivičnog zakonika sa Zakonikom o krivičnom postupku – ZKP¹¹ ograničavajući izricanje uslovne osude samo na ona krivična dela za koja je predviđen skraćeni postupak.¹² Na ovom mestu ćemo primetiti da je izostalo obrazloženje za još jedno limitiranje, a to je da se sada uslovna osuda ne može izreći ako nije proteklo više od pet godina od pravnosnažnosti osude kojom je učiniocu izrečena *uslovna osuda za umišljajno krivično delo* (do sada se ovaj uslov primenjivao samo ako nije proteklo navedeno vreme od osude kojom je izrečena kazna zatvora).

Gledano sistemski, ideja ovog usklađivanja nije bez osnova jer se njime pravi još odsečnija razlika između dva postupka: redovnog i skraćenog. Oni, pored raz- ličitih optužnih akata: optužnog predloga ili optužnice i preduzimanja dokaznih radnji ili istrage, sada i na planu sankcionisanja imaju veći (skraćeni postupak) ili manji (redovni postupak) izbor krivičnih sankcija na raspolaganju.

Međutim, zakonodavac ipak nije bio potpuno dosledan u ovom usaglašavanju dva zakonika. Naime, izricanje uslovne osude dolazi u obzir u pogledu krivičnih dela za koja se može izreći kazna zatvora od 30 dana do sedam godina i 11 meseci. Sa druge strane, skraćeni postupak se vodi za krivična dela za koja je propisana nov- čana kazna ili kazna zatvora *do* osam godina. Iako nije dug period, mesec dana je ona razlika koja je pokvarila intenciju ovog „zakonskog puritanstva“. Na ovaj način je zona primene uslovne osude sužena, možda i više od prvobitne namere donosi- oca ZID KZ, a koliko će to brojčano uticati na politiku kažnjavanja najbolje će se videti poređenjem statističkih izveštaja iz prethodnih godina sa onim iz godina koje dolaze.

9 I. Đokić /2005/: Uslovna osuda, *Harmonius*, p. 190. Uz to, i u Nemačkoj je već tokom 80-ih godi- na prošlog veka primećena šira primena „obustava“ zatvorskih kazni zahvaljujući novčanoj kazni i drugim merama. Vid. H. J. Albrecht /2013/: Sentencing in Germany: Explaining Long-term Sta- bility in the Structure of Criminal Sanctions and Sentencing, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, n°1, p. 229.

10 Z. Stojanović /2020a/: *Krivično pravo – opšti deo*, p. 350. Subjektivni, odn. uslovi vezani za učinio- ca (ličnost, raniji život, ponašanje posle izvršenog krivičnog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je delo učinjeno) propisani su u čl. 66 st. 4 KZ.

11 „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

12 Obrazloženje Nacrta ZID KZ od 22. aprila 2019. <https://www.mpravde.gov.rs> › Obrazloženje iz- mena KZ-22.4.2019.docx, 28. mart 2020. godine.

1.2. Zakonske intervencije – sumarna analiza

1.2.1. Zabrana izricanja – zaprećena kazna zatvora od osam godina ili teža (čl. 66 st. 2 KZ)

Dosadašnje rešenje KZ je ograničavalo primenu uslovne osude na krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora ispod 10 godina. Poslednjim izmenama, ova lestvica je spuštena na krivična za koja se može izreći zatvor ispod osam godina. Ova odredba je legislativno tehnički formulisana u formi zabrane („ne može se izreći“). Na ovaj način je iz primene isključen jedan broj krivičnih dela i u svrhu grube (i time nedovoljno precizne) prognoze dejstva ovakvog propisa, razmotrićemo podatke o osuđujućim presudama za 2019. godinu na teritoriji mesne nadležnosti Prvog osnovnog suda u Beogradu za neka od učestalijih krivičnih dela koja se javljaju u postupanju pravosudnih organa, a za koja se može izreći kazna zatvora između osam godina i devet godina i 11 meseci (koja dela su novom odredbom „diskvalifikovana“).¹³

Tabela 1 – prikaz odnosa izrečene uslovne osude i kazne zatvora za pojedina krivična dela

Krivično delo	Osuđujuće presude	Izrečene kazne zatvora	Izrečene uslovne osude
Teška krađa (čl. 204)	299	157	142
Prevara (čl. 208)	54	29	25
Građenje bez građevinske dozvole (čl. 219a)	13	/ ¹⁴	12
Izazivanje opšte opasnosti (čl. 278)	7	1	6
Teška dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja (čl. 297)	42	7	35

Kako vidimo, učešće uslovne osude u strukturi pojedinih krivičnih dela koja su potencijalno „pogođena“ ovim zakonskim rešenjem je znatno. Čak i onde gde je visok udeo izrečenih kazni zatvora, postoji skoro jednak broj uslovnih osuda, a to ukazuje na važnost konkretnog ostvarenja krivičnog dela. Tako, iako se, primera radi Teška krađa može smatrati srednje teškim delom, njome imovina kao zaštitini objekt nekada može biti povređena u toj meri da je reagovanje zatvorskom kaznom neophodno, a nekada, pak, može biti ostvarena u tako blagom obliku da je za ostvarivanje specijalno preventivnih efekata dovoljno izreći uslovnu osudu.¹⁵

13 Statistički podaci Prvog osnovnog javnog tužilaštva u Beogradu, Pi. Br. 12/20 od 06.02.2020. godine. Ovde je neophodno staviti jednu rezervu. Nedostatak prikazanih podataka u cilju oblikovanja jasnijih pretpostavki o efektima novouvedenog ograničenja je u tome što se u njihovoj strukturi ne pravi razlika između osnovnih, kvalifikovanih i privilegovanih oblika, pa postoji mogućnost da se u okviru jednog krivičnog dela za jedan oblik *in abstracto* može izreći uslovna osuda, a za drugi ne, te se na osnovu statističke evidencije ne vidi za koji oblik je izrečena uslovna osuda (jer se ne vidi konkretan raspon kazne). Izostali su podaci o krivičnom delu Teška telesna povreda usled tehničke omaške za koju odgovornost snosi isključivo autor.

14 Izrečena je jedna novčana kazna.

15 Primera radi, za krađu javnog uređaja (poklopca od šahte za vodovod i kanalizaciju, cevi i sl), učinocu, možda sakupljaču sekundarnih sirovina, bezizuzetno mora biti izrečena kazna zatvora, bez obzira na raniju (ne)osuđivanost (čl. 204 st. 3 KZ).

Da je uslovna osuda jedna od mera koju praksa rado koristi kao zamenu za kaznu zatvora, ilustrovaćemo poređenjem sa brojem izrečenih kazni zatvora tokom 2018. godine. Prema evidenciji Republičkog zavoda za statistiku, na kaznu zatvora pravnosnažno je osuđeno 29750 lica, od čega na zatvorske kazne između dva meseca i 10 godina 7357 lica (od čega na kaznu zatvora od pet do 10 godina 125 lica¹⁶). Sa druge strane, uslovna osuda je izrečena u 16880 presuda.¹⁷ Davanje prednosti meri upozorenja onda kada je to moguće je značajno iz više razloga: krivično pravo bi i u primeni trebalo da ostvaruje svoj *ultima ratio* karakter¹⁸; neophodno je omogućiti individualizaciju kazne spram konkretno ostvarenog krivičnog dela i konkretnog učinioca s obzirom na posledice dela i njegovu ličnost (kako predviđaju i odredbe KZ), koja mogućnost se sa svakim dodatnim zakonskim ograničenjem smanjuje; potom, ne treba prenebregnuti ni problem prenaseljenosti zatvora¹⁹ (iako to, jasno, ne treba da bude vodilja sudijima prilikom izricanja krivične sankcije iz prostog razloga što taj rezon nije u skladu sa načelom individualne i subjektivne odgovornosti – princip krivice). Osim toga, ne treba zanemariti ni fenomen tzv. zatvorskog paradoksa po kom zatvaranje ima mali, a katkad i nikakav efekat na vršenje nasilničkih dela, dok svoju svrhu kudikamo više ostvaruje u domenu imovinskog i ostalog nenasilnog kriminaliteta (npr. u vezi sa opojnim drogama).²⁰

Iako je po slovu zakona sužen obim krivičnih dela kod kojih je moguće izreći uslovnu osudu, čini se da će, efektivno, najviše „pogoditi“ učinioce Teške krađe²¹, dok kod ostalih krivičnih dela ovo zaoštavanje ne bi trebalo da bude zastupljeno u većoj meri. Međutim, i ako na trenutak ostavimo po strani statistiku, i dalje figurira problem težnje ka prevenciji ili represiji. U tom smislu ćemo istaći jedan teorijski stav koji navodi Vuković izlažući o Hornovom učenju prema kome otežavajuće i olakšavajuće okolnosti imaju značaj kod utvrđivanja visine kazne i tada je dominantna represivna struja, dok prevencija utiče na izbor sankcije i to dajući upravo primer odabira uslovne osude umesto kazne zatvora.²² Selekcija sankcija je nakon ove zakonodavne intervencije *de facto* (i *de iure*) redukovana, pa ostaje otvoreno pitanje kako će se u nekim, pa makar i izolovanim slučajevima ostvarivati svrha kažnjavanja kada zbog obaveznih uslova nije moguće razmatrati nijednu drugu sankciju do kazne zatvora.

-
- 16 Ovaj podatak je posebno istaknut zbog toga što se jednim delom odnosi na aktuelne izmene KZ u vezi sa ograničavanjem uslovne osude. Republički zavod za statistiku /2019/: *op. cit.*, pp. 64–65.
- 17 Uz istu rezervu datu u fn. 12, navešćemo da je za Tešku krađu broj izrečenih uslovnih osuda 1304, Prevaru 392, Građenje bez građevinske dozvole 103, Izazivanje opšte opasnosti 126. Republički zavod za statistiku /2019/: *ibid.*, pp. 71–73.
- 18 Jareborg ističe značaj stepenovanja sankcija u slučajevima kada je njihovu svrhu moguće postići primenom manje oštih mera. Ovaj autor *ultima ratio* karakter uzdiže na rang meta-načela koje supsumira nekoliko razloga primenjivih u kriminalizaciji određenih ponašanja, a onda posredno, i prilikom kažnjavanja – svrhu zaštite, korisnost i humanost. N. Jareborg /2005/: *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2, p. 524. i p. 534.
- 19 A. Ilić /2011/: *Prenaseljenost zatvora – fenomenološki i etiološki aspekti*, *Crimen*, n°2, pp. 248–250.
- 20 D. Stemen /2017/: *The Prison Paradox: More Incarceration Will Not Make Us Safer*, *Vera Evidence Brief*, p. 2.
- 21 Vid. Z. Stojanović /2020a/: *op. cit.*, p. 350, fn. 69.
- 22 I. Vuković /2014/: *Svrha kažnjavanja kao kriterijum odmeravanja kazne – u: Kaznena reakcija u Srbiji* (Ignjatović Đ., ed.), p. 163 i fn. 47.

1.2.2. *Zabrana izricanja – pet godina od pravnosnažnosti osude kojom je izrečena uslovna osuda za umišljajno krivično delo (čl. 66 st. 3 KZ)*

Ovaj uslov je novina koja je ostala bez obrazloženja predlagača, ali koja se može pripisati represivnim stremljenjima našeg zakonodavca. Uprkos tome što su krivična dela za koja je izrečena uslovna osuda po pravilu lakša (što je zakonski epitet), KZ ih izjednačava sa osudom na kaznu zatvora. Donekle je ovo neopravdano poistovećivanje ublaženo time što se zahteva da se radi o uslovnoj osudi za *umišljajno* krivično delo koje po prirodi traži teži prekor.²³ Iako je isključenje uslovne osude u odnosu na određene kategorije lica uobičajeno, suštinski, ovo dopunsko rešenje dosta podseća na odredbe o povratu i višestrukome povratu koje su takođe rigorozne za učinioce umišljajnih krivičnih dela.

Eventualno pokrće za ovakvu odredbu bi se našlo u tome da ranija uslovna osuda nije ostvarila svoju svrhu, te da učinilac koji ponovo učini krivično delo u roku od pet godina ne zaslužuje da drugi put bude samo upozoren već je neophodno kazniti ga. Sporno je, međutim, da li je to opravdano za sva krivična dela ili samo ista ili istovrsna. Nekada i nije dobro anticipirati sve situacije, jer zatvorena norma može dovesti do uskraćivanja nekih važnih opcija onima koji primenjuju pravo, a uz to, potencijalno biti nepravilna za učinioca²⁴. Ovo stoga što, kako navodi Ristroph, krivično pravo niti je „samoizvršivo“, niti „samodokazivo“ – ono ne može postojati bez svih onih lica koji ga koriste (i struka, i nauka)²⁵, pa tako ne može „živeti“ ni samo sa zakonskim odredbama kao takvim, bez obzira koliko one bile dobre ili loše.

2. POVRAT I VIŠESTRUKI POVRAT

2.1. *O razlozima izmena*

Predlagač izmena i dopuna odredaba o odmeravanju kazne za povratnike tj. učinioce koji su ranije osuđivani i ponovo učine krivično delo²⁶ je Ministarstvo unutrašnjih poslova. Osim toga, u Obrazloženju ovih intervencija nema drugih razloga, sem predloga zakonske redakcije konkretnih normi. Sem uopštenog stava da se radi o još jednoj represivnoj težnji srpskog zakonodavca, ovde bismo istakli i osvrt na Predlog KZ iz 2005. (što je u osnovi naš važeći zakonik), a to je da se odredbe o

23 Govoreći o umišljaju, Delić ga predstavlja kao svesno kršenje društvenih normi i otvoreno suprotstavljanje temeljnim društvenim vrednostima. N. Delić /2009/: *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, p. 64.

24 Možemo zamisliti da je jedno mlađe lice od 20-tak godina ponelo par tableta ekstazija da koristi na reju žurci, pa mu je izrečena uslovna osuda za krivično delo Neovlašćeno držanje opojnih droga, koje delo se po prirodi može učiniti samo s umišljajem. Onda je to isto lice u roku od pet godina od osude, učinilo neko sasvim drugo krivično delo, primera radi, Ugrožavanje javnog saobraćaja koje se najčešće ostvaruje iz nehata. Takvom učiniocu neće biti moguće izreći uslovnu osudu. Moguće rešenje ove diskrepance bi se našlo u primeni odredaba o oslobođenju od kazne iz čl. 58 KZ.

25 A. Ristroph /2018/: *The Thin Blue Line from Crime to Punishment*, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, p. 310.

26 Z. Stojanović /2020a/: *op. cit.*, p. 336.

povratu kao osnovu za pooštavanje kazne ne smeju naći u KZ.²⁷ Iako formalno-pravno nova rešenja iz ZID KZ ne predstavljaju osnov za pooštavanje kazne, ona će u bitnom doprineti strožem kažnjavanju učinilaca umišljajnih krivičnih dela.

2.2. Povrat (čl. 55 KZ)²⁸

2.2.1. Obavezna otežavajuća okolnost i zabrana sudskog ublažavanja kazne

ZID KZ je u mnogome izmenio dosadašnju koncepciju povrata u našem pravu. Naime, ranija odredba je davala *mogućnost* sudu da uzme kao otežavajuću okolnost činjenicu da je učinilac posle ranije izdržane, oproštene ili zastarele kazne, ili oslobođenja od kazne, ili posle izrečenih mera upozorenja učinio krivično delo. Pri tome, zakon je propisivao određene kriterijume za vrednovanje ovakvih okolnosti kao otežavajućih i to: težinu, vrstu, pobude, okolnosti ranije učinjenog krivičnog dela. Sada, umesto tog člana iz jednog stava imamo pravilo po kom „ukoliko je učinilac krivičnog dela učinjenog sa umišljajem ranije osuđen za umišljajno krivično delo, sud *će* tu okolnost uzeti kao otežavajuću, ako od ranije osude ili izdržane kazne *nije proteklo pet godina*“. Osim što se povrat uvodi kao obavezna otežavajuća okolnost, ovako propisana odredba sužava domet slobodnog sudijskog uverenja prilikom odmeravanja kazne i vršenja njene individualizacije, budući da je kod nas prihvaćen sistem relativno određenih kazni. U vezi sa tim, interesantno je pomenuti odluku Ustavnog suda Makedonije br. 169/2016 od 27. septembra 2017. godine kojom je proglašen neustavnim Zakon o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne koji je predviđao matematičko odmeravanje kazne upotrebom bodova prema unapred propisanoj listi. Sud je našao da fiksno utvrđeni bodovi²⁹ kojima se valorizuju olakšavajuće i otežavajuće okolnosti ne garantuju objektivnu individualizaciju kazne čija suština se svodi na prilagođavanje kazne ličnosti učinioca (dakle, jednoj imanentno subjektivnoj strukturi). Dodatno, sporni zakon dovodi do formalizacije principa slobodnog sudijskog uverenja, a time i podrivanja načela nezavisnosti

27 Vid. D. Kolarić /2019/: *op. cit.*, p. 32.

28 O zastupljenosti povrata kod učinilaca kojima su izrečene alternativne sankcije rada u javnom interesu i uslovne osude sa zaštitnim nadzorom između 2012. i 2017. godine prema jednoj studiji za našu zemlju, taj udeo je 12% i to mahom za imovinska krivična dela. I. Stevanović i dr. /2018/: *Ekspertska istraživanje i analiza povrata u Republici Srbiji*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u saradnji sa OEBS, p. 26.

Iako uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom po pravilu ima dobre efekte u smislu izostanka povrata, postoji bojazan da će takvi učinioци ipak postati recidivisti zbog slabog efekta zastrašivanja ove mere, pa će smatrati da su „dobro prošli“ i da nije „skupo“ ako ponove neko delo. Vid. tako: R. Di Tella and E. Schargrotsky /2013/: *Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring*, *Journal of Political Economy*, Vol. 121 n°1, p. 59.

29 U evrokontinentalnom sistemu prava „bodovanje“ nije pojam svojstven krivičnom pravu, pa ni materijalnim, ni procesnim propisima uopšte, već se prvenstveno vezuje za akte niže pravne snage koji sadrže puka pravila o obračunu naknada za preduzetu radnju kao što je npr. slučaj sa Javnobeležničkom ili Javnoizvršiteljskom tarifom. Da je ovaj zakon nekim slučajem ostao na snazi, praktično bi se došlo u situaciju „trgovanja“ olakšavajućim i otežavajućim okolnostima, pa bi se možda u nekim neobaveznim raspravama nametnulo i pitanje izdavanja fiskalnog računa za ovakvu „uslugu“.

sudstva.³⁰ Iako primer našeg zakonodavca nije u ovoj meri drastičan, činjenica je da se njime sužava prostor za „manevar“ u odmeravanju kazne. Međutim, ovo nije baš sasvim novo pravilo budući da smo obaveznu primenu „posebne okolnosti za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje“ ozakonili još 2012. godine.³¹

Dodatni uslov je da od ranije osude ili izdržane kazne nije proteklo pet godina. Ovakav „graničnik“ je, čini se, uveden po uzoru na zakonske sentence o uslovnoj osudi pa se može reći da su odredbe na planu sankcionisanja u pogledu vremena koje je proteklo od ranije osude sinhronizovane.

Uz to, novim izmenama je još jednom derogiran institut ublažavanja kazne nalik onome što je ranije učinjeno u pogledu nekih krivičnih dela navedenih u čl. 57 st. 2 i 3 KZ. Naime, sudsko ublažavanje kazne (ukoliko postoje naročito olakšavajuće okolnosti koje ukazuju na to da se sa ublaženom kaznom može postići svrha kažnjavanja) je isključeno u slučaju povrata, dok nema smetnji za ublažavanje u situacijama postojanja nekih zakonskih osnova za ublažavanje ili oslobođenje od kazne. Iako je na ovaj način uloga suda još više limitirana, mora se istaći da ovom izmenom ipak nisu derogirani opšti instituti krivičnog prava (poput pokušaja, prekoračenja nužne odbrane i sl.) čak ni onda kada se radi o recidivu.

U teoriji se ističe da ovako korenito menjanje pravila o povratu nije lošije u odnosu na ranije rešenje koje je pomalo tautološki nabrajalo okolnosti relevantne za povrat koje su suštinski sadržane u opštim pravilima o odmeravanju kazne, posebno u vezi sa kriterijumom ranijeg života učinioca.³²

2.3. Višestruki povrat

2.3.1. Kratka pozadina instituta

Koren ideje o kažnjavanju za višestruki povrat na način o kom se primarno govorilo tokom razmatranja predloga ZID KZ, seže u 1994. godinu i kalifornijski „three strikes law“, zakon koji je podrazumevao izricanje 25 godina ili doživotni zatvor za izvršenje trećeg dela od strane istog lica, bez pravljenja razlike o vrsti krivičnog dela. Ubrzo nakon donošenja, Kongres je predstavio modifikovano pravilo na federalnom nivou ograničavajući ga na nasilna krivična dela i trgovinu opojnim drogama. Svrha je bila jasna: smanjenje kriminala zastrašivanjem ili onesposobljavanjem učinioca da ponovo učini krivično delo.³³ Međutim, pitanje je koliko jedna

30 Vid. M. Škulić /2018/: Aktuelne presude kontinentalnoevropskih sudova – Presuda makedonskog Ustavnog suda 169/2016–0–1 o Zakonu o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne sa komentarom, *KoPra Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, n°2, p. 50.

31 Tako i: D. Kolarić /2019/: *op. cit.*, p. 31.

32 U tom smislu i: D. Kolarić /2019/: *ibid.*, p. 31.

33 O tome kakvi su dugoročni efekti ovog propisa u Kaliforniji, interesantno je istraživanje koje sprovedeno za period između 1991. i 2009. godine sa pokušajem empirijske provere i poređenja dva efekta: odvratanja odn. zastrašivanja i onesposobljavanja odn. zatvaranja. Studija je našla da je strah od strože kazne mnogo više uticao na učinioce i u tom smislu sprečavao povratnike da preduzmu „treći korak“ i rizikuju višegodišnju kaznu zatvora (ili bar uticao na bolje skrivanje „greške u koracima“ tj. tragova tog trećeg dela). Štaviše, izražen efekat zastrašivanja je umanjio uticaj efekta zatvaranja jer do ovog drugog nije ni dolazilo u inicijalno očekivanoj meri pa se nisu

ovakva solucija zaista vodi smanjenju kriminala generalno, koliko u odnosu na konkretne učinioce-povratnike, a koliko u svemu tome ima „praznog hoda“. Ashworth ističe da ovakve, (po zakonu) obavezne kazne, imaju snagu u političkom smislu jer ostavljaju utisak odvažne borbe sa nekim gorućim problemom.³⁴

Što se tiče srpskog prava, pomenućemo da je prvobitna inicijativa Ministarstva unutrašnjih poslova podrazumevela predlog koji je skoro u potpunosti odražavao duh ovog anglosaksonskog modela (višestruki povrat za odabrana krivična dela, kazna za „drugi udarac“ ne manja od jedne trećine propisane kazne, kazna za „treći udarac“ ne manja od dve trećine propisane kazne).³⁵ Predlagач je odustao od ovakvog rešenja i predložio novo koje je implementirano u odredbe našeg pozitivnog prava.

2.3.2. Čl. 55a KZ – „kažnjavanje preko pola“

Višestruki povrat je u jugoslovenskom pravu bio fakultativni osnov za pooštavanje kazne. Ovo pominjemo jer se načelni prigovori upućivani tom rešenju dobrim delom odnose i na aktuelnu odredbu – učinilac se strože kažnjava za nešto za šta je već bio kažnjen.³⁶ Posmatrajući ovo pitanje kroz prizmu krivičnopravnih principa, ono na prvi pogled deluje barem nelegitimno.³⁷ Uz to, načelo krivice ima bitan segment upućivanja socijalno-etičkog prekora učiniocu krivičnog dela zbog njegovog psihičkog odnosa prema konkretnom delu. To su neke principijelne dileme pred kojima će se naći i praksa imajući u vidu da nisu svi slučajevi jasni i raspravljeni u toj meri da je dovoljno „samo primeniti formulu“.

KZ predviđa da će sud za krivično delo učinjeno sa umišljajem, za koje je propisana kazna zatvora, izreći kaznu iznad polovine raspona propisane kazne pod uslovima da je učinilac ranije dva puta kažnjavao za krivična dela učinjena sa umišljajem na zatvor od najmanje godinu dana i ako od dana otpuštanaja učinioca sa izdržavanja izrečene kazne do izvršenja novog krivičnog dela nije proteklo pet godina.

Sistemska, uz jasnu nameru strožeg kažnjavanja povratnika, sa stanovišta legialativne tehnike radi se o solidnom rešenju jer je postizanje ovog cilja ravnomernije ako se to vrši na nivou opšteg dela nego da se to činilo intervencijama u posebnom delu za svako pojedino delo.³⁸ Reč je o obaveznoj otežavajućoj okolnosti koja se u

obistinile ni hipoteze o prenaseljenosti zatvora. Vid. A. Datta /2017/: California's Three Strikes Law Revisited: Assessing the Long-Term Effects of the Law, *International Atlantic Economic Society*, p. 248.

34 A. Ashworth /2010/: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, p. 226.

35 I. Bodrožić /2019/: Institut „tri udarca“ – opravdanost ili ne, *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, LIX Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor, pp. 274–275.

36 Z. Stojanović /2020a/: *op. cit.*, pp. 337–339. U novelama iz 2019. je izostao kriterijum „sklonosti“ ka vršenju krivičnih dela, koji standard je ranije izazivao određene dileme u primeni.

37 Prema nekim shvatanjima, ciljnim tumačenjem krivičnopravnih odredaba i svrhe kažnjavanja, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja ili trenutne potrebe, veoma lako može doći do promene njihove inicijalne vrednosne dimenzije postavljene na temeljima načela legitimiteta i dovesti do kakvih zloupotreba. B. Ristivojević /2012/: O poretku načela u ciljnom (teleološkom) tumačenju u krivičnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, n°4, p. 253.

38 Uostalom, nekad se stiče utisak da naš zakonodavac pomalo paušalno bira krivična dela prilikom izmena zakona. Tako imamo grupu krivičnih dela u pogledu kojih postoji apsolutna zabrana ubla-

odnosu na (obični) povrat razlikuje po tome što je neophodno da je za novoučinjeno krivično delo propisana kazna zatvora. Ovako se na prvi pogled sužava krug dela u pogledu kojih dolazi u obzir primena ove odredbe, ali je suštinski kazna zatvora *propisana* za gotovo sva krivična dela (čak i u sporednom zakonodavstvu), bilo kao jedina kazna, bilo alternativno ili kumulativno uz drugu kaznu.³⁹ Kao kod povrata, potrebno je da je krivično delo učinjeno sa umišljajem – dakle zahteva se jači intenzitet napada na zaštićena dobra.

Nadalje, višestruki povrat zahteva i da se radi o učiniocu koji je ranije dva puta⁴⁰ bio osuđen za krivična dela učinjena sa umišljajem na zatvor od najmanje godinu dana (ovo je različit uslov u odnosu na povrat – jedino je stepen krivice isti) i da od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja izrečene kazne do novog dela nije proteklo više od pet godina. Na ovom mestu bismo podvukli nekoliko stvari. Opet je zakonodavac pokušao da ograniči represivnost ovog pravila određujući da dve ranije osude moraju da budu na najmanje godinu dana. Reklo bi se da su sada, na normativnom nivou, lica osuđena na kaznu zatvora od godinu i više apstraktno opasnija od drugih.

Interesantno je da se rok od pet godina (kao period u kom se potencijalni učinilac „kuša“ na svom kriminalnom putu) u tri menjana instituta računa od različitih momenata: kod uslovne osude od pravnosnažnosti osude (što je logično budući da se, sem u slučaju opoziva, osuđeno lice ne upućuje na izdržavanje kazne); kod (običnog) povrata od ranije osude ili izdržane kazne (svrha je da se obuhvate sva osuđena lica bez obzira na vrstu sankcije); dok se kod višestrukog povrata uvodi sintagma „otpuštanja sa izdržavanja“. Možda je težnja zakonodavca bila da strože sankcioniše samo povratnike koji krivično delo učine na slobodi⁴¹ ili da, kao kod (običnog) povrata produži računanje svojevršne provere na momenat od izdržane kazne. Ipak, za razliku od termina *izdržane* kazne, *otpuštanje* je pojam koji u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija – ZIKS⁴² obuhvata širi spektar mogućnosti. Tako, ZIKS poznaje: otpuštanje zbog isteka kazne, otpuštanje zbog amnestije, pomilovanja i uslovnog otpusta, prevremeno otpuštanje, otpuštanje kažnjenog, otpuštanje pritvorenika. Ako bismo se ograničili, pak, na *otpuštanje* u KZ, onda ga vezujemo za uslovni otpust, pa se slučajno ili namerno, ovakvom jezičkom formulacijom pogoduje višestrukom povratniku koji je uslovno otpušten jer mu se vreme od pet godina, faktički, skraćuje za jednu trećinu.

žavanja kazne, a da se ne može do kraja videti nit koja ih povezuje (neka krivična dela iz grupe protiv života i tela, polne slobode, imovine, zdravlja ljudi, javnog reda i mira...) – čl. 57 st. 2 KZ.

- 39 Praktično, gledajući krivična dela iz KZ, jedino kod krivičnog dela Uvrede ne bi mogle biti primenjene odredbe o višestrukom povratu s obzirom na to da je propisana samo novčana kazna.
- 40 Iako tumačenjem putem argumenta „utoliko pre“, ciljnim, sistemskim i drugim načinima iznalaženja smisla pravne norme, neće biti nikakve dileme u vezi sa primenom ove odredbe, ukoliko bi se suviše „cepidlačilo“, moglo bi se postaviti pitanje u smislu strogog jezičkog tumačenja da li se ovo pravilo primenjuje na učinioce koji su osuđivani tri i više puta, budući da je zakon izričit i zahteva dve, a ne dve i više osuda?
- 41 Iako nije nemoguće da se krivična dela izvrše i za vreme izdržavanja kazne. Štaviše, smatra se da boravak zatvoru generiše veću mogućnost povrata nego ostale sankcije koje ne podrazumevaju zatvaranje upravo zbog uticaja kriminogene sredine. J. Cid /2009/: Is Imprisonment Criminogenic?, *European Journal of Criminology*, p. 461.
- 42 „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014 i 35/2019.

Na kraju, učiniocu koji je ispunio sve navedene uslove, sud će izreći kaznu iznad polovine propisanog raspona. Na ovaj način je zakon obavezao sudije da izriču strože kazne i suštinski suzio kaznene raspone za svako krivično delo koje umišljajno učini višestruki povratnik. To je učinjeno oštrije u odnosu na (običan) povrat jer uprkos tome što je i povrat obavezna otežavajuća okolnost, tom odredbom nisu „derogirani“ kazneni rasponi već sud samo ima obavezu da učinioca strože kazni, a za koliko strože (mesec, dva, godinu dana), to je ostavljeno na izbor sudiji u skladu sa opštim pravilima. Nasuprot tome, čl. 55a formalno „vezuje ruke“ sudijama prilikom odmeravanja kazne zbog ranije kriminalne prošlosti, istina, ne tako daleke (mada je i to pitanje koje je podložno preispitivanju), bez obzira na to u kojoj meri je konkretno krivično delo koje je predmet krivičnog postupka zaista povredilo ili ugrozilo vrednosti koje štiti krivično pravo.

2.3.3. Moguće dileme: teorijska pitanja – praktični odgovori ili obrnuto?

2.3.3.1. Ublažavanje kazne

Prema čl. 57 st. 2 i 3 KZ ublažavanje kazne je isključeno za učinioca taksativno nabrojanih krivičnih dela kao i onog koji je ranije osuđivan za isto ili istovrsno krivično delo. Dakle, kod specijalnog povrata (isto delo ili njegovih različiti oblici), nema dileme da se kazna ne može ublažiti. Uz to, samo postojanje višestrukog povrata čini pomalo kontradiktornim razmatranje o sudskom ublažavanju zbog postojanja uslova „naročito olakšavajućih okolnosti“. Navedeno ograničenje se ne primenjuje ukoliko postoji neki osnov za oslobođenje od kazne. Osim toga, smatramo da ne bi moglo biti reči ni o nekom vidu „specijalnog ublažavanja“ – ne ispod propisanog posebnog minimuma, nego ispod konkretno formiranog posebnog minimuma kod kog je donja granica „preko polovine propisanog raspona“. Ovo stoga što bi s obzirom na jasno pravilo KZ svako drugačije postupanje bilo *contra legem*.⁴³ Ipak, drugačije odlučivanje bi nekada možda bilo pravično, npr. kada se učiniocu sudi za neko sasvim drugo krivično delo od ranije učinjenih (generalni povrat) ili ako je, primerice, reč o ranije osuđivanom korisniku socijalne pomoći kome se treći put sudi za krađu struje (čl. 203 KZ).⁴⁴

2.3.3.2. Ranije osude i blaži zakon

Iako je (višestruki) povrat tipična otežavajuća okolnost (sada i formalno obavezna), imajući u vidu da su ove novele već *in abstracto* teže za učinioca, može se postaviti pitanje primene blažeg zakona prilikom odmeravanja kazne. To bi se učinilo u jednom *širem kontekstu primene prava*, više u pravcu pravno-teorijskog razmišljanja koje se na početku nameće u diskusijama među praktičarima (kao vid primene *kreativne analogije u korist učinioca*⁴⁵). Naime, da li *ranija osuda* u smislu ovih

43 Vid. i: Z. Stojanović /2020a/: *op. cit.*, p. 339.

44 Moguće je da će se u očigledno nepravičnim situacijama, kod relativno lakših krivičnih dela, s obzirom na konkretno činjenično stanje, u praksi razmatrati različite forme diverzifikacije postupka: odlaganje krivičnog gonjenja, stvarno kajanje iz čl. 284 st. 3 ZKP i sl.

45 O analogiji u krivičnom pravu: Z. Stojanović /2020a/: *op. cit.*, pp. 50–51.

odredaba⁴⁶ podrazumeva bilo koju osudu koja nije brisana iz kaznene evidencije⁴⁷ ili samo one osude koje su usledile nakon stupanja na snagu ovih izmena, dakle od 1. decembra 2019. godine? Podsetićemo da se na učinioca krivičnog dela primenjuje zakon koji je važio u vreme izvršenja. *Lex praevia* segment načela zakonitosti omogućava retroaktivnu primenu krivičnog zakona onda kada je taj zakon blaži za učinioca (čl. 5 KZ).

Prednja razmatranja su izazvana pitanjem „šta je *pravičnije* za okrivljenog?“⁴⁸ Prilikom tog vrednovanja, treba imati u vidu da se, po pravilu, zakon primenjuje u celosti i da nema mesta njegovom „cepanju“: deo po novom, deo po starom, što je odraz principa alternativiteta. Ipak, mišljenja smo da ne bi bilo sasvim neosnovano ni da se primeni jedan „ekstenzivniji“ princip kombinacije, naročito s obzirom na to da se radi o materiji krivičnih sankcija. Čak, ne ni na planu postojanja ili nepostojanja neke sankcije, ili manjih i većih propisanih raspona u posebnom delu, već na polju odmeravanja kazne, što je, u odnosu na stroga pravila koja važe za npr. opšte institute ili zakonski opis krivičnog dela ipak nešto liberalnija oblast i po pravilu pruža veću slobodu sudijama.

Iako je izostalo detaljnije obrazloženje ovih izmena, teorijski gledano, moguće su dve, po okrivljenog povoljnije tehnike tumačenja koje se svode na isto (premda to verovatno nije bio *ratio* zakonodavca). Jedna, po kojoj se zakon koji je važio u vreme izvršenja krivičnog dela (novi) primenjuje na celu odredbu, što uključuje i pitanje ranijih osuda (dakle, da je nužno da i one budu po novom zakonu). I druga, poštujući princip kombinacije, da se samo jedan njen deo (pitanje ranije osude) posmatra izolovano i razume kao povoljniji za učinioca – drugim rečima, da se u kontekstu čl. 55 i 55a i čl. 66 st. 3 KZ te *ranije osude* „računaju“ od 1. decembra 2019. godine. Potencijalno, tako okrivljeni ne bi bio stavljen u teži položaj zbog svog ranijeg kriminalnog delovanja povodom kog je već osuđen na temelju pravila nekog manje strogog zakona. Treba istaći da u ovom slučaju ne bismo ostali bez odredaba o kažnjavanju povratnika, budući da čl. 54 KZ propisujući opšta pravila o odmeravanju kazne navodi i „raniji život učinioca“ kao jednu od otežavajućih/olakšavajućih okolnosti, pri čemu to mogu biti i „druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca“.

Sa druge strane, ako se ranija osuda gleda kroz vizuru povrata kao bilo koje druge okolnosti koja se poput ostalih činjenica upisuje u kaznenu evidenciju, onda nema razloga da se ne odnosi na sve osude koje nisu iz nje brisane i odmeravanju kazne odn. izricanju uslovne osude pristupa kao i inače – svaka ranija osuda se, bez obzira po kom zakonu, uzima u obzir.

Mada rasprava o ovom pitanju na prvi pogled deluje suvišna, možemo očekivati da praksa, naročito u slučaju nekih, po pravdu osetljivijih situacija, pribegava različitim rešenjima istih ili sličnih krivičnih stvari u cilju izbegavanja preterano

46 Isto bi važilo i za ograničenje kod uslovne osude koje se odnosi na zabranu izricanja usled proteka vremena od pravnosnažnosti osude, bar kod učinilaca krivičnih dela koje je sužavanje obima uslovne osude o odnosu na ranije rešenje „pogodilo“.

47 Tako: Z. Stojanović /2020a/: *op. cit.*, p. 340.

48 U tom smislu se može govoriti o tumačenju putem „povoljnije analogije“ u korist okrivljenog kada god ima mesta blažoj odgovornosti (visina kazne, ublažavanje i tsl). Vid. C. Roxin /1997/: *Derecho Penal Parte General* Tomo I, Madrid, pp. 158, 161 [orig. Roxin C. /1994/: *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band I, München].

strogih kazni u odnosu na konkretnog učinioca i konkretno delo za koje mu se sudi. Tako je umesno pomenuti i stav Evropskog suda za ljudska prava po kom se kroz prizmu *predvidljivosti* krivičnih dela i kazni naglašava značaj „sudske prakse u primeni zakonske norme“.⁴⁹

2.3.3.3. Kaznena evidencija

Ostavljajući po strani usklađenost propisa koji regulišu sadržaj i način vođenja kaznene evidencije, istaći ćemo samo da je izvor za ovu materiju kod nas, pored KZ i upućujućih odredaba ZKP i Pravilnik o kaznenoj evidenciji iz 1979. godine.⁵⁰ U zavisnosti od odgovora na pitanje o ranijoj osudi kao uslovu za primenu pravila o (višestrukom) povratu i uslovnoj osudi, navešćemo i neke „tehničke“ napomene. Naime, ako bi se prihvatio stav po kom bi ranija osuda trebalo da se odnosi na osude prema novom zakonu (iz 2019), postojeći podaci iz kaznene evidencije ne pružaju organima krivičnog pravosuđa kompletne informacije. Uprkos tome što je javnim tužilaštvima i sudovima odnedavno omogućen pristup Pravosudno-informacionom sistemu (PIS) koji obuhvata sve podatke iz kaznene evidencije, podaci o osudi i inače ne sadrže broj i godinu propisa po kom je lice osuđeno. U sistemu se navodi samo odrednica koja po nazivu razlikuje stari i novi zakon: pre i posle 2006. Od tada je KZ menjan sedam puta. Ako bi za postupajuće organe pitanje ranije osude bilo bitno zbog uvida u konkretan propis koji je bio osnov za donošenje te ranije odluke (u gore iznetom smislu pod 2.3.3.2), onda bi to zahtevalo traženje konkretne presude od suda koji ju je doneo (ili uvid u spise tužilaštva koje poseduje ako je postupalo pred tim sudom). I za tužilaštva prilikom predlaganja sankcije, i za sudove prilikom odmeravanja kazne i izricanja krivične sankcije, ovakvo pribavljanje podataka bi zahtevalo određeno vreme i uticalo na ostvarivanje prava na suđenje u razumnom roku.⁵¹

ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Opšti utisak o izmenama KZ je da je srpski zakonodavac ostao na ranije započetom putu oštre kaznene reakcije. „Penalni populizam“ je višeslojni fenomen koji, istina, nije imenentan samo našem pravu, ali sa kojim i inače treba biti obazriv s obzirom na to da se u njemu prepliću uticaji politike, javnosti, nevladinog sektora, a da efekti do kojih ovakav „svekažnjavajući“ pristup dovodi ne ukazuju na sasvim

49 Slučaj *Kokkinakis* protiv Grčke. Vid. G. P. Ilić /2016/: O predvidljivosti retroaktivne primene blažeg krivičnog zakona – osvrt na odluku Evropskog suda za ljudska prava: Mikulović i Vujić protiv Srbije, *Identitetski preobražaj Srbije Prilozi projektu 2015 – kolektivna monografija*, p. 119.

50 Više o tome: E. Ćorović /2016/: Kaznena evidencija u krivičnom zakonodavstvu Srbije, *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, LIX Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor, pp. 196–197.

51 Pri tom, ni obrazloženje presude ne sadrži tačan podatak o broju i godini propisa, jer se pretpostavlja primena *važećeg* zakona (po pravilima o vremenskom važenju krivičnog zakonodavstva). Međutim, uvidom u vreme izvršenja krivičnog dela, po opštem pravilu se posredno da zaključiti o kom propisu je reč, dok su eventualna pitanja o odnosu blažeg-strožeg zakona, ukoliko su tokom postupka postavljena, sadržana u obrazloženju konkretnih odluka.

jasnu vezu „veća kazna-manje kriminaliteta“.⁵² Osim toga, KZ Srbije se može svrstati u jedan od strožih krivičnih zakonika prema propisanim kaznenim rasponima.⁵³ Zanimljivo je ukazati i da pad moralne kohezije u društvu vodi rastu potrebe za kažnjavanjem, što je tesno vezano za razumevanje istinskih društvenih vrednosti u datom društveno-političkom kontekstu. Socijalna identifikacija u poimanju vrednosti koje se najčešće nameću kroz neku političku orijentaciju dovodi do površnog pristupa kažnjavanju kao krivičnopravnom institutu.⁵⁴

Primena uslovne osude kao jedne od najizricanijih krivičnih sankcija je novela-ma KZ sužena. Ako izuzmemo to da se domen njene realizacije ne podudara „u mesec“ sa uslovima za vođenje skraćenog postupka (to usklađivanje je bilo obrazloženje predlagača), tehnički su ove odredbe propisane na odgovarajući način. Suštinski se, međutim, radi o strogom rešenju s obzirom na ionako visoke kaznene raspone u posebnom delu. Praksa će pokazati da li će i koliko opasti procenat primene ove sankcije u budućnosti.

Povrat je i do sada bio, makar u sistematici KZ, izdvojen kao naročita okolnost. Sada je dobio status obavezne otežavajuće okolnosti i to, što je donekle dobro, samo za povratnike umišljajnih krivičnih dela. Iako zakonsko ublažavanje (i oslobodjenje od kazne) nisu derogirani, zakonodavac je isključenjem sudskog ublažavanja i nametanjem svojstva obaveznosti ograničio sudove prilikom odmeravanja kazne i individualizacije spram konkretnog učinioca i dela.

Ako za povrat možemo reći da je limitirao sudove prilikom odmeravanja kazne, višestruki povrat ih je „višestruko obavezao“. Zakonom su praktično propisani novi rasponi za odmeravanje kazne (neki vid „*poena enormis*“ ili „kažnjavanja peko pola“). Ovako kruta i formalistički nastrojena rešenja nisu dobra ni principijelno, ni za okrivljenog. Dovedeno je u pitanje načelo krivice (kazna ne odražava samo socijalno-etički prekor za konkretno delo, već i za ranije, već izdržane osude), načelo pravednosti i srazmernosti između dela za koje se sudi i kazne⁵⁵, princip slobodnog sudijskog uverenja prilikom odmeravanja adekvatne kazne... Može se očekivati da će se praksa različitim tumačenjima u korist učinioca, jasno, u skladu sa zakonskim mogućnostima „dovijati“ ne bi li i sama osetila deo nezavisnosti (sudovi) i samostalnosti (javna tužilaštva) koje po Ustavu ima.

52 Analitički o ovom pojmu: Đ. Ignjatović /2017/: Kazneni populizam – u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Ignjatović Đ., ed.), pp. 27–30.

53 Vid. Z. Stojanović /2020b/: Kazneni rasponi i represivnost krivičnog zakonodavstva – uporedno-pravna analiza, *Crimen*, n°1, p. 29. U navedenom delu, autor vrši analizu nekih od najtipičnijih krivičnih dela u relevantnim državama prema propisanim rasponima kazni i na uverljiv način obrazlaže izražen stepen represije našeg zakonodavca.

54 Tako se navodi i da laička javnost na oslobađajuću presudu donetu na osnovu nekih pravnih mogućnosti koje pogoduju okrivljenom, poput neuračunljivosti ili nužne odbrane, gleda kao nepoštenu, a takav postupak kao nefer. Uz to, ističe se i da su mladi ispitanici (što autori dovode u vezu sa stepenom informisanosti i obrazovanja) više punitivno orijentisani. T. Tyler and R. Boeckmann /1997/: The Three Strikes and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers, *Law&Society Review*, vol. 31, n°2, pp. 259–259.

55 Simptomatično, ovo načelo je proklamovano upravo novelama iz 2019. i s obzirom na represivno opredeljenje zakonodavca deluje kao da se našlo među odredbama o svrsi kažnjavanja kao „alibi“ za uvođenje varijante doživotnog zatvora bez prava na uslovni otpust za krivična dela određena čl. 46 st. 5 KZ, ali i drugih strožih rešenja.

Zakonodavac je ostao dosledan svom represivnom stavu, ali je ovaj put dostigao jedan viši nivo unošenjem većeg broja obligatornih uslova u opšte odredbe o krivičnim sankcijama. Tehnički je pohvalno što se u pogledu obrađenih instituta nije opredelio za kazuistički pristup, već je „otvoreno“ usmerio svoju punitivnost na opšti deo, a ne, kao do sada, birajući pojedina krivična dela po vlastitim kriterijumima i podižući im posebne minimume i(li) maksimume. Suštinski, izmene KZ, a naročito njegovog opšteg dela koji ima značajne pravnofilozofske postavke, ipak zahtevaju jedan temeljniji i britkiji stručni metod. Iako deluje da je uloženi napor da represija ne ide preko uobičajene mere (zahtevima da se radi o umišljajnim delima koja, pak, dominiraju u KZ ili da se radi o osudama na kaznu zatvora, koja je propisana za gotovo sva krivična dela), to nije baš tako. Stvarni efekti će se tek spoznati.

Tendencija čestih izmena krivičnih propisa ni do sada nije imala uticaj u obimu koji su donosioci hteli – smanjenje kriminala (ili možda nešto drugo?). Čini se, ipak, da je bez obzira na manje ili više stroga pravila, tačno da učinioce ne odvrća kazna sama po sebi, već *izvesnost* njene primene (čak i nevezano za to je li „u prvoj ili drugoj polovini“ raspona). Pojedine obavezujuće odredbe će verovatno doprineti toj izvesnosti (kažnjavanja, ne i otkrivanja dela⁵⁶). A način na koji krivično pravo pokazuje svoju delotvornost i „vezuje“ učinioce, slikovito se može odraziti Njegoševim stihovima da „strah životu kalja obraz često; slabostima smo zemlji privezani“.

LITERATURA

- Albrecht H. J. /2013/: Sentencing in Germany: Explaining Long-term Stability in the Structure of Criminal Sanctions and Sentencing, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 76, n°1.
- Ashworth A. /2010/: *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press.
- Bodrožić I. /2019/: Institut „tri udarca“ – opravdanost ili ne, *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, LIX Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor.
- Cid J. /2009/: Is Imprisonment Criminogenic?, *European Journal of Criminology*.
- Čorović E. /2016/: Kaznena evidencija u krivičnom zakonodavstvu Srbije, *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, LIX Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor.
- Datta A. /2017/: California's Three Strikes Law Revisited: Assessing the Long-Term Effects of the Law, *International Atlantic Economic Society*.
- Delić N. /2009/: *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd.
- Di Tella R. and Scharfrodsky E. /2013/: Criminal Recidivism after Prison and Electronic Monitoring, *Journal of Political Economy*, Vol. 121 n°1.
- Đokić I. /2005/: *Uslovna osuda, Harmonius*.
- Ignjatović Đ. /2017/: *Kazneni populizam – u: Kaznena reakcija u Srbiji* (Ignjatović Đ., ed.).
- Ilić A. /2011/: *Prenaseljenost zatvora – fenomenološki i etiološki aspekti, Crimen*, n°2.

56 Možda će učinioce sada imati veći motiv da ne budu otkriveni, pa će se više „truditi“ da se ne nađu pred pravosudnim organima.

- Ilić G. P. /2016/: O predvidljivosti retroaktivne primene blažeg krivičnog zakona – osvrt na odluku Evropskog suda za ljudska prava: Mikulović i Vujisić protiv Srbije, *Identitetski preobražaj Srbije Prilozi projektu 2015 – kolektivna monografija*.
- Jareborg N. /2005/: Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*), *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 2.
- Kolarić D. /2019/: Krivični zakonik i (ne)adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (sadašnje stanje i nova rešenja), *Izмене u krivičnom zakonodavstvu i statusu nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (međunarodni pravni standardi i stanje u Srbiji)*, LIX Redovno godišnje savetovanje, Zlatibor.
- Padfield N. /2012/: *Criminal Law*, Oxford University Press.
- Ristivojević B. /2012/: O poretku načela u ciljnom (teleološkom) tumačenju u krivičnom pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, n°4.
- Ristroph A. /2018/: The Thin Blue Line from Crime to Punishment, *The Journal of Criminal Law & Criminology*.
- Roxin C. /1997/: *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Madrid [orig. Roxin C. /1994/: *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, München].
- Stemen D. /2017/: The Prison Paradox: More Incarceration Will Not Make Us Safer, *Vera Evidence Brief*.
- Stevanović I. i dr. /2018/: *Ekspertsko istraživanje i analiza povrata u Republici Srbiji*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u saradnji sa OEBS.
- Stojanović Z. /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva, *Crimen*, n°2.
- Stojanović Z. /2020a/: *Krivično pravo – opšti deo*.
- Stojanović Z. /2020b/: Kazneni rasponi i represivnost krivičnog zakonodavstva – uporedno-pravna analiza, *Crimen*, n°1.
- Škulić M. /2018/: Aktuelne presude kontinentalnoevropskih sudova – Presuda makedonskog Ustavnog suda 169/2016–0–1 o Zakonu o određivanju vrste i odmeravanju visine kazne sa komentarom, *KoPra Časopis za održiv i skladan razvoj prava*, n°2.
- Tyler T. and Boeckmann R. /1997/: The Three Strikes and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers, *Law & Society Review*, vol. 31, n°2.
- Vuković I. /2014/: Svrha kažnjavanja kao kriterijum odmeravanja kazne – u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Ignjatović Đ., ed.).
- ZAKONI I OSTALI IZVORI
- Krivični zakonik – „Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.
- Obrazloženje Nacrta ZID KZ od 22. aprila 2019. <https://www.mpravde.gov.rs> › Obrazloženje izmena KZ-22.4.2019.docx, 28. mart 2020. godine.
- Republički zavod za statistiku /2019/: *Bilten br. 653*, Beograd.
- Statistički podaci Prvog osnovnog javnog tužilaštva u Beogradu, Pi. Br. 12/20 od 06.02.2020. godine.
- Zakon i izmenama i dopunama Krivičnog zakonika – „Sl. Glasnik RS“ br. 35/2019.
- Zakon o izvršenju krivičnih sankcija – „Sl. glasnik RS“, br. 55/2014 i 35/2019.
- Zakonik o krivičnom postupku – „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

Jovana Banović

Faculty of Law, University of Belgrade

A COMMENT ON THE CRIMINAL CODE NOVELS (2019) – SUSPENDED SENTENCE AND (MULTIPLE) RECIDIVISM

SUMMARY

In this article, the author analyses the novels of the Criminal Code of Serbia in the field of criminal sanctions, based on a suspended sentence, recidivism and renewed institute of multiple recidivism. Legislator has made the changes of the General part of CC that is different praxis in the relation with earlier legislative when the interventions “attacked” norms of Special part (by increasing special minimum and maximum of punishments). The main problem of those novels is stronger repression which is not a good way of getting caught with “low or middle-taught criminal”. A suspended sentence gets a narrow scope of application. Now it is limited only for criminal offences for which sentence under eight years may be imposed. The author explains that this is a potentially harsh provision from the view of suspended sentence usage. New CC changed the concept of recidivism by giving it a feature of the obligatory aggravating circumstance that is limiting judicial discretion in sentencing. This is done especially in the matter of court mitigation, while provisions about law mitigation and remittance are not derogated. Multiple recidivism re-enters in Serbian law as a part of punitiveness that was the main idea of the legislator. Concretely speaking, this means that judges must impose stricter punishment for two times recidivist, despite that he or she already served their sentences. These novels may be a little dubious from the standpoint of the offender’s rights (by the principles of guilty, proportionality, court discretion etc.), but the last word is going to be on judicial praxis. We emphasize that Serbian CC is turned in deterrence with harsh sentences, but for potential offenders, the certainty of a sentence is the reason why not committing the crimes.

Key words: suspended sentence, recidivism, multiple recidivism, novels, repression.

ODUZIMANJE IMOVINE U GRAĐANSKOM POSTUPKU (*IN REM* ODUZIMANJE)

Apstrakt: Institut građanskopravnog oduzimanja imovine nastao je i razvijao se u common law pravnim sistemima, prvenstveno u Sjedinjenim Američkim Državama. Poslednjih decenija, ponovo je aktuelizovan, nakon što su SAD, u okviru politike rata protiv droge (War on Drugs) omogućile njegovu primenu u odnosu na imovinu za koju postoji sumnja da je povezana sa trgovinom narkoticima. U radu je dat prikaz regulative SAD u pogledu navedenog instituta, kao i rešenja koje trenutno postoji na nivou Evropske unije. Drugi deo rada posvećen je analizi najvažnijih prigovora koji se u literaturi upućuju na račun građanskopravnog oduzimanja imovine. Razmatrano je pitanje pravne prirode instituta, primene određenih procesnih garantija karakterističnih za krivične postupke (zabrana samooptuživanja, pitanje tereta dokazivanja, pravo na besplatnog branioca), povrede prava na mirno uživanje imovine i pitanje namene i korišćenja sredstava koja u ovom postupku budu oduzeta. Na kraju je razmotrena mogućnost uvođenja ovog modaliteta oduzimanja u pravni sistem Republike Srbije.

Ključne reči: oduzimanje imovine, građanski postupak, *in rem* oduzimanje.

UVOD

Dosadašnja iskustva u primeni prava pokazala su da u nekim slučajevima krivično pravo nije doraslo izazovima koje pred njega stavljaju savremene forme kriminaliteta, a naročito organizovani kriminalitet. Ova „nesposobnost“ krivičnog prava dovela je do brojnih izmena u nacionalnim pravnim sistemima, čiji je cilj bio da, uproščavanjem krivične procedure i odustajanjem od određenih garantija svojstvenih krivičnom postupku, olakšaju borbu protiv takvih formi ispoljavanja zabranjenog ponašanja¹. Jedna od posledica reformi jeste i uvođenje hibridnih instituta koji sadrže obeležja svojstvena krivičnim i građanskim institutima, što je, između ostalog, dovelo i do gubljenja jasne razlike između ove dve grane prava². Oduzimanje imovine u građanskom postupku (*in rem* oduzimanje) jedan je primer takvog instituta.

Oduzimanje imovinske koristi koja je krivičnim delom pribavljena, nakon osude učinioca za samo delo, je institut koji u savremenim pravnim sistemima, pa i našem, ima dugu tradiciju. Lišavanje učinioca svih ekonomskih koristi koja je ste-

* saradnik u nastavi, ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs

- 1 J. Hendry, C. King /2015/: *How Far is Too Far? Theorising Non-Conviction-Based Asset Forfeiture*, pp. 1–3, <https://ssrn.com/abstract=2764935>, 10. april 2020.
- 2 C. King /2012/: *Using Civil Processes in Pursuit of Criminal Law Objectives: A Case Study of Non-Conviction-Based Asset Forfeiture*, *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 16, No. 4, pp. 363.

kao preduzimanjem zabranjenog ponašanja treba, pored ostalog, da pokaže da se „kriminal ne isplati“³.

U nekim slučajevima, međutim, javni tužilac može proceniti da se krivično gonjenje pojedinca, bez obzira na to što bi možda imao dovoljno dokaza za to, ne mora, ili čak, ne treba preduzimati. Cassella kao primer navodi slučaj u kome sedamdesetčetvorogodišnja žena svom sinu kupuje na poklon pištolj, znajući da on, kao osuđeno lice, ne sme u posedu imati oružje⁴. Nekada, pak, krivični postupak nije moguće pokrenuti ili dovršiti, zato što je osumnjičeni preminuo, zato što je nepoznat ili zaštićen imunitetom i slično⁵. Međutim, i u takvim situacijama država može imati interes da iz cirkulacije ukloni imovinu koja je poslužila izvršenju dela, ili pak da od učinioca oduzme „višak“ koji je u njegovoj imovini usled dela nastao.

In rem oduzimanje primenjuje se u odnosu na imovinu koja je korišćena u nezakonite svrhe, bez potrebe da onaj od koga se imovina oduzima bude oglašen krivim za sam nezakoniti akt⁶. U većini sistema, dovoljno je samo dokazati da je delo izvršeno, bez ulaženja u to ko je učinilac⁷, ali ne u krivičnom, već u građanskom postupku, koristeći standard dokazivanja koji se u parničnom postupku inače zahteva. Budući da se postupak vodi proti imovine, njen vlasnik u postupku može učestovati kao zainteresovano lice – treća strana⁸.

Upravo zbog činjenice da se radi o institutu koji se nalazi na „granici“ između krivičnog i građanskog prava, postavlja se pitanje da li se u slučaju *in rem* oduzimanja imaju primeniti sve, ili pak samo određene garantije svojstvene krivičnom postupku⁹, pri čemu se u potonjem slučaju postavlja i pitanje njihovog izbora.

U nastavku rada dat je sumarni prikaz regulative Sjedinjenih Američkih Država u oblasti *in rem* oduzimanja, kao i određenih rešenja koja postoje na nivou Evropske unije¹⁰. Sledi prikaz osnovnih zamerki koje se u literaturi upućuju na račun ovog instituta, u svetlu moguće povrede temeljnih načela krivičnog, ali i ustavnog prava. Razmatranja će biti dopunjena i relevantnim sudskim odlukama, prvenstveno Vrhovnog suda SAD, ali i odlukama Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP). Na samom kraju razmatra se mogućnost uvođenja građanskopravnog oduzimanja u naš pravni sistem.

- 3 S. Panović-Đurić (ed.) /2013/: *Građanskopravno oduzimanje, Pojašnjenje i studija o uticaju*, Beograd, p. 10.
- 4 S. Cassella /2018/: Choose your weapon: Is civil forfeiture really necessary, or is it an undesirable shortcut to real law enforcement?, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 21, No. 3, pp. 341–342.
- 5 S. Cassella: *ibid.*, p. 342. Za ostale slučajeve u kojima nije moguće voditi krivični postupak vid. T. Greenberg et.al. /2009/: *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Washington, pp. 14–15.
- 6 D. Morris /1986/: Attorney Fee Forfeiture, *Columbia Law Review*, Vol. 86, No. 5, p. 1023.
- 7 A. Gray /2012/: The Compatibility of Unexplained Wealth Provisions and Civil Forfeiture Regimes with Kable, *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, Vol. 12, No. 2, p. 22.
- 8 T. Greenberg et.al.: *op.cit.*, p. 14.
- 9 J. Boucht /2015/: Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Art. 6(2) ECHR – in: *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe* (J. P. Rui, U. Sieber, eds.), Berlin, p. 153.
- 10 SAD imaju dugu tradiciju građanskopravnog oduzimanja imovine, kao i bogatu stručnu i naučnu literaturu u ovoj oblasti. Regulativa Evropske unije još uvek se nalazi u začetku, a prikazana je u ovom radu zbog opredeljenja Republike Srbije da u budućnosti postane članica EU, zbog čega će neminovno morati da implementira zakonska rešenja koja na nivou te zajednice postoje.

1. SJEDINJENE AMERIČKE DRŽAVE

Common law sistemi smatraju se kolevkom *in rem* oduzimanja. U pravu SAD začeci ovog instituta mogu se pronaći već u 18. veku¹¹. U početku se primenjivao u odnosu na trgovačke brodove koji su učestvovali u carinskim deliktima, a kasnije i na brodove koji su učestvovali u piratstvu ili trgovini robljem¹². Postepeno je na federalnom nivou mogućnost primene proširena na brojne delikte¹³. Federalne države donosile su posebne zakone kojima se reguliše (isključivo) materija građanskopravnog oduzimanja. Neki od njih sadrže detaljna pravila procedure, dok drugi sadrže generalizovane odredbe koje u mnogo čemu podsećaju na tradicionalne građanske parnice, izuzev što propisuju da je država jedina koja može inicirati njihovo pokretanje¹⁴.

Polemika je u naučnoj literaturi naročito vođena posle donošenja The Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act-a koji je uveo mogućnost civilnog oduzimanje imovine koja je olakšala proizvodnju, transport ili prodaju droge, kao i imovine koja je stečena sredstvima koja mogu biti dovedena u vezu sa trgovinom drogom. Ovaj zakon trebalo je da olakša vođenje tzv. rata protiv droge (War on Drugs). Imovina je mogla biti oduzeta bez obzira na to da li je njen vlasnik na bilo koji način učestvovao u nezakonitim aktivnostima, kao i u odsustvu osude, pa čak i u slučaju da je okrivljeni oslobođen od odgovornosti da je izvršio krivično delo¹⁵.

Nakon mnogobrojnih kritika, 2000. godine usvojen je Civil Asset Forfeiture Reform Act, kako bi se uočeni problemi otklonili. Iako su se mogle čuti zamerke na račun novouvedenih izmena, a pre svega da je reforma mogla biti temeljnija¹⁶, njima je ipak učinjen određeni pomak: podignut je standard dokazivanja, regulisana je *innocent owner* odbrana¹⁷, a takođe je uvedena i zabrana oduzimanja nepokretne imovine bez prethodnog obaveštenja i saslušanja¹⁸.

-
- 11 Ističe se, međutim, da se najraniji oblici ovog instituta mogu pronaći čak i u Bibliji (P. S. Berman /1999/: An Anthropological Approach to Modern Forfeiture Law: The Symbolic Function of Legal Actions Against Objects, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 11, No. 1, p. 24). Vrhovni sud SAD je u odluci *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.* izneo stav da je civilno oduzimanje verovatno nastalo spajanjem instituta koji je poznat kao *deodand* i ideje da prekršilac zakona pod određenim uslovima može biti lišen i prava na imovinu (A. Bridy /2014/: Carpe Omnia: Civil Forfeiture in the War on Drugs and the War on Piracy, *Arizona State Law Journal*, Vol. 46, p. 690).
 - 12 S. Cassella /2009/: An overview of asset forfeiture in the United States – in: *Civil Forfeiture of Criminal Property Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime* (S. Young, ed.), p. 24.
 - 13 S. Cassella /2009/: *ibid.*, p. 32.
 - 14 J. Rosenberg /1988/: Constitutional Rights and Civil Forfeiture Actions, *Columbia Law Review*, Vol. 88, No. 2, p. 392.
 - 15 P. Violas /1994/: Civil forfeiture vs. civil rights: Is the house guilty, *Western State University Law Review*, Vol. 22, No. 1, pp. 126–127.
 - 16 E. Moores /2009/: Reforming the Civil Asset Forfeiture Reform Act, *Arizona Law Review*, Vol. 51, No. 3, pp. 783–792.
 - 17 A. Bridy: *op.cit.*, pp. 703–704. Iako je *innocent owner* odbrana uvedena na federalnom nivou, ne postoji obaveza da države u svojim nacionalnim zakonima predvide mogućnost njenog korišćenja (D. Ross /2000/: Civil Forfeiture: A Fiction That Offends Due Process, *Regent University Law Review*, Vol. 13, No. 1, p. 276).
 - 18 Razlog unošenja ove odredbe bilo je postupanje policije koja, oslanjajući se na odluku Vrhovnog suda *Calero-Toledo v. Pearson Yacht*, nije priznavala vlasnicima pravo na saslušanje i obaveštenje pre oduzimanja. Međutim, u slučaju *United States v. James Daniel Good Real Property*, sud je

Sam postupak oduzimanja sastoji se iz dve faze – administrativne i sudske. Ukoliko postoji sumnja da je imovina korišćena na nezakoniti način, ona može biti privremeno oduzeta u postupku koji sprovode posebne administrativne agencije. Pisano obaveštenje dostavlja se svim zainteresovanim licima, obično u roku od 90 dana. Zainteresovanim stranama ostavlja se rok u kome mogu osporiti pravo na oduzimanje i podneti zahtev za sudsko odlučivanje, koji ne može biti kraći od trideset pet dana. Ukoliko to ne učine, oduzimanje postaje konačno. Mogućnost administrativnog oduzimanja na federalnom nivou postoji samo ukoliko se radi o pokretnim stvarima. Ukoliko, pak zainteresovano lice ospori oduzimanje, javni tužilac može u roku od 90 dana (radi se o prekluzivnom roku) odlučiti da pokrene postupak građanskopravnog oduzimanja, ili da, ukoliko smatra da za to ima dovoljno dokaza, pokrene krivični postupak za krivično delo iz koga smatra da imovina potiče. U potonjem slučaju, oduzimanje može biti sprovedeno prema pravilima krivičnog postupka (criminal forfeiture).

2. EVROPSKA UNIJA

Kada je reč o oduzimanju imovine, fokus Evropske unije je stvaranje regulative koja bi se mogla primeniti u odnosu na širok spektar krivičnih dela, kojima je preventivno zajedničko to da mogu generisati veliku imovinsku korist za učinioca¹⁹.

Regulativa Evropske unije u oblasti konfiskacije imovine obuhvata nekoliko značajnih odluka²⁰, a poslednja među njima jeste direktiva 2014/42/EU o zamrzavanju i oduzimanju predmeta i imovinske koristi ostvarene u krivičnim delima u Evropskoj uniji od 03. aprila 2014. godine (u daljem tekstu: Direktiva). Pored oduzimanja imovine nakon pravnosnažne osuđujuće presude (čl. 4 st. 1 Direktive) koja uključuje i tzv. prošireno oduzimanje (čl. 5), u čl. 4 st. 2 data je mogućnost država članicama da u svoja nacionalna zakonodavstva uvedu i oduzimanje imovine bez osude. Naime, ukoliko nije moguće imovinu, imovinsku korist ili predmete oduzeti primenom čl. 4 st. 1, a barem ako je razlog te nemogućnosti bolest ili bekstvo učinioca, imovinska korist i predmeti mogu se oduzeti u slučajevima kada je krivični postupak pokrenut u vezi sa krivičnim delom koje može generisati direktnu ili indirektnu imovinsku korist, ako bi takvi postupci mogli rezultirati osuđujućom presudom, da se okrivljenom moglo suditi. Član 2 Direktive daje definicije pojmova imovine, imovinske koristi i predmeta.

Međutim, možemo postaviti pitanje koliki su stvarni dometi ove odredbe. Formulacija čl. 4 st. 2 Direktive jasno upućuje da je neophodno da krivični postupak prethodno bude pokrenut, ali da kasnije nastupa nemogućnost njegovog daljeg vo-

napravio jasnu razliku između situacija kada je predmet oduzimanja nepokretna i pokretna stvar. U potonjem slučaju, postoji mogućnost da vlasnik sa lakoćom sakrije ili premesti stvar (predmet oduzimanja u *Calero-Toledo* bila je jahta), zbog čega postoji potreba promptnog reagovanja, što nije slučaj kada su predmet oduzimanja nepokretnost.

19 M. Simonato /2015/: Directive 2014/42/EU and Non-Conviction Based Confiscation: A Step Forward on Asset Recovery, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, No. 2, p. 215.

20 Za njihov pregled vid. F. Alagna /2014/: NCB confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 21, No. 4, p. 450.

đenja i okončanja, dok se samo oduzimanje zasniva na mogućoj osudi („such proceedings could have led to a criminal conviction“). Simonato ističe da ova konstrukcija „neodoljivo podseća na neku vrstu pretpostavke krivice“²¹. Takođe, postupak nije moguće voditi protiv imovine (*in rem*), već isključivo *in personam*²².

Jedan od problema koji bi mogao nastati jeste i nemogućnost adekvatne saradnje prilikom izvršavanja naloga za zamrzavanje i zaplenu imovine. Naime, nijedan akt Unije ne postavlja obavezu²³ za države članice da izvršavaju takve naloge²⁴, izuzev ako oduzimanje nije zasnovano na prethodnoj osudi. Zato bi države čija zakonodavstva ne poznaju ovaj institut mogle odbiti saradnju pozivajući se na vlastiti ustav i eventualnu povredu ljudskih prava²⁵. Nadalje, ni sama Direktiva se ne bavi direktno problemom uzajamnog priznavanja i izvršavanja odluka o konfiskaciji, već isključivo harmonizacijom nacionalnih sistema²⁶.

Mnoga pitanja su nakon donošenja Direktive ostala otvorena (npr. njome se ne reguliše pitanje tereta dokazivanja, na koji način bi se utvrđivalo postojanje veze između imovine i prethodnog nezakonitog ponašanja i slično²⁷). Postojanje ovih „praznina“ razumljivo je, budući da Direktiva predstavlja tek prvi korak na putu harmonizacije nacionalnih zakonodavstava, koja bi u budućnosti mogla da usledi. Takođe, zbog specifičnosti pravnih sistema država članica, moralo je biti ostavljeno dovoljno prostora za svaku od njih da izabere onaj model oduzimanja koji je u duhu nacionalnog pravnog sistema²⁸.

3. PRIGOVORI KOJI SE MOGU UPUTITI GRAĐANSKOPRAVNOM ODUZIMANJU IMOVINE

U nastavku je dat prikaz najvažnijih prigovora koji se u literaturi upućuju oduzimanju imovine u građanskom postupku. Njihov izbor izvršen je prvenstveno prema značaju koji bi mogli imati za pravni sistem Srbije, ukoliko bi se zakonodavac odlučio na implementaciju ovog modaliteta oduzimanja. Dat je i pregled sudske prakse, prvenstveno Vrhovnog suda SAD, budući da je u ovoj državi institut oduzi-

21 M. Simonato /2015/: *op.cit.*, p. 225.

22 G. Arcifa /2014/: *The new EU directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon EU strategy on tracking and confiscating illicit money*, p. 8, http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europeo_64_2014.pdf, 10. april 2020.

23 Međutim, u Izveštaju Evropske komisije o primeni Direktive 2001/42/EU navodi se da Direktiva za države postavlja *obavezu* da to omoguće („obligation to enable confiscation“), Commission Staff Working Document, *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union /2019/*, p. 4).

24 F. Alagna: *op.cit.*, p. 454.

25 M. Egan /2011/: *Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 19, p. 181.

26 M. Simonato /2015/: *op.cit.*, p. 220.

27 M. Simonato /2017/: *Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains*, *ERA Forum*, Vol. 18, No. 3, p. 368.

28 Za detaljan prikaz modela oduzimanja imovine bez osude koji postoje u državama članicama Evropske unije vid. Commission Staff Working Document, *Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union: op.cit.*, pp. 18–19.

manja imovine bez prethodne osude često bio predmet razmatranja i kontrole najviše sudske instance. Na mestima gde je to bilo moguće, a imajući u vidu da se na evropskom tlu radi o institutu koji se, u većini država, nalazi u početnim fazama razvoja, izlaganje je dopunjeno sudskom praksom ESLJP.

3.1. Pravna priroda mere

Određivanje pravne prirode građanskopravnog oduzimanja imovine jedno je od najkompleksnijih i u literaturi najviše obrađivanih pitanja. Od njegovog rešavanja zavisi primena brojnih instituta iz korpusa krivičnopravnih, ali i ustavnih garantija koje se pružaju pojedincima.

Sama činjenica da je zakonodavac određenu meru unapred označio kao građanskopravnu ne može biti jedini niti odlučujući parametar prilikom ocene njene pravne prirode. Obično se ističe da je osnovna razlika između krivične i građanske sankcije cilj koji teže da ostvare – primarni cilj građanskopravne mere jeste restitucija odnosno obeštećenje, dok krivičnopravne mere načelno teže ostvarenju kaznenih ciljeva²⁹.

Za ocenu pravne prirode određene mere, Vrhovni sud SAD koristi se tzv. *Mendoza-Martinez*³⁰ kriterijumima koji podrazumevaju ocenu sledećeg: 1) da li mera podrazumeva aktivno ograničenje ili zabranu korišćenja/vršenja određenog prava, 2) da li se kroz istoriju smatrala kaznom, 3) da li je nužno za njenu primenu prethodno razmatrati pitanje krivice, 4) da li se njome ostvaruju tradicionalne svrhe kažnjavanja – retribucija i prevencija (odvratanje), 5) da li je ponašanje na koje se primenjuje krivično delo, 6) da li bi joj se razumno mogla pripisati svrha koju teži da ostvari i 7) da li se, s obzirom na alternativnu svrhu koja joj se pripisuje, može smatrati prekomernom (*excessive*)³¹.

Analizirajući *in rem* oduzimanje, Vrhovni sud SAD je u predmetu *Austin v United States* zaključio da se radi o hibridnoj meri koja sadrži elemente i krivične i građanske sankcije. Zato je prilikom razmatranja pitanja koja prava učesniku postupka pripadaju iz korpusa krivičnopravnih garantija, nužno utvrditi koji aspekt je u konkretnom slučaju pretežniji. U pomenutoj odluci je, tako, sud zaključio da je za potrebe primene pravila o teretu dokazivanja, *in rem* oduzimanje građanskopravna sankcija³².

U odlukama ESLJP gde je predmet ispitivanja bila, pored ostalog, i pravna priroda mere, nailazimo na različite rezonance. Nekada su te mere bile smatrane kaznenim, a nekada se sud slagao sa njihovim klasifikacijama kao civilnim.³³ ESLJP je

29 P. Violas: *op.cit.*, p. 129. Od koristi može biti i pitanje da li se sredstva oduzimaju kako bi bila vraćena žrtvi, odnosno, pravom vlasniku. Odrečan odgovor može ukazivati da se ipak radi o kažnjavanju učinioca (A. Gray: *op.cit.*, pp. 27–28).

30 D. Singleton /2015/: What is Punishment? The Case for Considering Public Opinion Under *Mendoza-Martinez*, *Seton Hall Law Review*, Vol. 45. No. 2, p. 439.

31 Detaljnu analizu *in rem* oduzimanja u svetlu navedenih kriterijuma vid. M. Stahl /1992/: Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 83, No. 2, pp. 311–317.

32 A. Bridy: *op.cit.*, p. 693.

33 Detaljnije vid. C. Burchard /2019/: Confiscation as criminal law (or what)? On how the ill-advised discussion about „the” legal „nature” of confiscation obfuscates what really needs to be discussed, *Latin American Legal Studies*, Vol. 4, pp. 227–228.

u predmetu *Butler v. The United Kingdom*, ispitujući britanski model *in rem* oduzimanja, zaključio da se ono ne može smatrati krivičnom sankcijom, budući da u postupku ne dolazi do osude za krivično delo³⁴. Takođe, u novijoj odluci *Gogitidze and Others v. Georgia* naglašeno je da se radi o preventivnoj meri, odnosno meri čiji je primarni cilj kompenzacija.

Međutim, označavanje određene mere kao „kaznene“ još ne znači da bismo joj mogli dodeliti epitet „krivične“. Naime, i određenim merama koje se izriču u građanskom postupku teško bi se mogao osporiti kazneni karakter³⁵. To bi u našem pravu mogao biti slučaj sa sudskim penalima koje na temelju čl. 294 Zakona o obligacionim odnosima³⁶ sud može izreći kad dužnik ne izvrši o roku neku svoju neovčanu obavezu utvrđenu pravnosnažnom odlukom: na traženje poverioca, može se odrediti dužniku naknadni primeren rok i izreći, a u cilju uticanja na dužnika i nezavisno od svake štete, da će dužnik, ako ne izvrši svoju obavezu u tom roku, biti dužan isplatiti poveriocu izvesnu svotu novca za svaki dan zadocnjenja, ili za koju drugu jedinicu vremena, počev od isteka tog roka³⁷.

U vezi sa pitanjem pravne prirode sankcije jeste i pitanje njene srazmere³⁸. U SAD se ovaj aspekt razmatra kroz mogućnost primene *excessive fines* klauzule. U predmetu *Austin v. United States* sud prvi put izneo mišljenje da *in rem* oduzimanje može biti smatrano kaznenom merom, ali, u ovom predmetu, samo za potrebe primene zabrane prekomernog kažnjavanja³⁹. Nekoliko godina kasnije, u predmetu *United States v. Bajakajian*, sud je zaključio je da bi oduzimanje imovine kao punitivna mera moglo biti neustavno, ukoliko je očigledno nesrazmerno težini učinjenog dela⁴⁰. Budući da se *in rem* oduzimanje istorijski nije smatralo sankcijom,

34 M. Simonato /2017/: *op.cit.*, p. 372.

35 Vrhovni sud SAD je u predmetu *United States v. Halper* zaključio da prilikom procene da li izricanje određene sankcije predstavlja povredu principa zabrane dvostrukog ugrožavanja (*double jeopardy*) podela sankcija na krivične i građanske nije relevantna (D. Osgood /1996/: *Crime and Punishment and Punishment: Civil Forfeiture, Double Jeopardy and the War on Drugs*, *Washington Law Review*, Vol. 71, No. 2, p. 494).

36 *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020.

37 Slično je i sa apstraktnom štetom ili ugovornom kaznom, J. Salma /2008/: *Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti, Razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, No. 1–2, p. 96.

38 Sudovi nisu uvek jedinstveni po pitanju toga u odnosu na šta bi se ta srazmera imala procenjivati. O tome vid. M. van den Berg /2015/: *Proposing a Transactional Approach to Civil Forfeiture Reform*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 163, No. 3, pp. 903–906.

39 C. Nelson /2016/: *The Constitutionality of Civil Forfeiture*, *The Yale Law Journal*, Vol. 125, No. 8, pp. 2491–2492.

40 B. Skorup /2012/: *Ensuring Eighth Amendment Protection From Excessive Fines in Civil Asset Forfeiture Cases*, *Civil Rights Law Journal*, Vol. 22, p. 430. Za pregled metoda koje niži sudovi koriste kako bi utvrdili da li je došlo do povrede *excessive fines* klauzule vid. B. Skorup: *ibid.*, pp. 440–445. U literaturi se upozorava da prosta matematička primena testa proporcionalnosti nije moguća kod civilnog oduzimanja. Ukoliko bismo upoređivali najvišu propisanu kaznu za krivično delo sa vrednošću imovine, a zbog veoma visokih kazni predviđenih kod većine krivičnih dela protiv trgovine narkoticima, uvek bismo mogli zaključiti da proporcionalnost postoji (L. Rulli /2017/: *Seizing Family Homes from the Innocent: Can the Eighth Amendment Protect Minorities and the Poor from Excessive Punishment in Civil Forfeiture?*, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 19, No. 5, p. 1150).

prema mišljenju iznetom u potonjoj odluci, ono stoji van domašaja excessive fines klauzule⁴¹.

Ukoliko građanskopravno oduzimanje imovine ima karakter punitivne mere, vođenje postupka za oduzimanje imovine nakon krivičnog postupka može otvoriti pitanje povrede principa *ne bis in idem* (double jeopardy). Zabrana dvostrukog kažnjavanja štiti pojedinca od sukcesivnih postupaka, što znači da bi se ona, u ovom slučaju, mogla aktivirati ukoliko bi *in rem* postupak bio pokrenut nakon osude ili oslobođenja u krivičnom postupku koji je prethodno vođen⁴². Ima mišljenja da se na temelju iste zabrane ne bi smelo dozvoliti ni paralelno vođenje ova dva postupka, budući da bi to predstavljalo nepotrebno uznemiravanje okrivljenog⁴³. Međutim, u predmetu *United States v. Ursery*, sud je zaključio da, za potrebe primene double jeopardy zabrane, *in rem* oduzimanje ne može biti smatrano kaznenom merom⁴⁴. Međutim, čak i u našem pravnom sistemu, vođenje krivičnog postupka ne znači apsolutnu nemogućnost vođenja građanskog postupka na temelju istih činjenica nakon njegovog okončanja. Oštećeni krivični delom, tako, može pokrenuti parnicu i zahtevati naknadu štete. Ciljevi vođenja dva sukcesivna postupka su u ovom slučaju potpuno odvojeni. Takođe, moguće je oštećenom dosuditi naknadu štete čak i ako je isto lice prethodno u krivičnom postupku oslobođeno od optužbe da je izvršilo krivično delo⁴⁵.

3.2. Zabrana samooptuživanja

Iako je za primenu građanskopravnog oduzimanja neophodno utvrditi da je došlo do nezakonitog korišćenja imovine, pa samim time i da je zabranjeno ponašanje preduzeto, bez značaja je da li je vlasnik imovine u nezakonitom aktu učestvovao⁴⁶. Međutim, vlasnik ima pravo da se koristi odbranom nedužnog vlasnika (*innocent owner*) te da obori pretpostavku „krive“ imovine dokazujući da nije znao da je ona upotrebljena na nezakonit način (o čemu će biti reči kasnije). Ali, korišćenje „aktivne odbrane“ može ugroziti pravo vlasnika da se koristi zabranom samooptuživanja⁴⁷. Ukoliko se vlasnik imovine suočava sa mogućnošću da se protiv njega naknadno pokrene krivični postupak, on se može naći u situaciji da mora

41 K. Arlyck /2019/: The Founders' Forfeiture, *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 6, p. 1461.

42 D. Osgood: *op.cit.*, pp. 502–503.

43 S. Klein /1996/: Civil In Rem Forfeiture and Double Jeopardy, *Iowa Law Review*, Vol. 82, No. 1, p. 273.

44 C. Nelson: *op.cit.*, p. 2491. Ističe se, međutim, da čak i kada bi sud proširio polje primene zabrane dvostrukog kažnjavanja i na *in rem* postupke, tim bi se samo delimično premostili određeni problemi, budući da bi se zaštita pružala samo onima protiv kojih je prethodno pokrenut krivični postupak, što je u praksi veoma mali broj slučajeva (M. van den Berg: *op.cit.*, p. 897).

45 B. Brooks /2014/: Misunderstanding Civil Forfeiture: Addressing Misconception about Civil Forfeiture with a Focus on the Florida Contraband Forfeiture Act, *University of Miami Law Review*, Vol. 69, No. 1, p. 334. Ipak, ima mišljenja da se ove dve situacije ne mogu porediti, budući da je svrha parničnog postupka naknada štete, dok je svrha *in rem* oduzimanja, u krajnjoj liniji kažnjavanje učinioca (C. King /2014/: Civil Forfeiture and Article 6 of the ECHR: Due Process Implications for England & Wales and Ireland, *Legal Studies*, Vol. 34, No. 3, p. 375).

46 K. Arlyck: *op.cit.*, p. 1499.

47 S. Noya /1996/: Hoisted by Their Own Petard: Adverse Inferences in Civil Forfeiture, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 86, No. 2, p. 513.

izabrali između svog prava da ne iznosi činjenice koje su za njega nepovoljne i obaveze da iznosi činjenice kako bi dokazao da imovina nije korišćena u nezakonitim aktivnostima⁴⁸. Vrhovni sud SAD smatra da bi zabrana samooptuživanja bila povređena ukoliko bi korišćenje tog prava (ćutanje, neiznošenje odbrane) samo po sebi omogućilo državi da izrekne ekonomske sankcije⁴⁹, što je po mišljenju nekih autora upravo slučaj sa *in rem* oduzimanjem.

Neke države su ovaj problem premostile unošenjem izričite zabrane korišćenja takvih izjava kao dokaza u krivičnom postupku. Tako, u Velikoj Britaniji, Proceeds Of Crime Act (paragraf 360) propisuje da izjave učesnika u postupku oduzimanja koje su date radi obaranja pretpostavke krive imovine ne mogu biti korišćene u krivičnom postupku, ukoliko isti protiv njih naknadno bude pokrenut⁵⁰.

3.3. Teret dokazivanja i dokazni standard

Jedno od pitanja koje se nameće prilikom razmatranja problematike civilnog oduzimanja imovine jeste pitanje tereta dokazivanja, kao i sa njim povezano pitanje dokaznog standarda.

Pre donošenja Civil Asset Forfeiture Reform Act-a, tužilaštvo je bilo u obavezi da dokaže postojanje osnovane sumnje (probable cause) da je imovina povezana sa nelegalnim aktivnostima. Ukoliko u tome uspe, teret dokazivanja prebacivao bi se na drugu stranu, koja po principu pretežnosti (preponderance of evidence) dokazuje da imovina nije korišćena na takav način⁵¹. Zbog brojnih kritika upućenih na račun ovog rešenja, pomenuti zakon pooštrio je pravila o teretu dokazivanja, pa je princip pretežnosti uveden i na strani tužilaštva.

Međutim, i pored ove izmene, još uvek se mogu čuti predlozi da bi i za ovu situaciju prikladnije bilo uvesti zahtev da tužilaštvo činjenice mora dokazati prema istom standardu koji se zahteva za krivični postupak – izvan razumne sumnje (beyond a reasonable doubt)⁵².

Zagovornici instituta ističu da standard dokazivanja koji se zahteva za krivični postupak ovde jednostavno nije primenljiv. Osuda u krivičnom pravu nosi sa sobom mogućnost izricanja kazni koje kao posledicu imaju lišenje slobode, zbog čega je razumno zahtevati da se postojanje činjenica od kojih izricanje takve osude zavisi dokazuje izvan razumne sumnje. Niži standard dokazivanja u građanskom postupku ukazuje da je društvo spremnije da prihvati da je neko pogrešno osuđen na plaćanje određenog novčanog iznosa, nego da je usled greške suda lišen slobode⁵³. Kako *in rem* postupci nemaju tako stroge posledice kao krivični postupak, logično je samim time zahtevati niži dokazni standard⁵⁴.

48 J. Rosenberg: *op.cit.*, p. 394.

49 Detaljnije vid. J. Rosenberg: *ibid.*, pp. 394–396.

50 Predviđeni su i određeni izuzeci od ovog pravila.

51 M. Stahl: *op.cit.*, p. 284.

52 O tome detaljnije vid. B. Brooks: *op.cit.*, pp. 330–331.

53 „Pravila o teretu dokazivanja pokazuju na koji način društvo želi da izvrši disperziju rizika za posledice koje mogu nastati usled greške suda”, M. Stahl: *op.cit.*, p. 292.

54 B. Brooks: *op.cit.*, p. 335.

Pored toga, ukoliko bi se standard dokazivanja podigao na izvan razumne sumnje, praktično bi se obesmislio sam institut, budući da bi tužilaštvo bilo opterećeno standardom koji se inače primenjuje u krivičnom postupku⁵⁵, pa bi osnovna prednost koju ovaj sistem pruža bila ukinuta.

3.4. Pravo na mirno uživanje imovine i odbrana nedužnog vlasnika

Bez obzira na to što je većina propisa koji uvode civilno oduzimanje u krajnjoj liniji upravljena na to da zabrani određeno ponašanje – nezakonitu upotrebu imovine, oni ipak predstavljaju propise kojima se reguliše pitanje svojine⁵⁶. To može stvoriti probleme prilikom određivanja koje bi se procesnopravne garantije imale primeniti u takvoj vrsti postupaka, budući da se kao „okrivljena strana“ pojavljuje imovina, dok njen vlasnik ima procesnu ulogu zainteresovane strane⁵⁷. U svakom slučaju, prihvatajući tezu da se *in rem* oduzimanje ne može smatrati krivičnom sankcijom, jedine garantije koje ostaju pojedincu kao zaštita od države jesu one koje se odnose na mirno uživanje imovine⁵⁸.

Budući da je pitanje učešća u nezakonitoj aktivnosti irelevantno, jedina odbrana koja vlasniku ostaje na raspolaganju jeste da pokuša da obori pretpostavku krive imovine. U pravu SAD vlasnik može da se koristi tzv. odbranom nedužnog vlasnika – *innocent owner defense*⁵⁹. Vrhovni sud je u početku bio rezervisan po pitanju priznanja prava vlasnicima da se koriste ovom odbranom. Često se u literaturi kao ilustrativni primer navodi odluka *Bennis v Michigan*. John Bennis osuđen je zbog korišćenja usluga prostitucije, a automobil koji je bio u zajedničkoj svojini njega i njegove supruge, Tine Bennis, u kojem se seksualni čin odigrao oduzet je. Tina Bennis isticala je kako nije znala niti je pristala da automobil bude korišćen u nezakonitim aktivnostima. Međutim, sud je našao da činjenica da ona za upotrebu imovine nije znala nema nikakvog značaja, budući da se radi o *in rem* postupku, što potvrđuje i dugogodišnja sudska praksa.

Innocent owner odbrana podrazumeva da vlasnik treba da dokaže: 1) da u vreme kada je nezakonit akt preduzet vlasnik to nije znao⁶⁰ ili 2) da je, nakon što je za to saznao, preduzeo sve što se od njega u datim okolnostima razumno moglo očekivati da spreči dalju upotrebu imovine u nezakonite svrhe. Vlasnik je u obavezi da činjenice koje ovo potvrđuju dokaže po principu pretežnosti verovatnoće.

ESLJP je u svojim odlukama ispitivao postupke civilnog oduzimanja imovine u kontekstu moguće povrede prava na imovinu. U predmetu *Gogitidze and Others v. Georgia*, je zaključio da čl. 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju nalaže da prilikom

55 K. Milliron /2018/: Addressing Due Process Concerns: Evaluating Proposals for Civil Asset Forfeiture Reform, *Florida Law Review*, Vol. 70, No. 6, p. 1392.

56 C. Nelson: *op.cit.*, p. 2477.

57 M. van den Berg: *op.cit.*, p. 893.

58 C. Burchard: *op.cit.*, p. 226.

59 Detaljnije vid. P. Houtz /1997/: The Innocent Owner Defense to Civil Forfeiture Proceedings, *University of Richmond Law Review*, Vol. 31, No. 1, pp. 271–280.

60 Neki autori ističu da je nedostatak ove formulacije u tome što vlasnik mora dokazati negativnu činjenicu – odsustvo svesti (M. Stahl: *op.cit.*, pp. 287–288).

oduzimanja imovine od pojedinca uvek mora postojati valjani pravni osnov, kao i da se mora voditi računa o srazmeri. Odredbe o oduzimanju imovine u građanskom postupku koje se primenjuju bez obzira na postojanje krivičnopravne osude predstavljaju zadiranje u pravo na nesmetano uživanje imovine, zbog čega potpadaju pod primenu čl. 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju. Da bi se obezbedila adekvatna zaštita pojedinca, nacionalni pravni sistemi moraju poštovati principe vladavine prava i onemogućiti arbitrarnost u primeni propisa⁶¹.

3.5. Pravo na besplatnu pravnu pomoć

Kako se *in rem* oduzimanje sprovodi u postupku koji zakonodavac označava građanskim, učesnici tog postupka ne mogu ostvariti pravo na besplatnu pravnu pomoć, koje je tradicionalno rezervisano za okrivljene u krivičnom postupku. Zbog specifičnosti *in rem* oduzimanja, ima mišljenja da bi ovo pravo trebalo proširiti i u nekim slučajevima priznati ga i vlasnicima koji su suočeni sa mogućnošću gubitka imovine⁶².

Zbog visokih troškova angažovanja advokata i komplikovane zakonske procedure, najugroženija kategorija vlasnika jesu siromašni pojedinci, koji u velikom broju slučajeva nisu ni na koji način direktno učestvovali u izvršenju nezakonitog akta čije je izvršenje omogućilo pokretanje postupka⁶³. Čak i u državama koje imaju razvijene sisteme pružanja besplatne pravne pomoći u građanskopravnim stvarima (npr. savezna država Pensilvanija), procenjuje se da svega 20% od ukupnog broja onih koje se obrate takvim institucijama uspe da dobije neku vrstu pravne pomoći⁶⁴.

Civil Asset Forfeiture Reform Act doneo je neke olakšice za učesnike koji nemaju sredstava za angažovanje advokata. Tako, ako je predmet oduzimanja nepokretna imovina koja služi za stanovanje, vlasnik ima prava da zahteva da mu se dodeli advokat⁶⁵. Takođe, ukoliko je protiv vlasnika vođen krivični postupak i u tom postupku mu dodeljen branilac po službenoj dužnosti, može, pod određenim uslovima, zadržati pravo na branioca i u *in rem* postupku koji je naknadno pokrenut⁶⁶. U nekim državama, ukoliko stranka uspe u sporu, može od države zahtevati da mu nadoknadi troškove koje je imao povodom angažovanja advokata⁶⁷.

3.6. Raspodela sredstava oduzetih u *in rem* postupku

Zamerka koja se često može čuti na račun građanskopravnog oduzimanja imovine odnosi se na način raspodele sredstava koja u ovom postupku budu oduzeta. Rešenje koje postoji u pravu SAD omogućava da upravo organi koji sprovode gra-

61 M. Simonato /2017/: *op.cit.*, p. 374.

62 J. Rosenberg: *op.cit.*, p. 405. Ovakav zaključak autor iznosi koristeći tzv. Mathews test (*ibid.*, pp. 403–406).

63 L. Rulli /2017/: *op.cit.*, pp. 1133–1138.

64 L. Rulli /2017/: *ibid.*, p. 1127.

65 K. Milliron: *op.cit.*, p. 1395.

66 K. Milliron: *ibid.*, p. 1395.

67 S. Cassella /2009/: *op.cit.*, p. 47.

đanskopravno oduzimanje zadržavaju najveći deo profita⁶⁸. Ističe se da su upravo zbog toga, organi dodatno motivisani da biraju ovaj modalitet oduzimanja naspram oduzimanja u krivičnom postupku⁶⁹.

U cilju prevazilaženja problema, neke federalne države su u svoje zakone unele odredbe o korišćenju sredstava zaplenjenih u *in rem* postupcima. Tako, u Floridi se sredstva mogu koristiti samo u svrhu prevencije kriminaliteta, posebno zločina povezanih sa zloupotrebom psihoaktivnih supstanci, a izričito je zabranjeno da se koriste kao fond za isplatu zarada zaposlenima u pravosudnim organima i administrativnim agencijama⁷⁰.

U literaturi se predlaže da se sredstva oduzeta na ovaj način koriste za kompenzaciju oštećenih⁷¹, ili da se plaćanje advokata koji se dodeljuju vlasnicima koji nemaju finansijskih mogućnosti da ih angažuju vrši upravo iz sredstava koja su na ovaj način oduzeta⁷².

4. IMA LI PROSTORA ZA GRAĐANSKOPRAVNO ODUZIMANJE U SRPSKOM PRAVU?

Pored oduzimanja imovinske koristi pribavljene krivičnim delom koje je regulisano Krivičnim zakonikom⁷³, pravo Srbije poznaje i institut oduzimanja imovine proistekle iz krivičnog dela (tzv. prošireno oduzimanje), koje je regulisano Zakonom o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela⁷⁴. Njime je uvedena mogućnost oduzimanja imovine vlasnika koja je u očiglednoj nesrazmeri sa njegovim zakoničnim prihodima. Međutim, da bi se postupak za trajno oduzimanje imovine mogao pokrenuti, neophodno je da postoji pravnosnažna presuda kojom je utvrđeno da je učinjeno krivično delo u odnosu na koje je moguća primena instituta. Drugim rečima, vođenje krivičnog postupka i utvrđenje u tom postupku da je do izvršenja krivičnog dela došlo je uslov koji je nužan za oduzimanje imovine. *In rem* postupak koji bi se vodio isključivo „protiv imovine“ našem pravnom sistemu je nepoznat. Pitanje je, međutim, da li i pored postojećih instrumenata koji služe oduzimanju imovine ima mesta jednom ovakvom postupku.

Pored zamerki koje se u literaturi upućuju institutu (o čemu je prethodno bilo reči), problem koji bi se mogao pojaviti u slučaju implementacije *in rem* oduzimanja u naš pravni sistem odnosi se na način na koji bi se utvrđivala povezanost imovine

68 O tome detaljno vid. D. Ross: *op.cit.*, pp. 271–274.

69 K. Milliron: *op.cit.*, p. 1402.

70 B. Brooks: *op.cit.*, p. 347.

71 M. Simonato /2015/: *op.cit.*, p. 216.

72 L. Rulli /1998/: Access to Justice and Civil Forfeiture Reform: Providing Lawyers for the Poor and Recapturing Forfeited Assets for Impoverished Communities, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 17, No. 1, p. 520. Neke države su otišle i korak dalje, te dozvolile učesniku građanskog postupka za oduzimanje imovine da iz same imovine koja je predmet oduzimanja obezbedi sredstva za plaćanje branioca (vid. T. Greenberg et.al.: *op.cit.*, p. 75).

73 *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

74 *Sl. glasnik RS*, br. 32/2013, 94/2016 i 35/2019.

sa prethodnim nezakonitim ponašanjem. Ukoliko bi se moralo utvrditi da to ponašanje sadrži sva obeležja krivičnog dela (uključujući i krivicu), sporno je da li bi se to moglo vršiti prema pravilima građanskog postupka.

Sa druge strane, u *in rem* postupku ne dolazi do oglašavanja učinioca krivim za takvo ponašanje, niti do njegove osude, već o utvrđivanju da je došlo do preduzimanja određenih nezakonitih radnji. Tužilaštvo bi bilo u obavezi da, prema principu pretežnosti dokaza, pokaže da je npr. došlo do prodaje ili kupovine droge, ali ne i da je time izvršeno krivično delo Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga. Neki autori ističu da je prednost *in rem* oduzimanja za učinioca upravo u tome što, i pored utvrđivanja da je došlo do izvršenja dela, izostaje krivičnopravna reakcija na ponašanje.

Ipak, u građanskim postupcima koji se vode radi naknade štete, utvrđivanje prema pravilima parničnog postupka da je došlo do preduzimanja nezakonitog ponašanja može biti uobičajena procedura. Oštećeni kome je naneta laka telesna povreda može pokrenuti parnicu radi naknade štete, procenjujući da nema interesa da prethodno vodi krivični postupak u kome bi štetnik bio osuđen za krivično delo⁷⁵. U tom slučaju bi se, prema pravilima građanskog postupka, moralo dokazivati da je štetnik preduzeo ponašanje koje se, u krajnjoj liniji, poklapa sa zakonskim opisom krivičnog dela – nanošenje telesnih povreda.

Ukoliko bi se zakonodavac ipak odlučio na uvođenje *in rem* oduzimanja imovine, to se ni u kom slučaju ne bi moglo učiniti pukim prepisivanjem rešenja koja već postoje u drugim pravnim sistemima. Takva intervencija zahtevala bi donošenje posebnog zakona u kome bi se na detaljan način najpre odredio opseg primene zakona (uključujući i pitanje retroaktivne primene), definisao pojam imovine koja može biti oduzeta, propisala detaljna pravila postupka, uključujući i nadležnost suda, pitanje ovlašćenog lica za pokretanje postupka, pravila dokazivanja i slično⁷⁶.

ZAKLJUČAK

Građanskopravno oduzimanje imovine povezane sa preduzimanjem zabranjenog ponašanja je institut koji u pravnim sistemima koji pripadaju common law tradiciji ima dugu istoriju. Poslednjih nekoliko decenija njegova upotreba ponovo je oživela, prevashodno zbog nemogućnosti da se krivičnopravnom reakcijom adekvatno odgovori na izazove koji su noviji oblici kriminaliteta doneli, a posebno prekogranični organizovani kriminal. Veliki broj država implementirao je u svoje pravne sisteme određene oblike oduzimanja imovine bez osude, uglavnom ugledajući se na regulativu SAD u ovoj oblasti⁷⁷.

Iako uveden sa ciljem da pojača potencijal države u borbi protiv kriminala, radi se o institutu koji je, u najmanju ruku, kontroverzan, i veoma oštro kritikovan. Zagovornici njegovog uvođenja u prvi plan ističu da u modernim uslovima u kojima je kriminal poprimio zabrinjavajuće razmere mora postojati jednako oštra reakcija

75 B. Brooks: *op.cit.*, p. 341.

76 Za detaljan prikaz nacrtu zakona kojim bi *in rem* oduzimanje moglo biti uvedeno vid. S. Panović-Đurić (ed.): *op.cit.*, pp. 89–97.

77 Neke od tih država su Australija, Kanada, Republika Irska, Holandija, Kolumbija, vid. S. Panović-Đurić (ed.): *ibid.*, pp. 8–9.

državnih organa koja ne sme biti ograničena na primenu instrumenata čiji se učinak, na osnovu dosadašnjeg iskustva, ne može oceniti kao zadovoljavajući.

Na drugoj liniji, protivnici instituta smatraju da u modernim uslovima ne može postojati nijedno opravdanje za primenu instituta koji bi trebalo da ima samo istorijski značaj. Većina razloga koji su istorijski posmatrano mogli opravdati upotrebu *in rem* oduzimanja, danas više ne stoje, budući da je razvoj tehnologije omogućio relativno lako pronalaženje „nedostupnog okrivljenog“, odnosno, saradnja među državama dozvoljava gonjenje i procesuiranje učinilaca i van njene jurisdikcije⁷⁸. Ističe se i da je fikcija o krivoj imovini relikv prošlosti koji nema svoje opravdanje u modernim pravnim sistemima⁷⁹, ili pak, konstrukcija koja može biti razumljiva jedino pravnicima⁸⁰, kao i da na ovaj način država teži da ostvari ciljeve inače svojstvene krivičnom pravu, koristeći sve prednosti građanskog postupka, i zaobilazeći standarde i garantije koje krivični postupak okrivljenom pruža⁸¹.

Oduzimanje imovine u nekim situacijama može imati teške posledice za vlasnika, čak ozbiljnije od onih koje bi mogla imati kazna koja se sastoji u lišenju slobode. Pogođeni mogu biti i članovi porodice. Zato je važno da država, ukoliko se odluči na njegovo uvođenje, osigura da se oduzimanje imovine od pojedinca ne sprovodi u arbitrarnom i nepravičnom postupku⁸².

Svakako, postoji saglasnost da *in rem* oduzimanje ni u kom slučaju ne sme biti korišćeno kao zamena za krivični postupak. Ukoliko za to postoje uslovi, primarni cilj države mora biti kažnjavanje okrivljenih u krivičnom postupku koji se još uvek smatra primarnim instrumentom za suzbijanje kriminaliteta. Pored toga, oduzimanje imovine bez pokretanja krivičnog postupka u tom slučaju može odati utisak da imućniji okrivljeni može sebi „kupiti put do slobode“⁸³, što svakako nije (ili ne bi smeo da bude) cilj njegovog uvođenja.

LITERATURA

- Alagna F. /2014/: NCB confiscation: Why the EU Directive is a Missed Opportunity, *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol. 21, No. 4.
- Arcifa G. /2014/: *The new EU directive on confiscation: a good (even if still prudent) starting point for the post-Lisbon EU strategy on tracking and confiscating illicit money*, http://www.cde.unict.it/sites/default/files/Quaderno%20europeo_64_2014.pdf.
- Arlyck K. /2019/: The Founders' Forfeiture, *Columbia Law Review*, Vol. 119, No. 6.

- 78 C. Budasoff /2019/: Modern Civil Forfeiture is Unconstitutional, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 23, No. 3, p. 479.
- 79 D. Ross: *op.cit.*, p. 276.
- 80 L. Rulli /2017/: *op.cit.*, p. 1126.
- 81 C. King /2012/: *op.cit.*, p. 340.
- 82 B. Clarke /2004/: A Man's Home is His Castle – Or is it? How to Take Houses from People Without Convicting Them of Anything: The Criminal Property Confiscation Act 2000 (WA), *Criminal Law Journal*, Vol. 28, p. 264. Kako je primećeno: „U postupcima za oduzimanje imovine država koristi sve svoje resurse i ovlašćenja. Za razliku od građanskopravnih parnica gde glavna uloga pripada sudiji, u postupcima koji se vode povodom građanskopravnog oduzimanja imovine, glavnu ulogu, čini se, ima tužilac“, L. Rulli /1998/: *op.cit.*, p. 514.
- 83 T. Greenberg et.al.: *op.cit.*, p. 29.

- Berman P. S. /1999/: An Anthropological Approach to Modern Forfeiture Law: The Symbolic Function of Legal Actions Against Objects, *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 11, No. 1.
- Boucht J. /2015/: Civil Asset Forfeiture and the Presumption of Innocence under Art. 6(2) ECHR – in: Non-Conviction-Based Confiscation in Europe (Rui J. P., Sieber U., eds.), Berlin.
- Bridy A. /2014/: Carpe Omnia: Civil Forfeiture in the War on Drugs and the War on Piracy, *Arizona State Law Journal*, Vol. 46.
- Brooks B. /2014/: Misunderstanding Civil Forfeiture: Addressing Misconception about Civil Forfeiture with a Focus on the Florida Contraband Forfeiture Act, *University of Miami Law Review*, Vol. 69, No. 1.
- Budasoff C. /2019/: Modern Civil Forfeiture is Unconstitutional, *Texas Review of Law & Politics*, Vol. 23, No. 3.
- Burchard C. /2019/: Confiscation as criminal law (or what)? On how the ill-advised discussion about “the” legal “nature” of confiscation obfuscates what really needs to be discussed, *Latin American Legal Studies*, Vol. 4.
- Cassella S. /2009/: An overview of asset forfeiture in the United States – in: Civil Forfeiture of Criminal Property, Legal Measures for Targeting the Proceeds of Crime (Young S., ed.).
- Cassella S. /2018/: Choose your weapon: Is civil forfeiture really necessary, or is it an undesirable shortcut to real law enforcement?, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 21, No. 3.
- Clarke B. /2004/: A Man’s Home is His Castle – Or is it? How to Take Houses from People Without Convicting Them of Anything: The Criminal Property Confiscation Act 2000 (WA), *Criminal Law Journal*, Vol. 28.
- Commission Staff Working Document, Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union /2019/.
- Egan M. /2011/: Non-conviction Based Sanctions: The Court of Justice v. the European Court of Human Rights, Who Decides?, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 19.
- Gray A. /2012/: The Compatibility of Unexplained Wealth Provisions and Civil Forfeiture Regimes with Kable, *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, Vol. 12, No. 2.
- Greenberg T et al. /2009/: *Stolen Asset Recovery: A Good Practices Guide for Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, Washington.
- Hendry J., King C. /2015/: *How Far is Too Far? Theorising Non-Conviction-Based Asset Forfeiture*, <https://ssrn.com/abstract=2764935>.
- Houtz P. /1997/: The Innocent Owner Defense to Civil Forfeiture Proceedings, *University of Richmond Law Review*, Vol. 31, No. 1.
- King C. /2012/: Using Civil Processes in Pursuit of Criminal Law Objectives: A Case Study of Non-Conviction-Based Asset Forfeiture, *The International Journal of Evidence & Proof*, Vol. 16, No. 4.
- King C. /2014/: Civil Forfeiture and Article 6 of the ECHR: Due Process Implications for England & Wales and Ireland, *Legal Studies*, Vol. 34, No. 3.
- Klein S. /1996/: Civil In Rem Forfeiture and Double Jeopardy, *Iowa Law Review*, Vol. 82, No. 1.
- Milliron K. /2018/: Addressing Due Process Concerns: Evaluating Proposals for Civil Asset Forfeiture Reform, *Florida Law Review*, Vol. 70, No. 6.
- Moore E. /2009/: Reforming the Civil Asset Forfeiture Reform Act, *Arizona Law Review*, Vol. 51, No. 3.
- Morris D. /1986/: Attorney Fee Forfeiture, *Columbia Law Review*, Vol. 86, No. 5.
- Nelson C. /2016/: The Constitutionality of Civil Forfeiture, *The Yale Law Journal*, Vol. 125, No. 8.
- Noya S. /1996/: Hoisted by Their Own Petard: Adverse Inferences in Civil Forfeiture, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 86, No. 2.

- Osgood D. /1996/: Crime and Punishment and Punishment: Civil Forfeiture, Double Jeopardy and the War on Drugs, *Washington Law Review*, Vol. 71, No. 2.
- Panović-Đurić S. (ed.) /2013/: *Građanskopravno oduzimanje, Pojašnjenje i studija o uticaju*, Beograd.
- Rosenberg J. /1988/: Constitutional Rights and Civil Forfeiture Actions, *Columbia Law Review*, Vol. 88, No. 2.
- Ross D. /2000/: Civil Forfeiture: A Fiction That Offends Due Process, *Regent University Law Review*, Vol. 13, No. 1.
- Rulli L. /1998/: Access to Justice and Civil Forfeiture Reform: Providing Lawyers for the Poor and Recapturing Forfeited Assets for Impoverished Communities, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 17, No. 1.
- Rulli L. /2017/: Seizing Family Homes from the Innocent: Can the Eighth Amendment Protect Minorities and the Poor from Excessive Punishment in Civil Forfeiture?, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Vol. 19, No. 5.
- Salma J. /2008/: Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti, Razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, No. 1–2.
- Simonato M. /2015/: Directive 2014/42/EU and Non-Conviction Based Confiscation: A Step Forward on Asset Recovery, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, No. 2.
- Simonato M. /2017/: Confiscation and fundamental rights across criminal and non-criminal domains, *ERA Forum*, Vol. 18, No. 3.
- Singleton D. /2015/: What is Punishment? The Case for Considering Public Opinion Under Mendoza-Martinez, *Seton Hall Law Review*, Vol. 45, No. 2.
- Skorup B. /2012/: Ensuring Eighth Amendment Protection from Excessive Fines in Civil Asset Forfeiture Cases, *Civil Rights Law Journal*, Vol. 22.
- Stahl M. /1992/: Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 83, No. 2.
- van den Berg M. /2015/: Proposing a Transactional Approach to Civil Forfeiture Reform, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 163, No. 3.
- Violas P. /1994/: Civil forfeiture vs. civil rights: Is the house guilty, *Western State University Law Review*, Vol. 22, No. 1.

Ivana Radisavljević

University of Belgrade, Faculty of Law

CIVIL ASSETS FORFEITURE (IN REM CONFISCATION)

SUMMARY

Civil assets forfeiture originated from common law legal systems. Its origins can be traced back to the 18th century, or, by some scholars' opinion, even back to ancient and biblical times. It is a form of confiscation brought against property, unlike criminal forfeiture which is always an action against the person. Main characteristic of *in rem* confiscation is that it can be used to forfeit property from an individual if the appropriate connection between the criminal act and the property can be established. If such nexus can be shown, property is to be forfeited, in absence of criminal conviction, or in some cases even after an acquittal.

The institute is considered to be rather controversial, given that it can have serious consequences regarding constitutional rights.

The article gives an overview of civil assets forfeiture regime that currently exist in the USA on a federal level, as well as of some regulations adopted on the EU level. This is followed by the analysis of the main objections used against *in rem* proceeding. First, we talk about the legal nature of civil assets forfeiture and show that the Supreme court of the US, as well as ECHR, has decided, in number of cases that is a type of hybrid measure, that can be used to pursue both remedial and punitive goals. After that, we tackle the question of application of some procedural safeguards, traditionally given to the defendant in criminal proceedings, such as the right against self-incrimination, burden of proof, right to a council. Possible violation of the right to property is considered, followed by the discussion of the different possibilities to use property that has been forfeited. In the end, we consider the possibility of implementation of *in rem* confiscation regime in the legal system of the Republic of Serbia.

Key words: civil assets forfeiture, civil procedure, *in rem* proceedings.

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

X deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

48

Priredio

Prof. dr Đorđe Ignjatović

Izdavač

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

u saradnji sa Kriminološkom sekcijom

Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

Za izdavača

Prof. dr Zoran Mirković

dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dizajn korica

Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema

dr Natalija Lukić

Jovana Banović

Ivana Radisavljević

Priprema za štampu

Dosije studio, Beograd

Grafičko uređenje

Irena Đaković

Tiraž

100

ISBN 978-86-7630-885-9

Štampa

JP Službeni glasnik, 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 10 / urednik Đorđe Ignjatović. – Београд : Правни факултет
Универзитета, 2020 (Београд : Службени гласник). – X, 362 str. ; 24
cm. - (Библиотека Crimen / Правни факултет, Београд ; 48)

„Ova tematska monografija nastala je kao rezultat rada na Projektu
br. 179051 'Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne
države' ...“ --> prelim. str. – Тираж 100. – Str. VII–X: Predgovor
/ urednik. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. –
Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-885-9

1. Игњатовић, Ђорђе, 1952– [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство -- Србија -- Зборници б)

Криминалитет -- Србија -- Зборници

COBISS.SR-ID 14332681